

جواهر الكلام

في شرح شائع الاستبصار

تأليف

شيخ الفقهاء إمام المحققين الشيخ محمد بن أبي بكر

من منشورات

المكتب الإسلامي

طهران : شارع اليامناز شارع الحاجها

تلفظ ٣٩٥٢.٥

Princeton University Library



32101 047144686

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

*This book is due on the latest date
stamped below. Please return or renew
by this date.*

--	--

M. al-Najafi

جواهر الكلام

في شرح شرايع الاسلام

تأليف

شيخ الفقهاء و امام المحققين الشيخ محمد حسين النجفي

المجلد ٦٦ من المجمعة

تصحیح و تحقیق و تعلیق

محمد القوجاني

عنى بتصحيحه : العالم الفاضل السيد ابراهيم الميانجي
قوبل بنسخة الاصل المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه ، وطبع

بنفقة

الجزء
الثالث والثلاثون
٣٣

المكتبة الاسلامية

الطبعة السادسة

طهران شارع البوذرجمي

جميع حقوق الطبع محفوظة للناشر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْخُلَعِ وَالْمُبَارَاةِ *

بضم الخاء من الخلع بفتحها الذي هو بمعنى النزع لغة ، و شرعاً إزالة قيد النكاح بفدية من الزوجة وكراهة منها له خاصة دون العكس ، و كأنه لأن كلاً منهما لباس الآخر كما قال سبحانه (١) : « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » فخلعه إياها نزع منه لها ، والمخالعة بينهما تكون بذلك منه وبفدائها نفسها وكراهتها له . هذا وفي كشف اللثام « ومختلعة » بمنزلة « طالق » لا « مطلقة » و كأنه أشار بذلك إلى دفع ما يقال من المنافاة بين ذلك وبين ما تقدم من عدم جواز الطلاق بقول : « أنت مطلقة » و وجه الدفع إما بقراءتها بكسر اللام حتى تكون بمنزلة « أنت طالق » أو أن المراد أنها بهذا المعنى وإن كانت بفتح اللام ، كما عساه ظاهر الكفاية ، والأولى اختيار صيغة الماضي .

وكيف كان فالمباراة بالهمز وتقلب ألفا لغة المفارقة ، يقال : بارأ الرجل شريكه إذا فارقه ، و شرعاً إزالة قيد النكاح بفدية منها مع كراهة من الجانبين . وكيف كان فشرعية الخلع ثابتة كتاباً وسنة وإجماعاً من المسلمين قال الله

تعالى (١) : « فان خفتم ألاّ يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ، وأما السنة من طريق الخاصة فمتواترة (٢) وتستسمع طرفاً منها في أثناء المباحث ، بل لعلها من طرق العامة أيضاً كذلك ، منها ما روى عن ابن عباس (٣) « أنها جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ وهي بنت عبد الله بن أبي ، وكان يحبها وبغضه ، فقالت : يا رسول الله ﷺ لا أنا ولا ثابت ، ولا يجمع رأسي ورأسه شيء ، والله ما أعيب عليه في دين ولا خلق ، ولكن أكره الكفر بعد الاسلام ما أصفه بغضاً ، إنني رفعت جانب الخباء فرأيتُه أقبل في عدة فاذا هو أشدّهم سواداً وأخصرهم قامّة وأقبحهم وجهاً ، فنزلت الآية ، وكان قد أصدقها حديقة ، فقال ثابت : يا رسول الله ترد الحديقة ، فقال رسول الله ﷺ : ما تقولين ؟ فقالت : نعم وأزيد ، فقال : لا حديقتك فقط ، فاختلفت منه » وربما يستفاد من هذا وغيره عدم المرجوحية الشرعية فيه .

بل ربما حكى عن الشيخ وأبي الصلاح و ابن البراج وابن زهرة وجوب الخلع عند تحقق موضوعه ، قال الشيخ في النهاية : « إنما يجب الخلع إذا قالت المرأة لزوجها : إني لا أطيع لك أمراً ، ولا أقيم لك حداً ، ولا أغتسل لك من جنابة ، ولا وطن فراشك من تكرهه إن لم تطلقني ، فمتى سمع منها هذا القول وعلم من حالها عصيانها في شيء من ذلك وإن لم تنطق به وجب عليه خلعها » واحتج له بأن النهي عن المثكر واجب ، وإنما يتم بهذا الخلع ، فيجب ، وأجيب بمنع المقدمة الثانية .
و ربما حمل كلام الشيخ على شدة الاستحباب ، بل في الحدائق حمل الوجوب

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

(٢) الوسائل الباب - ١ وغيره - من كتاب الخلع والمباراة .

(٣) كنز العمال ج ٣ ص ٢٢٤ مع الاختلاف في اللفظ وذكره الرازي في تفسيره

ذيل الآية ٢٢٩ من سورة البقرة - ج ٢ ص ٣٧٥ - ط عام ١٣٠٧ مرسلا مع الاختلاف في

صدر الحديث وكذلك الطبري في تفسيره عن ابن عباس ج ٢ ص ٤٦١ ط عام ١٣٧٣ وفيه

« أخت عبد الله بن أبي » مع الاختلاف في ذيل الحديث أيضاً .

في كلامه على الثبوت ، بمعنى أنه لا يشرع ولا يثبت إلا بعد هذه الأقوال ، نحو ما تضمنته النصوص (١) من أنه « لا يحل له خلعها حتى تقول ذلك » وليس في شيء منها أمر بذلك . وعلى كل حال فلا ريب في ضعفه ومناقضته أصول المذهب وقواعده .

﴿ وكيف كان في النظر في الصيغة والفدية والشرائط والأحكام ، أما الصيغة في اللفظ الصريح فيه ﴾ أن يقول : خلعنك على كذا ، أو فلاته مختلفة على كذا ﴿ بلا خلاف أجده في المقام وإن توقفوا في الجملة الاسمية في العقود ، بل قد عرفت الخلاف في « أنت مطلقة » في الطلاق ، وإن كان التحقيق عندنا ما سمعته غير مرة من عدم الاقتصاد على لفظ مخصوص مادة أو كيفية ، بل يكفي كل ما دل على إنشاء الخلع من لفظ صريح في نفسه أو بالقرينة ، كما أشبعنا الكلام فيه في مقامات متعددة ، ولعل وفاقهم على الجملة الاسمية هنا مما يؤيده ، إن لا دليل بالخصوص عليها في المقام الذي هو كغيره بالنسبة إلى ذلك ، بل وما سمعته من جميل من الاكتفاء بقول : « نعم » بعد سؤال الرجل ذلك ، بل وغير ذلك مما سمعته في محله ، فلا فائدة في التكرار ، وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه ، فيقتصر على خصوص ما ذكره الأصحاب من الصيغ الخاصة في كل باب .

﴿ وعلى كل حال في هل يقع ﴾ الافتراق ﴾ بمجرد ﴾ من دون اتباع بطلاق ؟ ﴾ المروي ﴾ مستفيضاً صحيحاً وغيره ﴾ نعم ﴾ قال الباقر عليه السلام في خبر زرارة (٢) : « لا يكون الخلع حتى تقول : لا أطيع لك أمراً ، ولا أبر لك قسماً ، ولا أقيم لك حداً ، فنخذ مني وطلقني ، فإذا قالت ذلك فقد حل له أن يخلعها بما تراضيا به من قليل أو كثير ، ولا يكون ذلك إلا عند سلطان ، فإذا فعلت ذلك فهي أملك بنفسها من غير أن يسمى طلاقاً » .

(١) الوسائل الباب ١- من كتاب الخلع والمباراة .

(٢) ذكر صدره في الوسائل في الباب ٤- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٥

و ذيله في الباب ٣- منه الحديث ١٠ .

وقال الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي (١): «عدة المختلعة عدة المطلقة، وخلعها طلاقها، وهي تجزئ من غير أن يسمى طلاقاً».

وفي صحيح سليمان بن خالد (٢) «قلت له: أرأيت إن هو طلقها بعد ما خلعها أيجوز؟ قال: ولم يطلقها وقد كفاه الخلع؟ ولو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقها».

وفي صحيح ابن بزيع (٣) «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارى زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك أو هي امرأته مالم يتبعها بالطلاق؟ فقال: تبين منه وإن شئت أن يرد إليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعلت، فقلت: إنه قدروى أنه لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق، قال: ليس ذلك إذا خلعا، فقلت: تبين منه؟ قال: نعم».

وصحيحه الآخر (٤) عنه عليه السلام «سألته عن المرأة تبارى زوجها أو تختلع منه بشاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه؟ فقال: إذا كان ذلك على ما ذكرت فنعم، قال: قلت: قدروى لنا أنها لا تبين منه حتى يتبعها بالطلاق، قال: فليس ذلك إذا خلعا، فقلت: تبين منه؟ قال: نعم».

وقال الصادق عليه السلام (٥): «المختلعة التي تقول لزوجها: اخلعني وأنا أعطيك ما أخذت منك، فقال: لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول: والله لا أبرك قسماً، ولا أطيع لك أمراً، ولا أذن في بيتك بغير إذنك، ولا وطن فراشك غيرك، فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حل له ما أخذ منها، وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها، وكانت بائناً بذلك، وكان خاطباً من الخطاب، إلى غير ذلك من النصوص

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ٣- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٤ - ٨ - ٩ .

(٤) أشار إليه في الوسائل الباب ٣- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٩

و ذكره في الكافي ج ٦ ص ١٤٣ .

(٥) ذكر صدره في الوسائل في الباب ١- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٤

و ذيله في الباب ٣- منه الحديث ٣ .

بالخصوص .

مضافاً إلى ما دل (١) على حصول البينونة بالخلع الصادق على المجرّد عن الطلاق قطعاً ، إذ القائل باتباع الطلاق لا يجعله داخلاً في مفهومه ، وإنّما هو من شرائط البينونة أو جزء سببها الذي هو الخلع المتبع بالطلاق .

بل ربما استظهر من صحيح ابن بزيغ - بناءً على نسخة النص ، بل ونسخة الرفع مع إضمار ضمير الشأن اسماً وليس - اعتبار عدم اتباع الطلاق في مفهومه ، ومن هنا يكون جعل قراءة « خلع » فعلاً و جعل « إذا » شرطاً أولى ، على معنى أن ذلك ليس شرطاً إذا خلع ، بخلاف ما إذا بارأ و إن كان قد يناقش بأن كون المراد اعتبار اتباع الطلاق في الخلع ينافي كون ذلك خلعاً ، لما ستعرف من أن الخلع طلاق ، لأن المراد خروجها عن الخلع باتباع الطلاق ، بل أقصاه كون الطلاق حينئذ لغواً .

و ربما كان ذلك تعريضاً بمن عمل بالرواية المزبورة من العامة ، بل لعل قوله عليه السلام : « لو كان الأمر إلينا ، إلى آخره إشارة إلى ذلك ، أو إلى عدم مشروعية طلاق المختلعة من دون الرجوع بالفدية و الرجوع بالطلاق منه .

و على كل حال فلا محيص عن العمل بالنصوص المزبورة بعد ما عرفت ، خصوصاً بعد انجبارها بالشهرة العظيمة ، بل يظهر من المحكي عن المرتضى الاجماع عليه .

✽ وقال الشيخ : لا يقع حتّى يتبع بالطلاق ✽ و تبعه ابنا زهرة و إدريس مدعياً أو لهما الاجماع عليه ، بل قال الشيخ : هو مذهب جعفر بن سماعة والحسن بن سماعة و عليّ بن رباط وابن حذيفة من المتقدمين ، و مذهب عليّ بن الحسن من المتأخرين ، وأما الباقر بن من فقهاء أصحابنا المتقدمين فليست أعرف لهم فتياً في العمل به .

وعلى كل حال فلا دليل إلا الأصل المقطوع، والاجماع الممنوع، والاحتياط الذي لا نجب مراعاته، وخبر موسى بن بكر (١) عن الكاظم عليه السلام قال: «قال علي عليه السلام: المختلعة يتبعها الطلاق مادامت في العدة»، الضعيف سنداً القاصر دلالة، ضرورة احتمال كون المراد منه جواز أن تطلق مرة أخرى مادامت في العدة، وذلك بأن ترجع في البذل فيراجعها الزوج ثم يطلقها، بل لعله أولى من دعوى إرادة اتباع الخلع الطلاق مادامت في العدة الذي لا يقول به الخصم، إذ هو يعتبر اتباع صيغته بصيغته، لا أنه يطلقها في العدة.

و أعجب من ذلك حمل تلك النصوص الكثيرة على التقية لمكان معارضة الخبر المزبور، مستدلين على ذلك بقول الصادق عليه السلام لزراعة (٢): «ما سمعت مني يشبه قول الناس فيه التقية، وما سمعت مني لا يشبه قول الناس فلا تقية فيه»، إذ لا يخفى عليك أن ذلك مع معارضتها بما لا يشبه قول الناس، وليس إلا الخبر المزبور الذي قد عرفت حاله.

وأغرب من ذلك استدلال ابن سماعه وغيره بأنه «قد تقرر عدم وقوع الطلاق بشرط، والخلع من شرطه أن يقول الرجل إن رجعت فيما بذلت فأنا أملك بوضعك فينبغي أن لا تقع به فرقة»، إذ هو كما ترى ممنوع أصلاً وتقريراً، بل ذلك من أحكامه لا من شرائطه، وعلى تقديره فليس هو شرطاً في الخلع على وجه ينافي تنجيزه، وإنما هو اشتراط أمر آخر كما تسمعه في المباراة بناءً على اشتراط قول ذلك فيها.

و من ذلك يعلم ضعف فقاها ابن سماعه وأن جميلاً كان أفقه منه، فإنه قد روى جعفر (٣) أخوه «أن جميلاً شهد بعض أصحابنا وقد أراد أن يخلع ابنته من بعض أصحابنا، فقال جميل للرجل: ما تقول؟ رضيت بهذا الذي أخذت

(١) الوسائل الباب ٣- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ١.

(٢) الوسائل الباب ٣- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٧ عن عبيد بن زرارة.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤١.

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

﴿ و ﴾ كيف كان ففي المسالك و كشف اللثام ﴿ لا يقع ﴾ عندنا ﴿ بفاديتك مجرداً عن لفظ الطلاق ، ولا فاسختك ولا أبنتك ﴾ (بتك خ ل) ﴿ ونحوها لا أنها كنيات فلا يقع بها كالطلاق ، لأصالة بقاء الزوجية ، خلافاً للعامة فأوقعوه بجميع ذلك ، وجعلوها كنيات تتوقف على النية ، وبعضهم جعل اللفظين الأولين صريحين فيه ، لورود الأولى في قوله تعالى (١) : « فلا جناح عليهما فيما اقتدت به » ، ولأن الثانية أشد دلالة على حقيقته من لفظ الخلع بناءً على أنه فسخ ، وعلى تقدير كونه طلاقاً فهو كناية قطعاً .

ويضعف الأول بأن مجرد وروده في القرآن أعم من كونه صريحاً ، ولأنه لم يتكرر ولا شاع في لسان أهل الشرع ، فلا يلحق بالصريح ، ومثله ورود الامساك في الرجعة (٢) والتسريح في الطلاق (٣) وفك الرقبة في العتق (٤) فإنها إطلاقات خفية لا تظهر في تلك المعاني إلا بانضمام القرائن .

قلت : كأن هذا الكلام مناف لما ذكره في غير مقام من كتابه - حتى في المقام - من عدم اعتبار ألفاظ خاصة ، وعدم كونها بلفظ الماضي ، وقياس المقام على الطلاق الوارد فيه (٥) لفظ الحصر المراد منه التعريض بما عند العامة من الكنيات وغيره مع حرمة عندنا مع الفارق كما عرفت ، وانضمام القرائن مع إفادة أصل المعنى الذي هو إنشاء معنى الخلع غير قادح ، كما هو واضح لمن أحاط خبراً بما قدمنا هنا وهناك ، اللهم إلا أن يكون إجماعاً هنا بالخصوص .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ يقع ﴿ بالتقابل ﴾ الذي قد عرفت عدم مشروعيته في عقد النكاح الذي قام الطلاق والخلع مقامه فيه ، نعم لو قال الزوج بعد بذل

(١ و ٢ و ٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

(٤) سورة البلد : ٩٠ - الآية ١٣ .

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

المرأة: «أقلتك على ما بذلت» مريداً به معنى الخلع ولو مجازاً بقرينة إن صح فيه البحث السابق.

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿بتقدير الاجتزاء بلفظ الخلع هل يكون فسخاً أو طلاقاً؟ قال المرتضى﴾ وتبعه المشهور: ﴿هو طلاق﴾ بل ظاهر ناصريات المرتضى أو صريحه الاجماع عليه بعد أن حكى عن بعض المخالفين أنه فسخ ﴿و﴾ مع ذلك ﴿هو المردى﴾ في المعتبرة المستفيضة (١) التي مرّ عليك شطر منها، وفي بعضها «خلعها طلاقها» (٢) وفي آخر «وكانت عنده على تطليقتين» (٣) وفي الثالث «وكان تطليقة بغير طلاق يتبعها» (٤) وفي رابع «الخلع والمباراة تطليقة بائن وهو خاطب من الخطاب» (٥) إلى غير ذلك.

﴿وقال الشيخ: الأولى أن يقال فسخ﴾ لأنه ليس بلفظ الطلاق، وهو لا يقع عندنا بالكناية، ولأنه لو كان طلاقاً لكان رابعاً في قوله تعالى (٦) «فلا جناح عليهما» لأن قبله «الطلاق مرتان» إلى آخرها، وبعده «فان طلقها فلا تحل له» إلى آخرها، فذكر تطليقتين والخلع تطليقة بعدها، ولأنها خلت من صريح الطلاق ونيته فكان فسخاً كسائر الفسوخ ﴿وهو﴾ من الشيخ ره ﴿تخريج﴾ على القول بوقوعه مجرداً، لما عرفت من أن مذهبه الاتباع بالطلاق، ورده غير واحد بالنصوص المزبورة (٧).

وعلى كل حال ﴿ف﴾ قد فرعوا على ذلك أن ﴿من قال هو فسخ لم يعتد

(١) الوسائل الباب - ٥٥٣ و ١٠ - من كتاب الخلع والمباراة.

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ١.

(٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٢ - ٣.

(٥) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٢.

(٦) سورة البقرة: ٢ - الآية ٢٢٩.

(٧) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع والمباراة.

به في عدد الطلقات ﴿ بخلاف القائل بكونه طلاقاً .

قلت : كأن هذا البحث ساقط عندنا ، لتظافر نصوصنا (١) بكونه طلاقاً ، بل الفتاوى أيضاً كذلك ، بل لو قلنا : إنه فسخ أمكن دعوى إجراء حكم الطلاق عليه للنصوص المزبورة بالنسبة إلى ذلك وغيره ، ومن هنالم نعرف القائل بذلك من أصحابنا ، نعم مع قطع النظر عن النصوص المزبورة يتجه ما ذكره الشيخ ، لأنه سبب آخر من أسباب الفراق ، خصوصاً بعد أن أفردوا له كتاباً غير كتاب الطلاق الذي قد عرفت أنه الفراق بقول : « أنت طالق » ، ومن هنا يظهر لك الحال على التقديرين بحيث يسقط القول الآخر .

كما أن ما في المسالك - من أن « هذا الخلاف متفرع على الخلاف السابق فإنا إن اعتبرنا اتباعه بالطلاق فالمعتبر في رفع النكاح هو الطلاق ، وإضافة الخلع إليه قليلة الفائدة ، لأن تملك المال يحصل بالطلاق في مقابلة العوض ، بل بليته مع سؤال المرأة » - لا يغلو من إجمال ، ضرورة إمكان دعوى القائل أن الخلع هو المملك لكن بشرط الطلاق ، كما أنه يمكن جعل المجموع سبباً ، بل يمكن القول بتوقف الفراق خاصة على الطلاق الذي لا يصلح للتملك المحتاج إلى إنشاء من الطرفين ، ولعل هذا الاحتمال كافٍ في فساد هذا القول .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يقع الطلاق مع الفدية بائناً وإن انفرد عن لفظ الخلع ﴾ وذلك لأن المحصل من النص (٢) والفتوى بل وآية الفدية (٣) التي هي في البذل للطلاق كون الخلع نوعاً خاصاً من الطلاق الذي لا ينافيه التعريف المزبور المحمول على إرادة الطلاق المقابل للخلع والمباراة ، لا المعنى الأعم الشامل لهما وإن اختص بلفظ « خلعت » عن باقي أفراد الطلاق ، إلا أنه لا ينافي وقوعه بصيغة الطلاق بعد أن كان فرداً ، إذ هو حينئذ كالسلف في البيع في كونه فرداً خصوصاً منه ، حتى إذا

(١) الوسائل الباب - ٣ و ١٠ - من كتاب الخلع والمباراة .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع و المباراة الحديث ٢ .

(٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

قلنا بعدم جواز عقد البيع غير السلم بلفظ « أسلمت » و « أسلفت » يجوز عقده بصيغة البيع ، بل الظاهر عدم احتياجه إلى قصد السلمية بعد أن يكون الموضوع موضوعاً ، لعدم كونه ماهية أخرى حتى يحتاج إلى قصد ، بل يكفي في كونه سلماً قصد البيعية وكون الموضوع موضوع السلم قصد أولم يقصده ، بخلاف الماهيات المختلفة ، فإنه مع اتحاد المورد فيها لابد في ترتيب كل واحد منها بالخصوص من قصد الخصوصية ، ولا يكفي قصد المعنى المشترك بينهما .

ففي المقام إذا أوقع الطلاق بالفدية مع الكراهة كان خلعاً قصد أولم يقصده بعد أن عرفت أنه قسم خاص منه ، فيكفي في تحققه حينئذ قصد الطلاق فيما هو موضوع الخلع وإن لم يقصد الخلع ، كما يكفي في كون البيع سلماً قصد البيع فيما هو موضوع السلم وإن لم يقصد السلمية ، ومن هنا كانت جميع شرائط الطلاق شرائط الخلع ولا عكس ، كالسلم بالنسبة إلى البيع .

كما أنه بذلك يظهر أنه لا وجه لدعوى أعمية الطلاق بالعموم من الخلع فيشترط الكراهة في الثاني دون الأول ، كما وقع من ثاني الشهيدين في المقام وغيره ، ضرورة عدم الدليل ، بل ظاهر الأدلة خلافها ، منها المعتبرة المستفيضة الدالة على عدم حلية أخذ شيء من المرأة مع عدم الكراهة (١) وإطلاق أدلة الطلاق لا يقتضي مشروعيته مع العوض وإن لم تكن كراهة ، خصوصاً بعدم قابلية الطلاق للتملك المنافي لأصالة بقاء المال على ملك مالكه ، ولذا لم يقبل شرطية تملك شيء من الأشياء ، لا من طرف المطلق ولا المطلقة ، وهو واضح ، وسيأتي لك زيادة تحقيق لذلك ، وإن كان ممّا ذكرنا يظهر لك النظر في كلام جملة من الأساطين فضلاً عن غيرهم ، وحينئذ فيمكن إرادة المصنّف ما ذكرنا .

بل لعله أيضاً هو مراد غيره ممّن صحّح وقوع الخلع بصيغة الطلاق ، بل في كشف اللثام عن المبسوط نفى الخلاف فيه ، لا أن المراد وقوعه بصيغة الطلاق مقصوداً

بها الخلع على معنى أنها صيغة أخرى له ، ضرورة أن ذلك يتم لو جعلنا ماهيته غير ماهية الطلاق ، والفرض أنه منه نصاً (١) وفتوى ، حتى عدّوه في أقسام الطلاق البائن سابقاً . وبذلك يظهر لك ما في قول المصنف .

﴿ فروع : ﴾

﴿ الأول : ﴾

﴿ لو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها مجرداً عن لفظ الطلاق لم يقع على القولين ﴾ أي القول بأن الخلع فسخ ، والقول بأنه طلاق ، أما الأول فواضح ، ضرورة أنه غير ما طلبته ، وأما الثاني ففي المسالك « لأنه وإن جعلناه طلاقاً لكنه طلاق مختلف فيه ، وما طلبته لا خلاف فيه ، فظهر أنه خلاف مطلوبها على القولين » . وفيه أن الخلاف فيه لا ينافي كونه مصداقاً لما طلبته بعد تنقيح الحال فيه ، وهو ثمرة النزاع ، كالنذر واليمين وغيرهما ، وليس معنى « طلقني بعوض » أي اخلعني بصيغة « أنت طالق بكذا » بل المراد حصول الطلاق بالعوض الذي لا فرد له إلا الخلع على الأصح ، فهو عين ما طلبته ، اللهم إلا أن يدعى انسياق الصيغة المخصوصة لكنها واضحة المنع ، فإن أحداً لا يتخيل من قول : « بع لي هذا الكتاب » مثلاً إرادة نقله بيماء بصيغة « بع » بحيث لو باعه بغيرها كان غير موكل فيه ، والفرض أنه بيع كما هو واضح بأدنى التفات ، وهذا أحد المقامات التي أشرنا سابقاً إلى عدم تنقيح الحال فيها عندهم ، وإلا فلا إشكال في حصول ما سأله بالخلع بناءً على أنه طلاق بعوض .

﴿ ولو طلبت خلعاً بعوض فطلق به لم يلزم البذل على القول بوقوع الخلع بمجرّده فسخاً ﴾ لأنه حينئذ مبائن للطلاق ﴿ ويلزم على القول بأنه طلاق أو أنه

يفتقر إلى الطلاق * وذلك لكون الطلاق الذي وقع مع فرض حصول موضوع الخلع خلعاً منطبقاً على سؤالها أو مع زيادة ، ولا يخفى عليك أن ذلك بعينه جارٍ في الأول بعدما ذكرنا .

* الثاني *

* لو ابتداءً فقال * للكارهة : * أنت طالق بألف أو عليك ألف * لم يصح خلعاً مع عدم قبولها نعم * صح الطلاق رجعياً * في قول ستعرف تحقيقه * ولم يلزمها الألف ولو تبرعت بعد ذلك بضمائها * - أي الالتزام بها - لم ينفع في صحته خلعاً * لأنه * كـ * ضمان ما لم يجب * في عدم الالتزام به ، لتظافر النص (١) والفتوى بأن موضوع الخلع تقديم فدائها ، وألحق به مقارنته للطلاق بالعوض ، وعلى كل حال فالالتزام به بعد ذلك خارج عن موضوع الخلع وإلاً لبقى موقوفاً إلى زمن رضاها أو ردّها ، وهو معلوم البطلان ، لأن الفضولية لا تجري فيه .

* و * حينئذ * لو دفعتهما إليه * بعد مضي زمان القبول إن صح * كانت هبة مستأنفة * وإلاً كان دفعاً فاسداً ، ووجب ردّ المال إليها إذا كانت قد دفعتهما فدية * ولا نصير المطلقة بدفعها بائنة * حينئذ ، لخروجها عن كونها فدية بها يصير الطلاق بائناً .

وبالجملة ظاهر الأصحاب أنه يعتبر في صيغة الخلع وقوعها على جهة المعاوضة بينه وبين الزوجة ، ويتحقق ذلك بأحد أمرين : تقدم سؤالها ذلك على وجه الإنشاء له ، بأن تقول مثلاً : « بذلت لك كذا على أن تخلعني » مثلاً فيقول : « خلعتك على ذلك » مثلاً أو « أنت طالق بذلك » أو مجرداً ناوياً العوض ، والثاني ابتداءً به مصرحاً بذكر العوض ، فتقبل المرأة بعده بلا فصل ينا في المعاوضة ، وبدون ذلك يقع

(١) الوسائل الباب - ٣١ - من كتاب الخلع والمباراة والباب - ٧ - منه الحديث ٤ .

الخلع باطلاً ، بل لأجد فيه خلافاً بينهم .

نعم أظن في الحدائق مدعياً عدم ظهور النصوص في اعتبار الترتيب المزبور الذي هو كترتيب المعاوضة ، بل يكفي تقديم فداؤها ثم إطلاقها عليه مع فرض استمرار عزمها على البذل ، والذي غره إجمال النصوص في ترتيب سائر المعاوضات ، لكن من المعلوم أن الأصل عدم الصحة ، ولاريب في الشك في حصول الخلع بالفرض الذي ذكره ، ولا إطلاق معتد به صالحاً للخروج به عن الشك المزبور ، خصوصاً بعد ظهور اتفاق الأصحاب عليه وإطلاق لفظ الشراء والصلح على الحال المزبور في النصوص ، فعن أمير المؤمنين (عليه السلام) (١) : « لكل مطلقة متعة إلا المختلعة ، فانها اشترت نفسها » وخبر البقباق (٢) عن الصادق (عليه السلام) « المختلعة إن رجعت في شيء من الصلح يقول : لأرجعن » في بضعك ، بل وظهور النصوص (٣) في اعتبار إنشاء التراضي بينهما بذلك ، ولاريب في أنه متى اعتبر الإثراء من الطرفين كان لهما حكم سائر المعاوضة ، فالفداء في المقام إما معاوضة مستقلة أو قسم من أقسام الصلح ، فلا بد من الترتيب بينهما على الوجه المزبور .

بل الأولى اعتبار الألفاظ الدالة على ذلك بينهما ، وإن كان يقوى الاكتفاء بالفعل منها بقصد الانشاء ، كما لو دفعت فادية فخلعها على ذلك ، وإن كان الأحوط خلافه ، كما أنه يكتفى منه بإيقاع ما أنشأت الفداء له من الخلع أو الطلاق وإن لم يذكر الفداء لفظاً ، نعم ستعرف أن التحقيق عدم كون المقام من المعاوضات الحقيقية وإن ثبت له بعض أحكامها لاجتماع إن تم أو غيره .

هذا وظاهر المصنف عدم الفرق بين الصيغتين في الصحة مع حصول القبول منها الجاري على نحو المعاوضة والبطلان مع عدمه ، ولعله لظهور إرادة إنشاء العوضيّة فيهما عرفاً ، فلم يكن مانع من الصحة إلا تخلف ترتيب المعاوضة وفوريتهما .

(١) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٣ .

(٣) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الخلع والمباراة والباب - ٧ - منه الحديث ٤ .

لكن أظن في المسالك وادعى الفرق بينهما بأن الثانية صيغة إخبار لاصيغة التزام مع عدم سبق البذل من المرأة « بل هي جملة معطوفة على الطلاق ، فلا يتأثر بها ، وتلغو في نفسها ، كما لو قال : « أنت طالق عليك حج » ، حتى لو قبلت ، لأن قبولها حينئذ رضا بما فعل ، والفرض عدم وقوع ما يقتضي المعاوضة منه بخلاف ما لو قالت : « طلقني ولك علي ألف » أو « وعلي ألف » فأجابها بذلك ، لوقوع الالتزام منها ، وهو الذي يتعلق بها ، والزواج ينفرد بالطلاق ، فإذا لم يأت بصيغة المعاوضة حمل كلامه على ما ينفرد به ، وكفاه نيته حتى لو أطلق وقال : « أنت طالق » عقيب سؤالها بالعوض كفي ذلك ولزمها المال ، لتحقيق المعاوضة ، ووقوعها من جانب من وظيفته الالتزام بها ووقوع التزامه به - إلى أن قال - : وبذلك ظهر الفرق بين الصيغتين اللتين أتى بهما المصنف ، وجعلهما غير ملزمتين للمال ، فإن عدم لزومه في الأولى مشروط بعدم لحوق القبول منها ، إذ الفرض كونها غير ملتزمة منه ذلك بخلاف الثانية ، فإنها لا توجب التزام المال ، سواء قبلت أم لا ، لعدم دلالتها على المعاوضة وضعا وإن قصد ، إذ لا بد من التعبير باللفظ الدال على المعنى المطلوب كغيره من المعاوضات - ثم أظن بما يؤكد ذلك إلى أن قال - : ويتفرع على ذلك ما لو قال الرجل بعد قبولها : « قصدت في الثانية العوضية ، وأردت بقولي : ولي عليك ألف ما يعينته القائل بقوله : « طلقتك على ألف » ، فانه لا يصدق ، لأن ذلك خلاف مدلول اللفظ ، فلا يكفي قصده في لزوم العوض ، ولو وافقته المرأة فوجهان : من أن اللفظ لا يصلح للالتزام ، فلا يؤثر مصادقتها على قصده ، ومن أن الحق عليها ، ومن الجائز أن يربدلي عليك ألف عوضاً عنه ونحو ذلك ، والأجود الأول » ، إلى آخر ما ذكره .

وقد اشتمل على غرائب وإن حكى عن الشيخ رحمه الله الموافقة على بعض ذلك ، منها دعوى ظهور الصيغة في الإخبار ، ومنها عدم الاعتبار بها حتى مع قصده إنشائية العوضية بها ، بل جعل الأجود ذلك وإن وافقته المرأة ، مع أنه يكتفى في العقود بأي لفظ ولو مجازاً ، بل اكتفى في المقام بالنية كما سمعت على تقدير الموافقة ، والفرض أن الحق منحصر فيهما ، كما أن خطاب المعاوضة كذلك لا ينفي احتمال

عدم الاجتزاء بذلك .

وبالجملة فما أدرى ما الذى دعاه إلى هذا الاطناب مع خروجه عن السداد والصواب ؟ ! خصوصاً على مذهبه في غير المقام فضلاً عنه الظاهر من النصوص (١) توسعة الأمر فيه .

ولو قال : « أنت طالق على أن عليك ألفاً » صحّ مع تقدم سؤالها ذلك أو تأخر قبولها بحيث لم يخرج عن قبول المعاوضة ، ودعوى أنها صيغة شرط في الطلاق - فيكون قد علق طلاقها على شرط هو أن يكون عليها ألف لاعلى وجه المعاوضة - كما ترى خلاف المنساق عرفاً منها .

وأوضح من ذلك فساداً دعوى البطلان في جميع صور تأخر القبول من المرأة ، لأن فيه شائبة التعليق باعتبار ترتب الطلاق على قبول بذل المال كباقي الشرائط ، بخلاف ما لو تقدم بذلها ، فإن الواقع حينئذ يصير معاوضة منجزة شبه الجعالة ، لأنها تبذل المال في مقابلة ما يقع من الطلاق ، فإذا أتى به وقع موقعه وحصل غرضها ، كالجعالة التي تبذل في مقابلة ما يستقبل من العمل .

وفيه ما قد عرفت سابقاً من أن التعليق المنافي للمقتضى لمفارقة المسبب سببه ، والشائبة المزبورة هي مقتضى المعاوضة ، فإن من ابتداء البيع وقال : « بعثك هذا » معناه أنك إن أعطيتني العوض ملكتك المِعْوُضَ ، ولكنه ليس تعليقاً وإنما هو تحليل للقصد بالمعاوضة ، ومثله غير قاذح قطعاً

و كيف كان فالبحث حينئذ في صحة الطلاق في جميع الصيغ المقصود بها المعاوضة وعدمه متحد ، وقد صرح جماعة بصحة الطلاق مع فرض فساد العوضية بعدم القبول أو غيره ، وكونه رجعيّاً إن صادف موضوعه وإلاّ كان بائناً ، لكن أشكله غير واحد بأنّ المقصود المقيد الذى ينتفى مطلقه بانتفاء قيده ، فدعوى صحة المطلق الذى لم يقصد منافية لقاعدة ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد .

(١) الوسائل الباب - ١ - وغيره - من كتاب الخلع والمباداة .

ودعوى انحلال المقام إلى قصدتين وإنشاءين : أحدهما إنشاء الطلاقية، والثاني إنشاء العوضية، وفساد أحدهما لا يقتضي فساد الآخر - وذلك لعدم اعتبار العوضية في الطلاق ، لأقل من أن يكون العوض هنا كالنكاح الذي قد عرفت عدم بطلانه بفساد المهر - يدفعها منافاتها للوجودان الذي لم يفرق بين تقييد المقام وتقييد غيره ، وعدم اعتبار العوض فيه لا ينافي كون القصد المقيّد الذي هو قصد واحد عرفاً، والقياس على النكاح لا يوافق مذهبنا ، ومن هنا مال جماعة إلى عدم الصحة .

نعم قد يقال : إنه لا عوضية حقيقة في المقام، ولذا لو رجعت بالبذل لم يبطل الطلاق، بل يكون رجعيّاً نصّاً (١) وفتوى ، بل ستسمع عدم الخلاف بينهم في عدم فساد الطلاق لو كان البذل ممّا لا يملكه المسلم أو مخصوباً أو غير ذلك ممّا يقتضي عدم صحّة بذله ، وليس ذلك إلا لعدم المعاوضة المصطلحة التي من المعلوم انتفاء موضوعها بانتفاء عوضها ، وإنما هي معاوضة بالمعنى الأعم ، أي أن البذل منها باعث على إيجاد الطلاق الذي هو من قسم الإيقاع الذي لا يملك عوضاً ولا شرطاً ، فهو حينئذ على معناه الأصلي، ولم ينقلب طلاق الخلع إلى قسم العقود حتّى يكون « فلانة طالق - مثلاً - بكذا » إيجاباً، وقولها: « قبلت » قبولاً، ولكن الشارع ذكر في هذا القسم من الإيقاع صحّة البذل الباعث على إيقاعه ، واعتبر فيه المقارنة له ، وارتفاع البيّنونة بارتفاعه ، فهي حينئذ أحكام توهّم من توهّم منها إجراء حكم المعاوضة عليها ، وغفل عما سمعت من الصحة نصّاً (٢) وفتوى مع الرجوع بالبذل وغيره ممّا عرفت .

وبذلك يتجه ما ذكره المصنّف وغيره من الأساطين في المقام وفي غيره مما

ستسمع ، بل وفي :

الفرع * الثالث : *

الذي هو * إذا قالت : طلقني بألف كان الجواب على الفور * الذي تقتضيه المماوضة لما عرفت * فان تأخر * على وجه ينافي ذلك * لم يستحق عوضاً وكان الطلاق رجعيّاً * مع فرض اجتماع شرائطه ، وإلاّ كان بائناً .

فمن الغريب ما في المسالك من ميله إلى البطلان أو لاّ لكن قال في المقام : وظاهر كلام المصنف عدم الفرق بين العالم بالحال و الباهل ، وهو يتم بغير إشكال على تقدير كون الطلاق رجعيّاً كما أطلقه ، أما لو كان بائناً كطلاق غير المدخول بها مع تصريحه بقصد العوض ولم يتعقبه قبولها على الفور فالحكم بصحة الطلاق على هذا الوجه بغير عوض لا يخلو من إشكال ، لعدم القصد إليه ، نعم يتجه كلامه على إطلاقه على تقدير أن تقول : « طلقني بألف » فيترأخى ثم يقول : « أنت طالق » ولا يذكّر العوض ، فانه حينئذ طلاق مجرد عن العوض فلا يبعد القول بنفوذ كذا ، أما مع تصريحه بالعوض وجهله بالحال وتعدّر الرجعة فهو محلّ الاشكال ، وما وقفت هنالاً حد من المعتمدين على شيء يعتدّ به « إذ هو كما ترى ، ضرورة عدم الفرق في القصد بين كون الطلاق رجعيّاً وغيره ، ولعلّ عدم ذكر أحد من المعتمدين له لوضوح الحال فيه بعد تنقيح أصل المسألة ، من غير فرق بين الرجعي وغيره كما هو واضح .

ولافرق في بذل المرأة بين « طلقني بكذا » وبين « عليّ كذا » أو « عليّ أن عليّ كذا » أو « عليّ أن أعطيك كذا » بل في المسالك « وفي معناها « إن طلقنتي » أو « إذا طلقنتي » أو « متى ما طلقنتي فلك كذا » بخلاف قول الرّجل : « مهما أعطيتني كذا » أو « إن أعطيتني كذا » أو غير ذلك من أدوات الشرط ، فانه لا يقع « وإن كان قد يناقش بعدم الفرق بينهما في منافاة هذا التعليق للانشاء وعدمه ، ولا ريب في أن الأحوط عدمه فيهما إن لم يكن الأقوى ، كما أن الأحوط ذكر العوض بصيغة الطلاق أو الخلع مع تقدم بذلها ، وإن كان الأقوى الاكتفاء بنيته .

﴿النظر الثاني﴾

﴿ في الفدية ﴾

التي هي العوض عن نكاح قائم لم يعرض له الزوال لزوماً ولا جوازاً لكونه افتداءً ، والافتداء إنما يصح إذا كانت في قيد النكاح ، ولما عرفت من أنه طلاق فيعتبر في محله ما يعتبر فيه ، ومن هنا لا يقع الخلع عندنا في البائن ، بل في القواعد « ولا بالرجعية ولا بالمرتدة عن الاسلام وإن عادت في العدة » وفي كشف اللثام « خلافاً للعامة ، فلهم قول بالوقوع بالرجعية ، لكونها كالزوجة ، وبالمرتدة موقوفاً ، قلت : قد عرفت فيما تقدم ما يقتضي احتماله في الأخيرة عندنا .

وكيف كان فقد ذكر غير واحد من الأصحاب بل لأجد فيه خلافاً بينهم أن ﴿ كلما صح أن يكون مهرأ صح أن يكون فداء في الخلع ﴾ ومقتضاه أن كلما لا يصح أن يكون مهرأ لا يصح أن يكون فداء حتى يتم كونه ضابطاً ، لكن لأجد ذلك في شيء من النصوص ، نعم في بعضها (١) « حل له أن يأخذ منها ما وجد » وفي آخر (٢) « يحل له أن يخلعها بما تراضيا عليه من قليل أو كثير » وفي ثالث (٣) « حل له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه » وفي صحيح زرارة (٤) عن الباقر عليه السلام « المبارأة يؤخذ منها دون المهر ، والمختلعة يؤخذ منها ما شئت أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر ، وإنما صارت المبارأة يؤخذ منها دون المهر والمختلعة يؤخذ منها ما شاء لأن المختلعة تعتدي بالكلام وتتكلم بما لا يحل لها » إلى غير ذلك ، مضافاً إلى عموم الآية (٥) ولعلمهم أخذوا الضابط

(١ و ٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الخلع و المبارأة الحديث

٤-٥-١ .

(٥) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

المزبور من نصوص المهر (١) فانه ملحوظ ولو بعنوان جواز الزيادة عليه ، أو لمشاركة الفدية له في عدم اعتبارها في مفهوم الطلاق كعدم اعتباره في مفهوم النكاح ، أو لأنه لا يعتبر فيه أزيد مما يعتبر في أصل المعاديات من كونه متمولاً معلوماً في الجملة عيناً أو ديناً أو منفعة قليلاً كان أو كثيراً مقدوراً على تسليمه .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا تقدير فيه ، بل يجوز ولو كان زائداً عما وصل إليها من مهر وغيره ﴿ بلا خلاف أجده فيه نصاً ﴾ (٢) وفتوى .

فتحصل مما ذكرنا من مقتضى الكتاب (٣) والسنة (٤) جواز الفداء بكل متمول قل أو كثر ، معلوماً كان أو مجهولاً ، إلا جهالة لا تؤول إلى العلم ولم يثبت شرعية الشارع لها في المعاديات وإن كانت من قبيل مانحن فيه ، مثل شيء من الأشياء ، أو بعض ما يتمول أو نحوز ذلك مما هو مثار النزاع ، ولا تفي أدلة المقام بشرعيته ، فيبقى على أصل عدم الانتقال وعدم الخلع وغيرهما من الأصول .

لكن قال المصنف ﴿ و ﴾ تبعه غيره : إنه ﴿ إذا كان غائباً فلا بد من ذكر جنسه ﴾ ككونه فضة أو ذهباً مثلاً ﴿ ووصفه ﴾ مع اختلاف أوصافه ﴿ وقدره ﴾ كقفيز ونحوه .

وفيه أنه لا دليل على اعتبار ذلك ، بل ظاهر الأدلة السابقة عموماً وإطلاقاً خلافاً ، بل هو منافٍ لقوله ﴿ و ﴾ قول غيره : ﴿ يكفي في الحاضر المشاهدة ﴾ التي يمكن فرض مقدار ما يحصل من العلم منها في الغائب الذي هو مال معين لكن لا يعرف وزنه ولا عدده ولا جنسه .

و أغرب من ذلك التزام عدم الصحة فيما لو بذلت له مالها في ذمته من المهر أو الأعم منه ومن غيره ولم يعلم مقداره ، لأنه من الغائب الذي يعتبر معرفة مقداره ،

(١) الوسائل الباب ١- من كتاب الخلع و المباداة الحديث ٩ والباب ٤- منه

الحديث ١ والباب ٧- منه الحديث ٤ .

(٢) الوسائل الباب ٤ - من كتاب الخلع و المباداة .

(٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

مع أنك قد عرفت اقتضاء عموم الأدلة وإطلاقها صحته كغيره من أفراد المجهول الذي يؤول إلى العلم، نحو ما في الصندوق وما في كمتي ونحوهما بعد العلم بوجود ما يصلح فيهما للبذل، وليس في شيء من أدلة المقام ما يقتضي كونه كالمهر بالنسبة إلى ذلك على فرض اشتراطه به، خصوصاً بعد كون المهر أدخل في العوضية من المقام.

﴿و﴾ كيف كان فلا خلاف كما لا إشكال في أنه ﴿ينصرف الاطلاق﴾ فيما لو قالت مثلاً: «مائة دينار - أو - درهم»، ﴿إلى غالب نقد البلد﴾ و إن تعدد، سواء كان ناقصاً عن الدراهم الشرعية أو زائداً، مغشوشاً أو جيداً، ومع فرض عدم الغلبة التي ينصرف الاطلاق إليها لم يصح البذل، لما عرفت من كون مثل ذلك جهالة لا تؤول إلى العلم، و مثار النزاع، فلم تثبت شرعية التعاوض حتى في مثل معاوضة المقام التي هي و إن كانت كما عرفت لكن لا ريب في اشتراك حق المعاوضة بين المتعاضين، و ليس هو من قبيل الوصية ونحوها مما يراد منه تحقق الامتثال، فمع فرض التعدد الذي لا يتسامح فيه لا ترجيح لأحدهما على الآخر في ولاية التعيين، ﴿و﴾ الرجوع إلى معين آخر من قرعة ونحوها منافي لقاعدة الشارع فيما شرعه من المعاوضات المبنية على عدم احتياج أمر آخر غيرها في استحقاق كل من عوضها، كل ذلك مع الاطلاق أما ﴿مع التعيين﴾ فلا إشكال في الرجوع ﴿إلى ماعين﴾ بينهما و إن كان غير الغالب كما هو واضح.

﴿و﴾ على كل حال فقد ظهر لك أنه ﴿لو خالعاها على ألف ولم يذكر المراد ولا قصده﴾ ولا قرينة تصرف الاطلاق إليه ﴿فسد الخلع﴾ للجهالة المضرة بالمعاوضة كما عرفت، أما لو قصدا معيناً صح ولزمها، لوجود المقتضي و ارتفاع المانع، بل لا يبعد صحته في غيره من المعاوضات كالبيع وغيره للعمومات، خلافاً للمسالك و بعض من تبعها، بل أرسله إرسال المسلمات، و أبعد من ذلك احتمال الفساد في المقام أيضاً قياساً على غيره من المعاوضات، وقد عرفت الصحة في المقيس عليه فضلاً عن المقيس، لعدم الدليل على اشتراط ذكر العوض، بل ظاهر الأدلة خلافه.

بل لا يبعد الصحة في المقام لو كان القصد من أحدهما خاصة إلى معين
وقبل الآخر على ذلك القصد وإن كان مجهولاً عنده ، لما عرفت من عموم الأدلة
وإطلاقها السالمين عن قرح مثل هذه الجهالة في مثل هذه المعاوضة ، بل أقصاه
كونه كبذل ما في الصندوق ، نعم لا تجوز في البيع ونحوه مما يشترط فيه العلم
للمتعاقدين .

بل لا يبعد الصحة في المقام أيضاً مع قصد المعين من كل منهما واتفقا في
اتحاد قصديهما على غير تواطٍ ، لعموم الأدلة وإطلاقها وإن كان لا يخلو من
تأمل .

﴿ و لو كان الفداء مما لا يملكه المسلم ﴾ عالمين به ﴿ كالخمر ﴾ والخنزير
فسد البذل بلا إشكال ولا خلاف ، لاشتراط المالية فيه ، بل قيل : ﴿ فسد الخلع ﴾
لفساد المعاوضة حينئذ ﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ : ﴿ يكون ﴾ الطلاق ﴿ رجعيّاً ﴾
لما عرفت من عدم اعتبار العوض في مفهومه ، وأن إنشاء الطلاق مستقل وإن كان
الباعث له عليه البذل المزبور ، إلا أن أقصاه عدم كونه بائناً ، لفحوى ما تسمعه من
النصوص (١) المتضمنة لكون الطلاق رجعيّاً لو رجعت بالبذل .

﴿ و لكن قال المصنف ﴾ : ﴿ هو حق ﴾ إن أتبع بالطلاق ، وإلا كان البطلان
أحق ﴿ ولعله لأنه مع الاقتصار على الخلع لا يتحقق صحة الطلاق مع فساد العوض ،
لأن الخلع الذي يقوم مقام الطلاق أو هو الطلاق ليس إلا اللفظ الدال على الإبانة
بالعوض ، فبدونه لا يكون خلعاً ، فلا يتحقق رفع الزوجية بائناً ولا رجعيّاً ، وإنما
يتم إذا أتبعه بالطلاق ليكونا أمرين متغايرين لا يلزم من فساد أحدهما فساد الآخر
فيفسد حينئذ الخلع لفوات العوض ، ويبقى الطلاق المتعقب له رجعيّاً لبطلان العوض
الموجب لكونه بائناً ، وفي المسالك هو الأقوى .

وفيه (أو لا) أن الشيخ قد عرفت أنه ممن يوجب اتباع الخلع الطلاق ،

فلا وجه للتفصيل في كلامه . و (ثانياً) أن الطلاق المتبع به الخلع لا يراد به إلا الطلاق بالعوض ، وليس هو إنشاءً مستقلاً ، وقد سمعت سابقاً من المسالك أنه هو المملك للعوض ، و أن تقدم الخلع عليه قليل الفائدة ، بل يمكن فرض مسألة المقام في كون الخلع بلفظ « أنت طالق بكذا من الخمر » من دون سبق الخلع ، ولا وجه للصحة فيه رجعيّاً إلا بناءً على ما ذكرناه من عدم المعاوضة في ذلك حقيقة .

و منه ينقدح وجه الصحة رجعيّاً لو كانت الصيغة بلفظ « خلعت » أيضاً وإن لم تجوز وقوع غير الطلاق بعوض بها ، لما عرفت من كون الخلع طلاقاً وإن كان مورده خاصاً ، فتارة يصح وأخرى يبطل لفقد شرط من شرائطه ، ولكنه لا يبطل أصل الطلاق الحاصل به كما يوميء إليه ما سمعته من النص (١) والفتوى في صيرورة الطلاق رجعيّاً لو فسخت البذل ورجعت به ، من غير فرق بين كون الخلع قد كان بلفظ « خلعتك على كذا » وبين « أنت طالق بكذا » وماذا كان إلا لصحة وقوع الطلاق به في مورده وإن لم يسلم بفسخ البذل أو بفقد شرط من شرائطه ، واحتمال الجمود على خصوص مورد النص مناف لقاعدة الاستنباط المستفادة من فحوى الأدلة المشار إليها بقولهم عليهم السلام (٢) : « لا يكون الفقيه فقيهاً حتى تلحن له بالقول فيعرف ما تلحن له ، وغيره ، هذا كله مع العلم .

﴿ و ﴾ أما مع الجهل كما ﴿ لو خالعهما على خل ﴾ بزعمهما ﴿ فبان خمرأ صح و كان له بقدره خلا ﴾ بخلاف أجده فيه ، قيل : لأن تراضيهما على المقدار من الجزئي المعين الذي يظنان كونه متمولاً يقتضي الرضا بالكلّي المنطبق عليه ، لأن الجزئي مستلزم له ، فالرضا به مستلزم الرضا بالكلّي ، فإذافات الجزئي لمانع صلاحيته للملك بقي الكلّي ، ولأنّه أقرب إلى المعقود عليه .

(١) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الخلع و المباداة .

(٢) المستدرک الباب - ١٥ - من أبواب صفات القاضي الحديث ٥ من كتاب القضاء

والبعد - ج ٢ ص ١٣٧ ط الحديث .

