

جامع الشتات

جلد پنجم

كتاب الطلاق

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

تأليف المحقق الميرزا ابي القاسم بن الحسن الجيلاني القمي

١١٥١ - ١٢٣١

تصحیح: مرتضیٰ رضوی

جامع الشتات

جلد پنجم

تالیف المحقق المیرزا ابی القاسم بن الحسن الجیلانی القمی

تصحیح: مرتضی رضوی

انتشارات: مولف

تاریخ چاپ: ۱۳۹۰

شمارگان: ۵۰۰۰ نسخه

نشر الکترونیک: سایت بینش نو

قفسه کتابخانه مجازی سایت بینش نو

<http://www.binesheno.com/Files/books.php>

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

فهرست

٧	مقدمه
٢٩	كتاب الطلاق
٣٥٧	كتاب الكفارات
٣٦٥	كتاب النذر
٤٢١	كتاب العتق
٤٣٥	كتاب الاقرار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

پس از حدود بیست سال(!)

کتاب گرانقدر **جامع الشتات** با ویژگی‌هایی 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 موسسه کیهان از مزایای این کتاب (بوپژه نیازمندی محافل حقوقی دانشگاهی در کشور و علی‌الخصوص مراکز آکادمیک خارج از کشور) هر از چندگاهی سخن می‌گفت؛ 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 صمیمانه‌ای که در آن ایام با آقای اصغری داشتیم خواهش ایشان را پذیرفتم.

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

هرگز در کار نویسندگی قلم به کاغذ نهادم 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 مشروحو که من در معرفی نویسنده^۱ و نیز دربارهٔ 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 پیشتر 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 نتیجهٔ 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 عهدهٔ خودشان باشد.

^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

^۱ مدارک موجود است.

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 هیا هو 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 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 جابه جایی این چنین - بل این چنینی - حاکی از نوعی تعمّد است. ثانیاً مطلبی که با قلم قرمز نوشته شده چرا باید چاپ شود؟! خلاصه بگویم: 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 وافر که به موسسه کیهان و بخش انتشاراتی آن قائل هستم) گفتم: نه خیر، مرا بخیر شما را بسلامت.

پس از تاسیس سایت بینش نو (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 هوایی 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 چهار 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 الطَّهارة»، و اهم مسائل «کتاب الاقرار» در آغاز «کتاب الطلاق» آمده است و همچنین دیگر ابواب، بنابرین 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 همهٔ 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 وادارم کرد به تصحیح آن بپردازم و این بن بست را باز کنم تا گرامیانی در دانشگاه با عظمت تهران، بنشینند و تصمیم بگیرند آن را با پی نویس های بیشتر به ویژه با مقابله نسخه ها با همدیگر، تکمیل کنند.

گرچه نظم ابواب کتاب را رعایت نکرده و «کتاب التجارة» را جلد اول قرار داده اند و از روی کتاب های طهارت، صلوة، 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

وا گذاشته 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 نپرداخته اند، غیر از امور حقوقی موضوعی ندارد^۱.

علاوه بر این، نظام ترتیبی فقه به طور اتفاقی و بدون اقتضای 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 التجارة 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،

^۱ البته تصحیح بخش هائی از کتاب الطلاق، به ویژه «رسالة فی الطلاق» که در آغاز آن است، بس دشوار و کار

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 اندر کار 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 التجارة، 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

شاق و دشوار است.

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. آنها 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 بپردازند. 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 زنده است: به مصداق «گهی بر تارم اعلا نشیند، گهی خود را

چو یک ذره ببیند». 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 بلندای 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 گوید.

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 بپردازند، گویا به همین دلیل، نسخه های قدیمی آن مغلوط 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 واگذاشته و به سراغ: اطعمه و اشربه، صید و ذباحت 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 مبدا 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 گالیله را نیز نجس می دانستند و به زبان نمی آوردند که مبدا 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 مسقووط، 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 یقال». اما در تصحیح به جای آن «لا یقول» آمده. آن هم به طور مکرر. و در ترجمه آن نیز گاهی معنی همین لا یقول است و گاهی با مسامحه عبور شده است.
 این گونه الفاظ در متون قدیم با علامت های اختصاری می آمده مثلاً به جای «حینئذ» فقط یک حرف «ح» می گذاشتند و به جای «لا یقال» علامت «لا یق»، و به جای «ممنوع» علامت «مم»، و به جای «نمنع» «نم» و به جای «الظاهر»، «ظ». اما سخن در این نیست که صرفاً درباره علامت اشتباه شده. یک مصحح باید به حدی توان ادبی داشته باشد تا بداند که معنی «لا یقول» با مقصود مولف و حتی با جریان کلام او سازگار نیست، بل گاهی سراز 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 «کتاب الصيد و الذباحت» 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 یک 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 مجربّه از او به هم رسد.

- 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 جرّیث است، آمده است: آن را جرّی 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 جرّی 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 الاّ 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:

صفحة ۱۷۷، سوال دوم:

۱- در سطر اول سؤال، آمده است: اذا كان دگان صغير بين رجلين و مات احدهما.

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 «باصل المسئلة معذوریة الجاهل» آمده که کلمه «المسئلة» 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 الدلالة حکمه عمم ببطلان الشفعة»، باید یا بدین صورت می آمد «وجه الدلالة، انه عمم حکمه ببطلان الشفعة». و یا به صورت «ان حکمه عمم ببطلان الشفعة». البته این صورت دوم، تعبیر بشدت ناقص است گرچه غلط نباشد. و جالب این است که ترجمه نیز «رجماً للغیب» 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 ترجمهٔ 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؟!

خوانندهٔ 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، خانهٔ خودتان است به هر طرف می توانید بخوانید.

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

با اطالۀ 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 خوانندهٔ محترم بگوید: این همه شکوه و گلایه، سزاوار مقدمهٔ 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 سلیقهٔ 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

کتاب الطّلاق

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: همین که صیغه طلاق را می تواند گفت- به این نهج که فلانۀ 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 ملّا بودن شرط نیست.
بلی: عبارت عربی را غلط نگوید و اعراب را درست بگوید، هر چند تلقین آن شخص باشد.

^۱ در نسخه: فرقی.

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

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

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 ببیند و پاک شود.

و عده 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 عده 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 عده بدارد بعد از آن شوهر کند. والله العالم.

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

جواب: بلی دخول شرط صحت طلاق خلعی نیست.

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

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: 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 است که طلاق باکره باشد،^۱ 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 قسمی متوجه او بشود و بعد از قسم حکم شود به این که طلاق باین است و رجوع صحیح نیست. والله العالم.

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 کنده به زوج داده و مخلص را وکیل به خصوص بذل مهر

^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 صیغۀ 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 العدالۀ بعد از نماز ظهر صیغۀ 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 ارادۀ 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 صیغۀ طلاق به بنده زاده گفته است که به والد بگو صیغه را جاری ننماید. و این خبر به مخلص نرسیده، اگر می رسید البتۀ طلاق را نمی دادم. آیا زوجه به زوج می رسد یا نه؟-

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 هرگاه 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 بگویند 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

^۱ چنین است در نسخه که بالای حرف «و» ضمه 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 ثالته 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 مبدل 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 [ند] باشد. بل که باید رجوع به بذل از زوجه به عمل آید با امکان رجوع زوج. و در صورت رجوع زوجه به بذل،

^۱ در نسخه: فدیة.

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: 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 الامری کافی است یا استبانة حمل در کار است؟-

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

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: 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؟-

^۱ در نسخه: حاصل.

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 بنابر قول به صحت خلع هرگاه کاشف به عمل بیاید که فدیة 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 حقیقه 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: «إذا اختلعت [نفسها] بعبد قيمته ماءً و خرج نصفه مستحقاً، فهو خلع بعوض معين لم يسلم نصفه. و [قيل] فيه قولان: احدهما: أنه له نصفه و يرجع عليها بنصف مهر مثلها في مقابلة النصف الذي لم يسلم. و عندنا أنها يبطل الخلع»^۲.

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

و بدان که: صاحب مسالک گفته است: بر هر یک از تقدیرین (یعنی تقدیر علم و جهل) هرگاه 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 ادلة 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: هرگاه 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: حرام نمی شود؛ خصوصاً هرگاه شرایط طلاق همه در او موجود نباشد، یعنی

^۱ المبسوط، چاپ مکتبه المرتضویة، ج ۴، کتاب الخلع ص ۳۴۴.

^۲ همان، ص ۳۷۱.

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

حضور عدلین و طهر غیر مواقعہ. واللہ العالم.

کتاب الطلاق

[رسالة فی الطلاق]

مسئله ۹: الحمد لله و کفی و الصلوة علی عباده الذین اصطفی^۲

اما بعد: فهذه کلمات فی تبیین مسئله وقع التشاجر فیما بین عصرنا؛ وهی أن الرجل اذا قال: طَلَّقْتُ زوجتی. وانکرت الزوجة طلاقها.

فهل یُسمع اقرار الرجل علی الزوجه، بان یترتب علیه سقوط القسم^۳ والنفقة و امثالهما،

بعد قبول اقراره علی نفسه فی سقوط تسلطه علیها ام لا؟^۴؟-

و ظنی انه لا ینبغی الاشکال فی عدم الاكتفاء به^۵ فی حق الزوجة.

^۱ یادآوری می شود که مرحوم میرزا(ره) برای مسائل کتابش شماره گذاری نکرده و همه شماره ها در تصحیح آمده اند. البته این مسئله را به عنوان یک رساله تدوین کرده است که یک بحث مشروح و مفصل است. در آغاز عنوان رساله را نیاورده و لذا عنوان «رسالة فی الطلاق» را آوردم که در پیشانی صفحات بعدی آورده است.

^۲ این تعبیر، درست است که با حمد و ثنا و نیز تصریح به نام پیامبر(ص) و اهل بیت(ع) به صورت رایج آن، فرق دارد لیکن شامل همه انبیاء و اهل بیت(ع) می شود.

^۳ القسم: تقسیم «اللیالی» بین الزوجات.

^۴ هنا مستلтан: الاول: هل یسقط حقوق الرجل (الزوج) بقبول اقراره مع انکار الزوجة، ام لا؟-

الثانی: هل یسقط حقوق الزوجة بقبول اقرار الرجل مع انکار الزوجة، ام لا؟-

فبدء المصنف(ره) اولاً بالمسئلة الثانیه و فرع علیها المسئلة الاول فی خلالها.

^۵ به: ای باقرار الزوج.

وذهب جماعة من المعاصرين الى سماعه بالنسبة اليها ايضاً. فلنمهد لبيان ذلك مقدّمات:
الاولى: قد يختلف المعنى اللغوي و العرفي العام و عرف الشارع و عرف المتشرعة و عرف الفقها، و قد يتحد.

ولا بد للفقهاء ان يميز بين الاصطلاحات، لئلا يشتبه عرف الفقهاء بغيره؛ فانه قد يكون العرف مختصاً بهم كما أنهم عرفوا البئر: «مجمع ماء نابع في الارض و لا يتعداها غالباً و لا يخرج عن مسماها عرفاً».

و ذلك أنهم لما علموا ان^١ حكم هذا القسم من الماء مخالف لغيره من المياه، و عرفوا ان الاخبار التي وردت في الحكم الخاص انما هو في ماء هذا القسم الخاص من البئر، لا في مثل بئر القنوت و العيون، و لا فيما يستنقع فيه الماء من دون نع. و وضعوا لبيان حكم هذا القسم من الماء باباً و جعلوا موضوعه «ماء البئر»، و عرفوا البئر بما ذكر لئلا تشتبه احكام المسئلة.

و لا يستلزم ذلك كون البئر هذا في اصطلاح الشارع و لا المتشرعة، فضلاً عن العرف و اللغة. و كذلك الكلام في الحيض و النفاس و نحوهما.

فحينئذ نقول: لفظ «الاقرار» و ان كان في اللغة بمعنى «الاثبات» و افادة القرار للشيء، ولكنّه في عرف الفقهاء عبارة عن: «اخبار جازم بحق لازم او بحق سابق». و زاد بعضهم كلمة «للمخبر» يعنى بثبوت حق لغيره عليه، او سقوط حق له عن الغير. و زيادة لفظ «للمخبر» لئلا ينتقض طرده بالشهادة، كما صرح به في المسالك^٢. فانه لولاه لصدق التعريف على الشهادة ايضاً.

^١ وفي النسخة: الآ.

^٢ الشهيد الثاني (ره): مسالك الافهام - اول كتاب الاقرار، التعليقه الثانية.

و بالجملة؛ فالتعريف قبل ذلك القيد تفيد الاخبار عن تضرر احد، سواء كان المتضرر هو المخبر او غيره؛ فزاد بعضهم هذا اللفظ لتخصص التضرر بالمخبر. فالاخبار عن لزوم حق للمخبر على الغير لا يدخل في التعريف و لا يمكن ارادة ذلك من هذا اللفظ، لانه يستلزم اخراج الاقرار الحقيقي عن الحد، او ارادة النفع والضرر كليهما من «اللام»^١. فتعين ارادة 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 كثيرة منها قوله تعالى: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ»^٢. قالوا: قال المفسرون: شهادة المرء على نفسه، اقراره.

و الاخبار الكثيرة مثل قوله (ع): قولوا الحق و لو على انفسكم^٣. و كلما ورد في تضاعيف الفقه من الاخبار الامامية مثل اجراء الحد بسبب الاقرار بالزنا و نحو ذلك. و مما يشهد بما ذكرنا انهم جعلوا اركانه اربعة: الصيغة و المقر و المقر له و المقر به. و صرحوا في مقام بيان الصيغة بانه: اللفظ المتضمن للاخبار عن حق واجب. و كلما ذكره من الامثلة دالة على الاخبار عن [ثبوت]^٤ حق سابق على الخبر، او سقوط حقه عن الغير، مثل:

^١ اي من حرف لام الملتصق بـ «للمخبر» - و في النسخة: من الاوم.

^٢ نساء، ١٣٥.

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

^٤ و في النسخة: سقوط.

لَه على كذا. او [لَه] عندى كذا. او مثل ذلك.

و ممّا يشهد بذلك ما ذكره فى المسالك فى مسئلة «اقرار الصبى بالبلوغ»، فانه قال: و فى الحقيقة دعوى الصبى بالبلوغ بالاحتلام و غيره، او مطلقاً، ليس اقراراً. لانّ الاقرار اخبار عن ثبوت حقّ عليه للغير و نفس البلوغ ليس كذلك. لهذا يطالب مدعى البلوغ بالسّنّ، البيّنة^١. الى آخر ما ذكره.

و الحاصل: انّ الاقرار فى عرف الفقهاء حقيقة فيما ذكرنا.

نعم: قد يطلقون على ما هو اقرار على الغير، من باب المشاكلة؛ فيقولون: هذا اقرار على الغير وهو غير مسموع.

و هذا لا يوجب^٢ صيرورته^٣ حقيقة فى الاعم، بل الاستعمال اعم من الحقيقة^٤.

نعم: ربما يظهر الاشكال من المحقق الاردبيلي (ره) فى الاقرار المطلق و منع كون سبقة الحق داخلاً فى مفهومه شرعاً، مويّداً باطلاقه على الاعم، و انّ ذلك اصطلاح الاصحاب. ثمّ ردّه باصالة البرائة عن لزومه، و عدم وجوب الوفاء بالوعد (على ما يظهر من الاصحاب) وان كان ظاهر بعض الايات و الاخبار، الوجوب. ثمّ استشكل فى كونه وعداً ايضاً. و كذلك فى دخوله تحت عموم «المسلمون عند شروطهم». و لم نقف على من قال بكون الاخبار عن ثبوت حقّ للمخبر على الغير، اقراراً حقيقة. و ظنّى انّ هذا المطلب ممّا لا يحتاج الى

^١ المسالك (كتاب الاقرار) ج ٢ ص ١٤١ ط دارالهدى.

^٢ و فى النسخة: لا يجب.

^٣ و فى النسخة: صيرورته.

^٤ محل الكلام هو «اصطلاح الفقهاء»- هل استعمالهم لفظ «الاقرار» فى «الاقرار على الغير» يدلّ على انّ الاقرار فى اصطلاحهم حقيقة فى الاعم من الاقرار على نفسه و الاقرار على غيره؟ او الاقرار حقيقة فى الاقرار على نفسه، و استعمالهم فيما على غيره، استعمال اعم من الحقيقة و غير الحقيقة-؟ يختار المصنف قدس سره، الثانى.

بسط و استدلال فأنه غير خفيّ على المطلع.

بل يمكن ادعاء الحقيقة العرفية فيه ايضاً، بل اللغوية، قال الجوهرى فى «الصّحاح»: اقرّ بالحقّ، اعترف به. و قال فى باب الفاء: الاعتراف بالذّنب، الاقرار به. و لا ينافيه ما نقل عن القاموس من أنّه الادعان للحقّ.

الثانية: انّ ما قرع سمعك من لزوم حمل اقوال و افعال المسلمين على الصّحة، يحتاج معرفة حقيقة 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 الصّحيح ما لم يزاحمه قول مسلم اخر، او فعله، او كلاهما، او لزوم اشتغال ذمّة، او براءة، او نحو ذلك. والّا فلا بدّ من المراجعة الى القوانين الممهّدة لذلك. ولذلك اذا رأينا مسلماً يدعى ما فى يد مسلم اخر، فان صدقنا المدعى لا بدّ ان نكذب المدعى عليه و هو ايضاً مسلم و يقول بأنّه مالى. و تعارض القولين و ان كان يوجب التساقط، ولكن لما كان قول المدعى عليه معتضداً بفعله و يده فكان اقوى. فلذلك نكلّف المدعى بالبيّنة 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 الذمّة و اصالة البرائة. فالقول فى مقابل القول، و الفعل و اصالة البرائة فى مقابل البيّنة.

و اما الخبر: فيكتفى فيه بالصّحة و الوثوق، لانه لا يُثبت حقاً على مسلم خاص. لانّ الخبر هو ما كان مفهومه عاماً، بخلاف الشّهادة. فالشّهادة لما كانت مثبتة للحق على شخص خاص فلا بدّ فيها من قوّة زائدة. و لذلك اعتبر فيها التعدد مع العدالة، حتى يرفع قوّة قول المسلم و فعله و برائة ذمته. و اما الخبر فلا يتصدى الا لاثبات حكم لمطلق المكلفين

كقوله (ع): «الشفعة في كل امر مقسوم»^١.

فُيكتفى فيه بصحة الخبر او حصول الظن به، كما هو المختار^٢.

و اما الاقرار: فلما كان هو قول المسلم، لا يزاخمه غيره. لانه في الحقيقة اقرار على النفس، كما مر بيانه. و مع ذلك فمعتضد بملاحظة ان العاقل لا يكذب على نفسه في ما يضره. فهو مسموع لمقتضى اصالة صدق قول المسلم.

فالاقرار في مقابل الدعوى، فانه اخبار بضرر النفس. و هي اخبار بضرر الغير.

و قد يطلق الاقرار [على قبول] الدعوى، ولا ريب انه ايضا من باب المشاكلة. و لذلك تريهم يقولون: جواب المدعى اما انكار او اقرار، او سكوت.

الثالثة: الاقرار قد يكون بلفظ صريح فيه^٣ يدل عليه مطابقة، كقوله: له في ذمتي درهم.

او ظاهر كقوله: له على درهم.

و قد يكون بلفظ يدل عليه تضمنا، او التزاما، مثل ان يقول له: اليس عليك كذا؟ فقال: اقبضتكم، او وهبته، او بعته، فيصير مقرا و ينقلب مدعيا.

فقد يكون شئ في صورة الدعوى، فيكون اقرارا من وجه، او يصير اقرارا من جهة. و كذلك قد يكون شهادة و تستلزم الاقرار من وجه، او يصير اقرارا في زمان اخر. و هكذا.. و لذلك قد تراهم يطلقون الاقرار على الشهادة، او الدعوى. فلنذكر بعض هذه المواضع:

قال العلامة في القواعد: و لو اقر بحرية عبد في يد غيره، لم يقبل. فان اشتراه، صح،

^١ ما وجدت حديثا 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 شئ» ص ١٠١.

^٢ و مما انفرد به المصنف (ره)، حجية الظن مطلقا، 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 يعتق على المشتري^١.

و قال فخرالمحققين 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، تمحضت تلك الصيغة للاقرار، و حكم عليه بمقتضاها. فلو قال: ان زيدا اعتق عبده غانماً، لم يحكم بحريته في الحال بمجرد قوله. فلو اقدم على شرائه قال الشيخ في المبسوط يصح الشراء. و الظاهر أنه يريد في الظاهر.

الى ان قال: و قال قوم أنه ليس بشراء، بل افتداء. لان البيع عقد مركب من جزئين؛ ايجاب و قبول، و صحته بصحتها و فساده بفساد احدهما. و القبول غير صحيح بالنسبة الى البيع لاعتراف المشتري بحريته و امتناع شراء الحرّ و التحقيق ما قاله المصنف و هو أنه يجتمع^٢ فيه المعنيان جميعاً؛ فهو بيع من جهة البائع لا محالة. و فداء و استيفاء^٣ من جهة المشتري. للحكم على كل باقراره عملاً بعموم الخبر. انتهى^٤.

بل الشبيء الواحد قد يكون قابلاً لكونه اقراراً على نفس المخبر و على غيره باختلاف الاحوال، مثلاً: الطلاق ماهيته مشتملة على امور: مثل قطع سلطنة الزوج على الزوجة، و مثل سقوط حق القسم و النفقة، و نحو ذلك. فالاقرار بالطلاق من الجهة الاولى، مرةً [يكون]

^١ ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد، ج ٢ ص ٤٣٧. طبع كوشانپور- و فيه «يعتق على المشتري» بدل «يعتق على المشتري». و ما في النسخة، اصح.

^٢ و في النسخة: «و هو أنه لا يجتمع». و الصحيح ما في طبع كوشانپور.

^٣ و في طبع كوشانپور: «استقاذ».

^٤ ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد، طبع كوشانپور، ج ٢ ص ٤٣٧-٤٣٨.

اقراراً حقيقياً؛ كما لو كان قطع السلطنة مبعوضاً له حين الاقرار و تكون المواصله محبوباً له. وكذلك في جانب المرثه فاذا كان المفارقة مطلوبة 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 [١] على نفسه من جهة 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، مما [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 جهة فيسمع، و اقراراً على الغير من [جهة] اخرى، فلا يسمع. و الجهتان ايضاً قد يتعاكسان كما مر.

قال الشيخ في المبسوط في كتاب الرجعه في مسئله ما لو اختلفا فقال الزوج: طلقتك في شوال. و قالت: لا بل طلقتنى 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^٢ على نفسها العده غير انه تسقط النفقه من الزوج فيما زاد على ما [اقر به]^٣، الا ان [تقيم]^٤ بينه، كما اذا اختلفا فقال الزوج: طلقتك قبل الدخول. و قالت: بعد الدخول. فانا نقبل قول الزوج في سقوط نصف المهر، و نقبل قول الزوجه في وجوب العده،

^١ اي قد يكون اقراراً حقيقياً.

^٢ والصحيح: تطول - كما في المبسوط.

^٣ و في النسخه: ما يريد.

^٤ و في النسخه: يقيم.

لأنه يضرّ بها^١.

و مثله كلام ابن البرّاج و غيره على ما نُقل عنهم.

فان قلت: أنا و ان سلّمنا انّ التّسمية بالاقرار على النفس و على الغير يختلف باختلاف
الحيثيات، فانّ الاخبار عن سقوط التّسلّط [على الزّوجة، مثلاً اقرار على النفس. و الاخبار
عن سقوط حقها من النفقة، اقرار على الغير. و كذا الكلام في اللفظ الدالّ على ذلك الاخبار.
فاذا اخبر عن المطلبين بانّ^٢ سلطنتي^٣ قد انقطعت عنها و^٤ بانّ حقّها قد سقط عني، فلا ريب
في انّ الاول اقرار على النفس و الثاني اقرار على الغير.

و اما لو اخبر عن ذلك بقوله: انّي طلّقتها في العام السابق. فلا نسلّم دلالتّه الاّ على
سقوط سلطنته عنه. اذ ليس معنى هذا الكلام بالدلالة الاصلية المقصودة بالذات الاّ ذلك؛ لانّ
معنى الطّلاق و مهيتّه أنّما هو اسقاط السلطنة عليها.

و دلالتها على [سقوط حقّها عنه من باب الدلالة الطبيعيّة بدلالة الاشارة. فلا يدلّ هذا
اللفظ على الاقرار على الغير بالدلالة الاصلية.

و اما ما ذكرت من كون الاقرار بحريّة عبد الغير^٥ اقراراً على النفس، فهو أنّما يسمّى
اقراراً على النفس باعتبار زمان تملكه للعبد بعد ذلك و صيرورة امره اليه في الزّمان
المتأخّر عن صدور هذا اللفظ عنه. و ما اشبه ذلك كاحكام الصّبيّ الجارية عليه بعد البلوغ

^١ المسوّط، كتاب الرّجعه، ج ٥ ص ١٠٢ طبع مكتبة المرتضويه.

^٢ و في النسخة: بقوله.

^٣ ما بين العلامتين، نقلناه من هامش النسخة الى المتن.

^٤ و في النسخة: او.

^٥ نقلنا ما بين العلامتين من الهامش.

^٦ و في النسخة: و اعتبار.

باعتبار الاسباب الحاصلة قبله، كوجوب الوضوء للحدث السابق على البلوغ. و لما كان حقيقة الاقرار على النفس هو الاخبار بثبوت حق الغير عليه، او سقوط حق له على الغير، و كان الطلاق و ماهيته الاصلية هو ازالة قيد النكاح و قطع سلطنته على الزوجة الثابتة بالنكاح و كان امره^١ اليه بعد وقوع النكاح، فكان الاخبار بوقوعه اذا صدر عن الزوج اقراراً و عن الزوجة ادعاءً. و لا يلاحظ التوابع و اللوازم الخارجة من المهية. فالطلاق و الاخبار به، كالتق و الاخبار به. و اذا كانا معاً من الايقاعات و امرهما الى واحد (و مقتضى الاول فك ملكية البضع، و الثانى فك ملكية الرقبة) فلا يلاحظ^٢ الحقوق الثابتة مع بقاء الملكية على الزوج و المولى حتى يصير الاقرار بزوالها اقراراً على الغير. و اما ما ذكرت اخيراً من مدخلية الحب و الكراهة فى التسمية بالاقرار و الدعوى، فلا دخل لهما، و لذا لم يؤخذ فى احدهما.

قلت: لا يجدى ما ذكرته فى بيان ما رتمته، و لا يضرنا اصلاً. اذ غاية ذلك أنه بالاخبار عن الطلاق لا يُثبت حقاً للزوجة لاجل النفقة مثلاً. لا أنه يُثبت عدمها. و نحن ايضاً لا نقول بان الاقرار بالطلاق بالنسبة الى النفقة ينفعنا، بل نقول أنه لا يضرنا. و اما ثبوت النفقة فهو حاصل بثبوت الزوجية السابقة المسلمة. بل المدلول عليها ضمناً بالاقرار بالطلاق ايضاً. و انت ايضاً اعترفت بأنه لا يلاحظ هذا على ما من شأنه الضرر، يعنى ان اقرار العاقل بما من شأنه الضرر على النفس لو حكم به الشارع، محكوم بأنه لازم. ثم: لا يخفى الفرق بين «فلان اقر على نفسه» و «شهد على نفسه» و «أشهد على نفسك» و «قل على نفسك» و «أقر على نفسك»، و بين قولهم «اقرار العاقل على نفسه

^١ اى امر الطلاق.

^٢ و فى النسخة: و لا يلاحظ.

جائز». لأنّ الاولِ اَمَّا 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» انّ هذا النوع من الاقرار الموصوف بكونه على النفس، حكمه اللزوم. فيصير الظرف مستقراً جزماً، لأنّه بمنزلة الصفة او الحال، و متعلقه عام؛ يعنى اقرار العاقل الحاصل في ضمن كونه على النفس، حكمه اللزوم. بخلاف الصّور السابقة؛ فأنّه لا يتصور فيها^١ معنى الوصفية او الحالية او الخبرية^٢. فلا يمكن كونه ظرفاً مستقراً. و ظنّي انّ هذا واضحٌ لا يخفى على من تأمل فيه ادنى تأمل.

فاذا تأملت فيما ذكرنا بنظر ناقب و فكر صائب، علمت أنّه لا يمكن الجمع بين الاستدلال بهذه الروايات مع الاية و الرواية الاخرى (خالياً عن كل عيب عدا البعد اللفظي) الا على اول الوجهين اللذين ذكرنا هما.

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

هذا كلّه مع أنّه يتمّ مطلوبنا على هذا الوجه ايضاً، فأنّا وان نمنع حجّية مفهوم الوصف او اللقب، ولكن قرينة المقام يفيد ذلك كما اشرنا.

لا يقال: انّ الاستدلال بالاية و الرواية المساوقة لها، ليس لاثبات اللزوم، بل أنّما هو لاثبات المشروعية، كما صرح به في الدروس و غيره.

لأنّ نقول: لا معنى لتصدّي الفقيه للاستدلال على انّ الاقرار و قول الحق، هل هو جائز

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

^٢ و في النسخة: فيه.

^٣ و في النسخة: الخبيرته.

و مشروع ام لا. لكون حسن الصدق و بيان الواقع، من البديهيات الاوليّة. بل المراد من الشرعية هو الاعتبار و الصّحّه أعنى ترتّب الاثر. كما عبّر بهما فى التذكرة و غيرها.

و الحاصل: انّ ثبوت مال الغير فى ذمّة احد فى نفس الامر، موجب لوجوب الردّ فى نفس الامر. فاذا ثبت ذلك بعلم الحاكم او البيّنة^١، فيحكم بوجوب الردّ ظاهراً ايضاً.

و اماّ انه هل يحكم بوجوب الردّ بسبب الاقرار و ان لم يكشف عن نفس الامر، ام لا؟-؟ و هل يترتب حكم وجوب الردّ على هذا مثل ما يترتب على العلم و البيّنة، ام لا؟-؟ فهذا هو الذى بيانه شأن الفقيه. و لذلك ذكر العلامة فى التذكرة (بعد الآية^٢ و الرواية) الاحاديث التى دلّت على ترتّب الحكم؛ مثل حكاية امر النبي (ص) بالرجم بعد اقرار ماعز [بن مالك] بالزنا. و ما فى معناها، فلاحظ.

لا يقال: انّ من اقرّ بكون ما فى يده خاصةً مغصوباً من زيد، يحكم عليه و على كل ما تعاقبه من الايدي (مثل الودعى و الوصى و الوارث) بوجوب الردّ. فلا اختصاص لنفسه به، و يسقط به كل حق مالى يتوجه اليه مثل نفقة واجب النفقة و حق الغريم.

و اذا اقرّ المولى بعق عبده المدعى للعتق، نفذ فى حقهما و فى حق الوصى و الوارث. و اذا اقرّ الاب بنكاح الصغير، نفذ فى حق الجد، 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.

^١ و فى النسخة: البيّنة.

^٢ اى كما يحكم به فى نفس الامر.

^٣ و فى النسخة: بعد الامر.

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

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

قلت: هذا التكليف انما نشأ من اليد، فان عليها ما اخذت حتى تؤدى و ان لم يكن عالماً بالغصب، فيجب ردها على زيد ان صدقه، و الا فهو امانة شرعية يجب العمل بمقتضاها. و لذلك لا نقول بالوجوب لو لم يقع فى يده. و مرادنا من المفهوم ان 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 فى النفس. و هذا واضح.

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

و اما سقوط [حق] من له عليه حق مالى؛ فسقوطه بمجرد ذلك ممنوع. فغاية الامر ان الغرماء و ذوى الحقوق^٢ لو ادعوا عليه الكذب، يقدم قوله. و ذلك ليس معنى سقوط حقهم.

^١ اى على ذمة المقر.

^٢ كمن يجب نفقته على المقر.

اذ معنى سقوط الحق به^١، استقلاله^٢ فيه^٣. واما في صورة الدعوى فلا يسقط الا باليمين (كما سيجيء الكلام في امثاله). والقول بان المراد انه يسقط به الحق في الجملة ولو كان جزء السبب، خروج عن المبحث. لان^٤ الظاهر من الحكم بالسقوط بالاقرار، السببية التامة. و يظهر مما ذكرنا، الكلام في العبد، حرفاً بحرف؛ و سقوط^٥ نفقة العبد انما هو لاجل ادعائه العتق المستلزم لاقراره على نفسه بالنسبة الى النفقة. وكذلك 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 الامثلة.

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 شئ 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؛ فبالنسبة اليهم اصالةً و بالنسبة 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 خاصةً. و ان كان مما يختص به، نفذ بالنسبة اليه اولاً و بالذات، و بالنسبة الى غيره ثانياً و بالتبع. و على هذا فحكم التصرف بقسميه حكم العين التي عليها يد المقر خاصةً او مع غيره.

^١ اى بالاقرار.

^٢ اى باستقلال الاقرار فى كونه سبباً للسقوط.

^٣ اى فى السقوط.

^٤ و فى النسخة: ان.

^٥ و فى النسخة: سقوطه

و لما كان كل من بقاء النكاح و ازالته بالطلاق حقاً مختصاً بالزوج [و] له الولاية عليه لا غير، فاقراره حينئذ بالطلاق اقرار على حق نفسه و اخراج لامر[ها]^١ من يده. فاذا سُمع كان ثابتاً مطلقاً و لا معنى لتفرقة المذكورة اصلاً.

اقول: 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 (ع) «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 الحيشة^٢ التي هي اقرار على النفس، فلا معنى للتعميم و القول بأنه مسموع بالنسبة اليه بالاصالة و بالنسبة الى الغير بالتبع.

فان قلت: مراده ان الاقرار بالطلاق، اقرار بما يتعلّق به و فى يده؛ و معناه ازالة قيد النكاح و حق ملكية البضع. كما ان العتق متعلق بالمولى و فى يده، و معناه ازالة حق الملك و فكّ رقبة العبد عن العبودية.

فاذا زال هذا القيد يزول لوازمه. و لا ينافى ذلك ترتب حق اخر (للزوجة و العبد) على حق ملكية البضع و الرقبة مادام ثابتين. و كما ان الزوجة كالبائعة بضعها بعوض الصداق (لا شئى اخر من النفقة و غيرها و لا دخل لغير تملك البضع فى عوض الصداق فى حقيقتها) فالطلاق المختصّ بالزوج هو قطع ذلك الملك. فلا يبقى شئى اخر.

^١ و فى النسخة: ه.

^٢ جوابٌ و ردٌّ على «ربما يُحمل الخير...».

^٣ و فى النسخة: الجنبية.

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

قولك: و لا ينافى ذلك الخ... فيه أنه اذا قبلت الترتب مادام الحقان ثابتين، فما الذي رفع الحقين حتى لا يرتب عليهما حق اخر. و المسلم^١ رفعهما أنما هو اذا تحقق الطلاق و العتق في الخارج، و لا نسلم رفعهما^٢ بالاقرار. لأن للزوجة و العبد انكار وقوع الطلاق و العتق. و الاقرار أنما يُسقط ما يختص بالمقر و يتضرر به، لا ما هو حق لآخر^٣ بالعقد الثابت من النكاح و شراء العبد.

و اما القول بعدم دخول شئى اخر في حقيقة النكاح الا تملك الزوجة بضعها بعوض الصداق. فهو ممنوع اذ وُضع النكاح الدائم لحصول النسل و قطع الشهوة باستمتاع كل منهما من الاخر. فيستحق الزوجة مضافاً الى الصداق، التمتع من الزوج و لو كان محدوداً فى المضاجعة و المواقعة. كما ان فى 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 فى رفع السلطنة ايضاً.

و بالجملة: هذا الحمل مضطرب غاية الاضطراب، لاستلزامه «لقاء ما ذكره الحكيم فى اللفظ و تقدير ما لم يذكر»^٤. اذا المقصود (على هذا) بيان ان الاقرار بما يتعلق بالمقر و يختص به كالطلاق، موجب لامضائه و مسموعيته و ترتب احكامه عليه. و لا ريب ان الطلاق

^١ و فى النسخة: و فى المسلم.

^٢ و فى النسخة: دفعهما.

^٣ و فى النسخة: حق الاخر.

^٤ استمسك بقاعدة «مقدمات الحكمة».

هو المهية التي من شأنها منع الزوج عن التسلط على الزوجة و اسقاط حقوق الزوجة عنه. فاذا سُمع ذلك و أمضى فلا فرق بين الامرين بان يكون احديهما بالاصالة و الاخر بالتبعية. بل هما مسموعان بالاصالة. و حينئذ فيكون قيد «على انفسهم» لغواً. و ان اريد ان سماع ذلك انما هو من جهة حصول الاقرار على النفس. ففيه: انه اما ان يكون سماعه من جهة انه نفس الاقرار على النفس، فـ (مع انه باطل لانه مركب منه و من الاقرار على الغير) ان هذا التقدير من دون قرينة عليه، غير صحيح في كلام الحكيم. و اما ان يكون سماعه من جهة انه مشمول على الاقرار على النفس، فاما ان يراد من الجهة الحثية التقييدية، فكيف يقتضى سماعه من هذه الحثية، سماعه من الجهة الأخرى و ان كان تبعياً ايضاً. اذ معناه حينئذ انه 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 اما ان يراد من الجهة الحثية التعليلية، فهو يستلزم ان يُسمع كلما وجد فيه هذه العلة و ان كان من حيث احد جزئيه، فالنكاح^١ ايضاً مشتمل على الاقرار على النفس بالتزام حقوق الزوجة. و الا لم يكن العلة علة، بل هي مع كونها في مادة مختص بالمقر، علة. و هذا ينافي حقيقة العلية. كما لا يخفى.

و ان قلت: لا يستلزم لغواً و لا تقديراً، فان المقيد و هو الاقرار المقيد بـ «على انفسهم»، باق على حاله، و الحكم المطلق بالجواز^٢ باق على اطلاقه. يعنى يجوز على النفس و على الغير. فان الاقرار ان حمل على المصطلح، فالقيد للتأكيد على اى حال، و لا يكون لغواً. و الا فللتأسيس على اى حال. و المراد ان اقرارهم على انفسهم نافذ مطلقاً. فان اقتضى اسقاط

^١ و في النسخة: كالتاح.

^٢ اى الحكم المطلق بنفوذ الاقرار.

حق للغير ثابت، على وجه التبعية. فسماع ذلك إنما هو من جهة أنه اقرار على النفس بالاصالة و على الغير بالتبع، فهو اقرار مشوب بالدعوى.

قلت: ان الحكم بالجواز المطلق ' على اطلاقه، مع ما ذكرت (من التفصيل بارادة اسقاط ما عليه بالاصالة و ما على الغير بالتبع) تناقض. و اما بقاء الاقرار المقيد بما له: ففيه ايضاً ان اريد المعنى المصطلح و كان القيد للتأكيد، فهذا اوضح شاهد على ان السماع انما هو بالنسبة الى ما هو على نفسه، لا ما هو على غيره، اصالة كان او تبعاً. و ان حمل على المعنى اللغوي، فالامر اوضح. لان التقييد بـ «على انفسهم» حيثئذ بمعنى التعليل او الاجتراء^٢ عما كان على غيرهم. فما اقتضائه اسقاط [حق] الغير الثابت على وجه التبعية؟

فقولك: ان سماع ذلك إنما هو من جهة أنه اقرار على النفس بالاصالة و على الغير بالتبع، اول الدعوى و لا برهان عليه، سيما 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، اى المُقرِّبه. و هو ليس نفس الاقرار على النفس. و اما التفريع بقوله «فالتصرف المقرِّبه...»^٣، فهو يشعر بان العلة هو كونه مما يتعلق به و يختص به، يعنى اذا كان المقرِّبه مما يختص بالمقر فاقاراه 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 ملاحظة عليّة الاقرار على النفس رأساً. و لا ادري كيف يصير معنى قوله(ع): «اقرار العقلاء على

^١ و فى النسخة: ان الحكم بتبعاً الجواز.

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

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

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^١ يُسمع من الاقرار في حق المقرّ بالنكاح^٢ ظاهراً، ليس من جهة سماع الاقرار بالايجاب فقط، او القبول فقط، حتى يترتب عليه ثمرة احدهما فقط. اذ لا ثمرة لاحدهما فقط، ابداً. فبعد فرض تحقق الاقرار بالمجموع فيرجع القبول و عدم القبول^٣ 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 جزمياً و موجب لالغاء^٤ قوله(ع): «على انفسهم»، او تخصيص الرواية بمثل الطلاق و العتق.

فان قلت: انه لم [يبتن]^٥ كلامه على التقدير الصناعي، بل استنبطه عن لفظ الرواية، كسائر المدلولات الالتزامية.

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 لارادة النفوذ بالنسبة الى الغير تبعاً ايضاً. و كذا لو اريد معنى اللغوى. لا هما مفيدان له^٦. او يراد به ما يختص بالمقرّ، كالطلاق و

^١ حرف «ما» موصولة و مبتدأ و جوابه: ليس من جهة...

^٢ و في النسخة: في حق المدعى النكاح.

^٣ اي تنفيذ الاقرار و عدم تنفيذه.

^٤ و في النسخة: لالقاء.

^٥ و في النسخة: لم يبين.

^٦ اي المعنى الاصطلاحي 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 الصناعى الذى لا دليل عليه و هو خلاف الاصل و الظاهر و موجب لتخصيص الرواية بمثل الطلاق والعتق و اخراج غيره من الاقارير الواردة 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، انما يُسمع فى الكل، لانه اقرار على النفس فى الكل. بخلاف ما لو شاركه غيره، فان 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^١ من حيث هو قاطع لتسلطه، و اقرار على الزوجة من حيث انه مسقط لحقوقها.

اذا عرفت هذه المقدمات فاعلم: ان الاشكال فى المسئلة فى مقامين: الاول: ان حكم المرئة بينها و بين الله اى شىء؟ و كيف حكم غيرها من باب الحسبة-؟ و الثانى: ان المخاصمة بين الزوجين كيف يرتفع؟ و كيف حال المرافعة اذا تنازعا-؟

اما المقام الاول: فنقول: ان علمت المرئة بصدق الزوج، فلا بد ان تقبل قوله، و يسقط عنه حقوقها كما يسقط حقوقه. و يجوز لها التزويج بغيره. و لا يجوز لغيرها^٢ مباشرة امر تزويجها، و ليس له منعها من باب النهى عن المنكر. و لا اشكال فى شىء من ذلك.

^١ و فى النسخة... على النفس و على الغير.

^٢ و فى النسخة: 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 شبهة فى عدم سقوطها فى نفس الامر. و لكن الامر فى اسقاطها بيدها. و هى مختارة فى الاخذ (بالاستعلاء الى الحاكم، او التقاص، و نحوهما) و عدمه. الا ان يزاحمه واجب مثل الاضرار الى النفقة بحيث يتوقف بقاء الحيوة باخذها و نحو ذلك، فيجب عليها المطالبة حيثئذ. و اما حقوق الزوج، فقد اسقطه هو باقراره. اذ اقرار العقلاء على انفسهم مسموعة. نعم: لو كذب نفسه و طالب حقه، فعلى المرئة ان يوفيهما بينها و بين الله و ان لم تكن ماخوذة عليها فى ظاهر الشرع.

و اما اذا كانت جاهلة بالحال ولم يكن الزوج متهما، فلا يجوز تكذيبها اياه. لحرمة اتهام المسلم و تكذيبه من دون حجة. و الظاهر انه يجوز لها قبول قوله ان كان^٢ ثقة. و المراد بالجواز هنا ما يشمل الوجوب، يعنى يجب تصديقه فلا يجوز لها مطالبة حقوقها منه^٣. و يجوز لها التزويج و نحو ذلك. و كذلك يجوز لغيرها^٤ المباشرة فى امر تزويجها بالغير و اجراء الصيغة من قبلها و نحو ذلك. و ذلك لان ذلك اخبار صدر عن مسلم ثقة.

و قول المسلم و ان كان محمولا على الصدق حقاً، الا انه اذا عارضه شئى اخر (مثل قول مسلم اخر، او اضرار، او اشتغال ذمة) 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 بشئ يضره. فهو خبر و

^١ و فى النسخة: ... قوله و جواز تزويجها بالغير.

^٢ و فى النسخة: ان كانت.

^٣ و فى النسخة: منها.

^٤ و فى النسخة: لغيرهما.

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

بل لا يبعد حينئذ الاكتفاء بعدم الاتّهام. بل هو متعيّن. لان ما دلّ على حمل قول المسلم على الصحة، اقوى من هذا الاستصحاب. و يرشدك الى هذا تتبّع 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 الصيعة دواماً بخامسة وكالتاً لمن 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 الخامسة و الاخت يجوز التزويج باخبار الزوج عن موتها او طلاقها. و من هذا القبيل قول القاسم و المترجم و نحوهما. و جواز العمل بقول المطلقة ثلاثاً لزوجها: اتى زوجت و حللت لك نفسى. و المشهور حكماً باستصحاب كونها ثقة، موافقاً للصحيحة الواردة فيه^٣. و كذلك العمل بقول كل امرئة تدعى فوت زوجها، او طلاقه ايّاه، كما هو المشهور. الى غير ذلك من المواضع التى لا حاجة 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 أنّا نكتفى فى اصل المزوجة و الملك و غيرهما بقول المسلم و نحكم

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

^٢ و فى النسخة: عالماً به بكون.

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

بصحتها^١ فكذا في قطع انسحابهما^٢. فاذا وجدنا رجلاً و امرئة يعترف كل منهما بالزوجية بينهما، نحكم بصدقهما، فيسمع قول كل منهما في ادعاء قطع علاقته عن الآخر^٣ ايضاً، ما لم يعارضه انكار الآخر.

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 الشهادة. و ان كان يُثبت حكماً]^٤ لا يعارضه غيره من الامور المذكورة و ليس له مزاحم بالفعل، فهو خبر محض و ان كان قد يصير اقراراً. كما مرّ الاشارة اليه. و ما نحن فيه حيثئذ من هذا القبيل؛ فلا بد ان يسمع فيه اذا لم يكن متهما، اذ هو خبر مسلم لا معارض له، سيما اذا اسقطت المرئة حقها و لكن تريد ان تعرف جواز تزويجها بالغير. [فلها الجواز] اذ الامر الذي كان مانعاً عنه، هو يد الزوج عليها و كونها زوجة له، و المفروض ارتفاعها باقراره. فاقرار الزوج متضمن لامور: احدها اقرار على نفسه باسقاط سلطنته عليها. و الثانى اخبار بسقوط حقوقها. و الثالث كونها خالية عن المانع بحيث يجوز لها التزويج بغيره بينها و بين الله.

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

^١ و فى النسخة: بصحتها.

^٢ اى انسحاب المزوجة و الملك - الانسحاب: جرى شئ مع شئ. او جرى امر مع امر - و فى النسخة: انسحابها.

^٣ و فى النسخة: الاخرى.

^٤ نقلنا ما بين العلامتين من الهامش.

الحديث المصطلح، كما هو مورد آية النبأ من جهة المفهوم و اخذ العموم فى مفهوم الخبر و مهيتته فى مقابل الشهادة، غير مسلم مطلقا. كما يستفاد من استدلالهم بالاية لحجية الخبر مع ان حدودها، الواقعة الخاصة. كما لا يخفى. و ذلك لان المسلم من اعتبار العدالة انما هو اذا اريد بالخبر اثبات تكليف و شغل ذمة، 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 فى جواز العمل بخبر الواحد. كما هو واضح.

و ما يتوهم ان الزوجة حينئذ مخيرة 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 المتغيرة.

و مما يؤيد سماع قول الزوج حينئذ، هو الاخبار الواردة فى قول الزوج للزوجة «اعتدى»، فى لزوم العدة. و توهم ان قوله حينئذ يساوى مع قول الاجنبى لو اخبرها بالطلاق. فيه ما لا يخفى؛ اذ يد الزوج حينئذ مانعة عن امضائه، فيعتبر فيه العدلان. كما يعتبر فى المدعى على ذى اليد فى ساير الاموال و الحقوق. و الظاهر ان الاخبار بالنكاح ايضا كذلك، يعنى اذا اخبر رجل امرئة^٢ ان اباك قد زوجك اياى فى 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 فى شرح النافع فى مسئلة «ادعاء المطلقة ثلاثا للطلاق و التحليل للزوج»، فقال يسمع لانه دعوى لا معارض لها، و لان قبول

^١ الوسائل، كتاب الطلاق ابواب مقدماته و شرائطه، ب ١٦ ح ٢ الى ٥.

^٢ و فى النسخة: امراته.

قولها في ذلك ليس بابعده من قبول قول ذي اليد في انتقال مال غيره اليه، و نحو ذلك. مع اتفاقهم ظاهراً على قبوله، فتأمل. انتهى.

و ليس ذلك الا لعدم مقاومة استصحاب المنع، لما دلّ على لزوم حمل قول المسلم على الصّحة. سيّما بالنسبة الى من يريد التزويج بمحض قول الزوج و سكوت الزوجة و جهلها بالحال.

و مما ذكرنا ظهر حال ما لو كان الزوج ثقة او غير متهم.

و اما لو كان متهما فلا يبعد القول بجواز استماع قوله حينئذ ايضاً. اذ ليس ما يعارضه بالفرض الا الاستصحاب. و لا تبعد لترجيح ما دلّ على حمل قول المسلم و فعله على الصّحة مطلقاً، على هذا الاستصحاب. كما في نظائره. نعم: يستحب الاحتياط و ترك التزويج للمرئنة حتى يظهر لها حقيقة الحال. كما نبّه^١ عليه فتوى المشهور في المطلقة ثلاثاً و الصحيحة الدالة عليه^٢.

و اما المقام^٣ الثاني: و هو بيان حال المرافعة و المخاصمة: و هو اما بتكذيب الزوجة اياه صريحاً و قطعاً. و اما ادعاء ظن كذبه، او تقول اني لا اترك حقي و لا علم لي بسقوطه حتى يثبت على سقوطه فهو باق على حاله.

اما الصورة الاخيرة^٤ فالظاهر عدم سماع دعويها. لانه ليس لها شئ يعتمد عليها الا الاستصحاب (و المفروض انها لا تنكر قوله و لا تكذبه) فلا بد من تصديقه لما مرّ.

^١ و في النسخة: كما بيّنه.

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

^٣ و في النسخة: المقالة.

^٤ اي اذا قالت اني لا اترك حقي.

و اما الصورة الثانية^١: فسماعها موقوف على سماع الدعوى الظنية. و الاظهر عندى سماعها، فلها ان تحلفه على عدم الكذب. و ليس له الرد كما حققناه فى محلّه.
و اما الصورة الاولى: فلاريب ان دعوى الزوجة مسموعة. و لكن الاشكال فى تقديم قول ايهما^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 مقدّمة فى تحقق معنى المدعى و المنكر و بيان معنى قولهم(ع): «البينة على المدعى و اليمين على من انكر». فاعلم انهم عرفوا 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 جهة مطابقتها 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»- مسامحة باعتبار المثال. و الاّ فالاقوال حقيقة 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 جهة غلبة العادة، او العرف، او

^١ اى اذا ادعت كذبه ظناً.

^٢ اى: لكن الاشكال فى تعيين ايها مدعى و ايها منكر.

^٣ و فى النسخة: اثبات.

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

القراين، او لحصول الظن من جهة اصالة حمل فعل المسلم على الصحة، [١] و ظهور ذلك و غلبة الظن. و هذه التعريفات من المصطلحات الفقهية. فالمهم بيان المآخذ من جانب الشارع. و لما كان وضع هذا الباب (و العلة الغائية لعقد البحث فيه) لرفع النزاع بين العباد فلا بد اولاً من ملاحظة معنى النزاع. فنقول: النزاع عبارة عن قضيتين متخالفتين واردتين على موضوع واحد من شخصين او اكثر، من اكثر. فذلك اما يحصل باثبات صريح و نفي صريح؛ مثل ان يقول احدهما «لى عليك كذا» و يقول الاخر «ليس على ما تدعيه» او «ليس على شىء». 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 جهة التناقض اولاً، و ان استلزمه بالغرض، مثل ان يقول احدهما «ارضى عندك كانت بالاجارة»، و الاخر يقول «بالاعارة». 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 الجناية و الاتلاف على الاخر مثلاً. و الاخر يقول «انى لا اعلم بما تذكره». و هكذا..

و قد جعل الشارع معيار رفع النزاع اموراً مثل الاقرار، و البيّنة، و اليمين. اما الاقرار: فأنما جعله نافذا على الفاعل اذا كان مما يقول ضرراً^٢ اليه، على تفصيل ذكره فى محله. و اما البيّنة و اليمين: فقد استفاض بل تواتر عنهم (ع) بان «البيّنة على المدعى و اليمين على مدعى

^١ اى اكثر من قضيتين.

^٢ و فى النسخة: او نفي صريح.

^٣ و فى النسخة: ضرره.

عليه- او على من انكر». فيقع الاشكال فى فهم هذا الحديث (الذى هو معيار رفع النزاع) من وجهين: احدهما بيان مرادهم (ع) من المدعى و المدعى عليه و حقيقتهما. و الثانى بيان معنى هذا التفصيل و بيان المناس فى صورة عدم التمكن منهما او من احدهما.

فنقول: ان الالفاظ اذا لم يثبت فيها حقيقة شرعية، فيرجع فيها الى العرف العام، على الاصح. و لا ريب فى دخول ما هو اثبات صريح و نفى صريح (او ما يتضمنهما، او ما يستلزمهما مع كون احدهما اظهر من الاخر) فى عموم الرواية؛ فقال للمثبت المطالب، انه مدعى. و لمن نفاه انه مدعى عليه [و] منكر. فلا اشكال فيه. انما الاشكال فى القضيتين المتخالفتين بالتضاد؛ كالاجارة و الاعارة. فانا ان اعتبرنا الانكار الضمنى الحاصل من جهة التضاد، فهو موجود فى الطرفين. فكل واحد منهما مدعى و منكر. فلا يحصل المناس بالعمل بالرواية، على ما هو الظاهر منها^١. و ان لم نعتبر ذلك فلم يندرج تحت الرواية اصلاً. و كذلك لو ادعى احدهما شيئاً، و قال الاخر لا علم لى بذلك. و عدم اندراجه تحت الرواية، اظهر.

اما المقالة الاولى^٢: فنقول: ان ادعينا ان معنى المدعى فى العرف هو من يتصدى اثبات امر خفى، فلا بد من التحرى فى الموارد المذكورة ان اى الطرفين اخفى من الاخر، و ايهما اظهر؟- كما انه يقال: الاظهر كونها اجارة [لان] الاصل عدم انتقال منافع المال الى الغير بلا عوض. او الاصل عدم اشتغال^٣ ذمة الغير بالاجرة، فهى عارية. و الاظهر الاول، لاعتضاده بعموم «على اليد ما اخذت حتى تؤدى» و نحوه. و هكذا مدعى النقص فى الكيل و الوزن،

^١ اى على ما هو الظاهر من الرواية- و فى النسخة: منهما.

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

^٣ و فى النسخة: او الاصل عدم لانه اشتغال...

إذا كان هو المشتري، فيقدم قوله. لان العادة تقضى بان اهتمامه فى ذلك اكثر من الباع. فاذا تعين من هو مطلبه اخفى فيندرج فى الرواية و يتوجه عليه البيئنة.

و ان لم يُسلم صدق المدعى على ذلك عرفاً حتى يستدل بالحديث، فيمكن ان يقال: العلة فى اصل الحكم فى المثبت الصريح و المنكر الصريح، هو خفاء^١ مطلب المطالب و ظهور برائة المطالب منه، من جهة الامور الخارجة العامة؛ كاليد و برائة الذمة. و الا فكلاهما مسلمان قولهما محمول على الصحة، فيجرى فيما نحن فيه ايضا.

و بذلك ظهر انه لو فرض كون مادة من مواد المدعى الحقيقى^٢. (الذى لا ريب فى صدق اللفظ عليه عرفاً لاجل كونه اثباتاً فى مقابل الانكار، مع صراحتها و كونه فى صدد ما هو خفى بنوعه، مخالف للاصل و الظاهر، و ترك لو ترك) لكن كان تشخصه مقارناً بقرائن خاصة شخصية يفيد كمال وضوح دعواه، لا يخرج عن مدلول الخبر. كما اذا ثبت اللوث لمدعى الدم، فانه لا ريب 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 لا بد عليه بمقتضى الحديث، اقامة البيئنة. لكن الشرع خصص الدماء بثبوت القسامة على المدعى احتياطاً.

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

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

^١ و فى النسخة: و المنكر يقرع هو هذه على خفاء.

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

ماله^١.

مضافاً الى طرد القاعدة في طريقة النزاع.

و على هذا فما تريهم قد يقدمون قول من يصدق عليه عرفاً أنه مدع مع يمينه (مع أنه خلاف مدلول الرواية) فوجهه أنه مستلزم لتجديد دعوى اخر لصيرورته^٢ منكرأ. او لعدم امكان اجراء الرواية من وجه اخر؛ و هو ان مصداق الرواية أنما هو صورة الامكان، فقد لا يمكن البيّنة للمدعى لعدم وجودها، و لا اليمين للمدعى عليه لعدم علمه. كما في صورة ادعاء الغبن المشروط سماعه بثبوت جهالة الثمن اذا ادعاها. و اذا لم يمكن اثبات الجهالة بالبيّنة فقد لا يمكن لمنكرها اليمين ايضا لعدم علمه. فيلزم سقوط الدعوى بدون بيّنة و يمين.

و من هذا القبيل ادعاء الزوجة كون اذنها بالتزويج جبراً من ثالث مع سبق كراهتها لذلك و ثبوت الجائر الأمر ايّاهاً بذلك، المخوف لها بما يلزمها. فقد لا يمكن للزوجة اثبات المجبورية حال الاذن، و لا يتمكن الزوج ايضا من اليمين لعدم علمه بعد رضاها^٣ حيثنذ حتى يحلف. فالأظهر في امثال ذلك تقديم قول المدعى مع يمينه، لما سنبينه بعد ذلك من اندراجها تحت عموم الاخبار الدالة على ان قاطع الدعوى اما البيّنة و اما اليمين مع حمل الحديث المتواتر على صورة الامكان. كما بيّنا.

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

^١ يعني: الرجل الصالح المتقى هو المدعى و عليه البيّنة، و ان كان مطلبه اظهر عرفاً.

^٢ و في النسخة: لصيرورتها.

^٣ كذا في النسخة. - و لعل الصحيح: بجِدِّ رضاها. او: بحدِّ رضاها.

جلياً^١ و هو يدعى امرأ خفياً. فان سبق [الكراهة]^٢ واستصحابه (سيما اذا عاضده قرينة اخرى مثل حضور الجائر حين العقد، و كون الرضا مخالفاً للاصل و كون المرئة اعرف بقصدها و ارادتها) يفيد ظهور مطلبها^٣.

لا يقال: ان اكتناف القرائن الخاصة بالمقام، ليس مما يمكن ان يصير مناطاً لرفع النزاع الذي يستدعى اطراد القاعدة.

لاتأ نقول: ان ظهور كون اقرار مثل هذا الشخص جبرياً، بعنوان الكلية قاعدة. فيكون من كليات اقسام الظاهر و يصير معياراً. و هذا ليس من باب اللوث في مدعى الدّم، اذ قد بينا ان هناك يُميّز المدعى و المنكر بالصدق العرفي، و اللوث امر زائد افاد صدق المدعى و اعتبروه في الدماء للدليل، و الاً فمقتضى عموم الخبر المتواتر، عدمه. و كذلك مدعى الظهور في مدعى جهالة الثمن في دعوى الغبن، لكونه مما لا يطلع عليه الاً هو غالباً مع مطابقتة للاصل، و لزوم العسر و الحرج، فبذلك يصير بمنزلة المنكر لكون خصمه مدعياً للاخفى منه.

فان قلت: ان صحة فعل المسلم المستفادة من الادلة، مقتضية لحمله عليها و كان عليه وقوعه على الوجه الصحيح، و المسئلتان المذكورتان تنافيانها على ما ذكرت.

قلت: ان هذه القاعدة (اعنى جعل المعيار في تقديم قول مدعى^٤ الصّحة، هو غلبة فعل المسلم و ظهور فعله في الصحيح من جهة اسلامه. مع ان بعضهم خالف في ذلك. و منع بعضهم كونها اجماعياً) يحتاج الى تأمل في تحقيق مواضعه. فانها ليست كلية. فقد تريهم

^١ و في النسخة: من جهة أنّهما يدعيان شيئاً ظاهراً جلياً.

^٢ و في النسخة: الاخبار.

^٣ و في النسخة: مطلبه.

^٤ و في النسخة: 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 الصحة للظهور او لغلبة وقوع معاملاتهم فى حال الكبر و العقل.

مع ان الحق انه لا بد فيه من تفصيل؛ فان تقديم مدعى الكبر انما يتم اذا كان نزاعهم فى وقوع البيع حال الكبر و الصغر. لا فى حصول الكبر و العقل فى حال البيع. يعنى مع معلومية التاريخ و كون الصبى مشكوك البلوغ فى ذلك الحين لا يمكن ان يدعى ان الغالب فى مثل ذلك الصبى انه كبير. و دعوى ذلك يصح 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 يتم فى مثل هذا القسم الذى كان مجبوريتها معلومه مستمره سيما 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 الصحة مدعياً لامر مرجوح.

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

^١ و فى النسخه: و ان يرد فيقتضى.

و احتمال المحقق الاردبيلي (ره) قوياً عدم القضاء بالنكول (في الصورة المذكورة و ان قيل به في غيرها) بل يجب الرد حينئذ، و احتمال الاكتفاء في الاسقاط بيمينه على عدم علمه بذلك. و قال صاحب الكفاية (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. لان 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 الكلية (من لزوم الحلف على البت في نفي العلم، لا العلم به اذا كان فعل نفسه) لا دليل عليه. بل المتبادر من الادلة هو لزوم البت في صورة الامكان. و ان لم يدع عليه العلم، فمقتضى الاصل و الاخبار انه لا يتوجه اليه شيء، و لا يجب عليه رد اليمين، و لا يرده الحاكم ايضاً على القول بعدم القضاء بالنكول. اذ لا معنى للرد الا بعد ثبوت اليمين عليه، و لا شيء يُثبتها عليه حينئذ. فلا يجوز للمدعى ايضاً الحلف و لا يثبت به شيء لو حلف.

و ما ذكره صاحب الكفاية 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: ان العمومات الدالة على ان اليمين مثبتة للحق (مثل قولهم -ع-: «احكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة، و يمين قاطعة، و سنة ماضية»^٣. و مثل ما روى

^١ و في النسخة: ابقاء

^٢ و في النسخة: ابقاء

^٣ الوسائل، كتاب القضاء، ابواب كيفية الحكم و احكام الدعوى، ب ١ ح ٦.

عن علي (ع): «أنه تعالى قال في جواب نبي من الانبياء شكى الى ربه القضاء: اقض بينهم بالبيّنات و اضفهم الى اسمي^١». لكفى في ذلك. اذ العام المخصّص، حجة في الباقي على التحقيق. فالخبر المتواتر المفصّل بانّ البيّنة على المدعى و اليمين على المدعى عليه، محمول على الغالب و هو صورة الامكان. بلى في صورة 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 بالنفي، لا [في] نافي العلم. فكانه قيل: اذا تمكّن كل منهما من البيّنة و اليمين، فالبيّنة وظيفة المدعى، و لا يكلف المنكر بتجشّمه و ان تمكن منه. و اليمين وظيفة المدعى عليه، فلا يجوز ان يبادر به المدعى. لانه لا يتمشّي البيّنة من المدعى عليه، اصلاً و لا ينفعه قطعاً، و لا اليمين من المدعى اصلاً و لا ينفعه قطعاً. لصحّة بيّنة الداخل و قبولها، بل اظهرتّها عندي، كما حقّقته في كتاب مناهج الاحكام.

و اما صحّة يمين المدعى و نفعها به، فهي ايضاً كثيرة. مثل مسألة الدّم، و الدعاوى على الميّت، و غيرهما. و بالجملة: القدر المسلّم من كون البيّنة وظيفة المدعى، و اليمين وظيفة المدعى عليه، أنّما هو مع الامكان. مع أنّه مخصّص بموارد كثيرة جداً. و لها تفصيلات عديدة مذكورة في محالّها. فيبقى عموم الاخبار في كون اليمين مثبتة للحق بحالها. مع أنّه لو لم نقل بلزوم يمين المدعى ههنا، للزم سقوط الدعاوى المسموعة، بلا شيعي. و هو خلاف الحكمة. سيّما بعد ملاحظة كلام اميرالمومنين (ع) في صحيحة محمد بن مسلم الواردة في كيفية تحليل الاخرس انه (ع) قال: «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي لَمْ يُخْرِجْنِي مِنَ الدُّنْيَا حَتَّى بَيَّنْتُ لِلأُمَّةِ جَمِيعَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ»^٢ الحديث. فعموم تلك الاخبار كان في ابلاغ حكم مثل ذلك؛ فاذا فقد البيّنة

^١ الوسائل، كتاب القضاء، ابواب كيفية 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 بالجملة: تلك العمومات (مع كون العمل عليها مقتضى الحكمة 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 شئ ينفيه الا الخبر النبوى المفصل، و قد عرفت جوابه.

اذا عرفت هذا فنقول: ان الزوج المقر بالطلاق مدعى بالنسبة اليها، فان صدقته فلا اشكال. و ان كذبت عليه البينة. و ان عجز فعليه اليمين^١ او الرد (ان لم نقل بالقضاء بالنكول). و ان كانت جاهلة و تمسكت بالزوجة السابقة و قالت لا اخلى حقوقى الى ان يثبت على الطلاق، فعلى الزوج اليمين، لعدم تمكن الزوجة منها لعدم العلم. مع اشكال فى ذلك لامكان القول بوجوب تصديقه، سيما اذا كان ثقة. كما يصدق المرثة بفوت زوجها، او طلاقها، [١] و بتحليلها بالتزويج و الطلاق. حملاً لقول المسلم على الصدق حيث لا منازع. كما صرح به [٢] سيد محمد (ره) فى شرح النافع. و كما يصدق مدعى الوكالة و مدعى التزكية 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 شئ اخر مثله، او اقوى منه. و اما اذا عارضه دليل اخر (مثل لزوم العلم^٢ فى دعوى الغبن، و براءة الذمة ما لم يعلم بالاشتغال فيمن يدعى عليه جنائياً فى نفس او خيانة فى مال و هو لا يعلم به و ان

^١ و فى النسخة: فعليه البينة.

^٢ و فى النسخة: لزوم العقد.

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

و أما استصحاب الزوجية^١ و حرمة التمتع بها و عدم التوارث، و ساير الاحكام المترتبة عليها في الامثلة المذكوره، فلا يُعنى به. لعدم المدعى في المقابل، و عدم من يتمسك به. فالفارق بين استصحاب^٢ الزوجية فيها، و استصحاب عدم ارتفاع آثار الزوجية في ما نحن فيه، هو تمسك [هم] في ما نحن فيه بالاستصحاب، دون تلك الامثلة. فهو حجة اخرى دالة على عدم انخرام الاستصحاب [في ما نحن فيه]، بخلاف الامثلة المتقدمة، فانه استصحاب لم يتمسك به احد. و لا يلزم في طرف مقابل الدعوى التصريح ببطلان قول المدعى و نفي قوله في نفس الامر. بل يكفي عدم ظهور انتفاء المستصحب و انخراجه.

فعدم علم المتمسك^٣ بجهالة مدعى الغبن مثلاً، لا ينافي تمسكه بلزوم البيع و استصحابه و ان كان مدعى الجهالة 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 البيّنة و غير ذلك.

و كذلك الكلام في من يُدعى عليه الجناية في نفس او مال، و هو يقول «انا لا اعلم ذلك و ذمّتي بريئة حتى يثبت عليّ». و لما لم يكن البيّنة بالفرض، و لم يمكن اليمين للمتمسك باللزوم، [و لم يمكن] الاستصحاب لعدم علمه بكذب مدعى الجهالة^٥ و مدعى

^١ و في النسخة: استحباب الزوجية.

^٢ و في النسخة: استحباب.

^٣ و في النسخة: العلم المتمسك..

^٤ أى: و ان كان مدعى الجهالة مسلماً يجب تصديقه لو لم يكن له متمسك اذا لم يعارضه شئ اخر مثله او اقوى

منه.

^٥ و في النسخة: المدعى الجهالة.

الجناية، فالمناص أنما هو اليمين على من يدعيهما.

فعلى هذا: لو لم تكذب المرأة زوجها فى الطلاق، و لا صدقتها، و لا تمسكت بالاستصحاب فى مقام الدعوى، و كانت طالبة للحق، فيجوز لها التزويج. سيما إذا كان الزوج ثقة يحصل الظن بصدقه. فالمعيار معلومية حال الاستصحاب و بقاء الظن به الذى يظهر من تمسك المتمسك به. و اما فى الامثلة المتقدمة؛ فليس فيها تمسك به.

و من ذلك يظهر الكلام فى الاجنبى الذى يريد تزويج المرأة المخبرة عن موت زوجها، او طلاقها، و الزوج فى قبول تحليلها. كذلك فى نكاح الاجنبى للمرأة التى اخبرها زوجها بطلاقها مع جهالتها بالحال و سكوتها. فان استصحاب حرمة 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.

فالعدة بيان ذلك؛ و ظنى أنه لا مناص فى دفع الاشكال الآعدول عن تاسيس القاعدة فى حمل قول المسلم على الصدق. و القول بان ذلك ايضا من باب ساير الكليات، التى بينها عموم من وجه. و كذلك بينها و بين معارضاتها من الاحكام الشرعية (مثل نفى العسر، و الحرج، و الضرر، و رفع الاشكال^١ بالقرعة، و التخيير، و قاعدة عدم نقض اليقين الا باليقين، و العمل على الاصل و الظاهر، و امثال ذلك). فحمل قول المسلم على الصدق، انما يتم اذا لم يعارضه شىء اقوى منه. فلا بد من الرجوع الى المرجحات الخارجة، كساير الأدلة الفقهية. و ربما يرجح تلك القاعدة على الاصل و الاستصحاب، و ربما ينعكس، و ربما ينضم قرينة

^١ و فى النسخة: و دفع الاشكال.

الى اخبار المسلم يوجب ضعف الاستصحاب. و ربما يظهر للاستصحاب^١ قوّة يغلب عليه. و هكذا..

فيمكن^٢ ان يقال: من مرجّحات قول الزوج هنا، كونه مخبراً عن يقين و الزوجة عن ظنّ. فهذا يرجّح قول الزوج فيصير في معنى المنكر و يقدم قوله مع اليمين. و اما بدونها، فلا. لانّ المفروض تحقق الدعوى و يحتاج الى ما يُسقطها.

ثمّ: يمكن ان يقال: انّ قاعدة حمل قول المسلم و فعله على الصّحة، أنّما هو لاجل حصول الظنّ بصدقه و لو من جهة الغلبة، فكلمّا لم يحصل هناك مخاصمة بالفعل او بالقوّة، فُيُنَى على الصدق (كقول من يجيى بالهدية و يقول هذا مال فلان اهداه اليك، و مثل قول من يبيع الثياب و يقول اشتريتها بالامس من فلان، او يقول هذا من فلان وكننى فى بيعها، و امثال ذلك. و من هذا القبيل قول المرئة: كان لى زوج مات فى السنة الماضية و اريد ان ازوجك نفسى. و مثل قول المطلّقة ثلاثا لزوجها: حلّلت لك نفسى، و امثال ذلك مما لا يحصى). فُيُنَى على الصدق و الصّحة لكنّها مراعات لظهور الحال. و الصّحة مرتّبة عليه، حتى تحصل هناك مخاصمة فيجىى صاحب الهدية و يقول كذب فلان بل سرقه عنى و جاء بها لك. و كذلك نظائره. فحينئذ يجب الاثبات. فالواسطة لاقاراره^٣ انه من المالك، ماخوذ باقراره، فلا بدّ من اثبات كونه هديّة او وكيلاً فى البيع. و نحو ذلك. فقبول قول المسلم فى هذه المواضع لا يحتاج الى كونه عادلاً. و لذلك حملوا اشتراط الثقة فى المطلّقة ثلاثا، على الاستصحاب.

و اما اشتراط العدالة كما يستفاد من الاية: فإنّما هو من الشهادة لاجل اثبات الدعوى. كما

^١ و فى النسخة: الاستصحاب.

^٢ و فى النسخة: و يمكن.

^٣ و فى النسخة: فاقاراره.

استدل الفقهاء بآية النبأ لاشتراط العدالة و الايمان فى الشاهد. او بخبر الواحد الذى يثبت تكليفاً عاماً للعباد، او يرفع تكليفاً عاماً لهم و ان توجه الى هذا المكلف بالخصوص. مثل اثبات النجاسة للماء القليل الملاقي بالنجاسة، و اثبات الشفعة فى كل امر مقسوم. او فى الامور الخاصة باحد المكلفين فى دفع تكليف ثابت عنهم، او اثبات تكليف. كاخبار الاجير عن الحج و الطيب عن المريض المبيح 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 الصحة. و قيل لا [يُسمع] لقوله تعالى «ان جئتكم فاسق بنباء فتبينوا». و نحو ذلك. فحينئذ فسماع قول الصغار فى تطهير الثوب، و سماع قول المرثة فى الحيض و العدة و نحو ذلك، لا بد ان يقال انه مُخرج بالدليل و هو العسر، و الحرج، و الاخبار، و الاجماع فى البعض.

و اذا كان هناك مخاصمةً بالفعل او بالقوة، فلا يسمع الا بالبينة. و من جملة ما بُعد من الدعوى و الخصام بالقوة، هو المطالبة 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 يُعد من جملة دعاوى، و لذلك يرجع الى وارث الميت فى اليمين على نفس العلم. فانه مع كونه غير عالم بالحال، يُعد مدعى عليه.

و الحاصل: ان من جملة المخاصمات، هو ما لو ادعى احد على الغير، و اجاب: لا ادرى ما تقول. و مع ذلك يعد مدعياً، و الطرف الاخر مدعى عليه. فقال الشهيد فى القواعد: لو ادعت تسميته و قدره^١. و قال الزوج: لا اعلم، و كان قد زوجته و كيله. او قال نسيت. حلف

^١ اى: لو ادعت المرثة تسمية المهر و تعيين مقداره.

على نفى العلم و يثبت مهر المثل. و يحتمل ما ادّعت، 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 ادري. لم يسمع منه بذلك، بل اّمّا بالحلف يميناً جازمة، او ينكل فتحلف هي. و ان نكلت فعليها العدة. و ليس قضاء بالنكول، عند بعضهم. بل لانّ الاصل بقاء النكاح و آثاره، فيعمل به حتى يثبت رافع. انتهى.

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

و الحاصل: انه لا استبعاد فيما نحن فيه، انّ الزوج اذا قال: طلّقت زوجتى (و الزوجة كانت جاهلة بالحال و لا تتهم زوجها^٣) لا بعنوان الدعوى و ارادة اسقاط الحق، بل يكون غرضه الاخبار عن الواقع. فيجوز للزوجة البناء على مقتضاه و التزوج بالغير، و ان لم يشهد لها البيّنة. و ان تمسكت^٤ بالاستصحاب، فيسمع دعويها، و يكلف الزوج بالبيّنة. و قد ينتهى الامر الى رجوع اليمين اليه. كما اشرنا اليه سابقا، من اجل العمومات. و الا يلزم سقوط الدعوى المسموعة من دون حجة.

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

^١ اى على وضع الحمل.

^٢ عبارة النسخة: اقول و على يجيى فيما نحن فيه.

^٣ و فى النسخة: زوجه زوجته.

^٤ و فى النسخة: 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 مقابلة الوارث للمدعى المسلم، بمحض عدم العلم بالابراء بالاستصحاب.

بقي الكلام في أنه: هل يجوز للمرئة حينئذ التمسك بالاستصحاب مطلقا، او مختص بوقت دون وقت؟-؟ الذي يظهر لي الان، أنه اذا حصل لها من قول الزوج ظن يغلب على الاستصحاب فلا يجوز لها، و الاّ جاز [لها] التمسك به. و كذلك في كل ما كان المدعى عليه جاهلا بالحال و فاقداً للعلم. فاذا غلب الظن على صدق قول المدعى، فالظاهر انه ليس له التمسك بالاستصحاب، و لا يسمّى ذلك دعوى و لا مخاصمة بالفعل. و اما احتمال تجدد راي للمدعى عليه و حصول علم له بعد ذلك، ليدخل ذلك في امثلة المدعى عليه بالقوة، فالظاهر انه لا يُعتنى به في الموجود الحاضر.

اذا تمهّد هذا: فمقتضى قاعدة «رفع الدعوى» و «انّ البيّنة على المدعى و اليمين على من انكر»، هو ان الزوج وظيفته اقامة البيّنة على وقوع الطلاق، لانه مدعى بجميع معانيه. لان الاصل عدم الطلاق، و الظاهر بقاء الزوجية للاستصحاب. و انه يُترك لو ترك الدعوى. فان عجز فاليمين على الزوجة؛ فامّا تحلف، او لا. و على الثاني فامّا يحكم بالنكول (كما هو الاظهر سيما اذا علمت انّ لها الردّ)، او يُردّ اليمين على الزوج فيحلف. او ينكل فيقضى عليه بمقتضى ما اتى به.

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

^١ و في النسخة: امر المباشر لامر بالاشهاد.

أنه لاجل اثبات ما يباشره اذا احتاج اليه المباشر، من انكار منكر، [١] و عروض رادع له. او اعم من ذلك. و لو كان يمكن اثباته بمجرد قوله، او باليمين فقط اول مرة، لم يكن للامر الظاهر في الوجوب العيني، معنى.

و أما [احتمال] ان يكون ذلك محض تعبد، او لاجل اثبات حق الزوجة من عدم تسلط الزوج عليه بسبب الطلاق و انكار الزوج، فكلاً. لكمال بعد الاول^١ و مخالفته لظاهر المذهب. و لذلك يعتبر في معرفة الشاهدين للزوجين بحيث يتمكّنان عن اقامة الشهادة. كما هو الحق. و المحقق أنه لا يجوز الاكتفاء بمجرد اجراء الصيغة عند العدلين. فان الاكتفاء به، لا دليل عليه. بل لا اصل له في المذهب. كما صرح به سيد المحققين في شرح النافع. و لكون الثاني^٢ خروجاً عن الظاهر او تقييد الاطلاق، من غير دليل.