بل في المسالك د لم ينقلوا هنا قولاً بفساده ، ولا وجوب قيمته عند مستحكيه كما ذكره في المهر ، مع أن الاحتمال قائم فيه ، أما الأول فلفقد شرط صحته ، وهو كونه مملوكاً ، والجهل به لا يقتضي الصحة ، كما لو تبين فقد شرط في بعض أركان العقد ، وأما الثاني فلأن قيمة الشيء أقرب إليه عند تعذره ، ولأن المقصود من المعين ماليته ، فمع تعذرها يصار إلى القيمة ، لأنه لا مثل له في شرع الاسلام فكان كتعذر المثل في المثلي حيث يجب ، فانه ينتقل إلى قيمته - ثم قال - : ولو ظهر مستحقاً لغيره فالحكم فيه مع العلم والجهل كما فصل .

قلت : كأن ذلك مؤيد لما ذكرناه من عدم المعاوضة حقيقة هنا ، وإلا كان مقتضاها الانتفاء من رأس بانتفاء العوض ، كما هو واضح ، ولكن لما كان إنشاء الطلاق مستقلاً أثر أثره ، والفداء لم ينتف بانتفاء ذلك المعين عرفاً بعد الاتيان بقدره خلا .

بل يمكن دعوى ذلك فيما لو كان الفداء خنزيراً بزعم أنه بقر مثلاً فبان خنزيراً أبداً بما ينطبق عليه من البقر وصح ، لأنه قسم من الفداء ، والقيمة بعيدة عن مماثلة المبذول فداء ، كما هو واضح . ولا يرد ذلك في صورة العلم المنحلة إلى عدم إرادة الفدائية حقيقة ، لعلهما بعدم صلاحيته فداء ، اللهم إلا أن يفرض في صورة الجهل بالحكم شرعاً ، وحينئذ يأتي احتمال مثله ، وعلم أحدهما كاف في فساد البذل إجراءً لحكم المعاوضة ، فتأمل جيداً .

ولو خالغ على حمل الدابة أو الجارية لم يصح * مع عدم وجوده ، لعدم كونه متمولاً عرفاً وشرعاً ، نعم قد يقال بصحة بذل الثمرة قبل وجودها للطمأنينة بحصولها ، وكونها مالاً ولو شرعاً بدليل جواز بيعها .

أما مع وجوده ففي المسالك كذلك أيضاً للجهالة ، بل لعله ظاهر المتن وغيره أيضاً ، بل ظاهر المسالك انحصار المخالف في بعض العامة .

ولكن لا يخفى عليك أن النتيجة الصحة بناءً على ما ذكرناه واحتملها في

المسالك في المقام ، ثم قال : « ومثله ما لو خالها على ما في كفّتها ، فانه لا يصحّ عندنا ، سواء علم أنّ في كفّتها شيئاً متمولاً وجهل مقداره أو عينه أو لم يعلم ، ومن أجاز الأوّل صحّحه هنا مع العلم بوجود شيء في كفّتها يصلح للعوض ، أو ظهور وجوده فيه ، فان لم يظهر فيه شيء ففي وجوب مهر المثل - كما لو ظهر فساد العوض - أو وقوع الطلاق رجعيّاً أو لزوم ثلاثة دراهم ، لأنّ المقبوض في الكف ثلاثة أصابع ، وهي ماعدا الإبهام والمسبّحة ، فيجب قدره من النقد ؟ أوجه ، أبعداها الأخير » .

قلت : لا ريب في فساده ، بل وفساد الأوّل ، لعدم الدليل ، كما أنّ الوجه الصّحّ مع العلم بأنّ في كفّتها ما يصلح للبذل ، لما عرفت ، فلو فرض ظهور عدمه انقلب الطلاق رجعيّاً على البحث السابق .

﴿ و يصحّ بذل الفداء منها ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لأنّه هو المنطبق على نسبته إليها كتاباً (١) وسنة (٢) ﴿ و ﴾ كذا ﴿ من و كيلها ﴾ القائم مقامها بعموم الوكالة و إطلاقها .

بل في المسالك في تفسير عبارة المتن ﴿ و ﴾ كذا ﴿ ممّن يضمّنه ﴾ في ذمّته ﴿ باذنها ﴾ فيقول للزوج : « طلق زوجتك على مائة و عليّ ضمانها » والفرق بينه وبين الوكيل أنّ الوكيل يبذل من مالها باذنها وهذا يبذل من ماله باذنها ليرجع عليها بما يبذله بعد ذلك ، فهو في معنى الوكيل الذي يدفع العوض عن الموكل من ماله ليرجع به عليه ، فدفعه له بمنزلة إقراضه لها وإن كان بصورة الضمان ، قلت : هو جيد لو دفع عيناً عنها ، أما لو بذل كليّاً في ذمّته فلا يتصور قرضه لها ، كما أنّه لا يتصور شغل ذمّته به للخالف وشغل ذمّتها له بإيقاع الخلع كما هو واضح .

بل هو إن صحّ يكون من مسألة المتبرّع التي ذكرها بقوله : ﴿ وهل يصحّ من المتبرّع ﴾ وإن كان المقدر إيجاباً وقبولاً من الزوج والزوجة ؟ ﴿ فيه تردد ،

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

(٢) الوسائل الباب ١٠١ - من كتاب الخلع والمباداة .

والأشبه المنع ﴿ عند المصنف والشيخ وغيره من الأصحاب ، بل في المسالك ﴾ لم يعرف القائل بالجواز منّا ، قلت : لا لأن الخلع من عقود المعاوضة ، فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوض - كالبيع لو قال : « بعثك كذا بمائة في ذمة فلان » - لا يمكن الجواب عنه بما عرفت من عدم كون المقام منها ، خصوصاً والمعوض هنا فكها من قيد النكاح ، فهو من قبيل الصلح الإسقاطي الذي يصح وقوعه من المتبرع ، بل لأن المستفاد من الكتاب (١) والسنة (٢) مشروعية الفدية منها ولو بواسطة وكيلها ، أما المتبرع فيبقى على أصل المنع ، إذ قد عرفت أنه لا إطلاق ولا عموم يقتضي مشروعية هذا القسم من طلاق الفدية المسمى بالخلع وطلاق العوض على وجه تجري عليه أحكامه ، من كونه طلاقاً بائناً إلا مع رجوعها بالبذل وغيره من أحكامه ، ومن هنا كان فرض المقام على وجه الجمالة من الأجنبي خروجاً عن البحث ، ضرورة عدم جريان أحكام الخلع على ذلك على فرض صحته .

ولا فرق فيما ذكرنا بين القول بكون المقام من الفداء أو المعاوضة أو الطلاق أو الفسخ ، إذ على كل حال مبنى المشروعية على الأدلة الخاصة التي لاشمول فيها للأجنبي ، بل ولا للضامن باذنها على الوجه المزبور ، فالمتجه منعه حينئذ إن لم يكن إجماعاً ، إلا أن يرجع إلى الوكالة في القرض في صورة الدفع ونحوه مما يمكن أجرأه على القواعد الشرعية .

نعم قد يقال فيهما : إن الآية (٣) وما شابها من السنة (٤) تقتضي جواز فدائهما نفسها بمال الغير مع الإذن على وجه لارجوع به عليها ، وربما يدعى ظهور اتفاقهم فيما يأتي على جواز فداء الأمة نفسها بمال سيدها مع إذنه ، بناءً على مساواته لذلك ، إذ كونه سيّداً لا يقتضي كونه وكيلاً أو ولياً ، وكون البضع له لا ينافي كون مشروعية الفداء بشيء يتبعها بعد العتق .

(١ و ٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

(٢ و ٤) الوسائل الباب ١ - ٤ - من كتاب الخلع والمباراة .

وبالجملة الفداء بمال الغير مع الاذن على وجه لارجوع به عليها قديقال بشمول الآية وما شابهها من الرواية له ، فان كانت مسألة التبرع المجوّز عنها من هذا القبيل أشكل القول بعدم الجواز إن لم يكن إجماعاً ، فان ما فرضناه متحقق فيه نسبة الفداء إليها وإن لم يكن المال قد أبيع لها افتداؤها به كالأمة ، وما في بعض النصوص (١) من ذكر « مالها » لا يقتضي التقييد أو التخصيص ، لعدم المعارضة ، كما هو واضح ، فتأمل جيداً .

وعلى كل حال فبناءً على عدم جواز البذل من المتبرع لا وقع لكثير من الفروع المذكورة هنا على بذل الأجنبي ، مع أن بعضها لا يغلو من نظر ، كدعوى جواز رجوعه به دون المرأة التي لا نملكه ، نعم لها الرجوع بالبذل من الضامن الذي يرجع عليها ، لكونه كما لها ، بخلاف بذل المتبرع ، إذ قد يناقش بإمكان منع جواز رجوعه به ، لأصالة اللزوم بعد حرمة القياس على جواز رجوعها ، وبإمكان عدم جواز رجوعها بالبذل من الضامن ، إذ هو أيضاً ليس مالاً لها ، فلا يشملها ماد (٢) على جواز رجوعها بما بذلت الظاهر في غير الفرض بناءً على ما عرفت .
ثم لا يخفى عليك أنه بناءً على الصحة لافرق بين تقدم سؤاله وبين قول الزوج : « هي طالق بألف في ذمتك » فيقبل بلا تراخ .

كما لافرق بين كونه وكيلاً عنها وعدمه ، إذ له دفع البذل بعنوان التبرع لا الوكالة التي على فرض إيقاعه بها يتجه مطالبة الزوج به لها مع التصريح بها وإلا تعلق به الفداء ظاهراً ورجع به على الزوجة ، لأنه في الواقع في ذمتها مع فرض الوكالة كالمعاوضة ، بل على فرض الجواز يجوز للأجنبي أن يوكتل أجنبياً آخر على ذلك ، بل له توكيل الزوج وإن تخيرت بين بذلها نفسها وبمنوان الوكالة عن الأجنبي ، كما لو كان هو وكيلاً .

ولاريب في أن قول الزوجة للأجنبي : « أسأل زوجي يطلّقني بكذا » توكيل ،

(١) الوسائل الباب ٤- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٤ .

(٢) الوسائل الباب ٧- من كتاب الخلع والمباراة .

سواء قالت : « علي » أو لم تقل ، أما قول الأجنبي لها : « سلى زوجك يطلقك علي كذا » فلا ظهور فيه في التوكيل ، بل في المسالك « إن لم يقل : « علي » لم يكن توكيلاً فلو اختلفت كان المال عليها ، وإن قال : « علي » كان توكيلاً فإن أضافت إليه أو نوته ثبت علي الأجنبي » ، ولو قال أجنبي « لأجنبي » : « سل فلاناً يطلق زوجته بكذا » كقوله للزوجة : « سلى زوجك » فيفرق بين أن يقول : « علي » أو لا يقول .

ولو اختلع الأجنبي وأضاف العقد إليها مصرحاً بالوكالة ثم بان أنه كاذب لم يقع البذل ، وفي وقوعه طلاقاً البحث السابق ، إلى غير ذلك مما لا يخفى عليك إجازة علي القواعد العامة ، هذا كله في بذل المتبرع من ماله .

﴿ أما لو قال : « طلقها علي ألف من مالها وعلي ضمانها » أو « على عبداها هذا وعلي ضمانه » صح ، فإن ﴾ رضى بذلك فذاك وإن ﴾ لم ترض بدفع البذل صح الخلع وضمن المتبرع ﴾ كما صرح به بعضهم ﴾ و ﴾ لكن ﴾ فيه تردد ﴾ بل منع ، لأن مرجعه ضمان الأجنبي أيضاً الذي قد عرفت عدم ثبوت شرعيته ، بل هو من ضمان مالم يجب ، وورود صحة ضمان ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه لو قلنا به لا يقتضي صحة الفرض بعد حرمة القياس عندنا ، نعم المتبج في الفرض كونه من الفضولي الذي يتوقف علي إجازتها الكاشفة عن الصحة وقت البذل وعدمها ، لما سمعته في بحث الفضولي وأنه جار علي الضوابط ، وأما ضمانه ذلك فلا أثر له ، اللهم إلا أن يكون بعنوان الشرطية والتوسعة في أمر الفداء ، لكن بعد البناء علي صحته من المتبرع ، فتأمل جيداً .

﴿ و لو خالعت في مرض الموت صح ﴾ وإن بذلت أكثر من الثلث وكان من الأصل ﴾ لعموم (١) « الناس مسلطون على أموالهم » المقتصر في الخروج منها على التبرعات المحضة ، كالصدقة والهبة ونحوهما .

﴿ وفيه قول ﴾ آخر بل في المسالك أنه المشهور بين الأصحاب والمعمول به

بينهم وهو ﴿ أن الزائد عن مهر المثل من الثلث ﴾ لكونه كالمحابة في المعاوضات ﴿ وهو أشبه ﴾ عند المصنف بأصول المذهب وقواعده التي منها ما عرفت سابقاً من أن تصرف المريض مقصور على ثلث ماله حيث يكون متبرعاً به ، وكان مهر المثل هو عوض البضع شرعاً ، كالقيمة في المتقومات ، ومن ثمة لو تصرف فيه متصرف على وجه يضمه كوطء الشبهة والمكروه يجب عليه مهر المثل ، فبذلها فدية للطلاق يتقدر نفوذها من الأصل بمهر المثل ، لأن العائد إليها البضع ، فيعتبر قيمته شرعاً ، كما لو اشترت شيئاً بثمن مثله فان بذلت من ذلك كان مقدار مهر المثل من الأصل والزائد من الثلث ، كالمحابة في المعاوضات ، وحينئذ فلو كان مهر مثلها أربعين ديناراً مثلاً فبذلت مائة ولم يكن عندها غيرها صح للزوج ستون : أربعون في مقابلة مهر المثل ، وعشرون بالمحابة ، هي ثلث باقى التركة ، ويرجع إلى الورثة أربعون ضعف ما نفذت فيه المحابة .

وربما قيل: إن الجميع يعتبر من الثلث ، لأن العائد إليها غير متمول بالنسبة إلى الورثة ، والحجر على المريض إنما هو لحق الورثة ، وفي المسالك « هو قول موجه ، وفيه أن الخروج من الثلث مخالف للعمومات التي ينبغي الاقتصاد في الخروج منها على المتيقن الذي هو غير الفرض ، بل يكفي الشك في بقائه على مقتضاها ، بل لولا الشهرة لكان الأول في غاية القوة ، وإن قال في المسالك ، « إنه قول نادر غير موجه ، ضرورة عدم صدق المحابة فيه ، لعدم مقدري عرفاً وشرعاً في البذل حتى يكون الزائد عليه محابة ، وكون مهر المثل قيمة للبضع في بعض الأحوال لا يقتضي كونه قيمة للبذل ، لا أقل من الشك ، فيبقى على العمومات هذا كله إذا لم تبرأ من مرضها ، ولو برئت لزم الجميع كسائر المنجزات .

وأما مرض الزوج فلا يؤثر في الخلع ، بل يصح خلعها في مرض الموت وإن كان بدون مهر المثل ، لأن البضع لا يبقى للوارث ، وإن لم يجز خلع فلا وجه للاعتبار من الثلث ، ولأنه لو طلقها بغير عوض في مرض الموت لا يعتبر فيه الوضع من الثلث ، فكذلك إذا نقص عن مهر المثل ، والله العالم .

﴿ ولو كان الفداء إرضاع ولده ﴾ منها أو من غيرها أو حضائه ﴿ صح ﴾ عندنا للعمومات (١) لكن ﴿ مشروطاً بتعيين المدة ﴾ رفعاً للجهالة الفادحة في أصل المعاوضة وإن كانت مثل المقام ، نعم قد يقال بالاكْتفاء بأوان فطامه للتسامح في مثل هذه المعاوضات ، ولعموم الأدلة التي عرفتها سابقاً .

﴿ وكذا ﴾ يصح ﴿ لو طلقها على نفقته ﴾ بعد الرضاع مثلاً أو مضافة إليه ، لكن في المتن وغيره ﴿ بشرط تعيين القدر الذي يحتاج إليه من المأكول والكسوة والمدة ﴾ بل في المسالك وغيرها يعتبر تعيين ما ينفق عليه كل يوم من الإدام والطعام والكسوة في كل فصل أو سنة ، أو بضبط المؤونة في جملة السنة ، ويوصف بالأوصاف المشروطة في السلم .

ولا يخفى عليك ما في ذلك بعد الاحاطة بما أسلفناه من العمومات التي مقتضاها بعد ضبط المدة الاكتفاء بالمتعارف له أكلاً وشراباً وكسوة في كل فصل ، كنفقة الزوجة وغيرها ، وحينئذ يسقط تفريع إن خرج زهيداً وفضل من المقدار شيء فهو للزوج وإن كان رغبياً واحتاج إلى الزيادة فهو على أبيه إن كان الولد فقيراً . ﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ ملومات قبل المدة كان للمطلق استيفاء ما بقي ، فإن كان رضاعاً رجع بأجرة مثله ، وإن كان إنفاقاً رجع بمثل ما كان يحتاج إليه في تلك المدة مثلاً أو قيمة ﴾ بناءً على ما ذكرناه ، وبالمقدّر على ما ذكرناه ، لأن العوض له ، والولد إنما هو محل البذل ، وعن العامة قول بانفساخ المقدّر لتعذر الوصول إلى ما عين عوضاً ، فهو كالخلع على عين خرجت مستحقة أو كمعوض تلف قبل القبض ، وهو كما ترى . نعم يمكن القول بجواز الفداء إرضاعاً ونفقة في المدة مادام حياً على وجه يسقط استحقاقه بموته ، لعموم قوله تعالى (٢) « فيما افتدت به » و « تراضيا عليه » (٣) وغيرهما من الأدلة السابقة .

(١) الوسائل الباب - ١ وغيره - من كتاب الخلع والمباراة .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

(٣) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٥ .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لا يجب عليها دفعه ﴾ أى العوض من الأجرة والنفقة
﴿ دفعة ﴾ معجلاً ، لأن موت الولد لا مدخل له في حلول الدين ﴿ بل ﴾ إنما يجب
﴿ إدراكاً في المدة ﴾ كما كان يستحق عليها لو بقي ﴿ للأصل وغيره ، خلافاً لما عن
العامة من القول بالحلول .

﴿ ولو تلف العوض ﴾ المبذول ﴿ قبل القبض لم يبطال ﴾ الخلع بلا خلاف
ولا إشكال ، للأصل والعمومات التي خرجنا عنها بالبيع لدليله ، بل في المتن وغيره
أنه باق على ﴿ استحقاقه ، ولزمها مثله أو قيمته إن لم يكن مثلياً ﴾ بل ظاهر كشف
اللتام اتفاقنا عليه ، نعم فيه للعامة قول بالانصراف إلى مهر المثل ، واحتج له في المسالك
بعموم «على اليد» (١) قال : « ويدها أخذت العين ولم تؤدها إلى مالكةا ، فتكون ضامنة
لها - إلى أن قال - : ولا فرق في ذلك بين تلفه باختيارها أو بآفة من الله تعالى شأنه أو
بأتلاف أجنبي ، لكن في الثالث يتخير الزوج بين الرجوع عليها وعلى الأجنبي ، فان
رجع عليها رجعت على الأجنبي إن أنلفه على وجه مضمون » .

ولا يخفى عليك ما في التعليق المزبور ، نعم قد يقال بعد الاتفاق ظاهر أعلى ذلك :
إن مقتضى المعاوضة وما شابها وجوب التسليم ، ولذا اعتبر في صحتها القدرة عليه ، بل
ربما ظهر من بعض المحققين في كتاب الاجارة اقتضاء التلف قبل القبض الانفساخ
كالبيع ، لفوات معنى المعاوضة التي مقتضاها تبديل ملك بملك ويد بيد ، وإن كان
فيه ما لا يخفى ، لكن لا ريب في اقتضاءها وجوب التسليم المستصحب بقاؤه إلى ما بعد التلف
المعلوم قيام المثل أو القيمة معه ، وهو معنى الضمان .

﴿ ولو خالعهما بعوض موصوف فان وجد ﴾ الزوج ﴿ مادفعته على الوصف ﴾
المشترط فذاك ﴿ وإلا كان له رده والمطالبة بما وصف ﴾ الذى هو حقه ، وله الرضا
بالمدفوع وفاء عن حقه مع التراضى منهما بالاخلاف ولا إشكال ، وإن كان مادفعته
معيباً تخييرين قبوله والمطالبة بأرشه وبين رده والمطالبة بفرء آخر كما تقدم ذلك
في السلم .

﴿ ولو كان ﴾ ما خالها عليه شيئاً ﴿ معيناً فبان معيياً رده ﴾ إن شاء
 ﴿ وطالب بمثله أو قيمته ، وإن شاء أمسك مع الأرض ، وكذا لو خالها على عبد على
 أنه حبشي فبان زنجياً أو على ثوب على أنه نقي فبان أسمر ﴾ وعلمه في المسالك بأن
 قوات الجزء الموجب للعيب أو للوصف (١) كتب بعض الصنف ، فيتخير بين رده وأخذ
 عوضه وبين إبقائه مع أرضه ، ثم قال : « وهذا بخلاف البيع فانه مع رده لا يرجع
 إلى عوضه ، بل يوجب انفساخ البيع ، والفرق أن الطلاق المترتب على العوض قد وقع
 قبل الرد ، والأصل فيه اللزوم ، وليس هو كغيره من عقود المعاوضات القابلة
 للتفاسخ مطلقاً ، بل يقف فسخه على أمور خاصة بدليل خاص لا مطلقاً ، فلا
 وسيلة إلا إلى تحصيل المطلوب من العوض بما ذكر ، وكذا ذكر في تخلف الوصف
 مع اتحاد الجنس .

إلا أنه كما ترى ، ضرورة اقتضاء تسلطه على الرد فسخ الملك الحاصل بسبب
 البذل ومقتضاء حينئذ عود الطلاق إلى الطلاق المجرد عن العوض - كما لو رجعت
 هي بالبذل ، وليس هذا فسخاً للطلاق - لا المطالبة بالمثل أو القيمة المحتاجين إلى
 مملك جديد ، خصوصاً في تخلف الوصف المسلط في باب البيع وغيره من المعاوضات
 على الفسخ خاصة ، ومن هنا قال في آخر كلامه : « ولننظر في هذه المطالب مجال
 إن لم تكن إجتماعية ، إذ لائنص فيها ، وإنما هي أحكام اجتهادية ، ولو قيل في قوات
 الوصف بتعين أخذه بالأرض كان حسناً » .

والذي أوقعه في هذا الإشكال هنا وغيره من المقامات بناؤه على أنها معاوضة
 حقيقية ، والمتمجه على ذلك في تخلف الوصف الرد ، وانقلاب الطلاق إلى المجرد عن
 العوض ، وفي العيب التخخير بين الرد - ويكون الحكم كذلك - وبين الأرض ، بناءً
 على أن ذلك مقتضى قاعدة لا ضرر ولا ضرار في البيع وغيره من المعاوضات ، نعم يتبعه

(١) هكذا في النسخة الأصلية ، وفي المسالك « قوات الجزء الموجب للعيب أو

الوصف ... » وهو الصحيح .

كلامهم هنا بناءً على ما ذكرناه من أنه لامعاوضة حقيقية أو اصطلاحية وإن كانت معاوضة بالمعنى الأعم التي هي كالباعث والداعي، والمراد الفداء، ولا ريب في تحقيقه عرفاً بالمثل والقيمة في المعيب وتخلف الوصف، وبالأثر في المعيب، و تفاوت القيمة في تخلف الوصف، بل لعل ذلك هو المتعارف في تدارك الفداء.

و من ذلك يظهر الوجه في قول المصنف وغيره أيضاً: ﴿أما لو خالها على أنه﴾ أي الثوب ﴿أبريسم فبان كتماناً صح الخلع، وله قيمة الأبريسم، وليس له إمساك الكتان لاختلاف الجنس﴾ و إن كان قد يناقش في خصوص المثال بأنه من نحو تخلف الوصف بعد الاشتراك في الثوبية التي هي جنس لهما، كالاشتراك في العبدية بالنسبة للزيجي والعيشي، إلا أنه يمكن التمثيل بما لو خالها بمعين على أنه ثوب مثلاً فبان حيواناً مثلاً، كان له المطالبة بالقيمة أو الثوبية، وليس له إمساك الحيوان إلا مع التراضي بينهما، وبالجمله قد عرفت أن المدار على تدارك الفداء مع فرض فواته بما يتدارك به عرفاً، وهو معنى آخر غير معنى المعاوضة المصطلحة، و من هنا أثبتوا له أحكاماً غير أحكام المعاوضة، كما نبهنا عليه غير مرة، والله العالم.

﴿ولو دفعت ألفاً وقالت: «طلقني بها متى شئت» لم يصح البذل﴾ وإن قال الزوج بعدها بلافصل: «أنت طالق عليها» لعدم إنشاء فعلي، إذ المفهوم من هذه العبارة الإيلاء بأنها باذلة ذلك، وليس هو إنشاء بذل نحو قول المشتري: «بغني مالك هذا بدرهم متى شئت» و لو فرض دلالة القرينة على إرادة إنشاء بذل فعلي لذلك و قال الزوج: «أنت طالق» لم يكن إشكال في الصحة.

واحتمال البطالان للفصل بين إنشائها و قوله بقولها: «متى شئت» لا ينبغي أن يذكر، ضرورة عدم قديح مثل ذلك في فورية المعاوضات فضلاً عن المقام. بل ربمّا يرجع إلى ما ذكرنا ما يحكى من تعليل الشيخ البطالان بأنه سلف في طلاق، وبأنه عوض على مجهول، أي للمجهول بالطلاق الواقع، وإلا أمكن النظر فيه بأن هذه الصيغة كما تناولت الطلاق الباطل مع التراخي تناولت الفوري بعده.

الصيغة ، ولا يلزم من بطلان التراخي بطلان مدلولها أجمع ، وليس هو حينئذ سلفاً في طلاق بعد فرض شمولها للمحال ، وكذا القول في كونه عوضاً على مجهول ، خصوصاً بعد عدم الدليل على البطلان بمثل هذه الجهالة .

ومن هنا عدل في المسالك إلى تعليل البطلان بأن المعتبر في البذل الصحيح كونه في مقابلة الطلاق الواقع على الفور ، فإذا جعلته في مقابلة الواقع مطلقاً فكأنه قد جعلته في مقابلة طلاق باطل ، وإن كان هو كما ترى أيضاً إن لم يرد ما ذكرناه ، وعلمه في كشف اللثام بالتعليق المانع من القبول كالايجاب ، ولعله يرجع إلى ما قلناه أيضاً .

﴿ وعلى كل حال ﴾ ﴿ ولو طلق كان رجماً والألف لها ﴾ مع فرض كون مواده كذلك ، وإلا كان بائناً على البحث السابق وإن جاء به على الفور لما عرفت .

﴿ ولو خالعتين ﴾ فصاعداً ﴿ بفدية واحدة صح ﴾ بخلاف أجده فيه ، وإن كان لولاه لا يمكن المناقشة فيه بخروجه عن أدلة المشروعية التي لا إطلاق فيها ولا عموم يشمل الفرض ، وقد عرفت أنه على خلاف الأصل ، اللهم إلا أن يدعى معلومية إلغاء الوحدة التي هي مورد تلك الأدلة ، كما ألغيت في أصل الطلاق الذي من أدلته ما عرفت من الحصر بقول : « أنت طالق » بل قد يدعى صدق « افتدت » (١) على كل واحد منهما .

﴿ وعلى كل حال ﴾ كانت ﴿ الفدية المبدولة ﴾ بينهما بالسوية ﴿ كما عن الشيخ والأكثر ، لظهور أمثال ذلك فيها ، ولا يقدح الجهل بالتقسيط كما لا يقدح في غير المقام من المعاديات المعتبر فيها المعلوماتية فضلاً عن المقام .

وربما احتمل كون التقسيط على مهر المثل الذي هو الملحوظ في قيمة البضع وعن القاضي أن التقسيط على المسمى في النكاح ، ولعله يريد مهر المثل الذي قديويد

التقسيم عليه أنه المتعارف في قيمة البضع ، مع منع ظهور العبارة في التسوية ، على أن التقسيم في البيع ونحوه إنما هو لكون المبيع المجموع الذي ينقسم الثمن عليه بحسب قيمة المبيع ، ولو أن العبارة ظاهرة في التسوية لكان من الواجب الحكم بهالو كان المبيع لشخصين وإن اختلفت قيمة أحدهما ، كما أنه لو كان المختلج في المقام المجموع على حسب البيع لم يصح خلع أحدهما خاصة عند قولهما أدقول وكيلهما : « اخلعهما بألف » كما سمعه ، إذ ليس ذاك إلا لكون كل منهما مقصودة بنفسها لامنضمته مع الأخرى ، على أن المسألة في كلامهم مطلقة على وجه يشمل فرضها مع عدم قصد التسوية من الخالع والباذل ، ودعوى أن الأصل في خلع المتعدد التسوية ممنوعة فليس حينئذ إلا التوزيع على نسبة مهر المثل ، فتأمل جيداً ، وكذا الكلام فيما لو ابتدأهما بطلاقهما على ألف وقبلها (قبلتا ظ) على الفور .

﴿ ولو قالتا طلقنا بألف فطلق واحدة كان له النصف ﴾ بناءً على التسوية ، وما يقتضيه التوزيع على مهر المثل أو المسمى لها في النكاح على القولين الآخرين ، ولا يقدح في السعة اختلاف السؤال والايقاع ، لأن كل واحدة مقصودة بنفسها منفردة ، كما لو قال رجلان : « ردّ عبدنا بكذا » فردّ أحدهما دون الآخر ، وربما احتل في المقام إرادة كل واحدة منهما طلاقهما معاً ، فيختلف السؤال والايقاع حينئذ ، ولعله لذا استشكل في محكي التحرير في ثبوت النصف ، لكنه في غير محله ، كما أن فرق بعضهم بين الصورة المزبورة وبين ما لو ابتدأهما فقال : « خالعتكما بألف » فقبلت إحداهما خاصة - لأن القبول لم يوافق الجواب ، كما لو قال : « بعثكما هذا العبد بألف » فقال أحدهما : « قبلت » - كذلك أيضاً ، ضرورة ظهور كون كل منهما مقصودة بنفسها في المقام بخلاف المثال الظاهر في عدمه ، وإلا لجاء الاحتمال في الصورة الأولى .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ ﴿ لو عقب بطلاق الأخرى كان رجعيّاً ﴾ إن كان مورده كذلك ﴿ ولا عوض له لتأخر الجواب عن الاستدعاء المقضي للتعجيل ﴾ الذي قد عرفت اعتباره .

﴿ولو خالعهما على عين فبانت مستحقة قيل ﴾ و القائل الشيخ وتبعه غيره :
 ﴿يبطل الخلع ﴾ الذي هو معاوضة ، لبطلان أحد العوضين ، لكن قد عرفت المناقشة
 في ذلك غير مرة ﴿ و ﴾ من هنا قال المصنف : ﴿ لو قيل يصح ﴾ الخلع ﴿ ويكون له
 القيمة أو المثل إن كانت مثلياً كان حسناً ﴾ لكون ذلك هو المتعارف في تدارك الفدائية ،
 وأولى من تداركه بمثل العين على نحو الفداء في الاحرام .

وظاهر قول المصنف : « فبانت » أن مفروض المسألة الجهل لامع العلم الذي
 ينحل إلى عدم إرادة الخلع عليه ، للعلم بعدم سلامته كما تقدم الكلام فيه سابقاً ،
 وإن كان قد يناقش فيه بأن العلم بكونه مستحقاً لا ينافي قصد الخلع عليه كباقي المعاوضة ،
 نعم هو مؤيد لما ذكرنا من أنه لا معاوضة في القصد ، وإثماً هو من الباعث وإن
 أعطى بعض أحكام المعاوضة لاجتماع إن كان أو غيره ، وقد تقدم سابقاً بعض الكلام
 فيما لو كان الفداء الخمر ، وظاهر ثاني الشهيدين هنا أن حكم المغصوب حكمه في
 حال الجهل والعلم ، ولكن جزم في المقام بالفساد ، كما أن المصنف قد جزم هناك
 بالصحة فيما لو خالعهما على خل فبان خمرأ بخلاف المقام ، وقد يتخيل الفرق بين
 المقامين ، لكنّه غير تام ، والتحقيق ما عرفت .

﴿ ويصح البذل من الأمة ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل لعله إجماع ، ولولاه
 لأمكن المناقشة - في أصل جواز ذلك منها على أن تتبع به بعد العتق - بأنه منافي
 لما دلّ على عدم قدرة العبد على شيء (١) خصوصاً المعاوضات ، والضمان بالائتلاف
 ليس قدرة منه على شيء ، ولا يوجب وجود ذمة له على وجه يصح منه إيجاد شيء
 فيها ، كما تقدم نظير ذلك في الضمان ، ومن السيد بما عرفت من كونه كالفداء من
 المتبرع في عدم تناوله أدلة المشروعية إلا على الوجه الذي ذكرناه وأيتناه
 بكلامهم في المقام .

وعلى كل حال ﴿ فلو أذن ﴾ لها ﴿ مولاها ﴾ بالافتداء ﴿ إنصرف الإطلاق

إلى الاقتداء بمهر المثل * كإصراف إطلاق الأمر بالشراء إلى قيمة المثل ، ويكون في ذمة السيد لاني كسبها إن كانت ذات كسب ، ولاني خصوص ما في يدها من مال السيد ، كما تقدم تحقيق ذلك في محله .

* ولو بذلت زيادة عنه قيل : يصح * الخلع * و * لكن * تكون * الزيادة * لازمة لذمتها تتبع بها بعد العتق واليسار * وأما مقدار مهر المثل فعلى السيد للاذن ، ولكن قد يناقش بمنع حصول الاذن بمهر المثل في الفرض ، لظهور إذنه بكونه الفدية لابعضها ، ولعله لذا نسبه المصنف إلى القيل مشعراً بتمريضه ، لأن المتجه حينئذ كون الجميع في ذمتها ، وذلك لأنه لا خلاف * و * لإشكال عندهم في أنها * تتبع بأصل البذل مع عدم الاذن * بعد العتق واليسار ، وهذا منه ، فتأمل جيداً .

* ولو بذلت عيناً * من أعيان سيدها * فأجاز المولى صح * الخلع * والبذل * كما لو أذن ابتداء * وإلا * صح * الخلع * دون البذل ، ولزمها قيمته أو مثله تتبع به بعد العتق * واليسار ، لكونه حينئذ كما لو ظهر مستحقاً ، وهو مؤيد لما قلناه من أن * المقام ليس من المعاوضات وإلا * كان المتجه الفساد لعدم الاجازة .

وظاهر المصنف وغيره هنا عدم الفرق بين علمه بالحال وجهله ، وهو كذلك لما عرفت من إمكان تدارك الفدائية بالابتنال ، كما ذكرناه غير مرة .

ولو بذل سيدها رقبتهافي صحة الخلع والالتزام بالمثل أو القيمة أو بطلان الخلع وجهان ، اختار ثانيهما في المسالك ، وأما احتمال الصحة فلم أجد من احتمله ، ولعله لمنافاة الطلاق والملكية اللذين هما أثر الخلع على وجه لا يتحد زمانهما ، مثل الزوجة والملكية فيما لو تزوجها في أن شراء وكيله لها مثلاً بخلاف شراء الزوجة المسبب للملك المزيل للزوجة .

ونحوه بذل رقبة زوجته في خلع زوجته الأخرى ، فانه جائز ، ولكن بناءً على ما ذكرناه من عدم المعاوضة في المقام وعدم التقييد في قصد الطلاق يتجه حينئذ الصحة والالتزام بتدارك الفداء لا البطلان ، كما سمعته في نظائره ، إذ أقصاه تعذر

الفداء ، فيتدارك بما عرفت .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يصح ﴾ الـ ﴿ يبذل ﴾ من ﴿ المكاتب المطلق ﴾ ولو من المال الذي في يدها ﴿ ولا اعترض للمولى ﴾ عليها بلا خلاف أجده ، نعم أشكله في المسالك وتبعه غيره بما يأتي في بحث المكاتبه من عدم جواز التصرف المنافي للاكتساب ومسوّغ فيه ، من غير فرق بين المكاتب المطلق والمشروط .

ويدفعه بعد تسليمه أنّه يمكن فرض المقام كذلك ولو بارادة التكسب بالمقد المنقطع مثلاً وفرضه أيضاً بأن المبدول مهر المثل فأقل بناءً على عدم جواز تكسبها بالأزيد ، إذ المراد أن المكاتبه غير الأئمة بالنسبة إلى ذلك . فمن الغريب قوله بعد ذلك : « ولو قيل بأن اختلاع المكاتبه مطلقاً كاختلاع الأئمة كان وجهاً ، لكن لا أعلم به قائلًا من أصحابنا ، فينبغي التوقف إلى أن يظهر الحال أو وجه الفرق الذي ادّعوه ، ضرورة كفاية ما ذكرناه فرقاً .

نعم قد يناقش فيما جعله واضحاً - من قوله : ﴿ وأما المشروطة فكالغن ﴾ معللاً بأنها لا تخلص من محض الرق إلاّ بأداء جميع المال ، فهي قبله بحكم الغن - بأن ذلك إذا كان منها للتكسب على الوجه الذي فرضناه يتبعه جوازه أيضاً وستعرف تحقيق الحال في ذلك في بحث المكاتبه إنشاء الله .

﴿ النظر الثالث ﴾

﴿ في الشرائط ﴾

﴿ و ﴾ لا خلاف كما لا إشكال في أنه ﴾ يعتبر في الخالع شروط أربعة :
 البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد ﴾ سواء قلنا بأنه طلاق أو فسخ ﴾ فـ ﴾ لا يـ
 على كل حال ﴾ لا يقع مع الصغر والجنون ﴾ اللذين قد عرفت الإجماع على سلب
 عبارة معهما في مثل ذلك . ﴾ و ﴾ كذا ﴾ لا ﴾ يقع ﴾ مع الإكراه ﴾ الذي
 قد عرفت تحقيق الحال فيه في البيع ، بل وفي الطلاق وفي الفروع المتعلقة به . ﴾ ولا
 مع السكر ولا مع الغضب الرافع للقصد ﴾ كغيره من الإيقاع والمعاوضة ، ولا مع الغفلة
 والسهو والعبث ونحو ذلك مما سمعته في الطلاق الذي قد مر البحث في ذلك فيه
 وفي الرجوع إليه بدعوى عدم القصد وغيره من المباحث ، كدعوى الإكراه ونحوه ،
 فلاحظ وتأمل .

﴿ ولو خالع ولي الطئفل بعوض صح ﴾ إن لم يكن طلاقاً ﴾ مع المصلحة أو
 مع عدم المفسدة ﴾ وبطل مع القول بكونه طلاقاً ﴾ لما عرفت سابقاً من عدم صحته
 من ولي الطئفل ، بل قديقال بعدم صحته منه وإن لم نقل : إنه طلاق ، باعتبار النصوص (١)
 التي إن لم نقل أنها لبيان فرديته فلا ريب في أن المراد منها تنزيله منزله ، فيثبت
 له أحكامه الظاهرة بناءً على أن ذلك منها على وجه يشمله إطلاق المنزلة ، ولكن
 قد عرفت أنه من أفراده وإن لم يندرج في تعريفه المعتبر فيه صيغة « أنت طالق »
 المنزلة على أنه للطلاق المقابل للخلع لا له بالمعنى الأعم الشامل له ، وحينئذ

فكل شرط يثبت للطلاق يثبت له ، ويزيد بما ستعرفه من اعتبار الكراهة .
 ﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يعتبر في المختلعة ﴾ البلوغ والعقل في محكمي المبسوط
 والجامع ، واختاره في كشف اللثام ، لانتفاء الكراهة منها ، وعن التحرير لأنه لاحظ
 لها في إسقاط مالها ، وفيه مالا يخفى ، و في صريح القواعد ومحكمي النهاية الجواز ،
 والظاهر فرضه في حال تحقق الكراهة منهما ، ضرورة عدم منافاة حصولها للصغيرة
 المميز والمجنون الذي يمكن فرض سبق الكراهة منه في حال العقل ثم استمرت إلى
 حال الجنون ، ودعوى عدم اعتبار كراهتهما يدفعها أنه لا دليل على العدم ، بل ظاهر
 الأدلة الشرطية التي هي من أحكام الوضع الشاملة للمكلف وغيره ، كالضمان والحدث
 ونحوهما ، ولعل ذلك هو الظاهر من المصنف ، حيث لم يذكرهما في الشرائط ،
 وقد عثرنا على نسخة لكشف اللثام قد غيرت فيها ما حكيناه عنه أولاً ، قال : « وهو الوجه
 في صغيرة لا يتصور الكراهة منها » وهذا منطبق على ما ذكرناه .

وعلى كل حال فقد ذكر هو وغيره بل لأجد فيه خلافاً بل الإجماع بقسميه
 عليه أنه لا بد (يعتبر خ ل) في المختلعة ﴿ أن تكون طاهراً طهراً لم يجمعا فيه إذا
 كانت مدخولاً بها غير ﴾ صغيرة ولا ﴿ يائسة وكان حاضراً معها ﴾ على حسب ما
 سمعته في الطلاق الذي قد عرفت كون الخلع فرداً منه ، فكل ما دل على اشتراطه
 فيه يشترط في الخلع ، مضافاً إلى قول الصادق عليه السلام في خبر حمزان (١) : « لا يكون
 خلع ولا تخيير ولا مباراة إلا على طهر من المرأة من غير جماع وشاهدين يعرفان
 الرجل ويريان المرأة ويحضران التخيير وإقرار المرأة أنها على طهر من غير جماع
 يوم خيئها » وقول الباقر (٢) عليه السلام : « لا طلاق ولا خلع ولا مباراة ولا خيار إلا على طهر
 من غير جماع » وغيرهما من النصوص (٣) الدالة على اعتبار ذلك فيه .

ولعله لذا كان المحكمي عن الخلاف الاتفاق على اعتبار ذلك فيه ، سواء قلنا :
 إنه طلاق أو فسخ ، ولعله كذلك ، نعم عن المراسم « شروط الخلع والمباراة شروط

الطلاق إلاّ أنهما يقعان على كل زوجة ، و هو يعطي وقوعهما في الحيض و طهر
المواقعة كما في كشف اللثام ، لكن عن ابن إدريس يُريد أنه بائن لارجعة مع واحد
منهما ، سواء كان مصاحباً للطلقتة الأولى أو الثانية ، قال : «لأنه لما عدّ البوائن
ذكر ذلك ، فالمعنى أنهما يبينان كل زوجة ، وفي كشف اللثام «حكى عن الراوندى
أنه أراد المتمتع بها - و قال - : وهذا خطأ محض ، لأن المباشرة لا بدّ فيها من
طلاق ، والمتمتع بها لا يقع بها طلاق .

﴿ و ﴾ كذا يعتبر في الخلع ﴿ أن تكون الكراهية من المرأة ﴾ خاصة
لا منه وحده ، فلا يجوز أخذ العوض ، ولا منهما فيكون مباراة ، ولا خلاف في
أصل اشتراط الكراهية ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى استفاضة النصوص (١)
أو تواترها في ذلك .

إنما الكلام في الاكتفاء بمطلق الكراهة ، كما هو ظاهر المصنّف وغيره من
المتأخرين ، بل هو ظاهر الآية (٢) التي جعل المدار فيها على خوف عدم إقامة
حدود الله تعالى شأنه ، ولا ريب في تحقّقه معها ، أو أن المعتبر اسماع معاني الأقوال
المذكورة في النصوص (٣) كما هو المحكي عن الشيخ وغيره من المتقدمين ، بل عن
ابن إدريس «أن إجماع أصحابنا منعقد على أنه لا يجوز الخلع إلاّ بعد أن يسمع منها
ما لا يحلّ ذكره من قولها : « لا أغتسل لك عن جنابة ، ولا أقيم لك حداً ، ولا وطنن
فراشك من تكرهه » أو يعلم ذلك منها فعلاً » .

والأصل في ذلك قول الصادق عليه السلام في حسن الحلبي (٤) : « المختلعة لا يحلّ
خلعها حتّى تقول لزوجها والله لا أبرّ لك قسماً ، ولا أطيع لك أمراً ، ولا أغتسل

(١) و (٣) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الخلع والمباشرة .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

(٣) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الخلع والمباشرة الحديث ٣ و ذكرذيله في

الباب - ٣ - منه الحديث ٢ .

لك من جنابة ، ولا وطنٌ فراشك من تكرهه ، ولا ذننٌ عليك من تكرهه بغير إذنك ، وقد كان الناس يرخصون فيما دون هذا ، فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له ما أخذ منها - إلى أن قال - : يكون الكلام من عندها ، وقوله ﷺ في حسن ابن مسلم (١) : « لا يحلّ له أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول : والله لا أبرّ لك قسماً ، ولا أطيع لك أمراً ، ولا ذننٌ في بيتك بغير إذنك ، ولا وطنٌ فراشك غيرك ، فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حلّ له ما أخذ منها ، إلى آخره ، ومضمّن سماعة (٢) » سأله عن المختلعة ، فقال : لا يحلّ لزوجها أن يختلعهما حتى تقول : لا أبرّ لك قسماً ، ولا أقيم حدود الله فيك ، ولا أغتسل لك من جنابة ، ولا وطنٌ فراشك ، ولا دخلن بيتك من تكرهه من غير أن تعلم هذا ، ولا يتكلمون هم ، وتكون هي التي تقول ذلك ، فإذا هي اختلعت فهي بائن ، وله أن يأخذ من مالها ما قدر عليه ، إلى غير ذلك من النصوص التي ظاهرها ذلك ، مؤيداً بأصالة عدم الصحة بدونه .

لكن قول الباقر ﷺ في صحيح ابن مسلم (٣) : « إذا قالت المرأة لزوجها جملة : لا أطيع لك أمراً مفسراً وغير مفسر حلّ له أن يأخذ منها ، وليس له عليها رجعة » وخبر سماعة (٤) قال للمصادق ﷺ : « لا يجوز للرجل أن يأخذ من المختلعة حتى تتكلم بهذا الكلام كله ، فقال : إذا قالت : لا أطيع الله فيك حلّ له أن يأخذ منها ما وجد » شاهداً عدل على عدم اعتبار تلك الأقوال ، مضافاً إلى اختلافها في تلك الألفاظ والاجماع في الرياض ، بل قضية جميلة (٥) المتقدمة التي هي الأصل في نزول آية الخلع (٦) خالية من ذكر الأقوال المزبورة .

(١) الوسائل الباب ١- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٤ .

(٢) الوسائل الباب ١- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٥ و ذكر ذيله في

الباب ٤- منه الحديث ٤ .

(٣ و ٤) الوسائل الباب ١- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ١-٢ .

(٥) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣١٣ .

(٦) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

بل يقوى في النظر من ذلك كله أن المدار على الكراهة ، إلا أنها لما كانت لا تعلم غالباً إلا بالقول أو الفعل - بل الأخير منهما لا دلالة فيه غالباً إلا بأن تفعل المخالفة لزوجها - فلم يبق إلا القول الدال على ذلك ، كما قالت جميلة زوجة ثابت (١) وإلا فالمدار على المدلول دون الدال ، ومن هنا اكتفى المصنف ومن تأخر عنه - بل في كشف اللثام نسبته إلى الأصحاب - بالكراهة منها ، سواء علم ذلك من قولها أو فعلها أو غيرهما ، لأن بها يتحقق خوف عدم إقامة حدود الله تعالى فيما بينهما .

ومن ذلك يظهر لك النظر فيما في الرِّياض من عدم الاكتفاء بالكراهة وإن وافق على عدم اعتبار العبارات المخصوصة ، لكن قال : « لا بد من الوصول إلى هذا الحد الذي في النصوص ، وهو تعدّيها في الكلام بما يدل على خوف وقوعها مع عدم الطلاق في الحرام » بل قال : لا وجه لاطلاق المتن وغيره الاكتفاء بالكراهة محتجاً بظاهر النصوص المزبورة قال : « بل ربما دل بعضها على أن الاكتفاء بأقل من ذلك قول العامة ، إلا أنه كما ترى حتى ما ذكره أخيراً ، فإن قوله بغيره في حسن الحلبي (٢) : « وقد كان الناس ، إلى آخره ليس إشارة إلى العامة ، وإنما المراد حكاية فعل الناس ، وأنهم يرخصون بأقل من هذا الكلام المنفرد لكل أحد ، بل مقتضاه فساد الخلع لكثير من النساء التي تختلع في عصرنا هذا وماقاربه بمحض من أعظم علمائه .

وأغرب منه ما حكا في الحقائق عن عاصره من مشائخ بلاد البحرين من اعتبار الكراهة الذاتية ، قال : « وقد حضرنا في غير موضع مجلس الخلع ، وكان لا يوقمونه إلا بعد تحقيق الحال ومزيد الفحص والسؤال في ثبوت الكراهة الذاتية ، وعدم الكراهة العارضة ، والسعي في قطع الأسباب الموجبة للكراهة التي تدعيها المرأة ، ليعلم

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣١٣ .

(٢) الوسائل الباب ١ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٣ .

كونها ذاتية غير عارضية ، فاذا تحقق ذلك وعلموا أنه لا يمكن رفعها بوجه من الوجوه أوقعوا الخلع بها ، وهو من الغرائب التي لا يساعد عليها كتاب ولا سنة ولا فتاوى أصحاب لافي المقام ولا في غيره ، بل كلامهم في باب الشقاق بين الزوجين صريح في خلافه ، والله الهادي إلى الصواب .

كما أن كلام المتأخرين مثل المصنف وغيره ظاهر أو صريح في عدم خلاف في المسألة حملاً لكلام المتقدمين الذي منه ما سمعته من ابن إدريس على إرادة تحقق الكراهة منها ، لا مافهمه في الرِّياض من أنه لا بد معها من التعدي في الكلام على وجه يخاف وقوعها مع عدم الطلاق في الحرام .

بل في الحقائق « لم يشترط أحد فيما أعلم ممن تقدّم أو تأخر البلوغ إلى هذا الحد المستفاد من هذه الأخبار وتوقف الخلع على كلامها بشيء من هذه العبارات ، ولعلّه كذلك ، ضرورة استبعاد دعوى اشتراط الاسماع المزبور تعدياً بحيث لا تجزى الكراهة المتحققة التي يخاف معها من أمثال ذلك ، بل يمكن دعوى القطع بعدمه خصوصاً بعدما سمعته (١) من بعض عبارات الأصحاب في المسألة الآتية .

وفرض حصول الكراهة مع الأمن من هذه الأحوال في امرأة لقوة دينها . كما يحكى عن امرأة كانت تحت شخص قد تمرض مرضاً شديداً فبالغت في خدمته ، فلما برىء أراد جزاءها على ذلك ، فقال لها : اقترحي عليّ جزاءً ، فقالت له : اسكت عن هذا الكلام ، ثم ألحّ عليها ، فأجابته بأنّي أريد منك جزائي طلاقى ، لأنّي كارهة لك من أول الأمر ، ولكن فعلت ما فعلت خشية من الله تعالى شأنه في التفسير في حقاك . مع أنه في غاية البعد . ولذا طلبت المرأة المذبذبة أن يكون جزاءها طلاقها مخافة الوقوع في المحرّم عليها من ترك حقوق الزوجية . يمكن أن يقال : إن الشارع اكتفى بالكراهة التي من شأنها وقوع مثل ذلك ، فلا ينافي تخلفها في بعض الأفراد النادرة ، كما أنه لا يكتفى بالمخالفة والتفسير في حقوق الزوج مع عدم كونه عن كراهة ، ولكن لضعف دين أو غيره ، فتنتقح من ذلك كله أن اعتبار

(١) هكذا في النسخة الأصلية المبيضة وفي المسودة « تسمعه » وهو الصحيح .

المتأخرين مطلق الكراهة في محله ، ولعله مراد المتقدمين أيضاً ، بقرينة عدم ذكر الخلاف في المسألة ، وحينئذ تكون الكلمة متفقة على ذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان فيـ﴿ --لو قالت : لا دخلنـ عليك من تكره لم يجب خلعها﴾ للأصل ، وظاهر نفي الجناح والحل في الكتاب (١) والسنة (٢) ﴿ بل ﴾ لادليل في شيء منهما على استحبابه وإن قال المصنف وغيره : ﴿ يستحب ﴾ إلا أنه - للتسامح فيه -- يمكن أن يكون وجهه الخروج من شبهة الخلاف ﴿ و ﴾ لما أرسله في المتن من أن ﴿ فيه رواية بالوجوب ﴾ وإن كنا لم نقف عليها كما اعترف به غيرنا أيضاً ، إلا أنه لا ينافي ذلك الاستدلال على النذب المتسامح فيه بها .

ومن ذلك يظهر لك ضعف المحكمي عن الشيخ والقاضي وجماعة من القول بالوجوب إذا قالت ذلك أو خيف عليها الوقوع في المعصية ، استناداً إلى أن ذلك منكر منها والنهي عن المنكر واجب ، وإنما يتم بالخلع .

ورده في المسالك وتبعه عليه غيره بمنع انحصار النهي في الخلع ، بل تأديه بالطلاق المجرد من البذل أقرب إليه وأنسب بمقام الغيرة والنخوة من مراجعتها على بذل المال الحقيق .

وفيه (أولاً) منع كون القول نفسه من دون تعقبه بفعل منها منكراً . و(ثانياً) منع وجوب الفراق عليه فضلاً عن الخلع وإن أصرت هي على فعل الحرام ، إذ الواجب من النهي عن المنكر القول أو الفعل الذي لا يستلزم فوات حقه ، وإلا لوجب عليه تحرير العبد المصر على ترك طاعة سيده ، وهو معلوم البطلان إذ لا يجب على الغير رفع يده من ماله أو حقه مقدمة لخلاص الآخر عن الحرام القادر على تركه بدون ذلك .

هذا وظاهر القواعد بل و المتن و النافع اختصاص الخلاف في ذلك فيما لو

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

(٢) الوسائل الباب ١ - من كتاب الخلع والمباراة .

قالت القول المزبور ، والمحكي عن الشيخ « وإنما يجب الخلع إذا قالت المرأة لزوجها
إِنِّي لَا أُطِيعُ لَكَ أَمْرًا ، وَلَا أَقِيمُ لَكَ حَدًّا ، وَلَا أَغْتَسِلُ لَكَ مِنْ جَنَابَةٍ ، وَلَا وَطْئًا
فِرَاشِكَ مِنْ تَكْرَهُهِ إِنْ لَمْ تَطْلُقْنِي ، فَمَتَى سَمِعَ مِنْهَا هَذَا الْقَوْلَ أَوْ عَلِمَ مِنْ حَالِهَا
عَصْيَانَهُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ وَإِنْ لَمْ تَنْطِقْ بِهِ وَجِبَ عَلَيْهِ خُلْعُهَا » .

وعن ابن إدريس حملة على تأكد الاستحباب قال : « وَإِلَّا فَهُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ
خُلْعِهَا وَطَلَّاقِهَا وَإِنْ سَمِعَ مِنْهَا مَا سَمِعَ بِغَيْرِ خِلَافٍ ، لِأَنَّ الطَّلَاقَ بِيَدِهِ ، وَلَا أَحَدٌ
يَجْبِرُهُ عَلَى ذَلِكَ » .

وعن ابن زهرة « وأما الخلع فيكون مع كراهة الزوجة خاصة ، وهو مخير
في فراقها إذا دعت إليه حتى تقول له : لئن لم تفعل لأُعصين الله بترك طاعتك ،
وَلَا وَطْئًا فِرَاشِكَ غَيْرِكَ ، أَوْ يَعْلَمُ مِنْهَا الْعَصْيَانُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، فَيَجِبُ وَالْحَالُ هَذِهِ
طَلَّاقُهَا » .

وعن ابن حمزة « وما يوجب الخلع أربعة أشياء : قول من المرأة أو حكمه ،
فَالْقَوْلُ أَنْ تَقُولَ : أَنَا لَا أُطِيعُ لَكَ أَمْرًا ، وَلَا أَقِيمُ لَكَ حَدًّا ، وَلَا أَغْتَسِلُ لَكَ مِنْ
جَنَابَةٍ ، وَلَا وَطْئًا فِرَاشِكَ مِنْ تَكْرَهُهِ ، وَالْحُكْمُ أَنْ يَعْرِفَ ذَلِكَ مِنْ حَالِهَا ، وَالْأَمْرُ
فِي ذَلِكَ سَهْلٌ بَعْدَ ضَعْفِ الْقَوْلِ الْمَزْبُورِ عَلَى كُلِّ حَالٍ » .

﴿ وَيَصِحُّ خُلْعُ الْحَامِلِ مَعَ رُؤْيَا الدَّمِ كَمَا يَصِحُّ طَلَّاقُهَا وَلَوْ قِيلَ إِنَّهَا
تَحِيضٌ ﴾ لَا نَهَا إِحْدَى الْخَمْسِ الَّتِي يُطْلَقْنَ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، وَقَدْ عُرِفَتْ أَنَّ الْخُلْعَ
طَلَّاقٌ أَوْ كَالطَّلَاقِ فِي الْأَحْكَامِ ، مُضَافًا إِلَى خَبَرِ زُرَّارَةَ وَحَدِّ (١) عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام
« الْخُلْعُ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ وَلَيْسَ فِيهِ رَجْعَةٌ ، قَالَ زُرَّارَةُ : لَا يَكُونُ إِلَّا عَلَى مِثْلِ مَوْضِعِ
الطَّلَاقِ ، إِمَّا طَاهِرًا وَإِمَّا حَامِلًا بِشَهَادَةِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ -- مِنْ أَنَّهَا إِنْ حَاضَتْ
لَمْ يَجْزِ خُلْعُهَا وَإِنْ جَازَ طَلَّاقُهَا -- وَاضِحُ الضَّعْفِ وَإِنْ قِيلَ : إِنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى كَوْنِهِ فَسَخًا
مَعَ عُمُومِ مَا سَمِعْتَهُ مِنَ الْخَبَرِينَ (٢) لَكِنَّهُ كَمَا تَرَى .

(١) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٦ .

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٣٠٣ .

﴿ وكذا التي لم يدخل بها ولو كانت حائضاً ، وتخلع اليائسة وأن وطأها في طهر المخالعة . ﴾

﴿ ويعتبر في العقد حضور ﴾ أي شهادة ﴿ شاهدين دفعة ﴾ بمعنى سماعهما صيغة العقد على نحو ما سمعته في الطلاق الذي قد عرفت أن الخلع بايجابه وقبوله فرد منه ، بل إن لم نقل أنه فرد منه يعتبر فيه ذلك لإطلاق المنزلة ، والنصوص (١) الخاصة التي مرّ عليك بعضها ، فلا إشكال في المسألة ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو افترقا لم يقع ﴾ لكن في المسالك « واعلم أن إنبات هذا المطلوب من النصوص على القول بكونه فسخاً لا يخلو من إشكال ، ولعل الاستناد إلى الإجماع أسهل » وفيه ما لا يخفى .

﴿ و ﴾ يعتبر فيه أيضاً ﴿ تجريده عن شرط ﴾ يقتضي تعليقه ، للأدلة التي سمعتها في الطلاق وغيره ، فما في المسالك من أن دليله غير صالح ، وعموم الأدلة على مشروعيته يتناول المشروط ، و ورود النص (٢) بجواز تعليق الظهار على الشرط يؤنس كونه غير منافي للصحة في الجملة قد عرفت ما فيه في الطلاق ، فلا حاجة إلى إعادته ، وكفى بالإجماع المحقق هنا دليلاً .

﴿ ويصح الخلع من المحجور عليه لتبذير أو فليس ﴾ بلا خلاف بل ولا إشكال ، لإطلاق الأدلة وعمومها السالمة عن معارضة الحجر الذي لا ينافي ذلك ، سواء أذن الولي أم لم يأذن ، وسواء كان العوض بقدر مهر المثل أو دونه ، فإن ذلك لا يزيد على الطلاق مجانياً الذي هو نافذ منهما ، لعدم منافاته للحجر في المال ، فما عساه يظهر من قواعد الفاضل - من اعتبار كون المبدول عوض المثل ، وعن التذكرة التردد في ذلك - في غير محلّه ، لعدم الدليل على الحجر عليه في ذلك ، بل ظاهر الأدلة خلافه .

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

(١) الوسائل الباب ٦- من كتاب الخلع والمباراة الحديث -٠- .

(٢) الوسائل الباب ١٦- من كتاب الظهار .

علم الولي بالحال ففي المسالك وغيرها درج على المختلفة بمثلها أو قيمتها، لحصول التلف قبل قبض المستحق للقبض ، ولو علم و تركها في يده حتى تلفت مع تمكنه من قبضها ففي ضمان الولي أو الدافع وجهان ، أجودهما الثاني وإن أتم الولي بتركها في يده .

وإن كان الخلع على دين رجع الولي على المختلفة بمثله ، لأنه لم يجز قبض صحيح تحصل به البراءة ، وتسترد المختلفة من السفية ماسلمته إليه ، فإن تلف قبل رده ففي ضمانه وجهان تقدماني بابه ، ولا ضمان هنا على الولي وإن أمكنه انتزاعه منه بغير إشكال ، لأنه ليس عين الحق . هذا كله إذا كان التسليم إلى السفية بغير إذن الولي ، فإن كان بإذنه ففي الاعتداد به وجهان : من أنه تسليم مأذون فيه ممن له الولاية فكان مبرئاً ، ومن الشك في نفوذ مثل هذا الإذن إذ ليس للولي أن يفوض إلى السفية الأمر في ماله إلا أن يفرض مراعاته له بحيث لا يخرج عن يده ، فيتجه البراءة ، وهذا التفصيل حسن ، وأطلق في القواعد البراءة مع إذنه ، ولا يخلو من إشكال .

قلت : قد تقدم تحقيق الحال في تصرفات السفية في بابه ، لكن المتجه هنا ضمان السفية مادفعته إليه ، إذ ليس هو كالمجنون الذي يكون الدافع إليه أقوى في الانلاف ، لأنه عاقل ، وقد دفع إليه المال على وجه مخصوص لا مجاناً ، فلا ريب في أنه أقوى من السبب ، ومن هنا كالمحكى عن التذكرة نفى البأس عن التضمن مطلقاً بعد فك الحجر عنه .

وحينئذ فما في القواعد نحو ما سمعته من المسالك . من أنه ليس لها الرجوع على السفية بعد فك الحجر عنه ، لأنها سلطته على إنلافه بتسليمه . لا يخلو من نظر خصوصاً مع الجهل بحاله ، بل قد يقال : لها المطالبة لوليته بذلك قبل فك الحجر عنه ، بل قد يقال بحصول التهاثر قهراً معها ، لاشتغال ذمته لها بما اشتغلت ذمتها له ، وبذلك يظهر لك أن ما في المسالك وكشف اللثام تبعاً للقواعد لا يخلو من غبار فتأمل ، هذا

كله في الخالع إذا كان سفيهاً أو مفلساً .

أما المختلعة السفيهة فلاريب في فساد بذلها بدون إذن الولي كما في القواعد وغيرها ، وكذا المفلسة مع فرض بذلها شيئاً مما تعلق به حق الغرماء ، نعم لو بذلت شيئاً في ذمتها صح ، بل قد يقال بصحة ذلك في السفيهة أيضاً على وجه تتبعه به بعد فك الحجر عنه كالأمة .

﴿ و ﴾ كذا يصح الخلع ﴿ من الذمي ﴾ بل ﴿ والحربي ﴾ بلا خلاف ولا إشكال لا إطلاق الأدلة ﴿ و ﴾ عمومها ، بل ﴿ لو كان البذل خمرأ أو خنزيراً صح ﴾ معاملة لهم بدينهم ﴿ و ﴾ إن لم يجز بين المسلمين نعم ﴿ لو أسلما أو أحدهما قبل القبض ضمننت القيمة عند مستحكيه ﴾ للتعذر الشرعي المنزّل منزلة التعذر الحسني ، وقد يحتمل سقوط حقه منه لو كان المسلم هو ، كما سمعت حكاية المصنف له قولاً فيما لو أسلمت قبل قبض المهر وكان خمرأ .

ولو ترافعا إلينا وكان الخلع بعوض صحيح قبل الاسلام أو بعده منهما أو من أحدهما قبل القبض أو بعده كلاً أو بعضاً أمضاه العاكم وإن كان الغوض فاسداً . ثم إن ترافعا بعد التقاض فلا اعتراض وإن كان قبله لم يأمر العاكم بقبضه ، بل يوجب عليهما القيمة ، وكذا لو أسلما ثم تقاضا ثم ترافعا أبطل القبض ، ولا شيء عليهما إلا إذا كانا علما الحرمة ، فيعزّهما كما عن المبسوط .

﴿ و ﴾ كيف كان في ﴿ الشرط ﴾ الذي يتوقف صحة الطلاق الخلعي على تجرّده منه ﴿ إنما يبطل إذا لم يقتضه العقد ، فلو قال : فإن رجعت رجعت لم يبطل ﴾ بهذا الشرط ، لأنه مقتضى الخلع ، وكذا لو شرطت هي الرجوع في الفدية ﴿ الذي هو لها شرطت أو لم تشرط ، بل في المسالك الضابط في كل شرط لا يصح تعليق العقد عليه هو الشرط الخارج عن مقتضى العقد ، فلو شرط ما هو مقتضاه - بمعنى أن مضمونه يتناوله العقد وإن لم يشترط - لم يضر - وكان ذلك بصورة الشرط لا بمعناه ، كقوله : إن رجعت في البذل رجعت في الطلاق ، فإن ذلك أمر ثابت مترتب على صحة الخلع شرط أم لم يشرط ، وكذا قولها : على أن لي الرجوع فيه في العدة

ونحو ذلك ، وقد تبعه غيره على هذا الكلام .

لكنه لا يخلو من غبار ، ضرورة أنه إن كان المراد من الشرط في المقام هو ما يلزم به نحو الشرائط الإلزامية في العقود فهو خارج عما نحن فيه من الشرط التعليقي الذي قد تقدم اعتبار تجرّد الطلاق عنه ، وإنما هي مسألة أخرى لمدخلية لها في اشتراط مقتضى العقد وعدمه ، بل مبناها على قابلية الطلاق بل وغيره من الايقاعات للشرائط الإلزامية على نحو العقود أو خصوص الخلع منه باعتبار مشابهته للعقد ، لعموم « المؤمنون عند شروطهم » (١) وعدمها إلا ما دلّ عليه الدليل في العتق ، ولعل الأقوى عدم قبول الايقاع وخصوص الطلاق الذي هو بمنزلة الإقالة في العقود والفسخ بالعيب ونحوه حتّى الخلع منه للشرط بالمعنى المزبور ، وذلك لأن الايقاع معنى متحد يتحقق بانتهاء صيغته ، وليس هو كالعقد المركب من القصدین الذي يقع القبول فيه لما يذكر في الإيجاب من العوض والشرط وغيرهما ، ومن هنا يتسلط على الفسخ بعدم الوفاء بالشرط في العقد ، باعتبار كون المراد عند التحليل عدم الالتزام بالعقد إذا لم يحصل الشرط الذي هو فيه جزء من العوض أو المعوض ، وهذا المعنى لا يمكن التزامه في الايقاع ، خصوصاً في مثل الطلاق الذي هو بمنزلة الفسخ بالعيب ونحوه حتّى الخلع منه ، بناءً على ما عرفت من عدم إرادة المعاوضة الحقيقية فيه . وعلى كل حال فهذه مسألة خارجة عما نحن فيه .

وإن كان المراد بالشرط هنا هو الذي يقتضى تعليق إنشاء الايقاع ، فتحقيق الحال فيه أن الاجماع بقسميه على اعتبار التنجيز في العقد والايقاع ، ولاريب في منافاة التعليق له ، وقد ذكرنا في السابق أن وجه البطلان في المقتضى تأخير الأثر - سواء كان على أمر محتمل أو متيقن الحصول - هو منافاته لمقتضى التسبب المستفاد من أدلة شرعية هذه الأسباب .

وأما لو علق على أمر مقارن كقول : « أنت طالق إن كانت الشمس طالعة »

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

فقد ذكر بعضهم أنه يبطل أيضاً إذ كان متردداً في ذلك بخلاف ما لو كان عالماً بحصولها ، فانه لا تعليق حقيقة فيه ، وإنما هو صورة تعليق ، وكذا الكلام في « إن كانت زوجتي فهي طالق » و « إن كان ملكي فقد بعثك » .

لكن قد يناقش بأن العلم بحصول المعلق عليه لا ينافي صدق تعليق الانشاء حقيقة ، ضرورة كون الانشاء كيفية نفسانية ، ولاريب في اختلافها بحسب التنجيز والتعليق ، سواء كان المعلق عليه معلوم الحصول أو لا ، فيتحقق حينئذ عدم التنجيز المفروض اعتباره في العقد والايقاع .

أللهم إلا أن يدعى منع الاجماع بقسميه على اعتبار التنجيز بهذا المعنى ، لكنه كما ترى ، إذ التنجيز معنى متحد ، فمع فرض كونه معقد الاجماع الذي هو دليل المسألة يتجه البطلان ، لعدم حصوله قطعاً ، إذ لا مدخلية لوجود المعلق عليه وعدمه في صدق التعليق المنافي للتنجيز حقيقة في نحو قوله : « بعثك هذا إن كانت السماء فوقنا والأرض تحتنا » .

وحينئذ فمقتضيات العقد المذكور استثنائها لا تزيد على المعلق عليه المعلوم الحصول ، فلو قال : « خلعتك إن كان لي الرجوع برجوعك بالبذل » كان تعليقاً ، خصوصاً إذا كان جاهلاً بالحال ، وكذا لو قال : « بعثك إن كان لي الخيار في المجلس » أو « إن كان لي الخيار في الحيوان إلى ثلاثة أيام » بل وكذا لو قال : « بعثك إن كنت أملك الثمن » وهكذا .

نعم لا بأس بأن يقول بعد الخلع : « إن رجعت بالبذل رجعت بالبضع » على وجه لا يكون تعليقاً للعقد ، وكذا لو قالت هي بعد البذل : « ولي الرجوع بذلك في العدة » فانه لا يقتضي التعليق في الانشاء الذي قد عرفت أنه كيفية نفسانية ، والفرض حصولها من دون تعليق ، فليس هو إلا منجزاً ، والشرط المزبور إنما هو لغو ، بل لا يتعقل فيه معنى الشرطية ، وبذلك انصح لك تحقيق الحال ، وربما يأتي لك زيادة تحقيق .

ومن الغريب أنه في المسالك أعرض عن إشكال المسألة بما ذكرت وذكر

إشكالها بتخلل كلام بين الإيجاب والقبول في الأول على تقدير تأخر القبول، وتخلله بين الاستدعاء والإيجاب في الثاني على تقدير تقدم الاستدعاء، وقد تقدم اعتبار الفورية بينهما المعلوم اندفاعه بأن ذلك لا يقدح، لأنه بناءً على الصحة من توابع العقد ومتعلقاته، فلا يضر فصله، بل لا فصل فيه، كما هو واضح. هذا كله في التعليق على الأمر الحاصل المقارن أو على خصوص ما اقتضاه.

﴿أما لو قال: «خالعتك إن شئت» لم يصح «وإن شئت» ﴿مقارناً لتعمام إيجابه﴾ لأنه شرط ليس من مقتضاه ﴿ورافع للتنجيز المفروض اعتباره، خصوصاً بعد أن كان التعليق على كتي المشيئة الذي لا ريب في بطلانه وإن كان أحد أفرادها المقارن.﴾

﴿وكذا لو قال: «إن ضمنت لي ألفاً أو أعطيتني أو ماشاكه وكذا» ﴿باقى أدوات التعليق نحو﴾ متى أو مهما أو أي وقت أو أي حين ﴿ومن الواضح الفرق بين ذلك وبين قوله: «خالعتك بألف» مثلاً من غير أن يتقدم سؤالها وإن كان في المعنى هو مشروطاً بقبولها، لكنّه تعليق شرعى لا لفظي من المنشيء الذي لو قال مثلاً: «بعتك كذا بكذا إن قبلت» بطل قطعاً، لكونه تعليقاً من المنشيء منافياً للتنجيز المفروض اعتباره.﴾

ومن الغريب ما في المسالك حيث إنه بعد أن ذكر البطلان في هذه الأمثلة معللاً لها بالتعليق وغيره قال: «وفي الحقيقة هذه الأحكام كلها راجعة إلى صور الشرائط المرتبطة بالألفاظ، وإلا فالمعنى متحد، وإثبات الأحكام بمثل هذه الاعتبارات لا يخلو من تكلف».

وفيه ما لا يخفى من عدم تنقيحه لما هو المدار في المسألة، وإلا فلا ريب في عدم التنجيز في هذه الأمثلة وما شابها، وهي شرائط حقيقة لا صورية، والفرق بين التعليق الشرعى والإشائي في كمال الوضوح، كالفرق بين الانشاء التنجيزي والتعليقي سواء كان المعلق عليه متوقع الحصول أو معلومه أو هو حاصل فعلاً ومن مقتضى

العقد أو غيره .

وأغرب من ذلك قوله متصلاً بما سمعت : « وبقي البحث في تعليق الاستدعاء على الشرط ، وقد تقدم تجويزه وفي التحرير لو قالت إن طلقنتي واحدة فلك علي ألف فطلقها فالأقرب ثبوت الفدية ، وهو تعليق محض ، إلا أن يقال بأن الاستدعاء يتوسع فيه ، ومن ثم لم يختص بلفظ بخلاف الخلع الواقع من الزوج ، وفي الحقيقة كل لفظ يتقدم منهما فهو معلق على الآخر ، ومن ثم قلنا : إنه مع تأخير القبول من جانبها يكون في الخلع شائبة الشرط ، إلا أنهم اعتبروا في نفس الخلع الذي هو عبارة عن اللفظ الواقع من الزوج مجردة عن صورة الشرط بخلاف اللفظ الواقع منها ، ولو جعلنا الخلع عبارة عن العقد المركب منهما أشكل الفرق ، وعلى ما ذكره في تعريف الخلع في التحرير - من أنه عبارة عن بذل المهر المال للزوج فدية لنفسها - يقوى الاشكال ، خصوصاً في حكمه الذي حكيناه عنه .

قلت : هو من غرائب الكلام ، ومناف لما أسلفه سابقاً جازماً من جواز التعليق في استدعائها الذي هو عنده أحد ركني المعاوضة ، وقد تقدم مناقشتنا له في ذلك ، والتوسع في الاكتفاء عنه بكل لفظ لا مدخلية له في جواز التعليق ، ضرورة ثبوت التوسع في القبول في سائر العقود الجائزة المعلوم عدم جواز التعليق فيها وأغرب من ذلك قوله : « وفي الحقيقة كل لفظ » إلى آخره ، إذ قد عرفت أن ذلك تعليق شرعي لا إنشائي .

نعم قد يقال : إن ذلك منهم بناءً على جواز التعليق عندهم في بذلها مؤيد لما قلناه من عدم كونها معاوضة حقيقية مشتملة على الإيجاب والقبول ، بل البذل منها داعٍ على صدور الطلاق منه عليه ، فحينئذ لا يقدح تعليقه ، إذ ليس قبول إيجاب وإنشاء معاوضة ، وإن جرى عليه بعض أحكامها من الفورية مثلاً وغيره ، للاجماع أو لأنه المتيقن من صحة الخلع المخالف للأصل ، كما عرفت ذلك مكرراً .

﴿ النظر الرابع ﴾

﴿ فى الاحكام ﴾

﴿ وفيه مسائل : ﴾

﴿ الاولى : ﴾

﴿ لو أكرهها على الفدية فعل حراماً ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، ضرورة كونه ظلماً محرماً ، ويتحقق الاكراه عليها بنحو ماسمعه من الاكراه على الطلاق وغيره من العقد والايقاع ، إذ الاكراه حقيقة واحدة في الجميع ، وليس منه ترك ما لا يجب عليه من الأمور المتعلقة بالزوجة وإن تأذت بذلك والتجأت إلى الفداء حتى الاغارة بزوجة ، بل وإن قصد بذلك بذلها الفداء ، بل ليس منه ترك حقوقها الواجبة عليه مع فرض عدم قصد إرادة البذل منها بذلك ، نعم متى قصد بالتترك بذل الفداء بتحقيق الاكراه كما تقدم الكلام في ذلك في باب الشقاق بين الزوجين .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ ولو طلق به ﴾ أي الاكراه ﴿ صح الطلاق ولم تسلم له الفدية ﴾ التي فرض الاكراه عليها ﴿ وكان له الرجعة ﴾ إن كان المورد مما له الرجعة فيه ، وإلا بطل أصل الطلاق أو كان بائناً على البحث السابق ، أو هو بائن على كل حال ، لكون التقصير في المقام من جانبه .

نعم لا خلاف معتد به في صيرورة الطلاق رجعياً إذا كان مورده كذلك ، ولا يستلزم بطلان الفداء بطلانه ، ولعله لما عرفت من عدم المعاوضة الحقيقية ، بل كان الفداء بائناً ، وربما كان كلامهم في المقام مؤيداً لذلك ، ضرورة كون المتبجّه على

المعاوضة حقيقة بطلان أصل الطلاق، لمعلومية بطلان المعاوضة ببطلان العوض الذي هو أحد أركانها، ولذا قال في المسالك من غير نقل خلاف: «إنه إن كان الواقع خلعاً بطل، وإن قلنا: إنه طلاق فلا يكون رجعيًا، لأن ماهيته لا تتحقق بدون صحة البذل عندنا»، وإن كان قد يناقش بأن عدم صحته خلعاً لا ينافي صحته طلاقاً فلا أولى تعليله بعدم وقوع الطلاق بلفظ «خلعت» بل هو كناية في غير الخلع من الطلاق، وفيه التأمل الذي ذكرناه سابقاً.

المسألة الثانية: *

* لو خالعهما والأخلاق ملتزمة * أي لا كراهة بينهما * لم يصح الخلع ولا يملك الفدية * بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى السنة (١) المستفيضة أو المتواترة التي قد مر كثير منها، بل وظاهر اعتبار الخوف من عدم إقامة حدود الله تعالى (٢) المنتفي في الفرض.

* ولو طلقها والحال هذه بعوض لم يملك العوض، و * لكن * صح الطلاق، وله الرجعة * مع فرض كون مورده رجعيًا، وإلا كان بائناً أو باطلاً على البحث السابق بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه مضافاً إلى النصّ المستفيضة على عدم حل أخذ شيء منها مع عدم الكراهة.

هذا ولكن في المسالك بعد أن ذكر الحكم الأول قال: «هذا بالنسبة إلى الخلع، وأما الطلاق بعوض فمقتضى كلام المصنف والجماعة كونه كذلك، لا اشتراكهما في المعنى، بل عدة في المبسوط خلعاً صريحاً حيث قسمه إلى واقع بصريح الطلاق، وإلى واقع بغيره، وجعل الأول طلاقاً وخلقاً، وجعل الخلاف في

(١) الوسائل الباب - ١ - ٢٠ - من كتاب الخلع والمباراة.

(٢) سورة البقرة: ٢ - الآية ٢٢٩.

الثاني هل هو طلاق أم لا ، و هذا إن كان إجماعاً فهو الحجة في حكمه ، وإلا فلا يخلو من إشكال ، لأن النصوص (١) إنما دلت على توقف الخلع على الكراهة ، وظاهر حال الطلاق بعوض أنه مفاير له وإن شاركه في بعض الأحكام ، وقد تكرر منه هذا الكلام في المسالك والرؤية ، وأنكر عليه سبطه معترفاً بعدم الموافق له على ذلك من المتقدمين والمتأخرين .

وقد أطنب في الحقائق في بيان فسادہ بعد أن حكى ما وقع له من ذلك في المسالك والرؤية في مواضع ، وحكى عن بعض معاصريه موافقته له في ذلك ، وأنهم طلقوا بالعوض جملة من النساء مع عدم الكراهة ، فضلاً عن الجهل بالحوال .

ولقد عثرت على رسالة كبيرة مصنفة في هذه المسألة للعالم الرباني المحقق المدقق الميرزا أبي القاسم القمي قدس سره وهو وإن أبدع فيها و ذكر فيها أنه منذ أربعين سنة أو أزيد كان على خلاف ما ذكره الشهيد ولكنه ظهر له بعد ذلك صحته ، وصنّف الرسالة المزبورة التي هي وإن أبدع فيها لكنّها أدقّ بفقہ الأعاجم المبني على التجشم والتدقيق المعلوم كونه على خلاف طريقة المعتدلين من أهل الفن ، وكان منشأ الوهم ما وقع للمصنّف وغيره من ذكر حكم الخلع مستقلاً ، وذكر حكم الطلاق بعوض غير مرة ، وما وقع لبعضهم كالنخعي والمقداد وأبي العباس في تعريف الخلع ممّا يقتضي كون الطلاق بعوض مفهوماً آخر غير الخلع ، ومن ذلك ونحوه نشأ الوهم في أنه شيء مستقل يوافق الخلع ويفارقه ، بل ظاهر بعض كلمات القمي في رسالته المزبورة أنه حيث يكون موافقاً للخلع يقصده به معنى الخلع لا الطلاق ولقد أشرت سابقاً إلى ما يفسد هذا كله ، فلاحظ وتأمل .

ولكن تريدك هنا أنه ليس في شيء من النصوص طلاق العوض أو طلاق الفداء ، نعم فيها "أن" الخلع والميابة طلاق (٢) ، وظاهرها كالفقهاء إرادة الفردية

(١) الوسائل الباب ١- من كتاب الخلع والميابة .

(٢) الوسائل الباب ٥- من كتاب الخلع و الميابة الحديث ٢ وفيه « الخلع

والميابة تطليقة بآئن » .

منه لا المشاركة في الحكم ، بل ظاهر آية الفداء (١) التي هي في مقام الطلاق ، فعلم من ذلك أهمية الطلاق منه على نحو ما قرّرناه في السلم الذي هو قسم من البيع ، ولا ينافي ذلك تعريف الطلاق سابقاً بما لا يشمل الخلع المبني على إداة تعريف المقابل للخلع منه لا المعنى الأعمّ الشامل له ولغيره ، وحينئذ فلا يحتاج إلى قصد معنى الخلع بلفظ الطلاق المستعمل في مورد الخلع ، بل يقصد معناه ويكون خلعاً باجتماع شرائطه ، كما يكون البيع في مقام السلم مسلماً ، وحينئذ فلا ريب في أن مفهوم الطلاق بالعوض ومفهوم الخلع متباينان ، ولكن لا مصداق لهما إلا مورد الخلع ، ومن هنا افترق الخلع عن الطلاق بالعوض في صيرورة الثاني رجعيّاً ببطلان بعض شرائط الخلع بخلاف الأول ، فأنه يبطل من أصله .

ومن الغريب دعوى الفاضل المزبور بتحقيق الطلاق بالعوض في غير مورد الخلع ، وذكر له أقساماً ستة : أولها الطلاق بالعوض ، والثاني الصلح عن الطلاق بكذا ، والثالث الهبة المعوضة بالطلاق ، والرابع الجمالة على الطلاق ، والخامس اشتراط الطلاق بعقد بيع مثلاً ، والسادس الطلاق مع شرط العوض ، وذكر أن دليل صحة ماعدا الأول والثاني منها عمومات الصلح والهبة والجمالة والبيع .

ثم أطنب في اقتضاء الطلاق الواقع في المذكورات البيّنونة إلا مع التقايل والتفاسخ أو يكفى وقوعه وإن جاز له الرجوع به حيث يكون رجعيّاً ، وتجشم لكونه كالخالع حينئذ يكون المراد في الصلح والهبة والجمالة والشرط في البيع طلاقاً لارجعة له فيه ، فهو حينئذ في قوة اشتراط عدم الرجعة به وإن كان لولا ذلك لكان رجعيّاً ، وجعل دليل الأول قوله تعالى (٢) « أدفوا بالعقود » الشامل ولو للعقد الجديد ومادل على الوفاء بالميثاق أو العهد المحتمل إرادته أيضاً من الوفاء بالعقود ، ودليل الأخير « المؤمنون عند شروطهم » (٣) الشامل للالزام بالعوض على جهة

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

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

الشرطية ولو في ضمن الإيقاع كالشرط في العتق ، إلى غير ذلك مما ذكره فيها الذي لولا الأدب معه لقلنا فيه ما قلنا .

ومن هنا ذكرنا أنها أوفق بفقهاء الأعاجم ، وليته بقى على حاله قبل الأربعين سنة ، ضرورة خروج مفهوم الطلاق بعوض عن المذكورات أجمع ، فانه فيها قد وقع عوضاً ، لا أنه بعوض الذي يراد منه أنت طالق بكذا على وفق الخلع ، على أنه يمكن المناقشة في صحة الصلح عن الطلاق ، بل وجعله عوضاً عن الهبة ، بل وفي كونه عملاً بجعل وإن صرح بجوازه ثانی الشهيدین و بعض من تأخر عنه .

وأغرب من ذلك كله الاستدلال على الأول بعموم «أوفوا» (١) وغيره الذي من المعلوم عدم تناوله للمفروض ، وعلى الثاني بعموم «المؤمنون عند» (٢) إلى آخره الذي قد ذكرنا غير مرة عدم تناوله للإيقاع .

وبالجملة هذه الكلمات و نحوها مما لا ينبغي أن تسطر في أثناء كتب الشيعة التي هي معدن أسرار النبوة ، ومبرأة من أمثال هذه الكلمات اللائقة بكتب العامة لا الخاصة .

وأغرب من ذلك كله الاستدلال على صحته بعوض أو بشرط إلزامي بعمومات الطلاق الذي هو مجرد إنشاء الفسخ الذي هو غير قابل للنقل أو الإلزام بشيء .

ومن ذلك كله وغيره ظهر لك الوجه فيما اتفق الأصحاب عليه من عدم صحة الطلاق بعوض إلا في مورد الخلع ، وحينئذ تلحقه أحكامه من الرجوع بالبذل وغيره ، كما هو واضح .

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ١ .

(٢) الوسائل الباب ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٣ من كتاب النكاح .

المسألة (الثالثة) :

﴿ إذا أتت بالفاحشة جاز عضلها ﴾ عندنا ﴿ لتفدي نفسها ﴾ لقوله تعالى (١) :
 « ولا تعضلوهن » لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن " إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ،
 ﴿ وقيل : هو منسوخ ﴾ بآية الحد (٢) التي هي غير منافية له ﴿ ولم يثبت ﴾
 النسخ ، بل ولا القائل به منّا ، كما اعترف به في المسالك وكشف اللثام ، قال في
 الأوّل منهما : « وأعلم أن القول الذي حكاه المصنف من كون الآية منسوخة تبع
 فيه الشيخ في المبسوط ، وهو قول بعض العامة ، وأما أصحابنا فلا يعرف ذلك لهم
 ولم ينقله أحد من الأصحاب عنهم ، ولكن الشيخ في المبسوط يحكي أقوالهم ويختار
 منها ما ترجّح عنده ، وقد نقل القول بكونها منسوخة بقول وقيل ، وهو ضعيف
 المستند » .

والمراد بالعضل هنا مضارة الزوجة والتضييق عليها بسوء العشرة لتضطر إلى
 الاقتداء منه بمالها ، لأن أصل العضل على ما عن الهروي وغيره : التضييق
 والمنع ، يقال : أردت أمراً فعضلني عنه زيد إذا منعه وضيق عليه ، وأعضل في الأمر
 إذا ضاق .

وأما الفاحشة ففي المسالك « قيل : هو الزنا ، وقيل : ما يوجب الحد مطلقاً ،
 وقيل : كل معصية - ثم قال - : وكون الحكم على خلاف الأصل ينبغي الاقتصار
 منه على محلّ الوفاق ، وهو الأوّل ، لأنه ثابت على جميع الأقوال » .
 وفي كشف اللثام « هي كل معصية كما في التبيان ومجمع البيان وأحكام
 القرآن للراوندي أو ما مر من أقوالها إذا كرهت الزوج ، كما في تفسير عليّ

(١) سورة النساء : ٢ - الآية ١٩ .

(٢) سورة النور : ٢٣ - الآية ٢ .

ابن إبراهيم (١) .

وفي الحدائق « وأما ما يتعلق بهذه الآية (٢) من الأخبار فلم أقف إلا على ما ذكره أمين الاسلام الطبرسي في كتاب مجمع البيان ، حيث قال : « إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » أي ظاهرة ، قيل : وفيها قولان : أحدهما يعنى : إلا أن يزنين ، عن الحسن وأبي قلامه (٣) والسدي ، وقالوا : إذا اطلع منها على زنية فله أخذ الفدية منها ، والآخر أن الفاحشة النشوز ، عن ابن عباس ، والأولى حمل الآية على كل معصية ، وهو المروي عن أبي جعفر عليه السلام (٤) واختاره الطبري .

هذا وفي المسالك « هل يتقيد جواز العضل ببذل مخصوص كمقدار ما وصل إليها؟ ظاهر المصنف والأكثر عدمه ، لا إطلاقهم الجواز إلى أن تفدي نفسها ، لا إطلاق الآية ، ولعمد هم هذا خلماً ، وهو غير مقيد ، ورجح الشهيد في بعض تحقیقاته تقييده بما وصل إليها منه من مهر وغيره حذراً من الضرر العظيم ، واستناداً إلى قوله عليه السلام لزوجة ثابت بن قيس (٥) وقد قالت أزيدة : « لا ، حديقته فقط » ، وفي بعض ألفاظ الخبر « أما الزيادة فلا ، ولكن حديقته » (٦) وحمل كلام الأصحاب على غير صورة العضل ، أو على ما إذا بذلت الزيادة من قبل نفسها - ثم قال - وفي الاحتجاج من الجانبين معاً نظر ، لأن الاستثناء في الآية وقع من إذهاب الأزواج ببعض ما آتوهن لا بجميعه ، والاستثناء إخراج مال الولاية لدخل في اللفظ ، والجميع غير داخل فيه ، فإطلاق الاستثناء لا يفيد ، فلا حجة فيها للفريقين ، وأما الخبر فلا دلالة فيه أيضاً على

(١) تفسير على بن إبراهيم ص ٧٣ و نقله في تفسير البرهان ج ١ ص ٣٥٥ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ١٩ .

(٣) في هامش النسخة الأصلية (أبي قدامة خ ل) إلا أن الموجود في الحدائق ومجمع البيان « أبي قلابة » .

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

(٥) المتقدم في ص ٣ .

(٦) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣١٢ .

موضع النزاع ، لأن المرأة المذكورة ليست من هذا الباب ، ولا عضلها زوجها ، وإنما كان يريد لها لو رضيت عنه ، وإنما هي الكارهة له على أصل قاعدة الخلع ، وتقييده عليه السلام بالحديفة لكون الزوج طلبها ، وإلا لجازت الزيادة إجماعاً ، وأما حمله للكلام الأصحاب على غير صورة العضل ففيه أنهم أطلقوا فيها ، على أنك قد عرفت عدم الدليل على التقييد بقدر ما أخذت منه لامن الآية ولا من الخبر ، وليس ذلك من باب الخلع والمباراة ليمحى عن تقييده بذلك وشبهه ، وأما حديث الأضرار فحسن ، لكنه غير مقيد بكون البذل بمقدار ما وصل إليها ، بل بما يحصل معه الأضرار وعدمه ، والأظهر الاقتصاد في تقدير العضل على بعض ما وصل إليها مطلقاً ، عملاً بظاهر الآية ووقوفاً فيما خالف الأصل على محل اليقين ، ونحو ذلك قد ذكر في الرخصة أيضاً .

قلت : صريح كلامه أن المقام ليس من الخلع والمباراة بعد أن اعترف سابقاً أنهم قد عدّوه في بابه ، وظاهرهم كون المقام منه ، وإلا فقد صرحت النصوص (١) المستفيضة أو المتواترة بعدم حل أخذ شيء منها بدون كراهتها الظاهرة بالأقوال المزبورة ، وقد عرفت أن الطلاق بالعوض لامصدق له غير مورد الخلع .

بل لعل التأمل في كلامهم في المقام وذكرهم الفدية ونحوها يشرف الفقيه على القطع بكون الفرض من مقام الخلع ، وإلا لذكروا له أحكاماً مستقلة من كونه طلاقاً بائناً حينئذ أو رجعيّاً ، وأنه يجوز له الرجوع بما افدته أولاً ، إلى غير ذلك من الأحكام .

على أنه بناء على إرادة كل معصية من الفاحشة ينبغي القول بجواز إكراه المرأة على إفدائها بكل ما يقترحه عليها أو بمقدار ما وصل إليها منه أو بعضه بمجرّد غيبة أو كذبة أو غير ذلك من المعاصي وإن كانت المرأة كارهة للفراق ومحبة لزوجها ، وهو حكم غريب لم يذكره فقيه ، ولا بحثوا عنه ، ولا ذكروا له

أحكاماً .

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

فالأولى أن يقال : إن المراد جواز إكراه المرأة الكارهة لزوجها التي هي موضوع الخلع إذا جاءت بالفاحشة ، وهي نشوزها وخروجها عن طاعته ، لكرامتها له بالتضييق عليها من الهجر وقطع النفقة وغير ذلك مما هو جائز لها حتى تفدي نفسها منه بما يشاء منها ، وهو في الحقيقة ليس إكراهاً بما لا يجوز له ، بل هو إكراه بحق فتأمل جيداً ، فإن المقام غير محذور في كلماتهم ، والله العالم .

المسألة * الرابعة :

* إذا صح الخلع فلا رجعة له * بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وهو الحجة بعد الأصل والنصوص المستفيضة أو المتواترة التي منها قول الرضا عليه السلام في صحيح ابن بزيع (١) « تبين منه ، وإن شئت أن يرد إليها ما أخذ منها ونكون امرأته فعلت » وفي ذيل صحيح ابن سنان المروي في المحكي عن تفسير علي بن إبراهيم (٢) « لا رجعة للزوج على المختلعة ، ولا على المبارأة إلا أن يبدو للمرأة ، فيرد عليها ما أخذ منها » بل ومفهوم موثق أبي العباس (٣) عن الصادق عليه السلام « المختلعة إن رجعت في شيء من الصلح يقول : لا أرجعن في بضعك » وغيرها من النصوص (٤) الصريحة والظاهرة ، وإنما ذكرنا هذه خاصة منها لجمعها بين

(١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٩

(٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث

الدلالة على ذلك ﴿ و ﴾ على أن ﴿ لها الرجوع في الفدية مادامت في العدة ﴾ وإن لم يرض الزوج بذلك .

نعم ﴿ مع رجوعها يرجع إن شاء ﴾ الذي لا أحد فيه خلافاً ، أيضاً إلا من ابن حمزة ، فاعتبر التراضي بينهما مع إطلاقهما ، أما إذا قيدا أو أحدهما كان للمرأة الرجوع بما بذلت ، وله الرجوع بها إن شاء ، ولا ريب في ضعفه وإن نفى عنه البأس في المختلف ، ضرورة كونه كالاجتهاد في مقابلة النص الحاكم على قاعدة كون ذلك مقتضى المعاوضة بعد تسليم كونها كذلك حقيقة .

إنما الكلام في اشتراط جواز رجوعها بإمكان صحة رجوعه وعدمه ، صريح جماعة كما عن ظاهر الشيخ الأول ، بل ربما نسب إلى الشهرة ، وظاهر غير واحد ممن أطلق جواز الرجوع بها حتى المصنف الثاني .

ولعل الأقوى الأول ، لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » وغيرها ، مضافاً إلى ظاهر النصوص المزبورة ، حتى الأول (١) منها الذي مقتضاه اشتراط الجواز المستفاد من قوله « ففعلت » برداً ما أخذت منه ، وكونها امرأة له المنزل على إرادة بحكم امرأته ، باعتبار جواز الرجوع له حينئذ ، للاجماع على عدم رجوعها زوجة له بمجرد رجوعها بالبذل ، فلا يجوز لها رد ما أخذت منه ، ولا تكون امرأة له كما في المطلقة ثلاثاً .

وأما الموثق (٢) فدلالته ظاهرة وإلا لبقى الشرط بلا جزاء ، بل لعل اتفاق الأصحاب على تقييد جواز رجوعها بالبذل بما إذا كان في العدة مع خلو النصوص عنه مبني على التلازم المزبور ، للعلم بعدم جواز الرجوع له بعدها ، لصيرورة المرأة أجنبية حينئذ كالصغيرة واليائسة اللتين لأعدتهما لهما الثلثين قد استفاضت النصوص (٣) بكون طلاقهما حيث يقع بائناً ، فتقييد جواز رجوعها بالعدة مقدمة لجواز رجوعه

(١) الوسائل الباب ٣- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٩ .

(٢) الوسائل الباب ٧- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٣ .

(٣) الوسائل الباب ٢- ٣- من أبواب العدد من كتاب الطلاق .

حينئذ ، كما أن الإجماع وإطلاق النصوص (١) على جواز الخلع لمن لأدّة لها أو كانت عدّةها عدّة بائن كالمطلقة ثلاثاً ، فلا يتوهم اقتضاء النصوص المزبورة اختصاص مورد الخلع بالرجعية باعتبار ما فيها من أنه إن رجعت رجع ، بدعوى كون ذلك كاللزام لما هيته ، إذ هو كما ترى .

فتحقق حينئذ أنه لارجوع لها حيث لارجوع له لعدم عدّة أو لانقضائها أو لغير ذلك ، لأقل من أن يكون ذلك هو المستفاد من النصوص (٢) المزبورة ، فيبقى عدم جواز رجوعها في غيره على أصالة عدم الجواز .

بل قد يقوى بملاحظة الأخير عدم صحّة رجوعها مع فرض عدم علمه بذلك إلى انقضاء محله ، لأنّ الثابت من الأدلة المزبورة رجوعها في حال العلم بذلك ، أما الصحيح الأوّل (٣) الذي قد اعتبر في شرطه كونها امرأة له فأقرب مجازاته حال علمه الذي يكون فيه حينئذ أحق بوضعها ، وأما الموثق (٤) فجواب الشرط فيه الخطاب بقول : « لأرجعن » بضمك ، الذي لا ينطبق إلا على حال العلم ، وأما الثالث (٥) فاختصاص دلالة في حال العلم واضح ، ولم نقف على غيرها ، فيبقى في غير مفادها على أصالة المنع ، مؤيداً بقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » .

ودعوى ظهورها في أن الشرط ثبوت رجوعه شرعاً أم من أن يرجع أم لا - ومتى كانت العدّة رجعية كان رجوعه جائزاً سواء علم أم لم يعلم ، كما لو طلق رجعيّاً ولم يعلم بجوار الرجوع فيها فترك إلى انقضاء العدّة ، فإن ذلك لا يخرج العدّة عن كونها رجعية - واضحة المنع بعد الاحاطة بما ذكرنا من انحصار الدليل في النصوص المزبورة التي لا ينكر عدم استفادة حكم غير الفرد المزبور منها ، لعدم

(١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الخلع والمباراة .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث - ٠ - ٣ .

(٣) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٩ .

(٥) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٤ .

تعرض فيها لغيره ، فيبقى على أصل المنع بعد فرض عدم إطلاق يندرج فيه .
وكذا دعوى كون المحصل من الأدلة كون رجعتها شرطاً في جواز رجوعه ،
والشرط لا يتوقف وجوده على وجود المشروط بالفعل وإلا دار .
بل هي أوضح من الأولى منعاً ، خصوصاً ما ذكر من الدور فيه المعلوم
عدمه في المقام الذى حاصله عدم صحة رجوعها إلا في حال علمه بذلك .
وحينئذ فما في القواعد وغيرها من الحكم بالصحة لا يغلو من نظر ، وكان
منشأ الاشتباه استفادة الحكم الوضعي من النص (١) المزبورة ، وهو غير مقيد ،
وهو كذلك لو أن الأدلة أفادته على الوجه المفروض ، وإنما إفادته على النحو
الذى ذكرناه ، ولا شمول فيه قطعاً .

وعلى كل حال فبناءً على عدم اعتبار العلم في جواز رجوعها لو أنشأ
الرجوع جاهلاً برجوعها فصادف سبق رجوعها فالظاهر الصحة ، من غير
فرق بين الظاهر وغيره ، لا إطلاق مادل على سببته ، كما تقدم البحث في نظائر
ذلك غير مرة .

ثم إنه حيث ترجع المرأة بالبذل ويكون للزوج حق الرجوع فهل تكون
بذلك مطلقة رجعية يثبت لها جميع أحكامها من النفقة والتوارث وغيرها كما هو
أحد الوجهين أو القولين ، لعدم كون الرجعية إلا من جاز الرجوع فيها ، وإيماء
الخبرين (٢) المزبورين إلى ذلك أم لا ، لأنها ابتدأت على البينة وسقوط هذه
الأحكام ، فعودها بعد ذلك يحتاج إلى دليل ، والأصل بقاء الأحكام السابقة ،
ولا يلزم من جواز رجوعه على الوجه المزبور كونها رجعية مطلقاً ، لجواز
أن يراد بالرجعية ما يجوز للزوج الرجوع فيها مطلقاً ، بل في المسالك هو
الظاهر .

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

(١) الوسائل الباب -٧- من كتاب الخلع والمباراة الحديث - ٠ - .

(٢) الوسائل الباب -٧- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٣ و ٤ .

رجعية ولو بائعاً التعبير عنهما أو ما يقاربه ، وعدم ظهور الأدلة في كون الخلع طلاقاً ، وأنَّ بينوته إنما هي من جهة الفداء الذي هو كالشراء أو الصلح ، فمع فرض رجوع البذل عاد الطلاق إلى أصله كما لو فسد ، بل قد يدعى ظهور الأدلة حتى آية «وبعولتهن» (١) في أنَّ الأصل في الطلاق أن يكون رجعيّاً - : إنَّ الصحيح الأوّل (٢) باعتبار قوله ﷺ فيه : «وتكون امرأته» دال على أنَّ المختلعة كالزوجة ، نحو ماورد (٣) في الرجعية ، فإن لم نقل باندراجها فيها أمكن استفادة أحكامها من ذلك ، نحو ما استفيد أحكام الرجعية .

ولعلّه لذلك وغيره أطلق الأصحاب في كلِّ مقام يبطل الخلع فيه صيرورة الطلاق رجعيّاً ، وحينئذ فلا يجوز له نكاح الأخت ولا الرابعة بعد رجوعها بالبذل ، أمّا قبله فلا إشكال في الجواز ، وإن ذكر بعض وجهاً للمعدم ، باعتبار تزلزله ، لا إمكان رجوعها ، لكنّه في غير محله ، إذ هو حينئذ كالاتّجاه في مقابلة إطلاق النصوص (٤) أنه تطليقة بائنة ، وخصوص صحيح أبي بصير (٥) عن أبي عبد الله ﷺ «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أيحلّ له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضي عدّة المختلعة ؟ قال : نعم قد برئت عصمتها منه ، وليس له عليها رجعة » الظاهر - ولو بقرينة ما في ذيله الذي هو كالتعليل - في جواز التزويج بها ، مضافاً إلى صدق عدم الجمع بين الأختين وتزوج الخمسة في الفرض ، وغير ذلك .

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٨ .

(٢) الوسائل الباب -٣- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٩ .

(٣) الوسائل الباب -١- من أبواب أقسام الطلاق و الباب -١٣- منها الحديث ٦

والباب - ٢٠ - منها الحديث ١١ والباب - ١٨ و ٢٠ و ٢١ - من أبواب العدد من كتاب الطلاق .

(٤) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب الخلع و المباراة .

(٥) الوسائل الباب -١٢- من كتاب الخلع والمباراة .

وهل لها الرجوع بالبذل حينئذ وإن لم يجز له الرجوع باعتبار كون المانع من قبله ، مع أنه يتمكن منه أيضاً ولو بتطليق الأخت مثلاً بائناً - كما مال إليه بعض الناس - أو لا يجوز الرجوع ، لعدم تناول النصوص (١) المزبورة المنعصر فيها دليل جواز رجوعها للفرض خصوصاً الأول (٢) منها بل والثاني (٣) والثالث (٤) ؟ ولعلّه الأقوى ، ولا ينافي شيئاً مما ذكرنا ما في شرح الارشاد وغيره من نفي الخلاف أو الاتفاق على كون البذل جائزاً من جهتها المعلوم إرادة ذلك في الجملة منه خصوصاً بعد عدم ذكرهم له في سياق المسألة ، وإنما ذكر في أثناء كلامهم في غير المقام ، كما هو واضح بأدنى ملاحظة .

ثم إنه لا يخفى عليك ظهور الموثق (٥) المزبور ، وقوله ^{الصحیح} في صحيح ابن سنان (٦) : « ينبغي » إلى آخره المعلوم منه إرادة استحباب اشتراط مقتضى الخلع فيه جواز (٧) رجوعها ببعض البذل ، وأنه يثبت له حق الرجوع بذلك ولا ينافي ذلك قوله ^{الصحیح} في الصحيحين (٨) : « ما أخذ منها » الظاهر في جميعه بعد أن لم يكن ظاهراً في الشرطية ، وأقصاه أن ذلك أحد أفراد الرد ، فلا ينافي استفادة جواز الفرد الآخر له وهو رد البعض من الموثق والصحيح ، مؤيداً ذلك بأنه إذا صح لها الرجوع بالجميع صح لها الرجوع بالبعض ، لأن الحق لها ، فلها إسقاط بعضه ، كما لها إسقاط جميعه ، فإن عدم الرجوع في قوة الإسقاط ، إذ لا يلزم منه رجوع العوض الآخر .