و اما ما يقال: ان كون الحكمة في الاشهاد، هو اثبات الطلاق، ممنوع. و لو سلم، فالحكمة لا يجب ان يكون مطردة، بل يكفي وجودها في الاثبات على الزوج المباشر للاشهاد مطلقاً، و على الزوجة في بعض الصور^٣، الذي هو غير ما اقر الزوج به.

ففيه: انا ندعى كونه علّة، لا حكمة. مع انه لا معنى لعدم اطراد الحكمة فيما نحن فيه. اذ المراد بعدم اطراد الحكمة، ثبوت الحكم في غير محل الحكمة ايضاً (كثبوت غسل الجمعة في غير ما وجد هنا [ك] نتن الاباط، و العدة في غير ما يخاف فيه من اختلاط المياه و الانساب). فان قلنا ان الحكمة في وجوب الاشهاد، هو اثبات الطلاق اذا احتيج اليه بسبب حصول منكر، او عارض. و [قلنا ب] ان هذا حكمة، لا علّة. فمعنى عدم الاطراد انه يجب

^١ اي: كون الاشهاد للتعبد محضاً.

^٢ اي كون الاشهاد لاجل اثبات حق الزوجة...

^٣ و في النسخة: في بعض صور.

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

و اما ما قد يتمسك 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 اقرّ به لاحدهما و نفاه عن الاخر، صدّق، 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 الاخر و على المولى عليه.

و فيه: ان قبول قول ذى اليد (مع انه ممنوع مطلقاً، كما ذكره فى الحكم بنجاسة انائه بعد استعمال الغير اياه)، فهو انما يسلم اذا لم يكن هناك منازع. فلو اراد المشتري للماء، ردّ الماء لعيب النجاسة، فلا يكفى فى دفعه، قول ذى اليد بالطهارة، 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 الاخر و الوصى الاخر و الولى الاخر (كالاب و الجد)، فانما هو لاجل ان يد الوكيل يد الموكل، و يد احد الوكيلين يد الاخر، من جهة كونهما معا 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 مسألة 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 المعارضة بانّ الزوجة ايضا ذات يد على حقوقها الثابتة [و] لا بد ان يُسمع قولها فى عدم سقوطها): انّ سماع قوله فى بقاء علّة النكاح و زوالها، انما

هو قبل حصول المنازعة. 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 المرثة 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 ناطقة بان اليمين من جملة ما يُستخرج به الحقوق.

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

الثانى: ان النكاح انما وضع لتملك الزوج بضع الزوجة على وجه مخصوص، بعوض معلوم. فيكون كسائر الاملاك. و لذلك ورد في بعض الروايات؛ انه يشتريها باعلى الثمن^١ و اما استحقاق الزوجة بحقوقها عليه، فمن التوابع المشروطة ببقاء ذلك التملك المختص ولايته به وجوداً و عدماً، كاستحقاق العبد و الذّابة لحقوقهما على المالك. و الطلاق ليس الا ازالة لذلك الحق المختص به. و لذلك كان امره بيده. فيكون الاقرار به، كاقرار[ه] ببيع العبد و عتقه و وقفه. و كما ان^٢ حقه التبعي لا يمنع من نفوذ اقرار المالك فكذلك حق

^١ الكافي، ج ٥ ص ٣٦٥.

^٢ و في النسخة: انه.

المرأة. على أن^١ حقها من الاستمتاع قد سقط ظاهراً، لعدم تمكّن الزوجة منه لمنعه عنه شرعاً بعد الاقرار، فلم يبق الا حق الانفاق الذي صارت به مساوياً للعبد في الفروض المذكورة. مع أنه مشروط هنا بالتمكين الذي لا اثر له هنا و ان رجع عن اقراره.

ففيه: اولاً: أن ما ذكر ليس باولى من ان يقال: أن النكاح أنما وضع لاجل ان تستحق الزوجة التمتع من الزوج لحفظ فرجها من الزنا، على وجه مخصوص، بعوض معلوم. فيكون كبيع ساير الاملاك، فيكون هي السابقة لبضعها المستحقة في عوضها الزوج المعلوم^٢. سلّمنا؛ لكن نقول: وضعه لاجل حصول الامرين معاً. و اختصاص تولية الابقاء و الازالة بالزوج، لا ينافي استقلال كل منهما في اصل المعاملة و المعاوضة.

و قوله: و اما استحقاق الزوجة.... الى آخره، ان اراد اصل الاستحقاق و حصوله اولاً، ففيه منع واضح. اذ هو امر اصلي مقصود بالذات في عقد النكاح، الذي هو بينهما على السواء. بل الاصل فيها هو المرئة، لكونها موجبة و هو قابل، و الايجاب مقدم على القبول طبعاً و وضاعاً. و ان اراد بقاءه فهو كذلك. و ظن بقاء استحقاق الزوج لحقوقه ايضاً مشروط ببقاء ذلك التملك. غاية الامر ان ملاك الابقاء و الازالة أنما هو الزوج، و ولايتهما بيده. و لكن ذلك لا ينافي استقلال الزوجة، و لا يستلزم كون حقها^٣ تبعياً.

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

^١ اى: اضع على هذا ان...

^٢ و في النسخة: الزوجة المعلوم.

^٣ و في النسخة: حقهما.

النَّفَقَةُ^١.

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

قوله: على ان حقها من الاستمتاع قد سقط... الخ، فيه: ان عدم جواز مطالبة الزوج حق استمتاعه من الزوجة، لا ينافي جواز مطالبة الزوجة حق استمتاعها من الزوج. و يظهر الثمرة فيما لو لم يمكن الزوجة من الاستمتاع من زوجها جبراً و كرهاً.

قوله: مع انه مشروط هنا بالتمكين الذي لا اثر له... [الخ، اقول:] قد عرفت ان عدم الاثر ممنوع. اذ عدم تمكن الزوج لا ينافي تمكين المرأة. و إنما حصل عدم التمكن من فعل الزوج و لا تقصير للزوجة في ذلك. و ذلك كما تمكن الزوجة من الاستمتاع و لم يقدر الزوج عليه، لعدم الرغبة. او العجز، او مانع اخر. فان ذلك يكفي في استحقاق النفقة. كما لا يخفى.

الثالث: بعض الاخبار المشتملة على انه اذا ترك الميت عبداً و أقر بعض ورثته بأنه اعتقه في حياته، نفذ اقراره من نصيبه، و استسعى العبد فيما كان لغيره من الورثة؛ مثل ما رواه الصدوق في الفقيه عن يونس بن عبدالرحمن، عن منصور بن حازم، عن ابي عبدالله (ع) في رجل مات و ترك عبداً فشهد بعض ولده ان أباه أعتقه. فقال (ع): يجوزُ عَلَيْهِ شهادتهُ و لا يُغرمُ و يُستسعى العُلَامُ فيما كان لغيره من الورثة^٢. 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

^١ و في النسخة: لاجل اخره و من النفقة.

^٢ كذا في النسخة. و لعل الصحيح: لو تمكن الزوجة من الاستمتاع من زوجها جبراً و كرهاً.

فان الزوجة حينئذ تستمتع من الزوج، و لاشيئ عليها لان 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
أَغْتَقَهُ. فَقَالَ إِنْ كَانَ الشَّاهِدُ مَرْضِيًّا لَمْ يَضْمَنْ وَ جَازَتْ شَهَادَتُهُ فِي نَصِيْبِهِ وَ اسْتُسْعِيَ الْعَبْدُ
فِيْمَا كَانَ لِلْوَرَثَةِ.^٢

و أخرى: عنه عن بنان، عن موسى بن القسم، عن علي بن الحكم، عن منصور؛ قال:
سَأَلْتُ اِبَاعَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ مَاتَ وَ تَرَكَ غُلَامًا مَمْلُوكًا، فَشَهِدَ بَعْضُ وَرَثَتِهِ أَنَّهُ حُرٌّ. قَالَ: إِنْ
كَانَ الشَّاهِدُ مَرْضِيًّا، جَازَتْ شَهَادَتُهُ. وَ يُسْتُسْعَى فِيْمَا كَانَ لِغَيْرِهِ مِنَ الْوَرَثَةِ.^٣
فحكّم في هذه الاخبار بسماع اقراره في نصيبه، و حكم على العبد بسقوط حقه عنه
بذلك، و استسعائه في سهام باقى الورثة و حكم عليهم مع انكارهم بقبول قيمة سهامهم.
فالحكم مبنى على نفس الاقرار و على كونه مستقلاً، لكونه مالكا له في نصيبه ظاهراً، و ليس
ذلك مخصوصاً بالعتق. فيكون في الطلاق و نظائره ايضاً كذلك.

و حاصل الجواب في تلك الاخبار: (على فرض تسليمها على الاطلاق) ان الاقرار
بالعتق يوجب فرض تحققه بالنسبة اليه في الواقع. فيجرى عليه كل حكم يتعلّق به بالنسبة
اليه. فيسقط تسلّطه عليه في بيعه و اجارته و اخدامه و نحو ذلك. و اما انفاق العبد، فلمّا كان
العتق انفع شيئاً للعبد غالباً، فيقدم، و ان كان يلزمه سقوط الانفاق. اذ من النادر ان يكون
النفقة اهمّ في نظر العبد. و الاقرار لشخص و على شخص، قد يختلفان في المقامات بحسب
الاحوال. ففيما اجتمع الامران ضرورةً لفك الرقبة و سقوط الانفاق، فيعتبر اهمّهما^٤ و انفعهما

^١ و في النسخة: سئل ابا جعفر (ع).

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

^٣ التهذيب: ج ٨ ص ٢٤٤ ح ١٢٢. كتاب العتق، ب ١.

^٤ و في النسخة: اهميتهما.

له غالباً.

و اما استلزام ذلك الاقرار سراية 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^١ تغليب جانب الحرية، 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 الاتفاق في العبد ايضاً. كما مرّ.

هذا، مع اني لا يحضرنى الان، قائل بمضمونها صريحاً. غاية الامر اقتضاء الاقرار سقوط تسلطه عليه. و كذلك لم يقل احد باشتراط كون المقرّ مرضياً. فلا يلائم قواعدهم في الاقوال، و لا عمومات ساير الاخبار.

الرابع: القاعدة المسلمة عندهم باختلاف عباراتهم ان «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، كنفس التصرف، ما لم يعلم كذبه. و كذلك اذا كان على سبيل الولاية، عند الاكثر. و لا ريب ان الشارع جعل علقه النكاح (المستلزمة لثبوت حقوق عليه و حقوق عليها بقاءً و ازالةً) 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 التجارة، و المكاتب، و نحو ذلك.

^١ اي: مبنا الاخبار. - و في النسخة: مبناه.

و مرادهم ان اقرار العاقل لما كان لا يُسمع الا على نفسه، و في هذه المواضع شائبة كونه اقراراً على الغير (اذ اقرار العبد ببيع سلعة مولاه^١، او قبض ثمنه، و ان كان اقراراً على نفسه بالنسبة الى المشتري لكنه متضمن للاقرار على المولى ايضاً) فدفعوا ذلك بأنه 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. ضرورة ان تنفيذ الاقرار بالشيء، فرع جواز التصرف في ذلك الشيء. كما صرح 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 اما دعوى المولى و الموكل على العبد و الوكيل، و ان كانت مسموعة اذا انكر البيع و القبض. لكنها دعوى يتعلق بالامين. و الظاهر انه منكر، لاجل ايمانه و تفويض الامر اليه. فالمولى و الموكل يدعيان كذبهما، فعليهما البيّنة على الكذب، و عليهما اليمين على نفيه.

و الحاصل: ان تقديم قول العبد و الوكيل (اذا نازعهما المولى و الموكل) ليس من جهة هذه القاعدة. اذ مقتضى القاعدة النفوذ و الامضاء بدون توقف على شيء. كما هو مقتضى الاقرار. لان الاقرار مستقل باثبات الحكم في مادة المقر به^٢، على نفس المقر. غاية الامر؛ دلالتها على تصديقه و قبول قوله بالنسبة الى الغير ايضاً اذا جهل الحال و لم يكذبه احد. كما صرح المتمسك بها هنا ايضاً. حيث قال «ان اطلاقهم في هذه القاعدة و في تنصيبهم على تقديم قول الزوج في الطلاق بدون ذكر اليمين انما هو في صورة الجهل بالحال». و مع ذلك

^١ و في النسخة: سلفه مولاه.

^٢ و في النسخة: المقر له.

تمسك بها^١ في صورة التكذيب و الانكار ايضا. و هو عجيب.

سيما و يظهر من ملاحظة كلماتهم، خلافهم. لأنه ذكروا هذه الاطلاقات في مقام الدعوى ايضا.

فنقول: التعليل المذكور في كلامهم انما هو لاجل اثبات الحكم للمقرله. قال في الشرايع في اقرار العبد «و لو كان مأذونا في التجارة، فاقرب بما يتعلق بها قبل. لأنه يملك التصرف فيملك الاقرار، و يؤخذ بما اقرب به مما في يده»^٢. و في المسالك: «انما قبل اقرار [المأذون في التجارة] لأن تصرفه نافذ فيما اذن له فيه منها، فينفذ اقراره بما يتعلق بها، لأن من ملك شيئاً ملك الاقرار به»^٣. و مثله عبارات غيرهما^٤ من الاصحاب. فلاحظ الدروس و الارشاد و غيرهما^٥.

و اما مثل عبارة الشيخ في المبسوط، حيث قال في حكم اختلاف الوكيل و الموكل في فعل ما وكل فيه كالبيع و قبض الثمن انه: «قبل فيه قولان: احدهما ان 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 اقر الوكيل على موكله

^١ و في النسخة: بهما. - و الضمير راجع الى «القاعدة».

^٢ الشرايع، ج ٣ ص ١١٩ طبع دارالترغيب - كتاب الاقرار، النظر الثاني في المقر.

^٣ و في النسخة: لان كل من.

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

^٥ و في النسخة: ها.

^٦ و في النسخة: 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 موهمة خلاف^٣ ما ذكرنا من كون التعليل بهذه القاعدة، لاجل اثبات الحكم للمقرّله. و لكن اخر كلامه فى تقرير القول الثانى يوضح ان مراده ما ذكرنا، و ان مراده من التعليل بقوله «لأنه يملك هذا العقد» بيان صحة اقراره فى العقد و القبض، و نفوذه للمقرّله، و صيرورة فعله هذا، فعل الامين. فاذا تعقبه دعوى الموكل بنفى العقد و القبض، فيقدم قول الوكيل لأنه امين. او مراده بيان الامانة اولاً بتقريب ان الامر مفوض اليه و هو مالك للتصرف من هذه الجهة، 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 لانه اقرار على الغير، فلم يثبت الحق للمشتري المقرّله اصلاً، و لم يتحقق البيع بالنسبة اليه ايضاً. و اما ما ذكر للقول الاول؛ فالمراد به أنه يتحقق بالنسبة الى المشتري، لانه يملك هذا العقد و القبض، فينفذ اقراره فيه على نفسه بالنسبة الى المشتري. و اما دعوى الموكل معه فهو تكذيب له و لا يقدم قوله. بل يقدم قول الوكيل مع اليمين، لانه امين.

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

^١ و فى النسخة: الاجنبى. و هكذا فى المبسوط، ج ٢ (كتاب الوكالة) ص ٣٧٣، ط المكتبة المرتضوية.

^٢ المبسوط، ج ٢ (كتاب الوكالة) ص ٣٧٣، ط المكتبة المرتضوية.

^٣ و فى النسخة: الخلاف.

تقديم قول المدعى الى شئى اخر.

و قد ينضمّ الى الاستدلال بهذه القاعدة، الاستدلال بقوله(ع): «اقرار العقلاء على انفسهم جازيز» بالتقريب الذى مرّ و هو أنّه يُسمع فيما كان الاقرار على غيره بتبعية سماع ما كان على نفسه اذا كان الاقرار مركباً من الامرين. كما فيما نحن فيه اى الطلاق. و انت خير بانّ مقتضى الحديث، النفوذ و السماع من دون حاجة الى شئى. فالجمع بين الاستدلالين و القول مع ذلك باحتياج تقديم قول مدعى الطلاق^١ الى اليمين، مما يفضى منه العجب.

اذا عرفت هذا فنقول فيما نحن فيه: هذا الحديث و تلك القاعدة، تفيضان (نسخةً البديل: تقضيان)^٢ نفوذ اقرار الزوج بالطلاق، فى حق نفسه. اذ هو المتبادر من الاقرار و ادلته. و بالنسبة الى غيره اّمّا مدع فيحتاج الى البيّنة، و اّمّا منكر فيحتاج الى اليمين.

و اما ما يُدعى أنّه امين من الله على ذلك لانه فوّض اليه^٣ امر الطلاق، و ليس ذلك باقلّ من تامين العباد بعضهم بعضا، فلا بدّ من تقديم قوله. فهو كلام ظاهريّ، خطابيّ. اذ المعيار فى تقديم قول الامين، هو جعله منكراً متمسكاً بامر جليّ راجح. و ذلك لانّ العقل و العادة يحكم بانّ العاقل لا يفوّض امره الا الى من يطمئنّ به، و يسكن نفسه اليه، و يصدّقه فى قوله و فعله. فاذا ادّعى شيئاً فالراجح وقوعه و صدقه. و للزوم الحرج و العسر لو لزم منه فى افعاله البيّنة، لتعذّره، او تعرّسه عليه غالباً.

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

^١ و فى النسخة: المدعى الطلاق.

^٢ و فى النسخة: بدل كلتا الكلمتين كلمة واحدة- تقيضان.

^٣ و فى النسخة: فرض اليه.

واضح، بَيِّن. فتقديم قول اماناء العباد، لا يستلزم تقديم المستقلين^١ فى الامر من جانب الله تعالى.

فبقول حينئذ: اما ان يكون النزاع فى بقاء سلطنة الزوج و عدمه، (مع كون باقى احكام الطلاق و لوازمه مسكوتا عنه) و يكون المفارقة^٢ موافقة لغرض الزوجة، و الاستمرار على النكاح موافقا لغرض الزوج، فاذا اخبر الزوج بالطلاق، فهذا اقرار و مسموع و نافذ، و لا يحتاج الى شئى اخر. و اذا انعكس الامر و كان الزوجة مدعية للاستمرار منكراً للطلاق، فإخبار الزوج بالطلاق، دعوى. فيحتاج الى الاثبات. غاية الامر جعل الزوجة مدعية [اللكذب به، و الزوج منكراً لانه مالك الامر و الامر بيده. فلا يرفع النزاع و لا يثبت الحق الا باليمين، ايضا. و ليس هذا من باب الاقرار. فاليمين ايضا لا تثبت الدعوى، لا أنها خارجة من اركان المرافعة.

و [اما] اذا كان المقام خالياً عن الامرين^٣ و اخبر بالطلاق و صدقته الزوجة او سككت و كانت جاهلة بالحال طالبة لنفس الامر، فلا بد ان تصدقه. و يُعمل على قوله، حملاً لفعل المسلم [و قوله] على الصحة.

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

^١ و فى النسخة: بعنوان نسخة البدل: المستقلين.

^٢ و فى النسخة: فيكون المفارقة.

^٣ اى: اذا لم يكن استمرار النكاح موافقا لغرض الزوج، و لم يكن ايضاً موافقا لغرض الزوجة.

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

و من جميع ذلك يظهر الكلام فيما لو تمسّك في المقام بعبارتهم الاخرى لهم في هذا الباب؛ و هو «انّ كل من قدر على انشاء شئى، 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 المذكورة 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»^١. و في التحرير «و كلّ من لا يتمكّن من الانشاء لا ينفذ اقراره، فلو اقرّ المريض بانه وهب حال الصحّة، لم ينفذ من الاصل»^٢. و مفهومه مطابق للقاعدة^٣. الى غير ذلك من العبارات التى لا يحتاج الى الذّكر.

المقام الثانى: فقال الشهيد فى اللمعة: و لو اختلفا فى تصرف الوكيل، حلف. و قيل [يحلف] الموكل. و كذا الخلاف لو تنازعا فى قدر الثمن الذى اشترت به السلعة^٤. و قال فى الروضة 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، لاصالة عدم التصرف و بقاء الملك

^١ القواعد، كتاب الاقرار، قال فى اول الكتاب: المطلب الاول: الصيغة... الثانى المقرّ... و فى «ايضاح الفوائد فى شرح اشكالات القواعد» ط كوشانيور: ج ٢ ص ٤٢٦.

^٢ التحرير، ج ٢ ص ١١٤.

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

^٤ اللمعة، آخر مسئله من كتاب الوكالة.

على مالكة. و الاقوى الاول»^١. و قال العلامة في القواعد «الاقرب تقديم قول الوكيل، لانه امين و قادر على الانشاء، و التصرف اليه»^٢. الى غير ذلك من العبارات التي لاحاجة الى ذكرها.

و المراد بالقدرة على الانشاء، القدرة في آن الاقرار، لا قبله. كما هو المصرح به في 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 مطلقاً. كما يدل عليه عبارة الشهيد في القواعد، قال «لو قال لزوجاته: ايتكن حاضت، فصواحيباتها^٣ على كظهر امي. فقالت احديهن: حضت. و صدقتها. وقع الظهار بالنسبة اليه. و يشكل بان قولها لا يقبل في حقهن، و احلافها غير ممكن، و قطع الزوج بذلك نادر. و لهذا لو صرح بالمستند و قال لا اعلم حيضها الا بقولها، عدّ مخطئاً الا مع قرينة الحال المفيدة للعلم. و لعل الاقرب انه ان اخبر و يعلم صدقها بالقرائن، وقع الظهار. و ان اطلق و امكن ذلك ايضاً، لاصالة الصدق في اخبار المسلم، و لانه قادر على انشاء الظهار الان، فيقبل اقراره» انتهى^٤.

فان قوله «وقع الظهار بالنسبة اليه»، يعنى ان الصواحيبات باقيات على الحل الا ان يصدقها. و الاشكال الذي ذكره، انما هو في كفاية ذلك بالنسبة اليه ايضاً. و توجيهه اخيراً للوقوع بالنسبة اليه، يُثبت امرين: احدهما وقوعه بالنسبة اليه. و ثانيهما ان القول قوله لو ادعت الصواحيبات عليه عدم حصول العلم، و كذبه في ذلك. فيثبت بالنسبة الى الصواحيبات

^١ الروضة، كتاب الوكالة، آخر الكتاب.

^٢ القواعد، كتاب الوكالة، المطبوع مع «ايضاح الفوائد»، ج ٢ ص ٣٦٠ ط كوشانيور.

^٣ و في النسخة: و صواحيباتها.

^٤ القواعد و الفوائد، ج ١ ص ٣٧٢، قاعدة ١٤٥.

مع يمينه و ان لم يصرّح به.

و الحاصل: ان من يقدر^١ على انشاء عقد او ايقاع في الحال، اذا اقرّبه، فالظاهر معه^٢، لافائدة في انكاره غالباً. اذ هو^٣ قادر في تلك الحال على الانشاء بالفرض. فيجدد الانشاء و يبطل دعوى الخصم. فمن يدعى عليه الخلاف فهو مخبر عن شئى مرجوح، خفى، و هو يدعى شيئاً ظاهراً جلياً راجحاً، فيقدم قوله. و ان احتاج الى ضم اليمين في بعض الاحوال. كما في حكاية الطلاق اذا اقرّ بايقاعه بزمان متقدم استحققت فيه النفقة و ساير الحقوق، فانه يحتاج الى اثبات ذلك باليمين. و اما بالنسبة الى نفس المقرّ، فلا حاجة الى شئى اخر. و توهم انه يُسمع فيه بالنسبة الى الغير ايضاً و يُحكم بنفوذه مطلقاً، فاسد جزماً، بل خلاف اجماعهم في غير صورة السكوت و جهالة 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 انه مما لا خلاف فيه، فالظاهر عدمه. كما سنشير اليه.

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

و ان اراد انه مع انكار الزوجة ايضاً كذلك، فنقول: ان اراد ان ذلك من جهة 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 بالنسبة الى الغير، دعوى لا اقرار.

^١ و في النسخة: من لم يقدر.

^٢ اى: فالظاهر مع كونه قادراً للانشاء. - اى: الذى يظهر لى مع كونه قادراً للانشاء، انه لا فائدة..

^٣ و في النسخة: اذا هو.

^٤ و في النسخة: و لا ريب.

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

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

فلم يبق هنا شئى يمكن ان ينازع فيه الا ان الزوج^١ هل هو مدع يجب عليه البينة، و اليمين عليه ليس الا فى صورة الرد^٢؟ او منكر و يتوجه عليه اليمين اولاً بعد عجز الزوجة عن اثبات الكذب-؟ و هذه مسئلة وقع الخلاف فيها و فى نظرائها. و ليس ما يستوحش فيها من كونه مدعياً، عليه البينة.

و ما يقال: ان مقتضى قولهم «ان من قدر على انشاء شئى، قدر على الاقرار به» ان الاقرار بالشئى بمنزلة انشائه؛ فالاقرار بالبيع بمنزلة انشاء الايجاب، و بالشراء بمنزلة القبول فيه. و اقرار ولى الصغيرين معاً، بمنزلة انشائه لذلك. و هكذا...، فالاقرار بالطلاق بمنزلة الانشاء به، فيقبل و ينفذ مطلقاً بالنسبة اليه و الى غيره.

فيه نظر واضح؛ اذ قد يكون الاقرار بالانشاء مشتملاً على الاقرار و الدعوى معاً. فالمراد بالقدرة على الاقرار بالشئى، او جريان حكم الاقرار، انما هو [اذا] كان على نفسه. فاما ما كان على الغير فهو دعوى. و كيف يكون الاقرار [مركباً] من شئين يمكن التفكيك بينهما، بمنزلة الانشاء الذى لا يمكن التفكيك.

^١ و فى النسخة: الا ان حه فى الزوج.

^٢ و فى النسخة: فى صورة المراد.

فمن اقر ببيع ماله من زيد بثمان معين، كيف يوجب التزام المشتري لوفاء الثمن اذا انكر الشراء. ولكنه يلزم به اذا تحقق الانشاء. و من ذلك ظهر ما فى قوله «و الاقرار بالبيع بمنزلة 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 الزوجة فى الطلاق ايضا. و ايضا لازم هذا الكلام، نفوذ الطلاق من دون حاجة الى يمين او بيّنة. و لا يقول به القائل.

ثم: اذ قد عرفت ان معنى قولهم^١ «من ملك شيئاً ملك الاقرار به - و من قدر على انشاء شئى فى الان، قدر على الاقرار به»، هو ان من يتمكن من جعل شئى فى ذمته، ينفذ اقراره به. [لا] اذا كان [لا] يتمكن منه^٢. ظهر لك ان هذا لا يجرى (فى صورة الدعوى و حصول من ينكر ذلك) بالنسبة الى المنكر. فاذا كان^٣ هناك منكر، فعليه البيّنة. فيبطل القول بتقديم قول مدعى الطلاق و نظرائه تمسكاً بان الزوج يملك انشاء الطلاق حين اقراره به و ادعائه، فينفذ اقراره على الزوجة بدون البيّنة و ان كانت الزوجة منكرة. و كذلك فى نظرائه. لان ذلك ليس باقرار، بل هو دعوى بالنسبة الى الزوجة و ان كان اقراراً بالنسبة اليه. و دعوى فعل ما يملكه، ليس مما يجب سماعه بلا بيّنة. كما لا يسمع دعوى الاقباض الذى يحصل بالتخليّة و لا يصدق صاحبها [الا] بالبيّنة مع انه قادر عليه و مستقل به. و كذلك مدعى العمل فى الاجارة و الجعالة و ما يشبههما من المواضع الكثيرة التى لا تحتاج الى الذكر.

و ما يقال: ان المراد بتملك الشئى و القدرة عليه، ليس تمكنه منه عقلاً بل كون امره اليه

^١ و فى النسخة: ان من معنى قولهم.

^٢ و فى النسخة: ينفذ اقراره به اذا كان الاقرار فى ان يتمكن منه.

^٣ لهذين الكلمتين خفاء فى النسخة، مانع عن الجزم.

شرعاً. و ليس موارد النقض^١ من ذلك.

ففيه: ان ذلك خلاف مقتضى هذا اللفظ و المنساق من القاعدة، و خلاف ما ذكره فى مواردھا؛ فانهم ذكروا من جملة امثلة مصداق القاعدة، تصرف العبد الماذون فى التجارة، و المكاتب، و الوكيل، و نحو ذلك. فان اريد من كون امره اليه شرعاً، مطلق جواز فعله شرعاً، فلا يضرنا. اذ موارد النقض كلها من هذا القبيل . و ان اريد اختصاص الفعل به شرعاً بحيث لا يمكن حصوله من غيره كالطلاق و الرجعة و نحوهما، فلا ريب ان بيع العبد الماذون و نظرائه، ليس من هذا القبيل. بل يمكن صدوره عن المولى و الموكل ايضاً.

و بالجملة: استحقاق الزوجة حقوقها، و استحقاق الزوج لحقوقه، الملزومان لمهية النكاح، ثابتان مستمراً حتى يثبت رافعهما. و محض دعوى الزوج لارتفاعهما معاً، دعوى لا دليل عليه. بل يلزم اثباته بالبينة كما هو مقتضى الحديث النبوى المشهور، المجمع عليه: «البينة على المدعى و اليمين على المنكر». و قد عرفت معنى القاعدة المذكورة. فلا يمكن القول بتخصيص مثل هذا الخبر الصريح، المجمع عليه، بمثل اطلاق هذه القاعدة التى لادلالة 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 ان القاعدة المذكورة المعتمدة بالعبارتين المتقدمين، ظاهراً مخصوص بالاقرار. و يظهر ذلك من ذكرها فى كتاب الاقرار. و فهمه المحقق الشيخ

^١ و فى النسخة: مراد النقض - توضيح: موارد النقض كاقرار العبد الماذون و الوكيل و غيرهما. كما بين المولى (ره) مشروحاً، و كما يأتى.

^٢ اى: و ما جعل القاعدة معياراً بل تمسك بقاعدة «قول المسلم».

^٣ و فى النسخة: و فذلكة.

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

و المراد بتملك الاقرار لمن يملك شيئاً او يملك انشاء شيئ، هو نفوذه في حقه و ثبوته عليه بلا حاجة الى شئى اخر من بينة او يمين. و هذا المعنى مباين لمفهوم قولهم فى 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 القاعدة، انما يتم فى الجزء الاقرارى، لا فى الجزء الادعائى. فاخبار الزوج بالطلاق مشتمل على الجزء الاقرارى و هو قطع سلطته عن الزوجة، و الجزء الادعائى و هو سقوط حق الزوجة^٢. فلا يمكن الاستدلال بالقاعدة الاعلى الجزء الاول.

فان قلت: تريهم يستدلون فى نظراء المسئلة (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 اقر 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 بالنسبة الى الزوجة بمجرد الاقرار ايضا.

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 حقيقة، او

^١ الشيخ على بن العال، المعروف بـ «المحقق الثانى» صاحب جامع المقاصد.

^٢ و فى النسخة: الحق الزوجة.

مجازاً. فتملك الاقرار، أما يراد نفوذه على نفسه و على غيره معا من دون حاجة الى شئ. او نفوذه مع انضمام شئ آخر اليه. و ارادتهما معا غير صحيح. فنقول: وجه ذكرهم هذه القاعدة 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، بالنسبة الى المخبر. و يتوقف ترتيبه بالنسبة الى الغير، على تصديقه. فان صدقه، ينفذ مطلقاً، و ان كذبه ذلك الغير و انكر وقوعه، فيجئ النزاع و الدعوى. فمن يستدل بهذه القاعدة على تقديم قول المقر، ليس اعتماده على اقراره، فانه لا دليل على سماع الاقرار على الغير. بل لان الظاهر معه لاجل^١ انه فى حكم ذى اليد من جهة الحكم بثبوت العقد فى الخارج باقراره ظاهراً و ان لم يترتب عليه حكم بالنسبة الى ذلك الغير. و هذا وجه اقتصار من يقتصر بهذه العبارة.

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

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

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

^١ و فى النسخة: 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 كذبه صاحب المال. كما يذكرون فى ادعاء المرثه انقضاء العده بالحيض، او بالوضع. و المكلف البلوغ بالانزال. و نحو ذلك. فوجه سماع 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، فانما هو لعدم قبوله فى اول الامر من جهة انه 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 القاعدة^١، لان مقتضى هذه القاعدة [انما هو قبوله فى حق الزوج. و اما كونه امينا، فلم يثبت، لان المراد بالامين، من ائتمنه خصمه. و لاريب انه ليس كذلك، اذ وجه تصديق الامين و لزوم قبول قوله، هو الاخبار الواردة فيه، و انه معتمد و ثقة. لان الظاهر ان خصمه ما لم يعتمد عليه و لم يوثقه، لم ياتمته. 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 للاستقاط) لا يوجب ايمانها اياه فى انه يوفيهها حقها و لا يكذب فى ايقاع ما يسقط حقها شرعا. و هذا واضح.

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

^١ اى قاعدة «من ملك...»

^٢ و فى النسخة: تسلطها.

الامين، أنما هو لاجل الوثوق و الاعتماد عليه فى منافع من ائتمنه انه لا يفعل الا ما هو صلاح له^١. و للأخبار الدالة عليه مثل قولهم(ع) فى جملة من الاخبار «ليس لك ان تتهم من ائتمنته»^٢. و ما رواه الحلبي فى الصحيح عن الصادق(ع): «صاحب الوديعه و البضاعه مؤتمنان»^٣. و الظاهر أنهما محكومان بالايمان شرعا. لا أنهما امينان واقعا. و لا محض أن المالك ائتمنتها فقط. و لاريب ان تفويض امر الطلاق الى الزوج، ليس من هذا الباب. فلا ينتقض ما ذكرنا بحكاية الولي ايضا؛ بان يقال أنه ليس ممن ائتمنه العباد لان الولي مؤتمن المولى عليه فى منافعه 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 ان 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 غالبا الا من قبله. لا انه لا يمكن صدوره الا منه. و وجه استدلال^٥ الفقهاء بذلك، لزوم العسر و الحرج، و عدم امكان اقامة البيئه فى مثل القصد و النية، او تعسرها فى مثل الحيض و الاحتلام، و نحو ذلك. و لاريب ان الطلاق ليس من هذا القبيل. بل هو مما خصه الله تعالى بالاشهاد عليه، المشعر ذلك بعدم سماع دعوته الا بالبيئه (كما سنبيته). فلم يبق الا دعوى حمل قول المسلم على الصدق و الصحة و المفروض ان الزوجه ايضا مسلمة منكراه. فلا مناص الا عن اقامة البيئه، كما فى ساير دعاوى.

^١ و فى النسخة: و انه لا يفعل الامن هو صلاح له.

^٢ الوسائل كتاب الوديعه، ب ٤ ح ١.

^٣ الوسائل كتاب الوديعه، ب ٤ ، ح ٩.

^٤ و فى النسخة: هذا.

^٥ و فى النسخة: الاستدلال.

الخامس: تتبّع عبارات الاصحاب فى مسائل متفرقة، بعضها يدلّ على ذلك فى خصوص الطلاق، و بعضها فى غيره؛ فمنها ما ذكره الشيخ فى المبسوط فى مسألة اقرار المريض بالطلاق، قال بعد ما ذكر حكم طلاق المريض فى الارث: «و لو اقرّ مريض انه طلقها ثلاثاً فى حال الصّحة، قبل قوله و حكم بانّها بانت منه فى حال الصّحة. و تكون العدّة من حين التكلم»^١. و قال المحقق فى الشرايع: «لو قال طلّقت فى الصّحة ثلاثاً، قبل [منه] و لم ترثه. و الوجه انه لا يُقبل بالنسبة اليها»^٢. قال فى المسالك: «وجه القبول ان اقرار المريض بما له ان يفعله، مقبول - كما مرّ فى باب - و ان كان على الوارث. و ينزل ما اقرّ مريضاً من فعله حال الصّحة، منزلة ما لو فعله حال الصّحة. و لانّ الحكم معلق على انشاءه الطلاق مريضاً بالنّص، و الاقرار ليس بانشاء. فلا ترثه. لا لفقد المقتضى للارث مع البيّنونة و هو طلاقها مريضاً. و وجه ما اختاره المصنف من عدم القبول بالنسبة اليها، ان المانع من ترتب حكم البيّنونة مع طلاقه مريضاً، هو التهمة بفراره به من ارثها، و هو موجود مع الاقرار. و حينئذ فيلغو قيد الصّحة و يحكم عليه بالطلاق البائن و ترثه الى المدّة المذكور[ة] 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 بالنسبة الى المرثّة فى جميع احكامه اذا كان فى حال الصّحة، و فى عدا الارث اذا كان فى حال المرض، سواء نسب الطلاق الى حاله او حال الصّحة، و ان الخلاف فى أنّه اذا نسب الى الصّحة هل يقبل

^١ المبسوط، (كتاب الطلاق، فصل فى طلاق المريض) ج ٥ ص ٦٩ ط المرتضوية.

^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(ع): اقرار العقلاء على انفسهم جائز. و من الواضح ان كلامهم هذا انما سيق^٢ لاجل بيان حكم الميراث، و ذكرهم صورة 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 «بانث منه في حال الصحة» يدل على ان اقرار الزوج بالطلاق كاف في ثبوت الطلاق، كما ترى. فنحن نقول: اذا كانت الزوجة منكراً لاصل الطلاق، فلا ينفذ هذا الاقرار اصلاً. و اما وجه توهم الشيخ فيجيب بيانه. و اقتضاء كلام المسالك لما ذكر، ايضاً ممنوعاً. اذ المسئلة مفروضة في بيان قيد^٣ واحد من قيودها، و هو كونه في الصحة او المرض. و الطلاق و ساير احكامه انما يثبت للموافقة، لا للاقرار.

و اما ما يقال في توجيه فتوى المحقق ثانياً (و من وافقه من الفقهاء)، انه مبني على مفهوم القاعدة 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 الزوجة الى سنة. 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

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

^٢ و في النسخة: سبق.

^٣ و في النسخة: قيل.

المقر به، حكم طلاق المريض بالنسبة الى الزوجة، الا اذا صدقته.

ففيه: ان معنى هذا القاعدة: 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 يقرأ بوقوع الطلاق في حال الصحة. فمقتضى القاعدة، صحة الاقرار. و لكن الاقرار لما كان مركباً بعضه للزوج و بعضه عليه، فيسمع^٢ ما عليه دون ما له و على غيره. فلذلك نقول: يحرم عليه نكاحها من دون محلل، و لا تمنع المراءة عن الميراث، الا مع الثبوت او مع تصديقها اياه^٣.

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

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

^١ و في النسخة: يقرب.

^٢ و في النسخة: فيسمع.

^٣ عبارة النسخة: و لا نقول تمنع المراءة عن الميراث الا مع الثبوت او مع تصديقها اياه.

على الزوجة بعدم التورث، فلا يسمع من هذه الجهة، لا غير. و اما قوله «بانت منه قطعاً» فوجهه أنه لما كان غالب حال الانسان انه اذا اقر بشيء في حال تمكنه من ذلك الشيء، لا يزاحمه الخصم و يوافق، لعدم الفائدة في الانكار؛ مثلاً اذا قال الزوج في العدة: انا راجعتك بالامس. فان انكرت الزوجة، فيقول الزوج: راجعتك الان عن سبيل الانشاء. و هكذا اذا قال: طلقنتك امس، مع تمكنه من الطلاق حين الاقرار ايضاً. فمعنى قوله «بانت منه قطعاً» انه لا ترثه المرثة، لانه لا نزاع لها في اصل الطلاق حينئذ. و ما يتصور فيه النزاع، كونه في الصحة او المرض. فاذا كان الاقرار في حال الصحة، فلا يبقى اشكال في عدم الارث. و بعد تسليم الطلاق فلا يمكن الاستدلال بهذه العبارة على انه لا يمكن للمرثة انكار الطلاق ايضاً، و ان محض قول الرجل كاف في ذلك. و هذا واضح لا يخفى و مما يؤكد وضوحه ان ظاهر قوله «بانت منه قطعاً» انه لا يحتاج الى اليمين ايضاً. و ان محض الاقرار يوجب البيئونة قسراً. و انت خبير بانه: ليس مما يقطع به (و لم يتحقق الكلام فيه) لو فرض هناك ايضاً وجه من الوجوه؛ مثل استلزام الدعوى سقوط النفقة في مدة اذا قارنها بتقديم زمان متماد.

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

^١ و في النسخة: قسراً.

^٢ و في النسخة: او لم.

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

^٤ و في النسخة: لوجه من الوجوه.

^٥ و لا ينزل على ما نحن فيه.

^٦ اى الى ما نحن فيه.

ظهور قول المقرّ من جهة الغلبة، في وجه اليمين الى المدعى المقرّ. و من يراعى الاصل في وجه اليمين الى الاخر.

و الظاهر ان وجه توهم الشيخ في المبسوط، انه اذا حكم بوقوع الطلاق في حال الصحة فيلزمه الحكم بعدم الميراث، لأن الطلاق في حال الصحة امر واحد و هو يستلزم عدم التوريث، فلا يمكن التفكيك. و لا ريب في ضعف هذا التوهم. اذ استحالة التفكيك انما هو اذا حصل الطلاق في حال الصحة في نفس الامر. و الاقرار انما يثبت الحكم على الظاهر، لا نفس الامر^٢. و نظيره في الاحكام الشرعية فوق حد الاحصاء.

و من فروع القاعدة انه: لو ادعت المرثة بعد انقضاء العدة، رجوع الزوج قبل انقضاء العدة، لاجل النفقة و استيفاء حقوق الزوجية، و اقرّ الزوج بذلك. فلا ريب في سماعه. لانه اقرار على النفس، لا على غيره. و اما ما ذكره في مسألة العدة من ان الزوج اذا ادعى الرجوع بعد العدة، لا يسمع منه الا بالبيّنة. فهو في صورة الدعوى، لا الاقرار. كما لا يخفى. و سنبينه 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 شبيء وراء ذلك. و هو يختلف في المواضع باختلاف الاعتبار^٣. و حينئذ فنقول: قوله «ان المريض ليس له ان يطلق... الى اخره» مسلم لكن نقول: كان له ان يطلق في حال الصحة، و يتمكن من الاقرار بفعله في تلك الحالة. و ذلك كاف فيما نحن فيه. و اما ما ذكره في العبارة الاخرى، ففيه: مضافاً الى ما مرّ في الاولى، انه اذا نفى الصحة

^١ و في النسخة: اذا استحالت.

^٢ و في النسخة: على الظاهر الانفس.

^٣ و في النسخة: و بخلاف الاعتبار.

فليبلغوا الاقرار رأساً. اذ الاقرار أنّما هو بالطلاق حال الصحة. فلا يبقى اقرار بالطلاق. و هو خلاف مقتضى فتاويهم، بل قالوا انّ الطلاق صحيح و لكن المرئة تورث.

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

قلت: مع تسليم صحة ذلك^١، لم يثبت هذا من جهة الاقرار، و المفروض ان ثبوت الحكم من جهة الاقرار بمقتضى الاستدلال بالقاعدة من ان «من ملك انشاء شئ، يملك الاقرار به. و من لم يملك انشاء شئ، لم يملك الاقرار به»^٢.

ثم: انّ الفاضل (ره) - في شرح عبارة القواعد: و لو اقرّ مريضاً بالطلاق ثلاثاً في الصحة، لم يُقبل بالنسبة اليها - قال: «و لو اقرّ مريضاً بالطلاق ثلاثاً او نحوها مما ينفي عنها الارث في الصحة، قُبل في حقه. فان ماتت لم يرثها، و نحو ذلك مما يترتب عليه. لاخذ العقلاء في اقرارهم. و لم يُقبل بالنسبة اليها، فلا تحرم من الميراث ان مات، الا ان يثبت صدقه باقرارها او بالبيّنة (وفاقاً للمحقق) لانه اقرار في حق الغير. و قيل يُقبل فلا تورث، بناءً على ان اقرار المريض بما له ان يفعله، مقبول و ان كان على الوارث، و ينزل منزلة فعله في الصحة. و فيه:

^١ اي: صحة عدم ثبوت التوريث بدليل انّ التوريث مقتضى انفراده بدعوى كون الطلاق في حال الصحة.

^٢ البحث في «المقتضى»: هل المقتضى لتوريث المرئة، هو الاقرار، لكون الاقرار في حال المرض -؟ ام كون الرجل منفرداً في دعوى كون الطلاق في حال الصحة -؟

و المؤلف (ره) هنا ينفي كلا الاقتضائين المذكورين، فلا يبقى الا استصحاب بقاء استحقات المرئة للارث. فتكون هي المدعى عليها و منكراً فعلى الزوج الاثبات اما بالبيّنة و اما باليمين، على اختلاف المبنايين.

^٣ كذا في القواعد، طبع كوشانيور، كما في اول عبارة الفاضل (ره) هنا. - و في النسخة: اقرّ مريض.

أنه إنما يُقبل اقراره بما تحرم^١ الوارث لغيره. و هنا لم يُقرّ بما يحرم^٢ الزوجة لاحد. فأنما هو بالنسبة اليها مدع، و ان استلزمت الدعوى بشبوت حصتها لسائر الورثة» انتهى^٣.

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

و اقول: الاولى ان الاقرار بالهبة مثلاً فى المرض، اقرار على النفس اولاً، و على الوارث ثانياً. و حيث لا يمكن اعمالها معاً، لوحدة الموضوع، فيقدم مقتضى اقراره على الغير. بخلاف الاقرار بالطلاق فى الصحة. فانه اقرار على النفس من جهة حرمة الاستمتاع مثلاً، و اقرار على الغير من جهة الارث. فيسمع الاول دون الثانى، و يعمل على مقتضى الامرين لامكانه من جهة اختلاف الموضوعين^٥.

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

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

^٢ و فى النسخة: يحرمه.

^٣ كشف اللنام و الابهام عن قواعد الاحكام، ج ٨ ص ٧٠ ط جامعة المدرسين.

^٤ و فى النسخة: الوارث.

^٥ و فى النسخة: الموضوع.

لسقوط ما كان له من الحقوق عليها، و يتضمن الاقرار لسقوط حقها في ميراثها منه لو مات في مرضه و غير ذلك من الحقوق، قُبِل اقراره بالنسبة^١ الى حقوقه، دون حقوقها» قال «و لعلّ التقييد بالثلاث، للتمثيل، و الاّ فالظاهر ان الاقرار عليها لسقوط حقها بالطلاق الرجعى ايضا كذلك»^٢ انتهى.

و بالجملة: لا دلالة في هذه المسئلة (كما عرفت) في تقديم قول الزوج اذا ادعى الطلاق و انكرتها الزوجة، اصلاً و مطلقاً. بل كلمات الاكثرين تنادى بان اقرار الزوج بالطلاق مع كون وظيفته و في حالة يمكنه هذا الاقرار (كما حققناه في معنى القاعدة) لا يُقبل مطلقاً بل انما يُقبل بالنسبة الى ما تضمنه من الاقرار على نفسه، لا على غيره.

و ما يُترأى من ان النزاع منحصر في الارث، و انه يُسمع بالنسبة الى الزوجة فى ساير الحقوق ايضا^٣. فانّما هو لاجل كون موضوع المسئلة ذلك، لمصادقتهما فى اصل الطلاق. ثمّ: ان ذكرهما الطلاق ثلاثاً، انّما هو من باب المثال. كما صرح به صاحب جامع الفوائد و اشار اليه الفاضل ايضا فيما نقلنا عنه. و لم نتعرّض للكلام فى بعض المطالب المحتاج الى البحث فى طي هذه العبارات حذراً عن الاطناب، و كونه خارجاً عن المقصود فى هذه الرسالة.

و منها^٤: ما ذكره فى بعض الالفاظ الظاهرة فى الاقرار بالطلاق و كفايته فى ثبوت الطلاق، مثل كلمة «نعم» فى جواب السؤال من قول القائل «هل طَلّقت زوجتك؟». فقال

^١ و فى النسخة: بالنذر.

^٢ جامع الفوائد، مخطوطة. انظر الذريعة ج ٥ ص ٥٦.

^٣ اى: يسمع اقراره فيما على نفسه، و فى حقوق الزوجة 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 طلّقت فلانة؟ فقال: نعم، كان الطلاق واقعا و يؤدي مؤداه^١.

[و كذا] عبارات غيره من الفقهاء. فان الظاهر منها من ان كلمة «نعم» تقتضى اعادة السؤال فكأنه قال: طلّقت امرأتى. فيكون اخباراً او اقراراً بوقوع الطلاق قبل ذلك، لا انه انشاء للطلاق. و ان كان يوهمه عبارة بعضهم موافقا لظاهر رواية السكوني «عن جعفر، عن ابيه، عن علي عليهم السلام، في الرجل يقال له: اطلّقت امرتتك؟ فيقول: نعم. قال طلّقتها حيثنذ»^٢.

و التحقيق ان كلمة الكل متفقه على ارادة الاقرار، لا الانشاء. يظهر ذلك بادنى تأمل، [و من] تصريح كثير منهم بارادة ذلك، و ظهوره من اخرين، و لاجماعهم المستفيض على عدم وقوع الطلاق الا بكلمة «طالق». كما نقل من الخلاف، و الانتصار، و فقه القرآن، و الغنية، و غيرها. و كل [يقول ب] عدم جواز الاكتفاء بالكنايات عندهم.

و وجه الاستدلال: ان كلماتهم هذه تدل على ان اقرار الزوج بالطلاق، كاف فى ثبوت الطلاق. و لو كان يمكن انكار ذلك، لما حكموا بوقوعه بمحض ذلك، فانهم^٣ فى مقام بيان صيغة الطلاق التى يوجب الحكم به مطلقا. و جعلوا قول الزوج «نعم» فى جواب السؤال عن الطلاق، بمنزلة لفظ «طالق». حتى انه صرح 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.

فانه يظهر [من] هذه الكلمات انه لا آله معطلة لثبوت الطلاق بعد اقرار الزوج به. و لو كان

^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 النسخة: فافهم.

للزوجة مجال الانكار لتتقّب على ذلك خصومات كثيرة و دعاوى غير عديدة، سيما اذا تزوج باختها او بخامسة. فلا يرتفع النزاع الى ان يطلقها ثانياً، و يزيد النزاع و الخصومة اذا مات الزوج و وقع الخصومة بينها^١ و بين الوصى و الوارث، و نحو ذلك. فكيف اكتفى^٢ الفقهاء العظام بذلك، مع انّ مسألة الاقرار مما لا يخفى على احد انه يسمع فيما كان على نفس المقرّ^٣، و لم يكن ذكره محتاجا اليه حتى يجتمع كلمتهم بذكره في هذا المقام بالخصوص دون ساير المواضع. مع انه لم يذكر احد من الفقهاء ان اقرار الزوج بالطلاق، مسموع على نفسه دون الزوجة. مع انهم ذكروا مثل ذلك في ساير المواضع. فظهر ان مجرد اقرار الزوج كاف في ذلك.

اقول: انما تعرّضوا هنا لذلك من اجل رواية السكوني فانها لما كانت موهمة لارادة الانشاء، بل ظاهرة فيه، تعرّض لها قدماء الاصحاب و اولوها بالاقرار و ذكروها^٤ في كتبهم في مقام بيان الصيغة لئلا يتوهم متوهم كفاية ذلك عن الانشاء. فمطلبهم حقيقة بيان ان ذلك ليس من جملة صيغ الطلاق. لا انهم في مقام بيان ان اقرار العاقل على نفسه مسموع لا على غيره. فلا ينافي ذلك ان يكون فتويهم في المسئلة في نفس الامر؛ ان الطلاق يشبث بهذا الاقرار، و ان كان على نفسه فقط. او يكون ذلك اذا صادفته بسبب العلم به لو علمته، او بسبب تصديق المسلم في قوله و ان كانت جاهلة.

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

^١ و في النسخة: بينهما.

^٢ و في النسخة: و لو كان كل فكيف اكتفى. - و يحتمل: و لو كان كذلك.. اى لو كان كما تقول فكيف..

^٣ و في النسخة: على النفس المقرّ.

^٤ و في النسخة: 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. وهذا من المسلّمات الواضحات التي عليه المدار في الاستدلالات الفقهية و المحاورات العرفية. مع أنّا نقول: اذا قال انت [طالق،] او هي طالق، فلا ريب في الحكم بتحقيق الطلاق بالاتفاق. و مع ذلك لا ينسَدُ فيه باب الشقاق. فكيف حكم هؤلاء الفقهاء العظام في مقام بيان صيغ الطلاق الموجبه للحكم، أنه اذا قال «هي طالق» يقع الطلاق اجماعاً. مع انه قد تدعى الزوجة انه كان في طهر الواقعة، او لم يقع بحضور العدلين. و سيّما اذا تزوج باختها و الخامسة. و غير ذلك.

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

و مجمل القول: ان هذا مقام بيان تحقق الصيغة. و هو اما بالانشاء بلفظ صريح. او بالاقرار، فيجعل ما اقرّ به واقعاً على الظاهر بالنسبة اليه و بالنسبة اليها ايضاً ان وافقته و لم يكذّبه. و ان كذّبه فان امكنها الاثبات، فهو. و الّا 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، لان 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 طلقاً^٢ باقراره، لا بايقاعه». قال «و كذلك نقول نحن».

^١ و في النسخة: و ان.

^٢ اى: يلزمه طلاق واحد. - و في النسخة: 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 السر في عدم التعرض لدعوى الزوجة عدم الطلاق، و عدم حكمهم في عدم سماع قول الزوج في دعواه، هو ندرة وقوع ذلك. (لما كان امر الطلاق بيد الزوج فهو مالك لامره و مستقل فيه فلا ينفع انكاره غالبا، او كلما انكرت المرثة هو قادر على تجديد الصيغة فيعيد و يثبت الطلاق و يبرمه). مع ان الايات و الاخبار الواردة في الاشهاد عند الطلاق، عامة للطرفين و لخصوصية لها بالزوجة.

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

ان ملاحظة هذه[ه] الاخبار مع ظاهر اجماعهم على عدم وقوع الطلاق بهذا اللفظ (كما نقله جماعة منهم) يقتضى ان يحمل على ان المراد بقوله «اعتدى» الاقرار على وقوع الطلاق قبل التكلم بهذا اللفظ، و اخبار الزوج الزوجة بانك مطلقة فاعتدى. لا ان يكون انشاء للطلاق. و بعض الاخبار الواردة في هذا المطلب، ظاهرة في ذلك ايضا. و كلام جماعة من نقله الاخبار ناطقة به. و مع ذلك فالظاهر من تلك الاخبار، ان ذلك كاف في ثبوت الطلاق، و لا يطالب من الزوج شئ لا ثبات الطلاق بعد تكلمه بهذه الكلمة.

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

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

^٢ الوسائل الكتاب و الباب، ح ٤.

قائماً مقام المخاطبة معها بصيغة الطلاق المخصوصة في ثبوت الطلاق به. ولا يفيد ثبوته ان انكرته الزوجة^١. فالغرض ان هذا الاقرار، يجزى عن اجراء الصيغة حين المخاطبة و المشافهة، و يثبت الطلاق بكشفه عن تحققه في الخارج. لا انه يشته و ينوب منزلة البيّنة لو انكرته الزوجة. و هذا ظاهر. و بالجملة: لا يُنكر ثبوته به مع مصادقتها آياه، او مع جهالتها بالحال. و اما لو كذّبت و انكرته، فلا دلالة في الروايات و كلماتهم على حكمه. و مما ذكرنا يظهر الكلام فيما ذكره في الاشهاد على الطلاق؛ فقال المحقق: «و اما لو شهدا بالاقرار يشترط الاجتماع»^٢. و مثله عبارة القواعد. و قال في الارشاد: «و لو شهدا بالاقرار، حكم عليه ظاهراً و ان لم يجتمعا»^٣.

فان ثبوت الطلاق بالاقرار في الجملة، و عدم اشتراط [اجتماع] الشاهدين فيه (كما اشترط في اجراء اصل الصيغة) لا يستلزم ثبوت الطلاق على الزوجة لو انكرته. كما اشترنا سابقا. سيما و عبارة الارشاد ظاهر في اختصاص ثبوته عليه. و اصرح منه عبارة المقداد، قال في التنقيح: «لو اخبر الزوج بوقوع الطلاق منه صحيحا، حكم عليه به ظاهراً. فان كان كذلك في نفس الامر، فالحكم صحيح ظاهراً و باطناً. و الا لم تين منه حتى ياتي بالطلاق الصحيح الجامع للشرايط»^٤. و يقرب منه عبارة المسالك.

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

^١ و في النسخة: لا يفيد ثبوته و ان انكرته الزوجة.

^٢ الشرايع، كتاب الطلاق، الركن الرابع الاشهاد، ج ٣ ص ١٢ ط دارالنفير.

^٣ ارشاد الازهان، 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] الخامسة. و لا يسمع فى غيره. على خلاف بينهم فى ذلك. و عن الشيخ فى الخلاف دعوى اجماع الفرقة و اخبارهم، موافقا للفقهاء الرضوى. و قالوا انه يدين بنيته باطنا. و علّوه بان ذلك اخبار عما لا يطلع عليه غيره.

و وجه الاستدلال: ان فى سماعهم دعواه المخالف للظاهر، دلالة على ان الزوج مستقل عندهم فى ولاية الطلاق غاية الاستقلال، بحيث ليس للزوجة معارضة و مصادمته فيما يقتضيه الظاهر المسموع منه، و يجب عليها متابعتها مطلقا. مع أنهم لم يحكموا بذلك فى ساير العقود مع اشتراطها بالقصد ايضا، و العاقد ابصر به.

اقول اولاً بمنع كون المسئلة اجماعية و الشهيد الثانى(ره) ايضا انكر ذلك فى المسالك الا فى صورة ظهور قرينة 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 اشد، لقوله(ع): «ثلاثة جدهن جدّ و هزلهنّ جدّ؛ النكاح و الطلاق و الرجعة»^٢. و تبعه فى ذلك السيد محمد(ره) فى شرح النافع. و قال فى المسالك: «نعم لو صادفته الزوجة على ذلك، لم يبعد القبول، لأن الحق منحصر فيهما، فيدينان بما يتفقان عليه و يوكل امرهما الى الله». و قال فى الكفاية بعد نقل اشكال المسالك: «و الاستشكال بموقعه».

^١ اى العقود و الايقاعات - و فى النسخة: فيه.

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

و ثانياً: نقول ان صادقته الزوجة^١، فالامر سهل، للزوم حمل قول المسلم على الصحة و كون الامر بينهما لا غير، و كون الزوج ابصر بقصده. و كذلك لو جهلت المرئة بالحال، فعليها ان تصدقه، لعدم ظهور كذبه. و لفظ الطلاق و ان كان الظاهر فى القصد، لكن قوله لعدم ارادة معناه، صريح. و الصريح مقدم على الظاهر، فيكون قرينة على عدم ارادة الظاهر. و اما لو ادعت^٢ المرئة القصد، فلا يسمع قول الرجل الاً بيمينه، كساير الدعاوى. و كلماتهم لا تنافى ذلك. و يشهد بذلك ان العلامة (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 عتق. و وجه الشهادة 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، الاً انه لا يقدم قوله. بل يقدم قول من يدعى الصحة مع يمينه. لا انه لا يسمع مع المصادقة ايضا، او انه لا يجوز تصديقه مع جهالة الحال راساً.

و يؤيده موثقة منصور بن يونس عن الكاظم(ع): «قلت له: جعلت فداك انى قد تزوجت امرئة و كانت تحتى فتزوجت عليها بنه خالى، و قد كان لى من المرئة ولد، فرجعت الى بغداد فطلقتها واحدة، ثم راجعتها، ثم طلقتها الثانية، ثم راجعتها. الى ان قال: و خرجت من عندها قبل ذلك باربع، فابوا على الا تطليقها 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

^١ و فى النسخة: ان صادقته الزوجة اياها.

^٢ و فى النسخة: ادعيت.

رفع راسه الىّ و هو متبسّم، فقال: امّا ما بينك و بين الله عزوجل، فليس شيئاً. ولكن ان قدّموك الى السلطان، بانّت منك^١. فان ظاهر الرواية ان مع المرافعة، لا يسمع قولك. و ان كنت صادقاً بينك و بين الله، و الزوجة حلال لك في نفس الامر. و العجب ان بعضهم استدلّ 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 الرواية هو السلطان الجاير. و هو بعيد عن لفظ الرواية. 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 قاعدة 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 الزوجة فى الطلاق و نوى بها^٢ واحدة معينة، فيصح و يرجع اليه فى معرفة ما نواها و يُقبل تفسيره فى حقه و حق الزوجة. 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 ايضا فى الجزء الاخر و هو اللفظ. او يلزم بطلان هذا الطلاق رأساً. لادائه الى التنازع، و عدم افادته

^١ و فى النسخة: باتها منك.

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

^٣ اى بالطلاق - و الاجود «به».

بنفسه للاحكام المطلوبة 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] بالبينة، لزم الرجوع اليه فى معرفة ذلك، لانحصار الطريق فيه. بخلاف الصيغة. 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 لاشترطوا 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 الزوجة كذبه، فيحتاج الى المرافعة. و هذا لا ينافى تقديم قوله مع اليمين. و الحاصل: ان مرادهم بالصحة، و اجماعهم عليه، انما هو الصحة فى نفس الامر بالنسبة اليه ظاهراً، و باطناً ايضا اذا كان صادقا. و بالنسبة اليها ايضا ان صادقته، او لم تكذب، فيجوز للزوجة الاكتفاء بقوله فى التعيين، و ليس لها انكاره اذا لم يظهر عليها كذبه. بل يجب تصديقه حملا لقول المسلم على الصحة.

قوله: «فاذا كان اقرار الزوج مسموعا... 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 الزوجة اصل اجراء الصيغة، فالملازمة ممنوعة. اذ قد يكون كاذبا فيه. و كلامنا فى اصل

^١ اى: عن القصد.

^٢ و فى النسخة جعل لفظه «المعين» بين السطرين بعنوان نسخة البدل.

الطلاق ايضا مثل التعيين؛ فمع المصادقة او عدم ظهور الحال، يجب تصديقه. و مع التكذيب فلا يسمع قوله، الاً بالبينة.

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 الزوجة، بتقريب ان تعيين الزوجة فى قوّة «طلّقت هذه الزوجة»، فهو اخبار باصل الطلاق المتحقق بهذا الشخص الخاص. ضرورة بطلان الكل ببطلان جزئه. و ان لم يكن باطلاً مع ذلك (و المفروض عدم تحقق التعيين بسبب عدم تحقق لفظ الصيغة) و كان لذلك الطلاق وجه صحة حمل، لآدى الى التنازع و عدم افادته للاحكام المطلوبة من الطلاق. و الحال انه كان يمكن العدول عن الطلاق المعرّى عن قيد التعيين فى اللفظ، الى غيره و هو المقيد بتعيين الزوجة. و المفروض أنّهم حكموا بصحته. هذا خلف.

اقول: قد عرفت أنّا نقول بكون الجزء الاخر و هو اللفظ مسموعاً. لكن فى ضمن هذا الاقرار الخاص، الزمانه^١ بسبب مسبوقيته باللفظ المطلق المنوى به الزوجة المعيّنة. و لا يلزم منه ثبوت مطلق أجزاء^٢ الصيغة، الذى هو غير مسلّم عند الزوجة. ولكن تصحيح هذا الطلاق الخاص لا يستلزم تصحيح ما لو اخبر بطلاق المعيّنة اولاً و غير مسبوق بشيىء 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 صورة الدعوى. و لا يستلزم ذلك كونه مستقلاً فيهما بحيث لا يلتفت الى دعوى المرثئة. و بالجمله دعوى اصل الطلاق مسبوقة بالعدم الازلى و مخالفة الظاهر و استصحاب بقاء الزوجية [و] حقوق الزوجة.

^١ ولعله «الترمانه».

^٢ و فى النسخة: اجراء.

فثبوتة يحتاج الى البينة. و اما دعوى قصد المعنى من اللفظ و قصد الزوجة المعينة من الزوجة المطلقة، فهو لما كان لا يعلم الاً من الزوج، فلزوم الضرر و الحرج و ظهور قصد المسلم، يوجب سماع قول مدعيه و تقديم قوله مع اليمين في صورة الانكار.
قوله: «لأنهم انما قالوا بصحة الطلاق.. الى اخره»، اقول: ليس كذلك، بل انما حكموا بالصحة لانه طلاق وقع على امرئة معينة في نفس الامر. و صحته في نفس الامر لا يستلزم ثبوته على الزوجة المنكرة. لحصول الثمرة بالنسبة اليها^١ و بالنسبة الى الزوجة المصدقة، لعلمها بالصدق [١] و جهلها بالحال.

قوله: «و مبنى الامرين على كونه مستقلا بالامر»، قد ظهر بطلانه^٢. فان المبنى فى الاول هو انه طلاق وقع على معينة في نفس الامر. و اما الثانى فهذه الدعوى فيه مصادرة ان كان يريد مطلق الصيغة. و ان اراد الصيغة الخاصة الحاصلة في ضمن هذا الاقرار الضمنى، فهو لا ينفعه فى المطلق^٣. سيما و الفارق موجود بسبب الطلاق الغير المقيد فى لفظ هنا^٤.
قوله: «و الاً لأشترطوا التعيين لفظا فيه»، اقول: هذا يصح ان سلمنا [ان] مبنى صحة الطلاق حينئذ هو الرجوع اليه و كونه مستقلا. و قد عرفت بطلانه.

و منها: ما ذكره جماعة فيما اذا اشتبهت المطلقة بعد ما كانت معينة. لسهو، او نسيان، او لاجل مسامحة فى اصل التعيين. فقالوا: يمتنع من الجميع و عليه ان يبين المطلقة بيان اخبار و اقرار، لا بيان شهوة و اختيار. فان قال هذه^٥ التى طلقته، حكم بطلاقها و بزوجة الاخرى.

^١ و فى النسخة: اليه.

^٢ و فى النسخة: بطلاقه.

^٣ أى فى الصيغة التى لا قيد فيها ظاهراً (مع صرف النظر عن نفس الامر) كما هو المفروض.

^٤ و فى النسخة: هذا.

^٥ و فى النسخة: هذا.

او هذه التي لم اطلقها، حكم بطلاق الاخرى. او طلقت هذه لا بل هذه، حكم بطلاقهما جميعاً، لأنه اقرار بطلاقهما واحدة بعد واحدة. فلم يقبل رجوعه في الاول، و لزمه الاقرار بهما. ذكره الشيخ والعلامة في التحرير و القواعد الا أنه قال في القواعد: «فان عيّن واحدة للنكاح او الطلاق، لزمه. و لهما احلافه لو كذبتاه»^١.

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

اقول: هذه المسئلة ليست باجماعية. اذ لم نقف عليها الا في كلام معدود منهم. مع ان العلامة قال في القواعد: «لزمه». فخصّ اللزوم بالزوج. فلا يثبت منه اللزوم بالنسبة الى الزوجة. و ذكره الفاضل في شرحه ساكتاً عليه. و هو الظاهر من اخر عبارة المبسوط. و اول كلامهما ايضا لا يدل الا على ذلك. اذ ما ذكرناه انه يمنع عن الجميع، و هو لا يدل على وقوع الطلاق بالنسبة اليها. و يظهر الثمرة في الميراث و النفقة 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^٢ 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»^٣.

لا يقال: انه انما يصح فيما اذا وقع التعيين في النية خاصة، و هو خلاف الفرض. اذ المفروض انه عيّنهما اما بالتسميه او بالاشارة او الخطاب، ثم اشتبهت^٤. فلم يبق شئ خفى لا

^١ القواعد، ج ٣ ص ١٢٥ ط جامعة المدرسين.

^٢ و في النسخة: فعل.

^٣ كشف اللثام، ج ٨ ص ٢٣ ط جامعة المدرسين.

^٤ و في النسخة: انتبهت.

يُعرف الآ منه. فقد يكون الزوجة اعرف بالحال، و قد يكون الزوج اعرف، و قد يتساويان.

لأننا نقول: ادعاء الزوج ان هذه هي المعينة، يرجع الى ادعاء أنى عنيت هذه فى القصد، قصدت هذه دون غيرها. سلمنا، لكن نقول: ان توجيه الخطاب فى الزوجة و نحوه انما هو فعله و هو اعرف بفعله. فاذا ادعاه فهو مدع للظاهر الراجح. فيكون بمنزلة المنكر. و الزوجة المدعية لخلافه بمنزلة المدعى. و الفرق واضح بين ادعاء ايقاع نفس الفعل و ادعاء فعله على كيفية خاصة. اذ الاول مسبوق بالعدم و الاصل عدمه. و اما بالنسبة الى الكيفية، فلا يجرى الاصل. اذ الكيفيات كلها متساوية فى اصالة عدمها. فيبقى ظهور صدقه فى كيفية فعله سالما. فلا ينفع ذلك فى المسئلة المبحوث عنها اعنى دعوى نفس الطلاق مبتدأ، فى شىء.

و اما تحقيق هذه المسئلة: و ان كان ليس ههنا محلّه، لكننا نقول مجملاً: أنه اذا اشتبهت المطلقة بغيرها، فمقتضى ما هو المشهور فى [ال]شبهة المحصورة، و جوب اجتناب الجميع، و جوب الانفاق على الجميع لكونهما مقدمة للواجب. فان انفاق الغير المطلقة واجب، و هو لا يتم الا باتفاقهما معاً. و كذلك الاجتناب عن المطلقة واجب و لا يتم الا بالاجتناب عنهما. و ماحققناه فى الاصول فى الشبهة المحصورة، هو عدم جوب الاجتناب عن المشتبه^١ المحصور. لاصالة البرائة و عموم قولهم(ع): «كل شىء فيه حلال و حرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه». و ضعّفنا دليلهم، من ان ذلك من باب مقدمة الواجب؛ بان الواجب انما هو اجتناب ما علم انه حرام^٢، لا مطلق الحرام. و كذلك ما علم انه نجس. فيجوز تناول المشتبه بالحرام، تدريجاً. و كذلك النجس الى اخره. و ان حصل اشتغال الذمة برّد المال الى

^١ و فى النسخة: الشبهة. خ، ل: المشبهة.

^٢ و فى النسخة: 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 فى خصوص الانائين المشتبهين، بالاجماع و الخير، و بقى الباقي.

و لكنه [لا] يتمّ فيما نحن فيه (لعدم ظهور تلك الاخبار فيما نحن فيه. و [عدم جريان] اصل البرائة) بل هو ظاهر فى مثل اكل المشتبه و لبسه و نحوهما، و مباشرة النساء ليست من هذا الباب لحصر جوازها فيما هو مذكور فى قوله تعالى: «إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ» الى قوله «فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ»^١. و لا ريب ان بين هذه الزوجات من هى ليست بزوجة و لا مملوكة، فلا يجوز مباشرتها عن آخرتها. و مباشرة بعضها دون بعض (كما هو مقتضى قول جماعة فى الشبهة المحصورة، حيث ذكروا انه يجوز تناولها الى حد لا يحصل معه اليقين بمباشرة الحرام، بان يبقى منه مقدار لا يستقضى من الحرام) فهو ايضا لا يتمّ فيما نحن فيه. لانّ جواز مباشرة النساء متوقف على الاعتماد بأنّها^٢ زوجة او مملوكة. و ليس ذلك معلوماً له...

و ايضاً: اختيار البعض، انما يتمّ باخبار أنّها غير المطلقة. فيلزمه ترتب احكام الزوجة جميعاً عليها مثل الميراث و جواز الاغتسال و غير ذلك. و لم يعلم^٤ من الشرع ثبوت الزوجية. بجميع احكامها. بمجرد الاختيار. الى غير ذلك من المعاييب. سيما مع ما ورد من التاكيد و التشديد فى امر الفروج. و الظاهر انّ ذلك اجماعى ايضا. و على هذا فيلزم العسر الشديد و الحرج الوكيد و تعطيل الازواج. و لا يجوز للغير ايضاً الجمع بينهما، لانّ احدهما زوجة الغير جزماً. بل يشكل التزويج باحدهما ايضاً للغير، و تزويج اخت احدهما للزوج

^١ السورة، المؤمنون، الاية ٦- السورة المعارج، الاية ٣٠.

^٢ السورة، المؤمنون، الاية ٧- السورة، المعارج، الاية ٣١.

^٣ و فى النسخة: و بأنّها.

^٤ و فى النسخة: 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 القرعة. و ظني به ان ذلك وجه وجيه (كما انه احد الاقوال في اصل الشبهة المحصورة) و لكن الطلاق احوط.

هذا كله، اذا بقي الاشتباه بحاله. و اما لو ارتفع بالبينة، او بالتذكر، او غير ذلك، من دون منازع. فلا اشكال ايضا. و اما صورة النزاع: فاما لو عين الزوج احدهما و صدقته الزوجة و لم تكذبه الاخرى. فلا اشكال. و كذلك لو جهلت الحال فيلزم تصديقه لما مر سابقا. و اما لو عينها و كذبت، فهي المدعية، و الزوج بمنزلة المنكر. اذا ذلك بحث عن كيفية فعله و هو اعرف به، فالقول قوله مع يمينه. و تعيين المدعى و المدعى عليه، انما هو بملاحظة ظهور المدعى^١ و خفائه. فلا ينافي ما ذكرنا كون الزوج في صورة المدعى لسبقه بالدعوى. و ليس ذلك من باب رد اليمين الى المدعى من جانب المنكر في صورة ادعاء الزوج ان المطلقة هي هذه و انكرته. كما يتوهم.

و اما المسئلة الاخيرة: يعنى اذا عين احدهما ثم رجع عنها و عين الاخرى؛ فان صدقته الاولى في الرجوع عنها، فلا نزاع بينهما، و لا يُمْنَع 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 [الارتداع عنها، و لا دليل على كون مجرد تصديق الزوجة اياه في الرجوع بعد اقراره بالطلاق، سببا لا ستحلالها تانياً. و لعله لذلك اطلق الشيخ و العلامة الحكم بطلاقهما. فالمناص الزامه بحكم الطلاق و النكاح معا. فللمرئة مطالبه حقوقها، و على الزوج الارتداع من الاستمتاع بها.

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

^١ و في النسخة: او.

الزوج بالطلاق اعتراف بانقطاع سلطنته على الزوجة، فتصديق الزوجه آياه [فى الرجوع عن اقراره] ايضا اعتراف ببقاء السلطنة. و انكار الزوج^١ هو قول مسلم ينبغى حمله على الصدق. و عدم سماعه اولاً أنّما كان لاجل أنّه اثبت حقاً للزوجة باعترافه. فاذا اسقطت الزوجة حقه ذلك، بتصديقها آياه، 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 العلامة بطلاقهما معا. فان اراد [١] أنّهما محكومتان بالطلاق من جهة الاقرارين، و انهما مطلقتان^٢ على ظاهر الحكم، و يجرى عليهما جميع ثمرات الطلاق فى حال الحيوة و بعد الممات، ففيه اشكال واضح. اذ المفروض ان المطلقة واحدة قد اشبهت شخصها. و مراده فى التعيين ايضا تعيين واحدة، 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 المطلقة من حيث عدم جواز مباشرتهما و التمتع بهما لا للزوج و لا للزوجة. و ذلك انما هو لاجل رجوع الاشتباه الى حالته 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 المسئلة.

فالمناص حينئذ فى التعيين، لا يكون الا بالقرعة.

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

^١ اى انكار الزوج اقراره الاول.

^٢ و فى النسخة: مطلقات.

^٣ و فى النسخة: ليس له انشاء له.

المشترك، فإن 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 وبين الجنابة المشتركة، واضح. لتاصل الاصل فى الجنابة بالنسبة اليهما جميعا، و عدم تحقق الاقرار الصحيح فيما نحن فيه بالنسبة اليهما جميعا، او صحة قوله. بل هذه (مع كون المفروض وحدة الطلاق فى نفس الامر) انما يتم مع بطلان الاقرار الاول بسبب الرجوع، و المفروض خلافه.

و ان اريد به الرجوع الى الاشتباه الاول، و ان المراد كونهما ممنوعة عن معاملة الزوجية، فهو صحيح، ولكنه ليس من ثمرات الاقرار. بل من جهة 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 مسموعة. و الظاهر قبولها و يقدم قوله مع يمينه اذا ظهر اماره على ما يدعيه. لانه اعرف بفعله، و عدم امكان اقامة البينة عليه. و عدم تمكّن المرءة من اليمين على نفيه.

و اما الزوجة الثانية: فان صدّفته فى الطلاق مع تصديق الاولى زوجها فى الرجوع، فيثبت النكاح للاولى، و الطلاق للثانية. و لا اشكال. و كذلك ان كذّبه فى الطلاق مع تكذيب الاولى زوجها فى الرجوع. فيثبت النكاح للثانية و الطلاق للاولى. لما ذكرنا ان المطلقة بالفرض واحدة. 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

^١ و فى النسخة: يعمل كل منهما.

^٢ و فى النسخة: باقرارهما.

فاسد جزماً. فكلما حصل الموافقة في هذه الصور فالامر واضح. وكلما وقع النزاع و الإنكار، فيرجع الى الحلف، و يظهر الحال.

و منها: ما ذكره في اقرار الزوج في العدة بالرجعة؛ مثل ما قال العلامة(ره) في التحرير: «و لو قال زوج الحرّة قبل [الـ]انقضاء: را جعتك بالامس. فالوجه تقديم قوله. لقدرتة على الانشاء. و لو صدّقناه؛ فالاقرب انّ اقراره انشاء»^١. و قال بعد ذلك: «الاشهاد على الرجعة مستحبّ، غير واجب و لا شرط. و القول قول المنكر مع اليمين. و لو قال في العدة: كنت راجعتك بالامس. صحّ الرجوع». و قال في القواعد: «و يستحبّ الاشهاد و ليس شرطاً، لكن لو ادعى بعد العدة وقوعها فيها، لم تقبل دعواه الآ بالبينّة»^٢. ثمّ قال: «لو اقرّ بالرجعة في العدة، قبل قوله لانه يملك الرجعة حينئذ». ثمّ قال: «لو ادعى الرجعة في وقت امكان انشائها، قدّم قوله مع احتمال تقديم قولها. فحينئذ لا يجعل اقراره انشاء». و جه الاستدلال: تقديم قول الزوج بالرجعة، في هذه العبارات بناء على انه ادعاها و اقرّ بها في وقت يمكن له انشائها فيه. فدعوى الزوج الطلاق في وقت يمكن اجرائه، مسموع و مقدم على قول الزوجة.