ومن ذلك بان لك ضعف احتمال عدم جواز رجوعها بالبعض ، لأن ذلك يقتضي

(١ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الخلع و المباداة الحديث

- ٣ - ٢ - ٠ .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع و المباداة الحديث ٩ .

(٥ و ٦) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الخلع و المباداة الحديث ٣ - ٤ .

(٧) هكذا في النسختين الاصليتين والصحيح « في جواز » .

(٨) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الخلع و المباداة الحديث ٢٠٢ .

صيرورة الطلاق رجعيًا ، وهو مشروط بعدم الاشتغال على العوض ، و الفرض بقاء البعض عوضاً ، إذ لا فرق بين القليل والكثير ، ومن ثم لو جعل ابتداء ذلك القدر الباقي أو أقل منه كفى في البيئونة ، والجمع بين كون الطلاق رجعيًا وبقاء العوض في مقابلته جمع بين متنافيين ، إذ هو كالاكتفاء في مقابلة النص ، على أن العوض هنا المجموع دون البعض الباقي وإن كان صالحاً لأن يكون عوضاً لو وقع الخلع عليه ، فيصدق حينئذ باقتفاء البعض انتفاء العوض ، ويثبت حكم الرجوع .

ومن الغريب ميله إلى ذلك في المسالك مستدلاً له بما سمعت قال : « وفي صحيح ابن بزيح (١) ما يرشد إليه ، لظهوره في اعتبار رد الجميع ، لأن « ما » من صيغ العموم ، فلا يترتب عليها الحكم بالبعض ، وهو العمدة في الباب لصحته ، وفيه ما لا يخفى بعد الاطاعة بما ذكرناه .

وأضعف منه احتمال جواز رجوعها بالبعض ، لأن البذل جائز من جهتها ، ولكن لا يجوز له الرجوع ، لأن بقاء شيء من العوض مانع من رجوعه وهو حاصل ، إذ هو مع ما فيه مناف لقاعدة الاضرار ، والتحقيق ما عرفت .

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

بقي شيء ، وهو أن ظاهر النص (٣) والفتوى في المقام عدم الفرق في صيرورتها بحكم الرجعية في جواز الرجوع بها بين فراقها بصيغة الخلع أو الطلاق كما ذكرناه سابقاً ، وهو مؤيد لما ذكرناه سابقاً من احتمال صيرورتها مطلقة رجعية لو بان فساد البذل وإن كان بصيغة « خلعت » ، ولو لم يكن إجماعاً منهم لا يمكن القول هنا أيضاً بأنه إن كانت الصيغة هنا بلفظ « خلعت » ورجعت بالبذل فسد الخلع من أصله وعادت المرأة امرأة له بلا رجوع منه ، بل ربما أمكن تنزيل صحيح ابن

(١) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٢ .

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٣ - - .

بزيع (١) عليه ، بخلاف ما إذا كان الخلع بلفظ الطلاق ، فإنه حينئذ يبطل الخلع ، ويبقى الطلاق رجعيّاً أو غيره على حسب موردّه ، كما عرفته سابقاً ، وبذلك حينئذ تنظم كلماتهم التي منها قوله :

المسألة (٥) الخامسة :

﴿ لو خالعهما وشرط الرجوع (الرجعة خ ل) لم يصح ﴾ الشرط ، لكونه مخالفاً للسنة (٢) المقتضية كون الخلع طلاقاً بائناً ، بل يبطل الخلع أيضاً ، كما صرح به في المسالك ، لكنه شبه المعاوضة التي قد عرفت بطلانها ببطلان الشرط فيها في محله ، خلافاً لابن إدريس كما تقدم تحقيق الحال فيه في كتاب البيع ، ولا يكون الخلع ببطلان الشرط طلاقاً ، لما عرفت من عدم انعقاد الطلاق به عندهم ، وأنّ العوض عندهم جزء مفهومه ومنه الشرط ، فمع فرض بطلانه يبطل أصل الخلع .

﴿ وكذا ﴾ يبطل الشرط ﴿ لو طلق بعوض ﴾ لأنّه شرط باطل على كل حال ، من غير فرق بين كون الخلع بصيغة « خلعت » أو صيغة الطلاق بعوض ، نعم في المسالك هنا أنه ينبغي أن يقع الطلاق رجعيّاً إن خلا من موجبات البينونة ، وإلاّ اتّجه بطلانه ، وهو مبني على مذاقه الذي قد تقدم النظر فيه ، ضرورة عدم الفرق في القصد بين كون مورد الطلاق رجعيّاً وغيره ، فمع فرض عدم اقتضاء فساد العوض أو الشرط فساد أصل الطلاق لكونهما قصدين متباينين يتّجه صحة الطلاق كيفما كان موردّه ، وإلاّ بطل فيهما ، وظاهر الأصحاب عدم مدخلية العوض في صحة قصد الطلاق ، فينتجه في المقام المفروض فيه بطلان الشرط صحة الطلاق وإن بطل المعنى المعاوضي الذي به صار خلعاً على طريقة المعاوضة التي تبطل ببطلان

(١) الوسائل الباب ٧- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب ٥- من كتاب الخلع والمباراة .

الشرط فيها وإن كان للنظر في أصل دعوى تمايز قصدى الطلاق والعوض وعدم الارتباط بينهما على نحو المعاوضة لاني العوض ولا في الشرط مجال .

المسألة السادسة :

﴿ المختلعة لا يلحقها طلاق بعد الخلع ﴾ عندنا بلا خلاف ولا إشكال ﴿ لأن ﴾ وقوع ﴿ الثاني ﴾ بها ﴿ مشروط بالرجعة ﴾ والفرض انتفاؤها ، وكذا الظاهر والإيلاء المعتبر في موردهما كونها زوجة ، وهي بالخلع الذي هو تظليقة بائنة صارت كالأجنبية . ﴿ نعم لو رجعت في الفدية فرجع ﴾ هو بها ﴿ جاز استئناف الطلاق ﴾ لصيرورتها زوجة حينئذ ، كما هو واضح .

المسألة السابعة :

﴿ إذا قالت : « طلقني ثلاثاً بألف » فطلقها قال الشيخ ﴾ فيما حكاه المصنف والفاضل في معكى التحرير عنه : ﴿ لا يصح ﴾ عندنا ﴿ لأنه طلاق بشرط ﴾ وفيه ما لا يخفى من أنه لا شرط في الفرض . ﴿ و ﴾ لذا قال المصنف مشيراً إلى النظر فيه : ﴿ الوجه أنه طلاق في مقابلة بذل ، فلا يعد شرطاً ﴾ لكن في المسالك « الذي رأيناه في كلام الشيخ خلاف ذلك ، وأنه نقل البطلان معللاً بالشرط في كلام آخر يخالف ما نقله المصنف في اللفظ والمعنى ، وهو أنه جعل مورد الشرط ما لو قالت : « طلقني على أن لك علي ألفاً » وهذا اللفظ هو المحتمل للشرط دون ما عتبر به المصنف ، لأن الباء صريحة في العوض ، قال في موضع من المبسوط : إذا قالت لزوجها : « طلقني ثلاثاً بألف درهم » فقال لها : « قد طلقتك ثلاثاً بألف درهم » صح عند المخالف ، وعندنا لا يصح ، لأن الطلاق الثلاث لا يقع عندنا بلفظ واحد ، ولا يجب أن نقول هنا أنها تقع واحدة ، لأنها إنما بذلت العوض في الثلاث ، فإذا لم يصح

الثلاث وجب أن يبطل من أصله ، ثم قال : إذا قالت له : « طلقني ثلاثاً على أن لك علي ألفاً » فطلقها صح الخلع ، ولزمها الألف ، وانقطعت الرجعة ، وعندنا لا يصح ، لما قلناه ، ولأنه طلاق بشرط ، وقال في موضع آخر إن قالت له : « طلقني ثلاثاً بألف » فطلقها ثلاثاً فعليها الألف ، وإن طلقها واحدة أو اثنتين فعليها بالحصّة ، وعندنا أنه لا يصح أصلاً ، وقد مضى . وإن قالت له : « طلقني ثلاثاً على ألف » فالحكم فيه كما لو قالت بألف ، وقال قوم في هذه : « إن طلقها ثلاثاً فله ألف ، وإن طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ، ولم يجب عليها ما سمي ، وفصل بينهما بأن قال : إذا قالت بألف فهذه باء البذل ، والبذل يقتضي أن يقسط على المبذل ، كما لو باعه ثلاثة أعبد بألف ، وإذا قال : « علي ألف » علق الطلاق الثلاث بشرط هي الألف ، فإذا لم يوقع الثلاث لم يوجد الشرط ، فلم يستحق شيئاً » .

قلت : لا ريب في أن تعليل البطالان في العبارة المزبورة بصورة التعبير بعلى لالباء ، مع أن مختاره كونها كاللباء في إفادة العوضية وإن حكى عن بعضهم الشريطة ، لظهور قوله تعالى (١) : « أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجيج » في العوض ، بل هو المراد من قوله تعالى (٢) : « أتبعك على أن تعلمن مما علمت رشداً » الآية ، وأوضح منه « فهل نجعل لك خرجاً على أن تجعل بيننا وبينهم » (٣) إلى آخرها .

مضافاً إلى إمكان دعوى فهم العرف منها ذلك من سائر استعمالاتها في أمثال المقام ، خصوصاً بعد أن لم يذكر أحد أنها من أدوات الشرط وإن كان لامانع من قصد معناه فيها في بعض المقامات بضرب من التجوز أو غيره .
على أن الأمر في ذلك سهل ، لأنها مسألة لفظية ، فلا وجه للاطناب فيها كما في المسالك ، على أن المصنف لم يسند ذلك إلى الشيخ في المبسوط ، ولعله في

(١) سورة القصص : ٢٨ - الآية ٢٧ .

(٢) سورة الكهف : ١٨ - الآية ٦٦ - ٩٢ .

الخلاف ، بل لعلّه في المبسوط في موضع غير ما نقله ، فإن من لاحظ المبسوط يعلم تشويشه وكثرة تفريعه على مذاهب العامة والخاصة على وجه يشبه الحال في كثير من مقاماته ، بل لانتقيح في كثير من عباراته ، ولعلّه لذا هجر استعماله في هذه الأزمنة ، واقتصر على المنقول عنه في الكتب المعروفة .

و كيف كان ﴿ فـ ﴾ لتحقيق الحال في مفروض المسألة على أصولنا أنّها ﴿ إن ﴾ قصدت الثلاث ولاء ﴿ من دون تخلل رجعة بزعم صحتها مفيدة للبينونة سواء كان التثليث مترتباً أو مرسلًا ﴾ ﴿ لم يصحّ البذل ﴾ لكونه بذلاً على أمر باطل ، ضرورة معلومية عدم وقوع الثلاث عندنا بذلك ﴿ وإن طلقها ثلاثاً مرسلًا ﴾ بأن قال : « أنت طالق ثلاثاً ، فضلاً عن المترتب الذي يقع فيه الثاني والثالث على المطلقة ، لما عرفت من عدم وقوعه بذلك ثلاثاً عندنا على كل حال ، بل هو في المرسل إما باطل أو يقع واحدة على الخلاف السابق ، فلا يملك البذل حينئذ بذلك . ﴾ لأنه لم يفعل ما سأله ﴿ من الطلاق الثلاث المقتضي للبينونة ، ألهم إلا أن تريد التلفظ بذلك ، وهو خروج عما نحن فيه .

﴿ وقيل ﴾ ﴿ كما عن موضع من المبسوط بناءً على وقوع الواحدة بالآخر ﴾ ﴿ يكون له الثلث ﴾ من الألف ، وكذا المترتب ﴿ لـ ﴾ سأنه هو بعد أن جعل عوضاً كان موزعاً على الثلاث والفرض ﴿ وقوع الواحدة ﴾ قطعاً في المترتبة ، وفي قول في المرسلة ، فيكون لها ثلث الألف ، وفيه أن الظاهر جعل البذل في مقابلة المجموع الذي ينتفي بائتفاء بعضه ، فلا يستحق شيئاً ، ولذا كان المحكي عن موضعين آخرين من المبسوط عدم استحقاق شيء .

﴿ أما لو قصدت الثلاث التي يتخللها رجعتان ﴾ ففي القواعد وغيرها ﴿ صح ﴾ وظاهرها صحة ذلك خلعاً ، لكونه حينئذ بذلاً على شيء صحيح له فائدة فقصده ، وفيه منع عموم أو إطلاق في أدلة الخلع على وجه يتناول الفرض بحيث تجري عليه أحكام الخلع التي قد عرفت مخالفتها للأصل .

نعم قد يقال بصحته جمالة على إشكال فقد تمت الإشارة إليه ، وبأنه تحقيقه في محلها ، بل وكذا الإشكال في صحته صلحاً كما أشرنا إليه سابقاً .

بل ربما أشكل كونه خلماً أيضاً بأن وقوع الثلاث على هذا الوجه يستدعي تأخر الطلقتين الأخريتين عن استدعائها بتخلل الأول بينهما وبتخلل الرجعتين ، وذلك منافٍ لعقد الخلع كما سلف ، وبأن البذل في مقابل الطلقات الثلاث ورجوعه في كل واحدة متوقف على رجوعها قبله بالبذل ، فإن لم يحصل لم تصح الطلقات ، لكونها بائنة يتوقف على رجوعها ثم رجوعه ليصح الطلاق المتعقب ، وإن حصل لم يتحقق استحقاقه الألف ، لأن رجوعها بالبذل يرفع استحقاقه له ، فلا يكمل له الألف في الثالثة ، ولو قيل بأن البذل في مقابلة الثالثة خاصة ليسلم من توقفه على رجوعها لم يحصل الفورية بين طلبها وجوابه أصلاً .

وعن بعض الجواب عن الأخيرين باعتبار الفورية في الطلاق الأول خاصة ، وجعل الباقي من تمة المقصود ، واعتبر رجوعها في البذل بين الطلقات ، لتوقف ما طلبته عليه ، والتزم توقف ملكه للألف على الثالثة ، لأن بها حصل ما طلبته فاستحق ما بذلته ، فيكون الأولان شرطاً في استحقاق البذل على الثالثة لاجزاء من المطلوب .

وعن بعض آخر الجواب بأن شرطها ذلك إذن منها له وتوكيل في الرجوع عنها في البذل ، لاستلزام وقوع الثلاث على هذا الوجه بتخلل الرجوع ، فإذا بذلت عليه العوض فقد أذنت له في فعل ما يتوقف عليه صحته ، فإذا طلق واحدة جاز له الرجوع عنها في البذل لتصير رجعية ، ثم يرجع ويطلق ، ثم يرجع في البذل كذلك ثم يرجع هو ويطلق .

وقد يناقش في الأول بأن رجوعها يمنع من تملكه للعوض المفروض في مقابلة الطلقة المرجوع في عوضها ، فلا يمكن الجمع بين كون الألف مبذولة في مقابلة الثلاث وبين ثبوتها في مقابلة الأخيرة ، لأن ثبوتها في مقابلة الأخيرة خاصة يقتضي كون الأولتين رجعتين ، فلا يفتقر إلى رجوعها في العوض ، وأيضاً فإن مقتضى

لفظها كون العوض في مقابلة المجموع لا الثالثة خاصة .

وفي الثاني بأن صريح لفظها إنما هو بذل الألف في مقابلة طلاقه لها أما فعل ما يتوقف عليه من رجوعها فلا ، ولا يلزم من عدم صحة طلاقه بدون رجعتها إذ نها له في الرجعة ، لجواز أن يوقع هو الطلاق ثم يتوقف على رجوعها بنفسها في العوض ، وأيضاً فالمحذور السابق من جعل البذل في مقابلة الجميع وسقوط ما قبل المرجوع فيه آت هنا .

وربما ظهر من بعضهم أنه لا حاجة إلى دعوى التوكيل منها ، بل يجوز له الرجوع بالأولتين وإن كانتا متقابلتين ، لعدم تمام الخلع الذي يتوقف رجوعه على رجوعها بالبذل ، وهو كما ترى أيضاً ، ولعل الأولى منه جعل البذل في مقابلة الثالثة التي بها يتحقق الخلع ، والأولتان مقدمة لتحقيق كونها ثالثة ، وهما رجعتان ، إلا أن فيه أيضاً أنه خلاف ظاهر اللفظ ، و منافي لترتيب صيغة الخلع بالفصل بطليقتين ورجعتين ، والفرض عدم كونهما من متعلقات صيغة الخلع .

و من هنا جعل في المسالك « الحق في الجواب عنهما أن يقال : البذل إنما دفع في مقابلة المجموع من حيث هو مجموع ، لا في مقابلة كل واحد من الثلاث على وجه التوزيع ، ولا في مقابلة الثالثة خاصة ، وحينئذ فلا يتحقق استحقاقه العوض إلا بتمام الطلقات الثلاث ، فالأوليان تقعان رجعتين محضاً ، فله الرجوع فيهما من غير أن يتخلل رجوعها في العوض ، فإذا تمت الثلاث استحق العوض بتمامه ، لا في مقابلة الثالثة كما قيل ، بل في مقابلة المجموع من حيث هو مجموع ، وكانت حينئذ بائنة بوجهين : كونها في مقابلة عوض ، و كونها ثالثة ، والأوليان رجعتان ، لعدم بذل عوض في مقابلهما من حيث إنهما مفردتان ، بل من حيث إنهما جزء من المجموع ، وذلك لا يقتضي استحقاق شيء في مقابلهما ، فارفع الإشكال الثاني . وأما الأول فيرفع بفورية الطلاق الأول لاستدعائها وانباعه بالباقي مع تخلل الرجعتين على الفور ، لأن مجموع ذلك مطلوب واحد وعقد واحد ، فيكفي ترتيب

أو له على استدعائها وإن بعد الجزء الأخير ، كما لا يقدر بعد الجزء الأخير من الطلاق الواحد عن الاستدعاء ، وهما مشتركان هنا في الوحدة من حيث اتحاد المطلوب ، وكون البذل في مقابله ، وإن افترقا بتعدد أحدهما في نفسه فإن ذلك أمر آخر .

قلت : لكن فيه ما ذكرناه من الاشكال ، وهو عدم صلاحية تناول أدلة الخلع لمثل المفروض ، خصوصاً بعد تخلل الرّجعة المقتضية لعودها زوجة المنافية لكونها جزء الخلع كما هو واضح ، بل قد يقال بعدم معقولية ما ذكره ، ضرورة كونه حاصله أنّ المجموع من حيث هو كذلك هو المقابل بالعوض ، فينبغي أن يكون هو الخلع ، ولا يتعقل كون مجموع طلاقات مستقلة طلاقاً واحداً خلعياً ، إذ هو كدعوى كون مجموع بيوع مثلاً بيعاً واحداً ، كما أنّه لا يتعقل أيضاً كون كل من الثلاث طلاقاً خلعياً ، ولذا يتوقف رجوعه على رجوعها في الاثنين ، وأنه بالتامام يكون الطلاق طلاقاً واحداً خلعياً ، إذ هو كما ترى ، خصوصاً مع ملاحظة ماورد من النصوص (١) بأن الخلع تطليقة بائنة ، بل ظاهر جميع النصوص كون الخلع تطليقة واحدة بائنة ، فلا تتناول المركب من الطلاقات المتعددة بل المركب منها ليس طلاقاً شرعياً ، بل هو نحو المركب من البيوع المتعددة ، أقصى ما هنا جعل الشارح الطلاق الثالث محرماً ما لنكاحه لها حتى تنكح زوجاً غيره ، كما أنّه جعل التاسع في بعض الوجوه محرماً ما أبداً ، فالمتبجه حينئذ دعوى الصحة في الفرض لا على جهة الخلع ، نعم يصح جملة على البحث السابق .

و حينئذ ﴿فان طلق ثلاثاً فله الألف﴾ ، وإن طلق واحدة ﴿كما عن المبسوط﴾ قيل له : ثلث الألف ، لأنه جعلته في مقابلة الثلاث ، فاقضى نفسيط المقدار على الطلاقات بالسوية ، وفيه تردد ، منشأه جعل الجملة في مقابلة الثلاث بما هي فلا يقضى التقسيط مع الانفراد ﴿خصوصاً والطلقة ليست متقومة ، والعمدة هنا الثالثة إن لم يختص بها البذل﴾ .

﴿ و لو كانت معه على طلاقة ﴾ مثلاً ﴿ فقلت طلقني ثلاثاً بألف فطلق واحدة ﴾ لا بنية الأقل منه ﴿ كان له ثلث الألف ﴾ لقاعدة التوزيع .

﴿ وقيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي المبسوط : ﴿ له الألف إن كانت عالمة ﴾ بعدم بقاء غير الواحدة وأنها تبين منه بها ، لأن ذلك يكون قرينة على إرادة بذلها في مقابلتها وأن غرضها الحرمة الكبرى ، على معنى كمال لى الثلاث بألف ﴿ والثلث إن كانت جاهلة ﴾ لقاعدة التوزيع ﴿ وفيه الاشكال ﴾ السابق .

و قيل : يستحق الألف على كل حال لحصول المراد بالثلاث بالواحدة ، وهي الحرمة الكبرى ، وقيل : لا يستحق شيئاً ، لعدم حصول ما استدعته ، بل هو لا يملكه فلا يمكنه ، والتوزيع قد عرفت ما فيه ، ودعوى كون علمها بالحال قرينة على ما عرفت ممنوعة ، ومع فرضها يكون خروجاً عن محل النزاع ، وهو الذى اختاره في المسالك .

و لو سألت الثلاث على هذا الوجه و كان يملك طلقتين فطلقها واحدة فله ثلث الألف على الأوّل ، وكذا على الثانى مع جهلها ، ومع علمها فالنصف توزيعاً للألف على الطلقتين ، ولا شيء له على الرابع ، والثالث منتف هنا ، نعم لو طلقها تطليقتين استحق تمام الألف عليه ، وثلثيه على الأوّل ، بل وعلى الثانى مع الجهل ، وتمام الألف مع العلم ، ولا شيء على الرابع .

المسألة * الثامنة :

* لو قالت : « طلقني واحدة بألف » فطلق ثلاثاً ولاءً * بأن قال : « أنت طالق ثلاثاً » * وقعت واحدة * بناءً على حصولها بذلك * و * حينئذ يكون * له الألف * لا يئانه بما سألت إلا مع احتمال إرادتها الواحدة التي تحصل بغير التركيب المزبور لغرض من الأغراض لها ، فان المتجه حينئذ صحته طلاقاً لا خلعاً ، لعدم كونه جواباً لما سألت ، كما هو واضح . ولا فرق في الأول بين العالم بالحوال والجاهل .

لكن في المسالك « لوقيل بالفرق وتخصيص الحكم المذكور بالعالم كان وجهاً ، ويبقى الكلام في الجاهل الذي يجوز وقوع الثلاث ، فان قصد الألف في مقابلة الأولى فكذلك ، وإن قصدها في مقابلة غيرها أو مقابلة الجمع توجه عدم لزوم الألف ، لأنه لم يقصد تملكها في مقابلة الطلاق الصحيح ، بل علق تملكها على أمر لم يتم له كما لوطلقها ثلاثاً ولاءً وقصدها في مقابلة غير الأولى ، وفيه أن المفروض كون الوقوع بالارسال الذي لا يتصور فيه أولى و ثانية وثالثة ، اللهم إلا أن يريد التقدير .

* و * حينئذ يتجه فيه ما تسمعه فيما * لو قالت : طلقني واحدة بألف فقال : أنت طالق فطالق فطالق * فانه لا خلاف عندنا ولا إشكال في أنها متى قالت : ذلك * طلقت بالأولى ولغا الباقي ، فان قال : الألف في مقابلة الأولى فالألف له ، وكانت الطلقة بائنة * لتحقيق الخلع بها ، ولغت الثانية والثالثة ، لوقوعهما على بائنة .

* ولو قال في مقابلة الثانية كانت الأولى رجعية * لأنها لم يقصد مقابلتها بعوض وإن سأله هي ، فان المدار على قصده * وبطلت الثانية والفدية * فضلاً عن الثالثة ، لعدم صحة الطلاق عندنا على المطلقة وإن كانت رجعية ، وكذا لو قصد في مقابلة الثالثة .

﴿ولو قال : في مقابلة الكل﴾ قال الشيخ : وقعت الأولى وله ثلث الألف ﴿بناءً على التوزيع ، وبطل الثانية والثالثة وما خصتهما من التقييد ، لوقوعهما على مطلقه .

﴿وفيه إشكال من حيث إيقاعه ما التمسته﴾ وهو الطلقة الصحيحة ، فينبغي استحقاقه الجميع إن نوى كون الفداء في مقابل الكل ، لأن الخلع ليس معاوضة محضة حتى يبطل باختلاف الإيجاب والقبول في العوض ، كما لو قال : « بعثك هذه العبيد الثلاثة بألف » فقال : « قبلت واحداً معيئناً منها » فإنه لا يصح قولاً واحداً ، وقد يدفع بأنه وإن لم يكن معاوضة محضة لكنه لما قصد كون الألف في مقابلة الجميع فقد نوى فعل الأول بثلاث الألف فلا يستحق الجميع ، لأن هذا الاستدعاء شبه الجمالة ، ومع بذل الجاعل عوضاً - فقبل القابل بنية التبرع أو بنية الأقل - لا يستحق الجميع ، فكذا هنا .

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

ولا يشكل ذلك بأن المتبج حينئذ عدم استحقاقه شيئاً ، لعدم مطابقة الجواب السؤال ، إذ هو حينئذ كما لو قالت : « طلقني بألف » فقال : « أنت طالق بخمسائة » لأننا نقول : الظاهر الصحة في المشبه به أيضاً ، كما عن الشيخ ، لأنه زاد جزاءً خيراً ، ولأنه قادر على إيقاعه بغير عوض ، فأولى أن يقدر على إيقاعه ببعض العوض المبذول الذي قد حصل إنشاؤه في ضمن إنشاء بذل الجميع ، وقد عرفت أن المقام ليس كالمعاوضات المحضة ، بل هو من قبيل الداعي .

وكذا لا يشكل ما هنا بأنه منافي بعدم الحكم بالتوزيع في المسألة السابقة ، لوضوح الفرق بين المقامين ، فإنه في الأول قد أتى ببعض ما التمسته من الطلقات ، وهو غير موافق لغرضها ، بخلاف المقام الذي قد أتى فيه بملتمسها بأنقص من

العوض الذي بذلته ، فإن مرجعه إلى التبرع بالزائد عن الثلث ، و ليس كل ما فعل ما التمسته يستحق عليه ما بذلته ، فانه لو نوى التبرع بالطلاق الملتصق بغير عوض لا على وجه الجواب المطابق لم يستحق شيئاً فكذا هنا بالنسبة إلى بعض العوض .

المسألة * التاسعة : *

* إذا قال أبوها : طلقها و أنت برىء من صداقها * أو بعبارة بمعنى أنه بذل له مالها في ذمته على طلاقها * فطلق صح الطلاق رجعيًا * إن كان مورده كذلك * و لم يلزمها الإبراء ، ولا يضمنه الأب * الذي هو أجنبي بالنسبة إلى ذلك مع بلوغ البنت و رشدها ، والفرض عدم وكالته ، فلا ضمان عليه للزوج ولا للبنت بعد عدم حصول الخلع والبراءة ، نعم لو أجازت هي ذلك و قلنا بصحة الفضولي في ذلك صح البذل و كان خلعاً .

بل في المسالك « إن كان ولي عليها بصغر أو جنون أو سفه لم يصح أيضاً ، لأنه إنما يملك التصرف فيما له فيه غبطة و حفظ ، ولا حظ لها في هذا ، كما لو كان لها دين فأسقطه - بل قال - : لا فرق في ذلك بين إبرائه من الجميع أو البعض و إن جو زناله العفو عن بعضه ، لأن العفو أمر آخر غير جعله عوضاً عن الطلاق ، وأيضاً فإن العفو عن البعض مشروط بوقوعه بعد الطلاق ، كما تشعر به الآية ، والبراءة هنا تكون بنفس الطلاق فلا يقع ، وإن كان فيه لا ما يخفى ، ضرورة كون هذا التصرف بمالها كغيره من أموالها يتبع فيه عدم المفسدة أو المصلحة على القولين ، بل أقواهما الأول في الولي الاجباري ، ولا خصوصية للمقام ، فينبغي بناء صحته و فساده على ذلك لا الجزم بعدمه مطلقاً ، و لعل كلام المصنف و غيره منزل على الكبيرة الرشيدة لا غيرها من المولتي عليها التي يدور الحكم فيها على ما عرفت ، من غير فرق بين الولي الاجباري وغيره .

ثم إن ذكره السفيه هنا مع الصغيرة والمجنونة لا يخلو من شيء ، لأن السفيه

محجر عليه في التصرف فيما له ، وليس عبارته مسلوقة ليقوم الولي مقامه في البذل ، كما تقدم تحرير الكلام فيه في محله .

المسألة ﴿ العاشرة ﴾ :

﴿ إذا وكتلت في خلعها مطلقاً ﴾ صح ، لمعلومية عدم اعتبار المباشرة في البذل ، فتشمله عمومات الوكالة و ﴿ اقتضى ﴾ إطلاق الوكالة الذي هو بمعنى الاختصار على التوكيل من غير ذكر المقدار لا عمومياً ولا خصوصاً ﴿ خلعها بمهر المثل ﴾ فما دون ﴿ نقداً بنقد البلد ﴾ بناءً على انصرافه من الإطلاق المزبور على نحو التوكيل في البيع والشراء وإن كان لا يخلو من نظر .

﴿ وكذا ﴾ الكلام في ﴿ الزوج إذا وكتل في الخلع وأطلق ﴾ على الوجه المزبور اقتضى أيضاً الخلع بمهر المثل فما فوق نقداً بنقد البلد ﴿ فان بذل وكيها ﴾ المزبور الـ ﴿ زيادة على مهر المثل بطل البذل ﴾ أو كان موقوفاً على الاجازة ، فان لم تحصل بطل ﴿ وقع الطلاق رجعيّاً ﴾ إن كان مورده كذلك ، وكان الخلع بصيغة الطلاق ﴿ ولا يضمن الوكيل ﴾ للأصل وغيره .

﴿ ولو خلعها وكيل الزوج بأقل من مهر المثل بطل الخلع ﴾ إن لم تحصل الاجازة ﴿ ولو طلق بذلك البذل لم يقع ﴾ الطلاق فضلاً عن الخلع مع فرض عدم الاجازة ﴿ لأنه فعل غير مأذون فيه ﴾ فيكون طلاق أجنبي ، بخلاف ما لو طلق الزوج بمعوض بذله الوكيل فبان غير وكيل مثلاً ، فانه يبطل الخلع و يصح طلاقاً كما هو واضح .

﴿ ويلحق بـ ﴾ فصل ﴿ الأحكام مسائل النزاع وهي ﴾ كثيرة لا يخفى حكمها المبني على قواعد التداعي ، ومن هنا اقتصر المصنف منها على ﴿ ثلاث ﴾ :

﴿ الأولى ﴾ :

﴿ إذا اتفقا في القدر ﴾ كالمأة و نحوها ﴿ و اختلفا في الجنس ﴾ كالدّرهم والدّينار والابل والغنم مثلاً ﴿ فالقول قول المرأة ﴾ يمينها ، كما عن المبسوط والجواهر ، بل في المسالك نسبته إلى الأكثر ، لأنها هي المدعى عليها ، والموافق قولها لأصل البرائة ، فتحلف يميناً على نفي دعواه ، وفي المسالك « تحلف يميناً جامعة بين نفي ما يدّعيه وإثبات ما تدّعيه » وفيه أن ما تدّعيه لاحاجة لليمين عليه ، لثبوته باقرارها .

وعلى كلّ حال ليس للزوج أخذه لاعترافه بعدم استحقاقه له ، وفي المسالك « نعم لو أخذه على وجه المقاصة اتجه جوازه » وفيه أنه منافي لقاعدة ذهاب اليمين بما فيها .

وكيف كان فقد أشكل في المسالك القول المزبور بأن « كلاّ منهما مدّعي ومدعى عليه ، والاخر ينكر ما يدّعيه ، والقاعدة في نظائره كالبيع والاجارة التحالف - إلى أن قال - : فلو قيل : إنهما يتحالفان ويسقط ما يدّعيانه بالفسخ أو الانفساخ ويثبت مهر المثل إلا أن يزيد عما يدّعيه الزوج كان حسناً ، ولا يتجه هنا بطلان الخلع ، لانفاقهما على صحته ، وإنما يرجع اختلافهما إلى ما يثبت من العوض ، ويحتمل أن يثبت مع تحالفهما مهر المثل مطلقاً لتسلط الدعويين بالتحالف ، خصوصاً إذا كان الواجب منه مغايراً لما يدّعيه الزوج حتّى لا يدخل في ضمن دعواه » .

وفي كشف اللثام بعد أن حكى عن الجامع قولاً بالتحالف ، وعن المبسوط أنه حكاه عن العامة قال : « وهو أدلى ، فإذا تحالفا ثبت مهر المثل » .

قلت : لا يكاد يخفى وجه التحالف على مثل المصنّف والفاضل وغيرهما ، خصوصاً بعد أن ذكروا ذلك في نظائره ، إلا أن ذلك منهم هنا مؤيد لما ذكرناه سابقاً من

عدم كون الخلع عندهم من المعاوضات الصرفة ، بل هو قسم من الفداء ، وحينئذ يتجه ما ذكره ، لعدم تعلق الدعوى بالمعاوضة ، خصوصاً بعد ما عرفت أنه غير مرة من عدم بطلان الخلع بفساد العوض ، و ليس هو إلا لكونه أمراً مستقلاً لا تلحقه أحكام المعاوضة ، فليس الزوج إلا مدّعيّاً به ، وليست المرأة إلا منكراً لما يدّعيه ، ولا ينافي ذلك إقرارها له بغير ما ادّعاءه ، وفي الحقيقة ليست هي مدّعية على الزوج شيئاً .

ثم لو سلم كونه كالمعاوضات كان المتجه فسخ الخلع أو انفساخه لا الرجوع إلى مهر المثل ، واتفقهما على الصحة غير مجدي كما لا يجدي في البيع ، للحكم شرعاً بنفي ما ادّعاء كل منهما باليمين و لو اتفقا على عدم غيره .

ثم إن ما احتمله في المسالك أخيراً لا يتصور له وجه في صورة زيادة مهر المثل على ما ادّعاء الزوج ، فإن الحكم به له مع اعترافه بعدم استحقاقه له غير معقول ، كما هو واضح ، هذا كله في الاختلاف في الجنس بعد الاتفاق على القدر .

أما لو انعكس بأن اتفقا على الجنس واختلفا في القدر فلا ريب في أن القول قول المرأة في دعوى الأقل ، للأصل كما في المعاوضات ، وإن ذكرنا احتمال التحالف فيها هناك إذا كان النزاع في تشخيص ما وقع عليه العقد ، ومثله يجري هنا بناءً على أنه كالمعاوضة ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم .

المسألة الثانية : ﴿

﴿ لو اتفقا على ذكر القدر ﴾ وهو المائة مثلاً ﴿ دون الجنس واختلفا في الإرادة قيل ﴾ والقاتل الشيخ في محكي المبسوط : ﴿ يبطل و ﴾ هو كذلك بناءً على كون المراد بالاختلاف في الإرادة أن كلا منهما أراد غير ما أراد الآخر ، ضرورة سماع كل منهما في الاخبار عن إرادته ، فيتحقق حينئذ اختلاف المرادين .

نعم لو كان المراد الاختلاف فيما اتفقا عليه من الإرادة وقت العقد بأن يقول أحدهما : أردنا كذا والآخر يقول : أردنا كذا يتجه حينئذ ما ﴿ قيل ﴾ من أن ﴿ على الرجل البيئنة ﴾ ضرورة كونه كالسألة السابقة إذ لا مدخلية للذكر بعد فرض العلم بالإرادة .

ولعله لذا قال المصنف : ﴿ وهو أشبه ﴾ لما عرفت من كون مختاره في السابقة ذلك ، وعن العامة قول بالتحالف كالسألة .

واو كان اختلافهما في أصل الإرادة مع اتفاقهما على عدم ذكر الجنس فقال أحدهما : أردنا جنساً معيناً وقال الآخر : إنا لم نرد بل أطلقنا ففي المسالك « يرجع النزاع إلى دعوى الصحة والفساد ، ومن المعلوم تقديم مدعى الصحة بيمينه » قلت : لكن عن التحرير إطلاق تقديم قول المرأة هنا كما في القواعد ، قال : « لو اتفقا على ذكر القدر واختلفا في ذكر الجنس بأن ادعى ألف درهم ، فقالت : بل ألف مطلقاً فإن صدقته في قصد الدراهم فلا بحث ، وإلا قدم قولها وبطل الخلع » ولعل ذلك لأن دعوى الفساد ترجع إلى إنكار كون العوض المزبور المدعى به في ذمتها للزوج ، ولذا كان القول قولها فيه ، وإلا فحق البيئونة هو للزوج ، وقد ثبت عليه باقراره الذي لا يمارضه دعواها الفساد ، لأن القول قوله فيها ، وهذا بخلاف دعوى الصحة

والفساد في عقود المعاوضة التي مقتضى دعوى الفساد فيها ترتب المطالبة بالعوض أو المعوض ، وعلى ذلك مبنى كلامهم في :

المسألة الثالثة :

التي هي ﴿ لو قال : خالعتك على ألف في ذمتك فقالت : بل في ذمة زيد فالبينة عليه واليمين عليها ﴾ كما عن الشيخ والمتأخرين . ﴿ و ﴾ حينئذ يسقط العوض عنها مع يمينها ، ولا يلزم زيد ﴿ للأصل و اعتراف الزوج بكون البذل في ذمتها ، ولكن تكون بائنة عنه لاعترافه بخلعها على الوجه الصحيح شرعاً .

﴿ وكذا لو قالت ﴾ في جواب دعواه : ﴿ بل خالعتك فلان والعوض عليه ﴾ من غير فرق بين ذكرها على وجه يقتضي صحة الخلع أو فساده ، لأن مبنى المسألة ما ذكرناه ، لا مدعى الصحة والفساد الذي يقدم فيه مدعى الصحة على مدعى الفساد . ﴿ أما لو قالت ﴾ في جواب دعواه : ﴿ خالعتك بكذا وضمنه عنى فلان أو يزنه عنى فلان لزمها الألف ﴾ لاقرارها ﴿ ما لم تكن بيئنة ﴾ على دعواها ، ﴿ لأنها دعوى محضة ، ولا يثبت على فلان شيء بمجرد دعواها ﴾ .

وكان الفاضل في القواعد شرح عبارة الشرائع بقوله « ولو ادعى عليها الاختلاع فأنكرت وقالت : اختلعتني أجنبى قدم قولها في نفي العوض عنها ، وبانت بقوله ، ولا شيء له على الأجنبي ، لاعترافه ، وكذا لو قال : خالعتك على ألف في ذمتك فقالت : بل في ذمة زيد ، أما لو قالت : خالعتك بكذا وضمنه عنى فلان أو يزنه عنى لزمها الألف ما لم يكن لها بيئنة ، ولعل الصحيح « يؤديه عنى فلان » ضرورة أن دعواها الوزن لا تنافي دعواه وإن أقامت البيئنة ، وإنما الذي ينافيها دعوى ضمان الغير عنها أو الالتزام بتأديته عنها بوجه شرعي .

وعلى كل حال فما عن ابن البراج - من أن القول قوله وعليها البيئنة لأن

الأصل في مال الخلع أن يكون في ذمة الزوجة - واضح الضعف ، والأصل المزبور غير أصيل ، خصوصاً بعدما عرفت غير مرة أن العوض في الخلع ليس من أركانه ، لا بمعنى صحته بدونه ، بل المراد عدم اشتراط صحته بصحته ، فالدعوى فيه حينئذ لا مدخلية لها في الخلع .

ومن هنا حكم الأصحاب بأن القول قولها في نفيه وإن أجابت الدعوى بما يقتضي فساد البذل ، لعدم كون المقام من مدعى الصحة والفساد ، خصوصاً بعد أن اقتضى إقرار الزوج بالخلع الصحيح تلف الملقود عليه ، لعدم تمكنه من رد البضع على كل حال ، فدعواها الفساد حينئذ ترجع إلى دعوى نفي حق له عليها ، لا إلى إثبات حق لها عليه ، نعم لو كانت دعوى الفساد منه ودعوى الصحة منها اثبتت حينئذ تقديم قولها بيمينها ، لأنها تريد إثبات حق البيئونة لها عليه ، وهو بدعوى الفساد يريد أن يثبت حق الرجوع له عليها ، فتأمل جيداً ، فإن المسألة في غاية الدقة .

ولذا خفي مدر كها على ثاني الشهيدين و بعض من تبعه ، فانه - بعد أن حكى عن الشيخ القول الأول ونسبه إلى عمل المتأخرين ، وعن ابن البراج القول الثاني قال :- « والقولان مطلقاً غير منقحين ، والتحقيق أن نقول : دعواها وقوع المخالعة منها على ألف في ذمة زيد ، إما أن يكون بمعنى أن لها في ذمة زيد ألفاً فخالعه بها ، أو بمعنى أنها خالعه بألف - يثبت له في ذمة زيد ابتداءً من غير أن يكون لها عند زيد ألف ، فإن أرادت المعنى الأول فلا يخلو إما أن يوافقها الزوج على أن لها في ذمة زيد ألفاً أولاً ، وعلى تقدير عدم موافقتها إما أن يكون زيد مقرراً لها بالألف أولاً ، فإن كان الزوج موافقاً لها على ثبوت الألف في ذمة زيد - وزيد مقرراً لها بنى قبول قولها على أن العقد على دين في ذمة الغير هل يجوز أم لا ، وكلامهم هنا قد يؤذن بجوازه ، لكن لم ينبهوا عليه في القدية وشرائطها ، وجوازه في البيع محل نظر ، وأما هنا فلا يبعد الجواز للتوسع في هذا العقد بما لا يتوسع به في المعاوضة المحضة ،

فان جوّزنا ذلك فالقول قولها ، لاتفاقهما على خلع صحيح على التقديرين ، وهو مع ذلك يدعى شغل ذمتها بالعوض ، ومجرب ذ الخلع أعم منه ، والأصل براءة ذمتها منه ، وإن لم نجوّز ذلك أو لم يكن زيد مقرّاً بالحق ولم يعترف الزّوج بشبوتها في ذمته فالتزاع يرجع إلى صحّة الخلع وفساده ، لأنّ دعاوها تقتضي فسادها ، حيث لم يسلم فيه العوض ، وهو يدعى صحته ، ومقتضى القاعدة المستمرة تقديم قوله ، وإن أرادت بكونها في ذمة زيد المعنى الثاني - وهو أنّها خالعه بعوض لا يثبت في ذمتها ، بل في ذمة زيد ابتداءً ، بأن كان ذلك مع دعاوها الوكالة عنه في الخلع ووافق - بنى على جواز خلع الأجنبي المتبرّع ، وإن لم تدع ذلك أو لم يوافق لدعاوها يرجع إلى فساد الخلع ، وهو يدعى صحته فيكون قوله مقدّماً . وقد ظهر بذلك أنّ تقديم قولها في هذه الصورة مطلقاً غير جيّد . والظاهر أنّ موضوع المسألة ما إذا وقع الخلع بدين لها في ذمة زيد ليتصور بناء الصّحة على التقديرين ، وربما تعارض على هذا التقدير الأصل والظاهر ، لأنّ الأصل براءة ذمتها وعدم التزامها بالمال ، والظاهر من المخالعة التزام العوض . وعلى كلّ حال فهذه الصّورة مفروضة في اتفاقهما على وقوع العقد بينهما لا بينه وبين الأجنبي ، لأنّ ذلك يأتى في الصّورة الثانية .

وهو من غرائب الكلام ، وما كنّا نرجو وقوع مثله من مثله ، فانه قد اشتمل على عجائب نسأل الله تعالى العصمة منها ، خصوصاً توقّفه في البيع بشيء مثلاً في ذمة زيد ، وخصوصاً حمل كلامهم مع إطلاقه بل ظهوره في غير ما ذكره على خصوص ما إذا كان لها في ذمة زيد مائة مع إقراره بها وعلم الزّوج بذلك ، على أنّ المتّجه فيه بناءً على مذاقه في المسألة التّداعى والتّحالف والرّجوع إلى مهر المثل ، ضرورة أنّه كالاختلاف بالجنس . بل هو منه كما هو واضح . وكذا كلامه في الصّورة الثانية التي حكمها حكم الأولى كما عرفت وإن كان هو دون ذلك .

قال : « الثانية أن يدعى أنّه خالعه بألف في ذمتها أيضاً فأنكرت وقوع العقد معها مطلقاً ، و قالت : بل اختلعتني فلان الأجنبي والمال عليه ، وقد أطلق

المصنّف تبعاً للشيخ تقديم قولها أيضاً في نفي العوض ، لأصالة براءة ذمتها منه ، ولا شيء للزوج على الأجنبي لاعترافه بأن الخلع لم يجر معه وتحصل البيئونة بقول الزوج ، ولا يقال : إنه أقر بعقد أنكرته المرأة وصدّقناها بيمينها فيلغو ويستمر النكاح ، كما لو قال : « بعثت هذه العين بكذا » فأنكر صاحبه وقبلنا قوله يمينه ، فإن العين تبقى للمقر ، وذلك لأن الخلع يتضمن إتلاف المعقود عليه ، وهو البضع ، والبيع لا يتضمن إتلاف المعقود عليه ، ألا ترى أن البيع يفسخ بتعذر العوض ، والبيئونة لا تسترد ، فإذا كان كذلك فإقراره بالخلع المتضمن للإتلاف إقرار بالإتلاف فلا يرد ، ونظيره من البيع أن يقول : بعثت عبدي هذا بكذا فأعتقته وأنكر فأنما يصدق يمينه (١) ويحكم بعتق العبد بإقراره ، فهذا تحرير الحكم المذكور ، وهذا البحث إنما يتم إذا قلنا بأن خلع الأجنبي المتبرع صحيح ليكونا متفقين على وقوع العقد صحيحاً ، أما على ما يذهب إليه المصنّف والشيخ بل الأكثر أشكل تقديم قولها ، لأنها حينئذ تدعى فساد الخلع ، وهويدعى صحته ، فينبغي تقديم قوله ، إلا أن يقال : إن مرجع اختلافهما إلى وقوع عقد المعاوضة معها وهي تنكر ذلك ، فيقدم قولها ، لأصالة عدم التزامها بذلك ، كما لو ادعى أنه باعه شيئاً فأنكر وأضاف إلى ذلك دعوى يبعه من فلان ، فانه لا يسمع في حق الغير ، ويقدم قوله في نفيه ، ولا يخلو ذلك من نظر ، ولا ما بين المسألتين من الفرق ، وعلى التقديرين يحكم عليه بالبيئونة بمجرد دعواه ، لاعترافه بها ، وإثبات الكلام في ثبوت العوض .

قلت : كأنه رحمه الله لم يحسم حول المسألة أصلاً ، وليته تنبّه ممّا ذكره أخيراً من أن البيئونة ثابتة على كل حال والكلام في ثبوت العوض ، ضرورة أنه إذا كان الأمر كذلك فليس هو إلا مدعى وهي منكرة ، فضلاً عن إساءة الظن بمثل

(١) هكذا في النسختين المخطوطتين : المبيضة والمسودة وفي المسالك « فانا

هؤلاء الأساطين أنه خفى عليهم ما لا يخفى على أصاغر الطلبة : من قاعدة تقديم مدعى الصحة على مدعى الفساد ، خصوصاً بعد أن ملؤوا كتبهم منها ، فما احتمل في نفسه أن ذلك منهم لأمر آخر يحتاج إلى التأمل ، وهو ما ذكرناه ، ولعله قد ظهر له حقيقة الحال في الرخصة ، ولذا لم يذكر شيئاً من ذلك فيها ، بل ذكر كما ذكر الأصحاب ، فلاحظ وتأمل ، والله العالم . هذا تمام الكلام في الخلع .

﴿ وأما المباراة ﴾

التي بمعنى المفارقة ﴿ فـ ﴾ هي قسم من الخلع ، كما اعترف به في كشف اللثام ، بل هو مقتضى إثباتهم لها أحكام الخلع من دون دليل دلّ على تنزيلها منزلته ، بل هو مقتضى استدلالهم بآية الفدية (١) على الخلع وبعض أحكامه ، مع أنها في المباراة باعتبار ظهورها في كون المورد خوف عدم إقامتهما حدود الله تعالى الذي هو كناية عن حصول الكراهة منهما ، إلى غير ذلك من الأمارات الدالة على أنها ضرب من الخلع ، إلا أنها اختصت باسم خاص لمكان انفرادها عن مطلق الخلع ببعض الأحكام ، كما يوصى إليه قولهم : إنها تزيد على الخلع بأمر ثلاثة وغيره ، فهي حينئذ كالمرابحة والمواضعة والمساومة والمحاولة والمزابنة في البيع ، وبذلك عطف على الخلع في النصوص (٢) واستحقت ذكر الكلام فيها بالخصوص .

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

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

(٢) الوسائل الباب ٥- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٢ و ٤ و الباب ٦-

لذا توهم بعض الناس وجعل المباراة إيقاعاً مستقلاً مقابل الخلع ، ولم يعلم أن مقابلتها باعتبار المعنى الخاص للخلع لا مطلقه ، على نحو مقابلة السلم للبيع ، وإلا فهي قسم من المعنى العام للخلع الذي هو عبارة عن فدية الزوجة نفسها الكراهة لإرادة الفك من قيد الزوجية ، سواء كان ذلك مع كراهة الزوج أو لا ، وإن كان للقسم الأول بعض الأحكام الخاصة التي استحق بها اسم المباراة التي توهم من ذلك لها أنها إيقاع خاص ينبغي اشتقاق صيغة له من اسمه كغيره من أسماء العقود والإيقاعات . بل تعارف في لسان الفقهاء أن المباراة ﴿ هو أن يقول: بارأئك على كذا فأنت طالق ﴾ .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ هي تترتب على كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه ﴾ بلا خلاف أجده فيه بينهم ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى موثق سماعة (١) عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام سأله عن المباراة كيف هي ؟ فقال : يكون للمرأة شيء على زوجها من صداق أو من غيره . ويكون قد أعطاها بعضه ، فيكره كل منهما صاحبه ، فتقول المرأة لزوجها : ما أخذته منك فهو لي وما بقي عليك فهو لك وأبارؤك ، فيقول لها الرجل : فإن أنت رجعت في شيء مما تركت فأنا أحق بضعك .

إنما الكلام في كون الكراهة هنا من المرأة هي الكراهة التي مر الكلام فيها في الخلع أو أنه يكفي هنا مطلقها وإن قلنا بعدم الاكتفاء به في الخلع ، بل لابد من زيادة تلك الألفاظ أو مافي معناها ؟ قد يظهر من ذكرهم اعتبار كراهة الزوج هنا زيادة على الخلع أن الكراهة منها متشعبة فيهما ، وإنما زادت باعتبار كراهة الزوج ، ولهذا لم يعمروا للبحث فيها بالنسبة إليها - كغيرها مما مر في الخلع من المباحث - ائتمالاً على المساواة بينهما فيما لم يثبت زيادته ، لأنها كما عرفت خلع بالمعنى الأعم .

وقد يقال : إن إطلاقهم اعتبار الكراهة هنا مع شدة البحث فيها هناك يقتضى كون المعتبر هنا ماهيتها بخلافها في الخلع ، بل لعل ذلك هو ظاهر صحيح زراة (١) عن أبي جعفر عليه السلام « المباراة يؤخذ منها دون الصداق ، والمختلفة يؤخذ منها ما شئت ، أو ما نراضيا عليه من صداق أو أكثر ، وإنما صارت المباراة يؤخذ منها دون الصداق والمختلفة يؤخذ منها ما شاء لأن المختلفات تتعدي في الكلام ، وتتكلم بما لا يحل لها » .

ولكن لا ريب في أن الأقوى الأول ، والمراد من الصحيح المزبور أن المختلفات بالمعنى الأخص التي تختص الكراهة بها تعدي بالكلام ، وتتكلم ما لا يحل لها بلا كراهة من الزوج تقتضي ذلك بخلاف المباراة ، فانها وإن كانت كذلك أيضاً إلا أنها في مقابلة كراهة الزوج لها ، خصوصاً بعد ملاحظة اقتصار الأصحاب هنا على غيره من الفوارق بينها وبين الخلع .

على أن ذلك كله ساقط عندنا ، لما عرفت من حمل تلك النصوص (٢) على إرادة بيان أصل الكراهة لا خصوص فرد منها ، بل قلنا : إن مراد المشهور ذلك أيضاً ، وحينئذ لا فرق بينهما في اعتبار أصل الكراهة ، بل قد عرفت هناك قوة الاكتفاء بها مع العلم بها وإن لم يصدر منها ما يدل على ذلك .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا خلاف في أنه ﴿ يشترط اتباعه ﴾ أي القول المزبور في المباراة ﴿ بلفظ الطلاق ﴾ بل الاجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منه مستفيض أو متواتر ، وحينئذ ﴿ فلو اقتصر المبارىء على لفظ المباراة لم يقع به فرقة ، ولو قال بدلاً من « بارأئك » : « فاسختك » أو « أبنتك » أو غيره من الألفاظ صح إذا اتبعه بالطلاق ، إذ مقتضى للفرقة التلفظ بالطلاق لا غير ﴾ . من الألفاظ المزبورة التي هي كنيات في الطلاق والخلع ، وقد عرفت عدم عقد الخلع فضلاً عن الطلاق بشيء منها ، كما أنك قد عرفت كون المباراة قسماً من الخلع الذي لا ينعقد بشيء

(١) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الخلع و المباراة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الخلع و المباراة .

من ذلك .

نعم لو بارأها بلفظ الخلع انتجه حينئذ عدم الاتباع بالطلاق ، بناءً على عدم اعتبار اتباعه به ، وأنه بنفسه فاسخ للنصوص (١) السابقة التي مثلها في المقام صريحاً أو ظاهراً ، كخبر حمران (٢) « سمعت أبا جعفر عليه السلام يحدث يقول : المباراة تبين من ساعتها من غير طلاق ، ولا ميراث بينهما ، لأن المصمة بينهما قد بانت ساعة كان ذلك منها و من الزوج ، وموثق جميل بن دراج (٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « المباراة تكون من غير أن يتبعها الطلاق » وغيرهما من النصوص (٤) الظاهرة في ذلك أيضاً التي هي كنصوص الخلع بالنسبة إلى ذلك المبنيّة على أن المباراة خلع ، والخلع لا يحتاج إلى الاتباع بالطلاق إذا وقع بصيغته لا إذا وقع بالكنايات .

و بذلك انكشفت الغمة التي وقعت على جملة من المصنفين في المقام ، حيث أنكروا على الأصحاب اشتراط اتباع المباراة بالطلاق مع اتفاق النصوص (٥) صريحاً وظاهراً على خلافه ، فمنهم من قدّم إجماعهم عليها ، ومنهم من قدّمها عليه ، ولم يعلموا أن كلام الأصحاب مبني على ما ذكره من صيغ المباراة التي هي كنايات في الطلاق والخلع ، كما صرحوا به في صيغة الخلع ، كما أنهم لم يعلموا أن ما في النصوص مبني على المباراة التي هي الخلع المؤداة بصيغته ، لأنها قسم منه ، وليست إيقاعاً جديداً اشتق لها صيغة من لفظها ، بل هي كالمرابحة والمحاولة والمزاينة التي لا يشتق لها صيغة تقوم مقام البيع من لفظها ، لأنها أقسام من البيع ، وصيغتها صيغته ، ولكن اختصت بأسماء لمكان بعض أحكام ، وكذلك المباراة التي هي خلع ، ولذا استفاضت النصوص بعدم احتياجها إلى الاتباع بالطلاق كالخلع .

(١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب الخلع والميراث .

(٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الخلع والميراث الحديث

٣ - ٢ - ٠ .

(٥) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع والميراث الحديث - ٠ .

و بذلك يظهر لك أنه لا حاجة إلى الاستدلال للأصحاب بخبر (١)
 « ليس ذاك إذا خلع » بناءً على قراءته فعلاً حتى يستدل بمفهومه على احتياج
 المباراة للطلاق ، مع أن صدره منافي لذلك ، والتحقق ما عرفت ، والحمد لله
 رب العالمين .

﴿ و ﴾ بما ذكرناه مكرراً في باب الخلع وفي المقام يظهر لك الوجه فيما
 اتفقوا عليه من أنه ﴿ لو اقتصر ﴾ في مورد المباراة ﴿ على قوله : أنت طالق بكذا
 صح » ، وكان مباراة إذ هي عبارة عن الطلاق بعوض مع منافاة بين الزوجين ، ﴿
 بل قد عرفت أن الطلاق بالعوض لا مورد له إلا الخلع والمباراة ، كما أنك قد
 عرفت عدم اعتبار قصد الخلع والمباراة في صحة ذلك مع فرض وقوعه في موردهما ،
 لأنهما من الطلاق ، فيكفي في تحققهما قصد الطلاقية ، وكون المورد صالحاً
 لهما .

وبذلك يظهر لك فساد ما في المسالك هذا المبني على مشروعية الطلاق بعوض
 من دون خلع والمباراة ، فاعتبر قصد الخلعية والمباراة مع فرض الوقوع بصيغة « أنت
 طالق بكذا » ، ومع عدم القصد و لو لعدم الشرائط يكون طلاقاً بعوض مشروعاً في
 نفسه ، وقد عرفت مخالفته للكتاب (٢) والسنة (٣) والاجماع على عدم جواز حل
 الفدية للزوج بدون ذلك ، كما تقدم الكلام فيه مفصلاً .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف في أنه ﴿ يشترط في المباراة والمبارأة ما يشترط
 في المخالعة والمخالعة ﴾ بل ولا إشكال ، بناءً على ما ذكرناه من كونها قسماً من
 الخلع الذي قد عرفت وفاء الأدلة بما سمعت من أحكامه المتعلقة بهما وبالفدية
 و غير ذلك .

(١) الوسائل الباب ٣- من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٩ .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

(٣) الوسائل الباب ١- من كتاب الخلع والمباراة .

﴿ و ﴾ من ذلك يعلم أنه ﴿ تقع الطلقة مع العوض بائة ليس للزوج فيها رجوع إلا أن ترجع الزوجة في الفدية ، فيرجع مادامت في العدة ، وللمرأة الرجوع في الفدية ما لم تنقض عدتها ﴾ كما سمعت دليل ذلك كله في الخلع ، مضافاً إلى قول الصادق عليه السلام في خبر زرارة و محمد بن مسلم (١) : « المبالاة تطليقة بائة ، وليس في شيء من ذلك رجعة » وقول أحدهما عليه السلام في خبر اسماعيل الجعفي (٢) : « المبالاة تطليقة بائة ، وليس فيها رجعة » وإلى غير ذلك مما تقدم من النصوص التي اشتمل بعضها على اشتراط الزوج عليها أنها إن رجعت بشيء من البذل فهو أملك ببضعها الظاهر في الحكمين معاً ، نحو قول الصادق عليه السلام في صحيح أبي بصير (٣) : « المبالاة تقول المرأة لزوجها : لك ما عليك و اتركني ، أو تجعل له من قبلها شيئاً ، فيتركها إلا أنه يقول : فان ارتجعت في شيء فأنا أملك ببضعك ولا يحل لزوجها أن يأخذ منها إلا المهر فما دونه ، وفي موثق ابن سنان (٤) : « المبالاة : تقول لزوجها : لك ما عليك و بارئني فيتركها ، قال : قلت : فيقول لها : إن ارتجعت في شيء فأنا أملك ببضعك ، قال : نعم » وفي صحيح الحلبي (٥) : « المبالاة أن تقول المرأة لزوجها : لك ما عليك و اتركني فيتركها ، إلا أنه يقول لها : إن ارتجعت في شيء منه فأنا أملك ببضعك » .

إلا أن ما فيها من اعتبار اشتراط ذلك في المبالاة لم أجد به قائلًا ، بل ظاهر اقتصارهم على غيره من الفرق بينها وبين الخلع عدمه ، ومن هنا وجب حمله على ضرب من التندب ، وذلك لأن ذلك له إذا رجعت ، كما أن لها أن ترجع وإن لم يذكر هذا الشرط بينهم كما سمعته في الخلع ، وكذا بقية أحكامه التي

(١) الاستبصار ج ٣ ص ٣١٩ .

(٢) الوسائل الباب ٩- من كتاب الخلع والمبالاة الحديث ٢ .

(٣ و ٤) الوسائل الباب ٨- من كتاب الخلع والمبالاة الحديث ٤ - ٥ .

(٥) الوسائل الباب ٨- من كتاب الخلع والمبالاة الحديث ١ .

لا خلاف في جرياتها في المقام بل ولا إشكال ، لما عرفت من أنها قسم من الخلع ، بل من هذه النصوص يستفاد حكم الرّجوع ببعض الفدية الذي قد عرفت البحث فيه سابقاً .

﴿ و ﴾ كيف كان في ﴿ المباراة كالخلع ﴾ في جمع ما تقدم ﴿ لكن المباراة ﴾ تفترق عنه بأمر ثلاثة :

أحدها : أنها ﴿ تترتب على كراهة كل من الزّوجين ﴾ لـ ﴿ صاحبه ، وترتب الخلع ﴾ المقابل لها ﴿ على كراهة الزّوجة ﴾ خاصة .

﴿ و ﴾ ثانيها : أنه ﴿ يأخذ في المباراة بقدر ما وصل إليها منه ﴾ من المهر ﴿ ولا يحل له الزيادة وفي الخلع جائز ﴾ لما عرفت ، بلا خلاف أجده في عدم جواز الزيادة ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل عن جماعة من الأصحاب عدم جواز أخذ المساوي ، بل لابد أن يقتصر على الأقل ، لما سمعته من صحيح زرارة (١) السابق الصريح في أن المباراة يؤخذ منها دون الصدّاق ، والمرسل في الفقيه (٢) « أنه روى أنه لا ينبغي له أن يأخذ منها أكثر من مهرها ، بل يأخذ منها دون مهرها ، إلا أن ذلك لما كان منافياً لعموم تسلط الناس على أموالهم (٣) وقوله تعالى (٤) : « فان طئن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه ، و« فيما افتدت » (٥) وغير ذلك ومعارضاً بصحيح أبي بصير (٦) السابق وجب إرادة المهر فمادون من العبارة المزبورة التي عبّر

(١) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ١ .

(٣) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ط الحديث .

(٤) سورة النساء : ٤ - الآية ٢ .

(٥) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٩ .

(٦) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الخلع والمباراة الحديث ٢ .

بمثلها عن ذلك في غير مقام ، ومن هنا كان الأقوى ذلك وفقاً للمشهور .
 ﴿ و ﴾ ثالثها : أنها ﴿ تَقِفُ الفرقة في المباراة ﴾ التي فسرها المصنف بأن
 يقول : بارأئك ﴿ على التلفظ بالطلاق اتفاقاً منّا ﴾ بقسميه . ﴿ وفي الخلع على
 الخلاف ﴾ السابق الذي عرفت الحال فيه ، كما أنك عرفت التحقيق في المباراة ،
 والله العالم .

❖ كِتَابُ الظَّهَارِ ❖

الذي هو مصدر « ظاهر » مثل « قاتل » مأخوذ من الظهر ، لأن صورته الأصلية أن يقول الرجل لزوجته : « أنت علي كظهر أمي » وخص الظهر لأنه موضع الركوب ، والمرأة مركوبة وقت الغشيان ، فركوب الأم مستعار من ركوب الدابة ، ثم شبه ركوب الزوجة بركوب الأم الذي هو ممتنع ، وهو استعارة لطيفة ، وكان طلاقاً في الجاهلية محرماً أبداً ، وحرم في الإسلام ، فقال : « والذين يظاهرون » (١) إلى آخرها .

والسبب في نزولها على ما في خبر حمران (٢) عن أبي جعفر عليه السلام المروي عن تفسير علي بن إبراهيم قال : « إن امرأة من المسلمات أتت النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، فقالت : يا رسول الله إن فلاناً زوجي ، وقد نشرت له بطني وأعنته على دنياه و آخرته ، لم يرمني مكرهاً أشكوه إليك ، قال : فبم تشكينه ؟ قالت : إنه قال : أنت علي حرام كظهر أمي وقد أخرجني من منزلي ، فانظر في أمري ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ما أنزل الله تبارك و تعالى كتاباً أفضى فيه بينك وبين زوجك ، وأنا أكره أن أكون من المتكلفين ، فجعلت تبكي وتشكي ما بها إلى الله تعالى عز »

(١) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

(٢) الوسائل الباب ١- من كتاب الظهار الحديث ٢ و ذكر ذيله في الباب - ٢ -

منه الحديث ١ ، والبحار ج ١٠٤ ص ١٦٦ ط الحديث .

(جواهر الكلام - ج ٦)

وجلّ وإلى رسول الله ﷺ . وانصرفت ، قال : فسمع الله تبارك وتعالى مجادلتهما
 لرسول الله ﷺ في زوجها وماشكت إليه ، فأنزل الله عز وجلّ في ذلك قرآناً :
 بسم الله الرحمن الرحيم قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله ،
 والله يسمع تحاوركما إن الله سميع بصير * الذين يظاهرون منكم من نسائهم
 ما هنّ أمهاتهم ، إن أمهاتهم إلّا اللاتي ولدنهم ، وإنهم ليقولون منكراً من القول
 وزوراً ، وإن الله لعفو غفور (١) قال : فبعث رسول الله ﷺ إلى المرأة فأتته ،
 فقال : جئني بزوجه فأتته به ، فقال له : قلت لامرأتك هذه : أنت عليّ حرام كظهر
 أمي ؟ فقال : قد قلت لها ذلك ، فقال له رسول الله ﷺ : قد أنزل الله تعالى فيك
 وفي امرأتك قرآناً ، فقرأ عليهما الآيات ، ثم قال : فضمّ إليك امرأتك ، فإنك قد
 قلت منكراً من القول وزوراً ، وقد عفى الله عنك وغفر لك ولا تعد ، قال : فانصرف
 الرجل وهو نادماً على ما قال لامرأته ، وكره الله عز وجلّ ذلك للمؤمنين بعد ،
 وأنزل الله تعالى شأنه (٢) : « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا ،
 يعني ما قال الرجل الأول لامرأته : أنت عليّ حرام كظهر أمي ، قال : فمن قالها
 بعد ما عفى الله وغفر للرجل الأول فإنّ عليه تحرير رقبة من قبل أن يتماساً ،
 يعني مجامعتها ، ذلكم توعظون به ، والله بما تعملون خبير » ، فمن لم يجد فصيام
 شهرين متتابعين ، يعني من قبل أن يتماساً ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ،
 قال : فجعل عقوبة من ظاهر بعد النهي هذا ، ثم قال : ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله ،
 وتلك حدود الله ، قال : هذا حدّ الظهار ، قال حمران : وقال أبو جعفر عليه السلام : ولا
 يكون ظهار في يمين ولا في غضب ، ولا يكون ظهار إلّا على طهر من غير جماع بشهادة
 شاهدين مسلمين . »

وهذا الرجل المزبور الذي هو مورد نزول آية الظهار أوس بن الصامت ،

(١) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ١ و ٢ .

(٢) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

و زوجته خولة بنت المنذر ، لخبر ابن أبي عمير عن أبان (١) وغيره ، عن أبي عبد الله عليه السلام المروى في الفقيه ، قال : « كان رجل على عهد رسول الله ﷺ يقال له : أوس بن الصامت كان تحته امرأة يقال لها : خولة بنت المنذر ، فقال لها ذات يوم : أنت علي كظهر أمي ثم ندم ، فقال لها : أيتها المرأة ما أظنك إلا وقد حرمت علي ، فجاءت إلى رسول الله ﷺ ، فقالت يا رسول الله : إن زوجي قال لي : أنت علي كظهر أمي ، وكان هذا القول فيما مضى يحرم المرأة على زوجها ، فقال لها رسول الله ﷺ : ما أظنك إلا وقد حرمت عليه ، فرفعت المرأة يدها إلى السماء ، وقالت : أشكو إلى الله تعالى فراق زوجي ، فأنزل الله تعالى يا محمد « قد سمع » - إلى آخرها - ثم أنزل الله عز وجل الكفارة في ذلك ، فقال : « والذين يظاهرون من نسائهم » إلى آخرها . وإن لم يكن بالتفصيل المزبور الذي فيه أن الكفارة على غير الرجل المزبور ممن يفعل فعله بعد نزول الآية .

لكن عن المرتضى في رسالة المحكم والمتشابه نقلاً من تفسير النعماني (٢) باسناده إلى علي بن الحسين « وأما المظاهرة في كتاب الله تعالى فإن العرب كانت إذا ظاهر رجل منهم من امرأته حرمت عليه إلى آخر الأبد ، فلما هاجر رسول الله ﷺ كان بالمدينة رجل من الأنصار يقال له : أوس بن الصامت ، وكان أول رجل ظاهر في الإسلام ، فجرى بينه وبين امرأته كلام ، فقال لها : أنت علي كظهر أمي ، ثم إنه ندم على ما كان منه ، فقال : وبعتك إنا كنا في الجاهلية نحرم علينا الأزواج في مثل هذا قبل الإسلام ، فلو أنيت رسول الله فسألته عن ذلك ، فجاءت المرأة إلى رسول الله ﷺ فأخبرته ، فقال لها : ما أظنك إلا قد حرمت عليه إلى آخر الأبد ، فجزعت وبكت ، وقالت : أشكو إلى الله فراق زوجي ، فأنزل الله عز وجل : قد سمع - إلى قوله - والذين يظاهرون ، فقال لها رسول الله ﷺ : قولي لأوس زوجك : يعتق نسمة ، قالت : وأنتي له نسمة ، والله ماله خادم غيري ، قال : فيصوم شهرين متتابعين ، فقالت : إنه شيخ كبير لا يقدر على الصيام ، فقال : مريه فليصدق على ستين مسكيناً ،

فقلت: وأنتي له الصدقة، فوالله ما بين لايتها أحوج منها، قال: فقولي له فليعض إلى أم المنذر فليأخذ منها شطر وسق تمر، فليصدق على ستين مسكيناً، وهو ظاهر في أن الكفارة كانت على الرجل المزبور، والأمر في ذلك سهل.

﴿و﴾ كيف كان ف﴿النظر فيه﴾ أي في كتاب الظهار ﴿يستدعي بيان أمور خمسة﴾.

﴿الاول﴾

﴿في﴾ قول ﴿الصيغة﴾

﴿و هو﴾ يتمحقق ب﴿أن يقول: أنت على كظهر أمي﴾ بلا خلاف نصاً (١) و فتوى، بل الإجماع بقسميه عليه من المسلمين فضلاً عن المؤمنين ﴿وكذا﴾ يتمحقق ﴿لو قال﴾ بدل «أنت» هذه ﴿أو «زينب»﴾ أو ما شا كل ذلك من الألفاظ الدالة على تمييزها ﴿بلا خلاف أجده فيه أيضاً، لظهور المثالية فيما ورد من النصوص (٢) بلفظ «أنت» نعم قد يقال باعتبار التلفظ بما يدل عليها، فلو قال: «كظهر أمي» مضمراً لا سمها لم يقع، للأصل وغيره.

﴿و﴾ كذا لا عبرة باختلاف ألفاظ الصلوات كقوله: أنت مني أو عندي ﴿أولدى أو على أو نحو ذلك، لظهور اختلاف ماورد من النصوص (٣) فيها

(١) الوسائل الباب ١- من كتاب الظهار الحديث -٥-.

(٢) الوسائل الباب ١- من كتاب الظهار والباب ٢- منه الحديث ٢ والباب

-٣- منه الحديث ٢ و ٣.

(٣) الوسائل الباب ١- من كتاب الظهار والباب ٢- منه الحديث ٢ والباب -٤-

منه الحديث ٣ و ٢ والباب ٩- والباب ١٣- الحديث ٥ والباب ١٦- منه.

بعدم اعتبار لفظ مخصوص منها ، بل الظاهر عدم اعتبارها أصلاً ، فلو قال : « أنت كظهر أمي » صح كما لو قال : « أنت طالق » واحتمال الفرق بينهما - باحتمال صيغة الظهار مجرّدة عن الصلة كونها محرّمة على غيره حرمة ظهر أمّه عليه ، بخلاف الطلاق ، فانه لاطلاق وهي في حبسه دون حبس غيره - لا وجه له بعد ظهور إرادة الظهار له ، فما عن التحرير من التوقف مع حذف الصلة لا يخلو من نظر ، وكذا لا يعتبر في التشبيه لفظ الكاف قطعاً ، بل يكفي « مثل » ونحوها وفي الاكتفاء بدون أداة التشبيه وجه ، لكن الأحوط إن لم يكن الأقوى خلافه .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ ولو شبهها بظهر إحدى المحرّمات نسباً أو رضاعاً كالأم والأخت فيه روايتان ﴾ : صحيح زرارة (١) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الظهار فقال : هو من كل ذي محرم : أم أو أخت أو عمّة أو خالة ، ولا يكون الظهار في يمين ، قال : قلت : كيف يكون ؟ قال : يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماع : أنت عليّ حرام مثل ظهر أمي أو أختي وهو يريد بذلك الظهار ، وصحيح جميل بن دراج (٢) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يقول لامرأته : أنت عليّ كظهر عمّتي أو خالتي ، قال : هو الظهار ، ومرسل يونس (٣) الأتني عن أبي عبد الله عليه السلام « وكذلك إذا هو قال : كبعض المحارم ، دالة على تحقق الظهار مؤيدة باطلاق أدلّته .

و صحيح سيف التمار (٤) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يقول لامرأته : أنت عليّ كظهر أختي أو عمّتي أو خالتي ، قال : إنّما ذكر الله الأّمّهات ، وإنّ هذا لحرام ، مؤيداً بالأصل .

ولكن لا يخفى عليك أن ﴿ أشهرهما ﴾ رواية وفنوى ﴿ الوقوع ﴾ لانقطاع

(١) ذكر صدره في الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الظهار الحديث ١ و ذيله في

الباب - ٢ - منه الحديث ٢ .

(٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الظهار الحديث ٢ - ٤ - ٣ .

الأصل بالنصوص المزبورة المعلوم رجحانها على صحيح سيف القابل لإرادة بيان أن المذكور في الآية الأمّهات ، و هو كذلك ، ولكن لاينا في ثبوت التحريم من السنّة وأن قوله ﷺ : « وان هذا لحرام » جواب للسائل ، فيكون حينئذ كالأخبار السابقة ، فلا ريب في أن الأقوى الوقوع .

إنما الكلام في تنزيل الرضايات منزلة النسبيات في ذلك ، فقل به ، لقوله صلى الله عليه وآله (١) : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » ولعموم قوله ﷺ في الصحيح (٢) السابق : « كل ذى محرم » وقيل : لا يقع ، للأصل و انسياق النسبيات من المحرم والمحارم ، و التنزيل المزبور إنما هو في التحريم خاصة لا ما يشمل انعقاد صيغة الظهار .

ومن الغريب ما في المسالك من ردّ ذلك بأن « من » في الخبر إما تعليلية : مثلها في قوله تعالى (٣) : « مما خشيتم انهم أغرقوا » أو بمعنى الباء ، كما في قوله تعالى (٤) : « ينظرون من طرف خفي » والنقدير يحرم لأجل الرضاع أو بسببه ما يحرم لأجل النسب أو بسببه ، وكلاهما مفيد للمطلوب ، لأن التحريم في الظهار بسبب النسب ثابت في الجملة إجماعاً ، فيثبت بسبب الرضاع كذلك ، إذ هو كما ترى أجنبي عن انعقاد صيغة الظهار به .

و من هنا بان لك أن الأقوى عدم الوقوع بالأتم الرضاية فضلاً عن غيرها ، كما أنه بان لك الوقوع بالتشبيه بالمحارم كالأخت والعمة فضلاً عن الجدات التي هنّ أمّهات حقيقة في أحد القولين وإن كان الظاهر انسياق الوالدة بلا واسطة من الأمّ ، بل بان لك أيضاً الحال في الصور الست المذكورة في المسالك .
﴿ ولو شبهها ﴾ أي الزوجة ﴿ بي ﴾ أن قال : هي أو ما قام مقام ذلك عليه كـ ﴿ يد ﴾

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

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الظهار الحديث ٦ .

(٣) سورة نوح ع : ٧١ - الآية ٢٥ .

(٤) سورة النورى : ٢٢ - الآية ٢٥ .

أما أو شعرها أو بطنها ❦ أو غير ذلك من أجزائها - من غير فرق بين ما يتوقف حياتها عليه أو لا يتوقف ولا بين ما حلته الحياة من الأجزاء وبين غيره - ❦ قيل : لا يقع ❦ والقائل المرتضى ، بل قيل والمتأخرون ، بل في انتصاره أنه مما انفردت به الإمامية ❦ اقتصاراً ❦ فيما خالف الأصل بل الأصول ❦ على منطوق الآية ❦ (١) وغيرها من أدلة الظهار المنساق غير المفروض منها ولو من ملاحظة المبدأ .

❦ و ❦ لكن ❦ بالوقوع رواية فيها ضعف ❦ وهي رواية سدير (٢) عن الصادق عليه السلام « قلت له : و الرجل يقول لامرأته : أنت علي كظهر أمي أو كقبلها أو كبطنها أو كرجلها ، قال : ما عني ؟ إن أراد به الظهار فهو الظهار ، ولكن هي منجبرة بما عن الشيخ في الخلاف من الإجماع على ذلك ، بل وبعمل الصدوق والقاضي وابن حمزة ، فإن ذلك مع روايتها في التهذيب الذي هو أحد الكتب المعتبرة المتبينة كاف في جواز العمل بها ، خصوصاً بعد اعتضاها بمرسل يونس (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن رجل قال لامرأته : أنت علي كظهر أمي أو كيدها أو كبطنها أو كفرجها أو كنفسها أو ككعبها أيكون ذلك الظهار ؟ وهل يلزم فيه ما يلزم المظاهر ؟ فقال : المظاهر إذا ظاهر امرأته فقال : هي علي كظهر أمي أو كيدها أو كرجلها أو كظهرها أو كشيء منها ينوي بذلك التحريم فقال : لزمه الكفارة في كل قليل منها أو كثير ، وكذلك إذا قال هو : كبعض ذوات المحارم فقد لزمته الكفارة ، ولا معارض لذلك سوى انسياق صوغ الصيغة من الاسم ، وهو غير صالح للمعارضة ، خصوصاً بعد ملاحظة صوغ الصيغة في سائر العقود من غير مبدأ

(١) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢ و ٣ .

(٢) الوسائل الباب ٩ - من كتاب الظهار الحديث ٢ وفيه « ككعبها » بدل « كقبلها »

كما في التهذيب ج ٨ ص ١٠ .

(٣) الوسائل الباب ٩ - من كتاب الظهار الحديث ١ وذكر ذيله في الباب ٤ -

منه الحديث ٢ .

اسمها ، وسوى ما في صحيح زرارة (١) و خبر جميل (٢) السابقين الذين لم يسق الحصر فيهما لما ينافي ذلك ، وعلى تقديره فلا يصلح لمعارضة المنطوق المزبور ، وهذا كله في التشبيه بغير الظهر من الأم .

﴿ أما لو شبهها بغير أمه بماعدا لفظة الظهر ﴾ من اليد والرأس و غيرهما ﴿ لم يقع قطعاً ﴾ للأصل السالم عن معارضة ما دل على (٣) إلحاق المحارم بالأم بعد أن كان في خصوص التشبيه بالظهر ، ولكن فيه أنه وإن كان مورده ذلك إلا أنه ظاهر - خصوصاً مرسل يونس (٤) منها - في كون غير الأم كالأم في تحقق الظهار بالتشبيه بها ، سواء كان بالظهر أو غيره ، خصوصاً بعد معلومية كون الظهار معنى متحداً ، فالأقوى الصحة إن لم يكن إجماعاً ، كما عساه يشعر به لفظ القطع في عبارة المتن ، لكن عن المختلف أن بعض علمائنا قال بوقوعه ، وآخرين بعدمه ، ونحوه عن ابن إدريس .

﴿ ولو ﴾ شبه الجملة بالجملة بأن ﴾ قال : أنت ﴾ على ﴾ كأمي أو مثلاً قمي قيل ﴾ والقائل الشيخ ومن تبعه : ﴿ يقع إن قصد به الظهار ﴾ ولعله الأقوى ، لفحوى الخبرين (٥) السابقين بل قيل : إنه أولى بالتحريم ، لاشتمالها على تلك الأجزاء التي منها الظهر الذي هو محل النص (٦) والفتوى ، مؤيداً ذلك باطلاق أدلة الظهار الذي صار معناه ولو بمعونة النصوص (٧) إنشاء تحريم الزوجة عليه ، وإنها كأمه أو باقي محارمه ، خلافاً للأكثر كما في المسالك ، وهو مبني على اعتبار ذكر الظهر في الحرمة ، وقد عرفت ما فيه .

ومنه يعلم ما في قول المصنف ﴾ وفيه إشكال منشأ اختصاص الظهار بمورد الشرع والتمسك في الحل بمقتضى الأصل (العقد خ ل) .

(١ و ٢) الوسائل الباب ٤ - من كتاب الظهار الحديث ١ - ٢ .

(٣ و ٤) الوسائل الباب ٤ - من كتاب الظهار الحديث ٠ - ٤ .

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

(٦ و ٧) الوسائل الباب ١ - من كتاب الظهار .

و لو شبه بعض أجزاء الزوجة بجملة الأم مريداً به الظهار فالظاهر الصحة أيضاً بناء على ظهور الخبرين (١) في الاكتفاء بالكناية في تحقق الظهار مع القصد ، وهذا منها .

و كذا لو شبه جزء الزوجة بظهر الأم ، بل وكذا لو شبه الجزء بالجزء ، كما لو قال : « يدك عليّ كيد أُمّي » مريداً به الظهار ، و أولى من ذلك ما لو شبه جملة الزوجة بجملة غير الأم من المحارم .

﴿ و ﴾ بالجملة فالمدار على إنشاء تحريم الزوجة عليه بتشبيهها بإحدى المحرمات النسبية من غير فرق بين الصريح والكنائي .

نعم ﴿ لو شبهها بمحرمة بالمصاهرة تحريماً مؤبداً كأم الزوجة و بنت زوجته المدخول بها و زوجة الأب و الابن لم يقع الظهار ﴾ للأصل بعد انصراف المحرم أو المحارم إلى النسبيات ، فما عن المختلف من التحريم أيضاً لا يخلو من نظر .

﴿ و كذا لو شبهها بأخت الزوجة أو عمتها أو خالتها ﴾ مما يحرم في حال لا مطلقاً ، ضرورة كون حكمها حكم الأجنبية في جميع الأحكام ، لأن تحريمها يزول بفراق الأم والأخت ، كما يحرم جميع نساء العالم على المتزوج أربعاً ويحل له كل واحدة ممن ليست محرمة بغير ذلك على وجه التخيير بفراق واحدة من الأربع ، بل عمة الزوجة وخالتها لا تحرم عيناً ولا جمعاً ، إنما تحرم على وجه مخصوص ، كما هو واضح .

﴿ و ﴾ أولى من ذلك بعدم حصول التحريم ﴿ لو قال : كظهر أبي أو أخي أو عمتي ﴾ فانه ﴿ لم يكن شيئاً ﴾ بلا خلاف أجده ، بل في المسالك هو محل وفاق ، للأصل ولأن الرجل ليس محلاً للاستمتاع ، ولا في معرض الاستحلال ، خلافاً لبعض ، فحرمه قياساً على محارم النساء ﴿ و كذا لو قالت هي : أنت عليّ كظهر أبي أو أُمّي ﴾ لأن الظهار من أحكام الرجال كالطلاق إجماعاً .

﴿ ويشترط في وقوعه حضور عدلين يسمعان نطق المظاهر ﴾ على نحو الطلاق بلا خلاف أجده فيه نصاً (١) و فتوى ، بل الاجماع بقسميه عليه ، نعم في المسالك دو أما اشتراط كونهما عدلين فلا دليل عليه إلا من عموم (٢) اشتراط العدالة في الشاهدين ، وفي إثبات الحكم هنا بمثل ذلك ما لا يخفى من الاشكال ، وقد تقدم في الطلاق رواية (٣) بالاجتزاء فيهما بالاسلام ، كما أطلق هنا ، وقد عرفت البحث معه هناك .

﴿ ولوجعله يميناً ﴾ جزاء على فعل أو ترك - قصداً للزجر عنه أو البعث على فعل ، سواء تعلق به أدبها ، كقوله : إن كلمت فلاناً أو إن تركت الصلاة فأنت على كظهر أمي - ﴿ لم يقع ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، فانه لا يمين بغير الله ، ولقول أبي جعفر عليه السلام في صحيح زرارة (٤) السابق : «لا يكون الظهار في يمين» و في حسن حمران (٥) «لا يكون ظهار في يمين ولا في إضرار ولا في غضب» و لا يقاس جوازه على جوازه معلقاً بناءً عليه ، لحرمة القياس عندنا ، وانعاده في الصورة مع مفارقتها له في المعنى و القصد - لأن المراد من الشرط مجرد التعليق و في اليمين الزجر و البعث - لا يقتضى جوازه ، خصوصاً بعد ما سمعت من النص والفتوى ، والله العالم .

﴿ ولا يقع ﴾ إنشاؤه ﴿ إلا منجزاً ، فلو علقه بانقضاء الشهر أو دخول الجمعة ﴾ أو نحوه من التعليق على الوقت ﴿ لم يقع على القول ﴾ الأظهر ﴿ بل الأشهر ، بل المشهور ، بل لا ينبغي الخلاف فيه ، لمنافاة ذلك للإيقاع ، بخلاف التعليق على

(١) الوسائل الباب ٢ - من كتاب الظهار .

(٢) الوسائل الباب ٤١ - من كتاب الشهادات .

(٣) استدلل في المسالك للاجتزاء بالاسلام في الشاهدين في الطلاق بما رواه في

الوسائل الباب ١٠ - من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٤ من كتاب الطلاق .

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

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

الشرط الذى هو - مع أنك ستسمع النص (١) فيه - غير منافي لنفس الانشاء ، ضرورة رجوعه إلى تأخير مقتضاه وإلى متعلق الانشاء ، نحو التعليق «في أكرم زيداً غداً» و في النذر و نحوهما مما كان التعليق فيه لمتعلق الانشاء لا له نفسه ، فانه غير متصور التحقق فضلاً عن صحته وفساده ، بخلاف تعليق الآثار و متعلق الانشاء ، فانه متصور وصحيح مع فرض الدليل عليه بالخصوص ، بل ربما اكتفى بعضهم في مشروعيته بالعمومات و إن كان فيه أنه منافي لما دل على تسيبته لمسيبته بمجرّد وقوعه وحصوله ، و من هنا كان من المسلم عند الاصحاب عدم جواز التعليق المزبور في كل عقد أو إيقاع إلا ما خرج بالدليل ، من غير فرق بين الوصف والشرط .

﴿ و قيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي المبسوط : ﴿ يقع ﴾ للعمومات المعلوم عدم شمولها للمفروض الذى ذكرناه ، فان مرجعه حينئذ إلى عدم الانشاء ، قيل : و لفحوى وقوعه متعلقاً على شرط ، بل لعله أولى ، وفيه ما لا يخفى بناءً على كون المراد بالمتعلق الخارج بقيد التنجيز الذي إنشاؤه متعلق لا المعلق أثره أو متعلقه على أمر محقق كإنقضاء الشهر ودخول الجمعة ، كما توهمه غير واحد فاستدل بالدليل المزبور ، و لا ريب في أنه متبجح ، إذ احتمال جواز المحتمل دون المتيقن كما ترى ، بل الأدلة لا تساعد عليه ، إذ لا تعرض فيها لكون المتعلق عليه معلوم الوقوع لدى المتعلق أولاً .

ولعله لذا قال المصنّف مشيراً إلى القول المزبور الذى مقتضاه جواز التعليق في نفس الانشاء : ﴿ و هو نادر ﴾ إذ لم تعرف من وافقه عليه ، بل لعله لا قائل به بالمعنى المزبور ، فتمتخرج المسألة عن الخلاف بعد حمل كلام القائل على إرادة تعليق الأثر و المتعلق .

﴿ وهل يقع في إضرار ؟ قيل ﴾ كما عن النهاية والوسيلة : ﴿ لا ﴾ يقع لقول الباقر عليه السلام في حسن حمران (٢) : «لا يكون ظهار في يمين ولا في إضرار» ﴿ وفيه

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب الظهار .

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

إشكال منشأ التمسك بالعموم ﴿ و الاطلاق كتاباً (١) و سنة (١) بل لعل ظاهر الأكثر الوقوع ، لعدم ذكر ذلك في شرائطه ، فلا يقوى حينئذ الخبر المزبور على التخصيص والتقييد ، ولكن لا يخفى عليك إمكان منع ذلك بعد قبول الخبر للحجية ، خصوصاً بعد حكاية الشهرة كما عن الكفاية على مضمونه ، و إمكان تأييده بقاعدة لا ضرر ولا ضرار، أللهم إلا أن يقال : إن مبني مشروعية الظهار على الضرر .

﴿ و ﴾ كيف كان ف﴿ في وقوعه موقوفاً على الشرط ترد ﴾ و خلاف ﴿ أظهره الجواز ﴾ وفقاً للمحكمي عن الصدوق والشيخ وابن حمزة ، بل و أكثر المتأخرين ، فلو قال : « أنت علي » كظهر أُمِّي إن دخلت الدار » أو « إن شاء زيد » فدخلت الدار و شاء وقع ، لقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن الحجاج (٣) : « الظهار ضربان : أحدهما فيه الكفارة قبل المواقعة ، و الآخر بعدها ، فالذي يكفر قبل المواقعة الذي يقول : أنت علي » كظهر أُمِّي ، ولا يقول إن فعلت بك كذا وكذا ، و الذي يكفر بعد المواقعة الذي يقول : أنت علي » كظهر أُمِّي إن قربتك » و نحوه مضمرة الآخر (٤) : « الظهار على ضربين في أحدهما الكفارة ، إذا قال : أنت علي » كظهر أُمِّي ، ولا يقول أنت علي » كظهر أُمِّي إن قربتك » وقوله عليه السلام أيضاً في صحيح حرير : (٥) « الظهار ظهاران : فأحدهما أن يقول : أنت علي » كظهر أُمِّي ثم يسكت ، فذلك الذي يكفر قبل أن يواقع ، فإذا قال : أنت علي » كظهر أُمِّي إن فعلت كذا وكذا ففعل فحنت فعليه الكفارة حين يحنت ، وخبر عبدالرحمن بن أبي نجران (٦) قال : « سأل صفوان بن يحيى عبدالرحمن بن الحجاج وأنا حاضر عن الظهار ، قال :

(١) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١ وغيره - من كتاب الظهار .

(٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب الظهار الحديث ١ - ٨ - ٧ .

(٦) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب الظهار الحديث ١٢ وليس فيه سأل صفوان .

سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا قال الرجل لامرأته : أنت علي كظهر أمي لزمه الظهار ، قال لها دخلت أولم تدخلي خرجت أولم تخرجي أو لم يقل شيئاً فقد لزمه الظهار، مضافاً إلى العموم كتاباً (١) وسنة (٢) حتى قوله عليه السلام (٣) : «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» بل وموافقة الحكمة ، فإن المرأة قد تخالف الرجل في بعض مقاصده ، فتفعل ما يكرهه وتمتنع عن ما يرغب فيه ، و يكره الرجل طلاقها من حيث يرجو موافقتها ، فيحتاج حينئذ إلى تعليق ما يكرهه بفعل ما تكرهه أو ترك ما تريده ، فإما أن تمتنع وتفعل فيحصل غرضه ، أو تخالف فيكون ذلك جزاء معصيتها ، لضرر جاء من قبلها .

و خلافاً للسيد و بنى زهرة و إدريس و سعيد و البراج ، بل عن الغنية و السرائر الاجماع عليه ، لمعلومية منافية التعليق لإنشاء العقد و الإيقاع إلا ما خرج ، ولخبر الزيات (٤) «قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام : إنني ظاهرت من امرأتي ، فقال : كيف قلت ؟ قال : قلت : أنت علي كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا ، فقال : لاشيء عليك ، فلا تعد » ومرسل ابن بكير (٥) «قلت لأبي الحسن عليه السلام : إنني قلت لامرأتي : أنت علي كظهر أمي إن خرجت من باب الحجرة فخرجت ، فقال : ليس عليك شيء ، قلت : إنني قوي على أن أكفر ، فقال : ليس عليك شيء ، فقلت : إنني قوي على أن أكفر رقبة و رقبتين ، قال : ليس عليك شيء قويت أو لم تقو » ومرسل ابن فضال (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام « لا يكون الظهار إلا على موضع الطلاق » وقد عرفت عدم وقوع الطلاق معلقاً ، فلا يقع الظهار .

ولا يخفى عليك ما في الجميع ، ضرورة وجوب الخروج عن قاعدة التنبه

(١) سورة المجادلة : ٥٨ الآية ٢ .

(٢) الوسائل الباب ١ - وغيره - من كتاب الظهار .

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

(٤ و ٥) الوسائل الباب ١٦ - من كتاب الظهار الحديث ٣ - ٤ .

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

بالأدلة السابقة ، كالنذر واليمين وغيرها مما جاز فيها التعليق ، والأخبار - مع الضعف فيها المانع من أصل القبول فضلاً عن المعارضة ، واحتمال الأول منها نفى الشيء عليه قبل حصول الشرط ، أو لعدم حضور الشاهدين وغير ذلك واليمين ، كالثاني . وظهور الثالث في إرادة المرأة من الموضع فيه - لاتصلح معارضة للأخبار السابقة ، والاجماعان المزبوران موهونان بما عرفت .

هذا ولكن في القواعد « في الفرق بين الفرض وبين المعلق نظر » و في شرحها للأصبهاني « من خروج التعليق عن النصوص ، ومن أن الوقوع مشروطاً بدل على عدم اشتراط التنجيز وإرادة الإيقاع بنفس الصيغة فيه ، وإذا لم يشترط ذلك لم يكن فرق بين الشرط والتعليق ، بل قد يكون التعليق أولى بالوقوع » .

ومن الغريب ما وقع في المسالك في المقام وكان نسخته التي شرح عبارتها فيها سقط ، كما لا يخفى على من لاحظ شرحه لها في المقام الذي قد جعل فيه الكلام في المسألة الثانية شرحاً للمسألة الأولى ، وحكى عن المصنف القول بالعدم ، وأنه نسب القول بالجواز إلى الندرة ، مع أن صريح كلامه الجواز بعد التردد ، وكذا كلامه في النافع . وأغرب منه موافقة الرياض له على ذلك ، وما ندري أن السبب في ذلك اختلاف النسخ أو عدم التمامية في الملاحظة ؟ ولعل الذي غرهما التعبير باعتبار التنجيز المراد منه في غير المقام عدم التعليق مطلقاً ، ولكن التدبر في العبارة يقتضى ما ذكرناه ، واحتمال الفرق بين الشرط والوصف في غاية البعد ، بل يمكن القطع بفساده .

﴿ ولو قيد مدة كأن يظاهر منها شهراً أو سنة ﴾ أو يوماً ﴿ قال الشيخ : لا يقع ﴾ للأصل ، ولأنه لم يؤبد التحريم ، فأشبه ما إذا شبهها بامرأة لا تحرم عليه على التأيد ، ولصحيح سعيد الأعرج (١) عن الكاظم عليه السلام « في رجل ظاهر من

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب الظهار الحديث ١٠ وفيه « فوفى » بدل ديوماً ،

كما في التهذيب ج ٨ ص ١٤ الرقم ٤٥ والاستبصار ج ٣ ص ٢٦٢ الرقم ٩٣٦ . والوافي ج ١٢ ص ١٣٩ . إلا أن فيه وفي بعض النسخ « يوماً » مكان « فوفى » كما يشير الى ذلك قريباً .

مرأته يوماً ، قال : ليس عليه شيء .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه إشكال مستند إلى عموم الآية ﴾ (١) والرواية (٢)

فإن مقتضاهما الجواز ، مضافاً إلى خبر سلمة بن صخر (٣) قال : « كنت امرأة قد أوتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيري ، فلمّا دخل رمضان ظهرت من امرأتى حتّى ينسلخ رمضان خوفاً من أن أصيب في ليلتي شيئاً فأتابع في ذلك إلى أن يدركني النهار ولا أقدر أن أترك ، فبينما هي تخدمني من الليل إذا انكشف لي منها شيء فوثبت عليها ، فلمّا أصبحت غدوت على قومي فأخبرتهم خبري ، وقلت لهم : انطلقوا معي إلى رسول الله ﷺ فأخبروه بأمرى ، فقالوا : والله لا نفعل ، نتخوف أن ينزل فينا قرآن ، ويقول فينا رسول الله ﷺ مقالة يبقى علينا عارها ، لكن اذهب أنت فاصنع ما بدا لك ، فخرجت حتّى أتيت النسيء ﷺ ، فأخبرته بخبري ، فقال لي : أنت بذاك ، فقلت : أنا بذاك ، فقال : أنت بذاك ، فقلت : أنا بذاك ، فقال : أنت بذاك ، فقلت : نعم ها أناذا فامض في حكم الله عز وجل فأنا صابر له ، قال : اعتق رقبة ، فضربت صفحة رقبتى بيدي ، فقلت : لا والذي بعثك بالحق ما أصبحت أملك غيرها ، فقال : فصم شهرين متتابعين ، فقال يا رسول الله ﷺ : وهل أصابني ما أصابني إلّا من الصوم ؟ قال : فتصدق ، قلت : والذي بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا وما لنا عشاء ، فقال : اذهب إلى صاحب صدقة بنى رزين فقل له فليدفعها إليك ، فأطعم عنك وسقاً من تمر ستين مسكيناً ، ثم استعن بسائره عليك وعلى عيالك ، قال : فرجعت إلى قومي ، فقلت : وجدت عندكم الصيق وسوء الرأي ، ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة والبركة ، وقد أمر لي بصدقتكم فادفعوها إليّ ،

(١) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢ .

(٢) الوسائل الباب ١ - وغيره - من كتاب الظهار .

(٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٠ والمستدرک الباب ١ - من كتاب الظهار

الحديث ٤ .

فدفعوها إلى^١ ، وفي رواية أخرى (١) « إن النبي ﷺ أعطاه مكتلاً فيه خمسة عشر صاعاً ، فقال: أطعمه ستين مسكيناً ، وذلك لكل مسكين مد » .

إلا أن هذا الخبر لم نجده في طرقنا ، وإنما هو من طرق العامة ، كما اعترف به غيرنا أيضاً ، وإطلاق الأدلة لا تناول فيه للفرض ، بل المنصرف منه غيره ، خصوصاً بعد أن كان الظهار في الجاهلية لحرمة الأب ولم يشرعه الشارع ، بل جعله من المحرمات وأنه لا يفيد حرمة ولكنه يوجب الكفارة ، فالإطلاق حينئذ ليس إلا للظهار المزبور ، بل لعل قوله تعالى (٢) : « ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم » مشعر بذلك ، بل إن شرع الإطلاق المزبور التقييد بالوقت فليشرع أيضاً التقييد بالمكان وبغيرهما من الأحوال الذي لم نعرف له أثر في كلام الأصحاب ، فلأرب في أن المتبجه بحسب الأصول العدم ، مؤيداً بالصحيح (٣) المزبور وإن قيل : إنه مختلف النسخ ، ففي بعضها ما سمعت ، وفي آخر عوض « يوماً » ، « فوفى » ، وحينئذ يخرج عن الدلالة على المقام ، ضرورة كون المراد أنه وفى بظهاره ، أي لم يقرب ، بل ظاهر الوافي أن هذه النسخة هي المعتمدة ، بل قيل : لادلالة فيه على النسخة الأخرى أيضاً ، إذ يمكن أن يكون نفى الشيء عليه لوفائه بما قال باعتبار قصر اليوم ، لكن هذا كله لا ينافي التأييد ، للأصول ولو للظهور أو الاحتمال على بعض النسخ ، والله العالم .

هذا ﴿ وربما قيل : إن قصرت المدة عن زمان التربص لم يقع ﴾ لأن الظهار يلزمه التربص مدة ثلاثة أشهر من حين الترافع وعدم الطلاق ، وهو يدل بالافتضاء على أن مدته تزيد عن ذلك ، وإلا لا تنفى اللازم الدال على انتفاء الملزوم ، بل عن المختلف اختياره وإن كنّا لم نتحققه ، بل في المسالك لا بأس به ، والرواية

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٠ .

(٢) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢ .

(٣) المتقدم في ص ١٠٩ .

الصحيحة (١) لائنافيه .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ هو ﴾ كما ترى ﴿ تخصيص للعموم بالحكم المخصوص ﴾ من غير مقتض ، والحكم بالترتب تلك المدة على تقدير المرافعة لا يوجب تخصيص العام ، لأن المرافعة حكم من أحكام الظهار وهي غير لازمة ، فجاز أن لا ترافعه ، فيحتاج إلى معرفة حكمه على هذا التقدير ، وجاز أن لا يعلمها بإيقاعه ويريد معرفة حكمه مع الله تعالى شأنه ، والحكم بترتبها تلك المدة على تقدير المرافعة محمول على ما إذا كان مؤبداً أو مؤقتاً بزيادة عنها ، فإذا قصرت كان حكمه تحريم العود إلى أن يكفر من غير أن يتوقف على المرافعة .

﴿ و ﴾ من هنا كان ﴿ فيه ﴾ أي القول المزبور ﴿ ضعف ﴾ واضح ، ضرورة أنه لادلالة فيما ذكره على مشروعية الموقت ، بل لعل ظاهر إطلاق الحكم بترتب المدة المزبورة يقتضي كون الظهار مبنياً على الدوام ، فهو إن لم يدل على العدم فلا دلالة فيه على مشروعية التوقيت قطعاً ، فالأصول المزبورة حينئذ بحالها ، كما هو واضح . نعم لو ثبت دليل التوقيت أمكن القول بعدم منافاة ذلك له لما عرفت ، والله العالم .

﴿ فروع ﴾

﴿ لو قال : أنت طالق كظهر أمي وقع الطلاق ﴾ إذا قصده ، لو فوع صيغة صحيحة ﴿ ولغا الظهار ، قصده ﴾ بأن أراد أنت طالق و أنت كظهر أمي ﴿ أو ﴾ لم يقصده ﴿ وإن جاز وقوعه بالمطلقة الرجعية ، لعدم تمامية الصيغة بسبب عدم ذكر الموضوع .

﴿ وقال الشيخ : إن قصد الطلاق والظهار صح إذا كانت المطلقة رجعية ، فكأنه قال : أنت طالق أنت كظهر أمي ، وفيه تردد ، لأن النية لا تستقل بوقوع

الظَّهَار ما لم يكن اللفظ الصريح الذي لا احتمال فيه ﴿ كما في غير الظَّهَار من العقود والايقاعات ، ولكن لا يخفى عليك إمكان دفعه بناءً على ما تكرر منا من أن المدار في صيغ العقود والايقاعات على إنشاء معناها باللفظ الدال عليها حقيقة كان أو مجازاً إلا ما خرج بالدليل على التعمد بلفظ خاص ، وحينئذ فالمتبجه الصحة مع فرض معلومية قصده الظَّهَار بالعبارة المزبورة ، والفرض أنها صحيحة بمقتضى القواعد العربية .

نعم لو لم ينو الظَّهَار به أو نوى به التأكيد للطلاق لم يصح قطعاً ، بل في المسالك د وكذا إذا قصد بالجميع الظَّهَار ، فإنه يحصل الطلاق أيضاً دون الظَّهَار ، أما حصول الطلاق فللفظه الصريح ، والصريح لا يقبل صرفه إلى غيره ، حتى لو قال لزوجته : أنت طالق ثم قال : أردت به من وثاق غيري أو نحو ذلك لم يسمع وحكم به عليه ، بخلاف ما لو أتى بالكناية حتى يصححه بها ، والأصل في ذلك ونظائره أن اللفظ الصريح إذا وجد نفاذاً في موضوعه لا ينصرف إلى غيره بالنية ، وأما عدم حصول الظَّهَار فلا أن الطلاق لا ينصرف إلى الظَّهَار ، والباقي ليس بصريح في الظَّهَار كما بيناه ، وهو لم ينو به الظَّهَار وإنما نواه بالجميع ، ويحتمل هنا لزوم الظَّهَار أخذاً باقراره ، وإن كان فيه ما لا يخفى .