اقول: ينقسم اخبار الزوج عن الرجوع، على اقسام: اخباره في حال العدة بالرجوع في زمان قبل الاخبار من ازمة العدة فامّا مع انكار^٣ الزوجة او عدم انكارها. و اخباره بالرجوع بعد انقضاء العدة في حال العدة مع انكار الزوجة او عدمه. فاذا اخبر في حال العدة بالرجوع بالامس مثلاً. فان وافقه الزوجة، فلا كلام. لان الامر لا يخرج منهما و المسلم مصدّق في

^١ تحرير الاحكام الشرعية، ج ٤ ص ٧٤ مؤسسة الامام الصادق(ع).

^٢ قواعد الاحكام، ج ٣ ص ١٣٤ (الفصل الثاني في الرجعة).

^٣ و في النسخة: و اما مع انكار....

اقواله و افعاله ما لم يزاحمه غيره. و اما مع انكار الزوجة، 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 النفقة و حرمة الاخت و غير ذلك.

و أما الكلام فى دعويه ذلك مع انكار الزوجة، فهو كلام مغاير للكلام فى امر ارادة اللزوم للدعوى. فحينئذ يجيبى الخلاف فى انه هل يقدم قول الزوج او الزوجة؟-؟ و قول الزوجة 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 الزوجة حينئذ. لان الزوج اذا كان غرضه الرجوع، فهو قادر على انشاء الرجوع بالفعل (كما هو المفروض) فيصير كلام الزوجة 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 الورثة و كان الزوج ميتاً، فينفع الانكار فيه غالباً. و ليس فى الرجعة امثال ذلك.

و الثانى: انه على فرض كذب الزوج فى هذا الاخبار، فهو مستلزم للرجوع، فانه مستلزم لارادة بقاء الزوجية^١ حين الدعوى. فهو من قبيل الافعال الدالة على الرجوع (كالتقبيل و ما يشبهه من الاقوال و الافعال). فيحصل من جهة ذلك القول^٢ قوّة لصدقه فى الدعوى ايضا. فيقدم على الاصل. فالكلام فيما نحن فيه اما فى نفوذ الاقرار على نفسه و عدمه، و اما فى تقديم قوله فى الدعوى ايضا على الزوجة المنكرة. فأما نفوذ الاقرار على نفسه، فلا ريب فى

^١ و فى النسخة: الزوجة.

^٢ و فى النسخة: قول.

سماعه و نفوذه. للدالة الدالة على نفوذ اقرار العقلاء على انفسهم. وكذلك نفوذه لما ينفعه ايضا اذا لم تكذبه. و اما تقديم قوله فى الدعوى، فهو الاظهر، لما ذكرنا ايضا.

و اما لو كان الاخبار بعد العدة، فهو ايضا بالنسبة الى نفسه مسموع. لاجل تضمن الدعوى الاقرار على نفسه فى مثل النفقة و غيرها. و اما بالنسبة الى الزوجة، فهو دعوى و كلامها مطابق للاصل. و الاظهر عدم القبول الا بالبيينة. فان اصالة عدم الرجوع و استصحاب حال الطلاق، اقوى من الظهور المستفاد من كون الفعل فعله و بيده. كما لا يخفى.

فحيثنقول: مراد العلامة من قوله «و لو قال زوج الحرّة قبل الانقضاء، راجعتك» هو بيان صورة الدعوى. و اختار فيه قوله و علله بانه قادر على الانشاء حين الدعوى. و وجه كونه علّة التقديم، ظهر مما ذكرنا. و ليس المراد ان مجرد الاقرار به يكفى لثبوت ما له و عليه (كما يتوهم)، لما بيناه سابقا فى اوائل الرسالة. و بينا ان المراد من قولهم «من ملك انشاء شىء، يملك الاقرار به» بيان حكم نفوذ الاقرار على نفسه فى كل ما يملك انشاءه. لانه يصير الاقرار فى حكم الانشاء فى جميع الاحكام مما له و عليه.

و اما ذكرهم عليه هذه القاعدة فى مقام الدعوى (مثل عبارة التحرير هذه) فهو ليس الا من جهة ما يستلزم ذلك ضعف قول المنكر و قوة 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 الرجعة، و كل قادر على انشاء الرجعة قادر على الاقرار بها، فهذا قادر على الاقرار بها». و مقتضى هذا الدليل انه يصح من الزوج الاقرار بالرجعة. ثم عقب هذا القياس بقياس اخر. فانه بعد ما صحح الاقرار بما تقدم و فرض انه اقر بالرجعة، يقول «هذا الزوج اقر بشىء هو الرجعة، و كل من اقر 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 هذه الرسالة منع هذه الكبرى، بما لا مزيد عليه. اذ ليس مقتضى الاقرار (بالنظر الى اصطلاح

الفقهاء، بل اصطلاح اهل الشرع و العرف و اللغة) الا اثباته ما يضرّ بنفسه او يُثبت شيئاً للاخر. فتحقق من ذلك انه لا بد من حمل استدلاله(ره) بهذه القاعدة على ارادة بيان موافقة كلام المدعى فى صورة الدعوى للظاهر، لا غير. و انت خبير 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 تقدم قول الزوج فى الدعوى المذكورة، و قدمنا قول الزوجة فى انكارها اعتماداً على الاصل، فحيثُذ و ان لم يثبت الرجعة بالامس التى ادعاها، و لكن هل يفيد اقراره بالرجعة المستفادة من ادعائه وقوعها بالامس، حين التكلم، نظراً الى كونه بمنزلة الرجوع الفعلى (كما اشرنا اليه سابقاً) او ليس بمنزلة انشاء الرجوع، لانه اخبار محتمل للصدق و الكذب، و الانشاء لا يحتملها، فالاقرب ان اقراره هذا، بمنزلة 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 العدة، بقرينة العبارة المتقدمة الدالة على تقديم قولها فى الدعوى فى حال العدة. و بقرينة قوله بعد ذلك: «و لو قال فى العدة: كنت راجعتك بالامس صحّ الرجوع». و المراد بهذه العبارة الاخيرة بيان استلزام هذه الاخبار لانشاء الرجوع حين التكلم، مثل الرجوع الفعلى.

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

قوله(ع): البينة للمدعى و اليمين على المنكر.

و اما قوله فى القواعد بعد ذلك، «لو اقرّ بالرجعة فى العدة، قبل قوله. لانه يملك الرجعة حينئذ» فهذا بيان لحال الاقرار، لا حال الدعوى. فان الاقرار بالرجعة اقرار على النفس. أما بالفعل؛ [ف]لاستلزامه لزوم النفقة و الزام حقوق الزوجية. و اما بالقوة؛ فبسبب ظهور مخالفة بعد العدة. كما لو ندم الزوج عن الرجوع بعد انقضاء العدة و ارادت الزوجة اخذ النفقة و كانت راضية بالزوجية و لو كان الرجوع فى حال العدة مخالفا لطبع الزوجة. نظير ما لو اخبر بكون عبد الغير حراً، ثم اشتراه. كما تقدم. فالمراد بقوله «لانه يملك الرجعة»، الاشارة الى تحقق حقيقة الاقرار. فان كل من يملك شيئاً يملك الاقرار به. يعنى ينفذ اقراره فيه. او اشارة الى ان 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 المرأة فى العدة و انقضائها، و الخلو عن المانع، بل و التحلل بعد التطليقة الثالثة. و المراد انه ابصر بما فوّض اليه، فيسمع قوله مطلقاً، اذا لم يعارضه احد. او [مع] اليمين مع الخصومة و الدعوى. و على نفسه مطلقاً.

و يُنبّه على ذلك، ما ذكره الفاضل الاصفهاني حيث انه فى شرح القواعد بعد قول العلامة: «و لو اقرّ بالرجعة فى العدة قبل قوله» قال: «فيما له و عليه، فى العدة كان الاقرار او بعدها. لانه يملك الرجعة حينئذ. اى لانها حقه، و لا فعل فيها لغيره، و لا يُعلم الا من جهته. فاذا ادعاها قبلت. و على المرأة ان تقبل منه بغير يمين. و كذا من اراد نكاحها. و هو لا ينافى تقديم قول غيره اذا انكرها، او تكليفه باليمين»^١ انتهى.

فظهر ان استدلاله فى العبارة الثانية بهذه القاعدة، مبنى على بيان حال الاقرار على

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

النفس، او على من لم يزاحمه احد فيما له ايضا. و فى الثالثة على الدعوى. فلم يبق هنا الاّ الكلام فى ترجيح الاصل على قول صاحب الفعل فى صورة الدعوى. و قد مرّ الكلام فيه و سيجيى ايضا.

و اما قوله (ره) «لو ادعى الرجعة فى وقت امكان انشائها»، فهو بيان لصورة الدعوى فى حال العدة. فلا تكرار فى كلامه و لا تناقض (كما فهمه بعضهم و حسب انه تردّد فى الحكم بعد ما جزم بتقديم قوله فى العبارة السابقة على ذلك. و اعترض عليه بانه خالف حكمه السابق) اذ قد عرفت أنها فى بيان حال الاقرار، و هذه فى بيان حال الدعوى حال العدة. كما ان العبارة الاولى فى بيان حال الدعوى بعد العدة. و وجه تردده (ره) ان قول الزوجة المنكرة، موافق للاصل، فيتجّه تقديمه. و لأنها منكرة 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 مزاحمة منكره غالبا، و تصير لغواً. لانه يتمكن فى ذلك الحين ان يقول رجعت اليها. كما اشرنا سابقا. مضافا الى كون تلك الدعوى كافية فى الرجعة و ان لم يكن صادقا فى اخباره عن وقوع الرجعة قبل التكلم. و لذلك قال (ره) بعد قوله «مع احتمال تقديم قولها» فحيث لا يجعل اقراره انشاء، بمعنى ان من يعتمد على الاصل^٢ و يُقدّم قول المرئة المنكرة، لا يجعل اقراره بمنزلة الانشاء.

و اما ولده فخر المحققين (ره): فقوىّ تقديم قوله نظراً الى ان الفعل كافى فى الرجعة، و لم يعتمد على مجرد دعويه الرجوع، بل على كون الاقرار بمنزلة الانشاء^٣.

^١ و فى النسخة: يصير.

^٢ و فى النسخة: الافضل.

^٣ راجع ايضاح الفوائد، كتاب الفرق، ج ٣ ص ٣٣١ ط كوشانپور.

و حاصل المقام: ان الكلام فى الرجعة يختلف بسبب ملاحظة الاقرار، و الدعوى^١ و صدور الاخبار عنها من الزوج فى العدة، [١] و ما بعدها. و ان الاظهر تقديم قول المنكر بعد العدة، للاصل و الاستصحاب. و القول قول الزوج المدعى لها فى المدة، مع اليمين اذا انكرتها الزوجة. و اما الكلام فى اصل الطلاق، فهو مثل الكلام فى الرجعة بعد العدة، 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 الزوجة المنكرة، اكثر. لاستصحاب بقاء الزوجية و حقوقها (من القسم و النفقة و غيرها)، و اصالة عدم وقوعه فى الواقع، و لصدق لفظ المنكر الواقع فى الاخبار، عليها حينئذ. و الدليلان الاخران، متغايران^٢. فلا يتوهم الغافل رجوع^٣ الثانى الى الاول، مطلقا. و لذلك استدل فخر المحققين (ره) بتقديم قولها فى الانكار بعد العدة بهما معا.

و ههنا كلمات آخر لشراح القواعد. يطول المقام بذكرها و ذكر ما فيها. طوبينا عن ذكرها، مخافة الاطناب.

و منها: بعض عباراتهم المذكورة فى اختلاف الزوجين فى زمان الطلاق، لاجل الرجعة و النفقة؛ مثل عبارة التحرير، قال: «و لو كانت معتدة^٤ بالشهور، فان اتفقا على زمان الطلاق، او الوفاة، اعتبر ثلاثة اشهر و اربعة و عشرة ايام. و ان اختلفا، فالقول قول الزوج. لان القول

^١ و فى النسخة: او الدعوى.

^٢ اى: اصالة عدم وقوعه فى الواقع، دليل. و صدق لفظ المنكر عليها، دليل آخر. لا أنهما جميعا دليل واحد.

^٣ و فى النسخة: من رجوع الثانى.

^٤ و فى النسخة: معتدة.

قوله فى اصل الطلاق، وكذا فى وقته^١.

و وجه الاستدلال^٢: الاستدلال بقوله «لانّ القول قوله فى اصل الطلاق»، فان الظاهر منه انّ تصديق الزوج و تقديم قوله فى دعوى اصل الطلاق، كان مسلماً عندهم.

اقول: ان اريد من كونه مسلماً عندهم، كونه اجماعياً، فهو فى غاية البعد. لندرة المصرح بتقديم قول الزوج فى اصل الطلاق. بل لم تقف على تصريح به فى كلامهم. و ستعرف ان مثل هذه العبارة ايضاً ليست بصريحة. مع ان كلماتهم فى غاية الكثرة^٣ فى التردد و التوقف و الاختلاف فيما لو كان اختلاف الزوجين فى وقت الطلاق. و هو يستلزم كون تقديم الزوج فى اصل الطلاق خلافياً. بل هو اولى بكونه خلافياً. فانهم ذكروا (فى موضع بيان دليل الطرفين فى تقديم قول الزوج فى وقت الطلاق) فى 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 فى الجملة، و زواله قطعاً فى بعض الاوقات، المحتمل عدم وقوعه فيه) حجةً للنفاى و قابلاً للتمسك به، فمع عدم حصول القطع بزواله اصلاً و راساً، فهو اولى بالتمسك. اذ لا ريب ان مع تداعيها فى وقوع اصل الطلاق، لم يحصل القطع بوقوعه اصلاً و راساً، و وقوعه مشكوك فيه. و مع اتفاقهما معاً بوقوع الطلاق، فوقوع الطلاق يقينى. فيصير التمسك بالاصل هناك اضعف، و يفتتح سبيل معارضة؛ من الظاهر، و هو ان صاحب الفعل اعرف

^١ تحرير الاحكام الشرعية، ج ٤ ص ١٥٥. - و فيه: احتساب، بدلاً عن اعتبار.

^٢ و فى النسخة: الدلالة.

^٣ و فى النسخة: مال.

بكيفية 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 مسبوق بالعدم الازلى اليقيني.

فمن جملة 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 الولادة 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 معارضة الاصل، غير كاف فى تقديم قوله. لان الاصل قاعدة يرجع اليها فى الاحكام الشرعية. بخلاف تقديم قول المدعى. و حينئذ 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 الرجعة بتقديم قولها فى تاخر الطلاق، لان الاصل بقاء الزوجية. و لا يقدم قول الزوج و ادعائه انقضاء العدة. و علله فى المسالك باصالة عدم تقدم الطلاق و بقاء الزوجية الثابتة اولا، الى ان يظهر زوالها. و يؤدى مؤدى ذلك ما ذكره فى الشرايع فى احكام النفقات، قال: «اذا طلق^٢ الحامل رجعية، فادعت ان الطلاق بعد الوضع و

^١ الشرايع، كتاب الطلاق، المقصد الخامس فى العدد، الفصل الرابع فى الحامل، ج ٣ ص ٢٧ ط دارال تفسير.

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

^٣ و فى النسخة: 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 يعيننا زمانا لهما. و اما لو اتفقا على زمان احدهما و اختلفا فى تقديم الاخر و تاخره، فالقول قول مدعى تاخره مطلقا، لاصالة 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 بندرة القائل بهذا القول.

و يودّ مودى كلام الشرايع، كلام القواعد فى المواضع الثلاث. و نقل من بعض شراحه^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 حجية 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 منازعة، كما اذا ادعى انه صام، او صلّى. او لا يمكن اقامة البينة عليه (كما اذا ادعى انه احتلم) بوجه، يقدم قول مدعيه.

و كذلك يظهر من الفاضل الاصفهاني فى شرحه تقديم قول مدعى بقاء العدة، و العمل بمقتضى الاصل، و الموافقة 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

^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 النسخة: شرا ئحه.

بتقديم قول الزوج فى اصل الطلاق، القول بتقديمه فى وقته. و القول بتقديمه فى الوقت محل خلاف بينهم. كما عرفت و ستعرف. فكيف 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 الزوجة فى وقت الولادة ايضا. فمن يقول بعدم تقديم قولها فى وقت الولادة، لابد ان يقول بها فى اصلها. و المفروض ان تقديم قولها فى الاصل وفاقى.

و فيه: منع الاجماع فيه ايضا. و استند فى الكفاية الى المشهور. و هو لازم كلام المحقق و العلامة فى الاستشكال فى تقديم قول من يدعى خلاف الاصل فى وقت الولادة و الطلاق. كما بيّنناه. و كذلك صريح الشهيد الثانى (ره) بل هو قال: «ان الاصل قاعدة يرجع اليها فى الاحكام الشرعية، 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. فالملازمة ممنوعة.

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

^١ و فى النسخة: و فكيف.

^٢ و فى النسخة: تقليل من كلامهم.

^٣ و فى النسخة: تقدم.

فنقول حينئذ: ان كان هذه العلة علة واقعية، فلا ينفك عن معلولها. فلا وجه للخلاف و الاشكال فى حكم الوقت، لوجود العلة. و ان لم يكن علة، فلا يثبت بها الحكم فى الاصل ايضا. فكيف يظهر ثبوته اجماعياً؟ بل الظاهر ان القول^١ بتقديم [قوله فى] الوقت اولى بالقبول من دعويه فى الاصل. و الظاهر ان الكلام يجرى فى الولادة و وقتها ايضا. و دعوى الاجماع فى اصل الولادة، ايضا ممنوعة. كما اشرنا سابقا.

و الثانى: انه فرق ما بين الولادة و الطلاق. و ان قولهم «يقدم قولها فى وقت الولادة، كما يقدم فى اصلها»، و قولهم^٢ «يقدم قوله فى وقت الطلاق، كما يقدم فى اصله»، ليس على وتيرة واحد[ة]. اذ المعتمد فى تقديم قولها فى الولادة (مضافا الى كونها من فعلها و قد لا تُعرف الا من جهتها)، ان بها تنقضى العدة. و النص ورد من الشارع ان امر العدة الى النساء. فلا فرق بين دعوى اصل الولادة لانتقضاء العدة (كما اذا ثبت كونها حاملا حين الطلاق، و ادعت الولادة فيها، فتصدق^٣ فيها، و يُبنى عليه عدم جواز الرجوع اليها) و بين دعوى وقتها كما لو ثبت كونها حاملاً قبل الطلاق المعلوم زمانه و ادعت الولادة بعده و ادعى [الزوج] تقدمها عليه^٤، فيقدم قولها. اما لو ادعى التاخر لاسقاط النفقة، فادعت التقدم^٥، فيقدم قوله. لان ادعاء الولادة حينئذ لا مدخلة له فى العدة حتى يُصدق الزوجة. بل يُصدق الزوج لاصالة التاخر.

و اما الطلاق، فلم يظهر من قولهم انه مصدق فيه و يقدم قوله. الا انه يحكم بثبوتيه من

^١ و فى النسخة: قوله.

^٢ و فى النسخة: قوله.

^٣ و فى النسخة: فيصدق.

^٤ و فى النسخة: و اذا دعى عليه تقدمها عليه.

^٥ و فى النسخة: المتقدم.

حين اقراره، و تعتدّ الزوجة بعده. كما اشير اليه فى رواية السكونى عن جعفر(ع)، عن على(ع): «فى الرجل، يقال له: أ طَلَّقْتَ امرئتك، فيقول: نعم. قال: طَلَّقَهَا حينئذٍ»^١. و افنى الشيخ [و] غيره، مطابقا لها. فقال الشيخ: «و لو اقرّ مريض انه طَلَّقَهَا ثلاثا فى حال الصحة، قُبِلَ قوله و حكم بانها بانته منه فى حال الصحة. و يكون العدة من حين تكلمه»^٢. فلو حضر الغايب و ادعى انه طَلَّقَ زوجته منذ سنين لاسقاط النفقة، و انكرت الطلاق من اصله و طالبت النفقة، فالقول قوله فى اصل الطلاق و النفقة اللاحقه. [و القول] قولها فى النفقة السابقه. و كذا لو ادعت تاخره، لان النفقة هى حق الزوجة، انما تسقط تبعا لسقوط الزوجية التى هى حق الزوج بالاصالة. و الزوج انما يملك حال الاقرار اسقاطها من حينه، لا فيما سبق. لان السابق قد مضى بما هو عليه. فيكون حينئذٍ مدعياً سقوط النفقة 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 فى وقته) و بين تقديم قول الزوج فى اصل الطلاق بالمعنى المتقدم، يعنى لزوم الحكم بالطلاق حين التكلم و الاقرار به، و كون العدة بعد ذلك الحين. بخلاف امر الولادة. فانه لا يتم نفي القول بتقديم قول المرئة فى الوقت مطلقا مع القول بتقديم قولها فى اصل الولادة بعد جعل مفروض المسئلة ان كلا الدعويين فى كلا المقامين فى مقام دعوى انقضاء العدة.

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

^١ الوسائل كتاب الطلاق، ابواب مقدماته و شرائطه، ب ١٦ ح ٦.

^٢ المبسوط كتاب الطلاق، فصل فى طلاق المريض، ح ٥ ص ٦٩ ط مرتضويه.

من استشكل فى المقام، انما هو ردّ كلام^١ من جعل المعيار فى المقام هو كون الولادة عن فعل المرثة و الطلاق من فعل الرجل. لا محض كون الولادة كاشفا عن انقضاء العدة. 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 الزوجة فى الولادة، 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 فائدة فى التمسك به. لاجل رفع البحث. فان غاية الامر ان يكون مراد المستدل من قوله «يقدم قول الزوج فى الوقت، لانه من فعله، كما يقدم فى الاصل»، انه يقدم قوله فى مبدأ العدة من ابتداء زمان يدعى وقوع الطلاق فيه، لانه من فعله. و حينئذ فمفاد الاستشكال و المعارضة، 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، تعدياً. فلا يبقى معنى محصل للتنظير.

و اما رابعاً: فلئن سلّمنا اسقاط اعتبار كونه من فعله، و اغمضنا عن قبح التنظير حينئذ، و جعلناه تعدياً، فنقول ما وجه هذا التعبد؟ فان قلت انه الاجماع، فقد مرّ الكلام فيه. فان جعلته رواية 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 الصيغة فى ثبوت الطلاق، و لا يحتاج الى صيغة اخرى اذا

^١ و فى النسخة: الى رد كلام...

^٢ و فى النسخة: دون قيل المدعى.

^٣ و فى النسخة: و جعلت تقديم قوله فى الاصل الطلاق.

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

و اما فتوى الشيخ بان العدة من حين التكلم؛ فالظاهر ان المراد به هو المسئلة المشهورة في الاخبار عن العدة اذا لم يحصل العلم بمبدأ الطلاق، او الفوت. فقد افتى الفاضلان وغيرهما بانها تجعل مبدأها حين الاخبار. لظواهر الأخبار. و قد حققنا في محله ان الاقوى انها تجعله حين ما حصل العلم بوقوعه فيه جزما. و ان لم يحصل العلم بنفس المبدأ. كما هو صريح رواية الكنانى^١. و على ذلك ينزل قوله(ع) في رواية السكونى: «قد طلقها حينئذ». يعنى يحكم عليها بكونها مطلقه حين الاقرار و يكون هذا الحين هو مبدأ العدة. و هذا كله بعد الاغماض من انكار اصل الطلاق و البناء على موافقتها فى ذلك. و الا فيرجع فيه الى قاعدة التداعى، و مقتضاها تقديم قول من يدعى مقتضى الاصل و الظاهر، و هو الزوجة فى ما نحن فيه.

و اما خامسا: فقله «فالقول قوله فى اصل الطلاق و النفقة اللاحقة، و قولها فى النفقة السابقة... الخ».

فيه: ان مدعى الزوج هو شئى واحد و هو طلاقه قبل ثلاث^٢ سنين مثلا. و تنكرها الزوجة. فاذا كان القول قوله فى اصل الطلاق، و المفروض انه ادعاه فى بدو ثلاث سنين، و اذا حلف على ذلك، فيسقط نفقتها ايضا، و النفقة تابعة للطلاق، و لا تدعى الزوجة تاخره، بل تنكر ما يدعيه الزوج. فنقول الاصل عدم الطلاق. فيقدم قولها للاصل و الاستصحاب. فاذا حلفت، فتستحق النفقة السابقة ايضا. و رواية السكونى منزلة على اخبار الزوج بمطلق الطلاق

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

^٢ و فى النسخة: عند ثلاث.

مع جهالة مبدئه و عدم انكار الزوجة لاصل الطلاق ايضا.

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

بل نقول ما ورد من النص من الاية و الاخبار، يدل على تقديم قول الزوجة مطلقا، يعنى فى الاقرار و الانكار. قال الله عزوجل: «وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ»^١ فان ائتمانهن فى الكتمان، يدل على قبول قولهن. و روى فى مجمع البيان عن الصادق (ع) فى تفسير الاية؛ انه قال: «قد فوض الله النساء ثلاثة اشياء: الحيض و الطهر و الحمل». و روى الشيخ فى الصحيح عن زرارة، عنه (ع) قال: «العدة و الحيض، الى النساء»^٢. و الكلينى فى الحسن لابراهيم بن هاشم، عن زرارة، عنه (ع) قال: «العدة و الحيض، للنساء اذا ادعت، صدقت»^٣. و لم ينقلوا خلافا للحيض فى انها يقبل قولها بلا يمين ان لم ينازعه احد، و مع اليمين اذا وجد المنازع. الا ان الشهيد فى اللمعة قرب عدم قبول غير المعتاد الا بشهادة اربع من النساء المطلعات على باطن امرها، و اسنده الى ظاهر

^١ الاية، ٢٢٨، السورة، البقره.

^٢ الوسائل، كتاب الطهارة، ابواب الحيض، ب ٤٧ ح ٢.

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

الروايات^١.

و الذى وجدناه؛ ما رواه الشيخ عن السكونى بسند قوى، و الصدوق مرسلًا؛ عن على (ع) قال: «فى امرئة ادعت انها حاضت ثلاث حيض فى شهر واحد، قال: كلفوا نسوة من بطانتها انّ حيضها كان فيما مضى على ما ادعت؛ فان شهدن، صدقت. و الاّ فهى كاذبة»^٢. و حملها الشيخ على المتهمّة. و وجهه واضح. و لا يبعد العمل على الرواية، لقوة سندها، و عدم تبادل التهمة و غير المعتادة 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 الاية و الاخبار المتقدمة. و يلزم^٣ تقدم قولها اذا انكرت الوضع و ادعاه، ايضا. للدلالة السابقة، مضافا الى اصالة العدم. و لو ادعت انقضائها بالاشهر؛ فقد افتى جماعة بعدم قبولها، لو انكره الزوج. لان مرجعه الى الاختلاف فى وقت الطلاق. بل يقدم قول الزوج المنكر، لاصالة 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 خبير بان مقتضى النصوص الدالة على ان العدة الى النساء، تقديم قولها مطلقا. و الظاهر ان دعوى تقدم الطلاق و تاخره، يرجع الى دعوى انقضاء العدة و عدمه. و الظاهر ان المراد من النصوص تفويض امر العدة و الحيض الى النساء، نفياً و اثباتاً، لا اثباتاً فقط. الاّ ان يقال: بعد انصراف ظواهر النصوص الدالة على ذلك الى مثل الصورة التى وقع النزاع فى تقدم الطلاق و تاخره،

^١ اللعة الدمشقية؛ كتاب الطلاق؛ آخر الفصل الثانى - ص ٢٠٩ ط دارالناصر.

^٢ الوسائل، كتاب الطهارة، ابواب الحيض، ب ٤٧ ح ٣.

^٣ و فى النسخة: و يلزمه.

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

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

اذا عرفت هذا فترجع الى كلام التحرير و نقول: يمكن ان يكون مراد العلامة من اصل
الطلاق، فى دليله، قصد الطلاق من الصيغة، و عدمه. يعنى انه كما يقدم قول المطلق اذا قال
زوجتى طالق [لو ادعى] انى لم اقصد الطلاق (كما هو المشهور) فيقدم قوله على مكذبه، و
كذا اذا قال قصدت به الطلاق لا الهزال، او اردت طلاق فلانة لا فلانة الاخرى. و نحو ذلك.
فكذلك يقدم قوله فى وقت الطلاق. فلم يحصل القطع بان مراد العلامة من اصل الطلاق، هو
صدوره عنه و عدمه. و يؤيده ان صورة الاختلاف التى مفروض المسئلة، 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. لان الغالب فى نزاع الزوجين فى وقت الطلاق، هو
دعوى الزوج تاخره لاجل دعوى عدم انتضاء العدة ليتمكّن من الرجوع. و يقلّ غرامة النفقة
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 المرئة معتدة بالشهور، فلا يحتاج الى ان يرجع 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 المسئلة في دعوى الزوج عدم انقضاء العدة. 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 ينافي 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 المسئلة ثمة ايضا فيما ادعى الزوج تاخر زمان الطلاق. اذ لعلّه من باب المسامحة، اعتماداً على الاصل لكونه موافقا 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 المسلّم منه، هو ما كان هناك فعل متحقق الوقوع ادعى الفاعل وقوعه على وجه خاص. لا ادعائه صدور فعل منه لم يثبت وقوعه اصلا. بخلاف كلامه الاخر الذي 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 المنقولة من كتاب الرجعة؛ فانه لم يقدم قول الزوج اذا ادعى تقدم الزمان، مع انه فعله.

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

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

^١ المبسوط، (كتاب العدد) ج ٥ ص ٢٣٦. ط المكتبة المرتضوية.

^٢ المبسوط، (كتاب العدد) ج ٥ ص ٢٤١. ط المكتبة المرتضوية.

^٣ و في النسخة: الطلاق.

سَلَّمنا ظهوره فيه. و لكنّه دعوى لا دليل عليها بل منافية للدليل القطعى من أنّ البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه. اذ لا ريب ان مدعى الطلاق مدع لما يخالف الاصل و الظاهر من استصحاب بقاء الزوجية، و يصدق عليه تعريف المدعى بجميع معانيه. و قال الشيخ ايضا فى المبسوط فى كتاب الرجعة (على ما حكى عنه) فيما اذا كانت معتدّة بالشهور: «و لا يرجع فى ذلك الى قبول القول، لانه مشاهد. الا ان يختلفا فقال الزوج: طَلَّقْتك فى شوال، و قالت: لا بل طَلَّقْتنى فى رمضان. فالقول قوله مع يمينه، لان الاصل عدم الطلاق. و ان كانت بالعكس من هذا؛ فقال الزوج: طَلَّقْتك فى رمضان. و قالت: لا بل فى شوال. فالقول قولها، لانّها تطوّل على نفسها العدة. غير انه تسقط النفقة عن الزوج فيما زاد على ما يريد^١. الا ان تقيم^٢ بينة. كما اذا اختلفا فقال الزوج: طَلَّقْتك قبل الدخول. و قالت: لا بل بعد الدخول. فانّا نقبل قول الزوج فى سقوط نصف المهر فيسقط عنه. و يقبل قول الزوجة فى وجوب العدة لانه يضربها»^٣.

(و كذلك نُقل عن ابن البرّاج و يحيى بن سعيد، ما يؤدى مؤداه).

و استدلاله باصالة عدم الطلاق، يفيد ما ذكرنا. و كذلك عدم تقديم قوله فى صورة ادعاء التقدّم، مع انه فعله. بل و تقديمه قول الزوجة لادعاء التاخر. و انما لم يتمسك للزوجة، بالاصل. لظهوره من العبارة السابقة.

و يشهد بان الشيخ استند فى ذلك ايضا بالاصل و مراده تقديم قولها فى التاخر للاصل، تصريح المحقق بذلك حيث قال فى احكام الرجعة: «و اذا ادعت انقضاء العدة بالحيض فى زمان محتمل، فانكر. فالقول قولها مع يمينها. و لو ادعت انقضائها بالاشهر، لم يقبل و كان

^١ و فى المبسوط: على ما اقر به.

^٢ و فى النسخة: بقم.

^٣ المبسوط، (كتاب الرجعة) ج ٥ ص ١٠٢-١٠٣ و فيه: و نقبل قول الزوجة.

القول قول الزوج. لانه اختلاف فى زمان ايقاع الطلاق. وكذا لو ادعى الزوج الانتضاء، فالقول قولها. لان الاصل بقاء الزوجية اولاً^١ الى اخر ما ذكره.

و مثله [ما] ذكر[ه] العلامة فى القواعد. و عادتهما^٢ فى الغالب متابعة المبسوط^٣ فى نقل الفتوى ثم الرد، او القبول، [١] و الاستشكال.

و اما التمسك بتطويل العدة و استثناء اسقاط النفقة؛ 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 الزوجة فى الثانى لذلك.

و اما بيان اللوازم؛ فالزوج و ان كان لا يقبل قوله فى صورة ادعاء التقدم من جهة الدعوى، لكن لما كان دعويه مستلزما للاقرار بوجود النفقة اكثر مما تدعيه المرئة، فيجب عليه الانفاق، و ان لم يقبل منه وقوع الطلاق فى الزمان الذى ادعاه. و الزوجة و ان كان يُسمع قولها فى تاخر الطلاق، و لكن بسبب استلزام دعويها سقوط النفقة فى زمان يستلزمه دعوى الزوج، فهو اقرار على نفسها. فيجب على الزوج ادائها، و على المرئة ترك اخذها، بمقتضى اقراريهما. و كذلك يستلزم دعوى المرئة تطويل عدتها، فهي^٤ ماخوذة باقرارها. و ذلك لا ينافى كون معتمد الشيخ فى تقديم قول الزوجة، هو الاصل. كما لا يخفى.

و يمكن ان يكون مراد الشيخ من قوله «غير انه تسقط النفقة عن الزوج... الى اخره» ان الزوجة و ان كانت مصدقة فى تاخر الطلاق و ماخوذة بسبب اقرارها على عدتها، و لكن لما

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

^٢ اى: عادة المحقق و العلامة.

^٣ و فى النسخة: المقصود.

^٤ و فى النسخة: عدتها وهى.

كان يمكن الاختلاف في عدّة المسترابة (بسبب طربان الحيض في خلال الشهور و ملاحظة سبق الامرين من الحيض الثلاث و الاشهر الثلاث، كما قرّر في محله. فربما يزيد العدة بعد فرض قبول قولها و ردّ قول الزوج على ما يريد الزوج و يقرّ به) فقد يكون الزوج مقرّاً بكون العدة ثلاثة اشهر بعد البناء على قول المرأة و هي تدعى ازيد من ذلك من جهة طربان الحيض قبل انقضاء الثلاث بيوم مثلاً. فحينئذ يجيئ التداعى و لا يقبل قول الزوجة الا بالبينه.

فلا وجه لما قد يتوهم: ان مراد الشيخ في المسئلتين، تقديم قول الزوج لانه من فعله. و مراده في تقديم قولها في المسئلة الثانية انما هو قولها في العدة خاصة لا في تاخر الطلاق. نظراً الى استدلاله و تنظيره بحكاية دعوئهما في كون الطلاق قبل الدخول و بعده. و لو كان مراد الشيخ الاعتماد على الاصل في تقديم قول الزوجة، لجاز مطالبتها بقيته ايضا.

و قوله (ره): «كما اذا اختلفا.. الى اخره» فلعل مراده التنظير للصورة الاخيرة، يعنى كما انه يسمع قول الزوج و يقدم في دعوى كون الطلاق قبل الدخول، بمقتضى الاصل لاصالة عدم الدخول، و لا يسمع قول المرأة، و مع ذلك يُعمل على اقرارها اللزوم لدعويها و ان اخره، فان اقرار الزوجة بكون الطلاق بعد الدخول، مستلزم لوجوب العدة عليها. فكذلك في صورة ادعاء الزوج التقدّم في الطلاق، و الزوجة التاخير؛ لا يقبل قول الزوج لمخالفته للاصل، و يُعمل على قول المرأة و اقرارها و ان اضرّ بها، مع تقديم قولها في الطلاق من جهة الاصل. و لكن تسقط نفقة الزوجة عن الزوج فيما زاد على ما يقرّ به الزوج، يعنى بعد تقديم قول الزوجة و بناء اول العدة من شوال. فيكتفى في النفقة التي هي مراد الزوجة في هذه الدعوى، على ما اتفقا الزوجان عليه، لا بما تريد المرأة و تطول على نفسها و ان كان ذلك التطويل

^١ فينجر تمام الحيض بايام بعد تمام الثلاث الاشهر.

مأخوذاً عليها من جهة إقرارها و تكليفاً لها به.

و لازم ذلك ان فى صورة الاولى ايضا (اعنى صورة دعوى الزوج التاخر لاجل الرجوع) لا يمكنه الرجوع فى ازيد مما يتفقان عليه، بعد البناء على قول الزوج و اخذ اول العدة من شوال. فاذا اراد الزوج الرجوع بعد الزمان المتفق عليه، بادعاء بقاء العدة و طولها، فعليه البيئنة. فوجه التشبيه و التنظير انما هو اعمال 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 الزوجة تطويل العدة و سقوط زايد النفقة باقرارها.

بل كلامه كالصريح فى عدم قبول قول الزوج. و يشهد به ان العلامة 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 السهو، سهوً. و عدم ذكر الشيخ اليمين اعتماداً على ما [تمسك] قبل هذه الصورة الاولى على القاعدة المسلمة فى التداعى.

و انت اذا عرفت ما بينناه فى توجيه كلام العلامة فى التحرير، تعرف الكلام فيما يودى 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 ان الاصل عدم الطلاق و الوضع. فكان قول منكرهما مقدماً». قال: «هذا اصل يتفرع منه مسألتان: و هو انه قد اتفقا على زمان الوضع

^١ و فى الايضاح؛ هنا.

^٢ و فى الايضاح؛ اذ.

بانه كان يوم الخميس كذا من الشهر مثلا، ثم اختلفا فى وقت الطلاق فهنا مسألتان: الاولى: ان يدعى الزوج تقدمه، كيوم الاربعاء فى المثال المذكور. فيثبت انقضاء العدة و ينتفى توابعها^١. 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 يُصدَّق فى اصله، فيُصدَّق فى وقته.

الثانية عكس الاولى: فتقول: طَلَّقْتَنِي يوم الاربعاء. فيقول هو: يوم الجمعة. فتنفى^٢ حقه و يثبتته هو. و هيهنا قوله مقدم قطعاً. لان الطلاق من فعله و هو ينفيه. و قوله و الوضع، عطف على الطلاق اى الاصل عدم الوضع. و هو اشارة 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^٣.

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

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

^١ و فى الايضاح طبع كوشانيور؛ و يبقى توابعها- و الصحيح عبارة المصنف(ره).

^٢ و فى النسخة: فيبقى.

^٣ ايضاح الفواعد، ج ٣ ص ٣٤٩ ط كوشانيور.

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

کتاب الطلاق من المجلد الثانی - مسائل الطلاق:

۱۰- 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^۱، طلاق بگوید با جهل به حال طهر و حیض، یا نه؟-

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^۲ که این قدر انتظار بکشد که علم یا ظن برای او حاصل شود که طهر موافقه 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 موافقه، طلاق گفته شود. و اما در صورت جهل؛ پس مقتضای^۳ احادیث معتبره بسیار [این است] که پنج زن است که طلاق گفته

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

^۲ یعنی او وکیل است از جانب آن زوج غایب.

^۳ در نسخه: بر اینند.

^۴ 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 اوّلی 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(ع): الغایب الذی یطلق [اهله] کم غیبتّه؟ قال: خمسۀ اشهر او ستۀ اشهر. قلت: حدّ دون ذلک؟ قال: ثلاثۀ 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 موقعه بوده. و اما هر گاه بدون ملاحظه شرایط، طلاق بگوید؛ پس اگر معلوم شود که در حال حیض یا طهر موقعه بوده، پس آن باطل است. و اگر معلوم شود که در طهر غیر موقعه بوده 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.

^۱ در نسخه: در حالیکه.

^۲ و سائل، 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 صحیحۀ 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 الا شهر. و حدیث صحیح هم دلالت بر آن دارد^۴.

و اما مسئله حکم وکیل 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 بدانند 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

^۱ و سائل 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 تکتّم حیضها).

^۴ و سائل، 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 زوجرا و اجراء صیغه.

تاخیر، به جهت آن که طلاق زوج در حال حضور مشروط است به این که در حال طهر غیر مواقعه 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: پدر از جانب صغیره می تواند نصف مهر او را ببخشد و طلاق او را بگیرد

از شوهر، یا نه؟

جواب: مطلقاً 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.

^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: 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 عدلی 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 عده نشود^۱ در همه طلاق ها یا در بعض آن ها، باعث عدم تحریم است و محتاج به محلل نیست)، شاذ 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 عدلی 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 عدلی و سنی به معنی اخص.

^۱ در نسخه: بشود.

^۲ در نسخه: حلام.

و طلاق عدتی آن است که طلاق بگوید با شرایط و رجوع کند به او در عده 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 عدتی و غیر آن، در مقابل «بدعی» است. و مراد از آن این است که جامع شرایط صحت [ند] 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: [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،

امضا کند. صحیح است یا نه؟-؟ و هرگاه صحیح است از راه فضولی صحیح است یا از راه وکالت در طلاق خلعی؟-؟

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 زوجة 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 زوجة 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 هرگاه کسی طلاق خلعی بگوید با وجود عدم تحقق شرط آن؛ مثل کراهت زوجة، 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 دخیلی بما نحن فیه ندارد، تمام هم^۳ نیست، به جهت آن که مطلقاً قصد طلاق رجعی نکرده، و طلاق خلعی که قصد آن

^۱ در نسخه: در خلاف...

^۲ در نسخه: مثل کراهت زوجة از طلاق.

^۳ در نسخه: هم تمام.

را کرده هم شرط آن متحقق نیست. و شکی نیست که این دو طلاق دو مهبیهٔ 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 بکنند یا نه. چنان که طلاق مطلق با شرایط باین منصرف به باین می شود (مثل طلاق غیر مدخوله، خواه قصد باین داشته باشد یا نه) پس قصد رجعی بودن یا باین بودن، ضرور نیست.

گوئیم: بلی چنین است درجائی که مطلق و معرّی 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 نکنند، 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 مسئلهٔ توکیل است ندارد. و در صورت سؤال، نه خلعی صحیح است و نه رجعی.

بلی: هر گاه وکیل طرفین علم به هم رساند که غرض آن ها استخلاص و عدم تسلط بر رجوع است (که این معنی در ضمن خلع می شود 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، می تواند که طلاق رجعی بر نهج مذکور بدهد. و این فی الحقیقه توکیل بر مطلق استخلاص است^۱، نه خصوص طلاق خلعی.

۱۴- سؤال: زوجه در عدّه طلاق رجعی بدون حمل، نفقه می خواهد یا نه؟- و به فرض این که نفقه بخواند، 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 می داده باشد و زوجه اِباء داشته باشد و اطاعت نکرده باشد، نفقه خواهد خواست یا نه؟-

جواب: بلی مطلقاً 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 خلافی هم در این ندیده ام. پس اگر بی اذن شوهر و بدون اذن شرعی، از خانه بیرون رود، نفقه او ساقط می شود.

و اما سؤال از عدم تمکین و اطاعت: در صورتی که زوج اظهار رجوع کند، پس آن سؤال بی وجه است. به جهت آن که به محض اظهار رجوع و طلبیدن استمتاع از او، باز زوجه او خواهد بود، و توقفی بر قبول زوجه ندارد. پس آن بر معنی نشوز زوجه است، نه نشوز معتدّه رجعیّه. بلی آن معنی هم مسقط نفقه است و با ترک نشوز مستحق نفقه می شود، خواه رجوع

^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: 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: هر زنی که سه طلاق بر او گفته شود، حرام می شود بر شوهر و محتاج است به محلل. و تا محلل بشرایط در میان نیاید، بر شوهر اول حلال نمی شود. خواه طلاق باین 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: 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؟

^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 مقتضای، 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 آن‌ها 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

^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^۲ 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: 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: قطع نظر از این که حکم زوجة 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 زوجة 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.

^۱ یعنی خواه عنوان وکیل را بیاورد یا نیاورد.

^۲ در نسخه: هر چند در تعلیق در رجعت.

^۳ و سائل، ابواب اقسام الطلاق، ب ۲۳ (به عنوان زوجة مفقود الخبر - ابواب مقدماته و شرائطه، ب ۳۵) (به عنوان

زوجة مجنون).

^۴ مستدرک الوسائل، ج ۱۵ ص ۳۰۶.

و اقوی قول مشهور است. و اطلاق روایت مخصّص به ادلّه 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 هرگاه 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 - الرجل الاحمق

الذاهب العقل، أيجوز طلاق وليه عليه؟ قال: و لم لا يطلق هو؟ قلت: لا يؤمن ان طلق هو ان يقول غداً لم اطلق. او لا يحسن ان يطلق. قال: ما أرى وليه الا بمنزلة السلطان^۱. و همچنين 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 علت

و به ملاحظه اصل عدم صحت. و این که عدم قصد، علت بطلان است در مطبق^۲. و در ما نحن فيه، قصد ممکن است. و ایضا این عذر در معرض زوال است.

و گمان حقیر این است که مراد امام(ع) 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: 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

^۱ و سائل، 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: 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 یحل مال امرء مسلم الا من طیب نفسه» و عموم «علی الید ما اخذت حتی تؤدی» و عموم «لا تأکلوا أموالکم - الی قوله تعالی: - إلا أن تكون تجارة عن تراض» 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

^۱ سوره النساء، آیه ۲۹.

^۲ در نسخه: که معلوم است.

^۳ در نسخه: داعی برد اذن و گرفتن.

^۴ در نسخه: ایفاء نفقه.

^۵ ظاهراً «ضمن اتلاف مال غیر» صحیح است.

نیز قاعده «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» که معمول به علما است. و چون اداء دین هرگاه بر وجه صحیح باشد، منشأ ضمان طلبکار است؛ به این معنی که بعد از اخذ طلب هرگاه 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 هرگاه میباید بعد از قبض تلف شود و [یا] فرض شود که مال غیر بوده و اجازه نکرده، باید غرامت میباید 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 میباید 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: «ولو طلقها رجعیاً، و ظهر بها امارات الحمل ثم بان البطلان، استرجع ما زاد عن العدة. و القول قولها فی مدة اقرائها. فلو قال [ت] لا اعلم فی کم قضت عدتی الا ان عادت فی حیض و الطهر کذا، عمل به. و لو قالت ان حیضی یختلف، رجع بما زاد عن الاقل. و لو قالت لا اعلم

^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 «بدانند» یعنی مشتری بدانند. مناسب تر است با مقام.

قدرة، قال الشيخ: يرجع بما زاد عن اقل ما يمكن انقضاء الاقراء به^۱. 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 بریئ 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^۲ 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 انفاق از باب معاوضه شرعیه 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

^۱ تحریر الاحکام الشرعیة، ج ۴ ص ۲۷ ط مؤسسة الامام الصادق (ع).

^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 فقه 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 مهدی.

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 للغير 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 الجملة 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 مودی 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: 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: 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 سن 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 مرا 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 سن 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

طلاق بگوید. و بعد از آن که از او سؤال کردند از انقضای عده، بگوید 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 موقعه 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 بگوید که چون طلاق من باطل است، از تو نفقه می خواهم و مضاجعه و موقعه 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 بگوید، 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 موقعه 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 نگوید، و عده [نگه] ندارد، نمی تواند به دیگری شوهر کند. والله العالم باحکامه.

۲۰- سؤال: بیان فرماید 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؟

^۱ در نسخه: سماع.

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 «زناى بذات عدّه رجعیه» است. با وجود آن که متبادر از دلیل حرمت ابدی در زناى 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: هرگاه طلاق در حضور دو نفر مرد بگویند، که این دو نفر در فروع مقلّد مجتهد حیّ نباشند بل که مقلّد مجتهد میت می باشند. [و] هم چون نیست^۱ که ترجیح داده باشند قول میت را بر قول مجتهد حیّ، بل که لا ابالی و سهل انگاری کرده اند. آیا این طلاق صحیح است یا نه؟-؟

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.

^۱ در نسخه: آیا هم چون نیست..

کتاب الطلاق

مسائل الطلاق من المجلد الثالث.

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: بدون بیّنه 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: 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؟^۲

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^۳.

۲۴- سؤال: عده زوجه دائمه با منقطعه^۳ تفاوت دارد یا نه؟^۲

جواب: بلی عده دائمه مستقیمه الحیض حُرّه، سه طهر است. و مسترابه (یعنی آن که در

^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.

سنّ منّ تحيض است و حیض نمی بیند) سه ماه. و عدّه متعه احوط این است که دو حیض بیند^۱ بعد از انقضای مدت^۲. اگر چه قول به دو طهر هم قوی است. و هرگاه مستترابه باشد، چهل و پنج روز است اتفاقاً. و در عدّه وفات؛ حامله، متعه و دائمه فرقی ندارند.

۲۵- سؤال: هرگاه زوجهٔ 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: 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 بعض ثمرات بر آن مترتب باشد، مثل این که از جملهٔ 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، عدّه ساقط می شود. و دلیل آن واضح نیست. و اما هرگاه زوجهٔ مدخوله را طلاق بائن 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 عدّه 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: هرگاه زنی را متعه نماید مثلاً در مدت سه روز، و دخول نماید. و بعد از سه روز دفعهٔ دیگر همان زن را متعه نماید، و دخول نکرده مدت را ببخشد. چنین زنی غیر

^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 دفعهٔ ثانیه (که دخول نکرده) در مدخوله بودن و در غیر مدخوله بودن یا نه؟-

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 مطلقاً 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: 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 دلنگ 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: اظهر این است که تعلیق وکالت، مضر 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: در مطلق، عدالت نیز شرط است؟ یا حسن ظاهر شاهدین کافی است؟

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 تواند اکتفا کرد. اما زوجه: پس اکتفای او به این، مشکل است. بلی هرگاه زوج

^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 وکیل، 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: هرگاه زوجه مطلقه رجعیه، ادعا کند انقضاء عده را، آیا قول او مسموع

است یا نه؟-

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، صدوبیست 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. والاّ 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 «وَلَا يَحِلُّ لِهِنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ»^۴. زیرا که مؤتمن بودن ایشان در [عدم] کتمان دلالت می کند 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، و اصل 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

^۱ وسائل، کتاب الطهارة، ابواب الحيض، ب ۴۷، ح ۳.

^۲ در نسخه: مقاومت نمی کند باو 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: 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 سرگیرد؟ و فرقی در این حکم ما بین مطلقه رجعیه و غیره هست یا نه؟

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 ابعد الاجلین است: از وضع حمل و عده وفات.

بلی: اشکال در «مسترابه الحمل» است. و دور نیست که بنا بگذاریم در این جا به ابعد 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 مسترابه الحمل که نه ماه است، و چهار ماه و ده روز را. [و این را] معتبر دانیم.

۳۱- سؤال: زید زوجه مسترابه 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: اجتهادی که مطلق کرده است، باطل است. زیرا بعد تسلیم طرفین که زوجه مسترابه 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 نفعی داشته باشد. زیرا بر فرض تصدیق زوجه دون زوج، می رسد زوج را که بگوید که من الحال وکیل نمی کنم که حالا طلاق بدهی. و بر فرضی که دعوی هم نفعی داشته باشد و تصدیق قول زوج در این جا هم داخل «هنّ مصدقات» باشد، سماع قول او علی الاطلاق در وقتی است که معارضی نباشد. و اما با وجود معارض، بدون یمین^۱ 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 وکیل کند عمرو را در تطلیق زوجه در وقت حاضر، علی الاطلاق، یا مطلقاً، یا موكول نماید در تعیین وقت طلاق به وکیل 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 اصالة صحت طلاق موید قول زوجه است. و ظاهر این است که قاعده «اصالة صحه» مقدم است بر اصل تأخر. و قول زوجه مقدم است با یمین. و اما هرگاه 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.

^۱ در نسخه: و اما با وجود معارض بودن یمین.

۳۲- سؤال: هرگاه زن مطلقه بگوید که من یائسه ام. به مجرد قول او، بدون عده می تواند عقد کرد یا نه؟

جواب: بلی زنان مصدّقه [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 وکّل زید عمرواً فی تطليق زوجته خلعياً. و اتفق تاخيره سنين، ثم طلقها. فهل يجب العلم ببقاء الكراهة المشترطه في الخلع؟ او يكفى عدم العلم بزوالها، اعتماداً على الاستصحاب؟ او يصحّ و ان علم زوال الكراهة، مع رضاء الزوجة بالبذل في عوض الطلاق؟

الجواب: لا اشكال في الصحّة مع العلم بالبقاء. و كذا مع عدم العلم بالزوال، للاستصحاب. و اما مع العلم بالزوال: فالظاهر عدم الصحّة، لأنّ الخلع فكّ النكاح بفدية لازمة لمهيته مع كراهة الزوجة فقط.

و الاشكال في أنّه هل يكفى كون الطلاق ناشئاً عن الكراهة و ان لم يستصحبها حين الطلاق، او يشترط مصاحبته لكراهتها؟- ظاهر الافتداء، الثاني. و ظاهر الاخبار، الاول. فان مقتضى قوله تعالى «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ»^۱ ان اخذ الفدية، بعوض الطلاق انما هو عند خوف عدم اقامة الحدّ، لا مجرد حصوله وقتاً ما. و اما الاخبار الناطقة بانّها «اذا قالت لا اغتسل لك من جنابة الى اخر اللفاظ، حلّ له اخذ الفدية و خلعها»^۲ فهي و ان كانت يترائي من ظاهرها ان مجرد القول او ما يقوم مقامه، يبيح لذلك مطلقاً، اي و ان لم يستمر مقتضى الاقوال الى حين الطلاق. و لكن النظر الدقيق فيها سيّما

^۱ آیه ۲۲۹ سوره بقره.

^۲ وسائل، کتاب الخلع و المبارء، ب ۱ ح ۳، ۵، ۶، ۸.

بملاحظة الآية و ملاحظة اغلب الموارد، هو اعتبار وجود الكراهة و استمرارها.

نعم يمكن (على القول بصحة الطلاق بعوض مطلقاً)^١ ان يقال: التوكيل فى الطلاق فى ازاء البذل، يكفى فى تعميم التوكيل فى الطلاق، و ان زال الكراهة. كما لو فرض توكيله فى تطبيق الزوجة ذات الاقراء و اتفق تاخير الطلاق الى ان حصل الياس؛ فيكتفى بالتوكيل فى الطلاق و ان كان يصير^٢ الطلاق حينئذ بائناً، مع كونه حين التوكيل رجعيّاً. و قد يثمر لذلك فى بعض الفروض.

فان اكتفينا (فى سبب^٣ الطلاق) التوكيل فيه، فلا مانع من الاكتفاء به فيما نحن فيه. و لكن ذلك يتم^٤ مع اعتقاد الموكل «صحة مطلق الطلاق بعوض»، و لم يعين فى التوكيل خصوص الخلع، بل وكّله فى «الطلاق بعوض البذل» و اطلق. و ان كان الواقع النفس الامرى هو مورد الخلع. و اما لو عيّن الخلع فى التوكيل و قال: انت وكيلى فى طلاقها خلعياً، فلا يتم ذلك فيه. لفقدان شرطه حينئذ. فلا يشمله التوكيل. و ليس هذا من باب ما قيل «ان التوكيل المعلق على الشرط و ان كان باطلا 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؟

^١ و فى النسخة: مطلقها.

^٢ و فى النسخة: يسير.

^٣ و فى النسخة: بسبب.

^٤ و فى النسخة: ان يتم.

قلت: الرجعية و البينونة ليستا من مقومات الطلاق، بل انما هي من الطوارئ و اللوازم طبيعية. بخلاف الخلعية و المبارية و اشتراط الكراهة. فانها من المقومات المعتبرة في الطلاق من جانب الشارع. فالاقسام المتميزة التي تصير مورد التوكيل (و بسبب التمايز يختلف شمول التوكيل و عدمه) هو كونه طلاقاً مجرداً، او خلعياً، او مبارئاً. و الطلاق المجرد يشمل ما فيه كراهة و ما لم يكن فيه كراهة. و يشمل ما وقع في حال يمكن تحقق الرجعية معها و غيرها.

٣٤- السؤال: هل يشترط العدالة في من يطلق او في من يُجرى صيغة النكاح، أو

لا؟-؟ و على الثاني: فهل يكتفى بمجرد اخبارهما عن اجراء الصيغة ام لا؟-؟

الجواب: لا ريب في عدم الاشتراط اذا صدر الطلاق عن الزوج، و النكاح عن الزوجين. و اما الوكيل: فالظاهر أنه لا خلاف في عدم اشتراط العدالة في التوكيل مطلقاً. انما الاشكال في الاكتفاء بمجرد اخبارهما؛ فنقول: اما في الطلاق، فالظاهر جواز الاكتفاء للزوج. فانه أمينه و هو مقتضى امانته. و ان لم يجز قبول قوله بمجرد الاخبار، لتعطل الاحكام المترتبة عليه غالباً. فاذا وكلّ احدٌ آخر، بان يبيع عقاره بثمان معين، فاذا باع و اتى بالثمان و قال انى بعته بزيد و هذا ثمنه من ماله. سيما اذا عرف الموكل الثمن بعينه و أنه كان مال زيد. فالاستصحاب يقتضى عدم جواز التصرف في مال زيد الا ان يحصل العلم، بالبيننة او غيرها بأنه باعه اياه و اخذ ذلك من باب الثمن. و لم يقل به احد بذلك. بل المراد [البناء] على حمل قوله على الصدق^٢.

^١ اى 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 بـ «حجبة الظن مطلقاً»، كالقطع. اتكأ على الانسداد بادعاء عدم كفاية الظنون الخاصة لتحصيل كثير من المسائل و الاحكام. فعلى مبناه(ره) تكون آية النبأ (و ان جاتكم فاسق بنبأ فتبينوا) مختصاً بعصر الحضور، كما ان آية «إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ» مختصة بعصر الحضور عند من يقول بعدم وجوب صلوة الجملة في عصر الغيبة لعدم حصول شرائطها.

فاذا خرج آية النبأ من عرصة الاستدلال و الاستنباط، يتسع المجال للأعمال لقاعدتي «قبول قول الامين و ان كان فاسقاً» و «حمل قول المسلم على الصحة و ان كان فاسقاً». و طريقة استدلاله(ره) في مسئلتنا هذه، متأثرة من مبناه هذا. فنقول: لا محل هنا بالتنظير الذي ذكره المصنف(ره). لأنه 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 آية النبأ و نصه. و قاعدة امين و حمل قول المسلم على الصحة، لا تقاومانها. لأن الآية حاكم عليهما، بل و لها الورود بهما. بل حكمة نزول الآية، هي هذه الحكومه و الورود. و الألكانت (العياذ بالله) لغواً. مع ان وليد بن عقبة كان اميناً في ماموريته. كما ان مورد الآية هو الوجود و العدم، لا النقل و الانتقال من انواع الانتقالات كالبيع و الاجارة و امثالها. فلزوج (و كذا الزوجه) ان يعلم او يظن ظناً يحصل به الاطمينان على ان الوكيل الغير العادل، أوجد النكاح بالعقد. او أعدم النكاح بالطلاق. اضع على هذا اهمية امر الفروج، في الشرع و في نظر الشارع، فلا ينساق بمنساق سائر العقود و المسائل. و اضع ايضا استصحاب بقاء النكاح و عدم اعدامه بالطلاق، في الطلاق. و استصحاب عدم ايجاد النكاح، في النكاح.

و اما الثاني: فهو مورد قاعدة الامين و قاعدة حمل قول المسلم بالصحة. لئلا يلزم تعطيل الاحكام و امور معاش الناس، و يجرى معاملاتهم و امورهم في مجرى العرف المعروف المعتاد، في نقل الاملاك و الحقوق و انتقالاتها. و واضح أنه لا يلزم من عدم قبول اخبار الوكيل في القسم الاول، تعطيل الاحكام. و لو سلم، فتعطيله في هذا القسم، مطلوب للشارع. على أننا نقول: اى حكم مترتب على النكاح، او الطلاق، فيما نحن فيه و نحن في اول الكلام: هل وُجد نكاح حتى يترتب عليه حكم او احكام؟ و هل عدم النكاح الموجود بالطلاق حتى يترتب عليه حكم او احكام؟ و ذلك مصداق «السؤال بانتهاء الموضوع». كما ان المصنف(ره) في عبارته الاتية، يستشكل في كفاية اخبار الوكيل، للزوجه في ترتب احكام الطلاق و جواز ازدواجها بالغير. لو تم استدلاله بقاعدة الامين و قاعدة حمل قول المسلم على الصحة، فلا يبقى مجال للاشكال.

و بين: ان الاشكال ينشأ من اجراء قاعدة الامين و قاعدة حمل قول المسلم على الصحة، في غير مجرائهما. ←

نعم؛ اذا حصل النزاع بينهما بان علم خيانته او ظنها، فيحتاج الى المرافعة، و مع ذلك فالقول قول الوكيل مع اليمين.

و اما كفايته للزوجة لثرتب عليه جواز از[د]واجها بغيره: ففيه اشكال. نعم لو صدقه الزوج فقال انت مطلقة فالظاهر اكتفاء الزوجة به، لا لمحض اخبار الوكيل. بل لاخبار الزوج المشتمل على اقراره على نفسه.

فان قلت: اقراره على نفسه، انما يثبت رفع تسلطه عليها، لا غير. فما الذي ازال احكام الزوجية السابقة من حرمة [ا]لزوج بالغير و استحقاتها ساير الحقوق (حينئذ فاما تنكر الزوجة وقوع الطلاق، فيحتاج الى المرافعة. و مع فقد البينة يقدم قول الزوج مع اليمين. لانه بيده و هو اعرف لما وقع منه. و اما لا تنكر و لا تصدق، بل هي طالبة لحكم الله في الواقع؛ فهل يجوز لها القبول ام لا. و لا شك ان مع جواز القبول يجب. بمعنى أنه يجب الاذعان بجواز العمل بمقتضاه، و لا يجوز منع من يعمل به. [و لا يجوز] مطالبة البينة على الصدق. فلا يجوز منع الزوجة عن الزو[ا]ج اذا ارادته. و يترتب عليه احكامه [فظهر] ان الاشكال في الجواز، في الدليل عليه، مع استصحاب الاحكام السابقة.

→ و فرار المصنف(ره) من تعطيل الاحكام، ينجر الى تعطيل الاحكام بالنسبة الى الزوجة. و المشكل لا ينحل بقول الزوج «انت مطلقة»، لانه فرض صورة خاصة، و العام يبقى معطلاً في حقها. مع انه حينئذ (ان قلنا به) يرتفع الاشكال اكتفاء على قول الزوج، لا على اخبار الوكيل. و لو فرضنا ان الزوج توفى قبل اخبار الوكيل، فالمشكل و التعطيل يبقى الى اخر عمر الزوجة، و كذا الى اخر عمر من كانت من النساء كهذه ابد الدهر. مع ان هذه الصورة الخاصة، خارجة عن المبحث و مسألة اخرى برأسها. و بنائه(ره) فتواه على القاعدتين، اوقعته في التكلف البعيد مدى البحث الى آخر المسئلة. فليس كل تنظير، تنظيراً، و قد ينجر الى القياس.

قلت: الدليل هو ما دَلَّ على لزوم حمل اقوال المسلمين و افعالهم على الصدق و الصحة، ما لم يزاحمه ما هو اقوى منه. و الاستصحاب و الاصل، لا يعارض الدليل. و اما قولهم(ع): «لا تنتقض اليقين الاً بيقين»، فالجواب عنه ان اليقين اعم من الظن المعلوم الحجية. مضافا الى ان اغلب افراد اليقين السابق ايضا، انما ينتقض^١ بمثل ذلك. كالزوجة الثانية بمجرد قولها^٢.

لا يقال: ان جواز التزويج و سقوط النفقة و امتالهما، 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 تبعية لنفس الطلاق، لا للاخبار عنه، الذى هو اقرار على النفس. و المفروض عدم ثبوت الطلاق من غير جهة الاقرار. مع انا نقول ان المراد من الاستصحاب و انسحاب حكم اليقين السابق المستفاد من الاخبار، انما هو اذا كانت القضية السابقة، مطلقة. و المستفاد من مثل قوله تعالى: «وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ»^٣ و الاخبار الدالة على حرمة نكاح ذوات الازواج، العرفية العامة. اى مادامت محصنة و ذات زوج^٤.

و المشتق حقيقة فى المتلبس [ب]المبدء. (على التحقيق). و لا ريب ان الزوجية^٥ امر نسبي لا يتحقق الا بتحقيق 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

^١ عبارة النسخة: اغلب اقرار اليقين السابق انما يثبت بمثل..

^٢ و فى النسخة: قولهما.

^٣ آيه ٢٤ سورة نساء.

^٤ و فى النسخة: مادام محصنة وفات زوج.

^٥ و فى النسخة: الزوج.

هناك ممكن، فيتبعه الحكم. بخلافه هنا، لعدم بقاء الموضوع، و الاستصحاب ليس حجة مع تغيير الموضوع.

فلا بد من بيان ان المحصنة، هل هي لاجل محض حصول التزويج في اول الامر، او لكون بضعها للزوج بالفعل. فان كان الثاني فقد انتفى بالاقرار. اذ المعيار في الحرمة ان كان هو الزوجية و التزويج الحاصل في نفس الامر، فهو ممنوع. لاننا و ان سلمنا ان اللفاظ اسامى لما هو في نفس الامر، لكن المتبادر في العرف هو ما علم المكلف انه هو. و له فروع كثيرة في الفقه. و ان كان هو المزوجة الظاهرية؛ فمع اقرار الزوج بالطلاق، لا يظهر لها. و ان كان الاول؛ فليس هو شيئاً قاراً، فلم يبق الا استصحاب الحكم السابق. و قد عرفت عنه.

و اما كون قول المسلم حجة اذا لم يعارضه اقوى منه، فهو مستفاد من الاخبار و سيرة العلماء الاخيار، سيما اذا كان ثقة. 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 الطبيب، و قبول قول المطلقة ثلاثا في التحليل، و قبول الزوجة في عدم المانع، و قبول قول المزكى في التزكية^١، و قبول قول المتولّى 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^٢ المرثة تسمية خاصة، و قال الزوج لا ادري (لاجل نسيانه [١] و لمباشرة وكيله المطلق في النكاح) انما تستحق ما ادعته لعدم معارض له.

^١ و في النسخة: التزواج.

^٢ و في النسخة: التعديل.

^٣ و في النسخة: احتمل.

والحاصل: ان المستفاد من الأدلة قبول قول المسلم ما [لم] يعارضه معارض. بل قبول^١ مطلق الخبر اذا لم يعارضه معارض. فان الاصل في الاستعمال، الحقيقة. و المدلول المطابق للخبر هو الصدق. و الكذب احتمال. و المراد من المعارض، قول مسلم اخر، كالمنكر. او اثبات شغل ذمة بريئة. او رفع اشتغال ثابت. و كلها فيما نحن فيه منتف. لان الزوجة لا تكذب. و شغل الذمة بحقوق الزوج^٢ قد ارتفع بسبب كونه اقراراً على نفسه، و لا يثبت شغل ذمة الزوجة بشيء بل يرفعه. و اما ممنوعيتها من التزوج؛ فانما تسلم كونها ممنوعة لتعلق حق الزوج بها، و قد ارتفعت باقراره.

فلم يبق هناك الا الاستصحاب، و هو لا يقاوم الدليل الا اذا اعتضد بمرجح^٣ خارجي كعمل المشهور و موافقة الاعتبار، و نحو ذلك.

ان قلت:^٤ تمسك المشهور به^٥ في زوجة المفقود و حكموا بوجوب التبرص الى ان يعلم الخبر [أ] و يذهب من عمره مقدار ما لا يعمر فوقه في ذلك الزمان غالباً. فالاصل و الاستصحاب من حيث هو بالنسبة الى الدليل، كالعالم. 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.

^١ و في النسخة: قول.

^٢ و في النسخة: الزوجه.

^٣ و في النسخة: برجح.

^٤ و في النسخة: و كذلك. - فتامل جيداً.

^٥ اى: بالاستصحاب.

[قلت: الفارق انّ المعارض هنا موجود و هو حق الزوج. و فيما نحن فيه قد سقط باقراره على نفسه^١. مع أنّا ننقل الكلام فى الاجنبى اذا اراد التزويج بعد اقرار الزوجين بالطلاق. فان حليّة تزويجه اياها ليس الاّ من جهة اخبارهما^٢. فان غاية ما يثبت من اقرارهما سقوط حق كل منهما عن الاخر. و اقرارهما [اقرار] بالنسبة اليهما. و اخبار بالنسبة 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 الزوجة، و هو تكليف. و قد سلّمت ان حجية الخبر من حيث هو خبر أنّا اذا لم يُثبت تكليفا و لم يُسقط شأنًا ثابتا.

قلت: هذا من لوازم التبعية بقبول الخبر، لا لنفس الخبر. و توضيحه انّ الزوجة اما ان تكون مزاحمة لاخبار الزوج بتكذيبه فى الطلاق، فلا معنى لحجية الخبر من حيث انه خبر. لانّها حينئذ منكرة و لا معنى لتكليفها بالاعتداد. و ان لم تكن مزاحمة لها بوجه و لكن ينتظر امر الشارع، فقد قلنا انه تصديق الزوج و قبول قول يلزمها العدة. و حينئذ فما معنى قولنا أنّها لا تعمل بهذا الخبر لانّ من لوازمه التكليف بالعدة و أنّها لا تستلزم العدة الاّ بدليل شرعى، و الخبر الواحد و ان كان قائله ثقة ليس بجحة [هنا]. فلا تعتدّ منها. فهل معناه انا نسلم صدقه فى الطلاق و لكن لا تعتد منه و تتزوج بزواج اخر. او معناه أنّها لا تعتد و لا تتزوج بل تبقى و لو الى يوم القيامة معلّقة، لانّ الاعتداد تكليف و خبر الواحد اذا كان مثبتا للتكليف ليس

^١ و اخر فى النسخة هذه العبارة وجعلها فى اخر المطلب، ينتهى بـ «فان قلت» الاتية.

^٢ و فى النسخة: لا من جهة اقرارهما.

^٣ و فى النسخة: فان لم نكتف.

بجحة من حيث هو. او معناه أنّها لترافع معه و ان اثبت الطلاق، فتعمل بمقتضاه. و الآ، تطالبه حقوق الزوجية.

اما الاول: ^١ فيبطل جزماً. و اما الثالث: فهو معنى التكذيب و هو خلاف المفروض. و يجب عليه العمل بمقتضى المرافعة.

و اما الثاني: فانظر هل التصديق والاعتداد بزمان قليل و الترخص بعده فى التزوج اشد و اشق فى التكليف، او البقاء معلقة ^٢ ابد الدهر.

و ما بعد انكار هذا مما قيل ان اقرار الزوج بالطلاق يستلزم سقوط حقوق الزوجة مع انكارها، لان الاقرار على النفس يدل على ما يتبعه من الاحكام فى نفس الامر.

فان لنا ايضا ان نقول: قيل ^٢: الخبر يدل على قبول ما يتبعه من الاحكام و منها الاعتداد. و لما كان الأقوى عندى ان اقرار الزوج بالطلاق لا يستلزم بطلان حقوق الزوجة و لها ادعاء حقوقها، و كل منهما له حكم نفسه، لان اقرار الرجل على نفسه لا يستلزم ثبوت ما اقر على غيره، و تبعية سقوط حق الزوجة انما هو لنفس الطلاق الواقع فى نفس الامر، لا للاقرار به. كما اشرنا اليه سابقاً. فنقول هنا ايضا: لزوم الاعتداد، من لوازم نفس الطلاق، لا لمجرد الاخبار به. و لكن لما لم يكن مانع و رادع من قبل الزوجة فى قبول الخبر، فيلزمها الاعتداد بعد القبول. بخلاف مسألة الاقرار فانه فيها رادعاً من قبلها. فافهم.

هذا الكلام فى الطلاق.

و اما النكاح: فاما قبول كل من الزوجين قول وكيلهما ان لم تكن معارضة، فقد تقدم

^١ اى المعنى الاول، و هو انا نسلم صدقه فى الطلاق و لكن لا تعتد و لا تتزوج بزواج اخر.

^٢ و فى النسخة: معا.

^٣ و فى النسخة: قبل.

وجهه، كما في الوكيل في بيع المال. و ان لم يتم ذلك في حق الآخر الا ان يخبر كل من الوكيلين بوقوع العقد فيعتمد على خبرهما^۱ (و ان قطعنا النظر عن كون [قبول] خبر كل منهما اقراراً على النفس و للغير و ليس مزاحم ثالث). فلا وجه للتمسك بالاستصحاب في منعهما عن ذلك. و يترتب على ذلك جواز تقسيم ميراثهما بينهما، كغيرهما.

و اما اخبار احدهما بوقوع العقد بمجرد، فلا يجدي لجواز قبوله للآخر و التزوج به^۲ بمجرد ذلك [لانه] كان مجرد اعتراف احدهما بوقوع العقد مع انكار الآخر. و اما مع عدم الانكار و لا الافرار؛ فهل يجوز القبول و توطین النفس للتزوج بمجرد ذلك، فلا.

۳۵- 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]ن 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 رساند. در این صورت که رفع فساد منحصر در طلاق باشد، آیا حاکم شرع یا عدول مومنین، می توانند او را اجبار بر طلاق نمود^۳، یا نه؟-

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

^۱ هذا على مبنائه(ره) حيث اوجب قبول قول الوكيل بعنوان انه امين. و ليس وكيل الزوج اميناً للزوجة. و كذا وكيل الزوجة ليس اميناً للزوج.

^۲ و في النسخة: التجوز به.

^۳ در نسخه: نموده.

تخلف از آن، زوج ناشز می شود.^۱ و حقوق زوجه بر زوج این است که نفقه و کسوة 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- السُّؤال: اذا طَلَّقَ زیدُ زوجةَ عمرو بدعوى الوکالة. ثم نکحها بعد انتضاء العدة، و مضى خمسة اعوام، و كانت فى حباله مدةً مدیده، و حصل لها الحمل منه. الان جاء عمرو

^۱ در نسخه: ناشز نمی شود.

^۲ در نسخه: می کنند.

^۳ در نسخه: می توانند.

يدعى ان الزوجة زوجتى، و ينكر الطلاق و توكيله فيه. و عجز زيد عن اثبات التوكيل. فهل يحكم بتقديم قول عمرو مع اليمين لأن الاصل معه. او قول زيد، لأن الظاهر معه من وجوه شتى^١: منها وقوع الطلاق منه فى مجلس العلماء و العدول. و منها تمادى مدة المفارقة بين الزوجين. و منها تزويج زيد اياها فى ذلك البلد و سكوت عمرو عن ذلك مع اطلاعه و مضى^٢ مدة على هذا الوجه. و منها ان زيدا كان متزوجا باخت عمرو، و كان بينهما صداقة، ثم طلق اخته بعد تزويج زوجته، و هذا ايضا مما يصير منشأ للعداوة.

فهل عمرو مدعى و عليه البينة، او زيد؟-

الجواب: ان اقر زيد بانها كانت زوجتك و انت وكلتنى فى طلاقها و طلقتهها ثم تزوجت بها، فهو مدع جزما. لانه معترف بزواجيتها الى زمان الطلاق لعمرو، و يدعى توكيله فيه و تطليقه. و لا ريب انه يصدق عليه تعريف المدعى بانه الذى ترك لو ترك^٣. و بعبارة اخرى: انه الذى لسكت عنه لوسكت. و هو المتبادر منه فى العرف^٤.

و قد يظهر لى لذلك عبارة اخرى و هو: الذى كان على صدد اثبات قضية ايجابية او سلبية. كما هو المطابق لطريقة ارباب المناظرة من تسمية المستدل مدعىا، و المانع منكرا. و ذلك لانه ثبت باقراره زوجيتها لعمرو. فاذا ترك دعوى الطلاق التوكيلي فيترك و يبقى مقتضى الاقرار بحاله. و كذلك يصدق عليه تعريفه بانه من يدعى خلاف الاصل. و اما تعريفه بانه من يدعى امراً خفياً، فهو و ان كان يترائى فى بادى الرأى ان الظاهر معه و عمرو يدعى

^١ و فى النسخة: قال.

^٢ و فى النسخة: لسيئ.

^٣ و فى النسخة: معنى.

^٤ تأمل هنا فى كلامه (ره) و ياتى ما فيه.

^٥ تأمل هنا فى كلامه (ره) ايضاً و ياتى ما فيه.

امراً خفياً. لكنه ليس كذلك، لان مرادهم ان يكون نفس الدعوى من حيث هو امراً خفياً خلاف الظاهر. و قد مثلوا بمثل وقوع اسلام الزوجين فى 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 مُخرِجاً بالاجماع. بل اعتمادهم فى ذلك على صدق تعريف المدعى بانه ممن يُترك لو ترك، فيطالب منه البينه. و لهذا لو كان المدعى عليه رجلاً صالحاً فى غايه التقوى و انكر فليس عليه الا اليمين. و اما لو اقر بطلبه و ادعى انى اديتك، ينقلب مدعياً فعليه البينه.

فنقول فيما نحن فيه: لو كان يتمسك زيد باليد على البضع، و لم يقر بالزوجيه 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 ترك.

و اما لو اقر بزواجيتها لعمرو، و ادعى التوكيل فى الطلاق، فيصير مدعياً و لا ينفعه تلك القرائن، فان المتمسك كان ثمة 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 مفارقة

^١ و فى النسخه: الصدق.