بل كما أنه من غرائب الكلام إن لم يحمل على صورة التداعي ، فيراد حينئذ من قوله : « قصد » أنه ادعى قصد الظَّهَار بالمجموع ، كما عساه يوميء إليه تعليقه وقوله أخيراً : « أخذاً باقراره ، وإن كان فيه ما فيه أيضاً على هذا التقدير أيضاً فتأمل .

وكذا قوله أيضاً متصلاً بذلك : « رابعها أن يقصد الطلاق والظَّهَار جميعاً نظر ، فإن قصد هما بمجموع كلامه حصل الطلاق دون الظَّهَار لما تبين ، وإن قصد الطلاق بقوله : أنت طالق والظَّهَار بقوله : كظهر أمي ففيه الخلاف » إلى آخر ما ذكره ، ضرورة أن المتبجه عدم حصول كل منهما مع فرض قصد حصولهما بمجموع كلامه ، لعدم كونه صيغة طلاق ولا ظَّهَار ، اللهم إلا أن يحمل على ما عرفت ،

أُريقال : إنَّ قصد المجموع منهما لا ينافي وفاء صيغة الطلاق به ، فتأمل . وكذا إذا قصد بالمجموع الطلاق أو الظهار ، كما هو واضح .

ولو عكس فقال : أنت كظهر أُمِّي طالق وقصدهما معاً بمادلٍ على كلٍّ منهما وقعا بناءً على ما ذكرناه ، وفي المسالك « وقع الظهار لصراحته ، وفي وقوع الطلاق الوجهان ، لأنه من النية وأنه ليس في لفظ الطلاق مخاطبة ولا ما في معناها » وقد عرفت ما فيه ، وفي القواعد بعد أن ذكر ما ذكر المصنّف قال : « ويقعان معاً لوقال : أنت كظهر أُمِّي طالق وقصدهما على إشكال » وكأنه فرق بين المسألتين بسبب إمكان الاجتزاء بصيغة الطلاق بتقدير موضوع المطلقة ، لفحوى الاكتفاء بقول : « نعم » بخلاف الظهار ، والحق عدم الفرق بينهما بعد فرض صحة ذلك في العريّة .

وأغرب من ذلك قول المصنّف ﴿ وكذا لو قال : أنت حرام كظهر أُمِّي ﴾ مريداً عدم صحة الظهار به أيضاً كالأوّل ، كما عن الشيخ في المبسوط والخلاف مدعيّاً فيهما الأجماع على ذلك ، ولعله لأنه غير المعهود من صيغة الظهار في النصوص ، فالأصل عدم ترتب حكمه عليها .

لكن فيه أنك قد سمعت ما في صحيح زرارة (١) عن الباقر عليه السلام جواب سؤاله عن كيفيته من قوله : « يقول لامرأته وهي طاهر في غير جماع : أنت عليّ حرام مثل ظهر أُمِّي أو أُختي » وهو نص في الباب ، وكذا ما في خبر حمران (٢) عنه عليه السلام أيضاً في سبب نزول الآية (٣) من « أن الرّجل قال لها : أنت عليّ حرام كظهر أُمِّي - إلى قوله - : لمّا قال الرّجل الأوّل لامرأته : أنت عليّ حرام كظهر أُمِّي قال : إن قالها بعدما عفى الله وغفر للرّجل فإنّ عليه تحرير رقبة » ولأنّ قوله : « حرام » تأكيد لغرضه ، فلا ينافيه ، فإنّ قوله : « أنت كظهر أُمِّي » لا بدّ له من

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

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

(٣) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢ .

القصد إلى معناه ، وهو يستلزم القصد إلى الحرمة ، فإذا نطق به كان أدلى .
والعجب من تجويز الشيخ وقوعه بالكناية ، وما هو أبعد من هذه مع خلوها
عن نص يقتضى صحتها ، ومنعه من هذه الصيغة مع ورود النص الصحيح بها بل مع قطع
النظر عنه يتجه الصحة ، لتحقيق معنى الظهار بها وصراحتها فيه . ومن هنا جزم في
المسالك بالصحة تبعاً للمحكي عن الفاضل في التحرير والمختلف ، بل والقواعد وإن
قال : « على إشكال » .

نعم لو قال : « أنت عليّ حرام » ففي القواعد « ليس بظهار وإن نواه » ولعله
للأصل بعد فرض ظهور النصوص في اعتبار التشبيه به ، مضافاً إلى ظهور الأخبار
كخبر زرارة (١) « سأل الباقر عليه السلام عن رجل قال لامرأته : أنت عليّ حرام ، فقال :
لو كان عليه سلطان لأوجعت رأسه ، وقلت : الله أحلها لك فما حرمها عليك ، إنه
لم يزد علي من أكذب فزعم أن ما أحل الله له حرام ، ولا يدخل عليه طلاق ولا
كفارة ، فقال زرارة : قول الله عز وجل (٢) : « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل
الله لك ؟ » فجعل فيه الكفارة ، فقال : إنما حرم عليه جارية مارية ، فحلف أن
لا يقر بها ، فأنما جعل عليه الكفارة في الحلف ، ولم يجعل عليه في التحريم ، وغيره من
النصوص (٣) .

أما لو قال : « أنت عليّ كظها أمي حرام » أود أنت عليّ حرام كظها أمي ، ود أنت
طالق أنت كظها أمي للرجعة ، ود أنت كظها أمي طالق ، وقع من غير إشكال إذا قصده ،
لا يتيانه بالصيغة كاملة من غير تخلل شيء ، وغاية ما زاده أن يكون لغواً مع فرض أنه
قصد بحرام في الأولى و « طالق » في الأخيرة كونه خبراً ثانياً .

❦ و لو ظاهر إحدى زوجتيه إن ظاهر ضرّتها ثم ظاهر الضرّة وقع الظهاران ❦
المنجز والمعلق عليه ، بل في المسالك « لو قال : إن ظاهرت من إحداكما أو أيكما

(١ و ٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب مقدمات الطلاق الحديث ٢-٠ - من

كتاب الطلاق .

(٢) سورة التحريم : ٦٦ - الآية ١ .

ظاهرت منها فالأخرى على كظهر أمي ثم ظاهر من إحداهما صار مظاهراً من الأخرى أيضاً وإن كان هو كما ترى ، اللهم إلا أن يكون مبنياً على صحة وقوع الظهار بالمبهم ، نحو ماسمعه في الطلاق ، فيراد حينئذ أنه ظاهر إحداهما باللفظ المزبور ، فإذا ظاهر الأخرى ثم الظهاران ، لكنه أيضاً هو كما ترى ، فتأمل .

﴿ ولو ظاهرها إن ظاهر فلانة الأجنبية وقصد النطق بلفظ الظهار صح الظهار عند مواجهتها به ، وإن قصد الظهار الشرعي لم يقع ظهار ﴾ لا اشتراط الصحيح منه بالوقوع على الزوجة ، وإن أطلق فيه وجهان ، كما عن المبسوط والتحرير من احتمالي التعليق على الاسم والصفة . ﴿ وكذا لو قال : أجنبية ﴾ على الحالية أو اقتصر عليها من دون ذكر فلانة .

﴿ ولو قال فلانة من غير وصف ﴾ بالأجنبية ﴿ ثم تزوجها وظاهرها قال الشيخ : يقع الظهاران ، وهو حسن ﴾ وإن كان قد يحتمل عدم ، لكون الشرط حين إيقاع الصيغة غير مشروع ، وربما قيل : إن الشرط هو الذي يجوز وقوعه حال التعليق وعدمه ، ومن المعلوم أن ظهار الأجنبية حال التعليق غير صحيح ، والمفروض عدم إرادة مجرد الصورة ، فكان ذلك أشبه بالصيغة المتأخرة عن التعليق وإن كان هو كما ترى ، ضرورة عدم خروجه بذلك عن أصل الشرطية التي يكفى فيها التعجيز بحسب الذات وإن تخلف لفقد شرط من شروطه ، على أنه لا دليل لغة ولا عرفاً على اعتبار إمكان حصول الشرط حال التعليق في مفهوم الشرط ، كما هو واضح .

ولو نكح فلانة الأجنبية التي علّق ظهار الزوجة على ظهارها وظاهرها ففي المسالك « في وقوع الظهار بالزوجة الأولى وجهان : من خروجها بالنكاح عن كونهما أجنبية فلا يقع ، ومن تعليق ظهارها بظهار فلانة ، والوصف بالأجنبية للتعريف لا للشرط ، نحو ما لو حلف على أن لا يدخل دار زيد هذه فباعها زيد ثم دخلها ، فإن في حنثه الوجهين أيضاً ، ومنشأهما ترجيح الإشارة على الوصف أو بالعكس . »

نعم لا يقع الظهار إذا علقه عليها مريداً به الشرعي حال كونها أجنبية وإن نكحها وظاهرها ، لعدم حصول المعلق عليه الذي هو مستحيل شرعاً ، كما لو قال : « أنت عليّ كظهر أمّي إن بعث الخمر » وأراد البيع الشرعي ، والله العالم .
ولو علقه بمشيئة الله تعالى شأنه وقصد الشرط لم يقع ، لعدم العلم بوقوعه إن لم يكن معلوماً عدمه ، نعم لو قصد التبرك وقع ، لكونه منجزاً حينئذ .

ولو قال : « أنت عليّ كظهر أمّي إن لم يشأ الله تعالى » فلو كان عدلياً يعنفد أنه تعالى لا يريد القبائح والمعاصي وقع إن عرف التحريم ، لأنه منجز في المعنى ، وإن كان أشعرياً ففي القواعد إشكال ، ولعله من الجهل بوقوع الشرط الموجب لاستصحاب الحل والحكم بعدم وقوع الظهار ، ومن لزوم وقوعه شاء الله أو لم يشأ ، فانه إن شاء لم يجز أن لا يقع ، لكون المشيئة عندهم سبباً تاماً لوقوع الشيء ، وإن لم يشأ تحقق الشرط ، فيتحقق المشروط ، ولزوم عدم وقوعه على التقديرين ، فانه إن شاء فقد انتفى الشرط فانتهى المشروط ، وإن لم يشأ لم يقع ، إذ ما من شيء إلا بمشيئة الله تعالى ، وربما دفع بأنه يلزم منه بطلان التعليق ، فلا يقع الظهار ، لأنه إنما أوقعه معلقاً .

ولو علق بالنقيضين كأن قال : « أنت عليّ كظهر أمّي إنشاء الله أو لم يشأ » أو « إن دخلت الدار أو لم تدخلني » وقع لأنه في معنى نفي التعليق .

ولو علق بأمرين على الجمع لم يقع مع وقوع أحدهما ، بل لا بد من وقوعهما ولو على البديل ، إلا أن ينص على اجتماعهما دفعة ، نعم يقع بوقوع أحدهما لو علقه بهما على البديل ، كما هو واضح ، إلى غير ذلك من الفروع التي ذكرها العامة في صورة تعليق الطلاق بناء على مذهبهم فيه ، فإن مثلها يأتي في المقام بناء على جواز التعليق في الظهار وإن لم نجوز في الطلاق ، والله العالم .

الامر * الثاني *

* في المظاهر *

* و * لا خلاف في أنه * يعتبر فيه البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد * بل لا إشكال ، بل الاجماع بقسميه عليه ، * فلا يصح ظهار الطفل ولا المجنون ولا المكره ولا فاقد القصد بالسكّر أو الاغماء أو الغضب * أو النوم والسهو ونحو ذلك ، للأدلة العامة على ذلك كله ، نحو قوله ﷺ (١) : « إنما الأعمال بالنيات » و « رفع القلم » (٢) ونحوهما ، بل لم يحك أحد الخلاف هنا في المراهق وإن عرفت البحث فيه في الطلاق ، ولعله لخصوص أدلته هناك بخلاف المقام الذي ظاهر أدلته كتاباً (٣) وسنة (٤) كون المظاهر مكلفاً ، ولذا وصف بالمنكر والزور ، ووجب عليه الكفارة .

والأمر سهل بعد وضوح الأمر من الأدلة العامة فضلاً عما ورد هنا في بعض الشرائط ، كموثق عبيد بن زرارة (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام « لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق ، ولا ظهار إلا ما أريد به الظهار » وحسن حمران (٦) السابق عن أبي

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مقدمة العبادات الحديث ١٠ من كتاب الطهارة .

(٢) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب القصاص في النفس الحديث ٢ من كتاب

القصاص .

(٣) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢ .

(٤) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الظهار .

(٥) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الظهار الحديث ١ .

(٦) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الظهار الحديث ٢ .

جعفر عليه السلام « لا يكون ظهار في يمين ولا في إضرار ولا في غضب » وقال الرضا عليه السلام في صحيح ابن أبي نصر (١) : « الظهار لا يقع على الغضب » وفي موثق عمار (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن الظهار الواجب ، قال : الذي يريد به الرجل الظهار بعينه » وغيرها .

ولعل من ذلك خبر حمزة بن حمران (٣) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل قال لأتمته : أنت علي كظهر أمي يريد أن يرضى بذلك امرأته ، قال : يأتيها ليس عليه شيء » باعتبار عدم النية فيه أو أنه أراد اليمين لها على ذلك ، وقد عرفت عدم انعقاده بالظهار ، نحو موثق ابن بكير (٤) قال : « تزوج حمزة بن حمران ابنة بكر ، فلمّا أراد أن يدخل بها قال له النساء : لسنّا ندخلها عليك حتّى تحلف لنا ، ولسنّا نرضى أن تحلف بالعق ، لأنك لا تراها شيئاً ، ولكن احلف لنا بالظهار ، وظاهر من أمّهات أولادك وجواريك ، فظاهر منهن » ثم ذكر ذلك لأبي عبد الله عليه السلام ، فقال : ليس عليك شيء ، ارجع إليهن » ولعل هذا الحلف كان على عدم طلاقها ، كما يفصح عنه خبر آخر (٥) في معناه ، وفيه « أنتم قالوا له : أنت مطلق ، فنخاف أن تطلقها ، فلا ندخلها عليك حتّى تقول : إن أمّهات أولادك عليك

(١) الوسائل الباب ٧- من كتاب الظهار الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ٣ - من كتاب الظهار الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب ٦- من كتاب الظهار الحديث ٩ .

(٤) الوسائل الباب ٦- من كتاب الظهار الحديث ٣ عن عبد الله بن المغيرة قال : ...

الا أن الموجود في الاستبصار ج ٣ ص ٢٥٨ و التهذيب ج ٨ ص ١١ عن ابن المغيرة عن ابن بكير قال ... ، و في الجميع « تزوج حمزة بن حمران ابنة بكر »

(٥) الوسائل الباب ٦- من كتاب الظهار الحديث ٢ وفيه « أنت لا تبالي بالطلاق

وليس هو عندك شيء وليس ندخلها عليك حتى تظاهر من امهات أولادك قال : ففعل ، وكذلك

في الكافي ج ٦ ص ١٥٤ و ما في الجواهر نقل بالمعنى أخذه من بيان المحدث الكاشاني

« قدّه » في الوافي ج ١٢ ص ١٣٥ في ذيل الحديث .

كظهر أمك إن طلقتهما .

وكيف كان فلا إشكال في شيء من الشرائط المزبورة . فما عن العامة - من عدم اعتبار النية - واضح الفساد ، كالمحكى من قولهم أيضاً من وقوع ظهار السكران ، وما أبعد ما بين ذلك وبين ما في الحقائق من أن إطلاق الخبرين المذكورين شامل لمطلق الغضب أو ترفع معه القصد أو لم يرتفع ، وتبعه في الرياض ، فقال : « وكذا لا يقع في حال غضب مطلقاً وإن لم يرتفع معه القصد أصلاً ولا سكر بلا خلاف في الظاهر فيهما ، وهو حجة فيهما كالأدلة الفاطمية في الثاني والصحيح والموثق في الأول ، وإن كان هو كما ترى منافي لاجتماع الأصحاب على الظاهر ولجميع ما دل على وقوع الظهار مع حصول الشرائط المزبورة الذي لا يعارضه إطلاق الخبرين المزبورين اللذين يعارضهما ما دل على تحقق الظهار بإرادة الظهار من وجه ، ولا ريب في أن الترجيح لذلك عليهما من وجوه ، ومن هنا كان ظاهر الأصحاب تقييد الغضب بالرافع للقصد ، كما هو واضح .

وعلى كل حال فقد بان لك ممّا هنا ﴿ و ﴾ ما تقدّم سابقاً أنه ﴿ لو ظاهر ونوى الطلاق لم يقع طلاق ، لعدم اللفظ (التلفظ خ ل) المعتبر ﴾ فيه وهو أنت طالق ﴿ ولا ظهار ، لعدم القصد ﴾ وكذا لو طلق وقصد الظهار لم يقع ظهار ، لعدم اللفظ المعتبر فيه ، ولا طلاق لعدم القصد بلا خلاف في شيء من ذلك عندنا ولا إشكال ، خصوصاً بعد قول الصادق عليه السلام (١) : « لا يقع ظهار عن طلاق ولا طلاق عن ظهار ، خلافاً للعامة ، فجوزوا وقوع الطلاق بلفظ الظهار مع النية حتى لو قال : « أنت طالق كظهر أمي » ونوى الطلاق بالأخيرة وقع عليه طلاقان إن كان الأول رجبياً وبطلانه واضح عندنا .

﴿ ويصح ظهار الخصي والمحبوب ﴾ وإن لم تبق لهما ما يتحقق به الجماع من إدخال الحشفة أو قدرها ﴿ إن قلنا بتحريم ما عدا الوطء ﴾ في الظهار ﴿ مثل

الملازمة ﴿ وغيرها من ضروب الاستمتاع ، لا إطلاق أدلة الظهار الممكن تحقق فائدته بامتناع غير الوطء من الاستمتاع نعم لو قلنا باختصاصه بالوطء لم يقع منهما ظهار ، لعدم فائدته ، بل في المسالك « هذا كله إذا لم نشترط الدخول بالمظاهرة ، وإلا لم يقع منهما مطلقاً ، حيث لا يتحقق منهما الدخول » قلت : قد يفرض عروض ذلك لهما بعد الدخول ، والأمر سهل .

وزاد في القواعد الخنثى ، وأُورِدَ عليه بأنه يجوز أن يكون امرأة وآلة الرجل زيادة ، فلا يتحقق الوطء الصادر من الرجال الذي هو مناط الظهار . وفيه أن المتبجّح عدم جواز تزويج الخنثى المشكل من أصله ، لعدم العلم بكونه رجلاً ، ويمكن أن يريد العنين من الخنثى في كلامه ، لغلبة التعنين في الخنثائي ، والله العالم .

﴿ وكذا يصحّ الظهار من الكافر ﴾ وفاقاً للأكثر نقلاً إن لم يكن تحصيلاً ، لا إطلاق الأدلة ﴿ و ﴾ لكن ﴿ منعه الشيخ ﴾ و تبعه القاضي وسبقه الاسكافي فيما حكى عنهما ، بل ظاهر مبسوط الأول الاجماع عليه ﴿ التفاناً إلى تعذر الكفارة ﴾ منه التي هي من لوازم الظهار إذ هي عبادة لا تصحّ منه ، وإلى أنه حكم شرعي فكيف يصحّ ممن لا يقرّ به ﴿ و ﴾ لا ريب في أن ﴿ المعتمد ﴾ المزبور لهم في المنع ﴿ ضعيف ﴾ غير صالح لتخصيص العموم ، وذلك ﴿ لا مكانها ﴾ أي الكفارة منه ﴿ بتقديم الاسلام ﴾ القادر عليه ، ولذلك كان مكلفاً بالفروع .

وما يقال من أن الذمي يقرّ على دينه فحمله على الاسلام لذلك بعيد ، وأن الخطاب على العبادة البدنية لا يتوجّه على الكافر الأصلي ففي المسالك « أنه أجيب عنه بأننا لا نحمل الذمي على الاسلام ولا نخاطبه بالصوم ، ولكن نقول : لا نمكّنك من الوطء إلا هكذا ، فإما أن يتركه أو يسلك طريق الحل » قلت : هذا مع الترافع إلينا .

وإنما الكلام في صحة وقوعه من الكافر وترتب حكمه عليه ، ولا ريب في صحته وترتب أحكامه عليه بناءً على تكليفه بالفروع أقرّ بالشرع أو لم يقرّ إن ذلك من باب الأسباب التي لانفاوت فيها بين المقرّ والمنكر ، هذا إن لم نقل بصحة

المتق والإطعام من كافر كما عن بعض ، وإلا صحّ بلا إشكال وإن تعذر خصوص الصوم منه ، كما أنّه قيل : لا إشكال فيما لو أسلم بعد الظهار لعدم جرّ بان الكلام المزبور فيه حينئذ .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ يصحّ من العبد ﴾ عندنا ، بل الإجماع بقسميه عليه ، للعموم وخصوص نحو خبر محمد بن حمزّة بن حمران (١) « سأل الصادق عليه السلام عن المملوك أعليه ظهار ؟ فقال : عليه نصف ما على الحر : صوم شهر ، وليس عليه كفارة صدقة ولا عتق ، وصحيح جميل (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث « في الظهار ، وقال : إن الحر والمملوك سواء ، غير أنّ على المملوك نصف ما على الحر من الكفارة ، وليس عليه عتق رقبة ولا صدقة إنما عليه صيام شهر » وخبر الثمالي (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « سألت عن المملوك أعليه ظهار ؟ فقال : نصف ما على الحر من الصوم ، وليس عليه الكفارة صدقة ولا عتق » فما عن بعض العامة - من المخالفة في ذلك لأن لازم الظهار إيجاب تحرير الرقبة وهو لا يملكها - واضح الفساد ، خصوصاً بعد قوله تعالى (٤) : « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماساً » والعبد غير واجد ، فيلزمه الصوم كما هو واضح ، والله العالم .

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الظهار الحديث ١ - ٢ - ٣ .

(٤) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٤ .

الامر * الثالث *

* في المظاهرة * منها

* و * لا خلاف عندنا ولا إشكال في أنه * يشترط أن تكون منكوحة بالعقد * بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى عنوان موضوعه كتاباً (١) وسنة (٢) بالزوجة أو ما في حكمها * فـ * لا إشكال في الشرط المزبور ، ولكن على معنى أنه * لا يقع بالأجنبية * خلافاً لأبي حنيفة * ولو علقه على النكاح * بأن قال : « أنت عليّ كظهر أمي إن تزوجتكَ » خلافاً لمالك والشافعي .

* وأن تكون طاهراً طهراً لم يجامعها فيه إذا كان زوجها حاضراً * أو ما في حكمه * وكان مثلها تحيض ، ولو كان * زوجها * غائباً * بحيث لا يعرف حال زوجته * صح ، وكذا لو كان حاضراً وهي يائسة أو لم تبلغ * بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا ، بل إجماعنا بقسميه عليه ، مضافاً إلى صحيح زرارة (٣) عن أبي جعفر عليه السلام وقد سأله عن كفيته ، فقال : « يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماع : أنت عليّ حرام كظهر أمي » ورواية حمران (٤) عنه عليه السلام أيضاً « لا يكون ظهار إلا على طهر بعد جماع بشهادة شاهدين مسلمين » . وقول أبي عبد الله عليه السلام في المرسل (٥) : « لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق » ومنه مع اعتضاده بفتوى الأصحاب وإجماعهم باستفاد حكم الغائب وغيره على نحو ما سمعت في الطلاق محرراً ، والمدار في الشرط المزبور على وقت إيقاعه لا وقت حصول

(١) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢ و ٣ .

(٢) الوسائل الباب ١ - وغيره - من كتاب الظهار .

(٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب ٢ - من كتاب الظهار الحديث ٢ - ١ - ٣ .

الشرط لو كان معلقاً عليه كما هو واضح ﴿ وفي اشتراط الدخول تردد ﴾ وخلاف ﴿ والمروي ﴾ صحيحاً عن الصادق عليه السلام ﴿ اشتراطه ﴾ ففي صحيح ابن مسلم (١) عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام قال « في المرأة التي لم يدخل بها زوجها ، قال : لا يقع عليها إيلاء ولا ظهار ، وفي صحيح الفضيل بن يسار (٢) عن الصادق عليه السلام « سألته عن رجل مملك ظاهر من امرأته قال : لا يلزم ، ثم قال : وقال لي : لا يكون ظهار ولا إيلاء حتى يدخل بها » إلى غير ذلك من النصوص المعتمدة مع ذلك بعمل الشيخ والصدوق وأكثر المتأخرين كما في المسالك .

خلافاً للمفيد والمرضى وسلاح وأبني إدريس وزهرة ﴿ و ﴾ هو ﴿ القول الآخر ﴾ الذي ﴿ مستنده النمسيك بـ ﴾ ما في الكتاب من ﴿ العموم ﴾ (٣) القابل للتخصيص بالسنة (٤) عندنا كما حرر ذلك في محله ، ولا ينافي ذلك ما دل على أنه « لا يكون ظهار إلا على مثل موضع الطلاق » من الخبر (٥) المزبور ، ومن المعلوم عدم اعتبار الدخول في صحة الطلاق ، فليكن الظهار كذلك ، ضرورة عدم اقتضاء الخبر المزبور إلا أن الظهار لا يقع إلا حيث يقع الطلاق ، لا أنه حيث ما يقع الطلاق يقع الظهار ، كما هو واضح .

﴿ وهل يقع ﴾ الظهار ﴿ بالمستمتع بها فيه خلاف ، والأظهر ﴾ الأشهر بل المشهور ﴿ الوقوع ﴾ لا إطلاق الأدلة ، خلافاً للمحكي عن الحلبي و ظاهر الاسكافي والصدوق ، للأصل المقطوع بالاطلاق المزبور ، ولا تنفاء لازم الظهار الذي

(١) الوسائل الباب -٨- من كتاب الظهار الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب -٨- من كتاب الظهار الحديث ١ وليس فيه « قال : لا يلزم ثم قال ، الا أنه موجود في التهذيب ج ٨ ص ٢١ الرقم ٦٦ .

(٣) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢ .

(٤) الوسائل الباب -٨- من كتاب الظهار .

(٥) الوسائل الباب -٢- من كتاب الظهار الحديث ٣ .

هو الإلزام بأحد الأمرين : الفئة أو الطلاق المعلوم امتناعه فيها ، و تنزيل هبة المدة منزله قياس ، على أن أجل المستمتع بها قد يكون قليلاً لا يحتمل الأمر بالصبر إلى المدة.

وفيه منع كون ذلك لازم أصل الظهار ، وإنما هو حكم ما تعلق منه بالزوجة التي يمكن ذلك في حقها ، خصوصاً بعدما ستسمع من صحة وقوعه بالمملوكة التي لا يجري فيها ذلك ، والمرسل (١) عن الصادق عليه السلام « لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق » لا جابر له في المقام ، بل يمكن دعوى انصرافه إلى إرادة اعتبار شرائط الطلاق من الخلو عن الحيض و نحوه منه لا نحو المقام ، كما أنه يمكن دعوى اندراج المتمتع بها في المثل ، وقد تقدم بعض الكلام في ذلك في كتاب النكاح .

﴿ وفي الموطوءة بالملك ﴾ و لو مدبرة أو أم ولد ﴿ ترد ﴾ و خلاف ﴿ والمروي ﴾ صحيحاً وغيره ﴿ أنه يقع كما يقع بالحرّة ﴾ وهو الأقوى وفقاً للمشهور بين المتأخرين لا للآية (٢) التي يمكن دعوى انصراف النساء فيها إلى غيرها ، بل لصحيح ابن مسلم (٣) عن أحدهما عليه السلام « سألت عن الظهار على الحرّة والأمة ، فقال : نعم ، ونحوه صحيحه الآخر (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام ، وموثق إسحاق بن عمار (٥) « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يظاهر من جاريته ، فقال : الحرّة والأمة في ذلك سواء ، وصحيح ابن البخاري أو حسنه (٦) عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليه السلام « في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن جميعاً بكلام واحد ، فقال

(١) الوسائل الباب ٢ - من كتاب الظهار الحديث ٣ .

(٢) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢ .

(٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب ١١ - من كتاب الظهار الحديث ٢ - ٥ - ١ .

(٦) الوسائل الباب ١١ - من كتاب الظهار الحديث ٣ عن أبي عبد الله أو

أبي الحسن عليهما السلام ، إلا أن في الاستبصار ج ٣ ص ٢٦٣ و التهذيب ج ٨ ص ٢١ عن أبي عبد الله و أبي الحسن عليهما السلام .

عليه السلام : عليه عشر كفارات ، و خبر ابن أبي يعفور (١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من جاريته ، قال : هي مثل ظهار الحرة ، وصحيح ابن أبي نصر المروزي عن قرب الاسناد (٢) عن الرضا عليه السلام « سألت عن الرجل يظاهر من أمته ، فقال : كان جعفر عليه السلام يقول : يقع على الحرة والأمة الظهار ، وعن المبسوط روى أصحابنا (٣) أن الظهار يقع بالأمة والمدبرة وأم الولد .

خلافاً للمحكي عن بني أبي عقيل و حمزة والبراج وإدريس والمفيد وأبي الصلاح وسالار ، للأصل المقطوع بما عرفت والمرسل (٤) الذي قد عرفت الحال فيه آنفاً ، و خبر حمزة بن حمران (٥) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل جعل جاريته عليه كظهر أمته ، قال : يأتيها وليس عليه شيء ، القاصر عن معارضة ما تقدم بضعف السند ، والموافقة للعامة ، وباحتماله الإخلال بالشرائط ، كما عن الشيخ قال : « لأن حمزة بن حمران روى هذه الرواية في كتاب البزوفري أنه يقول ذلك لجاريته يريد إرضاء زوجته ، لا لإرادة الظهار الحقيقي » . قلت : قد يؤيده ماسمعه سابقاً من خبري حمزة بن حمران (٦) وإن كان يمكن أن يكون ذلك خبراً آخر له ، ولأن الظهار كان في الجاهلية طلاقاً ، ومن المعلوم أن الطلاق لا يقع بها الذي هو كما نرى ، خصوصاً بعدما نقل أنهم كانوا يظاهرون من الأمة أيضاً ، ويعزل سيدها فراشها ، بل نقل وقوع الطلاق عليها في الجاهلية .

هذا وفي المسالك « واعلم أنه على القول بوقوعه بها يأتي فيها الخلاف السابق في اشتراط الدخول وعدمه ، لتناول الروايات الدالة عليه لها ، كما تناولت الحرة ،

(١) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الظهار الحديث ٤ - ٧ .

(٣) المستدرک الباب - ٧ - من كتاب الظهار الحديث ٤ .

(٤) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار الحديث ٣ .

(٥) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الظهار الحديث ٤ .

(٦) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الظهار الحديث ٢ و ٣ .

وتوهم اختصاص ذلك الخلاف بالحرّة ضعيف جداً بل باطل ، قلت : لا ريب في اختصاص تلك الأدلة في الزوجة دون الأمة المملوكة ، نعم قد يقال بظهور هذه الأدلة في مساداتها للحرّة ، وأنها ملحقّة بها في ذلك ، وقد عرفت اعتبار الدخول في الحرّة فيعتبر فيها .

و الظاهر إلحاق الأمة المحلّة بالمملوكة في وقوع الظهار عليها مع الدخول بها ، لا إطلاق الأدلة المزبورة الذي لا يقدح فيه اختصاص مورد سؤاله بغيرها ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ مع الدخول يقع ولو كان الوطء دبراً ﴿ لما عرفته غير مرّة من أنه لا خلاف في تحقق الدخول بالوطء دبراً في كلّ ما جعل عنواناً له من الأحكام ، ولم نعرف مخالفاً في ذلك إلا من المحدث البحراني ، فادّعى انسياق الدخول في القبل من الأدلة المزبورة ، وقد تقدّم البحث معه في ذلك .

و على كلّ حال فيقع الظهار مع تحقق شرطه ﴿ صغيرة كانت ﴾ المظاهرة ﴿ أو كبيرة مجنونة أو عاقلة ﴾ لأن الصغير والجنون لادمخلية لهما في أحكام الوضع وإن لم يكونا لهما أهلية للترافع ، كما أن حرمة الدخول بالصغيرة لا تنافي في تحقق شرطية الظهار ، وحينئذ لا إشكال في وقوع الظهار في الفرض .

﴿ وكذا يقع في الرّقاء ﴾ المدخول بها في دبرها ﴿ والمريضة التي لا توطأ ﴾ في فرجها ، ولكن دخل بها في دبرها ، هذا وفي المسالك « أنه يمكن بناء ذلك فيهما على القول بعدم اشتراط الدخول ، بقريضة ذكر المريضة التي لا توطأ الشامل باطلاقه للقبل والدّبر في سائر الأوقات ، وإن لم يدخل الرّقاء في هذا العموم غالباً بالنظر إلى الدّبر ، ومثله إطلاق المصنّف الحكم بصحة ظهار الخصي والمحبوب اللذين لا يمكنهما الوطء ، فانه لا يتم على القول باشتراط الدخول ، فلا بدّ في إطلاق هذه الأحكام من تكلف .

قلت : قد عرفت إمكان إصلاحه في الخصي والمحبوب بإمكان عروض ذلك لهما

بعد الدخول ، إنما الكلام فيما ذكره هنا ، وقد تبعه عليه الفاضل في القواعد ، فقال :
« وعلى الاشتراط يقع مع الوطء دبراً في حال صغرها وجنونها ، و يقع بالارتقاء
والمریضة التي لا توطأ » والظاهر إرادته ما ذكرناه في تفسير المتن .

والأصل في التشويش عبارة المبسوط ، فانها على ما قيل « و أما بعد الدخول
بها فانه يصح ظهارها صغيرة كانت أو كبيرة ، عاقلة أو مجنونة ، بكرأ أو ثيبأ ،
مدخولاً بها أو غير مدخول ، يقدر على جماعها أو لم يقدر ، لعموم الآية » .

و لعل مراده بعد الدخول بها دبراً ، فيكون مراده حينئذ نحو ما سمعته في
عبارة المتن ، و الثيبوبة والبكارة إنما هي بالنسبة إلى الفرج ، وكذا الكلام في القدرة
على جماعها وعدمها ، هذا ولكن في كشف اللثام « ولا يظهر لهذا الكلام معنى إلا
أن يكون المراد : سواء كانت الثيبوبة للدخول بها ، أو لغيره ، أو يكون المراد
بالدخول الخلوة » انتهى .

الامر * الرابع *

* في الاحكام *

* وهي مسائل :

* الاولى :

لا خلاف في أن * الظهار محرّم ، لانتصافه بالمنكر * والزور في قوله تعالى (١) :
« وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً » وهما معاً محرّمان مع تصريح الرواية (٢)
الواردة في سبب نزولها بكونه معصية . * ولكن * قيل * وإن لم يتحققه لأحد
من أصحابنا * لا عقاب فيه ، لتعقيبه بالعفو * فقال عز وجل " بعد ذكره (٣) :
« وإن الله لعفو غفور » وهو يستلزم نفي العقاب .

وفيه أنه لا يلزم من وصفه تعالى بالعفو والغفران فعليتهما بهذا النوع من
المعصية ، وذكره بعده لا يدل عليه ، فأنه تعالى موصوف بذلك عفى عن هذا الذنب
الخاص أولم يعف ، نعم تعقيبه له لا يخلو من باعث على الرجاء والطمع في عفو الله
تعالى ، ونظائره في القرآن كثيرة ، كقوله تعالى (٤) : « ليس عليكم جناح فيما
أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً » وغيره . هذا كله
بالنسبة إلى نفس الآية الشريفة ، وإلا فقد عرفت التصريح في الرواية (٥) الواردة في

(٣٩١) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢ .

(٥٢) الوسائل الباب ١ - من كتاب الظهار الحديث ٢ .

(٤) سورة الاحزاب : ٣٣ - الآية ٥ .

سبب نزولها بكونه معصية موجبة للكفارة ، وإثما العفو كان لأول الفاعلين باعتبار جهله ، والله العالم ، بحقيقة الحال .

المسألة * الثانية : *

* لا تجب الكفارة بالتلفظ * عندنا بل وعند غيرنا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، لظاهر اعتبار العود في الآية (١) وغيرها ، بل يمكن دعوى تواتر النصوص (٢) في ذلك ، خصوصاً ما دل (٣) منها على عدم الكفارة مع عدم المس * و * حينئذ فما عساه يظهر من بعضها (٤) من ترتب الكفارة على حصوله يجب تنزيله على ما في غيره من أنه * وإنما تجب بالعود * الذي هو العنوان في الآية .

* و * المشهور أنه * هو إرادة * استباحة * الوطء * بل قيل : إنه يظهر من التميان و مجمع البيان وغيرهما الاتفاق عليه ، لصحيح جميل (٥) عن أبي عبدالله عليه السلام « سأله عن الظهار متى يقع على صاحبه فيه الكفارة ؟ فقال : إذا أراد أن يواقع امرأته ، قلت : فإن طلقها قبل أن يواقعها أعليها كفارة ؟ قال : سقطت الكفارة عنه » وصحيح الحلبي (٦) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها ، قال : ليس عليه كفارة ، قلت : فإن أراد أن يمستها ، قال : لا يمستها حتى يكفّر ، قلت : فإن فعل فعله شيء ، فقال : أي والله إنه لأثم ظالم ، قلت : عليه كفارة غير الأولى ؟ قال : نعم » و خبر أبي بصير (٧)

(١) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار .

(٤) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب الظهار والباب ١ منه الحديث ٢ .

(٥) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار الحديث ٤ .

(٦ و ٧) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار الحديث ٤ - ٦ .

« قلت : لأبي عبد الله عليه السلام : متى تجب الكفارة على المظاهر ؟ قال : إذا أراد أن يواقع ، قال : قلت : فإن واقع قبل أن يكفر ، قال : فقال : عليه كفارة أخرى . بل وخبر علي بن مهزيار (١) قال : « كتب عبد الله بن محمد إلى أبي الحسن عليه السلام : جعلت فداك إن بعض مواليك يزعم أن الرجل إذا تكلم بالظهار وجبت عليه الكفارة حنث أو لم يحنث ، ويقول : حنثه كلامه بالظهار ، وإنما جعلت عليه الكفارة عقوبة لكلامه ، وبعضهم يزعم أن الكفارة لا تلزم حتى يحنث في الشيء الذي حلف عليه ، فإن حنث وجبت عليه الكفارة ، وإلا فلا كفارة عليه ، فوقع عليه بخطه : لا تجب الكفارة حتى يحنث ، بناءً على أن المراد بالحنث فيه العود إلى ما حرمه على نفسه مما كان مباحاً له ، إلى غير ذلك من النصوص التي منها المرسل (٢) أيضاً » في رجل ظاهر - إلى أن قال - : سقطت عنه الكفارة إذا طلق قبل أن يعاود المجامعة ، وغيره .

فما عن بعض العامة - من أن المراد به الوطء نفسه - واضح الفساد ، ضرورة مخالفته ما عرفت من الكتاب (٣) والسنة (٤) والاجماع وما في بعض نصوصنا - من موافقته كخبر زرارة (٥) « قلت لأبي جعفر عليه السلام : إنني ظاهرت من أم ولدي ثم وقعت عليها ثم كفرت ، فقال : هكذا يصنع الرجل الفقيه إذا وقع كفر ، وخبره الآخر (٦) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل ظاهر ثم واقع قبل أن يكفر ، فقال لي : أليس هكذا يفعل الفقيه ؟ - محمول على التقية ، أو على الظهار المعلق على الوطء أو على الاستفهام الإنكاري في الأول وزيادة « أو » من النسخ في الثاني ، أو « وليس » فيوافق الأول حينئذ في الإنكار ، أو على إرادة هكذا يصنع الفقيه منهم ، أو غير ذلك .

(١) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الظهار الحديث ٥ .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار الحديث ٦ .

(٣) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

(٤) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار .

(٥ و ٦) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب الظهار الحديث ٢-٥ .

وعلى كل حال فلا ريب في فساد القول المزبور كباقي أقوالهم في المقام عدا ما وافق ما ذكرناه .

وكذا ما سمعته سابقاً في خبر (١) سبب النزول - من أن المراد عود غير الفاعل الأول إلى الظهار بعد أن نزلت آيته - لم أجد به قائلًا منّا ، نعم عن أبي علي والمرضى منّا المراد بالعود إمساكها على النكاح زماناً وإن قلّ ، كما عن بعض العامة ، لأن صيغة الظهار تقتضي التحريم الذي لا يكون إلاّ بالبينونة ، فإذا لم يبنها فقد عاد عن التحريم ، كما يقال : قال فلان : قولاً ثمّ عاد فيه وعاد له أي خالفه ونقضه يقرب من قولهم عاد فلان في هبته ، وهو أيضاً واضح الضعف ، لا لاقضاء « ثم » التراخي الذي هو وارد على المختار لو فرض أنه أراد استباحة الوطء عقيب الظهار بلا فصل ، وإن أمكن الجواب عنه بجريانه على الغالب الذي هو عدم إرادة المظاهر خلاف ظهاره متصلاً به ، بل إنمّا يكون بعد ذلك بمدة ، بل هو للنصوص (٢) التي يمكن دعوى تواترها بخلافه ، خصوصاً ما دلّ (٣) منها على عدم الكفارة بعدم المسّ المعتمدة مع ذلك بالأصل وغيره مما عرفت ، هذا .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ الأقرب أنه لا استقرار لها ﴾ فلو فارقها بعد إرادة الوطء لم يكن عليه كفارة ﴿ بل معنى الوجوب تحريم الوطء حتّى يكفر ﴾ كما عن المشهور ، لا أنّه يخاطب بالكفارة بمجرّد الارادة المزبورة وإن عدل عنها وطلق مثلاً الذي هو منافٍ لظاهر النصوص (٤) التي منها ما دلّ (٥) على أنه لا يمسّها حتّى يكفر و على سقوط الكفارة إذا فارقها قبل المسّ ، بل و ظاهر الآية (٦) الموجب للتحرير قبل المسّ ، والقبليّة تستدعي وجود المتضائفين .

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

(٢) (٣ و ٣ و ٣) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار .

(٥) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار الحديث ٨ .

(٦) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

فما عن العلامة في التحرير - من القول بالاستقرار بارادة الوطاء التي هي العود المعلق عليه وجوب الكفارة و إن رجع عنها ، و لأنها وجبت عند الإرادة فيستصحب ، و لأنها إن لم تستقر بذلك لم تكن واجبة حقيقة ، بل إنما كانت شرطاً لا بإباحة الوطاء - واضح الفساد ، لأنه كالأجتهاد في مقابلة النص .

لكن في كشف اللثام « والجواب أن الوجوب خلاف الأصل ، وإنما علم من النصوص الوجوب بمعنى توقف المسألة عليه وإن لم يكن ذلك وجوباً حقيقة » .

و قد تبع بذلك ما في المسالك حيث قال : « فان قيل : يلزم من هذا عدم وجوبها ، لأن الواجب هو الذي لا يجوز تركه لا إلى بدل ، وهذه الكفارة قبل الميسر يجوز تركها مطلقاً حيث يعزم على عدم الميسر إما مطلقاً أو مع فعل ما يرفع الزوجة ، و يترتب على ذلك أنه لو أخرجها قبل الميسر لا يعجز ، لأنها لم تجب ، ولأن نية الوجوب لها غير مطابقة ، وهذا المعنى الذي أطلقتموه عليه غير الوجوب المتعارف ، بل هو بالشرط أشبه ، قلنا : الأمر كما ذكرت ، و إطلاق الوجوب عليها بهذا المعنى مجازي ، و قد نبهوا عليه بقولهم بمعنى تحريم الوطاء حتى يكفّر ، فهي حينئذ شرط في جواز الوطاء ، و إطلاق الواجب على الشرط من حيث إنه لا بد منه في صحة المشروط مستعمل كثيراً ، ومنه وجوب الوضوء للصلاة المندوبة ، و وجوب الترتيب في الأولين ، بمعنى الشرطية فيهما ، و أما نية الوجوب بالكفارة فجواز إطلاقها بهذا المعنى ، لأن نية كل شيء بحسبه ، ولو لم نعتبر نية الوجه كما حققناه في أبواب العبادات لعدم الدليل الناهض عليه تخلصنا عن الاشكال ، و قد تبعه غير واحد ممن تأخر عنه على ذلك .

لكنه كما ترى ، ضرورة أن الوجوب الشرطي لا يكفي في ملاحظة الامتنال المتوقف عليه صحة العبادة التي لا تقع من دون أمر شرعي ، وما أدري ما الذي دعاهم إلى ذلك ؟ إذ لامنافاة بين الوجوب الشرعي والشرطي ، و الفرض ظهور الكتاب (١)

والسنة (١) فيهما معاً ، نعم إنما ذلك مع الإرادة المتعقبة لاستباحة الوطء ويحصل ذلك باستمرارها إلى تمام التكفير وإن لم يطق ، أما مع فرض الطلاق أو الرجوع عن الإرادة المزبورة أو غير ذلك فلا وجوب ولو في أثناء الكفارة ، وهذا هو المراد من عدم استقرار الوجوب في مقابل القائل باستقراره وإن رجع عن تلك الإرادة ، بل قد يقال : إن الظهار هو السبب الموجب لها ، ولكن بشرط العود الذي هو الإرادة المزبورة ، فمع فرض انتفاء استمرارها يرتفع الشرط ، فيرتفع المشروط ، بل هذا هو معنى قوله تعالى (٢) : « الَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا » .

﴿ و ﴾ كيف كان في ﴿ ولو وطأ قبل الكفارة لزمه كفارتان ﴾ بلا خلاف معتد به أجده فيه ، بل عن الخلاف و الانتصار و السرائر و الغنية و ظاهر التبيان والمبسوط الإجماع عليه ، ولعل وجه حصول سبب الكفارة أو لا بالظهار والعود الذي قد عرفته ، و الوطء سبب ثان لها باعتبار حصول الحنث به بالظهار الذي هو كاليمين والنذر بالنسبة إلى ذلك .

مضافاً إلى صحيح الحلبي (٣) و خبر أبي بصير (٤) المتقدمين سابقاً ، وحسن الصيقل (٥) عن الصادق عليه السلام « قلت له : رجل ظاهر من امرأته فلم يكفر ، قال : عليه الكفارة من قبل أن يتماسا ، قلت : فانه أتاها قبل أن يكفر ، قال : بشما صنع ، قلت : عليه شيء ؟ قال : أساء و ظلم ، قلت : فيلزمه شيء ؟ قال : رقبة أيضاً » .

بل لم نجد في ذلك خلافاً إلا من أبي علي في خصوص من كان تكفيره بالاطعام ،

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار .

(٢) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

(٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار الحديث ٤ - ٦ - ٥ وفي

الثالث « فلم يف » بدل « فلم يكفر » كما في الاستبصار ج ٣ ص ٢٦٢ و ٢٦٥ و التهذيب

ج ٨ ص ١٤ و ١٨ .

فلم يوجب تقدّمه على المسّ ولا تكريره به ، كما هو ظاهر عبارته المحكية عنه وإن كانت لا تخلو من سماجة ، ومن هنا حكى بعضهم عنه عدم وجوب التعدّد بالوطء الأوّل مطلقاً ، ولكن ما ذكرناه هو مقتضى التدبّر فيها محتجّاً باطلاق الآية فيه ، بخلاف العتق والصّيام .

و استدّل له في المسالك بخبري (١) زرارة السابقين المشتملين على التكفير بعد الواقعة ، وقد عرفت الحال فيهما ، وبحسن الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام « سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات ، قال : يكفر ثلاث مرات ، قلت : فإن واقع قبل أن يكفر قال : يستغفر الله ويمسك حتّى يكفر » وخبر زرارة (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « إن الرجل إذا ظاهر من امرأته ثمّ يمستها قبل أن يكفر فانما عليه كفارة واحدة ، ويكف عنها حتّى يكفر » وما تقدّم من خبر سلمة بن صخر (٤) وأمر النبي ﷺ له بكفارة واحدة ، مع أنه واقع بعد الظهار قبل التكفير ، والمرسل (٥) عن النبي ﷺ « في المظاهر يواقع قبل أن يكفر » ، قال : كفارة واحدة .

و من هنا قال فيها : « ويمكن على هذا حمل الأخبار (٦) الواردة بتعدد الكفارة على الاستحباب جمعاً بين الأخبار ، ومع أن في تينك الروايتين رافعة الاستحباب ، لأنّه عليه السلام لم يصرّح بأن عليه كفارة أخرى إلاّ بعد مراجعات و عدول عن الجواب ، كما لا يخفى - إلى أن قال - : قول ابن الجنيد لا يخلو من

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب الظهار الحديث ٢ ٥٠ .

(٢) ذكر صدره في الوسائل في الباب - ١٣ - من كتاب الظهار الحديث ٢ و ذيله

في الباب - ١٥ - منه الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار الحديث ٩ .

(٤ و ٥) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٨٦ .

(٦) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار .

قوة ، وفيه جمع بين الأخبار ، وتبعه على ذلك في الجملة في كشف اللثام ، فانه بعد أن حكى قول ابن الجنييد قال : « ويؤيده أن أكثر الأخبار إنما أوجب عليه رقبة ثانية » ثم ذكر بعض النصوص التي سمعتها .

لكن لا يخفى عليك أن هذا من الإعوجاج في الفقه ، نسأل الله تعالى العافية منه ، ضرورة أن هذا القول الشاذ - الذي يمكن القطع بفساده ولو بملاحظة استقرار الكلمة على خلافه في الأعصار المتعاقبة - فيه أن من المعلوم كون ترك التقييد في الإطعام لكونه بدلاً عنهما ، فما القيد فيهما إلا قيد فيه ، وكذا من المعلوم مرجوحية النصوص المزبورة بالنسبة إلى تلك النصوص من وجوه يكفى أحدها في عدم المكافئة التي تحتاج إلى الجمع المزبور الذي هو مع ذلك بلاشاهد .

بل قد عرفت الاحتمالات في خبري زرارة (١) كما أن غيرهما من النصوص لا صراحة فيه ، بل ولا ظهور بخصوص المحكمي عن ابن الجنييد الذي هو موافق للأصحاب في خصوص العتق والصَّيَّام ، بل ما فيه من الأمر بالاستغفار والكف (٢) ونحوهما مما ينا في قول ابن الجنييد الذي مبناه عدم وجوب تقديم الإطعام على المسّ وعدم تكرّره بتكرّره ، فهي حينئذ من قسم المأوّل الخارج عن الحجية .

مع أنه ليس بأدلى من حملها على صورة الجهل والنسيان المصرح بها في المسالك وكشف اللثام وغيرهما والمحكمي عن الشيخ اللذين أوّلهما مبنى أمر النبي صلى الله عليه وآله سلمة بن صخر (٣) بالكفارة الواحدة وكذا الرجل من بنى النجار (٤) بل لعل ذلك أولى ، لشهادة قول الباقر عليه السلام في صحيح ابن مسلم (٥) له بخلاف الأوّل ، قال : « الظهار لا يكون إلا على الحنث ، فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتى يكفّر ، فإن جهل وفعل فأنما عليه كفارة واحدة » المؤيد

(١) الوسائل الباب -١٦- من كتاب الظهار الحديث ٢ و ٥ .

(٢) الوسائل الباب -١٥- من كتاب الظهار الحديث ٢ و ٣ .

(٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٨٦ .

(٤) (٥) الوسائل الباب -١٥- من كتاب الظهار الحديث ٧-٨ .

بخبر (١) رفع الخطأ والنسيان وغيره ، مضافاً إلى ظهور النصوص (٢) الموجبة في العامد ومن ذلك يتبعه إلحاق الناسي بالجاهل المصرح به في الصحيح المزبور (٣) .
 ﴿و﴾ كيف كان في ﴿ولو كرّر الوطء تكررت الكفارة﴾ وفقاً للمشهور ، بل لاختلاف ممتد به أجده فيه ، لصدق الوطء قبل التكفير على كل منها ، وقد عرفت ظهور الأدلة في كونه سبباً للتكفير ، والأصل عدم التداخل ، مضافاً إلى خبر أبي بصير (٤) عن الصادق عليه السلام « إذا واقع المرأة الثانية قبل أن يكفر فعليه كفارة أخرى » وليس في هذا اختلاف .

فما عن ابن حمزة - من أنه إن كفر عن الوطء الأول لزمه التكفير عن الثاني وإلا فلا ، لأن الأخبار الموجبة لكفارة أخرى للوطء تشمل الوطء الواحد والمتعدد ، والأصل البراءة من التكرير ، فإذا وطأ مرات قبل التكفير لم يكن عليه سوى كفارة أخرى ، وأما إذا كفر عن الأول فإذا وطأ ثانياً صدق عليه أنه وطأ قبل التكفير ، فلزمه كفارة أخرى ، وحسن أبي بصير ليس نصاً في إيجاب التكرار مطلقاً ، وفي كشف اللثام « وهو قوي » - لا ريب في ضعفه ، إذ هو كالاجتهاد في مقابلة النص أو في حكم النص .

نعم الظاهر أنه لا كفارة عليه فيما لو فرض حصول وطئه ثانياً بعد تكفيره عن السبب الأول ، لعدم صدق الوطء قبل التكفير حينئذ ، بناءً على أن المراد به التكفير عن الظهار الذي هو قبل المس .

ولعله لذا جزم به في القواعد وشرحها للإصباحي ، نعم قالوا : « لو وطأ ثانياً بعد أن أدى كفارة واحدة نأوياً بها عن الوطء الأول بعينه أو عن أحدهما ، أي الوطء الأول والظهار لا على التعمين على إشكال في الثاني وجبت بالوطء الثاني

(١) الوسائل الباب ٥٦- من أبواب جهاد النفس من كتاب الجهاد .

(٢) الوسائل الباب ١٥- من كتاب الظهار الحديث ١ و ٤ و ٦ .

(٣ و ٤) الوسائل الباب ١٥- من كتاب الظهار الحديث ٨- ١ .

كفارة ثالثة ، لصدق الوطء قبل التكفير عن الظهار الذي قد عرفت ظهور الأدلة في كونه سبباً للكفارة حتى في الصورة الثانية ، بناءً على صحتها وانصرافها إلى التوزيع بينهما ، لعدم حصول تمام كفارة الظهار حينئذ ، فيكون كما لو وطأ في أثناء كفارته في أنه يصدق عليه أنه وطأ قبل أن يكفر .

اللهم إلا أن يقال : إن المتيقن منه قبل الشروع في الكفارة ، ولكنه كما ترى ، ضرورة كون الكفارة اسماً للمجموع ، نعم لو قيل في الفرض إنه تقع الكفارة لواحد منهما لابعينه أمكن القول حينئذ بعدم الحكم بصدق الوطء قبل التكفير ، والأصل براءة الذمة ، فتأمل جيداً .

المسألة الثالثة :

﴿ إذا طلقها رجعيّاً ثم راجعها لم تحلّ له حتى يكفر ﴾ بخلاف أجده فيه ، لأنّها حينئذ بحكم الزوجة ، نعم ليس مجرد رجوعه بها موجباً للكفارة بل هي على حالها السابق الذي قد عرفت اعتبار العود بالظهار في وجوب الكفارة فيه ، والرجوع بها أعم من العود الذي قد عرفته ، ومرسل النميري (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « رجل ظاهر ثم طلق ، قال : سقطت عنه الكفارة إذا طلق قبل أن يعاود المجامعة ، قيل : فانه راجعها ، قال : إن كان إنما طلقها لاسقاط الكفارة عنه ثم راجعها فالكفارة لازمة له أبداً إذا عاود المجامعة ، وإن كان طلقها وهو لا ينوي شيئاً من ذلك فلا بأس أن يراجع ، ولا كفارة عليه » مع سقوطه عن الحجية قاصر عن المعارضة من وجوه ، ولذا لم أجد عاملاً به .

﴿ ولو خرجت من العدة ثم تزوجها ووطأها فلا كفارة ﴾ فضلاً عما قبل الوطء وفاقاً للمشهور ، للأصل السالم عن معارضة الأدلة السابقة بعد ظهورها في أن الموجب لها العود والوطء بالسبب الأول الذي وقع الظهار عليه لا مطلقاً حتى

لو استباحها بسبب جديد ، كما صرح بذلك كله في خبر يزيد بن معاوية (١) على ما عن الفقيه ويزيد الكناسي على ما عن غيره المنجم بما عرفت إن كان في سنده شيء ، قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها تطليقة ، فقال : إذا طلقها هو تطليقة فقد بطل الظهار ، وهدم الطلاق الظهار ، فقلت له : فله أن يراجعها ؟ قال : نعم هي امرأته ، فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماسا ، قلت : فإن تركها حتى يحل أجلها وتملك نفسها ثم تزوجها بعد ذلك هل يلزمه الظهار من قبل أن يمسيها ؟ قال : لا ، قد بانث منه وملكت نفسها » مؤيداً بالنصوص (٢) المستفيضة الدالة على سقوط الكفارة عنه بالطلاق .

ومن ذلك يعلم الوجه فيما ذكره المصنف وغيره بقوله ﴿ و كذا لو طلقها بائناً وتزوجها في العدة ووطأها ﴾ ضرورة أنها بالطلاق البائن قد ملكت نفسها وانقطع حكم السبب الأول الذي وقع عليه الظهار ، وإنما استحل نكاحها بعقد جديد ، خلافاً لسائر وأبي الصلاح فأوجباً حكم الظهار ، ولو بالتزويج بعد عدة البائنة لاطلاق الآية (٣) الذي هو مع الأعضاء عن تقييده بما سمعت منساق إلى العود بذلك السبب لا مطلقاً ، ولحسن علي بن جعفر (٤) عن أخيه عليه السلام سأل « عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها بعد ذلك بشهر أو شهرين فتزوجت ، ثم طلقها الذي تزوجها فراجعها الأول ، هل عليه فيها الكفارة للظهار الأول ؟ قال : نعم عتق رقبة أو صوم أو صدقة » القاصر عن معارضة ما سمعت بمخالفة الشهرة و موافقة العامة وغير ذلك ، فلا بأس بحمله على النسيب .

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار الحديث ٢ عن بريد بن معاوية كما

في الفقيه ج ٣ ص ٣٤٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار الحديث - ٩ .

(٣) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

وأما المناقشة في متنه - باحتمال فسادہ ، لأنہ عقب تزويجها بعد طلاقها بشهر أو شهرين ، فيكون قد وقع في العدة ، بل عقب التزويج فيه بالفاء المقتضية للمفورية المستلزمة لعدم الخروج من العدة ، بل قوله أخيراً « فراجعها الأول » ولم يقل « تزوجها » مشعر بذلك أيضاً - فلا يخفى عليك ما فيها ، بل أطنب في المسالك في ردّها ، ولكن لا حاجة إليه بعد ما عرفت .

﴿ وكذا ﴾ لا كفارة قطعاً ﴿ لو ماتا أو مات أحدهما ﴾ قبل العود بلا خلاف ولا إشكال ﴿ أو ارتدّا أو أحدهما ﴾ عن فطرة أو عن ملة قبل الدخول أو بعده إذا كان المرتد الرّجل عن فطرة ، حتى لو قلنا بقبول توبته على وجه يصحّ له تزويجه بامرأته ، لكن هو حينئذ كالمطلق بائناً بل أعظم ، ولو كان عن ملة أو كانت المرتدة المرأة فهو بحكم الطلاق الرّجعي ، ضرورة الرّجوع إلى الزّوجة بالاسلام في العدة كما هو واضح ، ويمكن كون إطلاق المصنّف انكلاً على وضوحه ، وللفرق بين الطلاق الرّجعي وبينه بجعله سبباً جديداً دون الطلاق ، والله العالم .

المسألة (الرابعة): ﴿

﴿ لو ظاهر من زوجته الأمة ثم ابتاعها فقد بطل العقد ﴾ كما عرفته في محله ، ويتبعه بطلان حكم الظهار لما سمعته . ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو وطأها بالملك ﴾ الجديد ﴿ لم يجب عليه الكفارة ﴾ ، للأصل وغيره مما عرفت ، بل هو أقوى من تزويجها بعد طلاقها بائناً ، لاختلاف جنس السبب فيه دونه . ﴿ ولو ابتاعها من مولاه غير الزوج ففسخ ﴾ نكاحه ﴿ سقط حكم الظهار ﴾ الذي كان قد تعلق به . ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو تزوجها الزوج بمقد مستأنف لم تجب الكفارة ﴾ وكذا لو اشتراها منه .

و لو ظاهر السيد أمة المملوكة - بناءً عليه - فباعها من غيره بطل حكم الظهار وإن اشتراها منه بعد ذلك ، وأولى منه ما لو أعتقها ثم تزوجها .

ولو ظاهر غير زوجته الأمة المظاهرة أيضاً وعاد ثم قال لمالكها : « أعتقها عن ظهاري » ففعل وقع عتقها عن كفارته وانفسخ النكاح بينهما ، لأن إعتاقها عنه يتضمن تمليكها ، وإذا ملك زوجها ففسخ نكاحه ، ويتبعه بطلان ظهاره لها ، فإذا أراد تزويجها لم يتعلق به حكم الظهار ، لما عرفت ، وكذا لو أعتقها باستدعائه عن كفارة أخرى . ولو ظاهر عن أمة المملوكة وعاد فأعتقها عن ظهاره جاز .

وكذا لو آلى عن زوجته الأمة ووطأها لزمته الكفارة ، فقال لسيدتها (١) : « أعتقها عن كفارتي » ففعل جاز وانفسخ النكاح كالظهار ، ولو ظاهر من زوجته الذميمة وعاد ثم نقضت المرأة العهد فاسترقت فملكها الزوج فأسلمت و أعتقها عن كفارة ظهاره أو غيرها جاز ، وذلك وغيره كله واضح بحمد الله تعالى .

(١) في النسخة الأصلية المبيضة والمسودة « فقال سيدتها » والصحيح ما أثبتناه .

المسألة الخامسة :

﴿ إذا قال : « أنت كظهر أمي إن شاء زيد » فقال : « شئت » دفع على القول بدخول الشرط في الظهار ﴾ والأشكال بعدم العلم بمشيئته فإن قوله أعم من ذلك هيئت بعد معلومية إرادة المشيئة التي طريقها قوله ، ولولا أنها شيء لا يعلم إلا من قبله ، وكذا لو علقها على مشيئتها أو مشيئته غيرها أو المركب أو غير ذلك من وجوه التعليق ، نعم لو قال المعلق على مشيئته : « شئت إن شاء زيد » مثلاً لم يقع ، لعدم قبول المشيئة التعليق .

ولو علقه على مشيئة صبي غير مميز لم يعقل مشيئته للظهار المتوقف على تعقله ، أما المميز ففي المسالك « وجهان : من سلب عبارته شرعاً ، وإمكان مشيئته عقلاً ، وقبول خبره في نظائر ذلك » وفيه أنه لا إشكال فيه بعد فرض تحقق مشيئته ، لعدم مدخلية عبارته هنا في صحة الظهار حتى يقال : إنها مسلوقة ، بل لو علقها على مشيئة المجنون و كان يمكن تحقق ذلك منه صح وإن جزم هو بعدمه كغير المميز .

ولو علقه على مشيئتها فنشأت باللفظ كارهة بالقلب وقع ظاهراً وفي وقوعه باطناً بالنسبة إليها وجهان : من أنه تعليق بلفظ المشيئة ، ولو كان بالباطن لكان إذا علق بمشيئة زيد لم يصدق زيد في حقها ، ومن ظهور عدم الشرط وهو المشيئة عندها ، ولا يخلو من نظر .

ولو قال : « إن شئت أو أبيت » ففضيئة اللفظ وقوعه بأحد الأمرين ، نحو « إن قمت أو قعدت » اللهم إلا أن يظهر منه إرادة التنجيز .

﴿ ولو قال : إنشاء الله ﴾ وقع إن قصد التبرك ، وإلا ﴿ لم يقع ظهار ﴾ عندنا ، لأنه لم يشأ المحرم ، بل وعند الأشاعرة ، للجهل بالشرط وإن جوزوا مشيئته له ، ولو عكس فقال : « إن لم يشأ الله تعالى » وقع إن كان عدلياً ، للعلم بعدم مشيئته له ،

وإن كان أشعرياً ففي المسالك وجهان ، أجودهما الوقوع مطلقاً .
قلت : قد تقدم جملة من الكلام في ذلك سابقاً ، ولكن نقول هنا : إن
كلامهم مبني على إرادة الاختيار من المشيئة ، ولذا كان محالاً تعلقها عندنا وعند
المعتزلة بإيجاد القبيح بخلاف الأشاعرة ، وعلى أنه لا يمكن أن يقع خلاف مشيئة الله ،
كما عن الأشاعرة على ما حكاه عنهم في الإيضاح قال : « وجوزة المعتزلة والإمامية »
قلت : ومقتضاه حينئذ أن المشيئة أمر آخر ، وبالجمله هذه المسألة كلامية وإن
ذكرها الفقهاء على المتعارف منها .

المسألة السادسة :

﴿ لو ظاهر من أربع بلفظ واحد ﴾ لا بأربع ألفاظ فانه لا خلاف حينئذ في
تعدد الكفارة ، ولكن قال : « أنتن علي كظهر أمي » ﴿ كان ﴾ مظاهراً منهن
بلا خلاف أجده ، بل في المسالك وكشف اللثام الإجماع عليه ، فان فارقهن بما يرفع
الكفارة من طلاق ونحوه فلا إشكال ، وإن عاد إليهن أجمع فالمشهور أن ﴿ عليه عن
كل واحدة كفارة ﴾ بل عن الخلاف الإجماع عليه ، لصدق الظهار عن كل واحدة
مع العود إليها وإن اتحدت الصيغة ، ولحسن حفص بن البختري (١) عن الصادق
والكاظم عليهما السلام « في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن كلهن جميعاً بكلام واحد ،
فقال : عليه عشر كفارات » وخبر صفوان (٢) قال : « سأل الحسين بن مهران أبا
الحسن الرضا عليه السلام عن رجل ظاهر من أربع نسوة ، فقال : يكفر لكل واحدة
كفارة ، وسأله عن رجل ظاهر من امرأته وجاريته ما عليه ؟ قال : عليه لكل واحدة
كفارة » الحديث .

خلافاً لأبي علي ، فكفارة واحدة ، لاتحاد الصيغة كاليمين ، ولخبر غياث بن
إبراهيم (٣) عن الصادق عن أبيه عن علي عليه السلام « في رجل ظاهر من أربع نسوة ،

قال : عليه كفارة واحدة .

وفيه منع التلازم بين اتحاد الصيغة وتعدد الظهار الذي هو الأثر الحاصل منها لانفسها ، كما حققناه في محله ، وبذلك ظهر الفرق بينه وبين اليمين الذي لا إشكال في أنه اسم للعبارة المخصوصة اتحد متعلقها أو تعدد ، ولا ينافي ذلك حكمهم باتحاد البيع الواقع على أعيان متعددة ، ولذا لو ظهر عيب في بعضها كان له فسخ العقد من أصله أو أرض الطعيب ، وليس له رد الطعيب نفسه خاصة ، لا مكان الفرق بينهما بصحة بيع المجموع من حيث هو كذلك على وجه يكون كل واحد من الأعيان جزءا للطبيع ، بخلاف المقام الذي لا يصح فيه ظهار المجموع كطلاقه ، ومن هنا اتضح لك كون الظهار بالطلاق أشبه منه باليمين ، وأما الخبر المزبور فهو فاقد شرائط الحجية ، فلا يصلح معارضا للحسن الأول المعتمد بها ، ولو عاد إلى بعضهن دون بعض فعلى المختار تجب الكفارة بعدد من حصل فيها العود ، وعلى القول الآخر تجب الواحدة ولو بالعود إلى الواحدة مع احتمال عدم أصلا ، كما لو حلف أن لا يكلم جماعة بناء على أنه لا يلزمه الكفارة بتكليم بعضهم .

﴿ ولو ظاهر من واحدة مراراً ﴾ وعاد لما قال بعد كل ظهار أو لم يعد بعد كل ظهار بل عاد بعد الأخير ﴿ وجبت عليه بكل مرة كفارة ﴾ وفاقاً للأكثر ، لظهور الأدلة في سببية كل منها ، والأصل تعدد المسبب بتعدد السبب ، سواء ﴿ فرق الظهار ﴾ عن الآخر بأن حصل التراخي بينهما أو وقع في مجلس غير مجلس الأول ﴿ أو تابعه ﴾ وإن حكى عن المبسوط نفي الخلاف عن التعدد في صورة التفريق ، وسواء اتحد المشبه به أو تعدد ، وسواء تخلل التكفير أو الوطء أو لا ، بل سواء قصد التأكيـد بالثاني و الثالث مثلاً أو لا وإن حكى عن الشيخ في المبسوط أنه نفي الخلاف عن الوحدة إذا نوى التأكيـد ، بل ظاهر الفخر في الإيضاح أن محل الخلاف في غير صورة التأكيـد ، ويقرب منه ما في كشف اللثام ، ولكن لم نتحققه ، بل لعل مقتضى إطلاق المتن والقواعد والمنافع ومحكي الجامع وابن أبي عقيل وابن زهرة وابن إدريس

عدم الفرق ، ولعله لذا صرح في محكي المختلف بعدم الفرق .
 و دعوى صدق اتحاد الظهار مع نية التأكيد لا تعدّه ممنوعة ، ضرورة أن
 المؤكد غير المؤكد ، وإطلاق أدلة الظهار تقتضي ترتب الكفارة على مسماه مع العود ،
 وهو متحقق في المقصود به التأكيد ، مضافاً إلى إطلاق صحيح ابن مسلم (١) عن
 الباقر عليه السلام « سألت عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر ما عليه ؟ قال :
 عليه مكان كل مرة كفارة » وصحيحه الآخر (٢) عن أحدهما عليهما السلام « سألت عن رجل
 ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر ، فقال : قال علي عليه السلام : مكان كل مرة كفارة »
 الحديث . وصحيح الحلبي (٣) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته
 ثلاث مرات ، قال : يكفر ثلاث مرات » وخبر جميل (٤) عن أبي عبد الله
 عليه السلام « فيمن ظاهر من امرأته خمس عشرة مرة ، قال : عليه خمس عشر
 كفارة » .

فما عن المبسوط - : من أنه « إن والى ونوى التأكيد أو أطلق لم يلزمه
 أكثر من كفارة ، وإن نوى الاستئناف أو فرق تعددت ، تخلل التكفير أو لا »
 ونحوه عن الوسيلة صريحاً والخلاف مفهوماً فإنه حكم بالتعدد إذا نوى الاستئناف
 لكن لم يفرّق فيه بين التوالي والتفريق ، ولعله إليه أشار المصنف بقوله : « ومن
 فقهاؤنا من فصل » - واضح الضعف لما عرفت خصوصاً في صورة الإطلاق ، وإن
 استدللّه - مضافاً إلى ما سمعت - بالأصل المقطوع بما عرفت ، وخبر عبد الرحمن
 ابن الحجاج (٥) عن الصادق عليه السلام « في رجل ظاهر من امرأته أربع مرات ، في
 مجلس واحد ، قال : عليه كفارة واحدة » القاصر عن معارضة ما عرفت من وجوه ،
 فلا بأس بطرحه أو حمله كما عن الشيخ على الاتحاد في الجنس وإن بعد أو على
 إرادة الظهار أربعاً بلفظ واحد أو غير ذلك .

هذا وفي المسالك « أنه يظهر من قول المصنف : « ومن فقهاؤنا » إلى آخره

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ١٣ - من كتاب الظهار الحديث ٤ - ١ - ٢ .

(٤ و ٥) الوسائل الباب ١٣ - من كتاب الظهار الحديث ٣ - ٦ .

أنّ منهم من فرق بين ما لو تابع وفرّق ، فحكم بالتعدد في الثاني دون الأوّل ، وفي رواية ابن الحجاج ما يرشد إليه ، لأنّه حكم بالاتحاد مع اتحاد المجلس ، وذلك الأخبار الدالة على التعدّد مطلقة ، فتحمّل على اختلاف المجلس جمعاً بين الأخبار ، وهذا قول موجه بالنسبة إلى دلالة الأخبار ، وطريق الجمع بينها ، إلّا أنا لم نقف على القائل به من أصحابنا ، نعم نقله الشيخ في المبسوط عن بعضهم ، ومقتضى طريقته أنّه من العامة لا من أصحابنا .

و فيه أنّه مع قطع النظر عن ذلك قاصر عن تقييد تلك المطلقات المعتمدة بالعمل وبقاعدة تعدد المسبب بتعدد السبب ، و (دعوى) عدم تعدد السبب الذي هو الظهار والعود الذي قد تقدّم كون المراد منه الإرادة المتعقبة للوطء ، وهو غير متكرّر وإن تكرّر الظهار ، سواء تخلل العود بين الظهارات أو وقع آخرّاً ، لأنّ المتخلل بعد فرض الرجوع عنه بالظهار المتعقب له لم يكن تمة السبب ، بناءً على المختار من كون العود إرادة الوطء مستمرة إلى تمام التكفير حتّى تحصل استباحة الوطء ، وأما الأخير فليس هو إلّا عود واحد (يدفعها) أنّ إرادة الوطء المتأخّرة مع انضمامها إلى كلّ واحد من الظهارات المتكررة تصير سبباً تامّاً في الوجوب ، فيتعدد كما اعترف به في التنقيح .

وأضعف منه ما عن أبي عليّ من أنّه إن اختلف المشبّه به تعدّد الكفّارة ، كأن قال : « أنت عليّ كظهر أمّي أنت عليّ كظهر أختي » لأنّهما حرمتان انتهكهما ، وإن اتحدتا تحدت ما لم يتخلل التكفير ، إن هو مع منافاته لظاهر الأدلّة لأشاهد له .

﴿ و ﴾ كيف كان في ﴿ ملو وطأها قبل التكفير ﴾ عن الجميع كفّر عن البعض أولاً ﴿ وجب عليه عن كلّ وطء كفارة واحدة ﴾ لأزيد ، للأصل وغيره ، وعن كلّ مرة بقيت أخرى كما هو واضح .

المسألة * السابعة :

* إذا أطلق الظَّهَار حرم عليه الوطء حتى يكفر * بلا خلاف معتد به ولا إشكال ، لما سمعته من الكتاب (١) والسنة (٢) والاجماع * ولو علقه بشرط * كما لو قال مثلاً : « أنت عليّ كظهر أمي إن دخلت الدار أو كلمت زيدا » * جاز الوطء ما لم يحصل الشرط * لعدم تحقق الظَّهَار المشروط به ، فإن دخلت أو كلمت زيدا وقع بعد الدخول والتكلم ، سواء طال الزمان أو قصر . * و * حينئذ * ولو وطأ قبله لم يكفر * للأصل وغيره * ولو كان الوطء هو الشرط * بأن قال : « أنت عليّ كظهر أمي إن وطأتك » * ثبت الظَّهَار بعد فعله * كغيره من الشرائط * ولا تستقر الكفارة حتى يعود * إلى إرادة وطئها ثانياً على الوجه الذي قد مناه سابقاً .

* وقيل * كما عن الصدوق والشيخ في الفقيه والمقنع والهداية والنهاية : * تجب * الكفارة * بنفس الوطء * وإن كان ابتداءه جائزاً ، لأن الاستمرار وطء ثان ، وإنما المباح مسمّاه ، فيجب حينئذ بما زاد على مسمّاه بالنزع أو غيره ، * وهو بعيد * ضرورة أن الوطء أمر واحد عرفاً من ابتدائه إلى النزع ، والاطلاق محمول على العرف ، والمشروط إنما يقع بعد وقوع الشرط لا قبله ، واستدامة الأفعال ليس أفعالاً مستقلة كاستمرار القيام والجلوس مثلاً ، نعم لو نزع كاملاً ثم عاد وجبت الكفارة وإن كان في حالة واحدة ، لصدق تعدد الوطء حينئذ ، كما هو واضح .

بل في كشف اللثام « و عندي أن شيئاً من عبارات تلك الكتب ليس نصاً في ذلك ، ففي الفقيه : و الظَّهَار عليّ وجهين : أحدهما أن يقول الرجل لامرأته : هي

(١) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظَّهَار .

كظهر أمّه ويسكت ، فعليه الكفارة من قبل أن يجامع ، فإن جامع من قبل أن يكفر لزمته كفارة أخرى ، وإن قال : هي عليه كظهر أمّه إن فعل كذا وكذا فليس عليه شيء حتى يفعل ذلك الشيء ، ويجامع ، فتلزمه الكفارة إذا فعل ما حلف عليه ، ونحوه ما في المقنع والهداية وفي النهاية : ثم إنّه ينقسم قسمين : قسم منه يجب فيه الكفارة قبل الواقعة ، والثاني لا تجب فيه الكفارة إلا بعد الواقعة ، فالقسم الأول هو أنه إذا تلفّظ بالظهار على ما قد مناه ، ولا يعلقه على شرط ، فإنه تجب عليه الكفارة قبل موافقتها ، فإن واقعها قبل أن يكفر كان عليه كفارة أخرى ، والضرب الثاني لا تجب فيه الكفارة إلا بعد أن يفعل ما شرط أنه لا يفعله أو يوافقها ، فمتى واقعها كانت عليه كفارة واحدة ، فإن كفر قبل أن يوافق ثم واقع لم يجزه ذلك عن الكفارة الواجبة بعد الواقعة ، وكان عليه إعادتها ، ومتى فعل ما ذكر أنه لا يفعله وجبت عليه الكفارة أيضاً قبل الواقعة ، فإن واقعها بعد ذلك كان عليه كفارة أخرى - قال - : والظاهر أن معنى هذه العبارات أن عليه الكفارة بعد الواقعة إذا عاد لما قاله ، فارتفع الخلاف من البين . قلت : وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه .

و لو علقه بنفي فعل كقوله : « إن لم تدخلني الدار » لم يقع إلا عند اليأس من الدخول بموت أحدهما قبله ، فيحكم بوقوعه قبل الموت ، ونحوه لوقال : « أنت عليّ كظهر أمّي إن لم أتزوج عليك » فإنه يصير مظاهراً عند اليأس بالموت ، ولكن لا كفارة عليه ، لعدم العود بعده ، لأن الموت عقيب صيرورته مظاهراً .

نعم لو علق النفي بإذا بأن قال : « إذا لم تدخلني » ففي المسالك « وقع عند مضي زمان يمكن فيه إيقاع ذلك الفعل من وقت التعليق فلم يفعل والفرق بين الأثنين أن « إن » حرف شرط لا إشعار له بالزمان ، و « إذا » ظرف زمان كمتى في التناول للأوقات ، فإذا قيل له : « متى ألقاك » صح أن يقول له : « متى شئت » أو « إذا شئت » ولا يصح « إن شئت » فقوله : « إن لم تدخلني الدار » معناه « أيّ

وقت فاتك دخولها، (١) وفواته بالموت ، وقوله : « إذا لم تدخل الدار » معناه « أي وقت فاتك الدخول » فيقع الظهار بمضي زمان يمكن فيه الدخول به ، و يحتمل وقوعه في الموضعين بمضي زمان يمكن فيه الفعل ، لدلالة العرف عليه ، و يقوى الاحتمال مع انضباطه ، وفي معنى « إذا » « متى » و « أي وقت » .

قلت : قد يقال : إن المحتمل مساواة « إذا » لأن في العرف الآن في هذا التركيب ، فأنه لم يرد منها إلا معنى الشرطية الحاصلة بان لا المكس ، و فرق واضح فيه بينها وبين « متى » و « أي وقت » كما لا يخفى بأدنى التفات ، و الأمر سهل بعد أن كان المدار على المفهوم عرفاً منه .

و لو علقه بالحمل فقال : « أنت على كظهر أمي إن كنت حاملاً » فإن كان بها حمل ظاهر وقع في الحال ، و إلا ففي المسالك « إن ولدت لأقل من ستة أشهر من التعليق بان وقوعه حين التعليق ، لوجود الحمل حينئذ ، وإن ولدت لأكثر من أقصى مدة الحمل أو بينهما و وطئت بعد التعليق وأمكن حدوثه به بأن كان بين الوضع والوطء ستة أشهر فأكثر لم يقع ، لتبين انتفاء الحمل في الأول ، و احتمال حدوثه بعد التعليق في الثاني ، و إن لم يطأها بعد التعليق بحيث يمكن حدوثه به ففي وقوعه وجهان : من احتمال حدوثه بغير الوطء كاستدخال المنى ، و الأصل عدم تقدمه ، و من أن ذلك نادر ، و الظاهر وجوده عند التعليق ، و هذا هو الأقوى .

قلت : قد يقال : إن المدار على الحمل عرفاً ، ولا يتحقق صدقه بالولادة لدون الستة أشهر التي بها ينكشف استعداد النطفة للانعقاد الذي هو منشأ الحمل ، كما قد منا ذلك سابقاً .

كما أنه قد يقال بعدم تحقق الحمل عرفاً عند التعليق بالولادة بين الأدنى و الأقصى و إن لم يحصل وطء من الزوج ، إذ الوطء حال النوم وغيره محتمل ،

(١) هكذا في النسختين المخطوطتين المبيضة و المسودة ، و في المسالك « ان فاتك

دخولها ، وهو الصحيح .

و الأصول متعارضة ، فلا يقين بإحراز صدق الحمل حال التعليق ، و نفيها شرعاً بالنسبة إلى إحقاق الولد و نحوه لا يقتضي نفيها بالنظر إلى صدق النسب العرفية ، و الظهور الذي ذكره أقصاء الظن ، و هو لا يجدى في تحقيق النسب إذا كانت عنواناً لحكم شرعي كما هو واضح .

ولو قال : « إن ولدت أنثى ، فولدتها وقع حين تحقق الولادة ، و لو قال : « إن كنت حاملاً بها ، تبين بولادتها وقوعه حين التعليق و إن توقف ظهوره على الولادة ، و تظهر الفائدة ، في احتساب المدة من حينه لو كان قد وقته بمدة و في غير ذلك .

ولو علقه بالحيض فقال : « إن حضت حيضة ، لم يقع حتى تنقضي أيام حيضها ، ولو قال : « إن حضت ، واقتصر ففي المسالك « وقع إذا رأت دمًا محكوماً بكونه حيضاً إن كانت معتادة ، فلو رآته في عاداتها وقع برؤية الدم ، و إلاً فبمضي ثلاثة أيام ، و على القول بحيضها برؤية الدم مطلقاً أو مع ظنه يقع كذلك ، و يحتمل توقفه على ثلاثة مطلقاً ، إذ به يتحقق أنه ليس بدم فساد ، والفرق بينه وبين العبادة والتحریم أن الظهار لا يقع إلاً بيقين ، وأحكام الحيض يثبت بالظاهر .

قلت : إذا كان المدار في الظهار على ذلك لم نجد الثلاثة ولا الرؤية في زمن العادة ، ضرورة عدم حصول اليقين بذلك ، وإن جرى عليه حكم الحيض بالنسبة إلى الأحكام الشرعية التي مرجعها إلى الموضوع الشرعي بخلاف التعليق العرفي المراد به الموضوع الواقعي ، كما اعترف به . نعم قد يقال : إن المنصرف من نحو ذلك إرادة التعليق على الموضوع الشرعي ، و حينئذ يتجه الاجتزاء به مطلقاً .

ولو قال لها ذلك وهي حائض لم يقع إلاً بحيضة مستأنفة ، وفي المسالك « ومتى قالت : حضت فالقول قولها ، بخلاف ما لو علقه على دخول الدار فقالت : دخلتها ، فإنها تحتاج إلى البيئنة ، والفرق عسر إقامة البيئنة على الحيض ، و غاية عسرها مشاهدة الدم ، وذلك لا يعرف إذا لم يعرف عاداتها وأدوارها ، فلملّه دم فساد ، فاكتمى

الشارع فيه بقولها ، وقد تقدم في كتاب الطلاق ما يدل عليه من النص (١) ومثله لوقال : « إن أضرمت بغضي » فقالت « أضرمت » فالقول قولها لعسر الاطلاق ، بخلاف الأفعال الظاهرة ، كدخول الدار ، لسهولة إقامة البينة عليها .

قلت : قد يقال : إنه لامدخلية للعسر هنا ، إن أقصاه عدم ثبوت الظهار ، واكتفاء الشارع بقولها في ذلك بالنسبة إلى ما رتبته من الأحكام لا يقتضي الاكتفاء به في مثل المقام ، نعم إن كان قصد المظاهر ذلك اتجه الاكتفاء به وإلا فلا ، كما هو واضح .

ولو تعدد الشرط بأن قال : « إن دخلت أو كلمت » مثلاً وقع بأي واحد منهما ، ثم لا يقع بالآخر شيء ، لأنهما ظهار واحد ، نعم لو قال : « إن دخلت دار فلان فأنت علي كظهر أمي » وإن كلمت زيدا فأنت علي كظهر أمي ، ووجد الشرطان وقع الظهاران ، ولو قال : « إن دخلت الدار وكلمت زيدا » فلا بد من وجودهما معاً لوقوعه ، من غير فرق بين تقدم الكلام على الدخول وبالعكس بناءً على أن الواو لمطلق الجمع كما هو الأصح ، أما على الترتيب فيعتبر تقديم الدخول على الكلام ، لأنه يكون كما لو قال : « إن دخلت ثم كلمته » كما هو واضح .

ولو قال : « أنت علي كظهر أمي إن دخلت الدار إن كلمت زيدا » ففي المسالك « لا بد » منهما في وقوعه ، ويشترط تقديم المذكور أخيراً - وهو الكلام - على المذكور أولاً - وهو الدخول ، لأنه جعل الكلام شرطاً لتعليق الظهار بالدخول ، ويسمى ذلك اعتراض الشرط على الشرط والتعليق يقبل التعليق كما أن التبعيض يقبله ، نظير قوله تعالى (٢) : « ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم » المعنى : إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم .

(١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب العدد الحديث ١ من كتاب الطلاق .

(٢) سورة هود عليه السلام : ١١ - الآية ٣٤ .

قلت : قد يقال : إن المفهوم منه عرفاً التعليق على الدخول و الكلام مطلقاً كما عن بعض ، فلا يشترط الترتيب بينهما حينئذ ، ويقع الظهار بحصولهما كيف اتفق ، لأنه ذكر صفتين من غير عاطف ، فلا وجه لاعتبار غير الدخول ، أو يقال : إن المفهوم منه عرفاً التعليق على الدخول والكلام حاله ، وعلى كل حال هو غير ما ذكره .

و لو علقه على مخالفتها الأمر فقال : « إن خالفت أمري » ثم قال لها : « لا تكلمي زيدا » مثلاً فكلمته ففي المسالك « لم يقع الظهار ، لأنها ما خالفت أمره ، وإنما خالفت نهيه ، ويحتمل الوقوع نظراً إلى أنه يسمي في العرف مخالفة أمره ، ويقوى ذلك إن استقر العرف عليه ، وإلا فالعبرة بالمعنى المصطلح عليه » .

قلت : قد ذكروا أن للفظ الأمر معاني متعددة ، منها القول ، فمع قيام القرينة على واحد منها يكون هو المتبع ، وإلا كان المرجع العرف لا الاصطلاح الخاص ، إلا أن يكون المظاهر من أهله وقصد بالأمر الاصطلاح المزبور .

ولو علقه على مخالفة النهي ثم قال لها : « قومي » فقعدت ففي المسالك « في وقوعه أوجه مبنية على أن الأمر بالشئ هل هو نهى عن ضده مطلقاً أو ضده العام أو ليس نهياً عنهما ؟ فعلى الأول يقع الظهار بفعلها ما يخالف أمره دون الأخيرين ، هذا كله إذا لم يدل العرف على شيء ، وإلا عمل بمقتضاه مقدماً على القاعدة الأصولية ، لأن التعليقات تحمل على الأمور العرفية لا على القواعد الأصولية ، هذا إن انضبط العرف ، وإلا رجع إلى الاصطلاح » .

وفيه ما عرفت من أنه مع فرض عدم دلالة العرف يتجه الحكم بعدم الوقوع لا الرجوع إلى الاصطلاح إلا على الوجه المزبور ، على أنه كما أن الأمر بالشئ نهى عن ضده فكذا النهي عن الشئ أمر بضده ، فكان عليه بناء المسألة الأولى على ذلك أيضاً ، والجميع كما ترى .

و لو علقه بقذفها زيداً مثلاً وقع بقذفها له حياً وميتاً ، لأن قذف الميت كقذف الحي في الصدق سواء ، بخلاف ما لو علقه على تكليمها له ، فإنه لا يقع إلا أن يسمع كلامها ، كما اعترف به في المسالك ، لكن قال : « ولو منع من السماع لعارض كذهول وصمم فوجهان » وفيه أن المتبجح عدم اعتباره حينئذ .

ولو علقه بالضرب ففي المسالك أيضاً « لم يقع بضربه ميتاً » وفيه منع ، وعلى كل حال فلا يشترط إيلامه به ، للصدق عرفاً بدونه .

و لو قال : « إن قذفته في المسجد » اعتبر كونها في المسجد دونه ، وإن قال : « إن ضربته في المسجد » ففي المسالك اعتبر كون المضروب فيه ، قال : « والفرق أن قرينة الحال تشير بأن المقصود الامتناع عما يهتك حرمة المساجد ، وهتك الحرمة تكون بالقذف فيه والضرب فيه » .

قلت : قد يقال : إن المدار على صدق اللفظ من حيث نفسه ، وإلا فالقرائن لا ضبط لها ، وهو يصدق على ضربها وهي في المسجد وإن كان المضروب خارجاً .

و لو علقه برؤية زيد مثلاً وقع برؤيتها له حياً وميتاً مستيقظاً و نائماً ، ويكفي رؤية شيء من بدنه وإن قل ، ولو كان كلبه مستوراً لم يقع ، ولا يكفي رؤيته في المنام قطعاً ، نعم لو رآته في ماء صاف لا يمنع الرؤية أو من وراء جسم شفاف كالزجاج وقع ، لصدقها وإن تخلل الماء مثلاً لكنه كمتخلل أجزاء الهواء ، ولذا لانصح صلاة المستتر به ، ولو رآته بالمرآة مثلاً أو بانعكاسه بالماء فوجهان : من حصول الرؤية في الجملة ، وكون المرئي مثاله لاشخصه ، وهو الأصح . ولو حدث في المرأة العمى لم يقع قطعاً وإن حضر عندها ، بل لعله كذلك لو علق الظهار عليه وهي عمياء إلا أن يراد بالرؤية حينئذ الحضور .

و لو علقه بالمس وقع إذا مستت شيئاً من بدنه حياً كان أم ميتاً ، نعم في المسالك « ويشترط كون الممسوس مما تحله الحياة ، فلا يقع بمس الشعر والظفر ، إذ لا يقال لمن مستها من إنسان : إنه مسته ، مع احتمالها ، وفي اعتبار كون مستها

بباطن كفها أو يعم سائر بدنها وجهان : أجودهما الثاني ، والوجهان آتيان في مس المحدث للقرآن ، نعم يشترط كونه بما تحلّه الحياة من بدنها كما يشترط ذلك في المسوس ، ومثله يأتي في مس الميت على الوجه الذي يوجب الغسل .

قلت : قد ذكرنا في ذلك المبحث ما يعلم منه ما في كلامه هنا ، فلاحظ وتأمل .

ولو قلنا بوقوعه موقفاً فقال : « في شهر كذا » وقع أوّل جزء من ليلة هلاله ، ولو قال : « في نهار شهر كذا » أو « في أوّل يوم منه » وقع عند طلوع الفجر من أوّل أيامه ، وكذا لو قال : « في يوم كذا » ولو قال : « في آخر الشهر » وقع في آخر جزء منه ، لا أوّل جزء من ليلة السادس عشر ، لأن النصف الثاني كلّه آخر الشهر ، ولا في أوّل اليوم الآخر منه ، ولو قال : « عند انتصافه » ففي المسالك « وقع عند غروب الشمس من اليوم الخامس عشر ، لأنه مسمّى النصف » ولهذا يقال : ليلة النصف من شعبان مثلاً ، وفيه منع مع فرض هلاله ناقصاً ، اللهم إلا أن يعدّ ذلك نصفاً عرفاً .

ثم لا يخفى عليك أن الأمر المعلق عليه إن فعله فاعله عمداً أو كان الغرض مجرد التعليق عليه - كقدوم الحاج أو السلطان ونحوهما - وقع الظَّهَار عند حصول شرطه مطلقاً ، أما لو كان الغرض منه المنع ، كما لو قال : « إن دخلت دار فلان أو كلمته » فدخلته أو كلمته جاهلة بالتعليق أو ناسية أو مجنونة أو مكرهة أو علق هو ذلك على فعله قاصداً منع نفسه منه ففي المسالك « في وقوعه وجهان : وجود المعلق به ، وليس النسيان ونحوه دافعاً للوقوع ، ومن عموم قوله ﷺ (١) : « إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » والمراد رفع المؤاخذه أو رفع الأحكام ، والتفصيل متوجّه نظراً إلى القصد » .

قلت : لا يخفى عليك ما في الذي جعله وجهاً للثاني ، كما لا يخفى عليك أن المدار على صدق ما علق عليه الظَّهَار .

المسألة * الثامنة: *

* يحرم الوطء على المظاهر * إذا عاد * ما لم يكفر سواء كفر بالعتق أو الصيام أو الاطعام * بلا خلاف معتد به أجده ، بل هو فيمن فرضه الأولان موضع وفاق بين المسلمين ، والنصوص (١) من الطرفين وافية ، مضافاً إلى الكتاب (٢) بل هو كذلك أيضاً في الثالث ، خلافاً للاسكافي منّا ، وقد عرفت ضعفه وضعف دليله فيما تقدم .

* ولو وطأها خلال الصوم * الذي هو الكفارة * استأنف * وفاقاً للمحكي عن الشيخ بل في المسالك نسبته إلى الأكثر ، سواء صام من الشهر الثاني يوماً أو لا ، وسواء كان ذلك في ليل أو نهار ، للنقص كتاباً (٣) وسنة (٤) على وجوب تقديم صيام الشهرين على الميسيس ، وإذا وطأ في الأثناء ثم أكمل الشهرين لم يصم الشهرين قبل الميسيس ، ولما عرفت من وجوب كفارتين عليه إذا وطأ قبل التكفير ، ولاريب في صدقه في الفرض ، لكون الكفارة اسماً للمجموع ، فيلزمه حينئذ كفارتان تامتان ، والأصل عدم وجوبهما مع إيجاب إتمام ما تخلّله الوطء ، بل ولا قال به أحد .

* وقال شاذ منّا * وهو ابن إدريس وسعيد على ما حكى عنهما * لا يبطل المتابع لو وطأ ليلاً * لأنه عبارة عن اتباع صوم اللاحق للسابق من غير فارق ، وهو متحقق إن وطأ ليلاً ، فيصدق صيام شهرين متتابعين في الفرض ، وغاية ما يستفاد من الآية (٥) وجوب تقديم الصوم المتتابع على الوطء ، فيأثم حينئذ بالوطء خلاله ،

(١) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار و سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٨٦ .

(٢) (٥٣ و ٥٤) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

(٣) (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار .

ولا دليل على الاستئناف ، بل الأصل وغيره يقتضي عدمه ، على أن الاستئناف لا يجديبه شيئاً ، فإنه لا يصدق على المستأنف أنه كفر قبل الوطء ، بل الاكمال أولى ، لأن بعض الشهرين قد حصل قبل التماس ، كما أن وجوب الكفارتين عليه لا يقتضي الاستئناف أيضاً ، إذ يمكن أن يكون أحدهما ما تخلله الوطء ، واختاره في المسالك لمعرفت ، ولأنه لو وقع قبل الشروع يجتزى بالصوم بعده مع عدم صدق الايمان به قبل التماس فكذا الفرض .

ولعلمه لذا قال في القواعد : « الأقرب أن الوطء إن وقع ليلاً وجب الإتمام مطلقاً والتكفير ثانياً ، وكذا إن وقع نهاراً بعد أن صام من الثاني شيئاً ، وإن كان قبله استأنف وكفر ثانياً ، وحاصله ملاحظة تتابع الشهرين المعتبر في الكفارة وعدمه .

قلت : لا ريب في كون المراد هنا بالتتابع أمراً زائداً على المعتبر في الكفارة ، وهو كون الشهرين معاً يقعان قبل التماس ، فمع فرض حصول الوطء في أثناءهما ولو ليلاً بعد حصول تتابع الكفارة لم يحصل الامتثال .

والأصل في النزاع عبارة الشيخ في المبسوط والخلاف ، حيث عبّر في المحكي منهما عن المعنى المزبور بيطلان التتابع ، فيبطل ما تقدم من الصوم ويستأنف الشهرين ، فاعترض عليه ابن إدريس بأنه لا يبطل التتابع بذلك ، لأنه عبارة عن اتباع صوم يوم لاحق بصوم يوم سابق من غير فارق ، وهذا متحقق مع الوطء ليلاً ، ولا يستأنف الكفارة لأنه لا يبطل من الصوم شيء ، فلا يجب عليه الاستئناف ، بل يتم صومه وعليه كفارة أخرى للوطء ، وإن كان الوطء نهاراً من غير عذر قبل أن يصوم من الشهر الثاني شيئاً وجب عليه الاستئناف للكفارة التي يوجبها الظهار وكفارة أخرى للوطء عقوبة ، وكان مراد ابن إدريس أنه لا دليل على اعتبار أزيد من التتابع المعتبر في الكفارة في الصحة والفساد ، نعم يجب شرعاً كتاباً (١) وسنة (٢) كونها قبل التماس ،

(١) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار .

وذلك لا يقتضي أزيد من الإثم ، لا البطلان الذي لا يمكن تلافيه بالاستئناف الذي هو واقع أيضاً بعد التماس ، وفرض تماس آخر مع أنه غير محل البعث يمكن فرض عدمه بموت المرأة مثلاً وطلاقها ، وليس في أدلة (١) تعدد الكفارة بالوطء قبل التكفير إلا وجوب كفارة أخرى غير كفارة الظهار به على وجه لاينا في الاجتزاء بما وقع منها للظهار ، كما لا يخفى على من لاحظها .

ولعله لذا وافقه الفاضل والشهيدان مؤيداً ذلك بأصالة صحة ما وقع ، وبما عرفته من أنه لو اعتبر القبليّة شرطاً لم تجب الكفارة للظهار مع فرض الوطء قبل الشروع في التكفير ، ضرورة عدم التمكن حينئذ من الاينان بالمأمور به على وجهه ، مع أنه لا خلاف في وجوبها بل ولا إشكال ، وليس ذلك إلا لأن القبليّة المزبورة واجبة تعبداً لا شرطاً ، ولعله لذا وافقه عليه الفاضل والشهيدان في الدرّوس والمسالك .

لكن الانصاف عدم خلو المسألة بعد عن الإشكال ، ضرورة عدم إمكان إنكار ظهور الآية (٢) وما شابهها من الرواية (٣) في توقف صدق امتثال الأمر المزبور على القبليّة المذكورة كما في سائر القيود التي تذكر في المأمور به ، وكان مقتضى ذلك تعذر المأمور به مع فرض الوطء قبله ، ويتبعه حرمة الوطء عليه أبداً ، بل يلزم بالطلاق مع مطالبة المرأة إلا أن الأدلة المعتمدة بالفتوى قد صرحت بإجزاء الكفارة عن الظهار عنه في هذا الحال ، وهو لا يقتضي الاجتزاء بالكفارة التي تخللها الوطء ، ودعوى الأولوية ممنوعة على مدعيها ، بل المتبج بقاءها على اقتضاء اشتراط القبليّة عدم الاعتداد بها ، وليس ذلك لكون الاستئناف محصلاً للمأمور به كي يتبج ما أورده الخصم من أن الاستئناف أيضاً لا يحصل معه المأمور به ، لكون الفرض

(١) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار .

(٢) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

(٣) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار الحديث - .

حصول التماس ، بل لأن به يقين البراءة إما للاجماع ، أو لأنه كمن وطأ قبل أن
يشروع في التكفير ، أو للقطع بعدم الزيادة عليه .

بل قد ينقدح من ذلك طريق آخر لاثبات المطلوب ، وهو انحصار الأمر في
الاستئناف ، وذلك لفساد امتثال الأمر بالفعل قبل التماس المس في أثناؤه ،
فلم يبق إلا الأمر بالتكفير لمن وطأ قبل أن يكفر ، وليس هو إلا ابتداء تكفير
لا إتمامه .

بل قد يقال باقتضاء قاعدة الشغل ذلك أيضاً ، للقطع بعدم سقوط التكليف عنه ،
ولكن لم يعلم المكلف به هل هو الإتمام أو الاستئناف ، فيجب الأخير مقدّمة للبراءة
اليقينية بعد القطع بعدم وجوبهما معاً عليه ، بل لا محيص عنها مع فرض تصادم
الأدلة أو خلوها عما يرجح به أحد القولين ، ولعلّه لذا كان خيرة فخر المحققين
الاستئناف حاكياً له عن والده في المختلف والتحرير .

بل في المتن بعد قوله : « وقال شاذ منّا » إلى آخره ﴿ وهو غلط ﴾ معرّضاً
به بابن إدريس وكأنّه ظن أن ابن إدريس لم يفهم المراد بالتتابع في كلام الشيخ ،
لكن الانصاف أن المسألة في غاية الغموض ، ولا يستأهل القائل بالإتمام الحكم بغلطيته ،
بل هو قول قوي ونظر حسن ، كما عرفت ذلك كله .

بل قد عرفت اختيار جملة من الأساطين له كالفاضل والشهيدين والكركي ،
ولعله لذا قال الأخير في حاشيته على الكتاب : « والحق أن ما غلط به المصنّف
من التغليب ونسبه إلى الشذوذ توغل في الخشونة وخروج عن الانصاف » قلت : ويمكن
أن يكون قد نسبته المصنّف لذلك فيما بعد فضرب على هذا ، ولكن قد تكثر النسخ
فانه يحكى عن جملة منها خلوها عن ذلك .

ومن التأمل فيما ذكرنا ظهر لك الوجه فيما ذكره الفاضل في القواعد ، فانه
بعد أن حكى القولين في المسألة قال : « وهل يكفي الاستئناف عن كفارة الوطء قبل
إكمال التكفير إشكال » إذ هو ليس إلا من جهة حصول الوطء في الأثناء ، فلا يدخل

فيما دل^(١) على إيجابه الكفارة زيادة على كفارة الظهار ، لظهوره فيمن وطأ قبل أن يشرع في التكفير ، لكن قد عرفت أنه بافساده الكفارة التي وقع في أنائها صار كالوطء قبل التكفير ، ولعلّه لذا وغيره لم أجد خلافاً في إيجابه الكفارة أيضاً حتى من الفاضل في غير المقام .

وبالجملة فالمسألة غير منقحة في كلامهم ، وتحقيقها ما سمعت ، والحمد لله ، ولا يصعب عليك الالتزام بفساد الصوم بالوطء ليلاً ، إذ هو ليس من حيث كونه مفطراً ، بل هو من حيث فوات شرط الكفارة كما هو واضح ، بل لعل مثله يجري في الاطعام أيضاً وإن لم يذكره .

﴿ وهل يحرم عليه ﴾ أي المظاهر بظهاره ﴿ مادون الوطء كالقبلة والملاسة ؟ قيل ﴾ والقائل الشيخ وجماعة على ما قيل : ﴿ نعم ، لأنه مماسة ﴾ لغة ، والأصل عدم النقل والاشتراك ، ولأنه مقتضى تشبيهها بالأم التي يحرم فيها غير الوطء من الاستمتاع بها ، واختاره في القواعد ، بل ظاهرها تحريم مطلق الاستمتاع حتى ينظر المحكي عن ظاهر بعض الأصحاب التصريح بحليته .

و على كل حال ﴿ ففي ﴾ أصل تحريم غير الوطء من التمس بشهوة ونحوه ﴿ عليه إشكال ينشأ من اختلاف التفسير ﴾ للمماسّة في الآية الشريفة (٢) المتعارف الكناية بها عن الوطء في غير المقام ، فيحصل الظن بإرادته منها هنا وإن كان الميسر أعم من ذلك لغة ، بل في حاشية الكركي أنها كناية مشهورة عنه ، ويعضده التفسير فيحمل عليه ، بل عن ابن إدريس الاتفاق على إرادته منه هنا .

ويؤيده أنه المنساق من نصوص الباب (٣) خصوصاً ما جاء في العود المفسر

(١) الوسائل الباب -١٥- من كتاب الظهار الحديث ٦ .

(٢) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

(٣) الوسائل الباب -١٥- من كتاب الظهار .