الزوجين لا ينحصر في الطلاق. بل اسباب الفراق كثير؛ كالردّة، و حصول العلم بالرضاع، و اللواط باخيها، و غير ذلك. فتلك القرائن قرينة لهذا التوكيل الخاص. فلا يلزم منها كون دعوى زيد ظاهراً و خلافه خفياً ان يصير دعوى توكيل عمرو آياه فى الطلاق بخصوصه ظاهراً. فتأمل جداً تفهم الفرق بين كون الامور المذكورة قرينة لصدق دعوى الزوجية، او لدعوى التوكيل فى الطلاق. و المسلمّ أنّما 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 كذّبه 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 فى المسئلة على صدق مفهوم المدعى و المدعى عليه المذكورين فى الاخبار. حيث قيل «البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه» و طريقة وضع الواضعين فى غير الاعلام الشخصية، تصور معنى عام سواء كان فى مثل اسماء الاجناس و المشتقات، او فى 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 بدّ ان يكون حال كل من يدعى مطلباً يكون خلاف الظاهر فى الواقع و نفس الامر الذى يكشف عنه فهم عامّة الناس، و خلافه الظاهر فى نظرهم. لان^٢ كل شخص خاص يفهم ظهور

^١ و فى النسخة: من.

^٢ اى ليس مراده ان كل شخص خاص..... و فى النسخة: فهو مدفوع لان.....

دعوى شخص خاص بسبب قرينة خارجية مثل العدالة و الامانة 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 ملاحظة المعنى العام، فلا مدخلية للقراين الخارجية فى ذلك. و يظهر من ذلك، الكلام فى مورد السؤال.

فان قلت: نعم عدالة المدعى مثلاً عند شخص خاص و ان كان من الامور الخاصة، و لكن القضية الكلية بان كل عادل متق، ظاهر الصدق، معنى عام و لا بد ان يكون مخالفه مدعياً.

قلت: هذا العموم، لو سُلّم فهو بالنسبة الى الاحاد. يعنى ان العادل المتقى عند كل احد، المدعى عليه عنده. و مخالفه^١ 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 خصوصية الظهور لا ينفعه فى وضع اللغة، الذى هو معيار لفظ المدعى. نعم: اجتهاد الحاكم يمكن ان يصير معياراً لفهم ما هو ظاهر عند العامة. مثل تفاوت افهام الفقهاء فى المعنى العرفى العام. و هو شئى اخر، و لا نضايق عنه. لأنه بنى حينئذ على فهم العامة و عرفهم، على مقتضى فهمه. والحاصل: ان ما يفهم العامة بعنوان الكلية، 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

^١ و فى النسخة: مخالفة.

مع حضور المشتري. و ليس الّا [ل]قرينة جزئية. فعلم ان القرائن الجزئية معتبرة عندهم. و لعل عدم اعتبار عدالة المدعى، انما يثبت بالاجماع.

قلت: اولاً: لم يظهر منهم الاستناد بالاجماع فى [عدم اشتراط] العدالة. مع أنّا نعتمد فى مسألة المتبايعين فى دعوى الزيادة و النقصان، على صدق تعريف المدعى بأنّه من يُترك لو ترك. فإنّه الاصل فى التعريف، و المعروف بينهم. و انّ ما ذكره هنا من انّ الظاهر مقدم على الاصل، أنّما هو لاجل الاعتضاد. فان قاعدة تعارض الاصل و الظاهر، معتبرة عندهم مع قطع النظر عن باب الدعاوى. كغسالة الحمام، و طين الطريق، و غيرهما. و قد يصير ايضاً معيار تشخيص المدعى و المدعى عليه، تقبيح ترجيح المرجوح؛ فكل من المتداعيين صار قوله ارجح فى النّظر بالنسبة الى الواقع، فهو اولى بالتقديم. فمن زاحم الراجح المستحق للابقاء بحاله، فهو مطالب. و مصداق لمن يُترك لو ترك، ايضاً.

مع أنّا نقول فى مسألة النقص و التمام و خلاف المتبايعين؛ قاعدة كلية بين الناس؛ و هو ان الظاهر من المتبايعين الحاضرين، استيفاء المشتري حقه فى نظر عامة الناس. بخلاف ما لو كان الظهور من جهة القرائن الخاصة التى يطلع عليه بعضهم دون بعض؛ مثل عدالة المدعى المطالب و مثل استمرار دفع يد الزوج السابق عن الزوجة، فيما نحن فيه. خصوصاً مع التزويج، فانه و ان كان قد يصير قرينة على الصدق، ولكنه لا يصير قرينة للتوكيل فى الطلاق، حتى فى نظر عامة الناس. و لذلك لا نقول فى مسألة اسلام الزوجين (بناءً على قول من يقدم الظاهر على الاصل، و يجعل مدعى التقارن، مدعيّاً) أنّه اذا كان قرينة تفيد الظن بصدق مدعى التقارن و صار اظهر من مدعى التعاقب، يجعل مدعى التعاقب مدعيّاً.

و اعلم: ان مفروض تلك المسئلة في موضع يكون دعوى المتبايعين بعد انقضاء البيع و التسليم و التسلم. و اما في الاتناء: فالمدعى هو البايع. لانه يدعى خلاف الاصل، و لا ظاهر معه ايضاً. و هو ممن يُترك لو ترك و بقى على حالة السابق، يعنى حال ما قبل التسليم. كما فيما نحن فيه، ان كان الكلام في حال ثبوت يد زيد على الزوجة، و عمرو يدعى بطلان نكاحه؛ فعمرو مدعى. و ان كان [الدعوى] مقارنة لزمان زوجية عمرو (و لم يحصل [الدعوى] بعد استمرار مزاجعة بينهما) و ادعى زيد الزوجية، فهو مدع.

و مما ذكرنا يظهر الكلام في تقديم قول الزوج في الزوجة التي تطالب نفقة ايام كانت مع زوجها في منزل واحد، بعد انقضاء تلك الايام و عدم نزاع بينهما فيها. فان هذا الظهور الذي يحصل في جانب دعوى الزوج للانفاق، من القواعد الكلية الغالبة الوقوع. لا من القرائن الجزئية^١. و زاد بعضهم في هذا المقام ديانة الزوج و صلاحه لاجل القرينة. و ليس بذلك، اذ

^١ و في النسخة: و هو.

^٢ ليت شعري: ما مراده (ره) من الندرة و الغلبة؟ الناس يحيون مع نساءهم حياتاً مستمراً، يواقعون و يطئونهن و يولدوهن اولاداً، و زيد في مستلتنا منهم؛ عاش مع الزوجة سنوات و اولد و لداً، و لا يرى الناس الا معاشه و حياته كعاشهم و حياتهم. أليس هذا من الغالب، بل العام الشامل على كل عضو من اعضاء المجتمع؛ من الرجال، و النساء، و الكبار، و الصغار؟ ليس ما يدعى عمرو نادراً اشد الندرة بحيث احتمال وقوع دعوى مثله، اشد الشذوذ؟ و المصنف (ره) يكرر لفظ «القرينة» و ما هي بقرينة، بل ادلة من ادل الدلائل التي يدور بها حيات المجتمع البشرية. لا غالباً بل دائماً ابدياً في كل زمان و مكان.

و اعجب من تسميته الادله بالقرائن، توصيفها بـ «الجزئية»!!

و سكوت عمرو في تلك المدة الطويلة، اقرار و تقرير عملي لاصل التوكيل و بكون الزوجة، زوجة زيد. فاي دليل ادل من التقرير العملي و الاقرار الفعلي؟ و حقيقة المسئلة لا يتغير بالتسمية بالالفاظ، و الدليل لا يتقلب قرينة بتسميتها اياه قرينة.

سيما اصل الدعوى، من الموضوعات. و ليست من الاحكام لان الاحكام تأتي بعد تعيين المدعى و المدعى عليه. و هذا اول الدعوى. و الحجة في الموضوعات، هو العرف. و العرف يرى ادعاء عمرو خلاف الاصل، و خلاف الظاهر، ←

هو من باب كون المدعى ثقةً عدلاً. و قد مرّ الكلام فيه. بل الغلبةُ حاصلَةٌ بدون ملاحظة الديانة و الامانة.

نعم: لو وقع النزاع في [نفقة] يوم، فالمدعى هو الزوج. و اما بعد انقضاء المدّة، فالظاهر أنّ الزوجة نعم الاشكال في كون هذا الظهور مقدماً على الاصل و هو مشكل. نعم ظاهر الشيخ دعوى الاجماع. و لا يبعد ترجيحه، لكن هذا لا يصير منشأً لصيرورة الزوجة مدعيةً و الزوج مدعى عليه حتى يكون وظيفته اليمين. اذ لعلّه يقدم قوله تعبداً من جهة الاجماع و يتوجه^١ اليمين اليه من هذه الجهة، لا من جهة انه مدعى عليه. كما يتوجه التساماة الى المدعى في

→ وهو الذي يُترك لو ترك. و هو الذي (مع تقريره العملي و اقراره الفعلي) يدعى امرأ خفياً بحيث يتعجب العرف من ادعائه في كل زمان و مكان.

و المصنف (ره) بمنه هذا، يفتح باباً واسعاً للهرج و المرج و العسر و الحرج. لانّ على هذا المبناء، كل من طلق زوجة، و تزوج الزوجة زوجاً آخر، و عاشت سنوات مع زوجها الثاني، و ولد منها اولاد، يقدر (الزوج الاول) انكار التوكيل. و قلماً يقدر الوكيل على اثبات التوكيل. فيُصبح المجتمع مملوءة من الذين حكمنا بكونهم اولاد الزناء، بعد ان كانوا اناساً مشروعى المولد.

نعم: لو ادعى عمرو الخوف من جائر جبار مدّة سكوته الطويلة و تقريره العملية و اقراره الفعلية، و علم خوفه ولا اقل من حصول الظن بصدقه في ادعاء الخوف، فهو مدعى عليه. و على زيد ان ياتى بالبينة. لكن المفروض عدم ذلك. و اما ادعائه (ره): انّ زيدا هو الذي يُترك لو ترك؛ فهو عجيب منه (ره). ما هو المراد من «المتروك» في هذا التعريف؟ لا ريب ان المتروك هو «الدعوى» اي 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، في كل دعوى وقع بين الناس، من دون استثناء. فينقلب كل مدعى عليه في العالم (على مبناء قدس سره) مدعياً، بدون استثناء ايضاً. و معلوم انّ زيدا لو ترك زوجته و ولده و حياته العرفية، ترك. و كذا كل مدعى عليه في كل العالم في كل دعوى.

و نحن نرجع بالبحث لاتمامه. فاصبر.

^١ و في النسخة: وظيفه.

^٢ و في النسخة: يوجه.

الدم، تعبدًا. نعم [لو] اعتمد الشيخ على الاجماع و العادة معاً، فلعلّه رجّح الظاهر هنا على الاصل.

فلا بدّ هنا من بيان معنى تعارض الاصل و الظاهر و مورده حتى تكون على بصيرة من الامر. فاعلم: ان المراد من الاصل هنا استمرار الحالة السابقة المتحققة المفيدة تحقّقها الظن ببقائه على وفق عادة الله لو خَلَّى و طبعه^١ و ما لم يمنع مانع. مثل اصالة العدم، و اصالة بقاء ما وُجد. و يمكن ان يدرج فيه اصالة العموم بمعنى اصالة عدم التخصيص.

و المراد بالظاهر المقابل له؛ ما يفيد الظن بخلاف الاصل بالفعل. لا مجرد [ما] من شأنه افادة الظن لو خَلَّى و طبعه^٢ و ان لم يُفد الظن في خصوص الموضوع. لانه ذكروا في هذا الباب الرواية، و الخبر، و الشاهد. فانها قد يفيد الظن بخلاف مقتضى الاصل بالفعل، و قد لا يفيد. كما لو ورد رواية صحيحة شاذة قال القائل فيها^٣ على خلاف مقتضى الاصل. مثل ما ورد في حلية التمتع بالمرثية بدون اذنها^٤. لعدم افادتها الظن بخلاف مقتضى براءة الذمة، و عموم المنع عن التصرف في مال الغير عموماً. و في خصوص الامة مثل قوله تعالى: «بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ»^٥. فالمراد من الظاهر هذا المظنون الراجح الوقوع بالفعل. و هو لا يتصور الا مع مرجوحية استمرار مقتضى الاصل بالفعل. و ان كان هو ايضا راجحاً بالفعل لو خَلَّى و طبعه.

ثم: أنّهم جعلوا عنوان الباب في الظاهر، اعم مما ثبت حجيته من الشارع بالخصوص

^١ و في النسخة: و تبعه.

^٢ و في النسخة: و تبعه.

^٣ و في النسخة: بها.

^٤ الوسائل، ج ٢١ احاديث ص ٣٩.

^٥ الاية، ٢٥ السورة، النساء.

(كالخبر و الرواية و البيّنة)، او مما حصل الظن به من جهة الغلبة و العادة و القرابين و غلبة الظن. كما صرّح به الشهيد الثانى فى تمهيد القواعد، و جعل الاقسام اربعة و قال: انه لا ريب فى تقديم الظاهر فيما ثبت حجيته من الشارع؛ كالرواية و البيّنة. و اما غيره فعلى ثلاثة اقسام: الاول ما قدّموا فيه الاصل و ان كان الظاهر خلافه؛ كما فى النجاسات و الطهارات. و الثانى ما قدّموا فيه الظاهر و ان كان الاصل خلافه؛ كالشكّ بعد الصلوة و بعد الوضوء فى فعل شىء من الافعال. و منها ما اختلف فيه كغسالة الحمام و طين الطريق^١.

اقول: و التحقيق عندى انّ الاصل لما كان من الادلة الشرعية جزماً، فما معنى لتقديم الظاهر عليه الا اذا كان هو ايضا من الادلة الشرعية. فلا نسلم^٢ قولهم بتقديم الاصل فى 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 فائدة فى عقد هذا الباب. مع ان مقتضى الاصل انه لا يجوز الخروج عما ثبت فى الان السابق، الا بدليل يقتضى خلافه. فاذا تحقق الظاهر الذى هو دليل شرعى على خلافه، فلا مجال لبقاء 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 فى تقديم ايّهما. فعلى من يدعى تقديم الظاهر، ان يبيّن وجهه.

و الذى حقّقنا فى القوانين، ان مقتضى كلماتهم فى هذا الباب (مع ملاحظة سيرة الشارع فى العمل بالظن الحاصل من الغلبة، او غلبة الظن) ان الظاهر ايضاً من الادلة. فهو ايضاً مثل نفى الحرج و نفى الضرر و لزوم البيّنة و قاعده اليقين، من الاصول المقتبسة من الادلة

^١ ما وجدت العبارة فى تمهيد القواعد.

^٢ و لعنه «فليس». و اللفظ فى النسخة لا يكاد يقرء.

الشرعية. فكما أنك تريهم يفرعون مسألة «خيار الغبن» مثلاً على «نفي 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^١ من الترجيح. وكذلك^٢ ما بين قاعدة اليقين و قاعدة الظهور، عموم من وجه. فلا بد من الرجوع الى المرجحات [او] المعاضدة لظاهر اخر، و غيرهما. و مع عدم الترجيح، فالتخيير او التوقف كساير المواضع.

و ايضاً نقول: مقتضى قاعدة اليقين عدم جواز نقض الحكم الثابت من اليقين السابق، الاً بيقين. سواء كان يقيناً فى نفس الامر، او ظناً معلوم الحجية. فاذا فرضنا كون الظاهر من الادلة المعلومة الحجية، فبعد حصوله يصير الاصل لزوم العمل به، و متابعة الاصل يحتاج الى الدليل. كما فى الطهارات و النجاسات. و ان كان المراد انه لا يجوز الخروج من مقتضى اليقين السابق، الاً بيقين واقعي، فلا يجوز العمل بالظاهر اصلاً، الاً اذا دلّ دليل خارجي عليه. فحينئذ يكون العمل بالاصل. فيحتاج العمل على ملاحظة الاصل و الظاهر^٣.

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 قضائية؛ مثل معرفة المدعى و المنكر الذين هما موضوعان للحكم بثبوت البيئة و اليمين. ففي تعيين ايّهما يحتاج الى ملاحظة الظاهر و الاصل. و قد يكون نفس الموضوعات للاحكام الفتوائية، مثل تحقق غسل المطهر للثوب و البدن، و الغسل لرفع الحدث. فيكفى بظهور الصدق العرفي، او يُبنى على الاصل فى من يغتسل فى الليلة

^١ و فى النسخة: و لا بد.

^٢ و فى النسخة: فكذلك

^٣ و فى النسخة: و يحتاج العمل عن ملاحظة الاصل و الظاهر.

المظلمة ترتيباً، بل ارتماساً.

و ايضاً: هذا غير الشك في حصول الطهارة الشرعية المبتنية^١ على لزوم اليقين. اذ لا منافاة [بينها و] بين تحقق الغسل العرفي.

و اما امثلة اثبات الاسباب؛ فكثيرة. مثل غسالة الحمام و ان الغالب الوقوع في العادة ان المياه القليلة في صحن الحمام تلاقى النجاسة ثم يجمع في المستنقع (او غلبة الظن يقتضى ذلك)، فالظاهر يقتضى حصول سبب الحكم بالنجاسة و هو ملاقاتها معه في حال القلة. و اذا ثبت السبب بالظاهر، فيترتب عليه الحكم و هو النجاسة. وكذلك الظن بكون الجلد المطروح، مذكى. لكونه جلدًا لكتبتنا، الغير المتداولة عند الكفار. مع ان الاصل عدم التزكية. و مثل الظن ببلوغ المتعاقدين (الذى هو شرط في الصّحة) بسبب الغلبة، فيترتب عليه الحكم بالصّحة و يقدم على اصالة عدم البلوغ، المقتضى البطلان. الى غير ذلك. بل و قد يكون فى نفس الحكم الشرعى. كما لو حصل شهرة بين الاصحاب على وجوب شىء او حرمة شىء بدون دليل خاص من الادلة الشرعية المعهودة فى الظاهر. فان الاصل براءة الذمة، و الظاهر ان هؤلاء الفحول العدول، لا يصدر عن الآ عن دليل شرعى يعتمد عليه. فمن يجوز العمل بالشهرة^٢، فقد رجح الظاهر على اصالة البرائة، او [على] عدم الدليل.

و لما كان المهم لنا فى هذا المقام، بيان معرفة المدعى و المنكر على ترجيح الاصل او الظاهر^٣، فلنتعرض لتعريفاتهم حتى يتحقق الحال فنقول: ذكر جماعة من الاصحاب (منهم المحقق فى كتابه) بعد ذكرهم تعريف المدعى بانه «من يُترك لو ترك»، قولاً بان «المدعى

^١ و فى النسخة: المبتنى.

^٢ و فى النسخة: بشهرة.

^٣ و فى النسخة: بيان انشاء المدعى معرفة 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 الثاني من يدعى خلاف الظاهر. فيكون الاقوال ثلثة. و لعل مراد الاولين البناء على تعارض الاصل و الظاهر، فكل موضع يقدم الظاهر على الاصل بدليل، فمن يدعى خلاف الظاهر، هو 'مدع. كما ادعى عينا في يد اخر كانت له قبل ذلك و لا بينة 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 ذمة اخر. فهو مدع و ان كان الظاهر صدقه. لتقديم اصالة البرائة و عدم جواز تقضه 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 الثاني.

و كذلك الكلام في مسألة نفقة الزوجة.

فالتريد في التعريف على سبيل منع الخلو، ناظر الى تلك المواضع و الاقوال.

و اما لو تساويا في الظهور و الخفاء و مخالفة الاصل و موافقته (كما لو ادعى كل منهما عينا في يدهما جميعاً) فلا يتحقق هناك حقيقة المدعى و المدعى عليه. بل يرجع الى التداعي و كل منهما مدع من وجه و مدعى عليه من وجه. فيرجع الامر الى التداعي و

التحالف.

و يظهر من ذلك، الكلام فى مسألة 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 التردد، [هو] الاولى و اوفى و اشمل من جعل التردد ناظراً الى محض صورة التعارض مع قطع النظر عن الدليل، بان يكون اشارة 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 جملة من جعل الاقوال ثلاثة. حيث قال «و قد فسّر المدعى بانه اذا ترك الخصومة، ترك. 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 الزوجية لوقوع اسلامهما^١ معا. و الزوجة عدمه، للتعاقب. فقبيل الزوج مدع، بناءً على الاول، فانه يُترك لو ترك. و هى مدعى عليه، لانها 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 النسخة، فمراده انه مدع على

^١ و فى النسخة: الاسلام.

القول الاول، و مدعى عليه على القول الثالث.

ثم بعد العبارة المذكورة، يقول «المرئة مدعية على الاول، فأنها تُترك لو تركت[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 ايضا؛ فأنها تدعى التفسخ^١، و الاصل عدمه. و بالجملة 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 حقيقة شرعية يحمل على المعنى العرفى فى تحقيق معناه انه الذى اذا ترك الخصومة و عمل بما يقتضيه الحالة السابقة شرعاً قبل الدعوى، تُترك. لا مطلقاً، مثلاً نقول فيما نحن فيه: هي المدعى، لانها اذا تركت و عملت بما يقتضيه الحالة السابقه شرعاً و هي الزوجية، تُترك و يسكت عنها. و اما اذا ترك الزوج و عمل معها بالحالة السابقة من الزوجية، لا تُترك^٢ هي الزوج و لا تسكت عنه، بل تدعى^٣ الخروج عن تلك الحالة و هي الزوجية بانفساخ العقد بالتعاقب. و كذا تدعى خلاف الاصل، فان الاصل بقاء الزوجية و عدم الانفساخ بالاسلام حتى يتحقق الموجب، و هو تحقق الاسلام متعاقبا، و الاصل عدمه. و هو ظاهر. نعم ينبغي هنا البحث فى انه اذا تعارض الاصل و الظاهر، ايّهما يقدم. فان الظاهر هنا عدم المقارنة، و الاصل عدم سبق اسلام احدهما على اسلام الاخر و بقاء النكاح. و الظاهر تقديم الاصل هنا، لان النكاح كان متحققا يقينا و لا يرتفع الا بمثله. [١] و بماً يتحقق شرعاً انه مبطل و مفسخ له. و هو ظاهر فتامل.»

^١ الكلمة لا تكاد تقرأ فى النسخة.

^٢ و فى النسخة: يترك.

^٣ و فى النسخة: يدعى.

^٤ و فى النسخة: مما.

هذا اخر عبارته التى نقلتها من النسخة المغلوطة بعد الاجتهاد فى تصحيحها بالنظر^١.

اقول: و قد يتوهم هنا القدح فى بناء هذا الكلام على قاعدة تقديم الاصل و الظاهر، و الاشكال فيه. فنحن نذكر ما يمكن ان يقال فى بيان الاشكال، ثم نتعرض لجوابه: اما الاشكال: فهو ان المراد من تقديم الظاهر على الاصل او بالعكس، الاطلاق. و بناء الكلام فى معرفة المدعى و المدعى عليه، على ذلك يستلزم التناقض بين مقتضى موضوع القضية و النسبة الحكمية. فان قول الشارع «البينة 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 القضية يعرف بانه من يدعى موافقا للاصل مثلاً، و المفروض تقديم الاصل على الظاهر مطلقاً، فمفهوم الموضوع عدم احتياج تقديم قوله على خصمه على شىء اخر. و مقتضى محموله، نسبة كونه^٢ علة لاحتياجه فى تقديم قوله على شىء اخر. و كون شىء علة لوجود شىء و عدمه، محال.

و من ذلك يعرف الكلام فى جانب المدعى و مفهومه و حكمه؛ فان مقتضى مفهومه: «من يلغى قوله بسبب تقديم قول خصمه لموافقته للاصل مثلاً مطلقاً». و مقتضى حكمه: «عدم الالغاء اذا كان له بينة». 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

^١ ينزجر المصنف(ره) من تصحيح عبارة واحدة، فكيف حالنا فى تصحيح هذا الكتاب؟

او همى نالد هزاران از يكى ما نناليم از هزاران جز يكى

^٢ و فى النسخة: و نسبة كونه علة.....

جماعة أنّ الدعوى بمعنى الطلب^١، و هو فى مسألة الزوجين، انما هو فى انفساخ النكاح و عدمه، لا فى التعاقب و التقارن. و معنى المطالبة فى العرف انما يناسب من يطلب شيئاً فى يد غيره و هو الزوجية، لا التقارن و التعاقب.

نعم يصحّ البناء على الاصل و الظاهر، فيما لم يكن هناك مطالبة و دعوى، مثل ان احد الزوجين اخبر بانّا اسلمنا معاً و الاخر قالت اسلمت فى الصبح و زوجى فى العصر. و هما لا يعرفان ثمرة التعاقب و التقارن، و ماتا و لم يحصل هناك دعوى. و لهما صغيران. و اردنا معرفة حكم الميراث. فهنا يُبنى الكلام على تقديم الظاهر و الاصل.

و اما الجواب عن هذا القدح و الاشكال: فهو ان يقال: لمّا علمنا من قوله(ع): «البينة على المدعى و اليمين على المنكر» أنّ جانب المنكر اقوى من جانب المدعى (حيث اكتفى له باليمين التى هى اضعف لاحتمالها شائبة جلب النفع لنفسه، بخلاف البينة لبرائتها عن تهمة جلب النفع، لأنّ الغالب انّ العدلين لا يبيعان دينهما بدنيا غيرهما) فحيث احتجنا الى معرفة الصدق و الكذب لخبرى المدعى و المنكر، و نَبّه الشارع على انّ قوة الصدق فى جانب المنكر (حيث اكتفى له بالاضعف و جعل الاقوى للمدعى) احتجنا الى معرفة نفس المدعى و المنكر. و أنّ الذى جانبه اقوى و خبره اقرب الى الصدق من هو؟

ف قيل انه الذى يكون خبره موافقاً للاصل، فانه معاضد قوى. او موافقاً للظاهر، حيث كان الظاهر حجة. فلا ينافى كون تقديم الاصل على الظاهر [١] و الظاهر على الاصل (فى اصل القاعدة غير محتاج الى شئى اخر) احتياج^٢ تقديم احد الدعويين و الاخبارين على الاخرى، الى ضمّ اليمين. فعرفنا من الشارع ان المدعى من يكون خبره ضعيفا محتاجا الى جبره بشئى

^١ و فى النسخة: الطالب.

^٢ مفعول لقوله: لا ينافى.

قوى^١. و خبر المنكر قوياً يكتفى في جبره بالاضعف. و القوة و الضعف يعلم بالاعتضاد. فايّ منهما كان بشيى قوى يصير به اقوى من الاخر، فهو منكر.

و حيث علمنا في محلّ اخر انّ الاصل و الظاهر اذا تعارضا^٢، ايّهما اقوى، فيصير معاضدتهما باخبار كل منهما مقوياً له و يكون خبره اقوى من خبر الاخر^٣. فكلمّا 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 ايّ المعتضدين. و فيما لم يحصل ترجيح اصلا، فينتفى الدعوى و يؤل الامر الى التداعى.

فحينئذ نقول: مراد الجماعة الذين عرفوا 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 ذمّة غيره. او يدعى خلاف الظاهر، كمن يدعى مالاً في يد احد متصرف فيه، او زوجةً في حباله شخص اخر و ان كان له في سالف الايام. فان ظاهر اليد على المال، الملكية^٤ و لا ينافى سبق مالكية المدعى. و [ظاهر اليد] على البضع، الزوجية. و لا ينافى سبق زوجية المدعى.

و بالجملّة: المدعى من يدعى خلاف مقتضى ما هو حجة شرعية، ما لم يثبت لها مزيل، او مخصّص، او قاطع. سواء كانت اصلا او ظاهراً.

و اما انّ الحجة في كل موضع (مع قطع النظر عن الدعوى) ايّ شيى؟ فليبينه^٥ محلّ و يؤل

^١ و في النسخة: محتاجا الى خبره بشيى قوى.

^٢ و في النسخة: تعارض.

^٣ كذا في النسخة - و لعله تصحيف و الصحيح: بانخبار كل منهما مقوياً له و يكون جبره اقوى من جبر الاخر.

^٤ و في النسخة: ملكية.

^٥ و في النسخة: فيبينه 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، لاصالة بقاء النكاح. و اصالة عدم التاخر^١. و عدم الدليل على تقديم هذا الظهور على الاصل و الاستصحاب و قاعدة اليقين. مع ان دعوى ندره وقوع التقارن ليست بظاهرة بحيث يلحق بالنادر الذى كالمعدوم. فانا نشاهد ان المسلمين فى العالم خارجون عن الاحصاء، فى^٢ وقت صلوة الصبح من طلوع الفجر الى قبل طلوع الشمس (و هو زمان قليل) فهل يحكم بان المسلمين متعاقبون فى تكبيره الاحرام بحيث يكون المتقارنين فيها قليلاً نادراً؟ و لا فرق فى ندره تفاوت الحوادث فى الوجود، بين ما كانت متناسبة (كاسلام الزوجين)، او غير متناسبة؛ كاكل زيد و شرب عمرو و اسلام بكر.

نعم: يمكن ان يقال: ضبط المقارنة نادر و الغالب فيه الغفلة. ففرض ان يضبط الزوجة اخر تكلم الزوج بكلمة الشهاده، [١] و تاخر حرف اخرها من احدهما، نادر. و هذا ايضا غير مضر. 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 المطالبة و اخراج مسئلة 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 قاعدة الاصل و الظاهر باعتبار اعتضاد الدعوى باحدهما. كما ان فى صورة عدم الدعوى اصلاً، يرجع الى ترجيح اى

^١ كذا. و لعل فى العبارة سقط: اى ليس هنا محل اصالة تاخر الحادث لان كل من الدعويين حادث.

^٢ و فى النسخة: و.

^٣ و فى النسخة: دليلاً.

الامارتين من التقارن و التعاقب، ليجعل دليلاً في حكم الميراث. و لا منافاة بين جعل الامارة دليلاً او اعتضاداً في صدق البناء عليهما.

و على هذا فراد من عرف المدعى بانه «من يدعى خلاف الظاهر»، لا يصح ان يكون «من يدعى خلاف الظاهر المقابل للاصل»، لانه تناقض عكسه بما كان خلاف الاصل، و ان لم يكن دعوى خصمه اظهر منه. مثل ان يطالبه شيئاً في ذمته، فقال نعم و لكن اديته. فالتادية^١ لسييت 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. فان الظاهر حجية الاصل و ان كان مقتضاه خفياً.

و بالجملة مراده انه اذا كان كلام خصمه مطابقاً لحجة شرعية ظاهر الحجية^٣، التي يجب عليه العمل ظاهراً. فمدعى خلافه، مدع، يحتاج الى الاثبات. لان خصمه متمسك بدليل شرعي ظاهري. فهذا القول اجمال لتفصيل القول الاول. فيبنى الكلام (فيما لم يكن دليل على ترجيح شئ منهما) على مسألة تقديم الاصل و الظاهر كما مر.

و اما: من فسره بأنه «من يدعى خلاف الاصل»، فينتقض عكسه بمن يدعى عيناً في يد غيره مع ثبوت سبق ملكه. فانه موافق للاصل. الا ان يقال ان الاصل براءة ذمة المدعى عليه عن وجوب رد العين اليه، و هو مشكل، لتقدم الاصل الاول. الا ان يمنع ذلك القائل كونه مدعياً حينئذ.

و يمكن ان يوجه كلامه كالتفسير السابق؛ بان مراده من الاصل، الدليل. كما هو احد

^١ و في النسخة: فلتادية.

^٢ و في النسخة: الحجية.

^٣ و في النسخة: الحجية.

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^١، فيرجع الى تقديم
الاصل و الظاهر. كما مرّ.

ثمّ: انا الى هنا جرينا في مسألة 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 صورة حصول الدعوى و عدمه». و لكنّ التحقيق في المقام انّ كلماتهم هنا غير منقّحة.
و ما ذكره في تمهيد القواعد، لا يخل من خلط و نحن^٢ استقصينا الكلام في القوانين في
توجيهه و توفيق كلماته. و ذلك انّ بناء الكلام ثمة كان في بيان كلمات الاصحاب و اقوالهم.
و انّ الظاهر منهم عدم الاكتفاء بالظن المنصوص عليه حجّيته. و لا نطيل الكلام بذكر مواضع
الخلط^٣.

و لا بدّ هنا من الفرق بين الظاهر و الظن. و ان لم ينفكّ الاول عن الاخر. و من الفرق
بين صورة الدعوى، و غيره. فنقول: انّ هيهنا مقامات:

الاول: انه لا يجوز نقض اليقين بالظن، الا ما كان حجّيته شرعية، و في الحقيقة هو ايضا
يقين. فمقتضى الاصل و الاستصحاب لا بد ان يبقى على حاله الى ان يحصل الظن الذي هو
حجة بخلافه. و لا فرق في ذلك بين الطهارات و النجاسات، و غيره. و هذا المقام انما هو
لمعرفة المكلف الحال، مع قطع النظر عن حصول دعوى. فعلى هذا لا معنى للحكم بنجاسة
الغسالة و طين الطريق بسبب ظن ملاقات النجاسة في حال قلّة الماء و عدم وجود كرم متصل

^١ و في النسخة: احدها.

^٢ و في النسخة: ان.

^٣ و في النسخة: الخلّة.

فى البين لم يتغير بالنجاسة. و بسبب ظن ملاقاتها لطين الطريق. فمثل جواز العمل بالظن فى الوقت مع المانع، او القبلة، او غير ذلك، فهو بدليل شرعى. كالكشك بين الثلاث و الاربع فى الصلوة. و كالظن بالاتيان بجزء من اجزاء الصلوة. مع ان الاصل عدم الزايد.

فان كان ترجيح نجاسة الغسالة و طين الطريق لدليل (كالوقت و القبلة) فالمعتمد هو الدليل، لا الظن. و الا، فلا، للاقتحام فى الحكم بلا دليل. سيما مع وجود الدليل الخاص ايضا فى خلافه، كما فى الغسالة. و الدليل الذى يخرج به عن مقتضى الاصل؛ اما نص، او اجماع، او بيّنة، او يد، او انقضاء المعاملة و استمرار الطرفين على هذه الحالة فان ظاهر حال المسلم بل مطلق المكلف، صحة ما فعل، فيحكم فى ظاهر الحال بعدم نقص فى الثمن او المثمن. و بعدم لزوم نفقة على الزوج بعد اصطحاب الزوجين فى منزل. بدون كلام. و يظهر الثمرة فى العلم بالحال للمكلف.

و هذا كله فى اصل معرفة المكلف ظاهر الحكم و عدم مزاحمته لحالهما، كما لو وقع هذه الامور و ماتا و لم يحصل تداع.

اما المقام الثانى: و هو صورة^١ الدعوى؛ فلو حصل الدعوى فقال احدهما موافقا للاصل الذى لم يلحقه ظاهر معلوم الحجية، [او قال موافقا لـ] الظاهر المعلوم الحجية، فهو مدعى عليه. و الاخر مدع. لما بيّنا ان المدعى من تكون اخباره اضعف. و ضعفه من جهة كونه مخالفاً للاصل، و للظاهر المذكور. فحيثنذ نقول لا يُسمع قول المدعى الا اذا كان معه دليل يقينى او ظنى معلوم الحجية؛ كالبيّنة او اليمين المردودة. و لا يلتفت الى قول المدعى عليه بمجردة (و ان كان قاعدة اليقين و الاستصحاب مقتضيا لكلامه لكونه موافقا للاصل) بل

^١ و فى النسخة: الصورة.

يحتاج الى اليمين. [و] هذا لاختلاف الحال في صورة الدعوى وغيره.

المقام الثالث: أنه لا بدّ من الفرق بين «غلبة الظن» و «الظن الحاصل من الظن، او العادة، او السند». فإنّ غلبة الظن لا يعتمد عليه في مقابل الاصل، لعدم حجّيته. و ما ذكره^٢ بعضهم من تقديم قول الزوجة بتعاقب الاسلام ليس بشيء. لأنّ الاصل عدم انفساخ النكاح، و كون التعاقب مظنوناً لا يلتفت اليه. لأنّ غاية كون ذلك من باب غلبة الظن الحاصل من الغلبة، كما بيّناه سابقاً.

و اما: لزوم التمسك للميت المجهول الحال في بلاد الاسلام^٣، و استحباب التسليم على مجهول الحال و وجوب الردّ عليه في بلاده؛ فهو اما مستفاد من سيرة الشارع النازلة منزلة الاجماع في الاعصار المتمادية الى زمان الشارع. او لاجل فعل المسلمين على وفق بناء الشارع من حمل الكفار على تحمل العلامة ليمتازوا عن المسلمين^٤. و يحمل الفاقد للعلامة، على انه مسلم. و الاّ لزم مسامحة المسلمين في بنائهم. او لاجل ما دلّ على اعتبار الظن الحاصل من الغلبة، كما يعتبر في الجلود و اللحوم في بلاد المسلمين و اسواقهم مع وجود غيرهم فيها.

و قد نصّ عليه في موثقة اسحق بن عمار، عن عبدالصالح(ع) انه «قال: لا بأس بالصلوة 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 مسألة تداعي الزوجين و

^١ و في النسخة: هذا خ، ل، فقد اختلف الحال.

^٢ و في النسخة: ذكره.

^٣ و في النسخة: الاسلام.

^٤ و في النسخة: على المسلمين.

^٥ الوسائل، كتاب الصلاة، ابواب لباس المصلّي، ب ٥٥ ح ٣.

اعطاء المرئة ما تعارف فى البلد أنها تاتى به من بيت ابيها، بان من بين الجبلين يعرف ان المرئة تاتى بفلان و فلان^١.

اذا تمهد هذا، فنرجع^٢ الى مسئلة المسؤل منها؛ و نقول: ان زوجية عمرو لهذه الزوجة محكومة 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 الزوجة على الصحة. و بعد ما حصل الدعوى من عمرو، فهو مدع لبطلان امر صحيح فى ظاهر الشرع. فلا يحكم بمجرد دعواه ببطلان العقد. فان ثبوت الزوجية فى العام السابق لا يوجب بمجرد استصحابه بطلان اليد الحالية. فمادام زيد متمسكاً بحقية اليد على البضع، لا تسلط عليه الا مع اقامة عمرو البينة على بطلان نكاحه و بقائها على زوجية السابقه.

و لما اعترف زيد بانها كانت زوجة عمرو و لكنّه و كّلّه فى طلاقها و تزوج بها، فاقراره اوجب قبول زوجيتها له الى حين التطليق الذى يدعى انه و كّلّه فيه. و هو ينكر التوكيل. و ليس له حينئذ الا دعوى التوكيل فى طلاق و تطليقه اياها وكالة عنه. اذ لا مانع من كون لفظ واحد مركبا من الاقرار و الدعوى. فان زيد و ان لم يقرّ بزوجة عمرو على حدة و لكن قال «انت و كّلتنى فى تطليقها و طلقته و تزوجت بها». فهو يدل بالالتزام على الاقرار بزوجة عمرو حين التوكيل و حين الطلاق، و بالمطابقة على دعوى التوكيل و التطليق. فهذه دعوى مخالفة للاصل. و الظاهر الذى كان متمسكه فى ظاهر الشرع قد ظهر ابتناؤه على هذه الدعوى، باقراره. فلا يمكن له التمسك به. فحينئذ فلا يقبل منه الدعوى، الا بالبينة. فانه انقلب امره و صار الان مدعيا. مثل من ادعى على احد شيئا فى ذمة، و قال نعم و لكن اديته.

^١ الوسائل، لعل مراده (ره) ح ٥ من الباب ٨، ابواب ميراث الازواج.

^٢ و فى النسخة: فرجع.

و حينئذ فغلبة الظن بصدق زيد فى التوكيل و التطليق، لا ينفع فى شىء. كما لو حصل الظن بصدق مدعى رداً ما يدعيه المدعى فى ذمته بعد اعترافه باشتغال الذمته. سواء كان حصول الظن بصدقه من جهة صلاحه و عدلته و تقويه، او من القرائن الخارجة كتمادى مفارقة الزوجة عن عمرو و مفارقتها اياها ساكتاً عليها، ثم تزوجها بزواج، و كونها معه مدة مديدة مع اطلاع عمرو و سكوته عنه و ساير القرائن التى اشير اليها فى السؤال فيما نحن فيه. فهذه القرائن و ان كانت توجب اخباره بالزوجة مطابقاً للظاهر المعبر شرعاً ما لم يخالفه قاطع. و لكن بعد اقراره بزوجة عمرو حين التوكيل و التطليق، فجاء بقاطع يزول معه حكم هذا الظاهر و هو اقراره المتضمن لكون هذا الظاهر مبتئياً على دعوى لم يثبت حقيقتها، و لا يلتفت اليها الاً ببينة مثبتة. و هو ظاهر. و لا ينفع القرينة الدالة على الصدق، لمن اطلع عليها من دون ان يكون امر يحسن به الظن للعامه. اذ بينا سابقاً ان اطلاق المدعى و المدعى عليه، تابع لفهم العرف المبتنى على الاطراد و الكلية. فالمدعى من يكون قوله اضعف فى نظر العامة. 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 تطليقه الناشى عن توكيله الذى ينكره، فالمفروض ان الاقرار من [الـ] ادلة الشرعية المقطوع بها، فمحض اقراره يُثبت^١ زوجية عمرو لها فى زمان يدعى طلاقها بتوكيله. و هو مستصحب و لا يرفع الاً بحجة شرعية. فيصدق على زيد حينئذ بانه يُترك لو ترك، يعنى اذا بقى على حالة الحاصلة من اقراره الموجبة لانفساخ نكاحه، يُترك و يخلّى عنه. فلو عاد؛ فاما يجب عليه البينة او اليمين المردودة لو ردها عمرو اليه.

^١ و فى النسخة: و مفارقتها اياه ساكتاً عليها.

^٢ و فى النسخة: ثبت.

و الحاصل: ان زيدا في صورة السؤال مدع و عليه البيّنة، و مع العجز فيتوجه اليمين الى عمرو، فاذا حلف بطل زوجية زيد^١.

^١ الى هنا تم كلامه قدس سره، في مسئلتنا المبحوث عنها، و ما ياتي من كلامه الى آخره؛ فهو اما فرض مستقل لا مدخليه له في المبحث و اما فرع يتفرع على مناه و فتواه. فنقول: بعد الشكر من سعيه الناشئ من سخاوته العلمية، الهادي للافكار و المبرز للدقائق و الظرائف. كيف لا، و هو الميرزا القمي صاحب القوانين المشحون برموز التحقيق، كالنجم الناقب في سماء الدليل و الاستدلال. و قد استفدنا (و كذا يستفيد كل من ادق النظر في كلامه) فوائد جماً لا يوجد في ساير المتون الاصولية و الفقهية. فجزاه الله خيراً. لكننا معاشر الطلبة تعلمنا منه (ره) و من امثاله، ان حرية الباحث من الضروريات الاولية، و البحث عرصه «ان قلت، قلت». فاليك ايها القارئ الكريم:

لا بد في توضيح المقال، التوجه الى «عصر الزمان» في مسئلتنا و لذلك نعرض مسألة لا مدخلية فيها الزمان و نقول:

مسئلة: امرئة ياسة في بيت زيد اليوم و يده على بضعه. و كانت في صبح الامس زوجة عمرو. فجاء عمرو اليوم و قال «هذه زوجتي» و قال زيد «لقد وكلتني امس في تطليقها ثم تزوجت بها». من المدعى و من المدعى عليه، في هذه المسئلة.

فمعلوم ان قول زيد خلاف الاصل (اي: اصالة عدم التوكيل). و ان كان الظاهر (اي يده على البضع) معه. لان هنا، الاصل مقدم على الظاهر.

فزيد مدع و عمرو مدعى عليه.

فهلاً فرق بين هذه المسئلة و بين مسئلتنا المبحوث عنها؟!

و ها اليك الفروق:

١- المرئة فيما نحن فيه غير يائسة، 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 المرئة حامله من زيد.

فلماذا ياتي و يصير حكم المسئلان حكماً واحداً؟! ←

→ نعم: قد يوجد في مورد، او موارد، يتحد حكم المسئلتين و ان كان بين موضوعها فرقا او فروقا. لكن ما نحن فيه ليس منها. لان في ذلك الزمان الطويل حصل امور كلها في نفسه دليل، و مسئلة اليائسة المذكورة خالية عنها. فاليك الادلة:

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 الادلة الاصولية او الشرعية. كما اعترف به المصنف(ره) غير مرة.

٢- امضاء المجتمع (التي حدثت هذه المسئلة بينهم) و بنائهم على ان المرئة و زيدا زوجان لهما ولد. و على هذا البناء، ابتنوا معاملاتهم، و مراجعاتهم و اعمالهم مع المرئة و زيد. و عمرو ساكت و لا يعترض لذلك الامضاء.

٣- وجود الولد و حيثيته؛ من كونه ولد مشروع او ولد زنا؟-؟ و الاصل مشروعيته. و للمصنف(ره) و لمن يسير مسيره، ان يُثبت اولاً عدم الفرق بين المسئلتين (اي مسئلة اليائسة و ما نحن فيه). و لا اقل ان يثبت كون المورد من الموارد التي لا تأثير فيها فرق الموضوعين و فروقها. و دونه خرط القناد. 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 تنجر احيانا الى القياس.

و الامر الواحد البسيط، هذا: هل قاطع قطع الاصل، ام قاطع قطع الظاهر؟-

هل الاصل منقطع او الظاهر؟-

فنقول: في مسئلة اليائسة المذكورة، الظاهر (يد زيد) منقطع باقراره الضمني بان المرئة كانت زوجة عمرو. فيبقى «اصالة عدم التوكيل» سالما و يحكم بان زيد مدع و عليه ان يثبت ادعائه.

و اما في مسئلتنا، المنقطع هو الاصل، لحدوث ادلة متعددة كل منها دليل قاطع بنفسه. فاصالة عدم التوكيل فاتت و ماتت بازمئة قبل يوم الدعوى. لان هنا ظواهر، لا ظاهراً واحداً فقط.

١- يد زيد و استمراره على المرئة، ظاهراً لا يقاومه الاصل هنا. و الاصل دليل حيث لا دليل. و الظاهر دليل ما لم يعارضه دليل اخر اقوى منه. و هذه هي النكتة التي لم اذعن النظر(ره) فيها.

٢- سكوت عمرو، ظاهراً اخر.

٣- و ايضاً طول سكوته في زمان طويل، ظاهراً ثالث.

٤- امضاء المجتمع في معاملتهم مع زيد، و مع المرئة، و مع عمرو في هذا الامر، ظاهراً رابع.

٥- و امضاء عمرو نفسه امضاءً عملياً كامضاتهم. ←

→ بل هناك ادلة على انقطاع الاصل، من غير سنخ الظهور و الظاهر. بل كلّ منها دليل قطعي عند العقل و الشرع.

من جملته:

١- تقرير عمرو عملاً صحة ازدواج المرثة و زيد.

٢- اقراره الضمني بالفعل و العمل. و المصنف قدس سره يعطى لاقرار زيد الضمني، قوةً 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 ساعة منه، بل كل دقيقةً و ثانية منه اقرار على صحة التوكيل و على أنّ الزوجة زوجة زيد.

نعم هذا اقرار (بل اقرارات) بالعمل، و ذاك اقرار باللفظ. لكنّ هنا ليس من موارد قاعده «أما يحلل الكلام و يحرمّ الكلام» حتى يحكم بترجيح اقرار زيد بعنوان الاقرار، و لا يكون اقرار عمرو اقراراً. بل الاقرار العملى هنا اقوى من الاقرار اللفظي. لانّ كلاهما ضمنىّ.

بل كذا فى كل الموارد حتى الموارد المالية و الحقوقية؛ كما اذا كان مال فى يد بكر طيلة 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. الاّ ان يدعى خالد اعطاء منافع المال لبكر طول الزمان المذكور. فيصير مدعياً و بكر مدعى عليه. لان على خالد ان يثبت الاعطاء. و ليس الزوجية فيما نحن فيه اعطائياً حتى يدعى عمرو، و ان ادعى، فله اثباته بعد ان عُزّر لفعاله المحرمّ.

نعم: لو كان دعوى بكر و خالد فى المسئلة المذكورة بحيث لا يكون هناك مضى زمان طويل، فبكر مدع و عليه ان يثبت البيع. لانّه اقرّ بكون المال، مال خالد سابقاً. اى سابقاً على الدعوى. لا سابقاً قبل سنة او سنوات. و المصنف قدس سره كرّر تنظير ما نحن فيه بمسئلة «بكر و خالد» المذكورة، بصورة مطلقة، و يحكم حكماً مطلقاً. و لا يفصل بين السابق على الدعوى. و بين «السابق سنة او سنوات». و لذا لا يظهر صورة الحقيقة. 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 ايضاً: مبناه و فتويه(ره) مطلق (كما هو عام ايضاً)؛ لا يشمل بمسئلة زيد و زوجية التى مضى عليها زمان طول سنة واحدة فقط. بل يشمل كل ما مضى عليها الزمان و ان كان عشر سنوات بل ازيد. و وُلد اولاد متعددون فى طيلة ذلك الزمان. كما اشرنا اليه فى التعليقة السابقة.

و بالجملة: الاصل (اى اصالة عدم التوكيل) منقطع بالادلة القطعية و الظواهر العرفية المسلمة، و الادلة و الظواهر

باقيات سالمة. و القاضى هنا (كما اعترف المصنف قدس سره) هو العرف. فليراجع المراجع. ←

نعم هنا كلام آخر: وهو انه هل يستقر بمحض ذلك زوجية عمرو، وللزوجة هنا ايضا حق. و يتحقق صورة دعوى^١ هو معها ايضا؟ الظاهر، نعم. و لا يصير تحليف زيد عمرواً، موجبا لسقوط حق الزوجة. و ان اقرت بالزوجية السابقة^٢ لعمرو، و بان سبب زوجيتها لزيد انما هو طلاقه بادعاء الوكالة لعمرو. فيصير الدعوى مثل السابق، و الزوجة مدعية و عمرو

→ و ما ذكر في هذه السطور الاخيرة، من فهم العامة، و اطلاق العامة المدعى... و هكذا.. فكلمها عليه، لا له. كما اشرنا اليها في التعليقه السابقه ايضا.

ثم: انه (ره) قد يفتى و يحكم في بعض الدعاوى، حكماً لا ينقطع به الدعوى، بل يتولد من الدعوى الواحدة، دعاوى متعددة أخرى. (لاحظ بقية كلامه في المسئلة) و الحال ان وظيفة الفقه و التفقه، قطع الدعوى و فيصلتها. بل هذا حكمة الشرع و التشريع.

و اما تسميته (ره) هذه الادلة القطعية العقلية و الظواهر البارزة، باسم «القرينة»، فهو عجيب منه قدس سره. و اعجب منه توصيفها بصفة «الجزئية».

و اما قوله ان هذه القرائن مبنية على التوكيل و التوكيل لم يثبت. و هذا ايضاً عليه، لا له. لان الادلة و الظواهر لو كانت غير مبنية على التوكيل، لما كانت مثبتة للتوكيل، و قاطعة للاصل. الغرفة المرفوعة تدل على ان تحتها بيت و جدار. نعم: لو قال (ره) انها متفرعة 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 سلمنا ان ما نحن فيه مصداق الاصل و الفرع، فرما فرع اذا ثبت وجوده، ثبت به الاصل، اذا كان الاصل مشكوكا. كما اذا ثبت فروع السرقة، يثبت بها اصل السرقة.

و اما قوله قدس سره: «فيصدق على زيد حينئذ بانه يُترك لو ترك...»، فهذه اعجوبة صدرت منه (ره) لا تناسب اللغة و لا العرف و لا العقل و العقلاء. و تضاد القواعد حيث يصدق حينئذ بكل «مدعى عليه» انه يُترك لو ترك. فيصير كل «مدعى عليه» مدعياً. لان «المتروك» هو نفس الدعوى، لا مورد الدعوى (كما صرح في موارد من كلامه) و مع ذلك كرر ان زيدا لو ترك مورد الدعوى، ترك. و على هذا معلوم ان كل من هو «مدعى عليه» لو ترك مورد الدعوى و سلمه للمدعى، ترك. اذا ينقلب كل «مدعى عليه» في العالم - في كل زمان و مكان - «مدعياً». و ينقلب كل «مدع» و يصير «مدعى عليه»، كما مرّ البيان فيه في التعليقة السابقه في اواسط بحثه (ره) عن هذه المسئلة. فارجع.

^١ و في النسخة: الدعوى.

^٢ و في النسخة: و ان اقرت زيدا بالزوجيه السابقة.

مدعى عليه. و اما لو قالت الزوجة «انا لست بزوجة عمرو» و اجابت^١ بالاعم اذا علمت بوقوع نكاح زيد على الوجه الصحيح لكن اتت^٢ بالجواب الاعم خوفا من العجز عن الاثبات. فحيثئذ يكون عمرو مدعيا. و بينته ان كانت على الزوجية السابقة، فلا ينفعه. لان الزوجة ذات اليد على بضعها، و الاظهر عدم معارضة البينة على السابق، اليد الحالية. بل لا بد ان يشهد ان الزوجة الحال زوجة عمرو. فيتوجه الحلف مع العجز عن البينة الى الزوجة. فاذا حلفت^٣ فينقطع زوجية زيد في ظاهر الحكم الشرعى و لكن لا يثبت زوجية عمرو ايضا. فلا يجوز للزوجة ان يتزوج بغير زيد، لا عترافها^٤ بصحة عقده و ليست زوجة عمرو ايضا. لانها

^١ و في النسخة: اجاب.

^٢ و في النسخة: بانته.

^٣ و في النسخة: حلف.

^٤ اين اعترافها؟ و المفروض انها اجابت بالاعم و ما قالت «انا زوجة زيد و لست زوجة عمرو». كما صرح به المصنف قدس سره. نعم هي معترفة عملا و بفعلها و بفعالها طول زمان حياتها و معاشها مع زيد. فاذا اعترف المصنف انها اعترفت (اي قررت و اقرت بزوجة زيد اقراراً ضمناً) بفعالها عملاً، فلما ذالم يكن سكوت عمرو طول نفس الزمان تقريراً و اقراراً؟!

و اما اليد: فما الفرق بين كون يد زيد على البضع و بين كون يد الزوجة على البضع؟ في مقابل يد زيد، اصالة عدم الوكالة. و في مقابل يد الزوجة، اصالة بقاء زوجية عمرو، مضافاً الى اقتضاء الحكم الفاصل للدعوى، زوجيته. فاي اليدين اقوى مقاومة في مقابل الاصل؟ (نعم هناك فرق سنينيه). فمعلوم ان يد زيد اقوى لان يد الزوجة مشوبة بالزوجية السابقة لعمرو، و معارضة بمقتضى الحكم ايضا. لكن يد زيد لا ريب ولا شوب فيها. فيد زيد على الزوجة اقوى من يد الزوجة على نفسها. فالمصنف(ره) يجعل القوى ضعيفا، و الضعيف قويا.

فيد زيد احدى الادلة القاطعة للاصل، و تقرير عمرو العملى دليل اخر، و اقراره العملى دليل ثالث، و امضائه العملى دليل رابع و مجموع الادلة قاطع لاصالة عدم التوكيل، لولا ان الواحدة منها تكفى فى القطع. مع انه قلنا: هناك امضانات و تقريرات و اقرارات بعدد ايام الزمان الطويل بل بعدد ساعاته.

و المصنف(ره) يرى هذه الادلة خارجة عن الدعوى و لذا يسميها قرائن جزئية و لا يعطيها اثرأ.

و اما الخروج: كون امر خارجاً عن الدعوى، على قسمين: ←

تنكرها و حلفت عليه.

و هل يجوز لها المعاشرة مع زيد فى الخلوة على سبيل الزوجية؟ لا يبعد جوازها

→ ١- خروجه عن اصل الدعوى: فكل دليل كذلك. لانه معلوم ان الدعوى امر، و الدليل امر اخر فى اطراف الدعوى. و الا فيلزم اتحاد الدليل و المدلول.

٢- كون الدليل خارجاً عن اصل الدعوى و عن اطرافها معاً: و مراد المصنف كون الادلة المذكورة من هذا القبيل. فنقول: هذا القسم ايضا على ضربين:

الف: اذا كان الخارج حجة: كالبينة. فان البينة خارج عن اصل الدعوى و اطراف الدعوى. لكن الشارع جعل البينة دليل الفصل للدعوى.

ب: اذا كان الخارج غير حجة: فهذا القسم لا ينفع فى شئ.

فمثال الكلام ان الادلة المذكورة، حجة ام لا؟-؟ أليس التقرير العملى بحجة؟ فهل شك فى حجية 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 مسئلتنا؟ و الحقيقة لا تتغير بتغيير اللفظ.

فيد زيد (مع انه لا حاجة بها، لوجود الادلة الأخرى) دليل فى زمرة هذه الادلة.

نعم: اذا كان هناك يدٌ خارجة عن الدعوى و اطرافه، فتصير قرينة، لا دليلاً. لكن لا مطلقاً. بل قد تبقى فى كونها دليلاً، كما فى ما نحن فيه. لأن يد زيد على الزوجة فى مسئلتنا ليست يداً مجرداً فقط. بل يده «يد مستمر برأى العين من عمرو طول اعوام» و مضاة بامضاء عمرو. فهذا اليد دليل و لا تصير قرينة. فهذا اليد بنفسها تكفى فى انقطاع اصالة عدم التوكيل فكيف اذا كان معتضدة بالادلة الأخرى.

كما ان كل و احده منها تكفى فى القطع.

لا يقال: اذا فرض اليد ممضاتاً، فالدليل هو الامضاء، لا اليد.

لأننا نقول: امضاء عمرو عملاً كون المرثة زوجة زيد، امرٌ فى نفسه. و امضائه يد زيد عملاً امر اخر. و لكل من الامرين، لحاظ مستقلة، و اللحاظ و اختلافات اللحاظات يسبب تعدد الامور. و لها امثلة كثيرة. فتأمل جيداً.

اما العرف: فالعرف يقضى بان الانسان العاقل المسلم، لا يترك زوجته تحت رجل اخر اصلاً و كيف الترك طول الاعوام حتى تكون ذات ولد من نطفة الاجنبى.

ليت شعري اين العرف الذى يتمسك به المصنف قدس سره مكرراً فى خلال كلامه-؟!

للزوجة، دون زيد. لأن القسم اسقط حقه في الدنيا ظاهراً و باطناً و ان بقى في الاخرة. و مثل ذلك فى [ال]احكام الشرعية كثير، فقد يثبت الحكم لاحد المتعاقدين دون الاخر.

و يمكن ان يقال: غاية الامر سقوط حق زيد بسبب القسم عن الزوجة، و لكنه لم يثبت سقوط حق الزوجة فلو طالبته النفقة و المواقعة و المضاجعة فى الخلو، فلا حرج عليها^١. لعدم سقوط حقها. و لكن يرد عليه ان^٢ سقوط حق الزوج، لا يمكن استيفاء الحق، الا باجبار الزوجة اياه مثل المضاجعة و المواقعة^٣.

الا ان يقال: غاية الامر اسقاط حقه عن الزوجة بالنسبة الى عمرو، لا مطلقا لجواز اختلاف الحثيات. و يظهر الثمرة [فى] جواز مخالفة عمرو لو اطلع عليه، مطلقا. و هنا كلام اخر: و هو ان ما ذكر^٤ من ان القسم مسقط للحق مطلقا، [فهو] فى صورة عدم ظهور البينة بعده، بلاخلاف. و بعد ظهور البينة ايضا على اظهر الاقوال و اشهرها. [لكنه] هل هو مختص بالاموال، او شامل للنكاح و غيره ايضا؟- و هل يختص بدعوى الدين؟ او يشمل دعوى العين ايضا؟

فنقول: ظاهر بعض الاخبار شموله للعين ايضا و ان كان بعضها ظاهراً فى الدين. و الاظهر عدم الفرق. و لم اقف على احد تعرض للفرق فى الدين و العين، لا المال و النكاح. بل قد صرح فى مسئلة الدعوى على الميت بعض الفقهاء بعدم الفرق بين العين و الدين. و ان لفظه عليه [السلام] فى الرواية الواردة فى حكم الدعوى على الميت، شامل للعين ايضا.

^١ و فى النسخة: «عليه»، بعنوان البدل.

^٢ و فى النسخة: منع.

^٣ و هذا المشكل العظيم مولود اخر من مواليده مبناه قدس سره، و قد جاء الشرع لحل المشكلات لا لايجادها.

^٤ و فى النسخة: ذكره.

فلا يحصل الاشكال فى هذا المقام بانّ المدعى به، نكاح لا مال، و ان الزوجة عين لا دين.^٢

ثم: و هل يجوز ان يتزوج هذه الزوجة بزيد ثانيا بعقد جديد، ام لا؟-؟ فى اشكال، من جهة انه بسبب تحليف عمرو، حكم بانّها كانت فى حال العقد، زوجة عمرو، و نكح [زيد] ذات البعل و دخل بها. فيحكم بظاهر الشرع أنّها حرام عليه موبّداً. و من جهة ان ادلة الحرمة الموبّدة فى نكاح ذات البعل لا تنصرف الى مثل هذا القسم من نكاح ذات البعل. بل أنّما يتبادر منها نكاح ذات البعل فى نفس الامر. لا التى حكم بكونها ذات البعل فى ظاهر الشرع. و اظهر ادلتها فيما نحن فيه، موثقة اديم بن الحرّ؛ قال: «قال ابو عبدالله عليه السلام: التى تتزوج و لها زوج، يفرّق بينهما، ثم لا يتعاودان ابداً»^٣. و دلالتها ممنوعة فان الظاهر من قوله عليه السلام: «تتزوج و لها زوج» أنّها فى حال العقد لها زوج فى نفس الامر و تتزوج. غاية الامر ان يدخل فيه من حكم بكونها ذات البعل فى ظاهر الشرع حين العقد ايضاً. و

^١ و فى النسخة: 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 ايضاً اتكاءً على ان الزوجة عين. و هذا يتم فى الزوجية الاملاكية (اي الأمة و البضع الملكى) لا فى الزوجة الحرة. فان بينهما فرقا و هو ان مالكية المولى لبضع الأمة ملك طلق. و مالكية الزوج لبضع الزوجة الحرة ليست ملكاً طلقاً بل فى مقابله حق استمتاع الزوجة من الزوج، امر مسلّم. بل اطلاق لفظ المالكية و الملكية على البضع، اطلاق تسامحى و المراد الاختصاص لا الملكية كالمال. و لذا ليس للزوج بيع البضع. فالزوجة ليست بعين. اى ليست عينها مقصودة هنا، بل المقصود اختصاص بضعها. و يصدق العين بالأمة، لا بالحرّة، و البحث فى الحرّة. و لعلّ ديدنه هذا، من العوامل التى يمنعه عن التوجه بالاتار الاجتماعية الفاسدة و المشكلات المتعددة الناشئة من مبناه و فتواه. فتأمل.

^٣ الوسائل، كتاب النكاح، ابواب ما يحرم بالمصاهرة، ب ١٦ ح ١.

المفروض أنّ فيما نحن فيه، [حُكْم بانّ] الزوجية^١ الواقعية ثابتة للزوجة، ولا حُكْم في ظاهر الشرع بكونها ذات بعل في حال العقد. فعمومات جواز النكاح باقية على حالها. فان قلت: أنّها في الحال بسبب حلف عمرو، محكوم بزواجيتها لعمرو، وهي الحال ذات بعل ولا يجوز نكاحها.

قلت: ان ذلك معارض بعنوان القلب بانّ^٢ الزوجة بسبب حلفها محكومة بعدم زواجيتها لعمرو ايضاً. فليس نكاحها نكاحاً بذات البعل. و بعد تعارض الجانبين و تساقطهما، ينفسى الاصل. و العمومات سالمة على حالها، فيجوز نكاحها لزيد بنكاح جديد. الا ان يقال بامكان الجمع؛ بان يكون التزوج جازماً للزوجة دون زيد. و يظهر الثمرة اذا اتفق المزوجة في حال لا يعرف الزوجة، بان يصير الزوج اعمى مثلاً، و لم يعرفها بوجه اخر غير الرويه ايضاً. فتأمل. فالعمدة ما ذكرنا من عدم انصراف الادلة الى مثل ذلك. والله العالم بحقائق احكامه.

٣٧: هذه رسالة

في انفراد مسئلة الطلاق بعوض، عن الخلع.
و وقوع الفراق به بدون الكراهة اصلاً، و اختصاصها بالزوج

^١ و في النسخة: انّ فيما نحن فيه الا الزوجية....

^٢ و في النسخة: ان.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و الصلوة على محمد و آله اجمعين. فهذه كلمات سنحتني في مسألة مفصلة قد اشتبه عليّ امرها منذ اوقات. و هي مسألة «انفراد الطلاق بعوض، عن الخلع. و وقوع الفراق به بدون الكراهة اصلا. و اختصاصها بالزوج». بعد ما استقرّ الراي على بطلانه من راس، منذ اربعين سنة، و فاذا للفاضل السيد محمد(ره) في شرح النافع. و ان كنت في هذا الحين حرياً بان لا اميّز السنين من الشين. و الفت^١ من السمين لبلوغ السنّ مقارب السبعين، و نزول النوائب الروحانية و الامراض الجسمانية المقربة الى الحين، فوق ما يحرب باليمين. او يقرّر بلسان مبين. و لكنّي لما رايت الان ان موافقتي للفاضل المذكور جعل طريقة السابقين عليه كالمهجور، و جعل جمعاً كثيراً من الطلاب في ذلك كالمغرور. فكتبت ذلك رجاءً لتيقظ الطلاب، و ايفاءً لبعض حقوق متقدمي الاصحاب.

و تحقيق القول فيه يستدعي رسم مقدمات:

المقدمة الاولى: في تحقيق معنى قوله تعالى «أوفوا بالعقود»^٢، و استدلال الفقهاء به

في تصحيح العقود و لزومها. فإنهم قد تداولوه في ذلك في جميع الاعصار و الامصار. و قد يُستشكل: بان المراد ان كان ما يسمّى عقداً لغةً، فيلزم ان يكون كلّما يخترع و يصدق عليه أنه عقد، يجب الوفاء به. و التخصيص بالصحيحة منها يستلزم التخصيص الغير المرضي. فان الباقي في جلب المخرج كالمعدوم. و ان اريد العقود المتداولة المتعارفة في زمان الخطاب، فهي غير معلومة.

و يمكن دفعه؛ بان العقود المتعارفة في زمانها (من البيع و النكاح و الصلح و الهبة و

^١ فتّ في عضده: اي كسر قوّته - الفتّ: النحيف، ضدّ السمين.

^٢ آيه ١، سورة مائده.

الاجارة و نحوها مما ذكره الفقهاء) لا ريب في تعارفها و تداولها في ذلك الزمان ايضا. و انما هي المتداولة في زماننا هذا. و الاصل عدم التغيير. و استدلالا لاتهم يرجع الى اثبات هذه العقود، و يتمسكون بها في تصحيح هذه اذا شك في اشتراط شئى فيها، او وجود مانع عن تأثيرها، و نحو ذلك. لا تصحيح عقد براسه.

و اما مثل شركة الابدان، و المغارسة، و الشغار، و نحو ذلك (فان لم نجعل من اقسام هذه العقود بان بطلانها من جهة فقدان شرط او وجود مانع) فلا يلزم من اخراجها التخصيص الغير المرضى، كما لا يخفى.

و الظاهر ان المراد بالايفاء بالعقد، العمل على مقتضاه مادام باقيا. فلا ينافى وجوب الايفاء كون بعض العقود جايزاً كالشركة، و المضاربة، و نحوهما.

و بالجملة: الظاهر انه ليس المراد من الامر، وجوب العقود (كما لا يخفى) و لا وجوب الالتزام بها بدئا. لجواز الفسخ في اللازمة منها بالتقابل، و الطلاق، او غيرهما. و كذا فى الجائزة. فالمراد هو وجوب الايفاء على مقتضاها مادامت باقية على حالها.

ثم: ان الظاهر ان المخاطب بالاية، كل واحد من المكلفين. على ما هو التحقيق من افادة صيغة الجمع، العموم الافرادى، لا المجموع من حيث المجموع. و حينئذ يلزم التجوز فى العقود بارادة احد طرفى العقد من الايجاب و القبول. اذ لا يصدر من كل واحد الا احدهما، الا مع تعدد الحيثية، كما لو اتحد الموجب و المقابل^٢. فيكون من باب «اوف بالعهد»^٤ و

^١ و فى النسخة: الجواز.

^٢ و فى النسخة: لا احدها.

^٣ و فى النسخة: المقابل.

^٤ آيه ٣٤، سورة اسراء: اَوْفُوا 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. فانّ الايفاء على الاحتمال الثانى واضح بعد تمامه بالاجازة و كذلك على الاول؛ لانّ مقتضى ايجاب البايع فضولاً، العمل على مقتضى بيعه عليه ان يعتقد كون المبيع مال المشتري بعد اجارة المالك، و يترتب عليه ثمرته.

هذا ما حققته فى سالف الزمان فى وجه الاستدلال بالاية.

و لكنّ الذى يظهر لى الان بعد التامل؛ ان ذلك لا يخل من اشكال. بملاحظة ظاهر اللفظ، و ان الجمع المحلّى حقيقة فى العموم لا العهد. و بملاحظة تداول العلماء الاستدلال بذلك على الاطلاق. و بملاحظة عدم ثبوت الحقيقة الشرعية فى لفظ «العقد». و هو فى الاصل «الجمع بين الشئيين بحيث يعسر الانفصال». و المراد بالعقد هنا «العهد الموثق» على سبيل المجاز، تسمية 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، العقود الموثقة. كما صرح به جماعة من المفسرين.

و يمكن دفع الاشكال (مع التزام ارادة مطلق العقود و العقود الموثقة، مراعاةً للمعنى اللغوى) بان لزوم التخصيص الغير المرضى، لو سلّمنا كثرته الغير المتداولة فى الشرع، أنّما هو اذا اريد بعموم العقود، العموم النوعى. و هو خلاف التحقيق. بل المراد العموم الافرادى. فاذا

^١ آيه ٧، سورة انسان.

لوحظ الافراد، فلا ريب ان افراد العقود المتداولة، اكثر من افراد غيرها^١. سيما فى مثل البيع و الاجارة و النكاح. فبعد^٢ منع ثبوت الحقيقة الشرعية فى لفظ العقد، فىبقى على عموم معنى اللغوى. فكلما ثبت بطلانه بدليل (كالميسر، و الازلام، و الربا، و الرهان لغيرما جوزوه فى محلّه، و المغارسة، و نحوها) فىخرج و يبقى الباقي.

و الى ذلك ينظر استدلالهم بهذه الاية فى لزوم العقد اللازمة. فالجواز فى مثل الوكالة، و المضاربة، و الشركة و نحوها، انما ثبت بالمخصص. و الألقنا باللزوم فيها ايضا. و لذلك تأمل بعضهم فى بطلان «شركة الابدان» و «[شركة] الوجوه» و نحوهما، [اذ] لم يكن اجماع. فلا يلزم وجود الدليل فى كل واحد من خصوصات العقود صحةً و لزوماً. بل المحتاج اليه، الفساد و الجواز.

و لا بد فى هذا المقام؛ معرفة^٣ ان الصحة التى هى من احكام الوضع، يتوقف على التوظيف من قبل الشارع. و كون الاصل اباحة العقد او براءة الذمة عن العقاب و المؤاخذه عليه، معنى اخر لا يستلزم ترتب الاثر الذى هو معنى الصحة المبحوث عنه هنا. فان مقتضى اصل الاباحة و البرائة و ان كان جواز المعاهدة و المعاقدة و جعل الاثار مترتبة 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، فىلزم ترتيب الاثار على المؤثرات، و لا يجوز التخلف. فمعنى الصحة التى هى حكم من احكام الوضع، هو حكم الشارع بلزوم الترتيب.

^١ و فى النسخة: غيرها.

^٢ و فى النسخة: فيعد.

^٣ و فى النسخة: فى معرفة..

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 الوضعية الثابتة من الشرع بلسان العقل. و حكم العقل بالاستقلال من جملة الادلة الشرعية. فيظهر ثمرة توقيفية الاحكام الوضعية، 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]¹ يبلغ من الشرع الحكم بذلك الترتب و لزومه، فيجوز ردّ كل منهما ما فى يده الى الاخر، مع استرداد ما كان له اولاً، بدون رضاه الاخر. فمقتضى اصل البرائة و الاباحة، جواز المعاقدة و جواز اعتقاد التملك بها، و جواز التصرف المالكى فى كل من الطرفين. و اما ثبوت الملكية الواقعية فى نفس الامر، و عدم جواز الاخذ منه مع ردّ عوضه اليه بدون رضاه و امثال ذلك، فيتوقف على حكم الشرع، و هو معنى الصحة.

فلنرجع الى تفسير الاية و احتمالات بيان الاية² [فهى] امور:

الاول: ان المراد بيان وجوب العمل على مقتضى كل عقد يعقدونه. مطابقا لحكم العقل بحسن الوفاء بالعهد و العقد³. كما يشير اليه قوله (ع): «المؤمنون عند شروطهم»⁴. فهذا ايجاب للوفاء بكل عهد و شرط الاّ ما خرج بالدليل. فالاية (بمقتضى دلالة الصيغة 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 ان بنائهم كان على اللزوم او الجواز. فتبت من الاية الرخصة و الايجاب و اللزوم الى ان يثبت المنع و

¹ و فى النسخة: و لما - و لها وجه.

² و فى النسخة: و بيان احتمالات الاية امور.

³ و فى النسخة: و الال.

⁴ الوسائل، ج ٢١ ص ٢٧٦.

الاستحباب و عدم اللزوم من الخارج.

الثانى: ان المراد بيان الصحة و ترتب الثمرة التى كانت منظوراً للمتعاقدين. يعنى [ما] تعاقدون عليه بينكم، فقد اجزته و رتبت عليه الثمرة التى تريدون منه. فصار شرعياً. بان يكون الامر من باب رفع الحظر و اثبات محض الرخصة و جواز ما يفعلون. و يلزمه ان يصير كلما كان عندهم على وجه لزوم، لازماً. و على وجه الجواز، جازماً. و لكن هذا يحتاج الى تتبع احوال اهل العرف و متابعتهم فى اللزوم و الجواز، و لا يثبت من الاية عموم الوجوب و اللزوم.

الثالث: ان المراد: ان ما جَوَزْنَا لَكُمْ و حَلَّلْنَا و رَتَّبْنَا عَلَيْهِ الثَّمْرَةَ، من العقود. فيجب عليكم الوفاء بمقتضاه؛ مثل ان عقد البيع فى العرف، كان «هو نقل عين بعوض معلوم» فصَّحَّه الشارح^١ و جَوَزَهُ و رَتَّبَ عَلَيْهِ الثَّمْرَةَ التى ارادوه، بقوله «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»^٢، و مثل المضاربة التى جَوَزَهُ بقوله «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»^٣، ثم قال اوفوا به. يعنى يجب الوفاء على مقتضاه من النقل، بمعنى استمرار ملكية الطرفين لما ملكاه. فهذا يُثَبِت اللزوم فى جميع العقود المجوّزة. و اما العقود الممنوعة كالربا و الميسر و غيرهما، فلا معنى لوجوب الوفاء فيها.

الرابع: ان المراد: ان ما بَيَّنَّا لَكُمْ جَوَازَهُ من العقود و شرحنا لكم و مَيَّنَّا اللّازِمَةَ منها عن الجائزة، و الراجحة عن المرجوحة، فافوا بها على مقتضاها؛ فاعتقدوا لزوم اللزومات و اعملوا بمقتضاه، و جواز الجائزات و اعملوا بمقتضاه. و هكذا اوفوا بجميع العهود الموثقة و

^١ و فى النسخة؛ و صحيحة الشارح.

^٢ آية ٢٧، سورة بقره.

^٣ آية ٢٩، سورة نساء.

المواثيق المحكمة 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 الاية من باب الارشاد و الوعظ، او الامر بالمعروف و النهي عن المنكر. لا من باب انشاء الحكم و احداثه.

فعلى المعنى الاول: يكون الاية مؤسسه للحكم، فمقتضاه حليّة 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. [١] و بين انفسكم بعضكم مع بعض كالبيع و اشباهه. او بين انفسكم مع انفسكم كالاتزامات و الاشتراطات على النفس من غير جهة النذر. او من الله اليكم كالايمان به فى عالم الذرّ و بعده.

فالاصل وجوب الوفاء بكل عهد موثق و هو المسمّى بالعقد، خرج ما خرج بالدليل؛ كالشركة و المضاربة (و ان كان صحيحاً بسبب قوله تعالى «الّا انّ تكون تجارة عن تراض» و داخل تحت عموم الاية، و لكنه ليس بلازم بسبب الاجماع) و غيره كالمغارسة و شركة الابدان، فانهما ممنوعتان راساً^١ بدليل خارجي. فكلّما يندرج فى «التجارة عن تراض» ثبت صحة منه و لزومه بهذه الاية. و ما لا يندرج فيه كالطلاق بعوض، ان قلنا انه لا يسمّى تجارة^٢ ثبتت صحته و لزومه بهذه الاية. بل نقول ثبتت الصحة و اللزوم فى جميع العقود بالاية خرج ما خرج من الصحة و اللزوم المستفادين من تلك الاية و بقى الباقي.

فما ذكره فى بعض المقامات من المنع من جهة انّ العقود من الوظائف الشرعية و موقوف على التوظيف، و انه لم يرد عليه نص بالخصوص، مثل ما ذكره فى المغارسة؛ فاما غفلوا عن عموم الاية او منعوا انصراف عمومها اليه. و لذلك تفتن بعضهم لذلك و ردّ بمنع

^١ و فى النسخة: فانها ممنوعة راساً.

^٢ و فى النسخة: فى تجارة.

عدم التوظيف مستنداً بان عدم ورود النص الخاص، لا يدل على عدم التوظيف. لثبوته من العموم. و نظير ذلك فى الفقه كثير. كما انه منع جماعة عن اخراج المؤمن فى الزكوة مستنداً بعدم النص. و ردّ عليه اخرون باستفادته ذلك من نفي الضرر و الحرج. و كذلك الكلام فى منع خيار الغبن فى البيع او فى غيره من الاجارة 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 فى صحة المعاملة، باصل الاباحة و اصل البرائة. اذ هو من الادلة الشرعية. و هو ايضاً كثير فى كلامهم حتى ان السيد(ره) فى الانتصار، جعل من ادلة حلية المتعة، اصل الاباحة و اصل البرائة. فانحصر عدم جريان اصل البرائة و الاباحة، فى اختراع العبادة من الاصل. و الا فيجوز تنميم العبادة بهما ايضاً فى ما لو شكّ فى زيادة بعض الاجزاء، او شكّ فى وجوبه فى العبادة. كما حقّقناه فى محله.

و لكن قد عرفت ان معنى اثبات صحة المعاملة بهما، ان الاصل اباحة ما يتعاقد الناس بينهم و يلزموهم. فاذا ثبت الاباحة بهما فيضمّ اليه هذه الاية و يثبت لزومه. فيصح ان يتمسك بهذه الاية فى لزوم كل عقد الا ما يثبت من الخارج حرمة من الشارع، او عدم ترتب الاثر عليه اصلاً، او عدم لزومه.

ثمّ اعلم: ان الاوامر الواردة بالصلوة (مثلاً)، على قسمين: فمثل «أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ»^١ الاية. ظاهر فى اثبات الحكم الاولى و تشريع الصلوة. و اما «أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَ آتُوا الزَّكَاةَ»^٢ و نحوها، فلعله من باب التاكيد و التنبيه و الركون^٣ عن تركها.

^١ آية ٧٨، سورة اسراء.

^٢ آية ٤٣، سورة بقره.

^٣ و فى النسخة: الركوع.

مثل ان الآمرين 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 آياه.

و حينئذ نقول: المراد بـ «اوفوا بالعقود»، اّما بيان تشريع العقود المتداولة (و لو على سبيل الزامهم بما كانوا يفعلون من دون سبق تعليمهم آياها من جانب الشرع و الزامه آياهم بالعمل و الوفاء على مقتضاها) فيكون مثبتاً للحكم و الزاماً معاً. و اّما بيان العقود التي ثبت من الشارع لزومها و الالتزام بها [لمراد بها] عملوا بها كما بيّن لكم، نظير تنبيه الآمرين بالمعروف. او بيان كليهما اعنى [الـ] تنبيهه فى البعض [و] التشريع و التسنين فى البعض.

فعلى الاخير، يلزم استعمال اللفظ فى معنييه. و هو غير جائز الاّ بارادة عموم المجاز، و هو معنى مجازى، الاصل عدمه. و لما كانت المائدة اخر سورة نزلت، فارادة نظير الامر بالمعروف، الصق بالمقام. و لكن ارادة القدر المشترك، اتمّ فائدة. و يمكن ان يقال انّ هذا هو المعين، بان يكون من باب التناسى عما بيّن قبل ذلك. فليس الامر بالوفاء امرأً 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 بيّن قبل ذلك. و كان التعليق بالوصف (اعنى وصف العقديّة) يشعر بان وجوب الوفاء انما هو لاجل انه عقد، لا لاجل انه ورد به الشرع قبل ذلك. بخلاف ما يريد به الآمر^١ بالمعروف حيث يقول: ايها المومنون لا تتركوا الصلوة و الزكوة و بادروا الى الصلوة فى اوقاتها، و الى الزكوة حين وجوبها بتصفية الغلات. و نحو ذلك. مع ان ذلك ايضا امر حال معلومية الصلوة و الزكوة، لا بشرط معلوميتها.

و الحاصل: ان مقتضى الامر طلب ايجاد الوفاء بالعقد، اى العهد الموثق. و عموم العقود و

^١ و فى النسخة: الامرون.

جواز الاستدلال بها فى اصل تشريع العقد و لزومه، هو الذى^١ تداول العلماء فى الاعصار و الامصار.

و ظهر بذلك، وهن ساير الاحتمالات؛ من ارادة نفى الحظر من الامر، و [من] ارادة التنبيه و التشديد كما فى الامر بالمعروف. و من ارادة كل من المعنيين على البدل، و من ارادة القدر المشترك بينهما؛ بمعنى التفطن لهما و اخذ المشترك بينهما (كما فى عموم المجاز) و اصل طلب الفعل مع الالتزام الذى هو المعنى الحقيقى و ان كان المطلوب قدراً مشتركاً بين ما هو معلوم الصحة و الجواز و الالتزام ايضا قبل ذلك، و بين غيره. و هذا القدر المشترك، غير القدر المشترك الذى قدّمناه. اذ هو القدر المشترك فى الطلب، و هذا فى المطلوب.

فان قلت: استدلالهم بهذه الاية فى تصحيح العقود، فيما اختلف فيه من افرادها. لاجل ادخال ما اختلف فيه فى ضمن العقد العام المأذون فيه. كما استدّلوا فى تصحيح «الصلح الابتدائى» بذلك. لان الصلح عقد من العقود يجوز من الشارع بقوله «الصلح خير» و «الصلح جازى بين المسلمين» و هذا منه. فيجب الوفاء به لانه صلح، لا لانه من جملة افراد مطلق العقود. و هكذا من يستدل فى تصحيح عقد الشركة (اذا اشترط لاحدهما زيادة الربح مع تساوى^٢ المالين، او بالعكس) بعموم هذه الاية^٣، مراده ادخال ذلك فى عقد الشركة المجوّز من الشارع.

قلت: اولاً: هذا لا يتمّ فى مثل عقد المغارسة فى كلام من استشكل فى بطلانها مستندلاً

^١ و فى النسخة: و هو الذى.

^٢ و فى النسخة: من تساوى..

^٣ و فى النسخة: لعموم هذه الاية.

بأمثال هذه الآية. فإنَّ عقد المغارسة لم يثبت تجويزه في الشرع بنصِّ حتى يندرج هذه فيه. و توهّم كونه من المساقات بعيد.

و ثانياً: ان دخول الصلح الابتدائي و الشركة المذكور، في مطلق الصلح و الشركة المجوزتين، ممنوع. فالأولى ان يستدل بذلك الاطلاق و لا حاجة الى الاستدلال بهذه الآية. مع انهم ذكروا في تعريف الصلح «انه عقد شرع لقطع التجاذب» و كلما ورد فيه من الآية و الاخبار، ايضاً ظاهرة فيه. و لم يثبت في الصلح و الشركة، حقيقة شرعية، و لا عرف خاص، [حتى] يُحمل كلام الشارع عليه. فدخول ذلك في اطلاق الصلح، محل الكلام. اذ هو انما يتم لو ثبت وضعه لما يشمل ذلك. و كذلك الشركة المذكورة. و كذلك ساير المواضع المختلف فيها.

فعلم ان مرادهم بالاستدلال بعموم الآية، من جهة انه عقد. لا انه من جملة هذا العقد الخاص. و من جميع ما ذكرنا ظهر ان حمل الآية على جميع العهود الموثقة، أولى. سواء كان من العقود المخترعة بين العباد، و سواء كان من العقود المتداولة في الفقه و غيرها. و سواء ورد التجويز فيها بنص خاص او عام، اولاً. و سواء كان من عهد الله الى عباده في عالم الذرّ حيث قال «الست بربكم» من الايمان به و باوليائه. او في عالم التكاليف الظاهرية من الايمان و تحليل الحلال و تحريم الحرام و فرض الفرائض و الحدود و الاحكام. و سواء كان

^١ اي باطلاق لفظ العقد، لا باطلاق لفظ الصلح و الشركة. - بذلك الاطلاق، لا بهذا الاطلاق.

^٢ لقد اعطى الله المصنف(ره) نبوغاً و استعداداً خاصاً. يستنتج من الأدلة و القواعد، جواز عقد مستحدثة مخترعة، قبل ان يرى العقود المستحدثة مثل «السرقفلية» و «البيمجة» و امثالهما. و هذا هو الاجتهاد. الذي يُنبئ عن شماعة الاسلام و شموخ اغصانه و شموله لعامة ما يحتاج اليه الانسان ما دام في الوجود الدنيوية. و يهدى كل عقل دقيق و عالم محقق، الى عظمة كيان هذا الدين القويم، و كيف لا، و هو ناسخ الاديان، و متممها و خاتمتها. و المجتهد كذا، يستحق ان يلقب بآية الله.

مما عهده العباد الى الله تعالى؛ من النذر و الأيمان و العهود. او عهده 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 الطبرسي (ره) فى مجمع البيان حيث ذكر اولاً ان المراد بالعقود، العهود. و نقله عن ابن عباس و جماعة من المفسرين. ثم نقل اقوالاً اربعةً فى معنى العهود:

الاول: ان المراد بها، العهود التى كان اهل الجاهلية عاهد بعضهم بعضاً على النصره و الموازرة و المظاهرة على من حاول ظلمهم او بغاهم سوءاً و هو الحلف^١. عن ابن عباس و جماعة من العامة^٢.

الثانى: ان العهود التى اخذ الله سبحانه على عباده بالايمان به و طاعته فيما احل لهم او حرّم عليهم. نقله ايضا عن ابن عباس، قال و فى رواية اخرى قال: هو ما احل و حرّم و ما فرض و حدّ فى القران كله [اى] فلا تعتدوا و لا تنكثوا. قال: و يؤيده [قوله] «الَّذِينَ يَتَّقُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ»^٣ الى قوله تعالى «سُوءُ الدَّارِ»^٤.

الثالث: ان المراد بها العقود التى يتعاقد بها 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

^١ و فى النسخة: او بغاهم و سواء و هو الحق.

^٢ و الجماعة: المجاهد و الربيع بن انس و الضحاک و قتاده و السدى. راجع المجمع، ذيل الآية.

^٣ آيه ٧٢، سورة بقره.

^٤ آيه ٢٥، سورة رعد و آيه ٥٢، سورة غافر.

^٥ و فى النسخة: بالعمل. راجع المجمع.

التورات و الانجيل فى تصديق نبينا(ص) و ما جاء به من عندالله. و نقله عن ابن جريح و ابى صالح. ثم قال و اقوى هذه الاقوال، قول ابن عباس ان المراد بها عقود الله التى اوجبها على العباد فى الحلال و الحرام و الفرائض و الحدود. و يدخل فى ذلك جميع الاقوال الأخر، فيجب الوفاء بجميع ذلك إلا ما كان عقداً فى المعاونة على امر قبيح، فان ذلك محذور بلا خلاف.

و يظهر منه ان الاية تدل على صحة كل عقد يخترعه العباد بينهم. سيما على القول بدخول عقد اهل الجاهلية. بل و لزومه إلا ما كان معاونة 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 المحرم 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 الاخر الذى اراده. مع ان اطلاقات العهد المرغوب اليه بالقرآن، يشتمل على كل عهد من حيث انه عهد. و هو لا يستلزم كونه العنوانات المتعارفة. مثل قوله تعالى «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ»، فيرجع الى ما ذكرنا من حسن الوفاء بكل عهد. و لم يثبت فى لفظ العهد، حقيقة شرعية فى المعنى المتعارف الذى هو مذكور مع النذر و اليمين. و بالجملة: فكلامه لا يخل من المسامحة بل السماحة.

و كذلك يظهر من المحقق الاردبيلي(ره): قال «الوفاء و الايفاء، القيام بمقتضى العهد. و العقد، العهد الموثق المشدد بين اثنين. فكل عقد، عهد. دون العكس، لعدم لزوم الشدة و الاتينية. قال فى الكشاف: العقد، العهد. و هى عقود الله تعالى عهدها على عباده و الزمها

اياهم^١. من مواجب التكليف» الى اخره. [و قال:] «و يحتمل كون المراد العقود الشرعيه
الفقيهيه؛ و هل المراد اعم من التكاليف و العقود التي بين الناس و غيرها كالايمان؟ فالايفاء
بكل واجب؟ فالاية دليل وجوب الكل، فمنها يفهم ان الاصل في العقود، اللزوم» انتهى.
و قد يتوهم المنافاة بين اخر كلامه لاوله. 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 الاية: القمى عن الصادق عليه السلام: اى بالعهد. ثم
قال «اقول: الايفاء و الوفاء بمعنى. و العقد العهد الموثق. و يشمل هيهنا كل ما عقد الله على
عباده و الزمه اياهم من الايمان به و بملائكته و كتبه و رسله و اوصياء رسله و تحليل حاله
و تحريم حرامه و الاتيان بفرائضه و سننه و رعاية حدوده و اوامره و نواهيه و كل ما يعقده
المؤمنون على انفسهم لله و فيما بينهم من عقود الامانات و المعاملات الغير المحظورة»^٢
انتهى.

اقول: ان اراد من الغير المحظورة، ما لم يرد به نهى و ان لم يرد شرعيته ايضاً، فيتم جعل
الاية مؤسسة للحكم الابداعى فى كل عقد ما لم يرد صحته بالخصوص من الشارع. و ان اراد
منه المجوزة، 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 الخطيب:

قوم اذا عقدوا عقداً لجارهم شددوا العناج و شددوا فوقه الكريا

^١ و فى النسخة: اياه.

^٢ تفسير الصافى، ذيل الآيه (١- مائة)، ج ٢ ص ٥ ط، دارالمرتضى.

و اصله، الجمع بين الشئيين بحيث يعصر الانفصال. و لعل المراد بالعقود ما يعم العقود التي عقدها الله تعالى على عباده و الزمها ايّاهم من التكاليف 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 في كلامه تهافت. لان قوله «مما يجب الوفاء» الى آخره، ان كان بياناً لمجموع ما سبق. فلا يلائم كلمة «الزمها» سابقاً. و ان كان^٢ المراد بالالزام، ايجاب العمل على مقتضائها (ففي بعضها بالوجوب كالايمان و الصلوة و الزكوة. و في بعضها بالندب كالعبادات المندوبة. و الحاصل أنه الزم عباده اعتقاد الوجوب في الواجب و اعتقاد الندب في المندوب و الاباحة في المباح و هكذا) فلا يتم. فلذا حملنا الامر على المشترك لصحة الحمل على الوجوب بالمعنى المتقدم.

و الى ذلك ينظر كلام الزمخشري حيث قال (بعد ما نقلنا عنه على ما نقل منه): ان هذه الآية كلام قد تمّ مجملاً ثم عقب بالتفصيل، و هو قوله «أُحِلَّتْ لَكُمْ»^٣ الآية. و هي اشارة الى بعض تفصيل العقود.

و قال في مجمع البيان قبل الشروع في تفسير^٤ المائدة: «لما ختم الله سورة النساء بذكر الاحكام الشرعية، افتتح سورة المائدة ايضاً ببيان الاحكام و اجمل ذلك بقوله: اوفوا بالعقود. ثم اتبعه بذكر التفصيل». فان احلال الانعام ليس من الامور التي يتصف بالوجوب. فالايفاء الواجب بمثله، هو اعتقاد حلّ اكلها. و نحو ذلك. فان كان بياناً لعقود الامانات الى آخره، مثل

^١ انوار التنزيل، ذيل الآية (١- مائدة) ج ١ ص ٢٦٠ ط مكتبة الباني.

^٢ و في النسخة: قال ان.

^٣ آية ١، سورة مائدة.

^٤ و في النسخة: تفصيل.

الدين و البيع و الوعد، على المشهور. فلا يلائم السبك، و لا مرجح لاختيار التفصيل فيها دون التكاليف. مضافا الى صحة الحمل على الوجوب بالمعنى المتقدم. مع ان حمل الهيئة على القدر المشترك، ليس باولى من التجوز فى المادة، بارادة العمل على مقتضى العقود الجواز. بل الظاهر انه لا يجوز فيه.

و العمدة بيان الاستشهاد بكلامه فيما نحن فيه، و هو لا يتم الا بارادة ما لم يرد فيه نهى من الشارع.

و اما ان كان المراد ما أمر به على وجه الندب (كما هو مناسب لمذهبه) فلا يتم الاستشهاد ايضا. و فى استشهاده بشعر الخطيئة، نظر ظاهر، و هو غريب من مثله و لكنّه سهل.

و عن الراغب: العقود باعتبار العقود و العاقد، ثلاثة اضراب: 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 الاية يقتضى كل عهد سوى ما كان تركه قربة او واجبا.

ثم انك يمكنك الاستيناس بما ذكرنا بوجه عدم الوفا بالوعد (كما هو المشهور بين الاصحاب و ان ورد بوجوبه رواية صحيحة^٢) و بوجه عدم لزوم^٣ المعاطاة و ان قلنا بتسميته بيعا. و به يشير اضافتهم العقد الى البيع، و ما تقدم من كلام الجوهرى فى عقد البيع. اذ ليس فيهما ميثاق. فان الصيغة بمنزلة التوثيق، فى البيع و النذر و العهد المصطلح و غيرها^٤. و كذلك يمكن الحكم بلزوم كل معاوضة مالية حصل العقد فيه و جرى الصيغة؛ كما لو عاوض

^١ عطف على «و ان كان المراد» عند نقد كلام البيضاوى.

^٢ الوسائل، كتاب الحج، ابواب احكام العشرة، ب ١٠٩ ح ٥- او: كتاب الجهاد، ابواب جهاد النفس، ب ٤ ح ٢١.

^٣ و فى النسخة: بعدم وجه لزوم...

^٤ و فى النسخة: غيرهما.

فرساً ببقر، او ضيعةً ببستان. فان اندراجها فى البيع و ان امكن بجعل احدهما ثمناً و الاخر مثنماً، و يكون الثمن ما دخل عليه حرف الباء و لكن لما كان الغالب ان الثمن انما هو من النقود (فى غير بيع الصّرف من بيع ساير الاجناس) فسلب اسم بيع فى العرف (حيث اذا قيل لمن عامل فرسه ببقر «هل بعت فرسك؟» يقول «لا بل عاوضته ببقر») مبنى على هذه الغلبة. و الا فالظاهر انه بيع و يجوز ادخال الباء على كل منهما. و يكون صدور القبول بعد الايجاب من احدهما، و لا يلزم ان يقول الاخر ايضاً «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 معاملة برأسها ثابتة صحتها و لزومها بعموم «او فو بالعقود». فيحمل مثل قوله تعالى «وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ»^٢ 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 «وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ»^٣ الى قوله تعالى «سُوءُ الدَّارِ»^٤، على العهود الموثقة (كما هو صريح الاية) كالعقود. بل فى الاية اشارة الى عدم وجوب الوفاء بمطلق العهد. لان مفهوم الاية انه ليس سوء الدار اذا لم يكن هناك ميثاق.

المقدمة الثانية: فى تحقيق قوله (ع): «المؤمنون عند شروطهم»، و استدلال العلماء

به فى اثبات لزوم العقود و الشروط.

^١ و فى النسخة: و يكى 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.

و التحقيق انه يمكن الاستدلال به على وجوب الوفاء بالشروط المذكورة فى ضمن العقود. فان المراد بالشرط، لابد ان يكون هو مطلق الالزام و الالتزام. لتوافق استدلالهم بهذه الرواية 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 المستلزمة هذا^١.

و هذه الرواية وردت بطريق العامة و الخاصة: 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 يستشكل فى دلالتها على الوجوب. و ربما يحمل على الاستحباب، و لا وجه له. كما بيناه فى رسالتنا المكتوبة فى «مسئلة الشرط فى ضمن العقد»، فان الظاهر من الجملة الخبرية، الوجوب. يعنى لابد ان يكون المؤمن ثابتا عند شرطه و ادائه^٢. نظير «جعلنا حرماً آمناً»^٣ يعنى مكانا يجب ان يكون مأمناً و لا يحدث فيه احد بحادث. و لا يصح حمله على الوصف و لا المدح مثل «كأنوا قليلاً من الليل ما يهجعون - و بالأسحار هم يستغفرون»^٤ و مثل قوله (ع): «المؤمن غرّ كريم»^٥. سيما مع ملاحظة قرينة آخره و هو «المنافق خب لثيم»^٦.

^١ و فى النسخة: و هذا.

^٢ و فى النسخة: فى اخر و قد...

^٣ و فى النسخة: لفظان بعنوان البدل: اما به - ادايه.

^٤ آية ٤٧، سورة عنكبوت.

^٥ آية ١٧ و ١٨، سورة الذاريات.

^٦ الوسائل، ج ١٢ ص ١٨.

^٧ و فى النسخة: قرينة الاخرى و هو - نسخة البدل: قوله.

[و] لمنافاته ظاهر الاستثناء. فان المؤمن لا ينبغي ان يشترط 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 خرازة فيه. مع ان في كثير من الروايات: «المسلمون عند شروطهم»، و الحمل المذكور فيه اضعف. مع [ان] قوله (ع): «الّا من عصى الله» في الروايات الاخيرة على تقدير ارادة المدح، مستثنى متصل من المؤمنين، و مقتضاه لزوم العصيان بمخالفة الشرط. و هو معنى الوجوب. و كذلك لو اريد به الحكم، و هو جعل المستثنى منقطعاً و اريد به «الّا من عصى الله بالشرط» بان شرط ما خالف الكتاب. فهو ايضا لا يناسب المدح و يرد عليه ما سبق. و لا خرازة فيه اذا اريد الحكم.

هذا، مع ان فهم الفقهاء عصراً بعد عصر (في جميع ابواب الفقه) اعظم شاهد على ذلك. و لم تقف على من قدح في ذلك. بل يظهر من تاويلهم بعض الاخبار المذكور فيه هذا اللفظ في بعض الشرط، و حملهم على الاستحباب [مع] ان الاصل فيه الوجوب. مثل موثقة منصور بن يونس عن ابي الحسن (ع) الدالة على لزوم العمل بمقتضى شرط الزوج لزوجته ان لا يطلقها و ان لا يتزوج عليها، مستنداً الى قول رسول الله (ص) المسلمون عند شروطهم. فان الشيخ حملها على الاستحباب^١.

و اما الثاني: فكثير؛ منها صحيحة عبدالله بن سنان عن الصادق (ع): «قَالَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطاً مُخَالَفاً لِكِتَابِ اللَّهِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ وَ لَا يَجُوزُ عَلَيَّ الَّذِي اشْتَرَطَ عَلَيْهِ وَ الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ فِيمَا وَافَقَ كِتَابَ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ»^٢.

المقدمة الثالثة: ان المفارقة بين الزوجين اما يحصل بالفسخ (كما في المفارقة بسبب

^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 ونحوها. واما بالطلاق؛ و هو ازالة قيد النكاح بينهما بلفظ «طالق» مجرداً، او بالخلع و المبارات، او بغيرهما كالظهار و اللعان. ثم: ان الفقهاء بوبوا لكل منها باباً فجعلوا باباً للطلاق و عرفوه بانه «ازالة قيد النكاح بلفظ طالق» و ارادوا به المجرد. و باباً للخلع و المباراة، و عرفوهما بـ «ازالة قيد النكاح بفدية بصيغة خلعت و باريت و نحوهما» مع فرق بينهما.

و لكنهم ذكروا في باب الطلاق، اقسام الطلاق و جعلوا من اقسامه، الخلع و المباراة، فقالوا انه ينقسم باعتبار، الى الواجب و المكروه و المستحب. و باعتبار اخر، الى البائن و الرجعي. و ذكروا للبائن اقساماً متعددة^٢، منها الخلع و المباراة، فأعملوا في الكلام استخداماً. حيث ارادوا من لفظ الطلاق في صدر بابه، هو ما كان بلفظ طالق مجرداً، و من ضميره في قولهم «ينقسم الى بائن و رجعي» المعنى الاعم الشامل لهما و لغيرهما، بان يكون مشتركا بينهما لفظاً. و المراد منه الطلاق المجرد و ما في حكمه كالخلع المجرد (على القول بكونه طلاقاً كما سنذكره). ثم اختلفوا في لزوم ذكر صيغة الطلاق مع الخلع و عدمه. و الاظهر عدمه. كما هو المشهور. و الظاهر عدم الاشكال في كونه طلاقاً يعد من الطلقات، بمعنى انه يجري عليه احكامه.

و بعد هذا كله، فاعلم: انهم (بعد ما اشترطوا في الخلع، كراهة الزوجة فقط الى حدّ يخاف معها مخالفة حدود الله، بلاخلاف ظاهر. و لزوم الايجاب و القبول، بجعله من عقود المعاوضات)، تكلموا في ان ذلك هل يتحقق بلفظ الطلاق بعوض؟ بان يقول موضع «خلعتك بكذا»، «انت طالق بكذا»، ام لا؟-؟ فالمعروف من مذهبهم، نعم. و لا يخفى ان

^١ و في النسخة: بينهم.

^٢ و في النسخة: متعة.

مرادهم هنا، قصد الخلع المعهود و المشروط فيه الكراهة 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 امّا ان لفظ «طالق بكذا» هل له مصداق اخر غير الخلع و المبارءة، [و] يكون من اقسام الفراق ايضاً، ام لا؟-؟ فان تحقق له مصداق اخر، كما فيما لم يكن كراهة اصلاً. او كانت مختصةً بالزوج، فيكون النسبة بينه و بين الخلع، عموماً من وجه. و سيجبىء الكلام فى تحقيقه. و ما تقدم من كون الخلع اعم منه مطلقاً، هو اذا لم نقل بثبوت مصداق اخر له، بل يكون من الالفاظ المؤدية للخلع محضاً و المبارءة ايضاً.

اذا عرفت هذا، ظهر لك ان الطلاق له اطلاقان: احدهما المعنى الاخص. و هو المغاير للخلع و المبارءة. و هو الذى عنونوا له باباً و افردوا له كتاباً و عرفوه بأنه «ازالة النكاح بلفظ طالق»، يعنى من دون اعتبار شىء اخر. بل اعتبار عدمه و نظرهم الى ذلك. حيث افردوا الخلع و المبارءة، 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 المهيبة و القيد المقارن له. بل و يمكن ادخاله فيه بالمعنى الاعم ايضاً، كما لو باراها بشرط عوض خارج عن المبارءة. و سيجبىء تمام الكلام.

اذا تحقق لك، هذه المقامات، فنقول: قد ظهر لك ان الاشكال فى ان الطلاق بعوض، هل هو مغاير للخلع و المبارءة، او ليس الاً 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 جماعة من الاصحاب، بل لم نقف على مصرح بخلافه الا الفاضل السيد محمد(ره) فى شرح النافع و بعض من تاخر عنه كالفاضل الاصفهاني فى شرح القواعد. و ما قد يتوهم ان فيما ذكره المحقق و من وافقه، حيث قالوا «لو خالها و الاخلاق ملتئمة، لم يصح الخلع و لم يملك الفدية. و لو طلقها و الحال هذه [بعوض]، لم يملك العوض و صح الطلاق، و له الرجعة»^١ تصريحاً بان الطلاق بعوض ليس له فرد الا الخلع، و الا لما حكموا بعدم تملك العوض. ففيه ما لا يخفى، لانه^٢ يحتمل ان يكون مرادهم بانه لو طلقها بعوض حيث يراد الخلع. كما سئلته الزوجة خلعاً فقالت «خالعنى بكذا»، فقال «انت طالق بكذا» و الاخلاق ملتئمة. بل انما هو الظاهر منهم، كما سنبينه و نوضحه. فاین التصريح؟

و من جملة عباراتهم عبارة ابن ادريس حيث انه بعد ما ذكر اشتراط كراهة الزوجة فقط فى تحقق الخلع، و كراهتهما معاً فى المباراة، قال: «فاما اذا كانت الحال بين الزوجين عامرة و الاخلاق ملتئمة و اتفقا على الخلع فبذلت له شيئاً على طلاقها، لم يحل له ذلك و كان محظوراً. لاجماع اصحابنا على انه لا يجوز خلعها الا بعد ان يسمع منها ما لا يحل ذكره؛ من قولها لا اغسل لك من جنابة، و لا اقيم لك حداً، و لا واطن فراشك من تكرهه، او يعلم ذلك منها فعلاً. و هذا مفقود هيهنا. فيجب ان لا يجوز الخلع»^٣. و يقرب منها عبارة ابن البراج فى المهذب. فلنذكر كلام الجماعة حتى يتبين الحال:

فمنهم فخر المحققين؛ قال(ره) فى الايضاح فى تعريف الخلع، بانه «ازالة قيد النكاح

^١ شرايع الاسلام، كتاب الخلع، ج ٣ ص ٤١ ط دارالتفسير.

^٢ و فى النسخة: ان.

^٣ السرائر، ج ٢ ص ٧٢٤ ط جامعة المدرسين.

بعوض منها و كراهتها للزوج دونه، بلفظ خلعت. ثم قال و عرفه المصنف بانه ازالة قيد النكاح بفدية. و قال المراد فدية لازمة لمهيتها. فلا يرد النقض بالطلاق بعوض^١. و مراده ان اعتبار الفدية 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 الكراهة بالزوجة و نحوه. و قد لا يصير، و ذلك مثل الهبة المعوضة المشروط فيها العوض.

فأنهم ذكروا فى تعريف الهبة انه تملك عين بنحو مجرد عن العوض^٢ و القرية. و اجاب جماعة، منهم المحقق الثانى و الشهيد الثانى(ره) عن نقض العكس بالهبة 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 المذكورة فى المقدمة الثالثة، موضع الهبة المطلقة، المعرفة بالتعريف المذكور. و هو بمهيتها مجرد عن العوض. و يضع الطلاق بعوض، المبحوث عنها، موضع الهبة المشروط فيها العوض. فلنقدم الكلام فى الهبة المطلقة و المشروط فيها العوض، لتسهيل الامر فيما نحن فيه: فنقول: أنهم ذكروا ان الهبة تملك عين لم يكن العوض داخلا فى مهيتها، سواء لم يكن هناك عوض او كان و لم يكن داخلا فى مهيتها كالهبة المشروط فيها العوض. فان العوض ليس داخلا فى مهية الهبة. بخلاف البيع، فانه تملك عين داخل العوض فى مهيتها. لعدم تحقق حقيقته الا بالعوض.

^١ ايضاح الفوائد، اول مبحث الخلع، ج ٣ ص ٣٧٥ ط كوشانيور.

^٢ و فى النسخة: تملك عين منجره مجردا عن العوض.

^٣ كذا- و لعله: ان يوضع- او: ان تضع.

و الحاصل: ان الانشآت المملّكة في العقود، بعضها مشتمل حقيقتها على افادة نقل ملك عن المنشئ و انتقال عوض اليه، و لها صيغة تدلّ على ذلك كالبيع. بان يريد بلفظ «[بعت] هذا العين اليك، بان ينتقل ذاك العين اليّ». بل و «ان ينتقل ذلك العين اليّ» و من لفظ «قبلت» قبول النقل من البايع، و الانتقال من المشتري. بل و انشاء النقل من المشتري ايضا. و بعضها يشتمل حقيقتها على افادة نقل ملك عن المنشئ مع تجرده عن انتقال عوض اليه من الاخر. و لها صيغة تدلّ عليه، كالهبة.

و اشتراط انتقال العوض، مضر في الثاني و مخالف لمقتضى العقد، كاشتراط عدمه في 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 شرطت[ت] عليك ان تهني 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 تعاوضني من هذه الهبة بهبة ثوب لي» او «شرطت عليك ان لا تعاوضني من هذه الهبة بشيء». فهذا الشرط خارج عن العقد في الموضعين، و لا غائلة فيه اصلا.

فالتنقض بالهبة المشروط فيها العوض، غفلة. اذ العوض الماخوذ في البيع هو العوض الداخل في المهية، الذي يفهم انتقاله الى البايع بلفظ بعت. و العوض الماخوذ في الهبة المشروطة هو الخارج عن المهية. كما عرفت. و السرّ في ذلك ان البيع بجوهر لفظه يدل على عقد المعاوضة مع قطع النظر عن قول البايع بكذا. و قوله «بكذا» لاجل تعيين العوض، لا لافادة نفس العوض. بخلاف الهبة و الصلح، فانه ليس في مفهومهما اعتبار العوض.

فنقول: مرادهم في البيع انه «نقل ملك معين الى اخر بعوض لازم لمهيته». و ليس الهبة المشروطة فيها العوض، كذلك. لانه اعتبر في مهيتها تجردها عن العوض. صرحوا في تعريفها.

و ظهر مما ذكرنا، الجواب عن انتقاض تعريف الهبة بالهبة المشروطة فيها العوض؛ أما بان يقال: المعاوضة في الهبة المشروطة إنما هو بين الفعلين، فلا يرد انه تمليك شئ في ازاء عوض لذلك الشئ. حتى ينافي تعريف الهبة المطلقة. و من اعظم الشواهد على ذلك انهم يعرفون^١ الهبة مع قيد التجرد عن العوض. ثم يتعرضون للخلاف في ان الهبة هل يقتضى الثواب و العوض ام لا؟-؟ فان اقتضائها الثواب مناقض لتجردها عن العوض.

او يقال: سلمنا ان العوض في 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 اللازم لمهية 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 المطلقة تمليك عين مجردا عن ذلك العوض. و يخرج الهبة المشروطة عنها، اما لانها لم يعتبر فيها كون العوض عوضاً عن العين. [و اما 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 معاوضة صريحة بين العينين-؟

قلت: قد يكون مرادهما اظهار التودد^٣ من الجانبين، مع عدم حصول الضرر لاحدهما.

^١ و فى النسخة: يفرقون.

^٢ و فى النسخة: و ان شاء.

^٣ و فى النسخة: اظهار التردد.

فيجعلان ذلك في قالب الهبة مع شرط الهبة. فيحصل المؤدّة^١ و نفى الضرر، كلاهما. نظير الفرار عن الربا يهبتين في المتماثلين؛ كما انه يهب عشرة امانان من الحنطة على ان اتّهبه^٢ عشيرين منّا من الشعير. او يقرضه عشرة دنانير و يبيعه مندبلاً بستوى بدرهم بدينارين^٣ بدون شرط. فحينئذ يحصل له العوض من دون عقد معاوضة بين العينين صريحاً. و انفصل^٤ اعتبار العوضية عن العين تبعاً.

و الحاصل: ان العقود الشرعية متمايضة بالذات، و ان كان كثير منها متماثلة في كثير من الاحكام مع مخالفتها في بعضها. فقد يكون للفرار عن مقتضى بعضها الى ارتكاب بعض اخر؛ كما تريهم يفرّون من البيع الى الصلح، فراراً عن دعوى [ى] الشفع. و عن معاملة المثليين مع التفاضل الى هبتهما متفاضلاً. او الى بيع محاباطى. و هكذا.. و من هذا ظهر لك الفائدة فى القول بكون الهبة بمهيتها مجردة عن العوض مع دخول الهبة المشروطة فيها العوض. و القول بكون البيع بمهيته مندرجا فيه العوض. و جعل البيع مهية عليحدة، و الهبة المشروطة فيها العوض مهية عليحدة. و المميّز فى الماهيتين^٥، كون العوض داخلاً فى مهية البيع دون الهبة، و ان اتّحدا فى انتقال عين منه الى اخر فى عوض عين اخر و لو بالتبع. و الثمرة هو اظهار المؤدّة فى الثانى؛ حيث جعل النقلان فى قالب النقل بلا عوض. و لا يوجد ذلك فى البيع. و

^١ و فى النسخة: المؤدّة.

^٢ كذا فى النسخة، و لكنّ الصحيح: على ان يهبه.

^٣ قد اسلفنا فى احدى المجلدات السابقه؛ ان الامام الخميني(ره) اخذ التقاب عن صورة هذه المسئلة، و حقّقها حق تحقيقها، و اثبت ان هذا القول المعروف، مردود. فارجع. و ارجع المسئلة فى باب الربا من «تحرير الوسيلة».

^٤ و فى النسخة: و انفصل.

^٥ و فى النسخة: و المميز دخول الماهيتين.

كذلك الثمّرة في العدول عن معاملة^١ المثلين متفاضلا. الى ما ذكرنا من الحيل للفرار من الحرام الى الحلال. فان الانتفاع من المال امر شايع شرعا و يمكن حصوله في قالب^٢ الحرام و الحلال كليهما. فيمكن الفرار من الحرام بتبديل صيغتها بصيغة الحلال.

فخذ هذا و دع عنك ما ذكر في هذا المضمار. و اوجهها ما ذكره جماعة من المحققين من ان المراد بالتجرد عن العوض في الهبة، هو عدم لزوم العوض. يعنى ان الهبة عقد يفيد التمليك من غير لزوم عوض فيه، كما يلزم في البيع. و لا يشترط في تحققه عدم العوض. بل يكفى عدم اشتراط العوض، و يصح مع التجرد عن العوض. و غاية توجيه هذا الكلام ان يرجع الى ما حققنا في معنى العوض، يعنى انه لا يعتبر فيه عوض لازم للمهيبة و ان اعتبر فيه عوض خارج عن مهيتته كما في المشروطة بالعوض.

و فيه^٣: ان هذا يتم مع اعتبار عدم العوض فى مهية الهبة. كما حققناه. و هو ظاهر عباراتهم، و لا حاجة الى عدم اعتبار العوض و الخروج عن ظاهر عباراتهم. و انما قلنا غاية توجيه ذلك... لانه يحتمل ان يكون مراد الجماعة ان الهبة هو عقد يفيد التمليك بلا اعتبار و اشتراط في تحققه؛ فقد يتحقق مع اعتبار العوض، كالهبة المشروطة. و قد يتحقق بدونه كالمطلقة، او المشروطة فيها عدم العوض. و لا يخفى ان فساد الكلام حينئذ اكثر بمراتب شتى. و من مفسده ان التعريف يرجع حينئذ الى التقسيم و ذكر الاقسام فى مقام التحديد. اذ لا بد ان يكون الحد قدراً مشتركاً بين الاقسام يصدق على جميعها و يحمل عليها. و حمل ما لا يعتبر فيه العوض على ما يعتبر فيه، تناقض. بخلاف ما حققناه، اذ لا تناقض فيه اصلا. و

^١ و فى النسخة: مع معاملة.

^٢ و فى النسخة: فى غالب.

^٣ الضمير راجع الى «توجيه» فى قوله: و غاية توجيه هذا الكلام.

من مفاسده انتقاض القسم الاول (الذى هو بشرط العوض) بالبيع وغيره. ثم: ان ما ذكره الجماعة مع اجماله و الغازه الغير المناسب للحدود، مناف للغة و العرف. فمن «مصباح المنير» أنه قال: «وهبت لزيد مالاً - أهبه له هبة: اعطيته بلا عوض». و عن الراغب فى المفردات «الهبة ان تجعل ملكك لغيرك بغير عوض». و فى الفارسية معناه بخشش و بخشيدن. و المتبادر من هذه الكلمات، هو التمليك بلا عوض. لا بلا لزوم العوض، كما ذكر الجماعة.

و من الغرايب ما وقع من بعض الشافعية؛ حيث ذهب الى أن الهبة فى المشروطة بالعوض، مجرد تسمية و ليس المراد معناه. كما اختار ذلك فى «صلح الحطيطة» و غيرها فيما لا عوض فيه، او جعل فيه العوض بعض مال المصالح، كما لو صالح دعويه الالف مع اعتراف المدعى عليه، بالخمسة مائة منه. و كما لو صالح احد العبدین المدعى بهما، مع اعتراف المدعى عليه، باحدهما. فانه لا يصح عنده الصلح بلا عوض، و لا بعوض هو بالعين مال المصالح. و اما نحن [فتقول] تصح الصلح^٢. لأننا لا نقول بكونه معاوضة مطلقاً. بل هو معاوضة اذا اشتمل على العوض. و الظاهر عدم الخلاف فيه بيننا، كما يظهر من التذكرة. فاصل الصلح انما هو الرضاء و الاتفاق. و انما يصير معاوضة، لو وقع الاتفاق على عوض. فهو مثل قولنا «ملكيتك» فانه اذا اعتبر فيه العوض و قيل «بكذا» يصير بيعاً، و ان عرى منه يصير هبة.

اذا عرفت هذا، علمت ان المناسب فى الهبة المشروطة بالعوض، ان لا يؤدى بكلمة «الباء» العوضية الداخلة على العوض. فلا يقال «وهبتك هذا بهذا» اذ هو المناسب للبيع. فان

^١ و فى النسخة: ملكاً. - انظر المفردات، كتاب الواو، وهب.

^٢ و فى النسخة: احد العبد من المدعى بهما.

^٣ و فى النسخة: و اما ما نحن فيه فتصح الصلح.

قلنا بجواز مثل هذا اللفظ اذا قصد البيع، فيصير بيعا، لا هبة. بل المناسب ان يؤدَى بكلمة «على» فيقول «وهبتك هذا على ان تهبنى ذاك» او: تفعل لى هذا العمل. او: تعاملنى هذه المعاملة. او يقول: و شرطت عليك ان تفعل احد المذكورات.

اذا تحقق هذا، فنرجع الى الكلام فى الطلاق: و تقول: ان له استعمالين:

احدهما الطلاق الاخص. و هو «ازالة النكاح بلفظ طالق» مجرداً عن العوض. و هو مقابل الخلع و المبارءة 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 بان طلاق لا فسخ) و يشمل ما تجرد عن العوض، و ما اعتبر فيه العوض كالخلع (على القول بكونه طلاقاً)، و المبارءة و الطلاق بعوض. و على هذا فدخل الخلع فى الطلاق بالمعنى الاعم، كدخول الانسان فى الحيوان. و لا ينافى اشتراط تحقق الانسان بالناطق، عدم كون الناطق داخلاً فى مهية الحيوان. و اما الخلع على القول بكونه فسخاً: فهو^١ لا يدخل فى الطلاق فى شئ من الاستعمالين، و ان شاركها فى كثير من الاحكام و الشرائط.

و قد ظهر [من] ذلك، ان «الطلاق بعوض»^٢ لا يدخل فى الطلاق بالمعنى الاخص. بل هو من اقسام المعنى الاعم. و اما «الطلاق على عوض»^٣ بمعنى اشتراط العوض فيه. فيمكن صيرورته من اقسام الطلاق بالمعنى الاخص. و هو نظير دخول الهبة المشروطة فيها العوض، فى الهبة المطلقة المأخوذ فيها عدم العوض. اذ المراد بالطلاق بالمعنى الاخص، هو ما يجرد بمهيته عن العوض. و هو لا ينافى اشتراط العوض. و يصح الاستدلال على صحته حينئذ

^١ و فى النسخة: و هو.

^٢ يفرق المصنف (ره) بين «الطلاق بعوض» و بين «الطلاق على عوض». فلا تغفل.

^٣ يفرق المصنف (ره) بين «الطلاق بعوض» و بين «الطلاق على عوض». فلا تغفل.

بعموم «أوفوا بالعقود» و «المؤمنون عند شروطهم». كما استدلوا بذلك فى تصحيح الهبة المعوضة. بخلاف الطلاق بعوض المشتمله على كلمة «الباء العوضية» فهو لا يتحقق الأ مع الطلاق بالمعنى الاعم، و صحته فى صورة ارادة الخلع، و جامعيته شرائطه، مما لا خلاف فيه ظاهراً. و كذلك بطلانه، لو اراد به الطلاق بالمعنى الاخص. [ل]منافاته لمفهومه.

فالكلام^١ فى مقامات ثلاثة: الاول: فى انه هل يصح لو اريد به الطلاق بالمعنى الاعم فى غير صورة ارادة الخلع و جامعيته شرائطه ام لا؟-؟ و هل يتحقق له فرد غير الخلع و المبارء، ام لا؟-؟ الثانى: ان فى صورة التجرد عن كلمة «الباء»، او فقد المعاوضة^٢ (نظير المعاوضة فى البيع و الخلع) و اقترانه بكلمة «على» و ما فى معناها، هل له وجه صحة ام لا؟-؟ الثالث: انه على فرض الصحة، هل يقع بائناً، او يختلف فى المقامات؟-؟

أما الكلام فى المقام الثانى: فيتوقف على بيان معنى الطلاق المضاف الى العوض، و موارد استعماله. فنقول: يتصور لهذا اللفظ معان متعددة: احدها: ان يقول الزوج «انت طالق بكذا» على نهج «بعتك بكذا»، فيكون الطلاق احد العوضين فى العقد، و الطرف الاخر هو البذل، كالخلع و المبارء. و ثانيها: ان تهبه الزوجة شيئاً على ان يطلقها. بان يكون هبة معوضة، يكون عوض الهبة فيها هو الطلاق. و ثالثها: ان تصالحه الزوجة 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 يصالح المهر بشئى و يشترط فى ضمن العقد ان يطلقها. و خامسها: ان يجعل

^١ و فى النسخة: اما الكلام.

^٢ و فى النسخة: او عن فقد المعارضة.

^٣ و فى النسخة: و ثانيهما.

المهر او مطلق الفدية، جعلاً على الطلاق. و سادسها: ان يُجعل البذل شرطاً في الطلاق كما جوّزه في العتق، بلا خلاف.

نعم: ان المناسب فيما عدا القسم الاول، ان يستعمل كلمة «على» مقام «الباء» او ما يؤدي معناها من الاشتراط. و في القسم الاول، كلمة «الباء» الدالة على المعاوضة. كما في البيع و الخلع و نحوها.

لا يقال: ان كلمة «على» ليس من ادواء الشرط. بل [تسـ]تعمل في المعاوضة ايضاً. كما في قوله تعالى حكاية عن شعيب: «أريدُ أنْ نُكْحِكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ»^١ اذ مرادنا من الشرط هنا ليس الشرط بمعنى التعليق. بل بمعنى الالتزام. و لا ريب ان كلمة «على» ظاهرة فيه و ان كان قد تستعمل في المعاوضة. مع ان في ارادتها من الاية ايضاً تأملاً. مع ان بعضهم حكم بطلان ما لو قالت «طلّقتني على ان لك على الفأ» فطلّقتها. 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 معاوضة العينين، فهو تناقض، لو اريد بها المعنى الحقيقي. و لا يمكن تصحيحه الا بارادة معاوضة العقد بشيئ، لا [معاوضة] العين. او [بـ]تبديل كلمة «الباء»، «على» و ما في معناها. و بيع مجازي، لو اريد بها معاوضة العينين مجازاً. و اما «ملكتك»، فهو قابل لارادة^٣ المعاوضة

^١ آية ٢٧، سورة قصص.

^٢ اى: كما نقل عن المبسوط - و لكنى ما وجدت في المبسوط عبارة تدلّ على ذلك، الا في الشرط بمعنى التعليق.

^٣ و في النسخة: الارادة.

بين العينين فيضم^١ اليه «بكذا». و للهبة؛ فيحمل عليها اذا تجرد. لاصالة عدم العوض.

و الظاهر انه لا ينبغي الاشكال فى صحة ما عدا القسم الاول و السادس.

و وجه عدم تعرض الفقهاء لهذه الاقسام، انها ليست وظيفة كتاب الطلاق. بل يستفاد حكمها من قواعدهم المذكورة فى ابواب العقود.

اما اندراجه فى الهبة المعوضة؛ فلانهم لم يشترطوا فيها كون العوض شيئاً خاصاً. بل يظهر منهم باطلاق كلماتهم جواز كل شئ من هبة أخرى، او عقد بيع، او نحوه، او فعل من الافعال كخياطة ثوب او صناعة خاتم. حتى ان الموجود فى كلماتهم فى باب الصدقة فى مقام الاستدلال على لزومها، بأنه هبة بعوض، [عوض] منها ما يتقرب الى الله. و ان كان لى فيه كلام. و ممن صرح بالتعميم استناد المحقق طاب ثراه فى بعض رسائله. و ما قد يوهم بعض عباراتهم من ان الهبة المشروطة بالعوض، ما يقابل الهبة هبة أخرى (حيث قالوا انه لا بد من الايجاب و القبول فى المشروط لانهما بمنزلة هبتين) فهو ليس كذلك. لانه من باب المثال. فما ذكره فى المسالك فى شرح قول المحقق «فان اثار لم يكن للواهب الرجوع» حيث قال: «مفهوم شرطه ان له الرجوع مع عدم الاثابة، و الحكم فيه كذلك. حتى انه لو اراد الرجوع فبذل المتبهب الثواب^٢، لم يجب عليه قبوله. بل يجوز له الامتناع ليتمكن من الرجوع فى هبته. لاصالة البرائة. و اطلاق النصوص الصحيحة بجوازها ما لم يثبت. و لا يتحقق الثواب الا مع قبوله، لا مع بذله خاصة. لانه بمنزلة هبة جديدة و لا يجب [عليه] قبولها»^٣ انتهى.

^١ و فى النسخة: اليهم.

^٢ قال فى المسالك: اى التعويض.

^٣ المسالك، ج ١ ص ٢٩٨ ط دارالهدى.

كلامه(ره) ليس فيه دلالة على ان عوض الهبة، هبة 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 معاوضة موجبة لانتقال ما اثبت الى الواهب حتى يلزم بالقبول لاجل لزوم الهبة. بل بذل الثواب بمنزلة هبة جديدة يجوز عدم قبوله و رده. و الحاصل: ان مراده(ره) جواز الرد و عدم القبول. لا لزوم القبول المسبوق بالايجاب المعتبر فى العقود فى تحقق الثواب. فيكفى اصل الشرط المذكور فى ضمن الهبة الأولى فى ايجاب نقل الثواب. و كذا قبوله و عدم رده فى قبول ايجابه. و ذلك لا ينافى اشتراط الايجاب و القبول اذا اشترط فى ضمن العقد هبةً مستقلةً، او بيعاً، او غير ذلك. و لم تمتنع الواهب من القبول. فالثمرة يظهر فيما لو قال «وهبتك هذا الفرس و شرطت عليك ان تعطينى ثوباً» فاذا اعطاه و قبله الواهب و لم يرده تحقق الثواب. اما لو قال «و شرطت عليك ان تعطينى الثوب الفلانى، او تهبنيه، او تخالصنيه»^٢ فيلزم الايجاب و القبول المعهودان^٣ فى العقود. و [يلزم] الاقباض فى الهبة.

فاذا تأملت فيما ذكرنا؛ عرفت ما فى كلام^٤ العلامة فى التذكرة؛ حيث قال فى مسألة هبة الحلبي بشرط الثواب فى المجانس^٥ متفاضلاً: «أنه لا يضرّ التفاضل و لا عدم قبض المجلس. لان الهبة عقد مستقل عينا. و التفاضل و اشتراط القبض انما هما فى البيع». ثم نقل موافقة بعض الشافعية له مستدلاً باننا لم نلحقه بالمعاوضات فى اشتراط العلم بالعوض. فهكذا

^١ و فى النسخة: الثواب.

^٢ و لعله «تخالصنيه».

^٣ و فى النسخة: و المعهودان.

^٤ و فى النسخة: الكلام.

^٥ و فى النسخة: المجالس. و نسخة البدل: المجلس.

فى ساير الشرائط. و لان باذل الثواب فى حكم واهب جديد، فكأنه يقابل هبة لهبة. ثم قال «و يضعف الثانى بانا لا نشترط فى الثواب بلفظ العقد ايجاباً و قبولاً. و لو كان هبةً مجددة، لأشترط»^١ انتهى^٢.

فيه: ان مراد بعض الشافعية، انما اخراجه عن المعاوضة المقصودة فيها تبادل العوضين، كالبيع، حتى لا يجوز التفاضل و ترك قبض المجلس. بل هما تقلال متغايران. و لذلك قال «فكأنه يقابل...» و لم يقل انه هبة فى مقابل هبة. حتى يستلزم لزوم الايجاب و القبول، و ان كان مستلزماً لذلك لو شرط هبة أخرى، او بيعاً، او غير ذلك. فلا يرد عليه ايراد العلامة بانه لو كان هبةً مجددة، لأشترط.

و اما قوله (ره) «باناً 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 كالخياطة و الكتابة و الابرء، و لا يحتاج الى عقد جديد. بل لو كان الثواب عقداً كالهبة و البيع و نحوهما. فان الحاجة الى العقد و الايجاب و القبول، لاجل انه هبة، او بيع. لا لاجل انه ثواب.

قال فى التذكرة فى كتاب الحجر: «و للولى ان يهب مال الطفل بشرط الثواب مع المصلحة؛ اما مع زيادة الثواب على العين، او مع تحصيل امر من المتَّهب ينتفع به الطفل نفعا يزيد على بقاء العين»^٣ انتهى كلامه (ره). و الظاهر ان تحصيل ذلك الامر جزء العوض. و هو ليس هبة.

^١ التذكرة، ص ٤٢٢ الطبعة القديمة، مؤسسة آل البيت (ع).

^٢ و فى النسخة: لاشتراط النهى كذا فى ان... .

^٣ التذكرة، ج ١٤ ص ٢٦١ طبعة الحديثة، آل البيت (ع).

ثم: انه لا بد هنا من التنبيه على مرادهم من لزوم العقد [فى] الهبة المعوضة. لتكون على بصيرة فيما نحن فيه. فاعلم: ان الواهب اذا اوجب الهبة و شرط العوض و قبل المتَّهب و قبض الموهوب و عمل بمقتضى الشرط، فيصير العقد لازماً من جانب الواهب و المتَّهب كليهما. و لا يجوز لاحدهما الرجوع الى ما كان سابقاً. و يدل عليه (مضافا الى الاجماع) عموم مثل قوله تعالى «اوفوا بالعقود»، سواء جعلنا العقد شيئاً و احداً مشتملاً على نقلين و انتقالين، او قلنا بان الهبة الأولى عقد، و التعويض ايضاً عقد، لانه عبارة عن نقل المشروط الى المشروط له، بقصد العوضية. و قبول المشروط له كذلك بالمعنى الذى ذكرنا فى القبول. و اما الاستدلال بالرواية الدالة على لزوم الهبة المثاب عليها؛ فانها^١ يتم فى الهبة الأولى. لصدق الهبة المثاب عليها بلا اشكال. و اما فى العوض^٢، فلا يتم، اذا كان العوض غير هبة. و اما اذا كان هبة؛ ففي صدقها عليها، خفاء ايضاً. لان المتبادر من «المثاب عليها» تاخر الثواب منها، و المفروض تقدم الثواب حينئذ. الا ان يقال: ان قبول الواهب الاول لها بقصد العوضية، يجعل الهبة الأولى عوضاً عنها بعد القبول.

هذا كله اذا تحقق الهبة الاولى و التعويض معا. و اما اذا تحقق الاولى و لم يتحقق الثانى بعد، فالواهب الاول بالخيار. لعدم صدق المثاب عليها بعد. لعدم تحقق الثواب و صدقه الا بالتبض. فالاخبار الدالة على [عدم] لزوم غير هبة ذى الرحم و المثاب عليها، يشملها. و هى مخصّصة لعموم «اوفوا 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 جايز و هو الهبة الاولى. و الذى يجب الوفاء به، انما

^١ و فى النسخة: فأنهما - و كان الاولى «فأنه». لان مرجع الضمير، الاستدلال.

^٢ و فى النسخة: فى التعويض.

هو اذا كان فى ضمن عقد لازم.

و اشكال صاحب المسالك بان العقد من جانب المتهب لازم، مندفع بان العقد من جانب المتهب متولد من هذا الشرط. فلا معنى لكون الشرط فى ضمنه. و مراده من اللزوم من جانب المتهب، انه لا يجوز له فسخ ما اوجب عليه الشرط؛ بان يمتلك 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^١. كما صرح به فى المسالك مكررا. هذا كله فى الهبة المشروطة فيها العوض.

و اما فى الهبة المطلقة: (التي عوض عنها المتهب و حصل التقابض)، فالدليل على لزومها (بعد الاجماع ظاهرا) هو عموم «وفوا بالعقود»، بالتقريب المتقدم. فان الهبة الاولى و ان كانت جائزة- اذا كانت لاجنبى بسبب الاخبار الدالة على عدم اللزوم اذا كانت فى غير رحم او مثاب عليه- لكنه بعد حصول العوض بقصد العوضية و قبول الواهب بهذا العقد، كل منها هبة مثاب عليها. اما الاولى، فظاهر. و اما الثانية، فلان القبول بقصد العوض يجعل الاولى ايضا عوضا عن الثانية. كما اشرنا. اذا عرفت هذا.

فنقول: اذا قالت الزوجة: «وهبتك بشيئِ الفلانى على ان تطلقنى فى عوضها». و يقول الزوج: «قبلت و انت طالق على^٢ هذا». فيصح الطلاق، و يملك الزوج الموهوب. و كلمة «على هذا» لاجل الاشعار للعوضية. لانه لا يتم الا بقصد العوضية. فلو علم القصد و القبول من الطرفين، فلا حاجة اليها. و لا يجب المقارنة بين قول الزوجين (كما كانت معتبرة فى الخلع). اذ لا يشترط فى الهبة المعوضة، مقارنة العوض فى الخارج. و لا اشكال فى جواز

^١ و فى النسخة: رفع المشترط.

^٢ و فى النسخة: مع.

المقارنة، اذا حصل القبض قبل الطلاق. و اما لو قارن الطلاق بايجاب الزوجة للهبة و قبولها من الزوج بدون قبض الموهوب، ففيه اشكال؛ اظهره عدم الصحة. لان القبض في الهبة، شرط الصحة. على الاصح. فما لم يتحقق الهبة بسبب عدم القبض، فلا معنى للتعويض و قصد كون العوض عوضا عنها.

فليس لاحد ان يقول: ان الهبة و ان لم يتحقق بعد، لكنه يجوز ان يعوض المعوض بالهبة التي يتحقق بانضمام القبض، لان هذا ليس بداخل في الهبة المعوضة. بل انما هو من باب القسم الاول من الاقسام الستة المتقدمة، او القسم السادس. و كلامنا الآن ليس فيه. و اما وجه الصحة؛ هو عدم اشتراط المقارنة بين العقد و القبض. فاذا كان قاصدا للقبض^١، صدق عليه انه عوض الطلاق عن الهبة.

و فيه: مع انه اخص من المدعى، اعم من قصد القبض. [ف]كفاية القصد ممنوعة. نعم له وجه ان قلنا بان القبض كاشف عن الصحة اولاً. و لكن لا يحضرنى الان قول به من الاصحاب. اذ ظاهرهم كون القبض جزء السبب. نعم نقله في التذكرة قولاً للشافعي. هذا كله على المختار.

و اما على القول بكون القبض شرطاً في اللزوم، لا الصحة، فيكون تصحيح الهبة المعوضة. اذ كما ان القبض على هذا القول يوجب اللزوم، فكذلك التعويض. و ان كان بين اللزومين فرق. اذ المراد من اللزوم في الاول، هو فيما يتحقق فيه اللزوم كهبة ذى الرحم. و في الثانى، اللزوم مطلقاً.

و الحاصل: ان مطلبنا يتم فيما لو حصل القبض قبل التعويض و ان كان بسبب كون

^١ و في النسخة: و هو.

^٢ و في النسخة: فاذا كانت قاصدة للقبض...

الموهوب في يد الزوج. بل و يمكن الاكتفاء بهبة ما في ذمته ايضا (مثل الصداق) لجواز هبة ما في الذمة، و ان جعلناه من باب الابراء، فان الظاهر ان احكام الهبة جارية فيه، كما يستفاد من الخبر الصحيح الوارد في جواز هبة ما في الذمة^١. فان الظاهر من اطلاق الهبة، هو اجراء احكامها فيه؛ من اشتراطه بالقبض، و الفرق بين ذى الرحم و غيره، و المعوضة و غيرها. كما يستفاد من صحيحة صفوان المجوزة لهبة ما في الذمة لغير من في ذمته. قال: «سئلت الرضا-ع- عن رجل له على رجل مال، فوهبه لولده، فذكر له الرجل المال الذي له عليه. فقال: انه ليس عليك منه شئ في الدنيا و الاخرة. فطيب ذلك له و قد كان وهبه لولده-؟ قال: نعم يكون وهبه له ثم نزع فجعله لهذا^٢. فانها محمولة على ما لم يحصل القبض في حق الولد. و لا يلزم ان يحمل الحديث الصحيح (الوارد في جواز هبة ما في الذمة لمن عليه) على الابراء. بل يصح جعلها هبة ايضا. و يكفى كونها في ذمته، عن قبضه. و قد علم من صحيحة صفوان عدم منافاة كون المال في الذمة، وقوع الهبة به و صحته. اذ لا معنى للابراء ثمة.

فالبدل المعوض بالطلاق، يراد به المعنى الاعم من العيني و الديني. سلّمنا كون بذل ما في الذمة من باب الابراء دون الهبة، لكن لا دليل على بطلان المعاوضة في الابراء. و توهم ان الابراء لا يقبل الشرط، فاسد. اذ المسلّم منه هو محض التعليق، لا مطلق الشرط. فيصح ان يقال «انت بريء مما في ذمتك منى، على ان تبرئني مما في ذمتي لك». لكن هذا ليس من باب الهبة المعوضة التي نحن بصدد بيانها الان. بل هو داخل في القسم الرابع على وجه سيجيى الكلام فيه.

^١ الوسائل، كتاب الهبات، الباب الاول، ح ١.

^٢ الوسائل، كتاب الهبات، الباب الثاني، ح ١- و فيه: عن رجل كان له على رجل.

و قد ظهر لك مما ذكرنا، تصحيح طرد الحد من دخول الطلاق بعوض بتقييد الفدية باللازمة للمهية، و تصحيح ان الطلاق قد يستلزم تملك الفدية فى غير صورة الخلع اذا اوجده فى قالب الهبة المعوضة. و اما انه هل يفيد البيونة، ام لا؟-؟ و ان البيونة فيه هل هو فى معنى البيونة فى الخلع، ام لا؟-؟

فنقول: انه يفيد البيونة بمعنى الانقطاع، و لكن ليس فى معنى الخلع مطلقا. اذ البيونة هنا حاصله من اللزوم الحاصل من الهبة المعوضة. فمقتضاه عدم جواز استقلال احدهما بالرجوع. للزومها من الطرفين. فلا يمكن الرجوع الا بالتقاييل. بخلاف الخلع. فانه يجوز استقلال المرء بالرجوع دون الزوج. و لكن اذا رجعت المرء، فيجوز للزوج الرجوع ايضا، اذا لم يكن هناك مانع خارجى ككونها صغيرة، او يائسة، او غير ذلك. و من ذلك يظهر جواز التقاييل فى الخلع ايضا، و لكنه لا حاجة الى اعتباره، لكفاية رجوع الزوجة فى جواز رجوع الزوج.

نعم: هنا كلام اخر: و هو ان الهبة المعوضة فان اقتضت اللزوم من الطرفين، و لكن الزوجة قد يكون مدخولة من ذوات الاقراء. و عمومات ما دل على جواز الرجوع فيها يشملها. فالنسبة بينها و بين هبة المعوضة، عموم من وجه. فما وجه ترجيح مقتضى الهبة المعوضة؟ و ايضا: قد يتحقق الهبة المعوضة، بجعل العوض محض اجراء الصيغة. و هو لا ينافى عدم حصول البيونة.

و جوابه: ان المفروض ان المرء تريد الخلاص من تسلط الزوج و انقطاع تسلطه عليها. فمرادها من جعل الطلاق عوضا عن البذل، الخلاص الذى لا يستقل الزوج بالرجوع فيه. لا مجرد اجراء صيغة الطلاق و ان جاز له الرجوع فى العده من ساعته. و بهذا يتحقق البيونة.

^١ و فى النسخة: و القطع تسلط عليه.

فان قلت: ان هذا يستلزم التشريع و جعل ما جعله الشارع جازياً، لازماً. فان الطلاق الذى يريده المرئى عوضاً عن البذل، اذا كان طلاق المدخولة ذات الاقراء الغير المكروهة للزوج مثلاً، فهو طلاق رجعى فكيف يصير بائناً.

قلت: ان مر[دنا ان الزوجة 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 تبذلى فى عوضها طلاقاً يسقط فيه ما لك من حق الرجوع». [كما] اذا صالحت الزوجة بعد الطلاق مهرها و نفقتها ايام العدة، باسقاط حق الرجوع. و ابطلنا نظير هذا الايراد ثمة، 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 جهة الرجعة. لا انه يجعل الطلاق الرجعى الذى جعله الشارع مما يستحق فيه الرجوع، غير ما يستحق فيه الرجوع. فتدبر.

فظهر من ذلك انا لا نلتزم كون كل طلاق بعوض، بائناً (فانه قد ترضى الزوجة التى من شأن طلاقها ان يكون رجعيًا، ببذل مال فى عوض طلاقها و ان لم تشترط البتّ و البيئونة. لغرض من الاغراض). نقول^٢ انه مما قد يحصل البيئونة فى غير الخلع. و الحاصل ان مرادنا هنا بيان تحقق فرد من الطلاق يحصل به تملك العوض، غير الخلع و المبارات. لا حصوله^٣ [ب]اثبات كونه بائناً كالخلع. و قد ثبت التحقق فيما ذكرنا سيما اذا كان الطلاق بائناً من جهة أخرى.

و اما اندراجه فى الصلح: فبان يجعله عوضاً للصلح؛ فتقول المرئى «صالحتك هذه

^١ و فى النسخة: يشترط.

^٢ و فى النسخة: يقول.

^٣ و فى النسخة: حصول.

الفدية بان تطلقني». و طلقها في عوضه. ويشمله عمومات ادلة الصلح. فانه جازي بين المسلمين الا ما احل حراماً، او حرّم حلالاً. بل في كلمات الاصحاب اشارة 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 امرئة لتقرّ له بالزوجية. و لو دفعت اليه عوضاً ليكفّ عن هذه الدعوى، فالوجه عدم الجواز. فان اصطلحا على ذلك ثم ثبت الزوجية بالبينّة 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 ليقرّ بطلاقها، لم يملكه. بخلاف ما لو بذلت عوضاً ليطلقها»^١.

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 المصالحة معه على ان يطلقها. و كذا المراد من قوله «دفعت اليه عوضاً»، بقرينة قبلها. اذ الكلام و البحث و جواز المصالحة على ما لا يجوز، و اخذ العوض عنه، و ما يجوز، و توضيح مطلبه ان البضع مما لا يتملك بالمعاوضة. فكما لا يجوز بذل المرئة بضعها لسقوط دعوى الرجل، و كذا اعراض الرجل عن البضع الذي يدعيه و جعله للمرئة في مقابلة عوض، فلا يجوز المصالحة عليها ايضاً. فان فعلاً هذا الفعل التي لا يجوز و تصالحا عليه، فكما هو حرام فلا يترتب عليه ثمرة ايضاً. فلو ثبتت الزوجية بالبينّة او باقرارها، يكون النكاح باقياً.

و كذا الوادعت ان زوجها طلقها ثلاثاً، مريدة بذلك أنّها مالكة لبضعها و محرمة على الزوج. فكما أنّه لا يجوز (بعد اقرارها بكونها محرمة على الزوج) تسليم بضعها الرجل في

^١ تحرير الاحكام الشرعيه، ج ٣ ص ١٤ ط مؤسسة الامام الصادق(ع).

ازاء عوض، لا يجوز بعد انكار الرجل كونها مطلقاً بالثلاثة (مريداً بذلك انه مالك لبضعها) ان ياخذ عوضاً عنها و يخلى بضعها لها و يجعل خيرتها بيدها. فكذا لا يجوز المصالحة. بخلاف ما لو بذلت عوضاً ليطلقها، فانه جائز، و المصالحة عليه جائزة.

فان قلت: لعل مراده من قوله «ليطلقها»، «ليخلعها»، بقرينة 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 المرءة على ان يقر له بالزوجية، لم يصح. لانها لو ارادت بذل نفسها بعوض، لم يجز. و لو دفعت اليه عوضاً عن دعوى الزوجية ليكف عنها، فالاقرب الجواز. و للحنابلة و جهان؛ لان المدعى ياخذ عوضاً عن حقه من النكاح، فجاز كعوض الخلع و المبارء، تبذله لقطع خصومته و ازالة شره، فجاز. فان صالحته ثم ثبتت الزوجية باقرارها او بالبينه، فان قلنا الصلح باطل، فالنكاح باق بحاله. لانه لم يوجد من الزوج سبب الفرقة من طلاق و لا خلع. و ان قلنا يصح الصلح، فكذلك ايضاً. و عند الحنابلة أنها تبين منه باخذ العوض، لانه اخذه عما يستحقه من نكاحها، و كان خلعا. كما لو اقرت له بالزوجية فخالقها و ليس بشيء. و لو ادعت ان زوجها طلقها ثلاثاً، فصالحها على مال لترك دعويها، لم يجز. لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها، بعوض. و لا بغيره. و لو دفعت اليه مالاً ليقر بطلاقها، لم يجز. و للحنابلة و جهان: احدهما الجواز، كما لو بذلت له مالاً ليطلقها» انتهى^١.

و التقريب ان يجعل قوله^٢ «بخلاف ما لو بذلت عوضاً ليطلقها» اشارة الى بطلان قياس

^١ التذكرة، ج ١٦ ص ١٣١، الطبعة الحديثة، آل البيت (ع).

^٢ اي قوله في عبارة التحرير.

الحنابلة ما نحن فيه، بالخلع. يعنى انه لا يجوز هنا و لا يصير خلعاً. كما قالت^١ الحنابلة. لعدم ثبوت الزوجية، و معنى الخلع هو خلع الزوج زوجية الثابتة عن نفسه بعوض. و قد ورد به الكتاب و السنة. و المراد فيما نحن فيه، جواز اخذ الفدية على ترك دعوى الزوجية الغير الثابتة، بان يقرّ بطلاقها. فمراده ان هذا مخالف في الحكم في البذل بعوض الطلاق الثابت. فلا يقاس عليه. فلا يستفاد من هذا الكلام انه قائل بجواز اخذ العوض في 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 المخالفة من شخص واحد فى مصنفاته المتعددة. بل فى كتاب واحد. و سيما مع ظهور المخالفة فى [ال-]مسئلة الاول، حيث استقرب الجواز فى التذكرة، و استوجه عدمه فى التحرير) انه لا ينفع فى شئ. اذ غاية الامر انا سلّمنا ان مراده بالطلاق، الخلع. و نتيجة 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 الزوجة 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 المصالحة. فكما انك لا تسلم كون الطلاق بعوض، قسماً مغايراً للخلع و المبارات، لعدم ذكره فى طى اقسام الطلاق، فنحن نقول الخلع على سبيل المصالحة لم يُذكر فى كلماتهم فى طى اقسام الخلع. و ان قلت اندراجه انما هو من جهة عمومات الصلح، نقول بمثله فى الطلاق بعوض حرفاً بحرف.

بقى الكلام فى بيان وجه اختيار جواز اخذ الزوج شيئاً عن الزوجة ليكفّ عن دعوى الزوجية فى التذكرة، و عدمه فى التحرير؛ اما وجه عدم الجواز: فقد اشرنا اليه من أنه بانكاره

^١ و فى النسخة: كما لو قالت.

الطلاق معترف ببقاء الزوجية، و لا يجوز بذل بضع زوجته بازاء عوض. و اما وجه الجواز: فما ذكره (ره) من قوله «لان المدعى ياخذ عوضاً.. الى اخره» انما يناسب مذهب الحنابلة. و اما على مذهبنا فلانه قياس مع الفارق. و لعله ما ذكره^١، لاحد وجهى الحنابلة. 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 الاعانة على الاثم . و لا يستلزم جواز اسقاط الدعوى فى مقابل شىء، رضاه بالتزوج بالغير، المحرم. اذ قد لا تعرف الزوجة بالحال لوقوع النكاح فى حال صغرها ولاية بدون اطلاعها و لا يتمكّن الزوج من اثباته لعدم البيّنة و عدم امكان تحليف المرأة لعدم علمها بالحال، او اعتمادها على اصالة عدم النكاح. فلا يحصل فى تزوّجها حينئذ محرم. او لا يريد المرأة التزوج باحد و لكن مرادها محض الخلاص عن التجاذب و الخصومة، فتبذله شيئاً للخلاص عن الخصومة. 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 زوجية المدعاة، كيف يتركها و ياخذ فى عوضها شيئاً.

فكيف كان؛ فاثبات الجواز فى غاية الاشكال. فالأظهر اذن ما اختاره فى التحرير.

و منها: ما نقله العلامة فى المختلف، عن ابن الجنيد انه قال «لو صالح امرئة على ان يطلقها على ان ترضع له ولد^٢ سنتين، حتى تطعمه و على ان يزيدا ثوبا بعينه قيمته قدر

^١ و فى النسخة: فاما.

^٢ و فى النسخة: امان ذكره.

مهر مثلها، فقبضت الثوب فاستهلكته و ارضعت الصبي سنة^١ ثم مات^١، رجع عليها بنصف قيمة الثوب و نصف مهر مثلها ان كان دخل بها. و ان لم يكن دخل بها، رجع عليها بنصف قيمة الثوب و ربع مهر مثلها. و لو كانت زادته هي مع الرضاع شاء قيمتها مثل قيمة الثوب، رجع عليها بربع مهر مثلها و ربع قيمة الثوب، ان كان مدخولاً بها. و ان لم يكن مدخولاً بها، رجع عليها بثمان مهر مثلها و ثمن قيمة الثوب. و لو استحققت الشاة و هي مدخول بها، رجع عليها بثلاثة ارباع قيمة الثوب، و ثلاثة ارباع مهر مثلها. و لو كانت غير مدخولة بها، رجع عليها بربع مهر مثلها و بقيمة الثوب^٢. و فى صحة هذا الصلح نظراً؛ من حيث ان الصلح انما يتم على ملك. و لو سلم صحته فقد جعلت فى مقابلة الرضاع بضعاً و ثوباً. فاذا لم يسلم اليه الجميع، كان عليها اجرة الرضاع للمدة^٣ المتخلفة. و يتحمل ما قاله من الرجوع بنصف المهر، لانه عوض البضع. و كذا فى باقى كلامه نظر. و بالجملة فهذه المسئلة لم يتعرض لها من علمائنا غيره^٤ انتهى كلامه (ره).

و ظاهر هذا الكلام يفيد انه يصح ان يجعل الطلاق وجه المصالحة. و ان يكون احد طرفى الصلح، الطلاق و الثوب. و الثانى الرضاع. و العلامة و ان رده و انكر عليه فى صحة خصوص هذا الصلح، و لكن لم ينكر عليه ان كان جريان الصلح على الطلاق. و لذلك ذكر المسئلة فى كتاب الصلح.

ربما يقال: ان مراد ابن الجنيد من الصلح هنا، ما يعطى فى وجه الخلع. فالمراد من المصالحة، المخالعة. بقرينة أنهم ذكروا فى كتاب الخلع مسئلة جعل الفدية رضاعاً. و استشهاد

^١ اى: مات الولد.

^٢ الى هنا تم الكلام المنقول من ابن الجنيد. و ما بعده كلام العلامة نفسه.

^٣ و فى النسخة: الملة.

^٤ مختلف الشيعة فى احكام الشريعة، ج ٦ ص ٢١٨ ط جامعة المدرسين.

[وا] على ذلك بما رواه البقباق عن الصادق عليه السلام: «قَالَ: الْمُخْتَلَعَةُ إِنْ رَجَعَتْ فِي شَيْءٍ مِنْ الصُّلْحِ يَقُولُ لَأَرْجِعَنَّ فِي بُضْعِكَ»^١.

و هذا فى غاية البعد، لما ذكر. و لأنه لا وجه حينئذ لضمّ الثوب. اذ الفدية انما يكون من الزوجة. و اطلاق الصلح على الفدية فى رواية بقباق، مجاز بمناسبة ان اصلاح الحكمين من الزوجين الذين وقع الشقاق بينهما قد ينجرّ الى الطلاق بالخلع.

بقى الكلام فى بيان مطلب ابن الجنيد و العلامة، و لا يخفى ما فيهما من التعقيد. و ظاهر عبارة ابن الجنيد لا يرجع الى منقول، و غاية توجيهه ان الطلاق لمّا لم يكن من الامور المقومة القابلة لان يكون فى ازاء عمل و اجرة بفعل، بل انما هو لفظ لو لم يعتبر ما يترتب عليه، كان وجوده كعدمه. فاحد طرفى المصالحة انما هو التسريح و سلب اختيار الزوج عنها و جعلها مالكة لنفسها الذى يترتب على هذا اللفظ. ففى الحقيقة احد طرفى المصالحة هو البضع و الثوب، و الاخر الرضاع. فاذا لم يتمّ الرضاع بسبب موت الولد وبقى 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 قيمة الثوب. [و الرجوع الى نصف قيمة الثوب، معلوم.] و لكن الاشكال فى نصف قيمة البضع. و جعله ابن الجنيد نصف مهر المثل، بمناسبة ان نفوية البضع يستلزم ذلك^٢ فى مثل الدخول بالشبهة و فى مثل المفوضة بعد الدخول، و غير ذلك.

و يناسب ذلك ما ذكره فى كتاب الكفالة؛ ان الكفول اذا كان زوجة المكفول له، و عجز الكفيل عن امائها، فلما كان الزوجة مما لم يكن استيفائها من الكفيل، فترجع الى بذلها و

^١ الوسائل، ج ٢٢، ص ٢٩٣.

^٢ و فى النسخة: ان نفوية البضع ليستلزم ذلك.

هو مهر مثلها.

و اما فرقه بين الدخول و غير ذلك، و جعله قيمة المدخولة تمام مهر المثل، و الغير المدخولة نصفه؛ فلعنه مبتن عن ملاحظة مناسبة انّ الطلاق قبل الدخول انما يوجب نصف المسمى فى العقد، و بعد الدخول يوجب تمامه. فكان المراد انّ المدخولة قيمتها تمام المهر و الغير المدخولة نصفه. و طرد الحكم فيما نحن فيه. و انت خبير بان كل ذلك خيالات واهية بمناسبة غير مرتبطة بدليل، و قياسات مع الفارق.

و لعل العلامة(ره) ايضا فهم من كلامه ما فهمناه، فقال «فى صحة هذا الصلح نظر» لان الصلح [يصح] على ما يملك، و البضع لا يملك بمعنى صيرورتها مورد المعاملات المالية. و ان صح اطلاق التملك عليها بسبب النكاح و التحليل الذى بمعناه. و تملك المولى بضع مملوكته انما هو بتبعية تملكها لعينها [لا] من حيث أنها بضع. فاذا لم يتم الملك، لم يصح التقويم و ردّ نصف قيمتها.

ثم قال: و لو سلم صحته فقد جعلت فى مقابلة الرضاع بضا و ثوبا، فاذا لم يسلم المرثء الى الزوج جميع الرضاع، عليها اجرة رضاع المدء المتخلفة. يعنى كان عليها نصف اجرة مثل العمل. و ليس له مطالبه نصف الاجرة المسماة.

و فيه نظر. اذ هذه المصالحة المساوقة لعقد الاجارة (بعد تسليم صحتها بسبب جواز تلك البضع و جعل البضع مقوماً) مقتضاه الرجوع الى نصف الاجرة المسماة. فان الاجرة فى الاجارة، تملك بالعقد و لكنه لا يستحقها الاجير الا بتمام العمل. فان نقص من العمل، يسترد المستاجر ما قابل النقص. كما ذكره فى الاحتمال بعد ذلك. نعم: يتم ما ذكره فى الخلع اذا جعل الفدية، رضاعاً. لعدم امكان الرجوع للزوج. قال فى القواعد (فى صورة موت الولد):

^١ هنا لفظ فى النسخة لا يكاد يُقرء.

«رجع عليها باجرة المثل»^١. يعنى بقبية المدة.

و قد يوجد فى بعض الحواشى على «المختلف»، توجيه اخر لكلام ابن الجنييد. 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^٢ للرضاع بثوب و ما يستقر عليه من المهر بعد الطلاق. و حينئذ فاذا لم يتم الرضاع، فيرجع الزوجة الى نصف ما استقر عليه من المهر و بنصف قيمة الثوب. و حينئذ فان كانت مدخولة، فيستقر عليه تمام مهر المثل، و الا فنصفه. فاذا لم يتم المرثة الرضاع، فيرجع الزوج الى نصف قيمة الثوب و نصف مهر المثل ان كانت مدخولة. و ربه، ان كانت غير مدخولة. و يتم الكلام الى اخره.

و فيه ايضا: ان هذه التقديرات كلها خلاف الظاهر. مع ان المهر فى المفوضة لا يستقر فى ذمة الزوج ان كانت غير مدخولة، لا كله و لا نصفه. و الكلام فى البيونة و عدمها، مثل ما مر فى الهبة المعوضة. و اما اندراجه فى ضمن الشروط المذكورة فى ضمن العقود اللازمة (بان تصالح^٣ مهرها بشيى و تشتترط فى ضمنها ان يطلقها. او تبيعه شيئا و تشتترط فى ضمنه ذلك) فلانه يصدق على هذا الطلاق انه طلاق فى مقابل عوض و يحصل تملك العوض بالطلاق، و ان للشرط قسطا من الثمن. و الكلام فى البيونة كما مر.

و اما اندراجه فى الجعالة (بمعنى ان يجعل الفدية جعالة للطلاق)، فلانه يصدق عليه ايضا انه طلاق فى مقابلة عوض. و صحة الجعل على الطلاق، مصرح بها فى كلماتهم، حتى ان الشهيد الثانى (ره) نفى الاشكال فى صحة بذل المتبرع اذا اراد الجعالة، لانه عمل محلل

^١ القواعد، كتاب الفراق، فى الخلع؛ المطلب الرابع فى الفدية. ص ٣٨٨ ط كوشانيور - و ليس فيه لفظه «عليها».

^٢ و فى النسخة: اجرة نفسها.

^٣ و فى النسخة: كان تصالح..

يتعلق به غرض صحيح. كما اذا اراد تخليص الزوجة عن الشدة و المحنة. بل الاشكال فى تصحيحه خلعا. فلا مانع من ان تقول الزوجة لزوجها «طَلَّقْنِي عَلَىٰ ان لَكَ [عَلَىٰ] الف». و طلقها الزوج فى ازاء الالف. و يستحقه بالطلاق.

قال فى القواعد فى المطلب الخامس فى سوال الطلاق: «و لو قالت طَلَّقْنِي ثلاثاً على ان لك على الف، فطَلَّقَهَا، قيل لا يصح، لانه طلاق بشرط. و الوجه انه طلاق فى مقابل عوض. فلا يعدّ شرطا. فان قصدت الثلاث ولاءً، لم يصح البذلة و لو طَلَّقَهَا ثلاثا مرسلا» الى ان قال: «و لو قصدت ثلاثا برجعتين صح، فان طلق ثلاثا، فله الالف»^٢.

و قال الفاضل الاصفهاني فى شرح العبارة الاخيرة: لان البذل على افعال صحيحة شرعاً، فان طَلَّقَهَا ثلاثا كذلك، فله الالف (وفاقا للمحقق) على الجعالة، لا على الخلع. و الا لزم تراخي الايجاب عن السؤال، و جواز مراجعة الزوج فى الخلع من غير رجوعها فى البذل. ثم ذكر توجيهها لارجاعه الى الخلع. فيه تكلف.

ثم قال بعد ذلك فى القواعد بعد العبارة الاخيرة: «و ان طَلَّقَ واحدة، قيل له الثلث. و فيه نظر، لان مقابلة الجميع بالجملة، لا يقتضى مقابلة الاجزاء بالاجزاء». و انت اذا تأملت فى عقد المطلب لبيان احكام سوال الزوجة الطلاق، و لاحظت هذه العبارات، يظهر لك ان عندهم فرداً من الطلاق بعوض، غير الخلع و المبارء. و ان لم يجعله من باب الجعالة ايضا. و هذا الكلام منّا قد اعترض فى البين للتبنيه. فلنعد الى الكلام فى الجعالة.

و نقول: لا ينبغى الاشكال فى صحتها من الزوجة ايضا، كما يصح من الاجنبى^٣. فقد

^١ القواعد، كتاب الخلع، المطلب الخامس فى سوال الطلاق، ط كوشانيور، ص ٣٩٠- و فيه: لم يصح البذل.

^٢ همان.

^٣ المتبرع.

يكون المرئة^١ مريده للطلاق لاجل مصلحة من المصالح من دون كراهتها للزوج. فيجعل له جعالة على ان يطلقها لمحض ارضائها بالطلاق. و تعلم انها بمحض الطلاق تصير بائنا، لكونها غير مدخولة، او يائسة مثلا. فليس ما بينها وبين مقصودها الا الطلاق. و تحصّله بالجعالة. و اما لو كانت مدخولة من ذوات الاقراء؛ فقد تعلم من حال زوجها انه لا يرجع اليها، [١] وانه جاهل بجواز الرجوع و لا يعلم بذلك حتى ينقضى العدة، فيحصل مطلبها ايضا. و اما لو كان الزوج عالما بالمسئلة، فان اراد الزوجة البيونة، فلا يتم بمجرد الطلاق. اذ له الرجوع في العدة و ليس للمرئة الرجوع الى البذل. لانه فعل العمل و الطلاق، الا ان يعلم ان مرادها الابانة و عدم الرجوع، و بذلت الجعالة لاجل ذلك. فحينئذ يجوز للمرئة الرجوع الى البذل، لعدم تمام العمل. نعم: لو عقدت الجعالة على الطلاق و على اسقاط حق الرجوع و فعلهما، فلا يجوز له الرجوع و يحصل البيونة. فقد يحصل [البيونة] و قد لا يحصل.

و اما ما قد يناقش في صحة الجعالة فيما نحن فيه من جهة عدم شمول ادلتها لذلك. و من جهة ان وضع الجعالة على الافعال التي يفعلها الانسان و يقوم بها عن غيره. و لذلك لا يقع في ساير العقود و الايقاعات، الا اذا صدرت من الوكيل فيما يصح فيه الوكالة.

ففيه: انه لو لم يكن هناك دليل الا عموم «اوفوا بالعقود» و نحوها، لكفى. اذ تلك العمومات كما يفيد وجوب الوفاء بها، يفيد صحتها. غاية الامر عدم لزوم الجعالة و وجوب الوفاء بها بدليل خارجي. فما الذي رفع جوازها؟ و هذا ليس من باب فسخ الوجوب المستلزم لرفع الجواز. كما لا يخفى على المتدبر. و الا فالظاهر ان كلماتهم متطابقة في جوازه على كل امر محلل لم يكن واجبا على المكلف.

^١ و في النسخة: مل المرئة.

و اما ما ذكر في حصر موضوع الجعالة في الافعال التي يقوم الانسان^١ عن غيره، ففيه منع ظاهر. اذ موضوعها الافعال التي يقوم بها لغيره. لا عن غيره. بل استثناء الواجب ايضاً انما يُسَلَّم في الواجبات العينية. بل التوقيفية منها. و لذلك ذكروا ان قوله عليه السلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه» من باب الجعالة. و ان كان الجهاد من الواجبات. لكونها توصلياً و كفايياً. 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، مصادرة. افتراك ان تقول بحرمة الجعل بازاء النكاح اذا اراد رئيس قبيلة ان يواصلهم رجل عظيم و يتزوج امرئاً منهم ليسدّ به اذوهم و يرتفع امرهم و يزداد فخرهم، مع وقوع النكاح بمهر امثال الزوجة بدون نقص. فاذا جعل الزوجة او الاجنبي جعالة لزوج على ان يطلّقها لغرض صحيح، فهو فعل محلل وقع للغير و لا يلزم ان يكون عن الغير حتى يمكن ان يقال: ليس الطلاق من شأن الزوجة و الاجنبي حتى يكون فعله نيابة عن الغير. و كذلك الكلام في الجعالة على البيع و العتق و غيرهما. من العقود و الايقاعات. و لا غائلة فيها اصلاً.

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 العوضية. و مع ظهور فقده من الجانبين، يكتفى به عن ذكره. فلا يرد علينا بعض المناقشات المبتنية على توهم ذلك؛ مثل ان الجعالة تابعة للعمل المجعول عليه، فان كان الطلاق بائناً بذاته فبعد العمل ايضاً بائن. و ان كان رجعي، فرجعي. فلم يحصل من الجعالة،

^١ و في النسخة: التي تقدم يقوم الانسان.

طلاق بعوض بائن مغاير للخلع و المبارء. و مثل انه لا يشترط فى الجعالة مقارنة العمل بالجعل بحيث لم يحصل^١ الفصل، كما اعتبر فى الخلع. و مثل انه لا يشترط فى العمل ذكر العوض. و امثال ذلك. غاية الامر انا نقول: قد يمكن صيرورته بائنا بنوع من التصرف؛ من اسقاط حق، او مصالحه. و قد يكتفى فى المقام بحصول البيئونة التى فى مقتضى اصل الطلاق (كما فى الصغيرة و اليائسة و غير المدخولة) و تعاطى هذه العقود (من الهبة و الجعالة و غيرهما) لحصول الطلاق الذى يلزمه البيئونة 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 عرفوه بانه «بائنة بفدية من الزوجة 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 يعد من الطلقات. و ليس خلافهم فى ذلك فى صورة ذكر الطلاق معه.

الثانية: ما ذكر^٢ من كفاية لفظ الطلاق بعوض مجرداً عن لفظ الخلع، و ان 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، فكفاية 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

^١ و فى النسخة: يجعل.

^٢ و فى النسخة: ما ذكره.

الطلاق عندهم. فعلى هذا فمراد هذا القائلين اذا قالوا «ان الطلاق بعوض يجزى عن الخلع» انه يفيد فائدته من البيئونة. لا انه خلع حتى يصح ان يقال انه فسخ ايضا. و يتفرع على ذلك انهم اذا ارادوا ان لا يعدّ الخلع^١ 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.

الثالثة: ان الطلاق ربما يمكن ان يكون عوضاً عن شيء، للاصل و العمومات. فيصح المعاوضة عليه. و ناهيك ان المشهور جعلوا الخلع و المبارءة من عقود المعاوضات. و لذلك اشترط الايجاب و القبول و المقارنة بينهما و تعيين العوض و غير ذلك من شرائط المعاوضات. فيصح اندراجها تحت عموم «اوفوا بالعقود». و تعليهم الامور المذكورة بكونه عقد معاوضة، يوضح جواز ملاحظة ذلك فى الطلاق بعوض من دون كراهة من احدهما. و قد حققنا فى المقدمة الاولى من الرسالة، جواز الاستدلال بها على جميع المعاوضات الاّ ما اخرجته الدليل.

الرابعة: انه^٢ ربما يذكر فى بيان كفاية الطلاق بعوض (يعنى لفظ انت طالق بكذا) [انه] صح و كان مبارءة. اذ هى عبارة عن الطلاق بعوض، هو مثل قوله «انت طالق بكذا». و كون هذا اللفظ ايقاع الطلاق بازاء عوض مطلقاً [ب]ان نقول:

المبارءة طلاق بعوض^٣.

و كل طلاق بعوض، صيغته الدالّة عليها مطابقةً مثل قوله «انت طالق بكذا» و يقع بتلك

^١ و فى النسخة: خلعهم.

^٢ و فى النسخة: لفظان بعنوان نسخة البدل فى المتن و الهامش. ثانيهما: «أنا».

^٣ صغرى.

الصيغة بعد اجرائها^١.

فالمباراة يقع بهذه الصيغة^٢.

فمع تسليم كلية الكبرى لا يبقى مجال لانكار كون الطلاق بعوض، صحيحا وكونه اعم من الخلع و المباراة.

فان قلت: ان الاوسط في الصغرى مقيد بالمنافاة بين الزوجين، فلا جرم انه مقيد به فى الكبرى. فلم يثبت الكلية المدعاة.

قلت: هذا القيد لاجل تصحيح الحد لتمييز المباراة عن الخلع وغيره، لا لتتميم القياس و توسيم الاوسط. فان الظاهر مبنى كلامهم فى الخلع فى هذه المسئلة ايضا على هذا القياس. و على هذا فيلزم ان يكون الخلع ايضا معتبرا فيه المنافاة بين الزوجين، مع انه لا دلالة للفظ «انت طالق على كذا» على اعتبار الكراهة مطلقا باحد من الدلالات؛ لا لغة، و لا عرفا، و لا شرعا. اما الاولان، فظاهر. و اما الثالث، فلعدم ثبوت الحقيقة الشرعية لهذا اللفظ فى هذا المعنى.

فان قلت: ان مدلول هذا اللفظ، ايقاع الطلاق بعوض مع ثبوت الكراهة فى الجملة، سواء كان من الزوجة فقط او منهما. [ف] يتم القياس فى المقامين لثبوت القدر المشترك للاوسط فى كليهما بقيد المنافاة^٣ بين الزوجين. اى هو لكونه احد الامرين؛ [الكراهة] منهما او الكراهة عنها فقط^٤.

^١ كبرى.

^٢ نتيجة.

^٣ و فى النسخة: فقيد المنافاة...

^٤ و فى النسخة: و من الكراهة عنها فقط.

قلت: لو سلّمنا ذلك، فينبغي منع ثبوت الحقيقة الشرعية في ذلك أيضاً^١ و لا مجال لاثباتها سيما مع ملاحظة ما ذكره من ان الطلاق بعوض يجزى من الخلع و أنّه 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 المباراة عبارة عن الطلاق بعوض فى ضمن اى لفظ دلّ عليه. و لفظ «انت طالق بكذا» من جزئيات اللفظ الدال عليه.

قلت: المقدمة الاولى مصادرة. اذ نحن الان فى مقام اثبات ان اى لفظ يجزى و ايّاً 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 المباراة، و ليس قسماً من اقسام الطلاق حتى تُمسك بانهم لم يذكروا غير الخلع و المباراة شيئاً من اقسام الطلاق ينطبق على ذلك^٣. اذ نحن نقول ان الخلع و المباراة ايضاً (من حيث انهما فردان من اقسام الطلاق بعوض) ليسا من اقسام الطلاق. بل صيرورتهما قسماً مستقلاً انما هو من جهة خصوصيات آخر. فالطلاق بعوض، قسم من المعاوضات يوجد فى جميع اقسام الطلاق معنى الخلع و المباراة. كما سنشير ايضاً. و لذلك اكتفوا فى بعض موارد الخلع و المباراة بانها من افراد الطلاق بعوض، الذى هو قسم من المعاوضات، من حيث [افا]دته فائدتها. لا من حيث انه خلع و مباراة حقيقة.

^١ و فى النسخة: فى ذلك ايضاً مجاز.

^٢ و فى النسخة: و انه تفيد قائلته و لم يقول... .

^٣ و فى النسخة: ينطق على ذلك.

فنقول: انه يجوز معاوضة الطلاق (و ما يترتب عليه من الثمرات و التوابع مثل جواز الرجوع فيما يمكن فيه الرجوع الى الزوجة، و غيره^١) بعوض. كما انه يجوز ذلك فى الخلع. اذ لا استحالة فى هذا النقل؛ لا عقلا، و لا عرفا، و لا شرعا. اما الاولان، فظاهر، سيما مع ملاحظة صحة الخلع و المباراة. و اما الاخير؛ فلعدم المنع من الشارع.

فان قلت: احكام الشرع توقيفية، يحتاج ثبوتها الى الدليل. [و لا حاجة الى الدليل] على عدمها، فان الاصل يكفى فى ذلك العموم.

قلت: مع ان التمسك بالاصل غير تمام (كما اشرنا اليه فى المقدمة الاولى) نقول: ان الدليل موجود و هو عموم «اوفوا بالعقود» و امثاله على ما بيناه فى تلك المقدمة. و لم يقل احد بان الاحكام لا بد فيها من النص الخاص، كما ورد فى الخلع و المباراة. بل يكفى فى ذلك، العموم.

اذا عرفت هذا فنقول: ان العموم يقتضى الصحة. و الامر بالوفاء بالعقد، يقتضى اللزوم (اذ قد بينا فى تلك المقدمة ان الاصل فيها الوجوب الا ما خرج بالدليل) و هذه العمومات مخصّصة بعموم ما دل على جواز الرجوع فى المطلقات الرجعية. اذ هذا العقد وارد عليها، لما ذكرنا انه من طوارى اقسام الطلاق. فكانه قيل يجوز الرجوع فى المطلقات الرجعية الا ما وقع عقد المعاوضة عليها.

فان قلت: ان النسبة 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 المذكورة، اعم من ان يكون مورد العقد، المعاوضات، او لا يكون. و لزوم عقود المعاوضات ايضا اعم من ان

^١ و فى النسخة: فيه الرجوع و غيره الى الزوجة.

^٢ و فى النسخة: فى الطلاق ذوات الاقراء المدخولة.

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 للمرئة، بحيث لم يكن رجوع للزوج. كما فى المختلعة. و لذلك تريهم يستدلون بالايه^١ بالخلع [و] بعمومات المعاوضات، وان الاصل فيها اللزوم. كما ذكره فى المسالك. و قال ابن حمزة فى رجوع المرئة فى البذل: «يجوز ان يُطلقا الخلع و ان تعيد^٢ المرئة 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 العدة، او لم يلزم. فان لزمها^٣، جاز الرجوع ما لم تخرج من العدة. فان خرجت منها او لم يلزم العدة، لم يكن لها الرجوع بحال. الا بعقد جديد و مهر مستأنف^٤».

و احتج له فى المختلف، بانها معاوضة فيعتبر رضاها. و نفى عنه البأس. و استجوده بعض المتأخرين. و ايضا: يستدلون فى اعتبار الايجاب و القبول و مقارنتها فى الخلع، بانه عقد معاوضة.

فان قلت: ان مجرد قصد ذلك فى العقد، لا يكفى. اذ ترتب جواز الرجوع (المستفاد من ادلته فى المدخولة و ذات الاقراء) من الاحكام الشرعية الوضعية، و لا يرتفع ثمرته بمجرد قصدهما. و [لو] لم يكن فى المختلعة النص الخاص على الابانة و سقوط تسلط الزوج، لقلنا فيه ايضا بجواز الرجوع فيما لم يكن فيه مانع خارجى. و جواز رجوعه بعد رجوع المرئة بالبذل، بعد ورود النص على الابانة، انما هو بسبب النص الوارد فيه ايضا. بل جواز رجوع

^١ اى: اوفوا بالعقود.

^٢ و فى النسخة: يعيد- و الاصح: تعود.

^٣ و فى النسخة: اما لزومتها و العدة او لم يلزم فان تم لزمتهما جاز الرجوع.

^٤ جواب الشرط (فان قيل) لم يجزى، سهواً، او سقطاً، او لعدم الحاجة اليه.

الزوجة هنا اشد اثباتا (لنقض اللزوم بالعموم^١ لو لم يكن النص) من اثبات اللزوم بالعقد المذكور.

قلت: مع ان الادلة الدالة على جواز الرجوع (لما كان فى مقابل العوض) فعمومها ممنوعة^٢. بل ليس فيها عموم. و انما هى اطلاقات وردت فى بيان احكام الرجعة. و الاطلاق انما ينصرف الى العموم حيث يراد بيان حكم المطلق من حيث هو ترك استنصال. [و] ليس الطلاق بعوض من الاحتمالات الظاهرة فى الازهان فيها. و اظهر العمومات فى هذا الباب قوله تعالى: «وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ»^٣. و لا ريب ان الضمير يعود الى من يمكن فى حقها الرجوع. و كون المدخولة ذات الاقراء التى خلعت بعوض من جملتها، اول البحث.

سلمنا جميع هذه المراحل. و لكن نقول^٤: عموم ما دل على لزوم المعاوضات، اقوى دلالة من هذه. و بعد تسليم عدم ذلك ايضا، نقول: غاية ذلك ان الطلاق بعوض، بمجرد يفيد الابانة. و اذا وقع عقد المعاوضة هنا^٥ (بان الزوجة تبذل الفدية فى ازاء ابانة 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]طلقتنى طلاقاً يسقط فيه حقك من الرجوع، او تصالحه». فاذا قبل الزوج ذلك و تمّ عقد المعاوضة، فلا يجوز الرجوع.

مع اننا لو سلمنا عدم امكان ذلك، و لكننا قد اشرنا سابقا؛ ان فائدة الطلاق بعوض يتصور

^١ و فى النسخة: اشد اثباتا لنص اللزوم بالعموم.

^٢ عبارة النسخة: جواز الرجوع عمومها لما كان فى مقابل العوض ممنوعة.

^٣ آيه ٢٢٨، سورة بقره.

^٤ و فى النسخة: لقول.

^٥ و فى النسخة: و اما وقع عقد المعاوضة منها.

^٦ و فى النسخة: لان طلقنتى طلاقا يسقط...

فى امرين: احدهما صحة تلك العوض. و الاخر البيونة. و اذا لم يحصل الفائدة الاخيرة، فلا مانع من الاولى. سيما اذا كانت يائسة، او صغيرة، او نحو ذلك. فانه يحصل البيونة ايضا و ان كانت من جهة أخرى. و ايضا: يظهر الثمرة فيما لم يكن يطلقها لولا بذل العوض. فحصل فائدة تملك العوض. و البيونة ايضا و ان كان [ت] من جهة أخرى.

بقى الكلام؛ فى انه هل يجوز للمرئة الرجوع فى البذل كما يجوز فى الخلع-؟ ام لا؟ فيه اشكال. لان المجوز لرجوع المرئة من الخلع انما هو النصوص، و هى مفقودة هنا. و انما خرجنا عن مقتضى عموم المعاوضة فى جانب الزوج من اجل ادلة جواز الرجوع فيما يمكن فيه (على فرض تسليمها)، فيستقر^١ فى جانب الزوجة على حالها. و ظاهر المسالك، الجواز. و هو مشكل [الآ] على سبيل التقابل^٢، 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 يجزى 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، فيجزى عن لفظ الخلع من حيث افادة المفارقة بعوض او بينونها ايضا. و لكن لا يستلزم ذلك ان يكون ترتب ساير احكام الخلع (مثل جواز رجوع المرئة فى البذل مع امكان رجوع الزوج، و جواز رجوع الزوج بعد البذل، و غير ذلك) من جهة انه فرد من الطلاق بعوض. بل انما استفيد من كون هذا الفرد الخاص من الطلاق بعوض الذى له احكام خاصة. و ثبوت احكام لفرد خاص لاجل الخصوصية لا يقتضى بثوتها للعام.

^١ و فى النسخة: فيقر. - اى: فيستقر عموم المعاوضة.

^٢ عبارة النسخة: 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 الابانة، او انه بانضمام خصوصات المقام من كراهة المرئة 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 مباراةً، أنه لا يكفي مقارنة الصيغة بشرائط تحقق قسم من الطلاق، [فى] حمله على ذلك، إلا بالقصد. و لا يثبت مع تحقق قسم منها عدم جواز الاخر مع امكانه. فيصح الطلاق الرجعى فى صورة كراهة الزوجة فقط، و كراهتهما معا ايضا. و يصح الطلاق بعوض غير الخلع و المباراة فى صورة تحقق شرائط احدهما، فيتبع القصد. و فى صورة عدم القصد الى احدهما، لا اعتبار بالصيغة. نعم لو لم يعلم القصد و وقع النزاع بينهما فى ارادة ايهما، فيرجع الى ما يقتضيه المرافعة. 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^١. 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 الادلة. و استأنس

^١ و فى النسخة: تحمله.

^٢ و لعل الصحيح: احدها - اى: الى الرجعى و الخلع و المباراة.

^٣ و لعل الصحيح: ايهما.

^٤ الشرايع، الركن الثالث فى الصيغة، ج ٣ ص ٩ ط دارالتفسير.

له بصحة التعليق في الظهار^١. ويمكن ان يكون نظر المشهور الى منافاة التعليق للانشاء الذى تقتضى ثبوت مقتضى الايجاب حال التكلم. و انما خرجنا عنه فى الظهار، للاخبار الواردة فيها. و يظهر هذا النوع من الاستدلال من جماعة من الاصحاب فى مواضع شتى و صرحوا باشتراط التنجيز فى الخلع ايضا. حتى انهم فرقوا بين قوله «انت طالق بكذا» او «على كذا» او «على ان عليك كذا». و استشكلوا فى كلمة «على» مع استعماله مع كلمة «ان». فان فيها شائبة التعليق (بخلاف «الباء») نظراً الى استعمالها فى الشرط مثل قوله تعالى «هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَىٰ أَنْ تُعَلِّمَنِ مِمَّا عَلَّمْتَ^٢». و اجيب بمنع ذلك، لامكان ارادة الجعالة و عورض بقوله تعالى «فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا^٣» و «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَىٰ ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجٍ^٤». و ربما يفرق بين تقديم سؤالها و عدمه. فعلى الاول، يشبه الجعالة. و على الثانى، فيه شائبة الشرط.

و فى هذا كلام، لاحتمال الشرط معنى الالتزام^٥. كما هو معهود فى الشرط فى ضمن العقود. و قد وقع الاجمال فى كلام المحقق فى الشرايع، حيث ذكر اولاً اشتراط التجريد فى الخلع، ثم ذكر انه لا يضر الشرط اذا اقتضاه العقد، كما لو قال «ان رجعت فى البذل رجعت» و كذا لو شرطت هى الرجوع فى الفدية. ثم قال: اما لو قال «خالعتك ان شئت» لم يصح و لو شئت. لانه شرط ليس من مقتضاه. و كذا لو قال «ان ضمننت لى الفا» او «ان اعطيتنى»،

^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 فى النسخة: و فى هذا الكلام الاحتمال الشرط بمعنى الالتزام.

او ما شاكلة. و كذا متى، او مهما، او اى وقت، او اى حين^١.

فان طرفى كلامه انما هو فى التعليق، و وسط [هـ] فى الشرط بمعنى الالتزام و الالتزام الذى يتداولون استعماله فى العقود و الايقاعات و يشترطون ان لا يكون مخالفاً لمقتضى العقد و لا للكتاب و السنة. غاية 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 المسئلة. بخلاف المثال الثانى؛ فانه شرط فى غير قالب التعليق. و فيما ذكره اخيراً فى التعليقات من التعليل، بانه ليس من مقتضاه، ايضاً شىء. 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 صورة 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 منطاً للاحكام الشرعية. اذ الكل فى المعنى متحد^٣.

^١ الشرايع، ج ٣ ص ٤١ ط دارال تفسير.

^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 أنّه كاف فى الصحة و ان حصل له التردد و التشكيك بعد التفتّن. و نظائر ذلك كثيرة. منها انّ المسافر اذا قصد ثمانية فراسخ لزيارة اخيه فى رأس الثمانية و لا غرض له سوى ذلك. فان خرج و قطع برهة من المسافة، فاذا باخيه يجيئ اليه، و صادفه و رجع. فوجوب القصر انما هو لجزمه بالذهاب الى منتهى المسافة، و لو كان احد يقول له فى اول المسافة: 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 البايع حين الايجاب جازم بانه يقبل و ليس له تردد حتى يحصل له تعليق فى نظره و ان [لم] يكن تصريح اللفظ [بالجازمية]. و لو جهل الحال و حصل التداعى، فالمناط هو صورة الجزم. فمدعى خلافه، مدع و يقدم قول منكر الشك على ظاهر الحكم.

ثم قال (ره) فى بيان الفرق و بطلان التعليق فى الامثلة المذكورة: «انه يزيد فى الامثلة المذكورة مضافا الى كونها معلّقة على القبول، أنّها معلّقة على شئى اخر و هو المشيئة. و يزيد عليه فى قوله «ان اعطيتنى» انه قابل لان يكون الاعطاء عوضا عن الطلاق. كما هو مقتضى الخلع او غيره»^١.

ثم قال: «بقى البحث فى تعليق الاستدعاء على الشرط، و قد تقدم القول بجوازه. و فى التحرير: لو قالت ان طلقنتى واحدة فلك على الف. و طلقها، فالاقرب ثبوت الفدية. و هو تعليق محض. الا ان يقال بان الاستدعاء يتوسع فيه، و من ثم لم يختص بلفظ، بخلاف الخلع الواقع من الزوج. و فى الحقيقة كل لفظ يتقدم منهما فهو معلق على الاخر. و من ثم قلنا انه مع تاخير القبول من جانبها يكون فى الخلع شائبة الشرط. الا انهم اعتبروا فى نفس الخلع (الذى هو عبارة عن اللفظ الواقع من الزوج) تجرده عن صورة الشرط. بخلاف اللفظ الواقع

^١ المرجع عينه.

منها. و لو جعلنا الخلع عبارة عن العقد المركب منهما، اشكل الفرق. و على ما ذكره فى تعريف الخلع فى التحرير- من انه عبارة عن بذل المرئة المال للزوج فديةً لنفسها- يقوى الاشكال. خصوصاً فى حكمه الذى حكيناه عنه^١ انتهى كلامه قدس سره.

و ان اريد به الشرط المتداول فى الستتهم فيما تشترط فى ضمن العقود، فهو أطلق على معينين: احدهما مجرد الازام و الالتزام، مع قطع النظر عن كون استمرار مقتضى العقد معلقاً على وجوده، بحيث لو انتفى، تسلط المشتري على فسخه. و ثانيهما: ارادة ذلك مع كون بقاءه و استمراره معلقاً 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 جملة الخيار بـ«خيار الاشتراط». فالاولى ان يراد بالشرط، هو القدر المشترك. و هو المعنى الاول. سيما بملاحظة استدلالهم فى المقامات كلها بقوله(ع): «المؤمنون عنه شروطهم»، المفيد للاطلاق. فقد تريبهم قد يجوزون الشرط فى ضمن العقد و يقولون بلزومه و وجوب الوفاء به من دون ان يكون استمراره معلقاً على تحققه؛ كاشتراط السكنى للمرئة 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^٢ حرة فظهرت امه. او على انها بنت مهيبة، فظهرت بنت امه، او على انها بكر، فظهرت ثيباً. و تزوجت على انه حر، فظهر عبداً. و قالوا ان ذلك هو مقتضى الشرط.

و بالجملة: لا دليل على الخيار لو اراد^٣ محض الازام و الالتزام بدون الخيار فى الفسخ.

^١ المرجع عينه.

^٢ و فى النسخة: انه.

^٣ و فى النسخة: و لو اراد.

فلا يلزم علينا القول بأن المرثئة اذا لم تف بالعوض فى الطلاق بعوض، ان يكون للزوج الرجوع. كما نقول^١ فى الخلع بجواز رجوعه لو رجع[ت] فى البذل، بدليل مختص به. و ان لم نضايق من ان يشترط الرجوع قبل انقضاء العدة ان لم تف^٢. ان لم يكن الطلاق بائناً^٣. و لكن هذا خروج من العقد. اذ الكلام فى الرجوع الى الحال السابق، من جهة عدم تحقق الشرط. فلا دخل للبينونة و الرجعة فى ذلك. و لكن لما ثبت انه لا رجوع فى البائن، فهو خرج بالدليل. فان ما يدل عليه اقوى مما يدل على العمل بمقتضى قاعدة الشرط، فتخصصها به.

ثم انه: لابد من بيان معنى الالتزام و الالتزام فى الشرط المذكورة، ليحصل الفرق بين الشرط و الوعد. حيث يوجبون العمل بالشرط دون الوعد. على المشهور بين الاصحاب. و جملة الكلام فى ذلك ان الالتزام و الالتزام، اما ان يكون من باب نفس العقود (اعنى العهود الموثقة بين العباد باقسامها، و لا ينفك^٤ غالباً عن معاوضة و لو ضمنا) فانها الزامات و التزامات و عهود موثقة يجب العمل بها و التزامها، الا ما خرج بالدليل. كما اشرنا فى مقدمه الاولى. و لذلك تريهم يستدلون فى لزوم العقود بقوله(ع): «المؤمنون عند شروطهم». كما فعله العلامة فى التذكرة فى المساقاة.

و اما [ان] يكون بالشرط فى ضمن عقد لازم بحيث يصير جزء منه. و انما الاشكال فى صيرورة ذلك فى الاقاعات^٥. و يمكن القول به ايضا. كما ذكر[و]ه فى العتق. و توجيهه اما

^١ و فى النسخة: كما تقول.

^٢ و فى النسخة: و ان لم تف.

^٣ و فى النسخة: ثابتاً.

^٤ و فى النسخة: و لا ينقل.

^٥ اى: لا اشكال فى صيرورة هذا الشرط جزء العقد فى العقود. لكن الاشكال صيرورته جزء فى الاقاعات. - و فى

النسخة: فى صيرورة ذلك لانها فى الاقاعات.

بالمعاوضة الضمنية؛ 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 خدمة معينة. فكأنه يعاوضه المنفعة الممكنة الحصول منه من المال و الخدمة التى هى حقه فى حال الرقبة، بما يساويها فى حال الحرية. فهذا التزام للعبد بشىء فى عوض ما كان لازماً عليه للمولى و التزام للمولى لاتبانها له بعد العتق. لاجل سلطنته السابقة.

و هذا كلام يجرى فى الطلاق ايضا. فلا مانع من ان يقول للمرأة «انت طالق و شرطت عليك ان تعطينى الفا» او «انت طالق على ان تعطينى الفا» او «انت طالق على ان تعطينى كذا»، و تلتزمها المرأة 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 الالزام و الالتزام فى الاقاعات^٤. و يدل عليه عموم قولهم(ع): «المؤمنون عند شروطهم». و الخلع ايضا فى الحقيقة يرجع الى ذلك، و ان امكن جعله من باب المعاوضات الصريحة ايضا.

و اما فى الوعد: فليس شىء يوجب الالزام و الالتزام. و ليس من باب المعاوضات الصرفة، و لا المعاوضات الضمنية فى مقابل شىء من الحقوق اللازمة. فيمكن فى الاقاعات القول باجراء المعاوضة الصريحة كالخلع، و باجراء المعاوضة الضمنية كالعتق. و بابقاء اللزوم السابق بحاله.

و لما ذكرنا ان الالزام و الالتزام مطلقا لا يوجب خيار الاشتراط مطلقا، فلا يرد علينا انه

^١ و فى النسخة: من جنسه.

^٢ و فى النسخة: من الجنس.

^٣ و فى النسخة: يتحقق.

^٤ و فى النسخة: و الاقاعات.

لو كان هذا الشرط صحيحاً لجرى فيه خيار الاشرط، و لجاز العود الى الطلاق لعدم وفاء الزوجة بالشرط. فهذا معنى غير معنى الرجوع فى البذل فى الخلع. و لذلك تريهم بعد ما اتفقوا على صحة الشرط السابق فى العتق مثل خدمة سنة، او اعطاء مال. مستدلين بقوله (ع) «المؤمنون عند شروطهم» و غيره. و انه لا يرجع الى الرق بالاخلاق، بل يبقى وجوب الوفاء^١ فى ذمته. اختلفوا فى انه لو اشرطوا [١] لعود الى الرق بالاخلاق، هل يصح العتق و الشرط (لعموم الرواية^٢ و خصوص رواية اسحق بن عمار^٣)، او يبطلان - لان فساد الشرط و هو عود الحرام الرقية، مستلزم لفساد المشروط -؟-؟ و اختاره المحقق و [ترك] رواية اسحق بالشذوذ، و ضعف السند و مخالفتها لاصول المذهب. فادعوا [ان رجوع] من ثبت حرّيته الى الرقية، غير جاز و لا معهود. و لا يرد فى ذلك، المكاتب. لعدم تمحض الحرّية ثمة. فهو عود الى الرقية المحضة بعد ما تشبّت بالحرية فى الجملة. لا الى مطلق الرقية بعد تمحض الحرية.

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 (ع): «المؤمنون عند شروطهم» فى العتق. و لم يناقش احد فى هذا الاستدلال. و هذا فى معنى ان مقتضى الرواية، عام و التخصيص

^١ و فى النسخة؛ 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 ببطان الشرط في الطلاق، و لا دليل. بل انما ذكروا 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 نمعه 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^١. بل [و] في الجواب عنه.

و قد يقال: ان مبنى تعريف العلامة، على اندراج الطلاق بعوض، في الخلع الذى يتناول المباراة 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 كنسبة^٢ النطق المأخوذ في مهية الانسان الى الحيوان. او الغرض ان العوض ليس مأخوذاً في مهية [ال]طلاق و لا فى مهية الهية، بحيث لا يتحققان شرعا بدونه. بخلاف الخلع و البيع و نحوهما.

^١ ايضاح الفوائد في شرح اشكالات القواعد (اول باب الخلع) ج ٣ ص ٣٧٤ - ٣٧٥ ط كوشانپور.

^٢ و في النسخة: لنسبة.

أقول: لا يخفى ان الحدود انما يذكر في المفاهيم، لا الالفاظ. و انتفاضها في العكس او الطرد انما يكون بالمفاهيم، لا الالفاظ. فلو لم يكن المراد من الطلاق بالعود، المغاير لمفهوم الخلع، لم يكن معنى لانتفاض طرد حدّ الخلع به. و كذلك ما يذكرونه في الالفاظ الدالة على المفاهيم و الوضع^١ الموضوعه لها، لا بد من التمايز بينهما ليحصل الدلالة مع الاشتراك و تحقق القرنية. فما ذكره في رفع نقض طرد الحدّ، انما هو لتمييز المهية عما سواها من الماهيات المغايرة لها. لا للتمييز بين مدلول لفظ «خلعت» و لفظ «طالق». فمراد فخر المحققين ان قيد «بفدية»^٢ انما هو لاجراخ الطلاق بعود. و حاصله ان الخلع هو ازالة خاصة للنكاح معتبر في مهيتها الفدية. و الطلاق بعود، ايضا ازالة للنكاح من دون اعتبار الفدية في مهيتها و ان كانت معتبرة في الخارج بالتقييد.

فعلى هذا فقول الزوج «هي مختلعة 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 حقيقية، بالوضع الشخصي، يقال «خلعتها بكذا». و لكن ذكروا انه يجوز ان يُستعار له لفظ «طالق بكذا» بان يُستعمل اللفظ الدال على الازالة التي لا يدخل في مفهوم [هـ] العوض، في المفهوم الذي يدخل في مهيته^٣ العوض.

و لذلك قال الشهيد(ره) بعد ما ذكر ان صيغة الخلع «خلعت» [و] انه لو اتى بالطلاق بعود، اغنى عنه. و ان شئت، قلت: مفهوم الطلاق بعود، اعم من الخلع، و يستعمل اللفظ

^١ و في النسخة: البضع.

^٢ و في النسخة: لذاته. - لكن ليس في عبارة العلامة و لا في عبارة الفخر لفظه لذاته. فراجع.

^٣ و في النسخة: مهية.

له، فى فردة بقرنية 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 للمباراة عند العلامة (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 كلمة «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 الا فهما متحدان فى المفهوم و الحقيقة، عنده. [و] ما فهمه القائل^٥ (فجعل اعتبار العوض داخلا فى مهية الخلع المحض، دون الطلاق بعوض، موجبا للفرق) غريب. و المقابلة 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..

^١ و فى النسخة: الاعتراض.

^٢ و فى النسخة: والده الخ.

^٣ و فى النسخة: و هو.

^٤ و فى النسخة: جامعوا.

^٥ و فى النسخة: على ما فهمه القائل.

فجعل مراد فخر المحققين^١ من تعريف الخلع، بيان الفرق بين لفظ الخلع و لفظ الطلاق، اجنبى بالمقام. بل مراد فخر الحققين تعريف الخلع دون المبارأة. و احترز بقيد «العوض» عن الطلاق بغير العوض. و بقيد «كراهتها» عن الطلاق بعوض من دون كراهة. و بقيد «دونه» عن المبارأة. و بقيد «لفظ خلعت» عن الطلاق بعوض مع الكراهة منها دونه. فانه ازالة قيد النكاح مع كراهة الزوجة بعوض بلفظ «طالق»، و يجرى عليه احكام الخلع. لا انه هو خلع. و لا عبارة عليه اصلا.

و ان كان مراده الثانى - كما هو الاظهر - بان يُجعل كلمة «حيث» فى كلام القائل، هى التعليلية لا التقييد به، يعنى ان مراد فخر المحققين بسبب انه ذكر «خلعت» فى التعريف، ان مراد والده بيان الفرق بين محض الخلع و الطلاق بعوض. بان مراده بالفدية، الفدية اللازمة للمهية ليكون تعريفا للخلع المحض. فان الفدية داخله فى مهيته، دون الطلاق بعوض المراد به الخلع. فيرد عليه (مضافا الى ان ذلك ينافى جعل الخلع فى تعريف والده اعم من المبارأة، و هو ينافى الاكتفاء بلفظ «خلعت» فى تعريف نفسه، سيما مع ضميمه كلمه «دونه»)، ان ذلك لا يناسب الحدود. اذ هى للمهيات، لا الالفاظ. كما مرّ. و قد ذكر القائل ان العلامة 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 اما 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 كراهة الزوجة فقط. بل نقول انه فى حكم الخلع و يجرى عليه احكامه. و هو مطابق بعباراتهم؛

^١ عبارة النسخة: فى جعل مراد فخر المحققين...

فلاحظ عبارة اللمعة حيث قال: «فان اتى بالطلاق بعوض، اغنى عن الخلع»^١. وقال فى كنز العرفان: «الطلاق بالفدية و يفيد فائدة الخلع و المباراة، و حكمه حكمهما». و ناهيك ما ذكره السيد محمد(ره) فى 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^٢ من احكامه، لانتفاء نص^٣ فيه بالخصوص»^٢. فانه اعترف بانهم اتفقوا على اتحادهما فى الحكم. و قوله «و لو لا انه خلع.. الخ»، فستعرف ما فيه.

و على هذا فترك تعريف الطلاق بعوض، غير مضر. فانه هو الطلاق بالمعنى الاخص او الاعم. و كفى تعريفهما عن تعريفه.

ثم: ان السيد محمد(ره) بعد ما ذكر كلام فخر المحققين الذى قدمناه، قال «اقول: ان الطلاق بعوض، من اقسام الخلع. كما صرح به المتقدمون و المتأخرون من الاصحاب و لا يرد نقض^٤ عليه.

و اقول: ان المنقول فى كلامهم ان الخلع يقع بقوله انت طالق بكذا. و منهم الشيخ فى المبسوط. فانه قسم الخلع الى واقع بتصريح الطلاق، و الى واقع بغيره، و قال: «فاما ان كان الخلع بتصريح الطلاق، كان طلاقاً بلا خلاف»^٥. و نحن ايضا لا نمنع ان يؤدى الخلع بلفظ الطلاق بعوض. و ذلك لا يستلزم اتحاد الخلع مع الطلاق بعوض و كونهما متساويين بان

^١ اللمعة الدمشقية ابتداء كتاب الخلع و المبارات- و فيه «مع العوض». ط دارالناصر، ص ٢١٣.

^٢ و فى النسخة: شيئاً.

^٣ نهاية المرام فى شرح مختصر شرايع الاسلام، ج ٢ ص ١٢٦ ط جامعة المدرسين.

^٤ و فى النسخة: نقضا.

^٥ المبسوط، ج ٤ ص ٣٤٤.

يكون الطلاق بعوض، هو الخلع «لا غيره».

و قال 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»^١.

اقول: ان اراد من ظاهر اتفاق الاصحاب على ان الطلاق بعوض يتعلق به احكام الخلع، ما نقلناه فى المقدمة الاولى (ان المعروف^٢ من مذهب الاصحاب ان الزوج اذا ادّى مفهوم الخلع بلفظ «انت طالق على كذا» قاصداً به الخلع من دون ضمّ مثل «خلعتك» او «خالعتك».) فهو مسلم. 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 كراهة الزوجة. و ان اراد انهم اتفقوا على ان كل لفظ يدل على ارادة الطلاق بعوض (حتى مثل ما ذكرنا فى جملة الاقسام الستة) و يتعلق به احكام الخلع، فهو ممنوع. و هذا من باب اشتباه المفهوم بالمصدق. فاننا لا نمنع قابلية لفظ واحد^٣ لازاء مطلبين و اشتراك لفظ فى معنيين. [فالمايز^٤ هو القصد. و لا ريب فى تغاير^٥ المفهومين. و قوله «و لو لا انه خلع لم يتعلق به شىء^٦ من احكامه»، فيه: ان اشتراك موضوعين متغايرين، فى بعض الاحكام الشرعية، غير عزيز فى الفقه. ألا ترى

^١ نهاية المرام فى شرح مختصر شرايع الاسلام، ج ٢ ص ١٢٦ ط جامعة المدرسين.

^٢ و فى النسخة: عن المعروف.

^٣ و فى النسخة: الواحد.

^٤ لا يكاد يقرء ما فى النسخة.

^٥ و فى النسخة: يغير.

^٦ و فى النسخة: شيئا.

مشاركة الصلح و البيع و النذر و العهد، فى كثير من الاحكام. و هو لا يستلزم اتحادها^١ فى المفهومين. مع انه لا يتم ذلك فى كلام من ادرج فى تعريف الخلع، كونه بلفظ الخلع، كفخر المحققين (كما عرفت) و ابن فهد كما ستعرف.

قوله: «لانتفاء نص فيه على الخصوص»، فيه: انه لا يجب فى الاحكام الشرعية، التنصيص بالخصوص. اذ قد يستفاد كثير من الاحكام من العمومات. بل [من] القواعد المسلمة. و قد عرفتها.

و منهم الفاضل المقداد (ره) فى «التنقيح»؛ فانه قال: «عرفه العلامة فى القواعد بانه

ازالة قيد عقد النكاح بفدية. اى فدية لازمة لمهية له، لا يرد عليه الطلاق بعوض.

و منهم المحقق جمال الدين ابن فهد فى «المهذب»؛ قال: «الخلع بفتح الخاء،

نزع الثوب. و بضمها، ازالة قيد النكاح بفدية لازمة لمهية مع كراهتها الزوج دونه. و بلفظ «خلعت». فالازالة جنس يشتمل الازالة بالفسخ و الطلاق. و البواقي كالفصول^٢ به و هى اربعة: الفدية، و يخرج بها الطلاق. و بقولنا «لازمة للمهية» يخرج الطلاق بعوض، لانه ليس من لوازمه العوض بخلاف الخلع. و بكراهتها دونه، يخرج المباراة، فانها يترتب على كراهتهما لانها مفاعلة من التبارى و هو من الطرفين فتتبريه و توعده بما تبذل و تبريها [و] تبعدها بابانتها. و بقولنا «خلعت» يخرج عنه ما لو وقع الطلاق بعوض مع كراهتها. فانه لا يسمى خلعاً انتهى.

و هذا الكلام يدل على ان الطلاق بعوض، مغاير للخلع. [لا] انه ينقسم^٣ الى ما يكون مع

^١ و فى النسخة: اتحادها.

^٢ و فى النسخة: كالفصول - توضيح: اى الازلة جنس و باقى الالفاظ كل منها فصل.

^٣ و فى النسخة: و انه ينقسم.

كراهة الزوجة، و ما^١ لا يكون معها. فمراده بالطلاق، المخرج بلفظ «الفدية» الطلاق المجرد عن العوض. و من الطلاق بعوض، المخرج بقيد اللازمة للمهية، الطلاق بعوض الذى ليس فيه كراهة، 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 العلامة و المقداد و غيرهما، بل ذكر فخرالمحققين ايضا هذا اللفظ كما عرفت) فهؤلاء يجعلون قول الزوج «انت طالق على كذا» مجرداً عن لفظ الخلع، خلعا مع حصول الكراهة من قبلها فقط. و ابن فهد (و من وافقه) لا يجعله خلعا حقيقيا و ان اجروا عليه احكامه. بل هذا اوفق بكلمات الاكثر.

و قد يقال: ان قيد لفظ «خلعت» فى كلام ابن فهد، مغنى عن قيد «لازمة لمهيته»^٢. و لذلك تركه فخرالمحققين. فهذا غفلة منه.

اقول: و لعل وجهه؛ التنبيه على المُخرجات تفصيلاً، و ان كان لفظ «خلعت» يفيدہ اجمالاً. و لعل الى ما ذكرنا ينظر كلام المحقق (و غيره ممن وافقه) حيث قال فى الشرايع: «لو خالعا و الاخلاق ملتئمه، لم يصح الخلع و لم يملك الفدية، و لو طلقها و الحال هذه لم يملك العوض و صح الطلاق، و له الرجعة»^٣. فان مراده من قوله «و لو طلقها و الحال هذه» انه لو خالعا بلفظ الطلاق و قصد بلفظ الطلاق، الخلع، لم يملك العوض لانتفاء شرط الخلع و هو الكراهة. و لكن يقع الطلاق رجعيا. بخلاف ما لو خالعا بلفظ «خالعت». فانه ليس من صيغ الطلاق. فالمقصود بالذات من قوله «و طلقها.. الخ» بيان الفرق بين صيغتي الخلع فى

^١ و فى النسخة: مما.

^٢ و فى النسخة: لمهيه.

^٣ الشرايع، (كتاب الخلع، النظر الرابع) ج ٣ ص ٤١ ط دارالتفسير.

صيرورة الثانى طلاقا رجعيا، دون الاول. لا بيان انه لا يوجب الطلاق بعوض، تملك الفدية اذا لم يكن هناك كراهة و كانت الاخلاق ملتزمة.

اما ما يترأى من عبارة المسالك، من انه ايضا قائل بان مراد المحقق (و غيره ممن عبر بهذه العبارة) ان الطلاق بعوض، مشروط بالكراهة مطلقا. [فانه] قال: «ان كان اجماعيا فهو الحجة فى حكمه و الا فلا يخل عن اشكال. لان النصوص انما دلت على توقف الخلع على الكراهة. و ظاهر الطلاق بعوض، انه مغاير له و ان شاكلة فى بعض الاحكام» انتهى. فتعرف توجيهه.

و قد يقال: ان مراد المحقق و من وافقه، ان الفرقة الحاصلة بعوض، لما كانت تقع بالخلع المجرد عند من اكتفى به. و بضميمة 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 خالعا». و الثالث فى «لو طلقها»، و غرضه ان الكل مشترك فى اعتبار الكراهة من الزوجة لانها شرط فى حلية العوض مطلقا، للاية و غيرها. و قد فهم الشهيد الثانى و غيره من عباراتهم ذلك.

فالقول بان مرادهم انه لو طلقها بقصد الخلع المعهود، لم يملك الفدية بخلاف ما لم يقصده، فاسد. لمنافاته لاطلاقهم، و لعدم مناسبة المقابلة بالخلع، و لانه لا دخل لقصد الخلع المعهود و عدمه فى حرمة العوض و حله مع وقوع الصيغة بلفظ الطلاق بعوض، الذى هو طلاق مستقل بنفسه و لا فرق بينه و بين الخلع الا باعتبار بعض الامور الخارجية. و لانه اذا كان الطلاق بعوض، مغايرا للخلع (باعتبار اشتراط الكراهة و عدمه) و كان طلاقا صحيحا بنفسه، فاذا قالت المرئة «طلقنى بكذا» و قال الزوج «انت طالق بكذا» حال عدم الكراهة

^١ المسالك (كتاب الخلع) ج ٢ ص ٥٤ ط دارالهدى.

منها، فمقتضى الاطلاق، ان يحمل على معناه الصحيح. لاجتماع شرائطه. فكيف يتصور من هؤلاء الاعلام الحكم بحرمة العوض و وقوع الطلاق رجعياً، او فاسداً.

اقول: و لا يخفى ان المحقق(ره) ذكر اولاً ان صيغة الخلع ان يقول «خلعتك على كذا» او «فلانة مختلعة على كذا». ثم قال و يقع الطلاق مع الفدية بائناً و ان انفرد عن لفظ الخلع. مشيراً الى انه يكفي في صيغة الخلع لفظ الطلاق بعوض، منفرداً عن لفظ الخلع. ثم ذكر في شرائط الخلع حصول الكراهة من الزوجة. ثم قال في احكام الخلع «لو خالعا و الاخلاق ملتئمة، لم يصح الخلع، و لم يملك الفدية. و لو طلقها و الحال هذه بعوض، لم يملك العوض و صح الطلاق و له الرجعة»^١. و من تأمل في هذا الترتيب، يعلم ان مراد المحقق انه لو اوقع الخلع بلفظ المخالعة مع عدم كراهة الزوجة، بطل^٢ الخلع و لا يصح البذل و يسقط حكم اللفظ راساً. بخلاف ما اوقع 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 الرجعي. نظير ما لو لم يذكر الاجل في عقد المتعة. حيث افتى الشارع بانقلابه دواماً. كما دل عليه الرواية. فظهر من ذلك انه ليس مراد المحقق و من وافقه من الاصحاب ان مطلق الطلاق بعوض، مشروط بكراهة الزوجة مطلقاً حتى في غير ارادة الخلع. يعني انحصار مصداقه في الخلع.

بل لعل مراده^٣: ان المصنف و الجماعة جعلوا الطلاق بعوض، المأتمى به لايقاع الخلع، هو خلعاً. حتى ان الشيخ في المبسوط جعل الطلاق بعوض خلعاً صريحاً، حيث جعل الخلع بلفظ الطلاق بعوض، طلاقاً صريحاً. و جعل الخلاف فيما كان بلفظ الخلع، هل هو طلاق ام لا؟-؟

^١ الشرايع (كتاب الخلع، النظر الرابع) ج ٣ ص ٤١ ط دارالتفسير.

^٢ و في النسخة: فبطل.

^٣ اى: بل لعل مراد الشهيد الثاني في 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 الا فلا يخل عن اشكال»؛^١ يعنى ان ما ذكره المصنف و الجماعة، من بطلان كونه خلعا و عدم صحة البذل و رجوع الطلاق الى الرجعى، لا دليل عليه. بل مقتضى اشتراط كراهة الزوجة فى الخلع، سقوط اعتبار هذا اللفظ رأساً. و لو سلمنا كونه من باب اسقاط ذكر الاجل الذى هو شرط صحة عقد المتعة. فلا بد ان يرجع الخلع (فيما نحن فيه لاجل فقد شرطه و هو كراهة المرئة) الى مطلق الطلاق بعوض، بملاحظة ان انتفاء الفصل القريب يستلزم بقاء الجنس القريب، لا الجنس البعيد (و هو مطلق الطلاق) حتى يرجع الى الرجعى. بل يبقى الجنس القريب^٢ و هو الطلاق بعوض.

و حينئذ نقول انه لا يشترط فيه الكراهة مطلقاً. فلم لم يصح البذل؟ الا ان يكون اجماع على تخصيص القاعدة المقتضية لصحة البذل (فى الطلاق بعوض، فى غير الخلع، الصحيح بدون كراهة الزوجة) بصورة يحصل فى قالب الخلع الباطل من حيث كونه خلعا. [حتى] يستلزم اسناد الشهيد الثانى الى الاصحاب، اشتراطهم الكراهة فى مطلق الطلاق بعوض. كما توهّم.

هذا اذا جعلنا الشرط فى صحة الخلع هو حصول الكراهة من جانب المرئة فى نفس الامر. و ان جعلنا الشرط هو اظهار الكراهة هنا بالالفاظ المذكورة فى الاخبار المستفيضة، فالامر اظهر، بل حمل كلامهم على [هذا] متعين. فالمراد من قول المحقق و الجماعة انه اذا خالعا بلفظ الخلع و الاخلاق ملتئمة، بمعنى عدم اظهار الكراهة، فيبطل الخلع و لم يملك

^١ المسالك، ج ٢ ص ٥٤ ط دارالهدى.

^٢ و فى النسخة: بل ينتفى الجنس القريب.

الفدية لانتفاء شرط الخلع. وكذا لو خالعتها بلفظ الطلاق بعوض، لم يصح الخلع ولم يملك الفدية ولكن يصير الطلاق رجعياً. ثم تقرير ايراد الشهيد الثاني عليهم، لا يحتاج الى الاعادة. وفيما ذكرنا اخيراً، ايضاً تنبيه على انه لا حاجة الى ما تكلفه الشهيد الثاني في بيان معنى التيام الاخلاق، حيث فسره بعدم الكراهة في نفس الامر. لعدم الحاجة اليه. بل وعدم مناسبته لما استفيد من الاخبار والفتاوى. و تنبه هو(ره) في اخر كلامه، حيث جعل الاقوى لزوم اظهار الكراهة واشتراط[ه] في صحة الخلع.

و بذلك يُندفع ما يُتوهم ان كلامه مضطرب لعدوله من البتّ في الحكم والفتوى كما [اكتفى] سابقاً الى مجرد الاستشكال. [و اُفتى] هنا. اذ الاستشكال انما هو في موضع خاص؛ وهو ما اريد به الخلع في الظاهر. و حاصل الاشكال ان لفظ الطلاق اذا اعتبر في صحة الرجعى مع كونه مشروطاً بعدم انضمام البذل، و بكونه مقصوداً 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 في مقام الاستدلال. اذ اىّ ظهور و اىّ حال و اىّ مقام في الباب، بل لا اقبل شئياً منها بلا ارتياب. لان مراده(ره) ان ظاهر لفظ الزوج في هذا المقام مقتضاه ذلك. اذ لفظ الطلاق بعوض، ظاهر في غير ارادة الخلع حيث عرى عن القرينة و خصوص المقام. فاذا كنت تعتبر لفظ الطلاق في هذا المقام و تجعله رجعياً، فلم لا تعتبر الطلاق بعوض، و لا تحمله على غير الخلع. فهو(ره) باق على اصله. الاّ فيما حكم بكونه خلعا، و هو فيما ظهر [فيه] الكراهة من الزوجة، و ان شاركه في بعض الاحكام و هو اجراء حكم الخلع عليه اذا ظهر الكراهة منها و غير ذلك من الاحكام.

و ان أبيت عن ذلك، قلت: ^١ انه حَمَلَ قول المحقق «و لو طَلَّقَهَا.. الخ» على الاطلاق و لم يرد خصوص ما اريد به الخلع. فهذا غفلة من الشهيد الثاني؛ حيث حمل كلامهم على الاطلاق و وقع في الاشكال و ذكر ما ينافى ما تقدم منه من تقسيم المفارقة بعوض، الى الاقسام الثلاثة بلا اشكال، و لا نُقلُ خلاف. [ف]وجب 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 [الغفلة] ^٣ ما سيذكره بعد ذلك في المباراة؛ حيث انه بعد قول المحقق «و لو اقتصر على قوله انت طالق بكذا، صح و كان مبارأةً. اذ هي عبارة عن الطلاق بعوض، مع منافاة بين الزوجين». قال: «قد عرفت فيما تقدم ان الطلاق بعوض، اعم من الخلع و المباراة، فيصح التعبير به عن كل واحد منهما و يتميز عن الاخر بالقصد. فاذا كانت الكراهة منهما، يقول انت طالق بكذا، بقصد المباراة. و اشترط في صحته شروط المباراة. و ان كانت الكراهة منها ^٤ و اراد الخلع بهذا اللفظ، لحقه احكام الخلع. و لو اتى به لا بنية احدهما بل اراد مجرد الطلاق بعوض، ففي اعتبار مراعاة حالهما (في الكراهة منهما [١] و منها، و الحاقه بما يقتضيه الحال، فيلحقه شرائطه و صحته مطلقا) نظراً. و ظاهر كلامهم انحصاره فيهما ^٥ و اعتبار مراعاة الحال فيه. و عندي فيه نظراً. و قد تقدم الكلام على مثله في الخلع. و لو قيل بصحته مطلقا حيث لا يقصد به احدهما، كان وجهاً. لعموم ما دلَّ على جواز الطلاق مطلقا، و عدم وجود ما

^١ عبارة النسخة: و ان ابيت عن ذلك و قلت...

^٢ و في النسخة: كلامهم.

^٣ و في النسخة: نعم يؤيد هذه الفضة ما سيذكره.

^٤ و في النسخة: منهما.

^٥ و في النسخة: فيها.

ينافى ذلك فى خصوص البائن^١ انتهى كلامه (ره).

ولا يخفى ان فى كلامه (ره) قصوراً فى تأديّة المراد، فلنحررّ اولاً مقصوده، ثمّ نتعرّض الى بيان تاييده لما ذكرنا من الغفلة.

فنقول: ان مراده ان الطلاق بعوض، اعم من الخلع و المبارءة و من غيرهما، فيصح التعبير به عن كل واحد منهما و من غيرهما. و يتميّز كل واحد من الثلاثة عن الباقي بالقصد. و اذا تميّز بالقصد، فيلاحظ شرائطه المقصوده. و فى كل ما قصد من الثلاثة اذا تحقق شرائطه، فيلحق به. ففى كل موضع تحقق الكراهة منها^٢ فقط، و اظهر [ت] الكراهة على الوجه المعهود فيه، و قصد به الخلع، فيصير خلعاً. و كل موضع [تحقق الكراهة منهما و قصد به المبارءة، فيصير مبارءةً. و كل موضع] لم يتحقق شئ من شرائط الخلع و المبارءة، و قصد الطلاق بعوض، الذى هو غيرهما، فيصير طلاقاً بعوض مغايراً لهما.

و قد سأمح فى ذكر هذا القسم. اذ هو ليس بداخل فى قوله بعد ذلك «و لو اتى به لا بنية احدهما، او عدم النية، [او] بنية العدم. [و عدم النية] غير نية العدم. و النية انما يتحقق بنية العدم [ايضاً] كما لا يخفى^٣.

و حيث تمّ الكلام فى صورة القصد الى المواضع الثلاثة و نيتها، شرع فى بيان حكم ما لو لم يُقصد شئ من الثلاثة بالخصوص. و قال: «و لو اتى به لا بنية بل اراد مجرد الطلاق بعوض» يعنى القدر المشترك بين الثلاثة (لا الطلاق بعوض، المجرد عن قصد الخلع و المبارءة فقط) و مراده الاتيان به مطلقاً، يعنى سواء كان فى موضع يمكن تحقق الخلع و

^١ المسالك، ج ٢ ص ٥٩ ط دارالهدى.

^٢ و فى النسخة: منهما.

^٣ عبارة النسخة: او عدم البينة غير نية العدم و البينة انما يتحقق بنية العدم كما لا يخفى.

المباراة، او لم يمكن تحقق الخلع و المباراة [١] و لم ينوهما، او لم يمكن.

ثم قال: «ففى اعتبار مراعاة حالهما.. الخ»، يعنى ان هنا احتمالين: احدهما: ان يعتبر الموافقة الاتفاقيه؛ بان يكون المقام مقام تمكّن الخلع او المباراة و غيرهما و لكن لم ينو شيئاً من الثلاثة. فقال ان الطلاق بعوض [يتصور فى ثلاث مقامات]: مقام يصح فيه نية الخلع. و مقام يصح فيه نية المباراة. و مقام يصح فيه نية 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 مطلقا؛ يعنى لا يُلاحظ المقام و لا يُتبع فى وصف الطلاق بشيىء من الثلاثة، بل يحكم بصحته لمّا^٢ كان على مراتب تحققه، هو الطلاق بعوض. الذى لا يكون خلعا و لا مباراة 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 انّ فى صورة عدم النية^٤ يعتبر مراعاة الحال؛ فان وافق الطلاق بعوض، موضعاً يمكن فيه الخلع فيلحق به. و ان وافق موضعاً يمكن فيه المباراة فيلحق به. و ان لم يكن موضعاً بشيىء منهما فيبطل، لانحصار الطلاق بعوض عندهم فيهما. ثم استشكل فى كلامهم و استوجه الصحة مطلقا. و لم يعتبر الموافقة الاتفاقيه. اذ المعيار هو النية، و هو مقصود بالفرض. و اللفظ مطلق و يتحقق فى ضمن اقل الافراد، شرطاً و احكاماً. و استدللّ على الصحة بعموم ما دل على جواز الطلاق مطلقا. و ليس فيها

^١ عبارة النسخة: فقال ان الطلاق بعوض المقام يصح فيه نية الخلع و المقام يصح فيه نية المباراة و المقام يصح فيه

نية غيرهما.

^٢ و فى النسخة: و لمّا.

^٣ و فى النسخة: تحققها.

^٤ و فى النسخة: البينة.

قيد بكونه مجرداً عن العوض، او فى ازاء عوض. و عدم وجود ما ینافى ذلك فى خصوص البائن.

و الظاهر انّ تمسكه بالعموم (لدفء الانحصار الذى نسبه الى المشهور. و بعدم وجود ما ینافى ذلك، فى خصوص البائن) منع الدليل على اعتبار مراعاة الحال. يعنى كون المقام مقام امكان تحقق البائن من الخلع او المباراة مع عدم نيتهما، لا يوجب حمل الطلاق عليهما. و ليس هنا شىء اخر ینافى صحة الطلاق المندرج تحت العمومات. فیصح الطلاق بعوض و ان كان المقام قابلاً للخلع و المباراة. كما انه یصح الطلاق الرجعى ایضا على القول بعدم وجوب الخلع فیما اجتمع شرائط الخلع.

و اما وجه التأييد للغفلة: فهو ما نسب الى الاصحاب اخيراً من الانحصار. فان هذه النسبة لیست بمنحصرة فیما طلبت الزوجة تحقق الخلع [او] المباراة مثلاً.

اعلم: ان عبارة المحقق هذه ایضا من العبارات الشاهدة^١ على تحقق فرد من الطلاق بعوض، لم یکن احد الامرین. اذ لو قلنا بانحصاره فیهما یلزمنا القول بكون لفظ «طالق بكذا» منقولاً الى القدر المشترك بین الامرین، و الاصل عدمه. و آتى لك باثباته [بـ] بیان ذلك: انه استدل بصحة المباراة بهذا اللفظ انها فرد من الطلاق بعوض، فیندرج فى مدلول لفظ «طالق بكذا». اذ لا یتّم الاستدلال الاً بذلك. و هو أنّما یتّم اذا كان مدلوله الحقیقى هو القدر المشترك بین امور یتكون المباراة احدها. و الوضع اللغوى لهذا اللفظ لا یقتضى الاً الاعم منهما و من غیرهما، لا هما فقط^٢. و الحال ان الاستدلال هنا مبتن على دلالة اللفظ، لا على

^١ و فى النسخة: المشاهدة.

^٢ و فى النسخة: فسقط.

كون اىّ الافراد من المدلول صحيحا شرعا و ايتها 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 «الفرقة الحاصلة بعوض» ان كان الاعم من الخلع و المباراة، فكذلك المراد من الخلع اعم منهما. كما هو احد مستعملاته. فلا يلائم قوله «عند من اكتفى به» اذ لم يكتف احد بالمباراة فقط. فلا بد ان يكون مراده منها هو الفرقة الحاصلة بالخلع. و حينئذ فلا يصح اعترافه الاول من قوله لمنافاته لاطلاقهم. لانه فرض الشرطيتين فى بيان اقسام الثلاثة، الخلع. فاين الاطلاق؟

فكذلك اعتراضه الثانى (من عدم مناسبته مع المقابلة بالخلع)، لا يلائم جعل الشرطيتين لبيان ما ذكر. لان عدم المناسبة انما يتم لو اريد من قولهم «لو خالعتها»، 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 المقابلة. 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^١، 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 صورة كراهتها. لا بمعنى انه لا يجزى عن الخلع، اذا [لم يكن] الكراهة منها، فقط^٢.

^١ و فى النسخة: انها.

^٢ عبارة النسخة: حتى يرد عليه انه طلاق بعوض و احد بشرط.

^٣ المراد من لفظ «فقط» انه طلاق بعوض، و صحيح، لكنه فاقد شرط الكراهة للخلع، فقط. و ليس فاقداً لشروط صحة الطلاق. - و عبارة النسخة: اذا جعل الكراهة منها فقط.

فمرادنا ان بطلان البذل و حرمة العوض، انما هو اذا قصد به الخلع فى حال تلائم الاخلاق. لان المستفاد من كلماتهم فى الحدود و غيره 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 فى الخلع و المباراة (كما ادعاه)، فمفهوم الشرطية الثانية، صحة البذل مع عدم تلائم الاخلاق. فان كان من جانب المرءة فقط، فخلع صحيح. و ان كان منهما، فمباراة صحيحة. و حينئذ فلا وجه للتعرض لبيان شرط المباراة فى قالب الطلاق بعوض، دون ما كان بلفظ المباراة. و كما انهم ساقوا الشرطية الاولى لبيان حكم الخلع فقط، فلا بد ان يكون الثانية ايضا فيما كان المراد من الطلاق بعوض، الخلع. او يصرحوا بحكم المباراة الصريحة. كما صرحوا بحكم الخلع.

و ان تعسفت و قلت: ان المراد بالشرطية 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 الا فلا بد ان يرجع الى الرجعى مع تلائم الاخلاق. لا ان يكون باطلا. فاذا فرض البحث فى الخلع المجرد، فلا بد ان يكون البحث فى المباراة ايضا مجردة عن الطلاق. و هو باطل بالذات و لا يحتاج فى اثبات البطلان الى التمسك بانتفاء الكراهة. مع ان البحث انما سيق^١ لذلك. فظاهر ان المراد من الطلاق بعوض هو ما قصد به الخلع، لا غير.

و منهم الشهيد الثانى (ره) فى المسالك و الروضة: اما فى الروضة؛ فقال فى شرح كلام المصنف حيث قال «و لو اتى بالطلاق مع العوض، اغنى عن لفظ الخلع» ما

^١ و فى النسخة: سبق.

هذه عبارته ممزوجة 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 خاصة. 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 كراهة الزوجة، و يخرج عن كونه خلعا و لكنه يفيد فائدته في البيونة و حلية العوض فقط. فكيف يتفوه بهذا عاقل فضلاً عن مثله (ره)؟! اذ المصنف (ره) في مقام بيان كفاية لفظ الطلاق بعوض عن لفظ الخلع في الموضع الذي يرد الخلع الذي لا ينفك مهيته عن العوض، و لا عن كراهة الزوجة فقط. و ان صيغة الخلع الذي اعتبر فيه كراهة الزوجة، 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) كفاية 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 الكلى في الفرد. و اعتبار الكراهة من الزوجة انما استفيد من مقام الاستعمال و خصوصية المورد^٣؛ و هو ارادة ايجاد الخلع الذي لا ينفك مهيته عن الفدية و كراهتها فقط. فقوله «افاد فائدته» عطف تفسيري؛ اي الاغناء يعنى انه ليس كفايته من جهة الترادف بحيث كلما وجد الطلاق

^١ الروضة (كتاب الخلع) اول مسألة بعد تعريفه و بيان صيغته.

^٢ و في النسخة: الشارح.

^٣ و في النسخة: الموارد.

بعوض، وجد الخلع. فالطلاق بعوض لم يفتقر الى كراهتها، و لا يندرج ذلك فى مهيته، بل انما يفيد فائدة الخلع اذا حصل الكراهة منها، و الحال ان لزوم الكراهة ليس من لوازم مهية الطلاق بعوض. و ان كان بعض افراده (و هو الخلع) مما لا يتحقق الا بالكراهة.

فالحال ان الطلاق هو ازالة قيد النكاح مجرداً عن العوض بمعنى عدم اخذ «العوض» فى مفهومه^١. و الخلع ايضا من مزيلات قيد النكاح [لكنه] ماخوذ فى مهيته العوض مع كراهة الزوجة فقط. و الطلاق بعوض من اقسام مطلق الطلاق. اذ الماخوذ فى مهية مطلق الطلاق، عدم اشتراط العوض. لا اشتراط عدمه. فلا ينافى الطلاق بعوض من افراده. فالطلاق بعوض، الذى هو من افراد مطلق الطلاق، قد يجزى عن الخلع اذا قارن كراهة الزوجة دون الزوج، و يجرى عليه احكام الخلع و ان لم يكن هو بعينه. و اتفاهم على افادته (حيثند) فائدة الخلع، لا يستلزم اتحادهما فى الحقيقة.

والعجب من هذا القائل؛ كيف ارتضى فى توجيهه عبارة فخرالمحققين بما قدّمناه، و لم يرض بمثله للشهيد الثانى (ره).

ثم اعترض هذا القائل: بان فى 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 ملتزمة و لم تكره، بطل البذل فوقع الطلاق رجعياً من حيث البذل، و قد يكون بائناً من جهة اخرى؛ ككونها غير مدخول بها، او كون الطلقة ثالثة» 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 ملتزمة. و هو بعيد جدا. و ايضا قد عرف الخلع و المباراة بانه طلاق بعوض مقصود لازم من جهة الزوج. و عرف الطلاق بانه ازالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة طالق. و تبع

^١ اى: لم يؤخذ العوض فى تعريف الطلاق و مفهومه.

المصنف فى حصر البائن فى ستة^١؛ منها طلاق المختلعة و المباراة 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 مر». فففيه: منع منافاته لما مر عنه. كما لا يخفى. فلنذكر عبارة المصنف مجردة عن الشرح، حتى تتضح الحال: قال: كتاب الخلع و المباراة؛ و صيغة الخلع ان يقول «خلعتك على كذا» او «انت مختلعة» 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 رجعيا. انتهى.

و مراده(ره) ان الخلع الذى هو ازالة قيد النكاح حقيقة، لازمة لمهية الذى صيغته «خلعتك على كذا» او ما يبنى عنه، مثل «انت طالق على كذا». [ف]لا يصح الا مع كراهتها. فلو لم تكره بطل البذل.

بقى الكلام فى قوله «و وقع الطلاق رجعيا»؛ 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 رجعيا؟-؟ فاختر المصنف و غيره انقلابه رجعياً. و اختاره الشارح ايضا و لا ينافى ذلك ما تقدم منه من كون الطلاق بعوض، قد يكون غير الخلع و المباراة و يفيد فائدتهما فى البيونة. اذ الكلام فى الطلاق الواقع فى مضمار الخلع لا غيره. ثم ان الشارح(ره) فى شرح قول المصنف(ره) [قال]: «فلو لم تكره بطل البذل و وقع

^١ و فى النسخة: متند فى ستة...

^٢ و فى النسخة: الاضطراب الاول اشارة اليه و بقوله.

^٣ اى: الخلع الذى عقد الكتاب له بقوله: كتاب الخلع.- عبارة النسخة: فى ايجاد الخلع المعهود له الكتاب.

الطلاق رجعياً من حيث البذل. و قد يكون بائناً من جهة أخرى ككونها غير مدخول بها، او يكون الطلقةً ثالثةً» انتهى كلامه (ره).

و لا يخفى: انما اوجب توهم منافاة كلامه هذا، مع سبق اطلاق قوله «فلو طلقها و الاخلاق ملتزمة، بطل البذل» فانه يناهى ما سبق منه من قوله «الطلاق بعوض لا يشترط فيه الكراهة و يفيد فائدة الخلع من البيئونة». و هو^١ 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. لان عنوان المصنفين غالباً فى المسائل على مرجع كلام ارباب الاقوال المختلفة، لا خصوص مختار المصنف، و لا ريب ان من الاقوال فى المسئلة كفاية لفظ الخلع بدون ذكر الطلاق، و لا يصح القول بوقوع لفظ الخلع فقط طلاقاً رجعياً مع عدم الكراهة.

فالشارح اوضح المقام و قال: مراد المصنف من قوله «و وقع الطلاق رجعياً» هو اذا طلقها و صدر منه الطلاق، سواء كان من جهة الاتباع، او من جهة كفاية الطلاق بعوض، عن الخلع. و المتوهم فهم منه انه اطلق القول بان الطلاق بعوض، يرجع الى الرجعى مع عدم الكراهة و ان كان فى غير الخلع المعهود. موافقاً للمحقق و العلامة و غيرهما. و قد عرفت ان مراد الجماعة ايضا ليس الاطلاق، بل ما اريد منه الخلع المعهود، و ان غفل الشهيد الثانى هناك عن مرادهم فى احد الاحتمالين الذى بيئتهما.

و اما الاضطراب الثانى [الذى] اشار [اليه] بقوله^٢ «و قد عرفت الخلع و المبارات.. الخ»؛ ففيه: انه لا يخفى ان غرض الشهيد الثانى (ره) فى تعريف الطلاق، هو الطلاق الذى ليس

^١ و فى النسخة: و هم.

^٢ عبارة النسخة: ظاهر اشار بقوله.

فيه عوض. فيخرج الخلع و المبراة حيث عقد المصنف لهما كتابا اخر بعده و عرفهما ايضا بما عرفهما. و لكن المصنف لم يعرف الطلاق بما عرفه. فيمكن ان يكون مراده من كتاب الطلاق المعنى الاعم الذى يشمل الخلع و المبراة. حيث ذكر من جملة اقسام البائن، طلاق المختلة و المبراة. و اما الشارح فيلزمه القول بنوع استخدام، حيث يشير تعريفه للطلاق بخروج الخلع و المبراة عنه. و موافقة 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 عرفوا الهبة بـ «تمليك منجز من غير عوض»، ثم جعلوا الهبة المشروط فيها العوض، من اقسامه.

و كيف كان، فلا ينافى [كلامه هذا]، موافقته للمصنف^١ فى حصر اقسام البائن فى الستة المذكورة، و عدم التفاته الى الطلاق بعوض فى اقسامها. اذ^٢ ذلك تقسيم للطلاق باعتبار انه طلاق بملاحظة اركان الطلاق؛ من كون المطلقة صغيرة، او يائسة، او غير مدخول بها، او كون الافتداء^٣ مقصوداً فى مهيته مع كراهتها فقط، او كراهتهما، [١] و كون المطلقة ثالثة بعد رجعتين. و اما الطلاق بعوض، فليس قسماً على حدة، بل هو عقد على حدّ احد اقسام الطلاق. فيصح بذل شئ على كل واحد من اقسام البائن و الرجعى، سواء جعلناه عقداً مستقلاً مندرجاً تحت عموم «او فوا بالعقود» و امثاله، او جعلناه قسماً من الهبة و الصلح و غير ذلك.

فنقول: اذ [١] عقد الولى ابنته الصغيرة 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

^١ عبارة النسخة: فلا ينافى فى موافقته للمصنف.

^٢ و فى النسخة: او.

^٣ و فى النسخة: الافتداء.

أوفق لحالها، وقال «انى اعطيك الفأ على ان تطلقى ابنتى». فأى مانع من جواز هذا الاعطاء؟ ومن جواز قبول الزوج و طلاقه لها؟ سيما اذا اعطاه من ماله. و لا مدخل فى المنع عن الاخذ من الزوجة المذكورة فى الآية^١ و لو سلم دلالته ايضا. و كذلك الكلام فى حق المرءة نفسها اذا كانت لها زوج ليست بكارهة له و لكن يظن حصول طالب لها اوفق بها منه. او الزوج يريد الذهاب بها الى بلدته البعيد من اهلها و هى تريد مجاورتهم.

و هل اشترط احد من العلماء فى صحة الهبة المعوضة كون العوض غير الطلاق؟ او ساير العقود؟ بل اطلاق الاخبار و العمومات يقتضى صحة الهبة على كل ما يصلح للعوض. و قد نقلنا التصريح بالعموم عن استادنا المحقق طاب ثراه. حتى ان بعضهم استدل للزوم الصدقة بانه معاوضة بسبب قصد القرية. 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^٢ العقود و المعاوضات و غيرها. ألا ترى انهم قسموا البيع على اقسام شتى باعتبارات شتى؛ كالحال، و النسيئة، و السلف، و المساومة، و المرابحة، و المعاوضة، و التولية، و غير ذلك. و لم يذكروا من جملة اقسامها البيع الذى هو فى عوض الهبة، 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 المعهودة 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

^١ قوله تعالى: وَ إِن أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَ آتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً... - سورة النساء،

آية ٢٠.

^٢ و فى النسخة: لابواب.

لاجل مناسبتته به. لا لانه هو خلع. و يتبّه كلام[ه] ذلك، على عدم مناسبتته للذكر فى كتاب الطلاق المجرد. و سيجيى تمام الكلام.

و قد يعرض عليه: بانه لا يخفى ان من اوجب ضم الطلاق مع الخلع و المبارء، حكم بالاكتفاء به مع العوض، و عدّه منهما مطلقاً، و اجرى عليه احكامهما بأسرها. و لم تجر له عادة بالبحث عن قسم اخر. و من لم يوجب الضمّ، جعل لهما صيغتين؛ احديهما مشتملة على لفظهما و الاخرى مشتملة على لفظ الطلاق. و جعل احكامهما واحدة، الا نادراً. ثم ان هؤلاء اختلفوا فى كون الصيغة الاولى طلاقاً او فسخاً. و الحاصل: ان العادة المشار اليها لم نجد لها اثرًا [[صلاً، الا فى كلامه.

اقول: مراد الشهيد الثانى(ره)؛ انه كما ان الفرقة الحاصلة بين الزوجين، اما ان تكون بالفسخ او الطلاق. فالفرقة الخاصة التى تكون بعنوان العوض، اما ان تكون بلفظ الخلع و المبارء (اى تكون بمهيته [التى] وضعت للدلالة عليها لفظ الخلع و المبارء). او تكون بمهيته [التى] وضعت له لفظ «الطلاق بكذا» كالنذر و العهد الذين^١ وضع لاحدهما لفظ «الله علىّ كذا». و للاخر «عا هدت الله بكذا» و نحوه. و كما ان مهية 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 صيغةً. و قد مرّ كثير منها و سيجيى كثير، بل كل من صرح بالاتحاد ايضاً مراده اتحادهما فى الحكم فى الاكثر. و قد صرح الشيخ فى «النهاية» بان الخلع ليس بطلاق حقيقة، بل هو مما يلحق به، كالفسخ و اللعان و غيرهما.

^١ من قوله «اقول:» الى هنا، كل ما ترى «تكون»، فهى فى النسخة «يكون».

^٢ و فى النسخة: للذين.

و اما قوله: و لكن جرت العادة بالبحث منها في كتاب الخلع (يعنى و ان كان الطلاق بعوض، ليس بخلع في كتاب الخلع) و من جملة تلك العادة انهم ذكروا انه يجزى عن الخلع - كما مر عن الشهيد في اللمعة و غيره، بل هو مقتضى كلام الاكثرين - فيستعمل لفظ الطلاق بعوض في الخلع لمناسبة و علاقة بينهما و هو كون مهيتهما مشتملة على معنى الابانة 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 البيونة بسبب لزوم عقد المعاوضة، [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 له عادة بالبحث عن قسم اخر»، فيه: ان هذا الكلام اعنى كفاية الطلاق عن الخلع و المباراة و جريان حكمهما بعينه، بحث عن مهية الطلاق بعوض. و اللفظ دال عليه. فان من احكامه، اجزائه عن صيغة الخلع و المباراة. و لا يمكن القول بكون حمل الطلاق بعوض على الخلع، او بالعكس، من باب حمل المترادفين. كما ينادى به اختلافهم في كون الخلع فسحا او طلاقا. و اذا اعتبر في الطلاق بعوض، عموم حتى يصير من باب حمل المتعارفي، فيفيد ذلك ثبوت قسم اخر للطلاق بعوض. و مجرد المغايرة 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 الصيغة، ما صيغ لاجل الدلالة عليه بالوضع الشخصي، فيمتنع كون لفظ الطلاق بعوض، صيغة

^١ و في النسخة: لم يجز.

لهما. و ان اراد اعم من ذلك و مما يفيد به بقرنية المقام من باب استعمال الكلّي في الفرد، فهو مستلزم لاثبات امر كلي يكون اعم منهما. فاذا قلنا: انا اذا اجرينا صيغة مختصة بالكلّي من حيث انه كلي، في فرد من حيث وجوده في ضمنه، فهو في حكم ما لو اجرى في حكم ذلك الفرد صيغته^٢ المختصة، فهذا لا يفيد الاتحاد في المفهوم. بل انما يفيد الاتحاد في الحكم. فحينئذ البحث عن ان لفظ الطلاق بعوض، اذا استعمل في الخلع و المبرأة و لم يكن هناك كراهة، فلا يثبت به التملك و يرجع الى الرجعي. 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 المغايرة. لان احدا لم يحتمل في الطلاق بعوض، كونه فسخا. فهذا ايضا من احكام الطلاق بعوض الذي ذكروها في هذا المقام انه لا يحتمل كونه فسخا ابا.

قوله: «و الحاصل ان العادة المشار اليها.. الخ»، اقول: قد عرفت جملة من البحث فيه و في كلام الفاضلين، و اشارة في مواضع كثيرة الى ذلك. و يستفاد من كثير من كلماتهم مغايرة الخلع للطلاق بعوض بالمفهوم. و ان 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 المذكورة؛ ما ذكره في الشرايع في المسئلة الخامسة في النظر الرابع. قال: «لو خالعه و شرط الرجعة، لم يصح. و كذا لو طلق بعوض»^٣. فان ظاهر هذه

^١ و في النسخة: و ان اراد.

^٢ و في النسخة: صيغة.

^٣ الشرايع، كتاب الخلع، ج ٣، ص ٤٢ ط دارالتفسير.

العبارة، مخالفة المفهومين. و وجهه ان كليهما، فيما يوجب البيئونة. و هذا شرط مخالف لمقتضى العقد و للمشروع^١. و قد صرح فى اول كتاب الخلع ايضا بان الطلاق مع الفدية يقع باثنا و ان افرد عن لفظ الخلع المقصودة. [ف]ثمة [فى مقام] بيان محض البيئونة للطلاق مع الفدية. سواء كان بالطلاق المعوض المقرون بلفظ الخلع، او الخالى عنه، و سواء كان مع كراهة الزوجة المجزى عن لفظ الخلع، او بدونها الذى هو عقد مستقل.

و يشهد بارادة الاعم (مضافا الى اطلاق اللفظ) انه ذكر فى اول الكتاب؛ ان الصيغة الموضوعية لافادة مفهوم الخلع و ايقاعه، انما هو مثل «خلعت» و «خالعت». لا مثل «فاسختك» و «فايلتك» و «بنتك». و هذا بخلاف بيان الضرورة^٢ الى لفظ الخلع فى الجملة مع قطع النظر من اعتبار الضميمة 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 مفارقة بائنة لا يترتب عليه احكام الطلاق و شرائطه و من جملتها عدّه من الطلقات الثلاثة المحتاجة الى المحلل، او انه طلاق؟-؟ فالأكثر على انه طلاق، للنصوص المعتمدة. 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، كفاية الخلع المنضم^٤ الى الطلاق و المنفرد

^١ كذا فى النسخة و لا بأس به. لكن يحتمل ان يكون؛ العقد المشروع.

^٢ عبارة النسخة: و هذا الخلاف فى بيان الضرورة.

^٣ و فى النسخة: فعلى.

^٤ عبارة النسخة: كفاية الخلع المنقسم الى الطلاق.

عن الطلاق. مع اختيار كونه طلاقاً حينئذ.

و بقى الكلام فى كفاية اداء الخلع بلفظ الطلاق بعوض، مجرداً عن الخلع. فانه لا ريب انه فرق بين الطلاق المنضم بالخلع مع افادته المعاوضة، و بين الطلاق بعوض المنفرد عن لفظ الخلع. و لم يظهر مما تقدم، الحكم بكونه من افراد الخلع، فان ما أفاده سياق الكلام انحصر 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 ظننى انه لم يقل به احد و ان أوهمه كلام الشيخ فى

المبسوط.

و الثانى: انه يفيد فائدة الخلع. و هو الصحيح الذى لا بد ان ينزل عليه كلام الشيخ و الجماعة. بل ادعى عليه الاجماع. و لو لم يكن دعوى الاجماع على كفايته عن لفظ الخلع و افادته فائدته، لما قلنا بجوازه. لعدم التوظيف. و الى ذلك اشار المحقق فى اخر كلامه «و يقع الطلاق مع الفدية بائناً و ان انفرد عن لفظ الخلع». فمّن تأمل فى كلامه (ره) يفهم انه ساق الكلام من اول البحث الى هنا فى بيان حقيقة الخلع و صغته الموضوعية 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 بالهبة، و ان مجرد اعتبار العوض يجعل الطلاق بائناً.

و اما انه لو اوقعه فى موضع يمكن جريان الخلع فيه بان يختص الكراهة بالمرأة، فيفيد

فائدة الخلع. و من جملة فوائده البيئونة مع جواز الرجوع اذا رجعت بالبذل (فهو انما يحتاج

^١ الشرايع (كتاب الخلع)، ج ٣ ص ٣٦ ط دارالتمسير.

الى دليل خارجى و لعله الاجماع). فجمع المحقق فى هذا المبحث اقسام الفراق المشتملة على العوض، سواء كان خلعا، او فسخاً، او [ال]طلاق بعوض، مجرد[ا] عن الخلع و المباراة. و الشهيد الثانى(ره) عمّ المقام و فسّر هذه العبارة بانه «اذا وقع الطلاق مع الفدية سواء كان بلفظ الخلع و قلنا انه طلاق، او اتبع به، او بلفظ الطلاق و جعله بعوض. فانه يقع بائناً لا رجعياً. للنصوص الدالة عليه و قد تقدم بعضها. و وجهه وراء النص انه معاوضة محضة 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» فطلّقها بمأة، لم يصح. كما لو باعه بمأة فقبل^٣ بخمسين. و الاصل فى العقود و المعاوضات، اللزوم. لعموم الاية و قوله(ع): «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 و جيه.

ثم فرّع المحقق على هذه المقامات فروع^٥ ثلاثة: اولها «لو طلبت منه طلاقاً بعوض، فخلعها مجرداً عن لفظ الطلاق، لم يقع على القولين. و لو طلبت خلعا بعوض، فطلّق 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

^١ و فى النسخة: او شبهه بها.

^٢ و فى النسخة: قبولها.

^٣ و فى النسخة: فقبل.

^٤ المسالك، (كتاب الخلع) ج ٢ ص ٤٧ ط دارالهدى.

^٥ كذا- والصحيح: فروعاً.

^٦ الشرايع، (كتاب الخلع) ج ٣ ص ٣٦ و ٣٧.

طلاق. فان الطلاق يقع به البيئونة 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 صورة 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 الاخر؛ فلاتيانه بما التمسته و زيادة، حيث اتى بالمجمع عليه و ترك المختلف فيه. و فيه نظر، لعدم كفاية 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 صورة الافتقار الى ضم الطلاق، اظهر. اذ لعل لضم الخلع مدخلية فى التماسه.

و اما ما استشهدنا بهذا التفريع؛ فيظهر من مقابلة الخلع، بالطلاق بعوض. سيما فى صورة 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 باعمية الطلاق بعوض عن الخلع. اذ مقتضى قولهم انه طلاق، اتحاده فى الوجود مع الطلاق. كما فى قولنا «الانسان حيوان». لا كونهما ' موجوداً واحداً كما هو مقتضى الحمل الذاتى، مثل «هذا زيد» بعد وصف زيد بالخارج للمخاطب.

^١ عبارة النسخة: قولنا للانسان حيوان لا كونها.

و لا ريب حينئذ في ان الطلاق المحمول الذى هو فى مقابل الفسخ، اعم من الخلع، لتحققه فى الرجعى و غيره 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 الهبة المشروطة فيها العوض، من افراد الهبة المطلقة المعرفة بانها «تمليك عين مجرداً عن العوض و القرية». 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 فائدة الخلع، لا انه هو. و لولا مظنة الاجماع و نقله، لما قلنا بكفايته عن الخلع، فضلاً عن كونه هو.

فاتضح بما ذكرنا (غاية 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 اقتراحه بالطلاق ايضا؟؟؟ 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 مسألة اخرى ذكرها فى كفاية هذا اللفظ عن الخلع (مع اجتماع ساير الشرائط من الكراهة مختصة بها و غيرها) ام لا. و هذا هو الذى ذكره ما بعد قولهم «اذا خالعتها و الاخلاق ملثمة.. الخ». و قد اشرنا سابقاً اليه يعنى لو

قصد ايقاع الخلع الذى تحققه مشروط^١ بالكراهة، بلفظ الطلاق. فهو^٢ كما لو اوقعها بلفظ الخلع (فى عدم الوقوع مع تلائم الاخلاق و لا يملك الفدية). و لكن هناك فرق اخر و هو انه يقع الطلاق رجعيا فى الاول دون الاخر. لا انه يمكن تملك الفدية بالطلاق بعوض، مطلقا. و قد اشرنا سابقا الى غفلة الشهيد الثانى(ره) عن ذلك.

و بالجملة: ما ذكره السيد محمد(ره) فى شرح النافع (بعد ما نقل كلام فخرالمحققين المتقدم ذكره حيث قال رداً 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 يوجّه كلامه؛ بان غرضه انه اذا كان الطلاق بعوض، من اقسام الخلع و لا يصح الا بشرائطه، و يقع الخلع به مجرداً، و بغيره. فايّ 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 ابتناء 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؛

^١ و فى النسخة: مشورطا.

^٢ و فى النسخة: و هو.

^٣ نهاية المرام فى شرح مختصر شرائع الاسلام، ج ٢ ص ١٢٦ ط جامعة المدرسين.

^٤ تلوين السطرين، تذكرة للقارئ الكريم بانّ هذا هو المقصود الغائى للمصنف(ره) من تدوين هذه الرسالة و تاسيسه.

كما بيّنه فى اول الرسالة. و لكنه قدس سره، ما ختم الكلام هنا و اتى بالمباحث الاتية، كما قال: و ستعرفه.

فلاريب انه معنى كلي، لكون كل من المضاف و المضاف اليه كلياً، و لكل منهما معنى حقيقى كلي، فالطلاق معناه ازالة 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 الحقيقة.

[قلت:] هو قول بالنقل عن معناه الاضافى عرفاً و لغة. و الاصل عدمه. و مع هذا فيصير احتراز هؤلاء الفحول عنه فى تعريف الخلع، لغواً. اذ هو احتراز عما لا وجود له. و لا ثمرة فيه. و تبرئة ساحة 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 المرادفة للفظ الخلع. فمع ان الاصل عدمه، لا معنى للاحتراز عن المرادف. و هو كما لو وضع عمرو زيداً لابنه و كناه بابى عبدالله. و يقال زيد هو الولد الذى ولد لعمرو و سمّاه بزيد محترزاً بقيد تسميته بزيد 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 الخاصة و العامة. فكيف يُجتري بحمل كلام مثلهم على مثله و يقال هذا نزاع لفظى.

^١ و فى النسخة: فيكيف.

^٢ و فى النسخة: يصير لغواً.

الموضع الثاني: ^١ انه قال (بعد العبارة التي نقلنا عنه في شرح قول المحقق: «و يقع الطلاق مع الفدية بائنا و ان انفرد^٢ عن لفظ الخلع»^٤). و اعلم: انه مع اشتراك الخلع و الطلاق بعوض، في هذا الحكم، يفترقان بان الخلع يختص بحال كراهة الزوجة خاصة (كما انفردت المبارءة بكون الكراهة 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 الكراهة 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 الفدية، و الطلاق الواقع بها؟ فلو كان ما ذكره من عادة الاصحاب (كما قاله في اول الكتاب) لكان يجب عليهم بيان ذلك كما هو ظاهر.

اقول: ليس هذا طلاقا خاصا و لا نوعا من انواع الطلاق حتى يذكر خواصه. بل هو عقد وارد على الطلاق باقسامه. و المعيار في العوض هنا هو التراضي، لا غير. كساير 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 الثاني ان هذا العقد لا يشترط فيه الكراهة و ان كان قد يتحقق فى ضمن ما يشترط فيه الكراهة. فاذا كان المعيار في عوض هذا العقد، هو التراضي، فلا حاجة

^١ اى الموضع الثاني مما تقدم بعنوان: فمن المواضع المذكورة.

^٢ اى الشهيد الثاني (ره).

^٣ و فى النسخة؛ 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 العوض و قدره.

و قد يناقض على ما ذكره(ره) من مغايرة الخلع للطلاق بعوض، بانه(ره) قال (تبعاً للمحقق و غيره فيما اذا طلبت منه خلعاً بعوض، فطلق به) انه «ان جعلنا الخلع طلاقاً او مفتقراً الى الطلاق فاتبعه به، لزم البذل. لاتبائه بما التمسته و زياده. و هذا يعنى الحكم بلزوم البذل».

[و هذا] لا يستقيم على تقدير المغايرة. بل انما يستقيم اذا جعل الخلع قسمين و جعل الطلاق بعوض، قسماً منه بحيث لا يصح الاً بشرائط[ه]. كما هو المعروف. فيكون المرئى قد طلبت المهية الحاصلة بالطلاق بعوض منفرداً [ا]و به مع الضميمة. و اختار الزوج، الاول. و اما اذا جعل الطلاق بعوض، قسماً مستقلاً بنفسه (و ان اجتمع مع الكراهة لا على سبيل الاشتراط) فلا يلزم اداء الملتمس و ان فرض اتحاد الفائدة في القسمين.

ثم: قوله: «و اتبعه به زيادة منه»، لم يذكره المحقق و العلامة، و يجب تركها. لان موضع المسئلة انما [اذا] طلبت منه خلعاً بعوض فطلق به. اى اتى بطلاق منفرد عن الخلع. كما هو مقتضى العبارة و المسئلة المقابلة لها. و هو ينافى اتباع الخلع بالطلاق.

ثم قوله: «لاتبائه بما التمسته و زياده»، فاسد ايضاً. لانها طلبت الخلع الصحيح، فاذا بنى على انه لا يقع بالخلع الاً مع الطلاق و قد فعل هو ايضاً ذلك. فلم يأت بالزيادة، غايته انه اختار المركب و كان يحصل العوض^١ بالفرد الاخر بناء على ان الخلع يحصل بكل من الامرين.

اقول: و لا يخفى ما فيه. اذ المراد من الموضوع في قولنا «الخلع طلاق» هو المفارقة الخاصة الجامعة للشرائط المخصوصة التى يسمى خلعاً. و من المحمول هو الطلاق [بمعنى]

^١ و فى النسخة: بالعرض.

العام الذى هو مفهوم كلى فى مقابل الفسخ الذى لم يؤخذ فى مفهومه كونه جامعاً للشرائط المعهودة و لا عدمه. و خلافهم فى ان الخلع المجرد، هل هو طلاق او فسخ، انما هو بعد تنميط شرائط الخلع من اختصاص الكراهة بالزوجة، و كون الفدية 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 بقرينة المقام.

و الحاصل: ان طلب الزوجة 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^١، ايضا بعنوان الطلاق الخاص الماخوذ فى مفهومه ذلك.

قوله: ثم قوله و اتبعه به زيادة منه.. الخ؛ اقول: و لعلّ اراد التنبيه على غفلة المحقق عن الفرق بين القولين، اعنى القول بكفاية صيغة الخلع مجردا عن الطلاق، و القول بلزوم ضم الطلاق حتى يتحقق حقيقة الخلع. و ان مجرد الطلاق بعوض فى جواب طلب المرثئة للخلع، ليس اجابة لملتمسها على الاطلاق. بل لا بد من التفصيل؛ فان قلنا بكفاية لفظ الخلع فقط، و قلنا انه طلاق، فالطلاق بعوض^٢، جواب لملتمسها. لكفاية الطلاق بعوض، عن الخلع. كما هو المشهور، بل لا خلاف فيه. فهو مع انه يفيد فائدة الخلع، له مرتبة اخرى. لكون ذلك طلاقاً بالاتفاق (بخلاف لفظ الخلع فقط، فانه خلافي) فهو يفيد فائدة الخلع و شيئاً اخر.

و اما لو قلنا بان حقيقة الخلع لا يتحقق الا باتباعه بالطلاق، فالطلاق بعوض و ان كان

^١ و فى النسخة: لمطلوبه.

^٢ عبارة النسخة: قال الطلاق بعوض.

يفيد فائدة الخلع و كونه طلاقاً، و لكن لفظ «خلعتك على كذا و انت طالق» مشتمل على مزيدة ليست فى الطلاق. اذ قد يكون منظور المرثء، التاكيد فى امرها بان يصرح بلفظ الخلع ايضا و ان لم يتم الخلعىة الا بانضمام الطلاق. فاذا اجابها بلفظ الخلع مع اتباعه بالطلاق، فاجاب ملتتمسها. بخلاف ما لو افتقر على الطلاق بعوض.

و يمكن بعيداً: ان يكون مراده ان المحقق ايضا 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 الطلاقىة. فاذا قلنا ان الطلاق بعوض، ينوب عن الخلع، فعلى القول بلزوم الانضمام، انما ينوب عن الخلعىة المستفادة من المقيد بالمقيد. لا على نفس المقيد. فلا بد فى اجابة الملتمس (على هذا القول) من ذكر الخلع متبعاً بالطلاق. و اصالة عدم تداخل الاسباب يمنع من كون الطلاق بعوض، به. لا عن الخلعىة و الطلاقىة معا.

الموضع الثالث. ما ذكره فى شرح كلام المحقق «لو خالعتها و الاخلاق ملتتمة، لم

يصح الخلع و لم يملك الفديء و لو طلقها و الحال هذه بعوض»: فمقتضى كلام المصنف و الجماعة؛ كونه كذلك. لاشتراكها فى المعنى. بل عدّه فى المبسوط خلعا صريحاً حيث قسمه 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 الحجة. و الا فلا يخل من اشكال. لانّ النصوص انما دلّت على توقف الخلع على الكراهة. و ظاهر حال الطلاق بعوض، انه مغاير له، و ان شاركه فى بعض الاحكام. انتهى كلامه (ره).^١

^١ مسالك، (كتاب الخلع) ج ٢ ص ٥٤ ط دارالهدى.

و قد قدّمنا الكلام فى توجيه ما يوهمه من التنافى و احتمال غفلته. و ما نسب الى الاصحاب، بمناسبة ما سنذكره فى المبارات، فلا نعيده. اذ نحن لا ندعى صحة جميع ما ذكره (ره) و لا نتعدى لتصحيح كل ما ذكر. بل غرضنا تحقيق المسئلة و بيان موافقته لما نحن فى صده، فى الجملة.

و منهم المحقق الاردبيلى (ره) و البيضاوى: فانه قال فى كتاب «آيات الاحكام»: قال البيضاوى: و اعلم: ان ظاهر الاية يدل على ان الخلع لا يجوز من غير كراهة و شقاق، و لا بجميع ما ساق الزوج اليها فضلاً عن الزايد. و يؤيد ذلك قوله (ع) «ايما المرئة سئلت زوجها طلاقاً من غير بأس فحرام عليها راتحة الجنة»^١. و ما روى أنه (ع) قال لجميلة: «اتردّين عليه حديثه، فقالت اردّها و ازيد عليها. و قال (ع): اما الزايد فلا»^٢. و الجمهور استكروهه لكن نفذوه. فان المنع عن العقد لا يدل على فساد. و انه يصح بلفظ المفاداة. فانه سمّاه افتدأء. و اختلفوا فى انه اذا جرى بغير لفظ الطلاق، فسخ او طلاق؟-؟ و من جعله فسحا احتجّ بقوله تعالى «فَإِنْ طَلَّقَهَا»^٣ فان تعقيبه للخلع بعد ذكر الطلقتين يقتضى ان يكون طلقاً رابعة 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 المرئة لتخليص نفسها لا يجوز الا مع الخوف. لا عدم جواز العقد المثمر لذلك الا مع الكراهة. و ايضا معلوم عدم الجواز من غير شقاق. بل وقوعه ايضا فى الخارج. انما كان عليه ان يبيّن دلالتها على

^١ الوسائل، كتاب الخلع و المباراة، ب ٢ ح ٢.

^٢ تفسير آلوسى ج ٢ ص ١٤١.

^٣ الاية ٢٣٠ السورة البقرة.

حصوله من الجانبين او المرئة فقط، او الرجل.
ثم اورد عليه بعدم صحة تاييد مطلبه بالخبرين. وكذا على ساير مطالبه على وجه وجيه،
لا نطيل بذكره. الى ان قال: و ايضا كون الخلع طلاقا (كما قال: و الاظهر انه طلاق.. الخ»،
غير ظاهر و دليله قياس فى اللغة. و هو على تقدير صحته، لا يصح فى [الفقه]. الى اخر ما
ذكره^١.

فاما دلالة كلام البيضاوى على مغايرة 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 المقايسة. و الثانى قوله «لا عدم جواز العقد المثمر لذلك الا مع الكراهة»،
فانه يدل على انه يجوز تخليص المرئة نفسها بعقد يثمر ذلك بدون الكراهة. 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 المرئة، فى الخلع و المباراة. و كانه نظر الى قوله(ره) قبل ذلك حيث قال «ثم اعلم ان
صريح الاية عدم جواز شئ من مهورهن، بل جميع ما أعطين من المهر و النفقه و العطايا،
فدل على لزوم الهبة للزوجة و عدم استرجاع الثياب التى اعطوها للكسوة و ان بقيت جيّداً و
طلّقن، الا عوض الخلع. فتأمل. ثم ان ظاهرها يقيد جواز الاخذ لحصول خوف عدم اقامة
الحدود من الجانبين. فيكون التباغض من الجانبين. و ليس ذلك بشرط فى الخلع بل فى
المباراة الا ان يحمل على انه يخاف الزوج من انها لو خرجت عن موجبات الزوجية و
الشرع، يخرج هو ايضا. و لكن ذلك ايضا غير شرط فى الخلع عند الاصحاب، كما هو
المذكور فى محله. بل الشرط ظهور بغض الزوجة فقط؛ مثل ان تقول: لا اغتسل لك من

^١ زبدة البيان فى احكام القرآن، ص ٦٠٨ ط مكتبة الجعفرية.

جنابة، او: لادخلن على فراشك من تكره. و امثاله. فيحمل [الاية] حينئذ على المباراة لا الخلع» انتهى كلامه (ره).

و انت خبير بان كلماته التي نقلنا عنه في الرد على البيضاوى، صريحة 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 الاية 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 دقيقة لم يسبقنى اليها احد فيما اعلم. و هى ان اغلب استعمالات كلمة «الخذ» مبنية على التناول الابتدائي [أ]ئى الناشئ [من] سبب دواعيه من الاخذ، كالغاصب و اهل السؤال و اهل الشرع فى اخذ حقوق الله، او على سبيل الغلبة و التسلط؛ مثل «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً»، و مثل قوله تعالى: «وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا - وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ». و الماخوذ فى المعاملات على وجه التراضى و طيب النفس، لا يسمّى اخذاً بهذا المعنى. و لذلك يقال للاسير «الاخيد». و كذلك للمرثة. و مما يناسب هذا الاستعمال [قوله تعالى:] «خُذُوهُ فَعْلُوهُ»^٢ و «أَخِذُوا وَ قَتَلُوا تَقْتِيلًا»^٤ و «و لا تاخذه فى الله لومة لائم» و «لا تاخذه سنة و لا نوم»^٥ اذ لو لم تعتبر الغلبة فى مفهوم الاخذ لكان المناسب تقديم النوم على السنة. لان الترقى

^١ الاية ١٠٣ التوبه.

^٢ الاية ٢٠ و ٢١ النساء.

^٣ الاية ٣٠ الحاقة.

^٤ الاية ٦١ الأحزاب.

^٥ الاية ٢٥٥ البقرة.

فى بيان عموم الغفلة انما يحصل بذلك. وقوله(ع) «على اليد ما اخذت حتى تؤدى»؛ [فيه] سرّ غريب. اذ فيه اشارة الى ان المراد ما اخذه مما لا يستحقه فى نفس الامر و ان لم يكن عادية فى ظاهر الحال فى ضمن المعاملة الصحيحة ظاهراً.

و لو كان المراد [من] الاخذ فى الاية التى نحن فيها، مطلق التناول و التعاطى، لما جاز اخذ المهر من الزوجة لو وهبته، او اباحتها لزوجها. و قد قال الله تعالى: «فَإِنْ طَبِئَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا»^١. و لا ريب ان كلامنا فيما لو طلقها بعوض المهر لطيب أنفسهما بدون كراهة من المرئة لزوجها، 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 الاية هو الاخذ الابتدائى من دون طيبة لنفس الزوجة. و ما تبدله فى عوض الطلاق لاجل تخليص نفسها ليس بدلاً من طيب النفس، بل دعاها اليه الجأؤها من جهة كراهتها له و خوف الوقوع فى المعصية و اهلاك نفسها من الغصة و الحقد و اهلاك زوجها اياها خوفاً من اهلاكها ايّاه. فغرض المحقق الاردبيلي(ره) ان الاية صريحة فى عدم جواز اخذ المهر و غير المهر من غير طيبة نفس الزوجة الآ فى الخلع. لا ما انه لا يجوز الاخذ بوجه من الوجوه الآ فى الخلع.

و اعجب من ذلك العجب، ما ذكره بعض اخر حيث نسب اليه(ره) ذلك بملاحظة قوله «ثم ان تقييد جواز الاخذ لحصول خوف عدم اقامة الحدود» و سكت عن قوله «من الجانبين.. الخ». اذ من الواضح الجلى ان مراده ان الاية ظاهرة فى المبارء، لا الخلع. و اين

^١ عبارة النسخة: لو وهبه و اباحه لزوجها.

^٢ الاية ٤ السورة النساء.

هذا مما رأيه^١.

و الحاصل: ان النهى عن الاخذ فى الاية لا ينصرف الى حرمة الاخذ اذا وقع على وجه معاملة صحيحة مبتنية على التراضى. فالنهي فى هذه الاية من قبيل النهى فى الاية الاخرى اعنى قوله تعالى: «وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ^٢ نَاشِئاً مِنْ عَدَمِ اسْتِيفَاءِ تَمَامِ الاستمتاع، فان ارادوا الرجوع الى بعضه لتقصص الحق رد الله تعالى توهمهم و ابطله بقوله: «وَ كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ^٣» و اتلقتم البضع بالافضاء.

و اما التقصير من جانبهن: فلذلك^٤ يمكن ان يكون تجويز الاخذ من المختلعة لاجل اقدامها^٥ بنفسها فى اتلاف المدّة و الميل الى المفارقة، و لا تقصير للزوج فى حقهن. و لذلك جوّز الاخذ منهنّ و ان لم يكن بطيبة نفسهن.

و لا يذهب عليك: ان مرادنا هنا من طيبة النفس، هو الشهوة و الموافقة للطبع، و الآ فلا يصح اجبارها عليه و يكفى فى ذلك ارادتها و ان كان بذل المهر منافراً لطبعها. و الفرق بين الشهوة و الارادة و النفرة و الكراهة، واضح.

فان قلت: نعم لا يدل الاية على حرمة ما اخذ من باب الطلاق بعوض، فى غير الخلع و المباراة. و لكن الصّحة تحتاج الى دليل و الاصل عدم الصّحة. قلت: قد اشرنا الى بيان وجه الصّحة و سنشير بعد ذلك ايضا.

^١ و لعلّه: ممّا رأه.

^٢ الاية ٢٠ النساء.

^٣ الاية ٢١ النساء.

^٤ و فى النسخة: فكذلك.

^٥ عبارة النسخة: اقدامنا بنفسه فى اتلاف المدّة و ..

بقي الكلام فى: ان [على] ما ذكرته انما يصح الطلاق بعوض، المبتنى على طيبة النفس. فما تقول فيما لو حصل كراهة و لم تبلغ حد الكراهة المعتبرة فى الخلع، او لم يعلم حقيقة الحال.

و يندفع ذلك بعدم القول بالفصل. اذ هؤلاء المنكرون لوجود الطلاق بعوض فى غير الخلعين، لا يخصون الكلام بفرد خاص. بل ينكرونه مطلقا. و لو فرض شمول الاية، فهو معارض بشمول ادلة ساير العقود عموماً و خصوصا، لما نحن فيه. و النسبة بينهما عموم من وجه، فما وجه ترجيح ظاهر الاية؟

و من عجيب ما وقع هنا، ما اتفق لصاحب الكفاية من الاضطراب و التساقط، حيث وافق الشهيد 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 غفلة عما اختاره اولاً. و قد وجه بالتبنيح انه(ره) غالبا يوافق مختار صاحب المدارك و المحقق الاردبيلى(ره) و ان انفردا عن الاصحاب. و نحن نذكر مواضع كلماتهم المختلفة:

فقال^١ فى اول كتاب الخلع و المبارات الشرعيان: «يفترقان فى امور و يشتركان فى كونهما^٢ فرقة حاصلة بعوض. و الفرقة الحاصلة بعوض، قد يكون بلفظ الخلع و المباراة فيلحقها احكامهما. و قد يكون بلفظ الطلاق فيلحقها احكامه»^٣.

و الظاهر ان المراد باحكام الخلع و المباراة، انه متى تحققا فلا ينفك بالذات عن البيونة،

^١ اى: قال صاحب الكفاية..

^٢ و فى النسخة: كونها.

^٣ كفاية الاحكام، ج ٢ ص ٣٧٨.

بخلاف الطلاق فإنه ينقسم بالذات الى البائن وغيره. و يشترطان بالذات و المهية بالفدية، مع اختلافهما فى تعيين المقدار فى المبرات و الخلع. بخلاف الطلاق. و يشترط فيهما الكراهة من الزوجة او الزوجين، بخلاف الطلاق. فان الخلع مما وقع الخلاف فى كونه طلاقا او فسحا، بخلاف الطلاق. و ان الطلاق مما يعدّ فى الطلقات الثلاث اتفاقا، بخلاف الخلع فاختلف فى اشتراطه باقتران الطلاق، بخلاف المبراة^٢ فاتفقوا على اشتراطه باقترانه بالطلاق. الى غير ذلك من الاحكام.

هذا اذا [ارجعنا ضمير «احكامه» الى الطلاق، لكنه اجنبى بالمقام. و اما اذا ارجعناه الى «الطلاق بعوض» - كما هو مناسب بالمقام - فلازم كلامه (ره) ايضا اختلافهما فى الاحكام. نعم يشكل فى الحكم الاول اذا قلنا بان الطلاق بعوض، ايضا يفيد البيئونة؛ بمعنى عدم صحة الرجوع مع حرمة. كما يظهر من الشهيد الثانى (ره). و اما على ما سلمناه من صحة الرجوع و ان حرم، فيختلفان ايضا. و بالجملة: كلامه كالصريح فى مخالفة الطلاق بعوض و مغايرته فى الاحكام مع الخلعين، و ليس المغايرة بمحض اللفظ.

و اما ما يقال: انه اراد بـ «احكامه» ما يعتبر فى صيغة الطلاق، و غير ذلك مما ذكر^٣ فى محله، فهو غير صريح فى عدم ثبوت بعض احكام الخلع و المبراة فيه. كعدم حلية الفدية الا مع الكراهة.

اقول: ما ذكر فى كيفية الطلاق، فهو فى احكام الطلاق من حيث هو طلاق بعوض. و الكلام فى الصيغة هو مثل انه لا يصح بغير لفظ «طالق» من ساير الكنايات. و نظير هذا

^١ و فى النسخة: فيه.

^٢ عبارة النسخة: و بخلاف المبراة...

^٣ و فى النسخة: ذكره.

الحكم ايضا المذكور فى الخلع. فكما ذكروا انه لا يجزى فى الطلاق مثل «اعتدّى» و «حبلك على غاربك»، فقد ذكروا انه فى الخلع لا يجزى مثل «فاسختك» و «أبتتک» فلم يحصل المغايرة بذلك. و ايضا ظاهر قوله «فيلحقها احكامهما» و «فيلحقها احكامه»، المغايرة فى الاحكام و المحتاج فى التصريح [على] مايتفقان فيه. و الحاصل ان مراده (ره) هنا، هو ما ذكره فى المسالك.

ثم قال بعد ذلك: «و الظاهر انه يقع الخلع بقوله: انت طالق على كذا. كما صرح به جماعة الاصحاب». و هذا الكلام ككلام غيره من الاصحاب، مشعر بمغايرة الطلاق بعوض، للخلع. فانهم ذكروا انه يجزى عنه، لا انه هو. و كانه متردد فى كونه خلعا، فيحتمل كونه باطلاً، و ان جامع شرائط الخلع.

ثم قال: و اذا وقع الطلاق مع الفدية، سواء كان بمجرد لفظ الخلع او اتبع بالطلاق، ام كان بلفظ الطلاق، فانه يقع بائنا، للنصوص، قال الشهيد الثانى: «و اعلم: انه مع اشتراك الخلع و الطلاق بعوض، فى هذا الحكم، يفترقان بان الخلع يختص بحالة كراهة الزوجة له خاصة. كما انفردت المبارة بكون الكراهة 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 فى الكراهة او اختلافهما فيها. و هو متجه». انتهى كلامه (ره). و هو صريح فى موافقته للشهيد الثانى (ره).

و اعلم: ان فى قوله (ره): «لنصوص»، مسامحة، و تبع فى ذلك للشهيد الثانى (ره) و جمع الشهيد الثانى بين الاستدلال بالنصوص و بين قوله «و وجهه وراء النص انه معاوضة الى اخر» فمراده من الاستدلال بالنصوص انما هو للخلع، و اكتفى فى الطلاق بعوض، مما

^١ عبارة النسخة: قوله ملحق بها حكمها و يلحق به حكمه...

ذكره اخيراً من التمسك بعموم «أوفوا بالعقود» وغيره. و مثله في كلامهم كثير. و يمكن ان يكون مراده في الكفاية، التغليب، فاراد بالنصوص، اعم من النص الصريح و ظواهر العمومات. و لو نزلناه على ان مراده موافقة 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 خالها و الاخلاق ملتئمة، لم يصح و لم يملك الفدية، لا اعرف فيه خلافا. و لو طلقها حينئذ بعوض، فالمشهور انه لا يملك العوض. و يدل عليه عموم الاية و الاخبار. [و] في الروضة و المسالك ان الطلاق بالعوض لا يعتبر فيه كراهة الزوجة، بخلاف الخلع. و هو غير جيد. 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 متابعة السيد محمد(ره). و الظاهر ان مراده من بعض العلماء، هو. و كذلك من بعض المتأخرين.

ثم قال في المباراة، انه طلاق بعوض يترتب على كراهة كل من الزوجين صاحبه. الى ان قال: و لو اقتصر على قوله انت طالق بكذا، صح و كان مبارأة. كما صرح به جماعة من الاصحاب. اذ هي عبارة عن الطلاق بعوض مع منافاة بين الزوجين. اذ الطلاق بعوض ليس ايقاعاً خارجاً عن الخلع و المباراة. بل انما هو خلع او مبارأة. فان قصد به الخلع مع اجتماع شروطه، وقع خلعا. و كذا لو قصد المباراة مع اجتماع شروطها. و ان اطلق وقع البيونة و يجوز انصرافه الى كل منهما عند اجتماع شرائطها. و لو جمع شر[و]ط احدهما انصرف اليه. و ان اتفت شروط كل منهما؛ فان قصد به احدهما، فالظاهر انه يقع باطلاً. و ان لم يقصد به

احدهما، فاستوجه في المسالك صحته لعموم الأدلة على جواز الطلاق مطلقاً، و عدم وجود ما ينافي ذلك في خصوص البائن. و استشكله بعض المتأخرين بأنّ الاستفادة من الأدلة الشرعية انحصر الابانة بالعوض في الخلع و المباراة و انما جوّزنا الطلاق بالعوض لصدق احدهما عليه، و لو لا ذلك لأمتنع الحكم بصحته. لانتفاء الدليل عليه رأساً. انتهى كلامه (ره). فهبهنا ايضاً وافق السيد محمد (ره) مع نوع تردد. و قد ذكرنا ما عندنا من تحقيق المقام في هذا المرام. حيث ذكرنا غفلة الشهيد الثاني (ره). فلا [نعيده]¹.

هذا غاية ما بلغه النظر القاصر في جميع اقوال العلماء القائلين بمغايرة الطلاق بعوض، مع الخلعين. و ذكر الأدلة 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 كراهة الزوجة او الزوجين. و ان القول بتحقيقه بدونها من متفردات جده (ره)².

و قد نقلنا كلماته و ما فيها من الغفلة.

ثم بعده الفاضل الاصفهاني في شرح القواعد. حيث انه بعد ما ذكر عبارة العلامة في القواعد «و يقع بلفظ الطلاق و يكون بائناً مع ذكر الفدية و ان تجرد عن لفظ الخلع»، قال في جملة شرحها: فليس هذا نوعاً من الطلاق و مغايراً للخلع لا يشترط فيه الكراهة، كما قيل. فان النصوص من الكتاب و السنة صريحة في النهي عن اخذ الفدية الاّ ان يخافا ان لا يقيما حدود الله³.

¹ و في النسخة: فلا يفيد.

² اي الشهيد الثاني، و السيد ابن بنته.

³ كشف اللثام، ج ٨ ص ٢٠٠ ط جامعة المدرسين.

اقول: و لعله عرض بذلك الى الشهيد الثانى(ره)، و قد نقلنا كلماته. فان اراد فى صورة 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 السنة.. الخ»، فيه: ان غاية ما يستفاد من الكتاب و السنة انه اذا كانت المرئة كارهة للزوج بحيث يجب تخليص نفسها من يده و تفتدى نفسها بشيىء، كأنها مأسورة تخاف القتل فتفتدى نفسها بشيىء. فجواز الاخذ حينئذ على سبيل الاقتداء^٢ لتخليص نفسها، موقوف على ثبوت الخوف من الآ يقيما حدود الله. و الحاصل ان جواز الاخذ منها من باب تخليصها من الشدة، انما يكون فى صورة الخوف من عدم اقامة الحدود، لا انه لا يجوز مطلق المعاوضة. فقد يكون المرئة مُحبة لزوجها، بل يصعب عليها مفارقتها، لكن الزوج يريد ان يسافرها الى بلاد الغربة و يصعب على الزوج ايضا مفارقتها، لكن بسبب صعوبة الغربة عليها، او صعوبة مفارقتها عن^٣ ابويها، ترضى بان تبذل مهرها و يطلقها فى عوضه. فليس فى الايات و الاخبار من الدلالة على اشتراط ذلك بخوف عدم اقامة الحدود، عين و لا اثر. و حينئذ يصح هذا الطلاق اما لاندرجاه فى عموم «أوفوا بالعقود» لانه عهد موثق. او لانه هبة مشروطة بالعوض. او غير ذلك مما مرّ اليه الاشارة.

و هذا الوجه مما يستفاد من كلام المحقق الاردبيلي(ره) و قد نقلنا سابقا. و الظاهر ان نظره الى جعل قوله تعالى «فِيمَا أَفْتَدَتْ بِهِ»^٤ قيّداً لمجموع الاية، يعنى ان المنع من الاخذ منهنّ فى صورة ارادة الاقتداء و التخليص عن الشدة، لا يجوز الاّ فى صورة الخوف من عدم

^١ و فى النسخة: بالطلاق.

^٢ و فى النسخة: الاقتداء.

^٣ و فى النسخة: على.

^٤ الاية ٢٢٩ السورة البقرة.

اقامة حدود الله. فلا تعرض لحال المنع عن الاخذ في غير صورة الافتداء، و لا^١ منع عنه اذا حصل بسبب معاملة مثمرة لذلك.

و يرد عليه^٢ حينئذ المنع عن ذلك، لان الاصل في العام، عدم التخصيص الا فيما ثبت. و المسلم تخصيص العام بصورة الافتداء مع الخوف المذكور و هو الخلع. و يبقى الباقي تحت المنع.

فالاولى التمسك في موضع دلالة الاية، بما بيناه سابقا في تحقيق معنى الاخذ؛ من معلولات^٣ الطلاق المرتبة عليه كما يتوهم من جهة عدم [ا] تمام مدة الاستمتاع و غير ذلك الا في صورة كراهة الزوجة و خوف عدم اقامة حدود الله. فانه يصح الاخذ فيه. بخلاف ما لو لم يكن من معلولاته المتاخرة عنها بالذات و بالقصد. كما بذل المرئة شيئا و وهبه 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 المرئة تبذل المهر لان يطلّقها، و تفقدى نفسها و تخلصها به.

لانا نقول: مقصودنا من العلة هنا هو الباعث على الفعل، و العلة الغائية. و الا فلم تبذل شيئا لزوجها. و الحاصل ان الكلام في الاية نظير الاية التي قدمناها سابقا من قوله تعالى «وَ اِنْ اُرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَ اَتَيْتُمْ اِحْدَاهُنَّ قَنطَارًا^٤» الاية. فحاصل المراد هنا انه لا ياخذ شيئا بسبب الطلاق من حيث انه طلاق و بعلّة انه طلاق، الا في الخلع بشرط الكراهة

^١ و في النسخة: اولاً... .

^٢ اى: و يرد على نظر المحقق الاردبيلي (ره).

^٣ و في النسخة: معلومات. - و كذا تكرار هذا اللفظ في ما بعد.

^٤ الاية ٢٠ النساء.

المعلومة او الخوف المعلوم.

فحاصل معنى الاية (على ما يظهر فى النظر القاصر) انها فى بيان حكم التطليقات الثلاثة المحتاجة الى المحلل. و ذكر الخلع جملةً معترضة^١ وقعت فى البين. قال الله تعالى «الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ»^٢ يعنى الطلاق الرجعى مَرَّتَانٍ سواء جعلنا الرجعى بمعنى ما من شأنه الرجوع فى العدة، او من شأنه جواز امساک الزوجة بعده؛ سواء كان بالرجوع فى العدة او بتجديد العقد عليه. و اما الثالثة فبائن، بمعنى عدم جواز الرجوع عليها بشيىء من المعنيين. و ان كان بالذات ما من شأنه الرجوع فى عدتها و منعه عن ذلك كونه ثالثة.

ثم قال تعالى «فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِحْسَانٍ»^٣. فالواجب على الزوج بعد التطليقتين اما اخذ الزوجة بالرجوع او بتجديد العقد و امساکها بالمعروف و ابقاء حقوق الزوجية، او تسريح باحسان اى بقائها على حالها بدون اضرار اليها حتى تنقضى عدتها و تبين عنها. او تطليقها ثالثة (ان راجعها بعد التطليقتين باى من المعنيين) مع الاحسان و عدم الاضرار.

ثم قال تعالى (بعد ما ذكر حكم الخلع فى البين): «فَاِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ»^٤ يعنى فان طلقها الزوج الذى طلقها مرتين، مرةً ثالثة (و اختار التسريح^٥ بمعنى اخذها و تطليقها) فلا يحل له تزويجها بعد ذلك الطلاق الثالث حتى تنكح الزوجة

^١ و فى النسخة: معترضة.

^٢ الاية ٢٢٩ البقرة.

^٣ الاية ٢٢٩ البقرة.

^٤ الاية ٢٣٠ البقرة.

^٥ و فى النسخة: التصريح.

زوجاً غير الزوج الاول.

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 الزوجة و الزوج الاول، ان يتراجعا بان يعقدا عقداً جديداً بينهما^٣. و مفهوم الشرطية غير معتبر، لمنافاته الادلة الشرعية. او المراد من الظن العلم و الاعتقاد. او لمحض الارشاد و التاكيد فى نفس المعاشرة و عدم الخروج عن الطاعة. و يحتمل تعميم الجناح المنفى، للكراهة ايضا فتصح^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 الثلاثة.

و اما المعترضة المذكورة فى اثنايه و هو قوله تعالى: «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً 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 تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ»^٦ و قوله تعالى «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ»^٧. فوجه مناسبة ذكره، انه فى بيان معنى بعض معانى «التسريح باحسان». بل عمدة معانيه. حيث استفيد من الاية بالتبع، عموم لزوم الاحسان الى الزوجة و عدم الاضرار بها. و ان الامر بالامسك بالمعروف و التسريح

^١ الاية ٢٣٠ البقرة.

^٢ الاية ٢٣٠ البقرة.

^٣ و فى النسخة: بئيتهما.

^٤ و فى النسخة: فتصبح.

^٥ الاية ٢٢٩ البقرة.

^٦ الاية ٢٢٩ البقرة.

^٧ الاية ٢٣٠ البقرة.

بالاحسان، لا اختصاص له بالمطلقة بالتطبيقات الثلاث، و ان سيق الكلام لاجل حكمها^١ خاصة.

و كان مطالبة المهر من المطلقات، منافياً للاحسان و حراما، كما استفيد من اية ارادة استبدال الزوج مكان زوج، فقال تعالى «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ»^٢ الاية. يعنى لا يجوز اخذ شئى من مهورهن بعنوان الغلبة و عدم طيبة النفس (لا فى صورة المعاملة الشرعية على وجه المراضاة و طيب النفس) الا فى صورة مخالفة الزوجين عن اقامة حدود الله، الى اخر الاية. فدل الاية على جواز افتداء امرئة نفسها بشئى حين الكراهة و الخوف المذكور، فيشمل الاية صورة المباراة ايضا. بل دلالتها عليها اظهر.

و الخطاب فى «لكم» و «تأخذوا» و «آتيتموهن» و «خفتم»، للحكام. و يحتمل الأزواج ايضا فى الجمع بارتكاب نوع من الالتفات من خطاب الأزواج الى تنبيه الزوجين بصيغة الغيبة فى قوله تعالى «أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا»^٣. و يحتمل كون الخطاب فى «خفتم» للحكام، فى السابقات للزواج مع اعتبار الالتفات السابق. و امثال ذلك فى القرآن العزيز، غير عزيز. و من جملتها اية التطهير حيث افحمت بين احكام الأزواج.

هذا غاية ما ادّى اليه النظر القاصر فى الاستدلال على المختار من حلية اخذ العوض فى غير الخلعين ايضا، و تحقق مصداق الطلاق بعوض، غيرهما.

و اما ادلة القول الاخر^٤: فامور: الاول: الاصل و الاستصحاب. و هما لا يعارضان

^١ و فى النسخة: حكمهما.

^٢ الاية ٢٢٩ البقرة.

^٣ الاية ٢٢٩ البقرة.

^٤ و فى النسخة: الاخير.

الدليل؛ و قد عرفت الدليل. و الثانى: قوله تعالى «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا»^١ الآية. فدلّت الآية 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: «ذهبت الامامية الى انه اذا كانت الاخلاق ملتزمة بين الزوجين و الحال عامرة، فبذلت له شئيا على طلاقها، لم يحلّ له اخذه. و خالف ابو حنيفة و مالك و الشافعى، و قد خالفوا قوله تعالى و لا يحلّ لكم ان تأخذوا شئيا. الآية». انتهى.

وجه الدلالة: انه لم يذكر فيه شئيا من مسائل الخلع بخصوصه اصلا. فدلّ على ان الامامية^٣ مذهبه عدم جواز اخذ شئى فى مقابل الطلاق فى صورة ثلاثم الاخلاق.

اقول: و لعله (ره) اراد من نسبة الحلية الى الثلاثة^٤، هو حلية العوض فى الخلع و ان كان العقد حراما بدون الكراهة. كما يشعر به عبارة البيضاوى المتقدمة حيث قال «ان ظاهر الآية تدل على ان الخلع لا يجوز من غير كراهية، و ان الجمهور استكروهه لكن نفذوه»^٥. و مراده من نسبة عدم حلية الاخذ (حين ثلاثم الاخلاق) الى الامامية، فى صورة ارادة الخلعين من الطلاق. يعنى ان الطلاق بقصد الخلع لا يجوز مع ثلاثم الاخلاق، عند الامامية. و يشهد بذلك انا تتبعنا كلام الامامية، فلم نقف الا على ذلك. فلنذكر جملة من عباراتهم:

^١ الآية ٢٢٩ البقرة.

^٢ و فى النسخة: الجواز.

^٣ عبارة النسخة: اصل عدل على ان الامامية.

^٤ اى المالك، ابو حنيفة و الشافعى.

^٥ تفسير البيضاوى، ذيل الآية.

فمنها: العبارة المحكية عن الجامع ليحيى بن سعيد في الخلع (و النسخة مغلوطه) قال: و ان كان الزوجان - كأنه سقط مثل لفظ متلائمين^١ - و بذلت له على خلعها، لم يصح الخلع و لم يملك العوض، و يقع طلقه رجعية ان كان تَلَفَّظ 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: عبارة ابن البراج في المهذب. حيث استدل في الخلع باية «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا»^٣. اذ^٤ قسّمه الى محذور، و مباح. و قال: فالمحذور ان يعطل المرثه بغير حق لتفتدى نفسها منه. و مثل ان يكون الحال بينهما عامرة و الاخلاق ملتئمة، و يتفقا على الخلع، فتبذل له شيئاً على طلاقها. و اما المباح؛ فان يخافا ألاّ يقيما حدود الله؛ مثل ان تكره المرثه لزوجها ما لخلقته، او دينه، او ما جرى مجرى ذلك^٥ مما في بينهما من كراهتها له. فاذا كان في نفسها شئ من هذه الصفات، خيف ألاّ يقيما حدود الله مثل ان تكره الاجابة فيما حق له عليها، فيحل لها ان تفدى نفسها. بغير خلاف في ذلك، لقوله تعالى «فَإِنْ خِفْتُمْ»^٦ الاية.

و منها: عبارة ابن ادريس، حيث قال (بعد ذكر اشتراط الكراهة في الخلع): فاما اذا كانت الحال بين الزوجين عامرة و الاخلاق^٧ ملتئمة و اتفقا على الخلع فبذلت له شيئاً على طلاقها،

^١ و في النسخة: متلاً يمين. - وهذا هو السقط في السقط!

^٢ و في النسخة: منعت.

^٣ الاية ٢٢٩ البقرة.

^٤ و في النسخة: الى.

^٥ عبارة النسخة: ما لخلقته او دينه او ماجرى فجرى ذلك.

^٦ عبارة النسخة: من هذه الصفة خافت ألاّ يقيما..

^٧ الاية ٢٢٩ البقرة.

^٨ و في النسخة: 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 جنابة، و لا اقيم لك حداً، و لادخلن فراشك من تكرهه، او يعلم ذلك منها فعلاً. و هذا مفقود هيهنا. فيجب ان لا يجوز الخلع. و ايضا قوله تعالى «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ»^١ الاية. و هذا نص، فانه حرم الاخذ منها الا عند الخوف من عدم اقامة الحدود.

و منها: عبارة الشيخ في الخلاف في كتاب الخلع، قال: اذا كانت الحال بين الزوجين عامرة و الاخلاق ملتئمة و اتفقا على الخلع، فبذلت له شيئاً على طلاقها، لم يحل ذلك و كان محظوراً. - ثم استدل عليه باجماع الفرقة و بقوله تعالى «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ»^٢ الاية، قال: و هذا نص، فانه حرم الاخذ منها الا عند الخوف من اقامة الحدود. و بقوله تعالى «وَأِنْ خِفْتُمْ»^٣ الاية. قال: فدل على انه ان^٤ ارتفع الخوف، حصل الجناح. انتهى كلامه (ره).

و لا يذهب عليك ان هنا مجالاً لان يقال: لعل مراد الشيخ و ابن ادريس و من تلفظ بلفظ الخلع في قولهم «اذا اتفقا على الخلع» نفس بذل شئ عوض الطلاق. و الا فكيف يتفقان على ما لا حقيقة له اصلاً. فهذا يدل على بطلان غير الخلعين، و عدم حلية الاخذ الا من جهتهما.

و يدفعه: انه لا غرابة في الاتفاق على الباطل سيما مع الجهل باصل المسئلة، مثل انا نقول: اذا استاجر زيد بستان عمرو لثمرته، فلا يصح و لا يحل التصرف فيه. و ان كان يمكن حليته من جهة الصلح او غير ذلك.

^١ الاية ٢٢٩ البقرة.

^٢ الاية ٢٢٩ البقرة.

^٣ الاية ٣٥ النساء.

^٤ و في النسخة: من ارتفع..

و منها: عبارة المحقق و العلامة في كتبهما^١ و هي كثيرة لا حاجة الى ذكرها. و كلها المذكورة في صورة ارادة الخلع. و بملاحظة جميع ذلك يظهر ان مراد العلامة في «كشف الحق» ايضا هو ما ذكره الجماعة. فابن اجماع الامامية على عدم حلية اخذ العوض من غير جهة الخلعين-؟ ا ليس هؤلاء عمدة اساطين الامامية؟ و لم تقف على مصرح بالحرمة في غير الخلعين بدون الكراهة بمعنى عدم الصحة و عدم الحلية اذا سبق الصيغة في قالب الخلعين.

الرابع^٢: ان عبارات الاصحاب من المتقدمين و المتأخرين، في مقام ذكر اقسام الطلاق، خالية عن ذكر الطلاق بعوض، غير الخلعين. فانهم قسموه الى الرجعي و اقسام البائن. و عدوا من جملة البائن و المبارات ما لم ترجع في 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 جملة اقسام الطلاق، لا يدل على عدم جواز جعل الطلاق عوضا في شئ من العقود. كما مرت اليه الاشارة. و نحن نذكر اوضح تلك العبارات في مراد المستدل بهذه الطريقة، و نجيب عنها، و هو عبارة ابن ادريس، قال في السرائر: «الطلاق على ضربين: رجعي و بائن. فالبائن على ضربين اربعة؛ طلاق غير المدخول بها، و طلاق من لم يبلغ المحيض، و [طلاق] من جاوزت خمسين سنة مع تغير عاداتها، و كل طلاق في مقابلة بذل و عوض من المرئة و هو المسمى بالخلع و المباراة». ثم قال: «و اما الرجعي؛ فهو ان يطلق المدخول بها واحدة و يدعها تعتد. و يجب عليه السكنى

^١ و في النسخة: كتبها.

^٢ اي الرابع من ادلة القول الاخر.

^٣ و في النسخة: و لم يذكروا.

لها و النفقة و الكسوة. و لا يحرم عليه النظر اليها و وطبها. و يحرم العقد على اختها و على خامسة». الى اخر ما ذكره^١.

اقول: و يرد عليه ان مراد ابن ادريس ان من جملة اقسام البائن، هو كل طلاق فى مقابلته عوض فى حد ذاته و مهيته. و نحن نسلّم ان ذلك منحصر فى الخلع و المبرأة. 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 (التى تنوعت بسبب اختلاف الفصول) فى مقابل العوض، حتى الخلع و المبرأة. و ثمرته صحة البذل و جواز اخذ العوض بسبب هذا العقد. و لا حاجة فى ذلك الى التزام البيئونة به، و ان كان يمكننا اثبات ذلك ايضا حتى فى الطلاق الرجعى. كما بيّناه.

و ثمره ذلك فى الخلع و ان كانت خفيّة - لجواز زيادة العوض فى مهيته الى اى قدر تراضيا عليه - و لكنها يظهر فى المبرأة فى غاية الوضوح. لانه لا يجوز فيها اخذ ما زاد عن المهر، فلا عقد بينهما على ان يباريها بعوض ليزيد فى العوض؛ فتقول المرثة «بذلت لك الفاً على ان تبارينى و تطلّقنى طلاق المبرأة» و المفروض كون مهرها مائة. ففائدة هذا العقد تملك الالف. و صيرورة هذا الطلاق بائناً يحصل من اصل المبرأة. و تملك الالف انما يحصل بالطلاق بعوض.

و الحاصل: ان ذكر اقوال العلماء فى هذا المضمار [و] التمسك بانهم لم يذكروا فى طى ذكر اقسام الطلاق [الطلاق] بعوض، لا جدوى فيه اصلا. و نحن^٢ لا نقول بانه قسم على حده

^١ السرائر، ج ٢ ص ٦٦٧ ط جامعة المدرسين.

^٢ عبارة النسخة: فى هذا المضمار و لا التمسك...

^٣ و فى النسخة: او نحن.

من اقسام الطلاق، بل هو عقد مستقل وقع على الطلاق، او قسم من اقسام العقود المتداولة؛ مثل الصلح و الهبة و غير ذلك. فليُتدبّر.

و مثل عبارة ابن ادريس فى الظهور فى مراد المستدل (بل اظهر منه) عبارة الشيخ احمد بن متوج البحرانى تلميذ فخرالمحققين (ره)؛ فقد نقل عنه انه قال فى كتاب آيات الاحكام: «و اما الطلاق بفدية، فهو ان تقول الزوجة للزوج «طلّقنى على كذا». فيقول هو على الفور «فلانة على كذا طالق». و هذا ان وقع فى حال الكراهة منهما فلفظه لفظ طلاق الفدية، و معناه المبارءة. فلا يحل له ان يتجاوز فى الفدية قدر ما وصل اليها». انتهى.

فان هذا ظاهر فى انحصار الطلاق بعوض فى الخلعين.

اقول: و لعلة اراد الطلاق بفدية المذكور فى القرآن، و لا ريب انه ينحصر فيهما. او انه ايضا اراد منه ما كان الفدية داخله فى مهيتها. كما ذكرناه فى طى ذكر عبارة ابن ادريس.

و كذلك ما نقل عن كتاب «الحاوى» للشيخ منتجب الدين؛ حيث قال: اعلم: ان المدار فى جواز الفراق بالفدية، على كراهة الزوجة منفردةً او مجامعةً. فان انفردت بها، جازت الزيادة على المهر، و صح على قول تجرد صيغة الخلع عن الطلاق، و سمى خلعاً و ان لم يتلفظ به. و ان كانت من الزوجين، لم يجز الزيادة و تعينت صيغة المبارءة و سميت مبارءةً و ان لم يتلفظ بها. فلو طلق بزايد على المهر، وقعت البينونة و لم تلزم الزيادة. فان انفرد بها الزوج، او كانت الاخلاق ملتزمة، حرمت الفدية و كان الطلاق رجعيًا.

اقول: الظاهر ان مراده من الفراق بالفدية، الذى يكون الفدية لازمة لمهيتها، و هو منحصر فيهما.

الخامس: ان الطلاق من الامور التوفيقية التى لا يُهتدى اليها بالعقل و العرف و العادة، و قد شرعه المشارع و جعل له صيغة خاصة و شرائط مخصوصة و اقساماً محصورة، فجعل منها رجعيًا و بائناً، و من البائن ما كان بعوض مع شرط الكراهة منفردةً للزوجة، او مجامعةً

مع كراهة الزوج. و جعل لكل منها احكاما و فروعاً و توابع مذكورة فى محالها، لا يهتدى اليها [الآ] بالتوقف. فلا سبيل الى زيادة قسم اخر من جهة العقل او العرف، و لا من جهة ما ورد فى الطلاق بعوض، لانحصاره فى الخلعين. و لا من جهة ما ورد فى مطلق الطلاق بعدم اعتبار العوض فيه، و لا التراضى به. و لا من جهة ما ورد فى ساير العقود و الايقاعات. لانه ليس فيها ما يقتضى معرفة احكام الطلاق.

اقول: و نحن لا ننكر كون الطلاق من التوقيفيات، و لا انقسامه المعهودة، و لا اشتراطه بالشرائط المحضوة. بل نقول ان هذا الطلاق بعينه هو فرد من الطلاق، واحد من الاقسام المعهودة. [و] عدم اعتبار العوض^٢ فى مهية الطلاق، لا ينافى اعتبار العوض فى بعض افراده. كما ان اعتبار العوض بالهبة المشروطة بالعوض، لا ينافى كونها هبة. فاذا وهبت^٣ الزوجة شيئاً لزوجها و شرطت عليه تطبيقها بعوضه، فان كانت غير مدخولة (مثلاً) فهذا بعينه احد اقسام الطلاق البائن المعهودة، لانه قسم اخر. و هكذا لو كانت مدخولة و ذات^٤ الاقراء و لها غرض صحيح فى التتطبيق (و ان لم يحصل البيونة معه و جاز له الرجوع) فهذا فرد من الرجعى. و هكذا مما اشرنا اليه سابقاً.

فلو استاجر زيد دار عمرو بالف فى مدة عشرين سنة و شرط عليه ان يبيعه فرسه بمأة نقداً، فلا ريب فى صحة هذا الشرط و صحة البيع. و ليس لاحد ان يقول بان اقسام البيع فى الفقه محصورة مثل بيع النقد و النسيئة و السلف و المساومة و المرابحة و المواضعة و التولية

^١ و فى النسخة: هذه.

^٢ عبارة النسخة: واحد من الاقسام المعهودة بعدم اعتبار العوض..

^٣ و فى النسخة: وهبه.

^٤ و فى النسخة: ذوات.

و لم يُذكر من جملتها البيع المشروط في ضمن عقد الاجارة. فان هذا بيع من جملة بيع النقد، و لا ضرورة الى عدّه قسما على حدة.

و هكذا اعتبار التراضي هنا، ليس من جهة انه طلاق حتى ينافى عدم اعتبار التراضي فيه مطلقا من جهة انه تراض بجعله عوضا عما بذلته مثلا.

و اما ما ذكر انه لا سبيل اليه من جهة سائر العقود؛ فقد عرفت الوجه في افادة العقد السبيل الى ذلك مفصلا؛ اما من جهة العمومات العامة؛ كقوله تعالى «اوفوا بالعقود». او العمومات الخاصة؛ كالهبة و الصلح. او غيرهما. و لبّ الكلام في حد المقام، ان الخلع هو «فكّ النكاح عن الزوجة الكارهة لزوجها منفردة الى حد يخاف معه ترك حد من حدود الله، بقدية» فكانها اسير تفتدى نفسها بشيء لتخليص نفسها. و لا ريب في وقوعه بلفظ «خلعتها» و «خالعتها على كذا». مع اختلاف في اشتراط^١ تعقيبه بقوله «فهي طالق» و عدمه.

ثم: ان المشهور - بل ادعى عليه الاجماع - انه لو قال في هذا المقام (مع الكراهة المذكورة) موقع لفظ الخلع، «انت طالق على كذا» و قبلت المرثئة، او سئلت هي الخلع على فداء خاص فاجابها بـ «انت طالق على كذا»، بان يستعير اللفظ الدال على جعل الطلاق في عوض شيء. يفيد فائدة الخلع و يكتفى به عنه.

ثم اختلفوا في ان ذلك المفهوم الذي يدلّ عليه لفظ «انت طالق على كذا» اعني الطلاق بعوض، الذي استعير اللفظ الدال عليه للخلع، هل هو كلي لا مصداق له كشريك الباري، و انما وضع اللفظ لذلك المفهوم و استعمل في غير ما وضع له، بناءً على عدم استلزام المجاز الحقيقة. او له حقيقة و لها احكام؟ - مقتضى كلام الفاضل السيد محمد(ره) و صريح جده،

^١ و في النسخة: اشتراطه.

الاول^١. بل هو المشهور عند الاصحاب كما عرفت. و هو اقوى عندى آلان [و] ما [دمت]^٢ موافقا للسيد المذكور منذ اربعين سنة تخميناً.

و الاشكال انما هو فى ان [ال]طلاق [ب]لفظ «انت طالق على كذا» مع عدم كراهة الزوجة على النهج المذكور، هل يقع صحيحاً و يحلّ اخذ العوض ام لا؟-؟ و هل يفيد البيونة كالخلع ام لا؟-؟ لا فى ان هذا اللفظ مع اجتماع شرائط الخلع اذا أُطلق لافادة 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 القدح فيه لولا الشهرة و نقل الاجماع فى كلامهم.

و قد عرفت ان المختار فى موضع الاشكال، هو الصحة. بل و حصول البيونة. على وجه تقدم اليه الاشارة. بل نقول انه فرد من افراد مطلق الطلاق. و لا يلزم جعله مفهوماً ثانياً و حقيقة مغايرة له. و عدم اخذ العوض فى مفهوم الطلاق، لا ينافى جواز اشتراط معه. كما فى الهبة بشرط العوض. فلا يكون الطلاق بعوض، مفهوماً مغايراً لاصل الطلاق. فلزومه و حصول البيونة الذى هو معنى اللزوم، اما لاجل كونه من العقود الموثقة الداخلة فى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^٣ و ان لم نجعله^٤ من العقود المصطلحة. او من عقود المعاوضات بين العباد المستفاد لزومها من عموم الاية ايضاً. كما مرّ.

و اما من جهة انه عوض بذل الزوجة، فيكون عوضاً فى الهبة. فيندرج مع ما مرّ فى الهبة المعوضة ايضاً. او من جهة انه جعل وجه المصالحة لصلح وقع بينهما على ذلك، اذ هو مما^٥

^١ اى: هو كلى لا مصداق له.

^٢ و فى النسخة: ما كنت...

^٣ الاية ١ المائة.

^٤ و فى النسخة: يجعله.

^٥ و فى النسخة: فيما.

يجوز اخذ العوض عنه، فيجوز الصلح عليه. كما قرّر في محله. فيندرج مع ما مرّ تحت الصلح ايضاً. او انه اشتراط في ضمن عقد لازم [فصار] لازماً. فدخل مع ما مرّ تحت قولهم (ع): «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 الهبة المعوضة. 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 الصدقة بانها هبة معوضة، لان المقصود منها الاجر في الآخرة، بل هو اعظم افراده (و ان كان لي فيه كلام). فكيف لا يصح جعل الطلاق عوضاً.

هذا اخر ما اردنا^۲ ايراده في هذه الاوراق. و نسئل الله العفو عن التقصير في الاجتهاد و ارشاد سبيل الاستقامة و السداد، انه كريم جواد. و الصلوة على محمد و آله الهادي الى الرشاد.

و قد فرغ عنه مؤلفه الفقير الى الله الغني الدائم، ابن الحسن الجيلاني، ابوالقاسم نزيل دارالايمان قم صانها الله عن التصادم و التلاطم. في اواخر شهر الله الاعظم من شهور سنة اثنتين و عشرين و مأتين بعد الالف، حامداً مصلياً مسلماً. و الحمد لله رب العالمين.

۳۸- سؤال: شخصي زوجة حامله مدخولة 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 تخلص دو رجعت در ما بين آن ها. آيا

^۱ و في النسخة: لانه.

^۲ عبارة النسخة: في ضمن عقد لازم نسا و لازماً.

^۳ و في النسخة: 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]تفایق 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: بلی این زن مطلقه به سه طلاق است. و حلال نمی شود بر زوج الا بتحلیل محلل. و مخالفی ظاهراً در مسئله نیست. بغير این 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

^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 مویدات 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: مطلقه رجعیه؛ هر گاه بدون اذن شوهر، یا با منع شوهر، از خانه بیرون

^۱ الکافی، ط اسلامیة، ج ۶ ص ۷۶ (باب التی لا تحلّ لزوجها حتی تنکح زوجاً غیره).

رود. آیا باعث سقوط نفقه است یا نه؟؟

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.

کتاب الکفارات

مسائل الکفارات من المجلد الاول

۱- سؤال: کفاره افطار ماه رمضان، آزاد کردن بنده است، یا روز گرفتن دو ماه پی در

پی، یا اطعام شصت مسکین؟-؟-

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: حقیر را ملازمی می بود، و یک سال قبل از این فرار نموده. بعد از تفحص بسیار، در نزد شخصی یافتیم 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 لابداً قسم یاد نمودم و ملازم خود را گرفتم. بعد

^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 بریئ الذمه شده باشم.

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 بپوشانی. 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: 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: 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

^۱ و در نسخه: بدهد.

است از جمیع کفارات در وقتی که عاجز شود از آن ها، و چیز دیگر لازم نیست. مگر خلافی 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 کفارهٔ ظهار 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 کتاب ظهار، این که بدلیت استغفار در غیر ظهار متفق علیه اصحاب است. و اخبار متعدده دلالت بر آن دارد که از جملهٔ آن ها روایت ابی بصیر است از حضرت صارق علیه السلام: «قَالَ كُلُّ مَنْ عَجَزَ عَنِ الْكَفَّارَةِ الَّتِي تَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ صَوْمٍ أَوْ عَتَقٍ أَوْ صَدَقَةٍ فِي يَمِينٍ أَوْ نَذْرٍ أَوْ قَتْلِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَجِبُ عَلَى صَاحِبِهِ فِيهِ الْكَفَّارَةُ فَلَا سُنْفَارَ لَهُ كُفَّارَةٌ مَا خَلَا يَمِينَ الظَّهَارِ»^۱.

بلی: در صحیحہ 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 نَسَمَةً أَوْ يَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ أَوْ يُطْعَمُ سِتِّينَ مَسْكِينًا فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ تَصَدَّقَ بِمَا يُطِيقُ»^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 روزهٔ دو ماه باشد و نتواند گرفت. چنان که مشهور بین العلما است.

^۱ وسائل الشیعة، 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 پشیمانی 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: هر گاه شخصی در اثنای ایام متتابعه صوم کفاره، در صبح اکل و شرب بکند

^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 تعیین 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: 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 تابع 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^۲ 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 الاّ والد برزگوار ایشان امر به افطار نمی فرمودند. والله یعلم.

۵- سؤال: هر گاه کسی نماز عشا نکرده بخوابد تا نصف شب بگذرد. بر او روزه آن روز واجب است یا نه؟-

^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 عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامِ، فِي رَجُلٍ نَامَ عَنِ الْعَتَمَةِ فَلَمْ يَقُمْ إِلَىٰ انْتِصَافِ اللَّيْلِ قَالَ يُصَلِّيَهَا وَيُصْبِحُ صَائِمًا»^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 واقعی 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 «صلوة». 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

^۱ وسائل الشیعة، ج ۴ ص ۲۱۶.

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 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.

کتاب النذر

۱- سؤال: صیغه نذر به زبان ترکی یا فارسی، لازم می شود؟ یا باید به عربی خوانده شود

که لازم باشد؟-

جواب: دور نیست که به زبان فارسی یا ترکی، منعقد شود. لکن ظاهر حدیث این است که نذری نیست مگر این که بگوید «لله 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.

^۱ مح: خالص، ناب- ترک خالص و عجم خالص و ناب.

پس ظاهر حدیث اشتراط تنطّق و تلفّظ است. و مقتضای^۱ اصل و قاعده هم این است.

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: 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 صحیحۀ عبدالله 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 صلۀ خویشان. و ظاهر حدیث این است که صحت آن هم موقوف باشد به اذن او.

و ظاهر استثنای حج و زکوٰۀ 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 زکوٰۀ واجب، موقوف نیست به اذن شوهر. و حمل آن ها بر حج مستحب و زکوٰۀ 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^۱ مشهور، ظاهراً کافی است. و قولی به فرق هم در نظر نیست که کسی فرق ما بین نذر و غیر

^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 کفایه 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: 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. کفار و واجب می شود یا نه؟- و اگر کفار واجب شود، کفار اش چه چیز است؟

جواب: بلی کفار لازم است. و اظهر این است که کفار خلف نذر، کفاره ماه رمضان است.

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: 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 [۱] چنین باشد حکم مسافر با زوجه حاضره خود. 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

^۱ یعنی زن و شوهر در جایی 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 النفقة.

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: 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: 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 گذراندن 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

^۱ عبارت نسخه: به جهت آن که روزه گرفتن بر فرض زوجیت مطلق راجح نیست.

بروم. یا اگر ترک نماز بکنم لله علیّ کذا. و مهمانی رفتن مطلقاً نه فعل حرام است و نه ترک واجب. والله العالم.

۶- سؤال: نذر پسر بدون اذن پدر در امر راجح، صحیح است یا نه؟-

جواب: اظهر صحت است.

۷- سؤال: شخصی نذر کرده که اگر برادرش از این آزار صحت یابد، مادام الحیوة (در سفر و حضر) روز پنجشنبه را روزه بگیرد غیر از ایام پیری که به حد اشتداد رسد. 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 افتداء^۲ و اداء کفاره، به همان نذر باید باقی باشد یا نه؟-

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

^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 مقصر 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 تخیر 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 بعض^۲ کفاره مقدور باشد دون بعض، 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: اذا نذر احد ان فعل حراما، صام عشرين يوما من الصيف. ففعل الحرام و ترك الصوم مرارا بدون قصد الانحلال اولاً. فهل يتكرر الكفارة 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 كفارة خلف النذر؟

[ال]جواب: المشهور، بل الظاهر، عدم الخلاف في ان مخالفة النذر عمداً، موجب

^۱ در نسخه: با جهالت بجواز انکرد.

^۲ در نسخه: بعضی.

^۳ در نسخه: و لو عجز...

^۴ و فی النسخة: حلف النذر.

للكفارة. و الاشهر انه بمجرد المخالفة عمداً، ينحلّ. بل يظهر من الشهيد(ره) فى القواعد، الانحلال فى صورة الجهل و النسيان و الاكراه ايضا. و ان لم يجب الكفارة و لم يحصل الاثم، و نسب ذلك الى ظاهر الاصحاب^١. و كلامه(ره) و ان كان فى اليمين الا ان الظاهر عدم الفرق.

قال الشهيد الثانى فى الروضة: «و اعلم: ان الكفارة تجب بمخالفة مقتضى الثلاثة عمداً، اختياراً. فلو خالف ناسياً، او مكرهاً، او جاهلاً، فلا حنث. لرفع الخطاء و النسيان و ما استكرهوا عليه. و حيث تجب الكفارة فينحلّ. و هل ينحلّ فى الباقي؟ وجهان؛ و استتقرب المصنف فى القواعد، الانحلال. لحصول المخالفة و هى لا تتكرر، كما لو تعمّد، و ان افترقا بوجوب الكفارة و عدمها^٢ انتهى كلامه.

و مراده بالثلاثة، النذر و العهد و اليمين. و بالباقي الجهل و اخواه.

و الحق عدم الانحلال فيها. لانها لم تكن داخلة تحت الصيغة، فلم يتعلق النذر بها حتى يكون تركها مخالفة النذر. و بالجملة: المشهور ان المخالفة للنذر عمداً يوجب الانحلال مطلقاً.

و نقل عن بعض الاصحاب القول بعدمه اذا تعدد افراد المخالفة؛ كما لو نذر صوم كل خميس، فلا ينحل، بافطار خميس او خميسين. فليزمه تعدد الكفارة بتكرار المخالفة. فانه يصدق على ترك صوم كل يوم انه خالف النذر عمداً، و وجب عليه الكفارة. 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- (وَ قَرَأْتَهُ):

^١ القواعد و الفوائد، ج ٢ ص ٢٠٨.

^٢ الروضة البهية (شرح لمعه)....

لَا تَتْرُكُهُ إِلَّا مِنْ عِلَّةٍ وَ لَيْسَ عَلَيْكَ صَوْمُهُ فِي سَفَرٍ وَ لَأَ 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 أَنْى مَتَى فَاتَنَنْتِ صَلَاةً، اللَّيْلِ صُمْتُ فِي صَبِيحَتِهَا فَفَاتَهُ ذَلِكَ كَيْفَ يَصْنَعُ؟ وَ هَلْ لَهُ مِنْ ذَلِكَ مَخْرَجٌ؟ وَ كَمْ يَجِبُ مِنَ الْكَفَّارَةِ فِي صَوْمِ كُلِّ يَوْمٍ تَرَكَهُ أَنْ كَفَّرَ إِنْ أَرَادَ ذَلِكَ؟- قَالَ فَكَتَبَ -ع-: يُفَرِّقُ عَنْ كُلِّ يَوْمٍ مُدًّا مِنْ طَعَامٍ كَفَّارَةً»^٢.

و التحقيق ان يقال: الروايتان خارجتان عما نحن فيه. فان الثانية ليس فيها شىء يدل على تعدد [ال]كفارة. اذ لم يقل احد بكونها مداً من الطعام، و كذا سبعة مساكين. فان كفارة النذر هي كفارة شهر رمضان، على الاقوى، و كفارة اليمين عند جماعة. و ليس ذلك من افراد احدهما. نعم: ذكر الصدوق (ره) فى «المقنع» متن الرواية بلفظ عشرة مساكين. [و لا] رواية فيه^٣ نقل عن متون الاخبار و الافتاء بمضمونها. فلو كان رواية بهذا المضمون لأشكلك الامر على القول بكفارة اليمين فى النذر، فان اطعام عشرة مساكين احد خصال كفارة اليمين.

و الاظهر ما عليه المشهور من اطلاق انحلال النذر من غير فرق بين ما تعددت افراده، و غيره. و وجهه ان بمخالفة النذر عمداً، يجب الكفارة اجماعاً. و ظاهرهم الاتفاق على ان كل ما يجب فيه الكفارة، ينحل معه النذر. انما الاشكال فى ان هذا انحلال ام لا؟-؟ فنظر

^١ الوسائل، ج ١٠ ص ١٩٦.

^٢ الوسائل، ج ١٠ ص ٣٩١.

^٣ أى فى مضمون هذه الرواية- و عبارة النسخة كذا: و رواية فيه عن نقل متون الاخبار...

المشهور الى ان مخالفة النذر يحصل بالمخالفة في فرد من افراد ما له افراد ايضا. اذ نقيض الموجبة الكلية، هو السالبة الجزئية. كما ان نقيض السالبة الكلية، هو الموجبة الجزئية. فمن نذر صوم كل خميس، اذا افطر خميساً، يصدق عليه انه خالف كليته. و هكذا من نذر ان لا يضرب احداً، فضرب رجلاً واحداً، فلم يبق مورد النذر بعد ذلك المخالفة حتى يصدق مخالفة. فتحصيل المخالفة بعد ذلك، تحصيل الحاصل، و هو محال.

فلا بد من حمل الروايتين على فدية النذر (لا كفارة الحنث) على سبيل الاستحباب و المدّ أقلها، و الصدقة على سبع أكثرها.

و يلزم هذا القائل، القول بتعدد الكفارة فيما كان المنذور ايجاباً كلياً، كنذر كل خميس. و [فى] ما لو كان سلباً كلياً كترك كل كبيرة، او ترك طبيعة كترك الزنا. فانه لا يحصل الا بترك الجميع. ففي كل زنا مخالفة.

و اما فعل الطبيعة الغير المعصية (كالمسئلة المسؤل عنها^١)، فلما كان الاقوى و الاشهر فيه ان وقته ممتد بامتداد العمر ما لم يظن الفوت قبل مقدار ادائه؛ فيشكل الامر. فنقول: ان علّق نذر الصيام على طبيعة فعل المحرم. فلا يجب عليه الا الاتيان بالمنذور مرّة، و ان تعدد فعل المحرم. و ان علّق الصيام على كل واحد من افراد الطبيعة، فيتعدد الصيام المنذور و لا يتحقق المخالفة الا مع الترك، [الآ] فى ظن الموت فى فصل الصيف و ضيق الوقت عن مقدارها^٢.

و حينئذ: فاذا حصل له الظن بالموت بعد تسعة ايام (مثلاً) و كان عليه نذر صوم ثلاثة ايام ثلاث مرّات، فبانقضاء ثلاث ايام مع ترك الصوم، يصدق عليه المخالفة، على المختار. و يلزمه الكفارة، و ينحلّ النذر. فلا يجب عليه الباقي، و لا يتعدد الكفارة. و [هكذا] ان لم يصم

^١ اى الصيام عشرين يوماً.

^٢ و فى النسخة: الآ عن مقدارها.

الثلاثين الاخيرتين ايضا^١.

عبارة المسالك^٢. و هكذا الحلف على الاثبات تقتضى وجوب المحلوف عليه، كما ان الحلف على النفى تقتضى التحريم. فاذا حلف على فعل شئى فان عيّن له وقتا، يعيّن ما ذهب^٣ اليه هذا القائل^٤. لانه يصدق عليه انه خالف النذر ثلاث مرّات، فيتعدد الكفارة. هذا اذ[[لم يعزم فى المرّة الاولى على الترك ابدا. و ان عزم على ذلك فالظاهر انه به يحصل المخالفة.

فان كان معلقاً على كل واحد من افراد الطبيعة، و بعد حصول كل فرد عزم على ترك المنذور ابدا، فتتعدد الكفارة 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 يقضى عنه، فيقضى عنه الولى. و الا، فلا. و لو بان كذب ظنه فلم يمّت، ففى حصول الحنث بذلك (اذا يفعله حين الظن) و انحلال^٥ النذر به (بسبب حصول المخالفة كالنذر المعين)، او بقاء اليمين على حالها و وجوب العمل على مقتضاها، وجهان. و لا يبعد ترجيح الاخير^٦. و اختاره فى المسالك للاصل و لان التضيق لعارض. كما لو ظن

^١ اى: ان صام اليوم الاول و لم يصم اليوم الثانى و الثالث.

^٢ هكذا فى النسخة. و لكن ما وجدت موضعاً و معنى لهذا التعبير هنا. و لعلّ فى العبارة سقطاً. و قد راجعت المسالك (كتاب الكفارات) ما وجدت عبارة تناسب عبارة النسخة. و ليست عندى نسخة اخرى. و يحتمل قوياً انّ الكلمتين (عبارة المسالك) زائدتان.

^٣ و فى النسخة: يعين الى ما ذهب.

^٤ اى «بعض الاصحاب» فى قوله: و نقل عن بعض الاصحاب القول بعدمه.

^٥ و فى النسخة: و الخلال.

^٦ و فى النسخة: الاخر.

العجز عن اداء الصلوة في اول وقتها و اخرها، ثم تجددت القدرة و استمرت و كذب ظنه. فانها يبقى اداءً. و اما الكفارة، فهو اما من المال، او يقضى عنه الولي.

ثم ان صاحب المفاتيح(ره) قال: «أما مع العمد، فالمشهور الانحلال مطلقاً، و ربما يدعى عليه الإجماع. لأن المخالفة لا تتكرر، لاستحالة تحصيل الحاصل. و من المعاصرين من جزم بعدم الانحلال مع تعدد أفراد المخالفة؛ كما إذا نذر صوم كل خميس (مثلاً)، لجواز تكرار المخالفة حينئذ، و للمكاتبة الصحيحة في من نذر صوم كل سبت: «و ان كنت أفطرت منه من غير علة، فتصدق بعدد كل يوم على سبعة مساكين»^١. و فيه: ان هذا فدية و ليس كفارة حنث النذر، الا ان يختص بمثله. و الثواب ان يحمل الرواية على من لم يرد الحنث و كان ثابتاً على نذره، دون من ابطل نذره. و في كل مخالفة من غير علة^٢. انتهى كلامه اعلى الله مقامه.

قوله: «الا ان يختص بمثله.. الخ»؛ يعنى ان يقال كفارة هذا النذر الخاص، هو هذه مع حمل الرواية على من لم يرد الحنث^٣. يعنى ليس قصده الانحلال مطلقاً، بل قصده ان يكون ثابتاً على مقتضى نذره و لكن يخالفه في 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 في كل مخالفة من غير

^١ الوسائل، ج ١٠ ص ١٩٦.

^٢ مفاتيح الشرائع، ج ٢ ص ٣٥.

^٣ لعل المصنف(ره) ما ادق النظر في قول صاحب المفاتيح(ره) اذ جعل بحرف «مع» الاحتمالين احتمالاً واحداً. و الحال ان صاحب المفاتيح في مقام رد الاحتمال الاول بقوله «و الثواب» بالواو الحالية الاعتراضية.

^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.

علّة». فان استفاده من رواية الهمداني، فهي ايضا لا تفيد الاطراد. وبالجملة: 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) فى ذلك.

و الفرق بين ما اختاره صاحب المفاتيح فيما ذكرناه، ان قصد المخالفة و عدم الاتيان بالنذر فى المرّة^٢ الاولى و الفرد الاول، يكفى فى الانحلال و ان لم يقصد المخالفة و الترك فى باقى الافراد، على ما ذكرنا. و مراده اعتبار قصد الانحلال بالنسبة الى جميع افراد المنذور، و ان بالمخالفة فى واحد، لا يلزم الانحلال مطلقا و ان تعمّد المخالفة.

فحاصل الجواب عن المسئلة على المختار: انه ان كان مراد الناذر انه «ان صدر عنه طبيعة هذا الحرام، كان لله عليه صيام عشرين يوما من الصيف» فيتحقق^٣ وجوب الصوم عليه مرّة 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 نية الصوم و لكن اخره لاجل كونه موسعاً، فلا كلام. و ان كان قصده المخالفة و الترك بمعنى عزمه على الترك ابدأ، فعلى المختار، ينحلّ نذره باول مخالفته على هذا الطريق. و لا يلزم عليه تعدد الكفارة، بل عليه كفارة واحدة و ان كان قصد الناذر تعدد المنذور بتعدد افراد الحرام، لصدق المخالفة اولاً. و على القول الاخر يتعدد بتعدد.

^١ السرد: التتابع و الانتظام. اى القول بغير ما ذهب اليه الاصحاب، ليس بقول منتظم.

^٢ و فى النسخة: و فى المرّة..

^٣ و فى النسخة: و يتحقق.

^٤ و فى النسخة: القيام.

و اما السؤال عن اشتراط اذن الوالد في صحة 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 جماعة من الاصحاب انه لا نص 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 (ع): «قال: قلت له: إن لي جارية ليس لها مني مكان و لا ناحية، و هي تحتمل الثمن، إلا أنني كنت حلفت فيها بيمين فقلت لله علي أن لا أبيعها أبداً. و لي إلى تمنها حاجة مع تخفيف المؤنة. فقال: ف لله بقولك له». بتقريب ان الامام (ع) قرّر الراوى على هذا الاطلاق.

فيه: [ان] الاستعمال اعم من الحقيقة، بل الظاهر انه مجاز. لصحة السلب و تبادل الغير. و خصوصاً مع وجود القرينة في السؤال و هو ذكر صيغة النذر مع ذلك الاطلاق. نعم: الظاهر ان يمينه موقوف على اذن الوالد، كما هو المشهور [و] للاخبار الكثيرة. و لكنهم اختلفوا في انه شرط [ل] لصحة رأساً، او ان نهى الوالد مانع فيجوز له حله؟-؟ الا شهر، الثانى. و الاظهر، الاول. لظاهر الاخبار. فان قولهم (ع): «لا يمين لولد مع والده»^٢ ظاهر فى نفي الصحة، لانه اقرب مجازاته. مع ان الايقاع يستدعى التنجيز، فلا يناسب كونه موقوفاً على الرضا. و لم تقف للمشهور على ما يتم الاستناد اليه.

و اما السؤال عن حال العمر، و تعذر الصوم: فعن الاكثر انه اذا عجز عن الصوم المنذور

^١ الوسائل، ج ٢٣ ص ٣٢٠.

^٢ الوسائل، ج ٢٣ ص ٢١٦.

اصلاً، انه يسقط و لا شيء عليه. كغيره من المنذورات التي حصل العجز عنها. و قيل هنا يوجب القضاء دون الكفارة. و قيل بالعكس. و مراده بالكفارة ما ورد في الروايات. فذهب بعضهم الى انه مدان عن كل يوم لموثقة اسحق بن عمار عن ابي عبدالله(ع): «فِي رَجُلٍ يَجْعَلُ عَلَيْهِ صِيَامًا فِي نَذْرٍ فَلَا يَقْوَى. قَالَ: يُعْطَى مَنْ يَصُومُ عَنْهُ فِي كُلِّ يَوْمٍ مُدَّيْنٍ»^١. و لعل المراد بقوله(ع): «من يصوم» من عليه الصوم. و الظرف بعده متعلق بقوله(ع): «يعطى». و الضمير يعود اما الى نفسه، او الى الصوم.

و [ذهب] بعضهم الى انه مدّ. لآخبار كثيرة منها صحيحة البيهقي عن الرضا(ع): «فِي رَجُلٍ نَذَرَ عَلَى نَفْسِهِ إِنْ هُوَ سَلِمَ مِنْ مَرَضٍ أَوْ تَخَلَّصَ مِنْ حَبْسٍ أَنْ يَصُومَ كُلَّ يَوْمٍ أَرْبَعَاءَ - وَ هُوَ الْيَوْمُ الَّذِي تَخَلَّصَ فِيهِ - فَعَجَزَ عَنِ الصَّوْمِ لَعَلَّةَ أَصَابَتْهُ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ. فَمَدَّ لِلرَّجُلِ فِي عُمُرِهِ وَ اجْتَمَعَ عَلَيْهِ صَوْمٌ كَثِيرٌ. مَا كَفَّارَةٌ ذَلِكَ قَالَ: تَصَدَّقَ لِكُلِّ يَوْمٍ بِمُدٍّ مِنْ حِنْطَةٍ أَوْ ثَمَنِ مُدٍّ»^٢.

و ذهب المحقق في الكفارات في الشرايع (و جماعة) الى انه يطعم مسكيناً مدين، فان عجز تصدق بما استطاع، فان عجز استغفر الله. قال: فرما انكر ذلك قوم بناءً على سقوط النذر مع تحقق العجز. و ذكر في المسالك ان مستنده رواية اسحق بن عمار، ثم ضعفها و غيرها مما ورد في المدّ الواحد، من جهة السند و عدم الدلالة على المدعى، لعدم ما يدل على الامر المفيد للوجوب و لا على وجوب الصدقة بما استطاع على تقدير العجز عن المدين و المدّ، و مع ذلك مخالف للاصول المقررة من ان العجز عن النذر يوجب سقوطه

^١ الوسائل، ج ٢٣ ص ٣١٢.

^٢ الكافي، ج ٤ ص ١٤٤.

بغير كفارة. فالقول بالاستحباب اجود.

اقول: و لا وجه للقدح في السند مع صحة بعضها و اعتبار بعضها. و رواية اسحق بن عمار موثقة، حجة. و الجملة الخبرية ظاهرة في الوجوب. لكن الاصل و ملاحظة القاعدة في النذورات (كما ذكره) و ترك عمل الاكثر على الوجوب، و اختلاف الاخبار في المدّ و المدّين، يرجح الحمل على الاستحباب.

و اما السؤال عن كفاره خلف النذر؛ فالأظهر انه كفارة شهر رمضان المخيرة بين عتق رقبة، او اطعام ستين مسكيناً، او صيام شهرين. سيما اذا كان في الصيام.

۹- سؤال: هر گاه شخصی نذر کند که اگر مرتکب فلان حرام شوم، 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: اگر مراد نادر 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

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.

١٠- السؤال: ما الفرق بين النذر و العهد بغير تفاوت الصيغة و اللفظ؟

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 الثمرة فيما عاهد الله على امر متساوى الطرفين ديناً و دنياً. 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 توجيه. و هو ان العهد يوجب الوفاء بما وقع عليه العهد كالنذر. فلو قال: «الله على ان اصوم غداً» يجب عليه الصوم. و كذلك لو قال «عاهدت الله ان اصوم غداً». فما الفرق بينهما الا اللفظ، و ما الحكمة في جعلها آيتين؟

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 بعشرة دنانير، فينتقل الملك لزوماً. و كذلك

^١ و في النسخة: الله.

^٢ اي: آيتين في القرآن: آية ١٧٧ سورة البقرة: و الموفون بعهدهم (و امثالها كثيرة في القرآن). - و آية ٧، سورة الانسان: و يوفون بالنذر. و آية ٢٩ سورة الحج: و ليوفوا نذورهم.

لو صالحه به بذلك المبلغ بعينه. و كذلك الكلام فى الهبة المعوضة و البيع^١. و امثال ذلك كثيرة. و لكن امكان تحصيل الكلبيين فى نوع واحد على التعاقب، ما استحالة فيه^٢ مع ملاحظة 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 فى نفس الامر، هو نقل الملك المعين بعنوان اللزوم فى شئى واحد على قيمة واحدة. و عدوا ذلك من جملة الحيل^٤ الشرعية. و كذلك اذا نقل فرسه الى الغير بعنوان

^١ اى الفرق بين الهبة المعوضة و البيع.

^٢ هكذا اشتهر فى المسئلة. و لله در المصنف(ره) حيث افرد لهذه المسئلة مبحثاً خاصاً هنا. و لكن يلاحظ على الشهرة؛ ان الشهرة ليست فى قوة الاجماع و الحال ان الاجماع اذا كان مستنداً الى دليل معين و عرفنا منشأ الاجماع و مستنده، فقوته قوة دليله و مستنده، و لا يصدق عليه الاجماع. فاذا عرفنا مستند الشهرة و دليلها، فالاستناد بدليلها، لا بها فى نفسها. نعم: قد تفيد قوة الدليل فى فهمهم اذا كان دليلها دليلاً شرعياً. فاذا ثبت ان لشهرة منشأ مخدوشاً من اصله، فلا فائدة فيها اصلاً، حتى بعنوان القرينة. و الشهرة فى مسألتنا هذه من هذا القبيل.

و بزعمى ان تكميل هذه المقالة، فى صورة تعليقات متعددة، يكون اجود. فانظر التعليقات الاتية فى هذه المسئلة نفسها.

^٣ كلام المصنف(ره) هذا، مصادرة واضحة. لان السؤال، عن نفس هذه العناوين، اى: هل يكفى تعدد العنوان اللفظى فقط؟ او العناوين اللفظية مفروضة كاذبة؟ و لا فرق بينها اللفظ. و ليس فى نفس الامر هناك فرق.

^٤ لقائل ان يقول: ليس فى الاسلام حيلة (التي فى الفارسية - جاره جوئى) من هذا القبيل و النوع، اصلاً و ابداً. لان منشأ هذا القبيل من الحيل، ناشئ من عدم الدقة فى قول الباقر عليه السلام فى مسئلة الحيلة فى الربا. و من امعن النظر فى تاريخ فقهاء، لا يجد منشأ لها غيره. قال عليه السلام: «نعم الفرار من الحرام الى الحلال». فهنا لا بد من بيان امور:

الاول: ان مورد الحيلة خاص و مختص بمسئلة من مسائل الربا، لا يشمل ابواب الصلح و الهبة و غيرهما. ←

البيع؛ فيثبت فيه خيار المجلس و خيار الحيوان، و غير ذلك. و ليس كذلك لو نقله بعنوان الهبة المعوضة^١.

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 اللفظيين و مصداقهما مهيتان حقيقتان متغايرتان يتفاوت احكامهما و لوازمهما بتفاوتها-؟

→ الثاني: الفرار في قوله عليه السلام، هو الفرار من «عوض» الى «عوض اخر» من العوضين في المعاملة. لا الفرار من عقد الى عقد اخر.

و مرادنا من التعبير بـ «من هذا القبيل»، نوع الفرار. اي لا يشمل قوله(ع) كل فرار حتى يشمل الفرار من عقد الى عقد اخر بمجرد اللفظ فقط، او بعنوان كاذب الذي لا فرق بين العنوانين في نفس الامر.

الثالث: قد يتوهم ان 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 حلية 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 شرعي و لا عرفي و لا عقلي. و هو مخالف للصدقة، بل هو الفرار من الصدقة الى الكذابة و تغيير المومن نفسه. و هذا محرّم اجماعاً.

ثالثاً: الفرار لفظ و له معنى حقيقة. فهل يصدق بما نحن فيه، كلمة «الفرار»؟ اذا او قعا معاملة التي يصدق عليها البيع في نفس الامر، بلفظ الصلح او الهبة المعوضة، و ما حدث في قصدهما شئ. فمن أين فرّاً الى أين؟؟ الا الفرار من لفظ الى لفظ اخر.

^١ يحس كل ذي احساس، ان جواز الحيل هكذا، ايجاد ثلمة في احكام الدين القويم و التشريع الحكيم (و ان لم يكن الفقيه باحثاً عن حكمة الاحكام و مسؤولاً عنها). و لكن العقل احد الادلة الشرعية و ليس في الاسلام ما يخالف المسلمة العقلية.

و بعبارة اخرى: عدم بحث الفقيه عن الحكمة في الاحكام و عدم مسؤوليته عنها، امرٌ. و جواز خدشه الحكمة، امرٌ اخر. و النكتة الدقيقة، هي هذه.

قلت: الظاهر ان المهيتين متميزتان، و ليس بمجرد تغيير اللفظ. فالصلح (مثلاً) عقد شرع لقطع المنازعة. و هذا هو الحكمة فى تشريعه فى الوضع الاول^١. و البيع عقد شرع لاجل الاقتناء و الربح و التجارة و الانتفاع^٢. و لكن لما كان علل الشرع معرفات و حكمها غير مطردة مع اتحاد الحكم. كما فى اطراد استحباب غسل الجمعة و وجوب الاعتداد فى من لم

^١ هذا اولاً اخص من موضوع المسئلة.

و ثانياً: ليس البحث فى الوضع الاول.

و ثالثاً: ليس فى الصلح وضع ثان. اى المسئلة خلافية: هل الصلح الابتدائى من دون منازعة، مشروع ام لا؟-؟ و المسئلة عرفية ايضاً. و العرف يمنع من صدق «الصلح» عليه و كذا فهمهم من كلمة «الصلح» و كذا اللغة. رابعاً: هذا التعريف لوضع الصلح، دليل عليه(ره). و عليه و على القائلين بالقول المشهور، ان يُثبتوا ضعاً ثانياً لعنوان «الصلح» او للفظه.

خامساً: رواج القول بالجواز، انجرّ اليوم فى عينية الاجتماع، الى تعطيل احكام كثيرة من احكام الربا، و الفرر فى المعاملات، و استيصال افراد كثيرة، بل اسبصال بيوت كثيرة. و مفساد اجتماعية اخرى.

^٢ فمع القول بجواز الفرار بالضميمة فى الربا، لا يبقى معاملة ربوية، و يصير كل رباً بيعاً. فما حكمة المنع الشديد، و الوعيدات العنيفة فى القرآن و السنة؟! فهل هى كلها لغو؟! و

و اما قول الباقر عليه السلام فى الضميمة و «الفرار من الحرام الى الحلال» و كذا الاحاديث الاربعة فى باب ٢٠ من كتاب تجارة الوسائل: فيكفيك ما قال الامام الخميني(ره) فى تحقيقه فى المراد من قوله عليه السلام، فيها اليك بيانه (من دون ان نجعل فى البحث مدخلاً للامور السياسية):

«تحرير الوسيلة، باب الربا، المسئلة ٧: ذكروا للتخلص من الربا وجوهاً مذكورة فى الكتب. و قد جدت النظر فى المسئلة، فوجدت ان التخلص من الربا، غير جائز بوجه من الوجوه. و الجائز هو التخلص من المماثلة مع التفاضل. كبيع من الحنطة المساوى فى القيمة منين من الشعير، او الحنطة الرديئة. فلو اريد التخلص من مبايعة المماثلين بالتفاضل، يضم الى الناقص شيئاً فراراً من الحرام الى الحلال. و ليس هذا تخلصاً من الربا حقيقة. و اما التخلص منه، فغير جائز بوجه من وجوه الحيل».

و لعل كل من جدد النظر و دققه، يصل الى هذه النتيجة، و يرى ان شهرة المسئلة، 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 مهية له فى نفس الامر.

يكن تحت ابطه ريح و لا فى جسده كثافة- و فى من غاب عنها زوجها مدة مديدة، او لم يمسيها منذ سنة. مع ان العلة و الحكمة فى الاول رفع الريح و الكثافات. و فى الثانى الاحتراز عن اختلاط المياه و الانساب^١.

و لكن الصلح بسبب غلبة هذه المسئلة لاجل تشريعه، تميز عن البيع بالذات فى نفس الامر. و تشابه افرادهما على نوع واحد لا يستلزم عدم الفرق بين مهيتهما و انحصار الفرق فى مجرد اللفظ. و هكذا الكلام فى غيره من المواضع.

فعلى القول بصحة المعاطات فى جميع العقود (كما هو الاظهر) فيحصل الفرق بينهما

^١ قد كرر المصنف(ره) فى هذا الكتاب (جامع الشتات) ان مورد تشريع غسل الجمعة آن الانصار كانوا يعملون فى البساتين و النخيلات و يعرق ابدانهم و تنتن آباطهم من كثرة العرق، و يأتون المسجد و الناس يوذون من نتن آباطهم. فشرع الله تعالى و نبه(ص) غسل الجمعة.

و فيه: لقائل ان يقول: ما ثبت هذا الشأن لتشريع غسل الجمعة، و القصة من جعليات المنافقين من قريش. كما أنهم كانوا يطعنون الانصار بـ «اهل النواضع»، و يلقبون انفسهم بالاشراف و التجار. قال معاوية لقيس بن سعد: بماذا قلّ مستقبلي من الاصار؟ قال: لقلّة مراكبهم. قال: فابن نواضحكم؟ قال: فقدناها فى حرب ابيك فى البدر. و يشهد بان 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 المدينة من الانصار، حتى يختص مورد التشريع او شأن التشريع باهل النخيلات من المدنيين.

نعم: للمصنف(ره) ان يقول: علة تشريع غسل الجمعة، نتن الاباط و كراهة ريح الابدان، ولكن حكمة العلة غير مطردة. فيستحب لمن كان بدنه نقياً ايضاً تعبداً. و كذا فى العدة. لكن تنظير ما نحن فيه بهذين المسئلتين قياس واضح. لانه اولاً: ليس فيما نحن فيه دليل شرعى حتى يتبع تعبداً. ثانياً: عدم اطراد مقتضى العلة و الحكمة فى المسئلتين، توسعة لمقتضاها، و تأكيد للحكمة. و فيما نحن فيه تضييق للحكمة بل تضييع للعلة و الحكمة.

^٢ العرف يرى الصلح صلحاً، و البيع بيعاً. و لا يرى لهما مورداً و فرداً متشابهاً، اصلاً. فهذا ايضا مصادرة منه قدس سره و ممن وافقه فى هذا القول.

بمجرد القصد^۱. فالقصد يكفى فى تمايزها و ترتب احكام كل منهما على ما قصد. و هذا اعنى مدخليّة القصد فى الفرق، اعظم شاهد على التمايز و المغايرة. و كذلك الكلام فى العبادات؛ كصلوة الصبح و فائتته و نافلته^۲.

و بذلك حصل الفرق بين النذر و العهد من جهة غير اللفظ ايضا. فليتدبر^۳.

۱۱- سؤال: آیا صیغۀ نذر که موجب انعقاد [و] صحۀ نذر است، منحصر است در «لله على»، یا آن که «نذرت او عهدت لله ان افعل كذا» كافی است؟-؟

جواب: اشهر و اظهر این است که در صیغۀ نذر تلفظ شرط است و به دل گذراندن كافی نیست. و [اگر] بگوید «لله على كذا» خواه معلق کند بر چیزی مثل این که بگوید «لله على ان اصوم كذا ان جاء مسافرى» أو «ان برئ و لى من المرض» یا مطلق باشد. و به لفظ «نذرت لله» ظاهراً منعقد نمی شود. و همچنین «عهدت لله» از برای نذر كافی نیست. و صیغۀ عهد این است که بگوید «عاهدت الله» یا «على عهد الله ان افعل كذا» و مثل آن. والله العالم.

^۱ هذا ايضا اول الكلام. نعم يحصل الفرق بينهما بالقصد قطعاً، لكن البحث فى «المقصود» لا فى «القصد». هل المقصود الذى كان بيعاً، اضمحلّ و حدث مقصود اخر و هو الصلح-؟ ام لا؟ و معلوم (كما انّ المفروض ايضا كذلك) ان المقصود هو المقصود الاول، كما انّ المفروض كذلك. و ليس البحث فيما اذا صار المقصود الاول منعماً و حدث مقصود اخر. و هذا واضح و لا كلام فيه. انما الكلام فى الحيلة و الحيل. فاذا صار المقصود الاول منعماً، فما الحاجة الى الحيلة؟ فهى صلح من رأسها. و كذا الهبة المعوّضة. فالمقصود رأساً، بسيط. لكن المقصود الثانى مركب من المقصود الاول و قصد الحيلة.

^۲ التنظير ليس فى محله. و لا كلام فيه.

^۳ لعل امره (ره) بالتدبر، لعدم اطمينانه الكامل، برأيه و الشهرة.

باب النذر و العهد

و الیمن و الایلاء

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: در ایلاء حضور زوجه شرط نیست [و در نظرم نیست] که کسی [شرط] کرده باشد^۲. و عموماً 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: 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؟-

^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: 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 عادت [آ] 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: هر گاه کسی مکرر نذر کند، و مکرر قسم هم بخورد (خواه نذر و قسم آن، مطلق بلا شرط باشد هر یک، یا در مقابل شرط راجحی باشد) که زوجه خود را طلاق بدهد. آیا این زن مؤیداً بر او حرام است؟ یا اگر وفا نکند معصیت «خلف نذر» دارد اما زن مزبوره بر او حلال است؟

جواب: ظاهر این است که این قسم منعقد نباشد، به جهت مرجوحیت طلاق. مگر این

^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: 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: 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: قسم ولد بدون اذن صریح گرفتن از پدر، منعقد^۱ می شود یا نه؟

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: 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 النیة بعد هذا» یعنی والله که دیگر اعاده نیت نمی کنم. از برای خاطر^۴ این که ترک وسواس کند. باز تکرار کرد

^۱ در نسخه: و منعقد...

^۲ و سائل، 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 مظنونش 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: 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 وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ»^۱. و در آیه دیگر می فرماید «وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ»^۲. و کسب قلب همان نیت به قصد جازم است. و همچنین مراد از «عقد قلب بيمين» همان قصد جازم است و حکم کردن قصد است که در آن تزلزلی نباشد. و ظاهر این است که این داخل «لغو در يمين» 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 و الله». 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 ببال» 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

^۱ سوره مائده، آیه ۸۵.

^۲ سوره بقره، آیه ۲۲۵.

^۳ در نسخه: ولی و الله.

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 مشکوکه [و] «مخطورات ببال»^۱ را صورت حاصله یقینیه انگارد.

پس باید معنی قسم خوردن او (که اعاده نیت نمی کنم) این باشد که همین که صورت مشکوکه 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 وسوسه 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 تصورهم 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 حیثیت 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.

^۱ عبارت نسخه: و صورت مشکوکه محطرات ببالرا...

والحاصل: هر گاه و سواسی تنبّع حال خود را بکنند 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 بگوئی، شاک باشی در حصول مقارنت نیت (یا در اخلاص و یقین به براءت 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 (ع) قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُصَلِّي الصَّلَاةَ أَوْ يَتَوَضَّأُ فَيَشْكُ فِيهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَيَقُولُ إِنَّ أَعَدْتُ الصَّلَاةَ أَوْ أَعَدْتُ الوُضُوءَ فَأَمْرَأَتُهُ عَلَيْهِ كَظْهَرِ أُمِّهِ وَيَخْلِفُ عَلَيَّ ذَلِكَ بِالطَّلَاقِ فَقَالَ هَذَا مِنْ خُطُوءَاتِ الشَّيْطَانِ لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ»^۱.

۱۸- سؤال: آیا شرط است در صحت نذر فرزند، رضای پدر، یا نه؟

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

^۱ و در نسخه: خطرات.

^۲ الکافی، ج ۶ ص ۱۵۵.

حدیثی که در یمین وارد شده به این مضمون که «لَا يَمِينُ لَوْلَدٍ مَعَ وَالِدِهِ وَلَا لِلْمَرْأَةِ مَعَ زَوْجِهَا وَلَا لِلْمَمْلُوكِ مَعَ سَيِّدِهِ»^۱، 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 سیل حقیقت است یا بر سیل 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 «الطَّوَّافُ بِالْبَيْتِ صَلَاةٌ»^۲ و «الْفَقَاعُ خَمْرٌ فِي الْحَقِيقَةِ» 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 مسلم نیست. و الاً بایست هر گاه کسی بگوید «رأيت اسداً يرمى»، 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 اشيع آن ها شجاعت است، منصرف به آن می شود. در این جا هم باید منصرف به شباهت در حکم شرعی بشود. به قرینه

^۱ الوسائل، ج ۲۳ ص ۲۱۶.

^۲ وسائل، مستدرک الوسائل، ج ۹ ص ۴۱۰.

استعمال شارع و اهل شرع.

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 کفاره (مثلاً) کافی است. و باکی نیست که بعض آن اطلاقات را ذکر کنیم:

یکی روایت سماعه است: «لَا يَمِينُ فِي مَعْصِيَةِ إِنَّمَا الْيَمِينُ الْوَاجِبَةُ الَّتِي يَنْبَغِي لِصَاحِبِهَا أَنْ يَفِيَّ بِهَا مَا جَعَلَ اللَّهُ عَلَيْهِ مِنَ الشُّكْرِ إِنْ هُوَ عَافَاهُ مِنْ مَرَضٍ أَوْ مِنْ أَمْرٍ يَخَافُهُ أَوْ رُدَّ غَائِبٌ أَوْ رُدَّ مِنْ سَفَرِهِ أَوْ رَزَقَهُ اللَّهُ وَ هَذَا الْوَاجِبُ عَلَى صَاحِبِهِ يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَفِيَّ لَهُ بِهِ»^۲.

و دیگری روایت حسن بن علی، عن ابی الحسن (ع): «قَالَ قُلْتُ لَهُ إِنَّ لِي جَارِيَةً لَيْسَ لَهَا مِنِّي مَكَانٌ وَلَا نَاحِيَةٌ وَ هِيَ تَحْتَمِلُ الثَّمَنَ إِلَّا أَنِّي كُنْتُ حَلَفْتُ فِيهَا بِيَمِينٍ فَقُلْتُ لِلَّهِ عَلَى أَنْ لَا أُبَيْعَهَا أَبَدًا وَ لِي إِلَى ثَمَنِهَا حَاجَةٌ مَعَ تَخْفِيفِ الْمُتُونَةِ فَقَالَ ف 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: هر گاه کسی نذر کند که صدقه بدهد در مکان معینی، یا روزه بگیرد، یا

^۱ در نسخه: این است.

^۲ بحار الأنوار، ج ۱۰۱ ص ۲۴ و در «جواهر الکلام» ج ۳۵ ص ۳۵۸.

^۳ وسائل الشیعة، ج ۲۳ ص ۳۲۰.

^۴ در نسخه: دارد.

نماز کند در مکان معینی، یا این‌ها را عمل بیاورد در زمان معینی. واجب است وفاء به آن یا نه؟^۱ 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؟^۲

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 کلیّ 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 هكذا. پس هر گاه کسی آن صوم را در غیر آن مکان بکند، لازم است بر او اعاده در آن مکان.

^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 دویم. 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 صلاة 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 صلاة در وقت معین: پس اشکالی در لزوم عمل آن، نیست هر چند در آن زمان مزیتی نباشد. و ظاهراً خلافاً 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 الصدقة فی مکان معین أو

الصوم أو الصلاة فيه أو في وقت معيّن لزم و لو فعل ذلك في غيره أعاد»^۱. 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^۲، 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^۳ 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

^۱ مختصر النافع، کتاب النذر (الرابع اللواحق) ص ۲۴۶ ط دارالکتب العربی بمصر.

^۲ یعنی روز معین مشخص.

^۳ در نسخه: دوجای...

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: بنابر 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.

^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 بلدة خاصه تصدق کن.

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 «الله علیّ 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 اصالةً؟

و دیگر: هر گاه چنین صومی ترک شود قضای آن واجب است یا نه؟

جواب: اولاً بدان که روزه نذر را در سفر نمی توان گرفت. مگر این که در حال نذر قید سفر کرده باشد، علی الاظهر.

^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) تتابع در آن لازم نیست علی الاظهر الاظهر. مگر آن که قید تتابع کرده باشد. و در صورت اطلاق، هر وقت خواهد، می خورد. و هر وقت بخواهد، می گیرد. و در خوردن آن كفاره 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 تتابع 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 كفاره 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 كفاره 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] منحل 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 «لله 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 حدّه داشته باشد در قضا و کفاره.

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

^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: به مجرد همین، واجب نمی شود، تا صیغه نذر را نگوید لازم نمی شود. و آن به لفظ عربی این است «لله 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: شخصی (مثلاً) نذر کرده و صیغه نذر به عربی جاری کرده که جای معینی را از روضات اولاد ائمه(ع)، 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: 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

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: 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 «لله 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 بالکیه کند و ملتزم کفاره نذر شود به جهت لزوم حرج، فایده دارد یا نه؟

و هر گاه مکرر نذری که می کرده به صیغه «لله علیّ کذا» بوده ولی مشکوک باشد که نذر معین به کدام صیغه بوده. ملحق به کدام صورت است؟

جواب: این مسئله موقوف است به تمهید چند مقدمه:

اول این که: صیغه نذر، واجب است در تحقق آن، تلفظ (علی الاشهر الاقوی) با قصد تقرب. و اظهر این است که همان لفظ «لله علیّ» با قصد معنی آن، در قصد تقرب کافی باشد. و بعضی لازم دانسته اند که علیحده قصد «لله» یا «قربة الی الله» و امثال [آن ها] بعد از صیغه بشود. و آن خلاف مقتضای اخبار و ادله است. زیرا که مراد از تقرب این است که خدا را در

نظر داشته باشد در التزام^۱ آن فعل و معنی «لله» همان است.

دوم این که: صیغۀ 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 «ان وُقِّتَ لِلْحَجِّ فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَدَقَةٌ مَاءٌ دِينَارٌ» و «ان رُزِقْتَ وَلِذَا فَلِلَّهِ عَلَيَّ كَذَا» و شرط نیست که شرط طاعت باشد. همین که قابل این هست که شکر الهی در برابر آن، بشود کافی است. مثال ثانی: «ان برئ و لیدی من المرض فَلِلَّهِ عَلَيَّ 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: «ان فعلت هذا الحرام فَلِلَّهِ عَلَيَّ صِيَامٌ شَهْرٌ» یا «ان ترکت هذا الواجب فَلِلَّهِ عَلَيَّ 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 صیغۀ شکر و زجر، غالباً یکی است و به قصد، متفاوت می شود، و لفظ یکی است. پس اگر بگوید «ان صَلَّيْتُ فَلِلَّهِ عَلَيَّ كَذَا» اگر مراد او شکر بر ترک نماز است، نذر باطل است. و اگر مراد توفیق یافتن برای فعل نماز است، صحیح است. بخلاف «ان زینت فَلِلَّهِ عَلَيَّ 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 نکند، و بگوید «لله عَلَيَّ ان اصوم غداً» و «ان اصلي كذا».

^۱ در نسخه: الزام.

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 علی» 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 تبرع، 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 علی ان اصوم غداً و انی ان وفقت لصلوة اللیل فی هذه اللیلة، اصدق بدرهم و ان ترکتها ان اصدق بدرهم». بل که جایز است جمع ما بین نذر شکر و زجر در همان نذر تبرع بعینه؛ مثل این که بگوید «لله علی ان اتهدد فی لیالی هذا الشهر و ان لم اتهدد فیها اصوم کل یوم

^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، زجرأ^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 خلافی 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 موجباً 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 مهیئه نمی شود الاً 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.

^۱ عبارت نسخه: اصوم فی کل یوم فاتت تهجد لیلۀ زجرأ.

^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 الاً 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 علیّ ان اصوم کل خمیس، فان ترک [ت] صوم واحد فکل خمیس بعده و هكذا». 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 علیّ لو زنیّت 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 علیّ ان اصوم صبیحة کل یوم

^۱ در نسخه: نشود- نسخه بدل: نشده.

^۲ در نسخه: شده است.

ترکت تهجد لیلته». پس بنا بر مشهور، چون موجه کلیه بر جا نمی ماند، نذر منحل می شود و یک کفاره بیشتر واجب نمی شود. مگر در صورتی که قصد تعدد نذر کند که هر یک از افراد، مورد نذر باشند. و بنا بر قول مشهور، در ترک هر روزی کفاره لازم نمی شود هر چند قصد تعدد کرده باشد.^۱

و گویا نظر آن قائل، به صحیحه علی بن مهزیار باشد؛ «قَالَ كَتَبَ بُنْدَارُ مَوْلَى إِدْرِيسَ يَا سَيِّدِي نَذَرْتُ أَنْ أَصُومَ كُلَّ يَوْمٍ سَبْتٍ - فَإِنْ أَنَا لَمْ أَصُمْهُ مَا يَلْزَمُنِي مِنَ الْكَفَّارَةِ فَكَتَبَ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَقَرَأَتْهُ لَأُتْرَكُهُ إِلَّا مِنْ عِلَّةٍ وَ لَيْسَ عَلَيْكَ صَوْمُهُ فِي سَفَرٍ وَ لَأُ مَرَضٍ إِلَّا أَنْ تُكُونَ نَوَيْتَ ذَلِكَ وَ إِنْ كُنْتَ أَفْطَرْتَ فِيهِ مِنْ غَيْرِ عِلَّةٍ فَتَصَدَّقْ بِعَدَدِ كُلِّ يَوْمٍ عَلَى سَبْعَةِ مَسَاكِينَ نَسْأَلُ اللَّهَ التَّوْفِيقَ لِمَا يُحِبُّ وَ يَرْضَى».^۲ و روایت ابراهیم بن محمد همدانی «قَالَ كَتَبَ رَجُلٌ إِلَى الْفَقِيهِ (ع) يَا مَوْلَايَ نَذَرْتُ أَنِّي مَتَى فَاتْتَنِي صَلَاةُ اللَّيْلِ صُمْتُ فِي صَبِيحَتِهَا فَفَاتَهُ ذَلِكَ كَيْفَ يَصْنَعُ وَ هَلْ لَهُ مِنْ ذَلِكَ مَخْرَجٌ وَ كَمْ يَجِبُ عَلَيْهِ مِنَ الْكَفَّارَةِ فِي صَوْمِ كُلِّ يَوْمٍ تَرَكَهُ أَنْ كَفَرَ إِنْ أَرَادَ ذَلِكَ قَالَ فَكَتَبَ (ع) يُفَرِّقُ عَنْ كُلِّ يَوْمٍ مُدًّا مِنْ طَعَامِ كَفَّارَةٍ».^۳

و تو می دانی که این دو حدیث، دلالت بر لزوم تعدد کفاره نذر، ندارند. و شاید مراد بیان فدیة روزه نذر باشد بر سیل استحباب. بلی: در کتاب «مقنع» به جای سبعة مساکین، عشرة مساکین است. و چون طریقه او در آن کتاب، نقل متون اخبار است، شاید حدیثی دیده باشد

^۱ در نسخه: نکرده باشد.

^۲ وسائل الشیعة، ج ۱۰ ص ۳۷۹.

^۳ تهذیب 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 ضعیفی 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 مندور؛ پس ظاهر این است که بر او چیزی نیست. و ظاهر این است که فرقی ما بین عجز بالمره 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 عَافَاهُ اللَّهُ أَنْ أُحِجَّ مَاشِيًا فَمَشَيْتُ حَتَّى بَلَغْتُ الْعَقَبَةَ فَاشْتَكَيْتُ فَرَكَبْتُ ثُمَّ وَجَدْتُ رَاحَةً فَمَشَيْتُ فَسَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ إِنِّي أَحِبُّ إِنْ كُنْتَ مُوسِرًا أَنْ تَذْبِحَ بَقْرَةً فَقُلْتُ مَعِيَ نَفَقَةٌ وَ لَوْ شِئْتَ لَفَعَلْتُ وَ عَلَيَّ دَيْنٌ فَقَالَ أَنَا أَحِبُّ إِنْ كُنْتَ مُوسِرًا أَنْ تَذْبِحَ بَقْرَةً فَقُلْتُ أ شَيْءٌ وَاجِبٌ فَعَلُهُ فَقَالَ لَا وَ لَكِنْ مَنْ جَعَلَ لِلَّهِ شَيْئًا

^۱ جاهل، ناسی و مکره.

^۲ عبارت نسخه: که معمول بمشهور است.

فَبَلِّغْ جُهْدَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ^۱.

و اما حسنة جميل بن صالح «عَنْ أَبِي الْحَسَنِ مُوسَى (ع) أَنَّهُ قَالَ كُلُّ مَنْ عَجَزَ عَنْ نَذْرٍ نَذَرَهُ فَكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ»^۲. پس اقرب محامل آن این است که مراد عجز از كفارة نذر است که بعد عجز از كفارة رمضان، كفارة يمين می دهند. چنان که قول سید مرتضی است در «انتصار» و دعوی اجماع بر آن کرده. و به هر حال؛ قائلی به وجوب آن در صورت تعذر منذور، ندیدیم. و ترک اصل و روایت معمول به اصحاب، به آن حدیث نمی توان کرد. بلی: از شیخ در «نهایه» و محقق در كفارات «نافع»، حکم به لزوم كفارة 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، كفارة غالب این است که در فعل حرام یا ترک 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

^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 حنث و تعیین انحلال بر قصد حنث و عدم آن: پس آن خیالی است که صاحب «مفاتیح» کرده و هیچ راهی ندارد. بل که آن چه را شارع حنث 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، مگر این که مراد او بیان و تفسیر «نذرت» باشد به کلمه «لله علی کذا» والله العالم.

۲۴- سؤال: اذن والد در نذر ولد، شرط است یا نه؟-

^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: 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: ظاهر این است که نماز صحیح است. چون طرور^۲ 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^۳ [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 ناذر 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^۴.

و اگر گوئی: حرمت آن به سبب نذر زایل شد، و عمل کردن به هر دو عام موجب

^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 ادلة حرمت عدول» کند، در این صورت معارضه می شود به منع دلالة صیغة نذر بر ارادة نادر، چنین فردی را. و همچنین ادلة وجوب وفای به نذر، چنین صورتی را.

و می توانیم ترجیح بدهیم عمل به عمومات حرمت عدول را به سبب استصحاب و حدیث «الصلاة علی ما افتتحت علیه»^۲ خصوصاً با ملاحظه حرمت قران در سوره. و خصوصاً بنابر 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 قید المنذورة بوقت فزاحت المكتوبة، فالأقرب تقديم المكتوبة، لأن وجوبها مطلق. و یحتمل تقديم المنذورة، لتشخصها

^۱ در نسخه: و بعد از...

^۲ وسائل، کتاب الصلاة، ابواب النیة، ب ۲ پیام حدیث های ۲ و ۳.

بهذا الوقت قبل المكتوبة. فعلى هذا يقضى المكتوبة، و ليس بشيء، لأن الوقت مضروب للمكتوبة في حكم الله تعالى بحسب الوضع الشرعي، فلا يخرجها عن ذلك ما يعرض بفعل المكلف»^۱.

غاية امر تعارض و تساقط عمومين باشد. و اصل برائت، و اصل عدم زیادتی تکلیف، مرجح صحت^۲ است. و تمسک به استصحاب شغل ذمه، تمام نیست چنان که در محل خود بیان کردیم. خصوصاً بنا بر این که عبادات نام اعم از صحیحه، باشد. و راه احتیاط، واضح است و آن اتمام و اعاده است.

و به هر حال، نذر منحل نمی شود و کفاره هم واجب نمی شود.^۳

۲۶- سؤال: آیا صیغه نذر که موجب انعقاد صحت نذر است، منحصر است در «لله علی»، یا آن که «نذرت» او «عهدت لله أن أفعل كذا» کافی است؟

جواب: اشهر و اظهر این است که در صیغه نذر، تلفظ شرط است. و به دل گذرانیدن، کافی نیست و باید بگوید «لله علی کذا». خواه معلق کند به شرطی مثل این که بگوید «لله علی أن صوم کذا ان جاء مسافری» او «ان برئ ولدی من المرض» یا مطلق باشد. و به لفظ «نذرت لله» ظاهراً منعقد نمی شود. و همچنین «عهدت الله» از برای نذر کافی نیست. و صیغه عهد این است که بگوید «عاهدت الله» یا «علی عهد الله أن أفعل کذا» و مثل آن^۴.

^۱ ذکرى الشيعة فى أحكام الشريعة، ج ۴، ص: ۲۳۸.

^۲ در نسخه: مرجع صحت.

^۳ زیرا همان طور که بیان کرد، اساساً نسبت به نماز صبح آن روز نذری منعقد نبوده تا منحل شود یا موجب کفاره گردد. و نسبت به نماز صبح روزهای دیگر، نذر سرجای خود باقی است.

^۴ این سؤال و جواب، تکرار شده است. ظاهراً به دلیل تعدد پرسش ها از ناحیه مردم، برخی از مسائل تکرار شده

٢٧- السؤال: من نذر التهجد في كل ليلة، واتفق له السهو (او غلب عليه النوم)

ففات منه التهجد. هل يجب عليه القضاء و الكفارة؟ او يختص الوجوب بالعمد؟ و هل يتكرر الكفارة ام لا؟-

الجواب: الظاهر في صورة الترك بسبب العذر كالنوم و السهو، وجوب القضاء دون

الكفارة. اما وجوب القضاء: فهو مقتضى اطلاق كلماتهم في وجوب قضاء الفرائض. قال في التحرير: «لا يجب القضاء بفوات الصلاة 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». و قال في القواعد: «الفصل الثاني في القضاء و فيه مطلبان الأول في سببه و هو فوات الصلوات الواجبة أو النافلة» الى ان قال: «المطلب الثاني في الأحكام: القضاء تابع للأصل في وجوبه و ندبه. و لا يتأكد استحباب فائت النافلة بمرض»^١. و قال قبل ذلك^٢ في الفصل الرابع في صلاة النذر: «و من نذر صلاة شرط فيها ما شرط في الفرائض اليومية، تزيد الصفات التي عيّن فيها في نذره ان قيده، اما الزمان كيوم الجمعة، او المكان بشرط المزيّة كالمسجد و غيرها، فلو وقعها في غير ذلك الزمان، لم يجزه و وجب عليه كفارة النذر و القضاء ان لم يتكرر ذلك الزمان». الى اخر ما ذكره.

فانه يظهر من وجوب قضاء ما نذر و ترك، وجوب القضاء للراتبة النذورة بطريق الاولى،

لتبوت القضاء لاصل الراتبة بلا خلاف [و] مطلق الصلاة المندوبة في زمان خاص.

و قال في «الذكرى»: «و لو قيّد الصلاة بزمان معيّن وجب، فإن أوقعها قبله و جب فعلها

^١ تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ج ١ ص ٥٠.

^٢ قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ج ١ ص ٣١٠.

^٣ و في النسخة: 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 الكفارة.

و لو كان الزمان المعين بالنوع كيوم الجمعة، أوقعها في آية جمعة شاء و تكون أداء^١. الى غير ذلك من العبارات الظاهرة في المطلوب^٢، و المنبهة عليها. مع ملاحظة ثبوت القضاء مستحباً في الرواية.

و اما اطلاقات الاخبار: فهي ايضا كثيرة: منها ما روى في تفسير قوله تعالى «و اقم الصلاة لذكري» فان كثيراً من المفسرين قالوا انها في الفائتة، لقول النبي (ص) «مَنْ نَامَ عَن صَلَاةٍ أَوْ نَسِيَهَا فَلْيَقْضِهَا إِذَا ذَكَرَهَا إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي»^٣. و عن النبي (ص) قال: «من نام عن صلاة أو نسيها، فليصلها إذا ذكرها، فإن ذلك وقتها»^٤. و الاطلاقات في هذا المعنى كثيرة لا حاجة الى ذكرها. و في صحيحة عبدالله بن سنان، تنبيه حسن على ذلك قال: «سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ إِنَّ الْعَبْدَ يَقُومُ فَيَقْضِي النَّافِلَةَ فَيَعْجَبُ الرَّبُّ مَلَائِكَتَهُ مِنْهُ فَيَقُولُ مَلَائِكَتِي عَبْدِي يَقْضِي مَا لَمْ أَفْتَرِضْهُ عَلَيْهِ»^٥. و روى في «الفقيه» ما في معناه مرسلأ عن رسول الله (ص).

فان فيها تنبيهاً على أنها لو كانت فريضة عليه و لو بسبب النذر، فهي واجبة عليه. هذا الكلام في القضاء.

^١ ذكرى الشيعة في أحكام الشريعة، ج ٤ ص ٢٣٤.

^٢ عبارة النسخة: الى غير ذلك المطلوب من العبارات الظاهرة 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 الكفارة: فلا يجب عليه اذا كان التترك لعذر. و لا ينحلّ النذر بتركها لعذر. و يتكرر القضاء بتكرر التترك لعذر. و لا كفارة. اما لو تركها عمداً، فيأثم و يجب الكفارة. و لكن لا يتكرر القضاء و الكفارة بتكرره حينئذ. بل ينحلّ النذر و يجب قضاء واحد و كفارة واحدة. الا ان يكون نوى في نذره ان يكون كل فرد من افراد المنذور واجباً عليه بالاستقلال، بحيث لو فات منه فرد منها، وجب عليه الاخر، الى اخر الابد. فحينئذ يتكرر وجوب القضاء و الكفارة بتكرر التترك.

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: 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 ظن 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.

^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 موجبۀ افطار- باعث این نمی شود که در تتمۀ 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 الاظهر 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 تتابع 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 بنابر 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

^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.

شَيْءٌ»^۱. و اعتضاد این روایت به اصل و عمل اکثر، مرجح عمل به آن است. و مقدم است بر روایاتی که دلالت می‌کنند بر این که در عوض هر روزی تصدق می‌کند به مدّی از طعام^۲. و آن روایات قائل صریحی به مضمون آن‌ها، در نظر نیست. و با وجود شذوذ و ضعف سند و اختلاف مقتضای آن‌ها (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 آن‌ها 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 مُدَّيْنٍ»^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 می‌کند از منافیات عادات انسانی (مثل روزه ماه مبارک رمضان، که سی روز متوالی بر خلاف عادت، اکل و شرب نمی

^۱ و سائل الشیعة، ج ۲۳ ص ۳۰۸.

^۲ و سائل، ابواب الكفارات، ب ۲۳ ح ۸.

^۳ همان باب.

^۴ الکافی، ج ۷ ص ۴۵۷.

^۵ در نسخه: آن‌ها.

شود، و همچنین صحت نذر کردن دو ماه متوالی و بیشتر) کاشف است از این که قبیح 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 مهیای 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 الجملة» 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

^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 امکان، 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^۱ خلف نذر واجب می شود. که اظهر آن است که مثل کفاره^۱ رمضان است. و قضای آن روزه که افطار کرد هم واجب است. اما بعد از آن در سال های آینده، از او ساقط است، 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 هکذا. که در این وقت در هر سال واجب است عمل و در ترک آن، واجب است کفاره.

^۱ زیرا که نذر منحل شده است.

کتاب العتق

باب مسائل العتق من المجلد الاول

۱- سؤال: هر گاه کسی به جاریه خود بگوید «من ترا از مال خود آزاد کردم». کافی

است در آزاد شدن یا نه؟؟

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: هر گاه ضعیفه به جاریه خود بگوید «ترا آزاد کردم» به همین صیغه فارسی

آزاد می شود یا نه؟؟

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

قصد 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: 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: 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: 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: 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

^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 خلاقی در مسئله، نقل نشده الاّ از سید جمال الدین بن طوس در کتاب «ملاذ العلماء الامامیه» که میل کرده است به عدم سرایت، نظر به ظاهر چند روایت که از جمله آن ها صحیحۀ عبدالله بن سنان^۲ است، و اخبار آن شاذّ است. و اخبار مؤوّل 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 دوم: 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

^۱ وسائل، همان.

^۲ وسائل، همان، 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 (ع) قَالَ مَنْ كَانَ شَرِيكًا فِي عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ فَأَعْتَقَ حَصَّتَهُ وَ لَهُ سَعَةٌ فَلْيَشْتَرِهِ مِنْ صَاحِبِهِ فَيُعْتِقَهُ كُلَّهُ وَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ سَعَةٌ مِنْ مَالٍ نَظَرَ قِيَمَتَهُ يَوْمَ أُعْتِقَ ثُمَّ يَسْعَى الْأَعْبُدُ بِحِسَابِ مَا بَقِيَ حَتَّى يُعْتَقَ»^۱. 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 (ع) قَالَ سَأَلْتُهُ عَنِ الْمَمْلُوكِ يَكُونُ بَيْنَ شُرَكَاءَ فَيُعْتِقُ أَحَدَهُمْ نَصِيْبَهُ قَالَ إِنْ ذَلِكَ فَسَادَ عَلَى أَصْحَابِهِ فَلَا يَسْتَطِيعُونَ بَيْعَهُ وَ لَأَ مُؤَاجِرَتَهُ قَالَ يُقَوِّمُ قِيَمَةً فَيَجْعَلُ عَلَى الَّذِي أَعْتَقَهُ عَقُوبَةً إِنَّمَا جُعِلَ ذَلِكَ لِمَا أَفْسَدَهُ»^۲. 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

^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 آن‌ها 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 روز باقی مانده از برای آن شریک آزاد نکرده. و این منافی است با ظاهر^۱ «تعلیل بفساد علی الاطلاق». و با آن که^۲ 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 این‌ها 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 مبیع که بعض آن آزاد باشد، بخرد. و همچنین؛ چنین مستاجری به هم نمی رسد. هر چند بیع و اجاره فی الجملة هم ممکن باشد باز هم فساد هست. و به هر حال، این اطلاقات به ضمیمه تقيید^۳ به صحیحه محمد بن قیس، کافی است از برای مشهور. و در صورت اعسار مولی و عجز عبد، اصل بقاء رقیت بر جاست. و اخبار تصریحی به زبان آن ندارد به سبب سرایت^۴.

و اما دلیل قول شیخ: پس آن صحیحه حلبی است: «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلَيْنِ كَانَا بَيْنَهُمَا عَبْدٌ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ فَقَالَ إِنْ كَانَ مُضَارًّا كَلَّفَ أَنْ

^۱ در نسخه: در.

^۲ در نسخه: یا ظاهر...

^۳ در نسخه: و یا آن که.

^۴ در نسخه: تقلید.

^۵ بنا بر این، سرایت منحصر می شود به موسر بودن آزاد کننده یا به توانمند بودن عبد برای سعی.

يُعْتَقَهُ^۱ كُلَّهُ وَ إِلَّا اسْتُسِعِيَ الْعَبْدُ فِي النِّصْفِ الْآخَرَ^۲. و صحیحہ محمد بن مسلم: «قَالَ قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) رَجُلٌ وَرَثَ غُلَامًا وَ لَهُ فِيهِ شُرَكَاءُ فَأَعْتَقَ لَوْجَهُ اللَّهُ نَصِيبَهُ فَقَالَ إِذَا أَعْتَقَ نَصِيبَهُ مُضَارَّةً وَ هُوَ مُوسِرٌ ضَمِنَ لِلْوَرَثَةِ وَ إِذَا أَعْتَقَ لَوْجَهُ اللَّهُ كَانَ الْغُلَامُ قَدْ أَعْتَقَ مِنْ حِصَّةٍ مَنْ أَعْتَقَ وَ يَسْتَعْمَلُونَهُ عَلَى قَدْرِ مَا أَعْتَقَ مِنْهُ لَهُ وَ لَهُمْ فَإِنْ كَانَ نِصْفَهُ عَمِلَ لَهُمْ يَوْمًا وَ لَهُ يَوْمٌ وَ إِنْ أَعْتَقَ الشَّرِيكَ مُضَارَّةً وَ هُوَ مُعْسِرٌ فَلَا عِتْقَ لَهُ لِأَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يُفْسِدَ عَلَى الْقَوْمِ وَ يَرْجِعُ الْقَوْمُ عَلَى حِصَصِهِمْ»^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 ادريس 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 مضراً [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 ببال» و داعی باید محض تقرب باشد. و

^۱ عبارت نسخه: کلف و اکلف ان یعتقه.

^۲ وسائل الشیعة، ج ۲۳ ص ۳۶.

^۳ وسائل الشیعة، ج ۲۳ ص ۴۰.

ضمیمه [ای] (که رخصتی در آن نباشد خصوصا 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] خصص 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 بنابراین تخصیص قاعده اخلاص، و تتمه حدیث را هجر کرده اند به سبب ترجیح دلیل خود.

و این سخن خوب است بنابراین 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 (ص) به کندن آن هم، مبتنی بر قصد اضرار است. چنان که حدیث ظاهر در آن است.

^۱ عبارتة نسخة: ضمیمه که رخصتی در آن نباشد خصوصا 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 عبد 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 (ع) قَالَ قَضَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ (ع) فِي عَبْدٍ كَانَ بَيْنَ

^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 صَغِيرٌ وَأَمْسَكَ الْآخَرَ نِصْفَهُ حَتَّى كَبِرَ الَّذِي
حَرَّرَ نِصْفَهُ قَالَ يَقَوْمُ قِيَمَةَ يَوْمَ حَرَّرَ الْأَوَّلُ وَأَمْرَ الْمُحَرَّرِ أَنْ يَسْعَى فِي نِصْفِهِ
الَّذِي لَمْ يُحَرَّرْ حَتَّى يَقْضِيَهُ»^۱. و روایة ابی الصباح الكنانی 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
نخوردم.

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 صحیحۀ محمد بن قیس در آن جا که فرموده
است^۳ «فلیشتره من صاحبه فیعتقه 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

^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 «كُلْفٌ أَنْ يَعْتَقَهُ».

و در صحیحه دیگر حلبی هست «عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) فِي جَارِيَةٍ كَانَتْ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدَهُمَا نَصِيبَهُ 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 (ع) عَنِ الرَّجُلَيْنِ يَكُونُ بَيْنَهُمَا الْأَمَةُ فَيُعْتِقُ أَحَدَهُمَا نَصْفَهُ فَتَقُولُ الْأَمَةُ لِلَّذِي لَمْ يُعْتِقْ نَصْفَهُ لَا أُرِيدُ أَنْ تُعْتِقَنِي^۴ ذَرْنِي كَمَا أَنَا أَخْدُمُكَ وَ أَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَسْتَنْكِحَ النِّصْفَ الْآخَرَ قَالَ لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَفْعَلَ إِنَّهُ لَا يَكُونُ لِلْمَرْأَةِ فَرْجَانٍ وَلَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يَسْتَخْدِمَهَا وَ لَكِنْ يُعْتِقُهَا وَ يَسْتَسْعِبُهَا»^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 بعض غلام خود را آزاد کرد) فرمود: «هُوَ حُرٌّ لَيْسَ

^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 الشیعة، ج ۲۳ ص ۴۱.

لَلَّهِ شَرِيكٌ»^۱. همچنین روایت طلحه بن زید هم نزدیک به این عبارت است. و همچنین سایر اخبار این باب مثل آخر صحیحۀ سلیمان بن خالد^۲ که افساد را نسبت به عتق داده اند^۳. و همچنین آن چه به این مضمون است مثل حسنۀ حلبی و موثقه سماعه و غیر آن ها. و ممکن است که بگوئیم که: آن چه در سرایت در مال خود است، داخل^۴ ما نحن فيه نیست. و شاید فرق باشد ما بین سرایت ها. و اما دلالت افساد هم بر ما نحن فيه، واضح نیست. به جهت این که تسلط شارع شریک را بر فک حصۀ شریک، افساد نیست^۵. 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 او [ل] داده^۶ به جهت صحیحۀ محمد بن قیس.

^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 انعتاق 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 حسنة 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

^۱ در نسخه: و در این نزاع...

^۲ مسالک، ج ۲ ص ۱۰۵ ط دارالهدی.

روایات هم دلالت دارد مثل حسنة حلبی و موثقة 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 «خلاف» 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 سعت، 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 سعت 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

^۱ عبات نسخه: به سبب آن آزاد می شود آن جز و آزاد می شود.

^۲ سعت = سعه.

است. و عموم اخبار هم شامل این است مثل حدیث نبوی (ص) که فرموده است: «من أعتق
 شركا من عبد و له مال قوم عليه الباقي»^۱. و همچنین خصوص صحیحہ حریر «عَمَّنْ
 أَخْبَرَهُ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (ع) أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ أَعْتَقَ غُلَامًا بَيْنَهُ وَ بَيْنَ صَاحِبِهِ قَالَ
 قَدْ أَفْسَدَ عَلَى صَاحِبِهِ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ أُعْطِيَ نِصْفَ الْمَالِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ
 عُوْمِلَ الْغُلَامُ يَوْمًا لِلْغُلَامِ وَ يَوْمًا لِلْمَوْلَى وَ يَسْتَخْدِمُهُ وَ كَذَلِكَ إِذَا كَانُوا
 شُرَكَاءَ»^۲، و دور نیست ترجیح مشهور، [به] جهت شهرت و تغلب جانب عتق.

^۱ غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد، ج ۳ ص ۳۳۷.

^۲ وسائل الشیعة، ج ۲۳ ص ۴۰.

کتاب الاقرار

باب مسائل الاقرار من المجلد الاول

۱- سؤال: هر گاه کسی اقرار کند به هبة مال معینی به شخص معینی. آیا کافی است در تمامیت هبه؟ یا باید اقباض، ثابت شود؟

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

^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: 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؟

جواب: ضعیفه به اقرار اول، ماخوذ است به رقییت. 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»^۱ می باشند. به جهت آن که نظر به اقرار خود بر آمه بودن، مستحق عقر می شود. علی الاظهر. و بنابه 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 حره 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.^۲ و اظهر، اخیر است. نهایت این از مفروض مسئله، خارج است.

^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 بیّنه اقامه کنند بر مجرد این که رقیّ بوده است، با وجود ثبوت زوجیت، نفعی به ایشان ندارد. و اگر بیّنه اقامه کنند که بالفعل رقی است، در این صورت اگر زوجه معارضه بیّنه بکند بر عتق، پس بر مقتضای تعادل عمل باید کرد. و اگر تزویج ثابت نشود، همان اقرار [به] رقیّت^۱ کافی است به جهت موالی. مگر این که عتق را ثابت کند.

و اگر ضعیفه، اقرار به رقیّت سابقه هم نکند و مدعی مطلق حریت باشد، بیّنه رقیّت سابقه در این صورت هم نفعی ندارد تا اثبات فعلیت کند.

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: بعد از ثبوت اقرار، رجوع در هیچ حال، فائده ندارد.

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: 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

^۱ عبارت نسخه: همان اقرار زوجیت...

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: 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: 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

^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 مقررله چرا ثابت نشود. چون مقرر 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 مقرر بر نفس خود. و در صورتی که وارثی دیگر غیر مقررله 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

^۱ توضیح: در صورتی که پدر (مقرر) بمیرد، پسر (مقررله) 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 أقرَّ الرَّجُلُ بولدِ ثَم نَفاه لزمه»^۱. 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 کبر، اعتبار ندارد. و جواب از اقرار بر نفس^۲؛ 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 مقرر و مقرر له. بلی از برای این که مقرر میراث نبرد، خوب است. گو نظر به اقرار او، مقرر 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^۳. 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.

^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 مقر از بلوغ و عقل، و اختیار) این که دعوی فرزندی در حق آن طفل، ممکن باشد از برای مقرر، و شرع تکذیب او نکند. 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 نکند. 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 بیته 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 نصی کرده باشند. و لکن در مسائل میراث (در باب حکم میراث بردن دو نفر که با هم منسوب باشند و اعتراف داشته

^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 من است». پس در این ها نسب به محض اقرار ثابت نمی شود بل که باید مقرب، تصدیق او بکند. یا بیته بر آن اقامه کند. و ظاهراً خلافتی 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 کند. 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 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 بیته. 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

^۱ در نسخه: بصحیحه...

^۲ در نسخه: در دو قول است.

^۳ تذکره الفقهاء، ج ۱۵ ص ۴۵۳ مسئله ۹۹۶ ط جدید موسسه آل البيت(ع).

وارث هم که اقرار کند، ملحق می شود به او.

و به هر حال، در غیر اقرار به ولد صلب، هر گاه تصدیق مقربیه، حاصل شود، توارث بینهما حاصل می شود. و الاً، فلا. و خلافی ظاهراً در این نیافتیم خواه مقربیه، زنده باشد یا مرده. به غیر عبارت شهید ثانی در شرح لمعه که در میت گفته است که شرط نیست تصدیق مقربیه، 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 عجیبتر 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 بیینه، نسب ثابت نمی شود، هر چند مقربیه، 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 مقربیه، هر گاه جاهل به حقیقت حال باشد، به سبب اقرار مقرر^۲، میراث از او می برد. گو مقرر میراث از او نبرد چنان که در حق ولد ملاعنه (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

^۱ شرح لمعه، کتاب الاقرار، الفصل الثالث.

^۲ در نسخه: مقربیه.

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 بیّنه. 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، مؤید 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 بیّنه. چون اقرار است بر غیر. هر چند آن مقرر له، هم تصدیق بکنند. 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 ولدی 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 صحیحۃ حلبی از حضرت صادق علیه السلام که فرموده است «أیما رجل أقرّ بولد ثم انتفی منه فلیس له ذلک و لا

کرامه، يلحق به ولده اذا كان من امرأته أو وليدته»^۱. و از این جا اشکال در دلالت اخبار بر حکم اقرار به ولد صغیر 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 مقرر شود.

بلی: روایت ابی بصیر خالی از دلالت نیست بر حکم صغیر مجهول النسب؛ «قَالَ سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) عَنْ رَجُلٍ ادَّعَى وَلَدَ امْرَأَةٍ لَا يُعْرِفُ لَهُ أَبٌ ثُمَّ انْتَفَى مِنْ ذَلِكَ قَالَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ»^۲. و در حدیث هم هست که «إِذَا أَقَرَّ رَجُلٌ بَوْلَدٍ ثُمَّ نَفَاهُ لَزِمَهُ»^۳.

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 بکنند. 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 مقرر 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 شیعاع. و خلاف کرده اند در حصول «علم بشیعاع» یا اکتفا به «ظن متأخّم

^۱ وسائل الشیعة، ج ۲۶ ص ۲۷۱.

^۲ وسائل الشیعة، ج ۲۶ ص ۲۷۱.

^۳ وسائل الشیعة، 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 بیّنه. به جهت این که دعوی است با وجود منازعه. گو بالفعل نزاع نکنند. و حاکم ولیّ غایب است و منع می کند از میراث تا ثابت شود وراثت او.

۶- سؤال: هر گاه زید اقرار کند به انتقال بعض املاک او به ولد صغیر او به موجب هبه مستجمعه شرایط لزوم. و بعد ذلک، آن ملک مقربّه، 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 مقربّه مزبور، مال صغیر است و من غضباً 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: 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.

^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 رقیبت 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

^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.

نیبود که اقرار بر حریت او کرده باشد.^۱

پس همچنین: در ما نحن فیه، هر چند اقرار پدر به مقرّبیه 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 مبیعۀ 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 ولی که مال من است. به جهت آن که خلافتی ندارند در این که قول ولی و وکیل و نحوه‌ها، در آن چه در دست آن ها است ما دامی که مزاحمی نیاید، مسموع است.^۲

و ولی 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.

^۱ ولا یخفی: این تنظیم 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 (شفهاً 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 صیغهٔ 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 حالی» 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 حالی 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

^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.

^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 نویسی 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] «مقرّب» مال اوست و ملک عین و منافع از آن [او] است) از آن روزی که پدر اقرار کرد که من مال صغیر را غضباً 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 غضب 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 مدعی صغیر باشد بعد از کبر، و اثبات کند غضب را، به هر یک از پدر و مشتری، می تواند رجوع کرد.^۲

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 «مقرّب»، و سایر احکام.

^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 عمرو 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: مشهور این است که هر گاه اقرار کند مقرر، به لفظ مجمل مثل «له علی مال» او

«شیء» او «مال عظیم» او «جزیل» یا «کثیر»، در همه آن ها رجوع می شود به تفسیر مقرر، هر چند به «اقل ما یتمول» 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، «مقره» 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 بیقین» 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 غضب 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 علی مال کثیر» لازم است بر او هشتاد درهم بدهد. و همچنین در وصیت. نظر به حدیثی که

^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 «اقل ما یتمول» بوده است.

وارد شده است در نذر، که ابوبکر حضرمی روایت کرده است: «قَالَ كُنْتُ عِنْدَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ فَسَأَلَهُ رَجُلٌ عَنْ رَجُلٍ مَرَضَ فَنَذَرَ لِلَّهِ شُكْرًا إِنْ عَافَاهُ اللَّهُ أَنْ يَصَدَّقَ 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 خلافاً هم در آن نقل نکرده اند) و لکن بناءً شیخ بر آن است که این بنائی است شرعی از برای این لفظ؛ مثل تفسیر «جزء» [به] عُشْر، یا سَج. 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 قِتَّةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ قِتَّةً 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

^۱ تهذیب الأحکام، ج ۸ ص ۳۱۷.

^۲ سوره البقرة، الاية ۲۴.

^۳ سوره الأنفال، الاية 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 یتموّل می شود.

و بدان که: بنابر 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 «ثياب کثیر»، از حیث^۱ این که مقتضی 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(ع) باشد، نه رایج زمان نذر و اقرار، و امثال آن.

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

^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: 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 هرگاه 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.

لذا 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 حیثی دیگر اقرار بر نفس خود هم باشد. والله العالم باحکامه.

باب الاقرار

مسائل الاقرار من المجلد الثالث

۹- سؤال: شخصی در نزد جماعتی از ثقات، اقرار کرده که فلان کس قرابت به من دارد

^۱ در نسخه: با میت.

^۲ در نسخه: یکی.

و رحم من است، از باب صلۀ 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 بیّنه، چه باید کرد؟

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، افادۀ انتساب از طرفین نمی کند الاّ به تصدیق مقربّه، پس اگر آن شخص تصدیقی نکرده، نسب ثابت نمی شود از طرفین. و لکن ظاهر این است که مقرر بر اقرار خود ماخوذ باشد. پس مقرّله^۱، از مقرر 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 بیّنه اثبات کند وراثت خود را و به مقتضای آن عمل می شود.

^۱ در نسخه: مقربّه.

^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: اقرار المريض مع انتفاء التهمة، هل يكون من الثلث ام من الاصل؟-

و يشترط فيه العدالة ام لا؟-

الجواب: الاظهر ان اقرار المريض يعتبر من الاصل، الا مع التهمة (ای ظن ارادته الاجحاف بالورثة)، و لا يعتبر من الثلث حينئذ. و الاظهر عدم اشتراط العدالة. بل يكفي عدم الاتهام. و قد حققنا المقام في الرسالة.

۱۱- سؤال: زيد 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 زوجتین کرده و زوجتین 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: 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 ثابت شرعاً، اگر چیزی بماند به وارث می دهند.

و اما هر گاه اصل صداق زوجه ها مقدار آن ثابت نیست، پس اول زوجه ها مرافعه می کنند و اصل صداق و مقدار آن را مشخص می کنند (هر چند به این نحو باشد که مهر المثل قرار گیرد) آن وقت ملاحظه می شود که این که گفته است که فلان زوجه صد تومان از من طلب دارد از باب حق صداق، این اقراری است که زوج کرده از برای زوجه. پس آن چه زاید بر مقداری است که قرار گرفته در تعیین صداق 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 مقرر 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 در قدر زاید بر ثلث.

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 الا وصی من باش و خانه مزبوره را به معرض بیع در آورده، ثمن آن را به مصارف صوم و صلاة و سایر میرات^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.

^۱ در نسخه: میراث.

و وصی و ناظر و ورثه زید متلقی می باشند که خانه مزبوره عین مال وارث است و آن 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 متظاهرة متکاتره 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؟^۱

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 مباحثه فاسده مشروطه به شرط های فاسد، پوشیده و طرح سؤال را در اقرار، انداخته.^۲ 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.

^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 ورثهٔ زوج هر گاه ادعای مواطاه کنند و بگویند اقرار بر حقیقت خود باقی نبوده و شما که ورثهٔ زوج هستید علم دارید که اصل اقرار بر سیل 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 ر[۱] هم واگذارند یا قسم بخورند که علم به مواطاه نداریم.

یا آن که ورثهٔ زوج چون متمسک اند به اقرار که: دو دانگ را از حیثیت 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 د[۱]نگ 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 مقرر 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 مقرر له، حق ثابتی نداشته و مقرر 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

^۱ در نسخه: هر.

^۲ در نسخه: و ثلث مقربه.

^۳ عبارت نسخه: ثالثاً هر چند اقرار افاده...

ثالث 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 مقررگه 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 زوج را کنند بر مواطاه) قسم نفی العلم متوجه آن ها می شود. و بعد قسم، مجموع شش دانگ را مالک

^۱ در نسخه: مبتدانه.

^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.