فيها بارادة الوطء (١) وخصوص ما تسمعه من صحيح أبي بصير (٢) في المسألة الآتية ولا أقل من الشك ، والأصل الحل ، والتشبيه بالأُمّ يمكن كون المراد منه حرمة الوطء المستفاد من قوله تعالى (٣) : « حرمت عليكم أمهاتكم » خصوصاً بعد أن لم تخرج المرأة عن ملك الاستمتاع بها ، فيمكن أن يكون مفاد الظهار حينئذ حرمة وطئها كالحيض والصوم وإن كان في الشرع أحوال للمرأة بالنسبة إلى الاستمتاع بها الذي قد يحرم على الزوج ، كالمحرمة والمعتكفة ، لكن لا ريب في أن الأصل الحل حتى يثبت ما يقتضي التحريم على العموم ، كما هو واضح .

المسألة التاسعة : *

* إذا عجز المظاهر عن * خصال * الكفارة أو ما يقوم مقامها * إن قلنا به كما ستمسمع التحقيق فيه في محله إنشاء الله * عدا الاستغفار قيل * والفائل الشيخ وجماعة ، بل نسبه غير واحد إلى الأكثر : * يحرم عليه * الوطء * حتى يكفر * للأصل بعد إطلاق الأدلة كتاباً (٢) وسنة (٥) حرمة الوطء قبل التكفير ، بل أمره عليه السلام لسلمة بن صخر (٦) بالأخذ من صدقة قومه والتكفير منها كالصريح في

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار الحديث ٢ و ٨ و ١٠ والباب - ١٥ - منه

الحديث ٦ .

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الكفارات الحديث ١ من كتاب الإيلاء

والكفارات .

(٣) سورة النساء : ٢ - الآية ٢٣ .

(٤) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

(٥) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار .

(٦) المستدرک الباب - ١ - من كتاب الظهار الحديث ٢ .

عدم إجزاء الاستغفار وإلا لا مره به .

مضافاً إلى صحيح أبي بصير (١) عن الصادق عليه السلام « كل من عجز عن الكفارة التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارة فالاستغفار له كفارة ما خلا يمين الظهار ، فانه إذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه أن يجامعها ، وفرق بيتهما إلا أن نرضى المرأة أن يكون معها ولا يجامعها » وخبر أبي الجارود (٢) قال : « سأل أبو الورد أبا جعفر عليه السلام وأنا عنده عن رجل قال لامرأته أنت علي كظهر أمي مائة مرة ، فقال أبو جعفر عليه السلام : يطيق بكل مرة عتق نسمة ؟ قال : لا ، قال : يطيق إطعام ستين مسكيناً مائة مرة ؟ قال : لا ، قال : فيطيق صيام شهرين متتابعين مائة مرة قال : لا ، قال : يفرق بينهما . »

﴿ وقيل ﴾ والقاتل ابن إدريس وتبعه المصنف في النافع والفاضل في محكي المختلف : ﴿ يجزؤه الاستغفار ، وهو أكثر ﴾ وإن كنا لم نتحققه ، لأن الأصل براءة الذمة من الحرمة في الحال المزبور الذي إيجاب الكفارة معه تكليف بغير المقدور ، بل في حرمة الوطء عليه مع أصالة عدم وجوب الطلاق عليه من الحرج ما لا يخفى ، ولموثق إسحاق بن عمار (٣) عن الصادق عليه السلام « إن الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر ربه ، ولينو أن لا يعود قبل أن يواقع ، ثم ليواقع ، وقد أجزء ذلك عنه من الكفارة ، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفر به يوماً من الأيام فليكفر ، وإن تصدق بكفته فأطعم نفسه وعياله فانه يجزؤه إذا كان محتاجاً ، وإلا يجد ذلك فليستغفر الله ربه ، وينوي أن لا يعود ، فحسبه بذلك والله كفارة » وخبر داود بن فرقد (٤) « الاستغفار توبة وكفارة لكل من لم يجد السبيل إلى

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الكفارات الحديث ١ - ٢ - ٣ من

كتاب الإيلاء والكفارات .

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الكفارات الحديث - ٣ - من كتاب الإيلاء

و الكفارات .

شيء من الكفارة .

وفيه أن الأخير مقيّد بالصحيح (١) السابق ، كما أن الأصل مقطوع بظاهر الأدلة المقتضى حرمة الوطء على المظاهر حتى يكفر ، ولا تكليف بالكفارة مع العجز عنها حتى يقال إنه تكليف بغير المقدور ، بل أقصاه الامتناع عن الوطء ، وفرض ذلك في خصوص ما لو وجب الوطء عليه - لكون المظاهرة زوجة وقد مضى لها أربعة أشهر - يدفعه منع التكليف له بالوطء باعتبار توقّفه على التكفير المفروض تعذّره ، فهو حينئذ غير مقدور ، فلا تكليف به .

بل في الرّياض على تقدير التنزّل عن ظهور المنع نقول : لأقلّ من احتماله ، وعدم القدرة على الكفارة كما يمكن صيرورته قرينة للاجتزاء بالاستغفار كذا يمكن خروجه شاهداً على عدم التكليف بذى المقدمة ، وترجيح الأوّل على الثاني موقوف على دلالة هي في المقام مفقودة .

هذا مع عدم جريان ذلك في التي لم يجب على المظاهر وطؤها كالأمة والمتمتع بها على القول بوقوع مظاهرتهما ، كما هو مذهب الخصم والأشهر الأقوى كما مضى ، فالدليل أخصّ من المدعى وإن كان قد يناقش بإمكان دفع الأخير بعدم القول بالفصل ، بل والأوّل بإمكان ترجيح الأوّل بآفته حق لغيره ، وهو المرأة ، فالنتيجة حينئذ القول بالزامه بالطلاق حينئذ إلا أن ترضى المرأة حينئذ بعدم الجماع ، كما أشار إليه في الصحيح (٢) المتقدم سابقاً .

وأما الموثق فهو - مع الاضطراب في متنه بالنسبة الى وجوب التكفير بعد ذلك إذا تمكّن و عدمه - قاصر عن معارضة الصحيح المزبور المعتقد بفتوى الأكثر وإطلاق الأدلة الذي يمكن الاستدلال به مع فرض تعارض الخبرين وسقوطهما ،

(١) الوسائل الباب ٦ - من أبواب الكفارات الحديث ١ من كتاب الإيلاء والكفارات .

(٢) الوسائل الباب ٦ - من أبواب الكفارات الحديث ١ من كتاب الإيلاء

ودعوى معارضة الاطلاق المزبور باطلاق ما دلّ على أن الاستغفار كفارة العاجز كما سمعته في خبر داود بن فرق (١) كما ترى ، ضرورة قصوره عن تلك الاطلاقات كتاباً (٢) وسنة (٣) كما هو واضح .

هذا وفي المسالك د و اعلم أن المراد بالاستغفار في هذا الباب و نظائره أن يقول : أستغفر الله مقترناً بالتوبة التي هي الندم على فعل الذنب والعزم على ترك المعاودة إلى الذنب أبداً ، ولا يكفي اللفظ المجرد عن ذلك ، وإنما جعله الله كاشفاً عما في القلب ، كما جعل الاسلام باللفظ كاشفاً عن القلب ، و اللفظ كافٍ في البدلية ظاهراً ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فإن لم يقترن بالتوبة التي هي من الأمور الباطنة لم يترتب عليه أثر فيما بينه وبين الله تعالى ، بل كان الوطء معه كالوطء قبل التكفير ، فيجب عليه به كفارة أخرى في نفس الأمر وإن لم يحكم عليه بها ظاهراً .

قلت : قد يقال : إن الاستغفار هو طلب المغفرة من الله تعالى ، وليست التوبة من مقوماته ، نعم ظاهر الموثق (٤) المزبور اعتبارها معه ، لكن الفتاوى مطلقة ، ودعوى الاجتزاء بذكره عنها لأن المراد به القول المزبور مقترناً بها ممنوعة ، وعلى تقديره فدعوى جعل الشارع له كاشفاً عن ذلك كالاسلام ممنوعة أيضاً ، لعدم الدليل ، وإلا لاجتزأ به في كل مقام اعتبرت التوبة فيه ، بل الأصح عدم الاجتزاء في الحكم بها باظهاره فضلاً عنه ما لم تدلّ القرائن على صدقه في ذلك ، كما حررنا ذلك في غير المقام رداً على المحكي عن الشيخ من الاجتزاء بمجرد إظهارها .

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الكفارات الحديث ٣ من كتاب الإيلاء والكفارات .

(٢) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

(٣) الوسائل الباب - ١ - ١٥٥ - من كتاب الظهار .

(٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الكفارات الحديث ٤ من كتاب الإيلاء والكفارات .

المسألة العاشرة :

﴿ إن صبرت المظاهرة ﴾ على ترك الزوج وطءها ﴿ فلا اعتراض ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل ولا إشكال ، للأصل السالم عن المعارض بعدم معلومية انحصار حق الاستمتاع فيهما ، فلا اعتراض لأحد عليهما ﴿ وإن ﴾ لم تصبر ﴿ رفعت أمرها إلى الحاكم ﴾ المعدّ لأمثال ذلك ، فإذا أحضره ﴿ خيره ﴾ بين التكفير والرجعة وبين الطلاق ، وأنظره ﴿ للتفكر ﴾ في ذلك ﴿ ثلاثة أشهر ﴾ من حين المرافعة ، فإن انقضت المدة ولم يخترا أحدهما ﴿ حبسه ﴾ ضيق عليه في المطعم والمشرب ﴿ بأن يمنعه عما زاد على سد الرق مثلاً ﴾ حتى يختار أحدهما ، ولا يجبره على الطلاق تعييناً (تضييقاً خ ل) ولا يطلق عنه ﴿ ولا على التكفير ﴾ كذلك ، لعدم الدليل عليه ، بل ظاهر ما نسمعه من الأدلة الجبر على أحدهما تخييراً ، لأنه كما إذا لم يجبره على أحدهما قبل المرافعة ، لما عرفت من أن الحق لهما ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل في المسالك ظاهر الأصحاب الاتفاق على هذا الحكم ، بل في نهاية المراد « وهذه الأحكام مقطوع بها في كلام الأصحاب ، وظاهرهم أنه موضع وفاق » وفي كشف اللثام « الاتفاق على هذه الأحكام كما هو الظاهر ، وفي الرياض « ظاهر جماعة الاجماع عليه ، وظاهرهما معاً خصوصاً الأخير منهما أن ذلك هو الحجّة فيها دون موثق أبي بصير (١) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ، قال : إن أتاها فعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً ، وإلا ترك ثلاثة ، فإن فاء وإلا أوقف حتى يسأل ألك حاجة في امرأتك أو تطلقها ؟ فإن فاء فليس عليه شيء ، وهي امرأته ، وإن طلق واحدة فهو أملك برجعتها لقصوره عن تمام المدعى .

وقد تبعنا بذلك ثاني الشهيدين في المسالك حيث إنه بعد أن ذكر الخبر

المزبور قال : « وفي طريق الرّواية ضعف ، وفي الحكم على إطلاقه إشكال ، لشمول ما إذا رافعته عقيب الظّهار بغير فصل بحيث لا يفوت الواجب لها من الوطء بعد مضيّ المدة المضروبة ، فإن الواجب وطؤها في كلّ أربعة أشهر مرّة ، وغيره من الحقوق لا يفوت بالظّهار ، أما إذا لم يحرم غير الوطء فظاهر وأما إذا حرّمناه فيبقى لها حقّ القسم على بعض الوجوه ، وهو غير منافٍ للظّهار ، وفي الرّواية أمور أخرى منافية للقواعد » .

وفيه - مع أنّ الخبر المزبور من قسم الموثق الذي تحقق في الأصول حجّيته - أنه معتضد بعمل الأصحاب كما اعترف به غير واحد ، فلا بأس بالعمل به حتّى في المورد المزبور الذي قد جعل الاشكال فيه ، بل في كشف اللثام « لعلّ المراد بالفئة النّدّم والتزام الكفّارة ثمّ الوطء ، لا الوطء ليستشكل بأنّها ليس لها المطالبة به إلّا في كلّ أربعة أشهر ، وربما رفعت أمرها بعد الظّهار بلا فصل » .

على أنّ مضمونه منطبق على القواعد العامة ، بل معتضد في الجملة بالأمر بالتفريق بينهما في الخبرين (١) السابقين ، بل ربما تسمعه أيضاً في أخبار (٢) الأيّلاء المشتمل بعضها على ما ذكره الأصحاب هنا من التضييق عليه في المطعم والمشرب .

نعم هو ظاهر في غير الأئمة والمتمتع بها بناءً على جواز ظهارهما ، باعتبار ذكر الطلاق فيه ، ومن المعلوم عدم وقوعه عليهما ، بل لعلّ كلام الأصحاب أيضاً كذلك .

كما أنّه يمكن دعوى ظهوره كالفتاوى في القادر على الكفّارة ، دون العاجز عنها الذي قد ذكرنا سابقاً إلزامه بالطلاق ، بناءً على عدم الاجتزاء بالاستغفار ،

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الكفارات الحديث ١ و ٢ من كتاب الأيّلاء

والكفارات .

(٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الأيّلاء من كتاب الأيّلاء والكفارات .

لكن في كشف اللثام عن النِّهاية و الغنية والوسيلة لا يجبر على الطلاق بعينه إلا إذا قدر على التكفير وأقام على التحريم مضارة ، بل عن الأخير إجماع الطائفة على ذلك ، وظاهرهم جبره عليه بخصوصه مع قدرته على التكفير وإقامته على التحريم .

وفي الكشف « يعنون أنه إذا لم يقدر على التكفير لم يجبر على شيء ، فإن الأصل عدم وجوب الطلاق عليه ، ولعله ندم مما فعله ويشق عليه مفارقة زوجته ، فابتلى هو كما ابتليت ، فهما ينتظران الفرج » .

وفيه أنه منافي لما سمعته سابقاً من الصحيح (١) وغيره ، بل لعل قاعدة لا ضرر ولا ضرار ونفي الحرج تقتضيه أيضاً ، نعم لو قلنا باجزاء الاستغفار في حال العجز اتجه حينئذ إلزامه به أو الطلاق .

﴿ ويلحق بذلك النظر في الكفارات ﴾

تبعاً للنظر في كفارة الظهار التي هي المقصودة بالبحث هنا ، و لعل ذلك هو الأمر الخامس الذي استدعاء النظر في كتاب الظهار . ﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ فيه مقاصد ﴾

﴿ الاول ﴾

﴿ في ضبط الكفارات ، و ﴾ لكن ليعلم أنه ﴿ قد سبق الكلام في كفارات الاحرام ، فلنذكر ﴾ هنا ﴿ ماسوى ذلك ، وهي ﴾ أي الكفارة اسم التكفير الذي هو في الأصل بمعنى السر ومنه الكافر ، لأنه ستر الحق ، بل يقال لليل : كافر ، لأنه يستمر من يفعل فيه شيئاً ، وفي الشرع العبادة المخصوصة ، نحو الصوم والصلاة والزكاة ، بل يجري فيها ما يجري فيها من البحث في ثبوت الحقيقة الشرعية وفي كونها اسماً للأعم أو الصحيح ، وغير ذلك من المباحث التي حررناها في الأصول .

وفي المسالك « قد عرفت » أنها طاعة مخصصة مسقطه للعقوبة أو مخففة غالباً ، وقيد بالأغلبية لتدخل كفارة قتل الخطأ فيها ، فإنها ليست عقوبة - قال - : وينتقض في طرده بالتوبة ، فإنها طاعة مخصصة ، بل هي من أعظم الطاعات ، ثم قد تكون مسقطه للذنب ، كما إذا كان الذنب حق الله تعالى ولم يجب قضاءه ، وقد يكون مخففة له ، كما إذا ترتب وجوب القضاء (١) أورد الحق ونحوه ، و كذا ينتقض بقضاء العبادات ، فإنه طاعة مسقطه للذنب المترتب على التهاون في الفعل

(١) هكذا في النسختين الاصليتين ، والموجود في المسالك « كما إذا اقترنت بوجوب

إلى أن يخرج الوقت أو مخففة له من حيث افتقار سقوطه رأساً إلى التوبة .
 وفيه أن من المعلوم إرادة التمييز في الجملة من التعريف المزبور الذي هو
 أشبه شيء بتعاريف أهل اللغة ، كما أن من المعلوم أيضاً إرادة الخصوصية
 المخصوصة التي لا وجود لها في التوبة وقضاء العبادات ، لا جنس الخصوصية ، كما
 هو واضح .

ثم لا يخفى عليك أن الأمر بالكفارة من حيث هو كذلك لا يقتضي الفور ،
 إذ هو كغيره من الأوامر المطلقة التي قد حققنا في الأصول عدم دلالتها على الفور ،
 نعم قد يكون متعلقها حقاً للفقراء مثلاً يجب أدائه فوراً كغيره من الحقوق المالية
 نحو الزكاة مثلاً ، للدالة (١) الدالة على ذلك ، هذا .

ولكن في المسالك «واعلم أن الكفارات الواجبة إن لم تكن عن ذنب ككفارة
 قتل الخطأ فوجوبها على التراخي ، لأن مطلق الأمر لا يقتضي الفور على أصح
 القولين ، وإن كانت مسقطه للذنب أو مخففة له ففي وجوبها على الفور وجهان : من
 أنها في معنى التوبة من حيث كانت مسقطه للذنب أو مخففة له ، والتوبة واجبة على
 الفور ، ومن أصالة عدم وجوب الفورية ، ولا يلزم من مشاركتها للتوبة في ذلك مساواتها
 لها في جميع الأحكام ، فإنها في الأصل حق مالي أو بدني ، وفي نظائرها من العبادات
 والحقوق ما يجب على الفور ، ومنها ما لا يجب على الفور ، ومنها ما لا يجب ، وأصل
 وجوبه متوقف على دليل يقتضيه غير أصل الأمر ، وأطلق بعضهم وجوبها على الفور
 مستدلاً بأنها كالتوبة الواجبة لذلك ، لوجوب الندم على كل قبيح أو إخلال
 بواجب ، ولا يخفى فسادُه على إطلاقه ، فإن منها ما ليس مسبباً عن قبيح ، ثم على
 تقدير فعلها لا يكفي في إسقاط استحقاق العقاب حيث يكون عن ذنب ، بل لا بد معها

(١) الوسائل الباب ٦ - من أبواب ما تجب فيه الزكاة من كتاب الزكاة
 و الباب ٤٦ - من أبواب جهاد النفس الحديث ٣٣ و ٣٦ و الباب ٣٩ - من فعل
 المعروف الحديث ٢ و ٦ من كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . و الباب ٧ -
 من أبواب الدين والقرض من كتاب التجارة .

من التوبة المشتملة على ترك الذنب في الحال ، والنّدم على فعله فيما سلف ، والعزم على عدم العود إليه في الاستقبال ، ولو وجب معها قضاء العبادة كإفساد الصوم فلا بدّ معها من القضاء للقادر عليه ، ومثله القول في الحدود والتعزيرات على المعاصي .

وفيه - بعد الأغضاء عما ذكره من القسم الثالث للواجب على الفور وعدمه - أن الأصل في الحقوق الماليّة سواء كانت لشخص معين أو غير معين الفورية إلاّ مع الإذن من صاحب الحق ، ومن ذلك ردّ الأمانات الشرعيّة إلى أهلها فوراً وأداء الخمس والزكاة وغيرها ، وكأنته متفق عليه إلاّ ما دلّ عليه الدليل (١) من الرخصة في تأخير نحو الزكاة في الجملة طلباً لأفضل مواردها ، بل لعلّ تأخير الحقّ عن مستحقة مع حاجتهم إليه من الظلم المحرّم عقلاً ونقلاً (٢) ومن الاضرار المنهى عنه (٣) أيضاً .

بل قد يناقش في قوله : « ثمّ على تقدير فعلها » إلى آخره بأنه قد يظهر من أدلة بعض الكفارات حصول التكفير بها من غير حاجة إلى التوبة ، كما يستسمع ذلك إنشاء الله فيما يأتي .

وكيف كان فالكفارة ﴿ مرتبة ومخيّرة وما يحصل فيه الأمران وكفارة الجمع ، فالمرتبة ﴾ قد ذكر في المتن منها ﴿ ثلاث كفارات ، ﴾ بل ظاهره كغيره حصرها في ذلك ما عدا كفارات الإحرام .

الأولى كفارة ﴿ الظهار و ﴾ الثانية كفارة ﴿ قتل الخطأ ﴾ وذلك

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المستحقين للزكاة الحديث ٨ و الباب - ٥٢ -

منها الحديث ٢ و الباب - ٥٣ - منها من كتاب الزكاة .

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يجب فيه الزكاة من كتاب الزكاة والباب

- ٤٦ - من أبواب جهاد النفس الحديث ٣٣ و ٣٦ و الباب - ٣٩ - من فعل المعروف الحديث

٢ و ٦ من كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . و الباب - ٧ - من أبواب الدين

والقرض من كتاب التجارة .

(٣) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب إحياء الموات .

لأنه ﴿ يجب في كل واحدة العتق ، فان عجز فالصوم شهرين متتابعين ، فان عجز فاطعام ستين مسكيناً ﴾ بلا خلاف أجده في الأولى بل عن جماعة الاجماع عليه .

مضافاً إلى نص الآية (١) بل وإلى الاستئناس له ببعض المعتبرة وإن لم تكن صريحة ، ففي الموثق (٢) « جاء رجل إلى رسول الله ﷺ ، فقال : يا رسول الله إنني ظاهرت من امرأتي ، فقال : اذهب فاعتق رقبة ، قال : ليس عندي ، قال : فاذهب فسم شهرين متتابعين ، فقال : لا أقوى على ذلك ، فقال : فاذهب فأطعم ستين مسكيناً ، فقال : ليس عندي » وفي المرسل (٣) كالصحيح على الصحيح « في رجل صام شهراً من كفارة الظهار ثم وجد نسمة ، قال : يعتقها ولا يعتد بالصوم » ولا قائل بالفرق لظهور الأمر بالمعين في ذلك .

بل أظهر من ذلك النصوص (٤) التي قد ذكرناها في أول الظهار الواردة في تفسير الآية (٥) بل وغيرها من النصوص التي لا ينكر ظهورها أيضاً في ذلك كخبر أبي الجارود (٦) وغيره (٧) فما في جملة من النصوص (٨) من العطف بأو المقتضى للتخيير يجب إرادة بيان ماهية الكفارة منه إن كان فيها الصحيح والموثق وغيرهما ،

(١) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

(٢) الوسائل الباب ٢- من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ٥- من أبواب الكفارات الحديث ٢ .

(٤) الوسائل الباب ١- من كتاب الظهار .

(٥) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٣ .

(٦) الوسائل الباب ١٣- من كتاب الظهار الحديث ٥ .

(٧) الوسائل الباب ٣- من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٨) الوسائل الباب ١٤- من كتاب الظهار الحديث ٢ والباب ١٨- منه الحديث ١

والباب ١- من أبواب الكفارات الحديث ٣ و ٤ و ٦ .

لكن لا عامل بها بالنسبة إلى التخيير الذي هو أحد معاني « أو » ، وإلا فهي تأتي لغيره أيضاً ، بل إن أبيت عن ذلك فقد قيل : إنها شاذة لا عمل عليها مخالفة للكتاب وإجماع الأصحاب .

وأما الثانية فهي كذلك على المشهور ، بل عن المبسوط ، نفى الخلاف فيه ، وكذلك المسالك في الديات للآية (١) في الأولين والنصوص (٢) المستفيضة في الثلاثة التي منها صحيح ابن سنان (٣) عن الصادق عليه السلام « إذا قتل خطأ أدى ديمته إلى أوليائه ثم أعتق رقبة ، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكيناً مدأ مدأ ، فما عن سائر وابن حمزة وظاهر المفيد - من أنها مخيرة - واضح الضعف ، خصوصاً بعد أن لم نقف لهم على مستند كما اعترف به غيرنا أيضاً إلا الأصل المقطوع بما عرفت ، بل عن النزعة أن القول المزبور مخالف لظاهر التنزيل والاجماع .

ولا يلحق بهما كفارة الجماع في الاعتكاف الواجب عند المصنف لظاهر حصره في غيرها ، وتصريحه في كتاب الصوم بكونها مخيرة ، ولعله كذلك وفقاً للمحكمي عن الأكثر للموثقين (٤) « عن المعتكف واقع أهله هو بمنزلة من أفطر يوماً من شهر رمضان ، وزيد في ثانيهما » متعمداً عتق رقبة أو صوم شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً ، خلافاً لما عني الصدوق ره وجماعة للصحيح (٥) « عن المعتكف يجمع أهله ، قال : إذا فعل فعله ما على المظاهر ، ونحوه الصحيح الآخر (٦) والجمع بينهما بحمل كل منهما على الآخر ممكن إلا أن الشهرة التي هي أقوى المرجحات ترجح الثاني ،

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٩٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الكفارات والباب - ١٠ - من أبواب القصاص في النفس الحديث ٤ والمستدرك الباب - ٨ - من أبواب الكفارات .

(٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الاعتكاف الحديث ٢ و ٥ .

(٥) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الاعتكاف الحديث ١ - ٦ .

ولكن الاحتياط لا ينبغي تركه .

﴿ و ﴾ الثالثة ﴿ كفارة من أفطر يوماً من قضاء شهر رمضان بعد الزوال ﴾
لأنها على المشهور بين الأصحاب رواية وفتوى على ما في المسالك ﴿ إطعام عشرة
مساكين ، فان عجز صام ثلاثة أيام متتابعات ﴾ ففي صحيح يزيد بن معاوية (١)
عن الباقر عليه السلام « في رجل أتى أهله في يوم يقضيه من شهر رمضان قبل الزوال لاشيء
عليه إلا يوماً مكان يوم وإن أتى أهله بعد زوال الشمس فان عليه أن يتصدق على عشرة
مساكين لكل مسكين مد » فان لم يقدر صام يوماً مكان يوم ، وصام ثلاثة أيام كفارة
لما صنع ، وبمعناه الخبر (٢) المنجبر بما سمعت ، مع أن في سنده من أجمعت المصابة
على تصحيح ما يصح عنه .

بل قد يستدل به بصحيح هشام بن سالم (٣) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل
وقع على أهله وهو يقضي شهر رمضان ، قال : إن كان وقع عليها قبل صلاة العصر فلا
شيء عليه ، يصوم يوماً بدلاً يوم ، وإن فعل بعد العصر صام ذلك اليوم ، وأطعم عشرة
مساكين ، فان لم يمكنه صام ثلاثة أيام كفارة لذلك » بناءً على ما عن الشيخ من
أنه إذا كان وقت صلاتين عند زوال الشمس إلا أن الظهر قبل العصر جاز أن يعسر
عما قبل الزوال بأنه قبل العصر لقرب ما بين الوقتين ، ويعسر عما بعد العصر بأنه بعد
الزوال بمثل ذلك ، مؤيداً بما سمعت من المعتمدة السابقة والشهرة ، بل قيل
و الإجماع .

(١) الوسائل الباب -٢٩- من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ١ من كتاب الصوم

عن بريد المجلى كما في التهذيب ج ٤ ص ٢٧٨ والاستبصار ج ٢ ص ١٢٠ و الفقيه ج ٢
ص ٩٤ .

(٢) الخبر الذي قبله بانجباره بما ذكره (قده) هو خبر بريد بن معاوية المجلى

المتقدم فان في سنده الحارث بن محمد في جميع الطرق و ليس هناك خبر آخر بمعناه
يكون منجبراً بما ذكره طاب ثراه .

(٣) الوسائل الباب -٢٩- من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ٢ .

خلافاً لما عن الحلبي وابني زهرة وحمزة فخيروا بينهما ، وللقاضي وظاهر
الشيخين فجعلوها كفارة يمين ، وهما مع مخالفتها لما مضى لم نقف على مستند لهما ،
وللعلماني فأسقطها ، للموثق (١) عن القاضي لرمضان المفطر بعد ما زالت الشمس ،
قال : « قد أساء وليس عليه شيء إلا قضاء ذلك اليوم الذي أراد أن يقضيه » وهو وإن
كان من الموثق واعتضد بالأصل إلا أنه غير مكافئ لما مر من وجوه ، والصديقين
فجعلها كفارة شهر رمضان ، للموثق (٢) « عن رجل قضى من شهر رمضان فأتى
النساء ، قال : عليه من الكفارة ما على الذي أصاب في رمضان ، لأن ذلك اليوم
عند الله تعالى من أيام رمضان » وعن ابن حمزة موافقته على ذلك مع الاستخفاف ،
بل عن الشيخ في النهاية وكتابي الأخبار احتمالاه .

إلى غير ذلك من الأقوال التي تبلغ ثمانية أو تسعة . (منها) - مضافاً إلى
ما عرفت - ما عن ابن إدريس من أن عليه قضاء يومين : يوم لرمضان ويوم لقضائه ،
(منها) ما عن التقي من صوم ثلاثة أيام أو إطعام عشرة مساكين ، (منها) ما عن
المفيد في باب الكفارات من التخيير بين كفارة اليمين وبين ما ذكر أولاً ، والجميع
كما ترى ، وقد أشبعنا الكلام في المسألة في كتاب الصوم ، فلاحظ .

نعم ما ذكره المصنف - من اعتبار التتابع في الأيام بل في كشف اللثام حكايته
عن الشيخين وجماعة قاطعين به - لم أقف له على مستند بالخصوص ، كما اعترف به
في كشف اللثام ، بل قد يخالفه عموم قول الصادق عليه السلام : (٣) « كل صوم يفرق
إلا ثلاثة أيام في كفارة اليمين » اللهم إلا أن يدعى انصراف ذلك من الأمر بصوم
ثلاثة أيام (٤) خصوصاً في الكفارة التي اعتبر التتابع في شهرها فضلاً عن الثلاثة ،

(٢٩١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ٣-٤ .

(٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بقية الصوم الواجب الحديث ١ من كتاب

الصوم .

(٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ١ من كتاب

الصوم .

إلا أنه كما ترى .

❖ والمخيرة كفارة من أفطر في يوم من شهر رمضان مع وجوب صومه بأحد الأسباب الموجبة للتكفير ❖ التي قد تقدم البحث فيها في أصل المسألة في كتاب الصوم ، فلاحظ . بل لا فرق بين إفطاره على محلل أو محرّم فلاحظ وتأمل .

❖ وكفارة من أفطر يوماً نذر صومه ❖ من غير عذر ❖ على أشهر الروايتين ❖ (١) بل والقولين ، بل عن الانتصار الاجماع عليه ، لعموم ما نسمعه من أدلة كفارة النذر .

❖ وكذا ❖ في التخيير ❖ كفارة الحنث في العهد ❖ سواء كان متعلقه الصوم أو غيره على المشهور أيضاً ، بل عن الانتصار أيضاً والغنية الاجماع عليه أيضاً ، لخبر علي بن جعفر (٢) عن أخيه موسى عليه السلام : سألته عن رجل عاهد الله تعالى في غير معصية ما عليه إن لم يف بعهده ؟ قال : يعتق رقبة أو يتصدق بصدقة أو يصوم شهرين متتابعين ، وخبر أبي بصير (٣) عن أحدهما عليه السلام : من جعل عليه عهد الله وميثاقه في أمر لله طاعة ، فحنث فعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً ، وقصور سنديهما منجبر بما عرفت ، فما عن بعض - من كونها كفارة يمين بتقريب أنه مثله في الالتزام - واضح الضعف وإن أمكن تأييده أيضاً بما نسمعه من النصوص (٤) على أن كفارة النذر كفارة يمين ، والعهد مثله أو أولى منه بذلك .

❖ ولكن الأقوى أن الكفارة ❖ في النذر ❖ مخيرة أيضاً وإن قال المصنف

(١) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب الكفارات الحديث ٧ و ٤ ، راجع الباب -٧-

من أبواب بقية الصوم الواجب من كتاب الصوم .

(٢ و ٣) الوسائل الباب -٢٤- من أبواب الكفارات الحديث ١ - ٢ .

(٤) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب الكفارات الحديث ١ و ٣ و ٤ و ٥ .

هنا : ﴿ على التردد ﴾ إلا أن المشهور كونها مخيرة ككفارة شهر رمضان ، بل عن الانتصار والغنية الإجماع عليه ، وهما الحجة بعد تأييدهما بخبري العهد الذي هو مثله ، وبخبر عبد الملك بن عمر (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عمّن جعل عليه لله أن لا يركب محرماً سماءاً فركبه ، قال : لا ، قال : ولا أعلمه إلا قال : فليعتق رقبة أو ليصم شهرين متتابعين أو ليطعم ستين مسكيناً » وبمكاتبة ابن مهزيار (٢) للمهادي عليه السلام « كتبت إليه : يا سيدي رجل نذر أن يصوم يوماً لله تعالى فوق ذلك اليوم على أهله ما عليه من الكفارة ؟ فأجاب : يصوم يوماً بدل يوم وتحرير رقبة مؤمنة » ومكاتبة القاسم الصيقل (٣) على مافي المسالك بناءً على عدم خصوصية للصوم ، وأن المراد من الرقبة الإشارة إلى التخيير وإن كان فيه مافيه ، لا شترأ كلها بينها وبين كفارة اليمين ، نعم قد يرجح الأول ما سمعت .

﴿ و ﴾ حينئذ فيكون ﴿ الواجب في كل واحدة ﴾ من الكفارات الثلاث أو الأربع ﴿ عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً على الأظهر ﴾ خلافاً للمحكى عن الصدوق في النذر ، فجعلها كفارة يمين ، ووافقه المصنف في النافع وجماعة ، لقول الصادق عليه السلام في حسن الحلبي (٤) « إن قلت : لله علي فكفارة يمين » وخبر حفص بن غياث (٥) عنه عليه السلام أيضاً « سألته عن كفارة النذر ، فقال : كفارة النذر كفارة اليمين » وخبر صفوان الجمال (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام « قلت له : بأبي وأمي جعلت على نفسي شيئاً إلى بيت الله ، قال : كفر يمينك ، فأنما جعلت على نفسك يميناً » إلى آخره . ولصحيح ابن مهزيار (٧) قال « كتب بندگان مولى

(١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات الحديث ٧ عن عبد الملك بن عمرو .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب النذر والعهد الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب بقية الصوم الواجب الحديث ٣ من كتاب الصوم .

(٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات الحديث ١ - ٤ .

(٦) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات الحديث ٣ .

(٧) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب بقية الصوم الواجب الحديث ٤ من كتاب الصوم .

إدريس يا سيدي إني نذرت أن أصوم كل سبت وإن أنا لم أصمه ما يلزمني من الكفارة؟ فكتب عليه السلام وقرأته: لا تتركه إلا من علة، وليس عليك صومه في سفر ولا مرض إلا أن تكون نويت ذلك، وإن كنت أفطرت فيه من غير علة فتصدق بقدر كل يوم سبعة مساكين، بناءً على قراءة «شعبة» بابدال السنين المهمة بالشرين المعجمة مع الباء الموحدة، والمراد من المساكين العشرة، أو على السهو من النسخ بابدال العشرة بالسبعة، كما يومىء إليه ما حكاه في المسالك من تعبير الصدوق به في المقنع بمضمونه مبدلاً للسبعة بالعشرة، بل قال: «هو عندي كذلك بخطه الشريف».

بل أظن في المسالك في ترجيح الحسن المزبور على خبر عبد الملك سنداً ودلالة مؤيداً له بما سمعت من النصوص إلا أنها أجمع موافقة للعامة، بل في المسالك اتفاق روايات العامة (١) التي صححوها عن النبي ﷺ على مضمونها، ومن الغريب ذكر ذلك مؤيداً للحسن، مع أن الميزان الشرعي بخلافه، خصوصاً في مثل المكاتب التي يراعى فيها التقية غالباً.

وبذلك - مضافاً إلى ما سمعته من نصوص العهد والاجماعين والشهرة - يظهر لك رجحان الأولى عليها، فما أظن فيه في المسالك من ترجيح العكس في غير محله، كما أنه لا وجه للجمع بينها بحمل السابقة على كفارة النذر المتعلق بالصوم والأخيرة على غيره، كما عن المرتضى في بعض كتبه، وابن إدريس والعلامة في غير المختلف، خصوصاً مع عدم الشاهد عليه سوى وجه اعتباري، وهو مساواته بسبب تعلقه بالصوم لكفاراته، وهو كما ترى.

بل لعل جمع الشيخ بينها بحمل الأولى على غير العاجز والأخيرة عليه أولى، لشهادة خبر جميل بن صالح (٢) عن أبي الحسن موسى عليه السلام له، قال: «كل».

(١) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٦٩ إلى ٧٢.

(٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات الحديث ٥.

من عجز عن نذر فذره فكفارته كفارة يمين ، وإن كان قد يناقش بأن الظاهر إرادة عجز عن المنذور لا عن الكفارة ، فيحمل على ضرب من النّدب ، بل ربما كان شاهداً للمختار في الجملة .

ونحوه خبر عمر بن خالد (١) عن أبي جعفر عليه السلام « النّذر نذران ، فما كان لله تعالى ففبه ، وما كان لغير الله فكفارته كفارة يمين » بناءً على أن المراد من غير الله تعالى فيه ما يندره الانسان معلقاً له على شيء لا رادة عدم فعله نحو اليمين ، وربما احتمل أن المراد كفارة إبقاء النّذر لغير الله تعالى .

ولكن لا يخفى عليك بعده وأنّ ما ذكرناه أقرب منه ، بل قد يشهد له خبر عمر بن حريث (٢) سألت الصادق عليه السلام « عن رجل قال : إن كلم ذا قرابة له فعمليه المشي إلى بيت الله تعالى وكلّ ما يملكه في سبيل الله تعالى وهو بريء من دين محمد صلى الله عليه وآله ، قال : يصوم ثلاثة أيام ، ويتصدق على عشرة مساكين » بل وخبر عليّ وإسحاق ابني سلمان عن إبراهيم بن محمد (٣) قال لهما : « كتبت إلى الفقيه عليه السلام يا مولاي نذرت أن أكون متي فأتقنى صلاة اللّيل صمت في صبيحتها ، ففاته ذلك كيف يصنع ؟ وهل له من ذلك مخرج ؟ وكم يجب عليه من الكفارة في صوم كلّ يوم تركه إن كفر إن أراد ذلك ؟ فكتب يفرّق عن كلّ يوم بمد من طعام كفارة » بناءً على أنّ ذلك ضرب آخر من النّدب لعدم لزوم هذا النّذر .

بل قد يقال : إنّه مما ذكرنا ينقذ وجه آخر للمجمع بين النّصوص ، بحمل

(١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات الحديث ٦ عن عمرو بن خالد كما في الاستبصار ج ٤ ص ٥٥ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الكفارات الحديث ٢ عن عمرو بن حريث كما في التهذيب ج ٨ ص ٣١٠ - الرقم ١١٥٣

(٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات الحديث ٨ عن عليّ وإسحاق ابني سلمان عن إبراهيم بن محمد كما في التهذيب ج ٤ ص ٣٢٩ .

النصوص (١) الدالة على أن كفارته كفارة اليمين على خصوص النذر المراد به ذلك ولو على ضرب من النذب ، وهذا كله سبب رجحان النصوص المزبورة بما سمعت ، فالمتبجح حينئذ طرح ما عارضه أو حملته على ما لا ينافيها .

وعلى كل حال فما عن سلاّر والكراچكي وظاهر بعض - من أن كفارة النذر والعهد كفارة الظهار - واضح الضعف ، بل لم أعثر له على مستند ، وكذا ما عن الجامع من أنه إن أحدث بما نذره عمداً مع تمكنه منه فإن كان له وقت معين فخرج فعليه كفارة شهر رمضان ، فإن لم يقدر فكفارة يمين ، وفقه القرآن للرافندي من أن كفارة النذر مثل كفارة الظهار ، فإن لم يقدر كان عليه كفارة اليمين .

﴿ و ﴾ أما ﴿ ما يحصل فيه الأثران ﴾ وهما التخيير والترتيب فهو ﴿ كفارة اليمين ، وهي عتق رقبة أو إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ، فإن عجز صام ثلاثة أيام ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل في المسالك والحكم في هذه الكفارة محل وفاق بين المسلمين من حيث إنها منصوصة في القرآن ، (٢) .

﴿ و ﴾ أما ﴿ كفارة الجمع ﴾ فهي ﴿ كفارة قتل المؤمن عمداً ظلماً ، وهي عتق رقبة و صوم شهرين متتابعين و إطعام ستين مسكيناً ﴾ بالاجماع والمعتبرة المستفيضة (٣) كما في الرّياض ، ويأتي تمام الكلام فيها في محله إنشاء الله .

(١) الوسائل الباب -٢٣- من أبواب الكفارات .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ٨٩ .

(٣) الوسائل الباب -٢٨- من أبواب الكفارات والباب -٩ و ١٠- من أبواب القصاص

﴿ المقصد الثاني ﴾

﴿ فيما اختلف فيه ، وهي سبع : ﴾

﴿ الاولى : ﴾

﴿ من حلف بالبراءة ﴾ من الله تعالى شأنه أو من رسوله ﷺ أو من الأئمة عليهم السلام المراد بها هنا نفى التعلق ديناً ودنياً من سائر الوجوه ، وكذا ما في معناها ﴿ فعلية كفارة ظهار ، فان عجز فكفارة يمين ﴾ في المحكي عن الشيخين وجماعة ، بل عن الغنية الاجماع عليه ، بل عنها ذلك بمجرده وإن لم يحث ، كما عن الطوسي والقاضي .

خلافاً للمحكي عن المفيد والد يلمى من ترتيبها على الحث ، وعن ابن حمزة عليه كفارة نذر ، وعن الصدوق أنه يصوم ثلاثة أيام ويتصدق على عشرة مساكين ، ولعله لخبر عمر بن حريث (١) المتقدم في المسألة السابقة بناءً على أن ما فيه للحلف بالبراءة ، وعن التحريير والمختلف التكفير باطعام عشرة مساكين ، لكل مسكين مد ، ويستغفر الله تعالى شأنه ، للصحيح (٢) « كتب محمد بن الحسن الصفار إلى أبي محمد العسكري عليه السلام يطعم عشرة مساكين ، لكل مسكين مد ، ويستغفر الله عز وجل » ، ولا بأس بالعمل بمضمونها لصحتها كما في المسالك .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ قيل ﴾ كما عن الشيخ وابن إدريس وأكثر المتأخرين : ﴿ يأنم ولا كفارة ، وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، لأننا لم نعلم على ما يدل

(١) راجع التعليقة (٢) من ص ١٧٧ .

(٢) الوسائل الباب ٢٠ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

على القول الأول بل ولا على أن كفرته كفارة النذر عدا الاجماع الذي هو مع
وهنه بشدة الخلاف في المسألة معارض بما عن الشيخ في الخلاف من إجماع الإمامية
وأخبارهم على عدمه ، فالأصل حينئذ بحاله ، وخبر عمر بن حريث (١) المتقدم
مع احتماله ما قد مناه في المسألة السابقة غير جامع لشرائط الحجية كى يسلمح قاطعاً
للأصل ، بل وكذا الصحيح الموهون بالاعراض عنه إلى زمن الفاضل فعمل به في بعض
كتبه ، ومن هنا قال المصنف في المحكي عنه من نكت النهاية : « إن ما تضمنه نادر ،
ولعله لاتفاق جميع ما سمعت من الاجماعين والشهرة البسيطة والمر كبة على خلافه ،
فلا بأس بحمله على ضرب من الندب .

نعم لاختلاف فيما أجده في أصل الحرمة ، بل الاجماع بقسميه عليه ، من غير
فرق بين الصدق والكذب والحنث وعدمه ، وتحليف الصادق عليه السلام الرجل الذي افتري
عليه بالبراءة من حول الله وقوته (٢) قضية في وافة خاصة لحكمة من الحكم ، فلا
تدل على الجواز الذي قد علمت عدم الخلاف بل الاجماع على عدمه ، بل عن فخر
المحققين إجماع أهل العلم على عدم جوازه .

مضافاً إلى المرسل (٣) عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « إنه سمع رجلاً يقول : أنا بريء
من دين محمد ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : ويلك إذا برئت من دين محمد فعلى دين من
تكون ؟ قال : فما كلمه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حتى مات » وعن يونس بن ظبيان (٤)
أنه قال لي : « يا يونس لاتحلف بالبراءة منّا ، فإن من حلف بالبراءة منّا صادقاً أو
كاذباً فقد برىء منّا » بل في التوقيف جاء عنهم عليهم السلام (٥) « إذا عرضتم على البراءة منّا

(١) راجع التعليقة (٢) من ص ١٧٧ .

(٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من كتاب الايمان الحديث ٣٥١ .

(٣) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الايمان الحديث ١ - ٢ .

(٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الامر والنهي الحديث ٨ و ٩ و ١٠ و ٢١ وهو

نقل بالمعنى .

فمدّوا الأعناق، وإن كان كلاً أو في غير الحلف بالبراءة، بل هو في أصلها، وقد استفاضت النصوص (١) في النهي عنها للتقية وإن كان العمل على خلافها، خصوصاً إذا كانت لحفظ النفس من القتل، مع أنها براءة لفظية لا قلبية. بل قوله تعالى (٢): «إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان» كالصريح في جوازها فضلاً عما دل على (٣) أن الاكراه ممّا رفع عن الأمة، فلا بدّ من حمل تلك النصوص على ضرب من المبالغة في أمر البراءة.

بل منه يستفاد في الجملة حكم المقام الذي هو قسم من البراءة أيضاً وإن كانت بعنوان الحلف المعلوم عدم انعقاده بها وحرمة لمعلومية عدم جواز الحلف بغير الله، بل في التنقيح والتلفظ بذلك أي البراءة إن علّقه على محال لا يخرج به عن الاسلام، لأن حكم المعلق حكم المعلق به، وإن علّقه على ممكن فهل يخرج به عن الاسلام أم لا؟ الحق نعم، لقيام الدليل على وجوب الثبات على الاعتقاد الصحيح، وامتناع الانتقال عنه، فإذا علّق على ممكن والممكن جائز الوقوع فيقع المعلق عليه، نعم إن كان المتلفظ يعلم معنى التعليق كفر في الحال وإلا فلا.

ولعله إلى ذلك أشار في الرياض حيث قال: (بقوله خ ل) : «إن الحلف بالبراءة يحتمل الكفر في بعض صورته» وكان مراده بالعلم بمعنى التعليق قصده، فيكون الحاصل أنه متى قصد معنى التعليق وكان المعلق عليه أمراً ممكناً نافي الجزم المأمور به في الاعتقاد، نعم إن قصد بذلك المبالغة في الامتناع عن المحلوف عليه لم يكن كفراً، ولكن المتجه على هذا عدم الفرق بين كون المعلق عليه أمراً محالاً وعدمه، ضرورة منافاة التعليق على كل حال للجزم.

ولعله لذا قال الكر كي في حاشيته على الكتاب في المقام: «وهل يكفر بذلك؟»

(١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الامر والنهي من كتاب الامر بالمعروف

والنهي عن المنكر.

(٢) سورة النحل: ١٦ - الآية ١٠٦.

(٣) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب جهاد النفس من كتاب الجهاد.

يحتمل ، لأنّ تعليق الكفر على بعض الحالات التي لا دخل لها في حصوله يقتضى الحصول بدونها ، والظاهر عدم ، لأنّه يراد بذلك المبالغة في المنع غالباً ، وما أشبهه بقول (١) إن شهد فلان فهو صادق إلى آخره . ولم يفرّق مع تحقق التعليق بين كون المعلق عليه محالاً أو لا ، نعم ظاهر كلامه أنّ احتمال الكفر لعدم مدخلية التعليق في تحقق البراءة التي هي مقتضى الكفر ، إمّا لأنّها كالشتم والسب المعلقين ، فالتّهما متحققان وإن علّقا ، وإمّا لأنّ البراءة ليست من قسم الايقاع المعلوم الذي له آثار يرجع إليها التعليق ، بل هي ليست إلّا معناها الحاصل بقصد إنشاء سواء خلق أو لا .

وعلى كلّ حال فلا ريب في ظهور كلمات الأصحاب في عدم الكفر في الفرض الذي أمروا فيه بالكفارة والاستغفار على اختلاف أقوالهم من المفيد إلى زماننا ، قال في محكمي المقنعة : « قول القائل : أنا بريء من الاسلام أو أنا مشرك إن فعلت كذا باطل ، لا يلزمه إذا فعل كفارة ، وقسمه بذلك خطأ منه ، ويجب إن يندم عليه ويستغفر الله تعالى شأنه ، وكذا غيره وإن اختلفت كلماتهم في أصل الكفارة وفي كيفيتها وفي عدمها ، وكذا ظاهر ماسمعه من المكتابة (٢) وغيرها .

ولعلّه لأن المراد من اليمين بالبراءة غالباً المبالغة لا التعليق حقيقة كي يتحقق به الكفر الذي ينبغي أن يحمل عليه ماسمعه من خبريونس بن ظبيان (٣) السابق ، أو المبالغة في تحریم الصورة المزبورة والكف عنها .

(١) في النسخة المخطوطة المبيضة « وما أشبهه » كما هو المحتمل في المسودة أيضاً وكتب كلمة « بقول » في هامش المبيضة برمز « بدل » وهي ليست في المسودة أصلاً .

(٢) الوسائل الباب ٢٠- من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ٧- من كتاب الايمان الحديث ٢ .

﴿ الثانية ﴾

﴿ في جز المرأة شعرها في المصاب عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً ﴾ كما عن المراسم والوسيلة والاصباح و الجامع والنزهة والنافع ، بل في المقنعة والانتصار وعن النهاية « أن فيه كفارة قتل الخطأ : عتق رقبة أو إطعام ستين مسكيناً أو صيام شهرين متتابعين » .

لكن في كشف اللثام « عن الشيخين أنهما نصّا على الترتيب في قتل الخطأ ، وحينئذ فيحتمل أن يكون التشبيه في الخصال والترتيب جميعاً ، ويكون التعبير بأو إجمالاً للترتيب ، وأن يكون التشبيه في أصل الخصال ، وإن كان فيه أن نص المقنعة على أنها مثل كفارة شهر رمضان التي نص على أنها مخيرة ، ويمكن أن يكون مذهب المرتضى ذلك أيضاً ، بل لعله هو الظاهر من عبارته هنا ، وحينئذ فيكون إجماع الانتصار على التأخير .

مضافاً إلى خبر خالد بن سدير (١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شق ثوبه على أبيه أو على أمه أو على أخيه أو على قريب له ، فقال : لا بأس بشق الجيوب ، قد شق موسى بن عمران على أخيه هارون ، ولا يشق الوالد على ولده ، ولا زوج على امرأته ، وتشق المرأة على زوجها ، وإذا شق الزوج على امرأته أو والد على ولده فكفارته حنث يمين ، ولا صلاة لهما حتى يكفرا أو يتوبا عن ذلك ، وإذا خدشت المرأة وجهها أو جزت شعرها أو نتفته ففي جز الشعر عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً ، وفي الخدش إذ ادمت وفي النتف كفارة حنث يمين ، ولا شيء في اللطم على الخدود سوى الاستغفار والتوبة ، ولقد شقق الجيوب ولطمن الخدود الفاطميات على الحسين بن علي عليه السلام ، وعلى مثله تشق الجيوب ولطم الخدود ، المنجبر بقتوى من عرفت ، بل الإجماع المحكي كما

ستمعرف ، بل لم يعرف المخالف في العمل بما في ذيله من حكم المسألة الثالثة ، بل عن ابن إدريس « أن أصحابنا مجمعون عليها في تصانيفهم وفتاواهم » إلى آخره ، فلا وجه للتوقف في العمل به من الطعن في سنده ، كما وقع من بعض من ذوي الاختلال في الطريقة ، كما لا وجه للتوقف فيه من جهة الدلالة ، كما وقع للفخر ، ضرورة ظهور لفظة « في » هنا كمنظائر في إفادة التسبيب .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ قيل ﴾ كما عن الحلبي : ﴿ مثل كفارة الظهار ﴾ مدعيًا الإجماع عليه ، بل في الرِّياض عن الانتصار ذلك أيضاً قال : « لكن ذيل عبارته ظاهر في التخيير وإن حكم في صدرها بأنها كفارة ظهار ، ونحوه كلام الشيخ في محكي التحرير إلا أن الصدر أصرح ، فليحمل الذيل كالرواية بمعونة فتوى الجماعة على بيان الجنس على التفصيل ، لا كونها مخيرة كما ذكره بعض الأجلة ، فتكون الرواية حجة في المسألة ، لانجبار ضعفها بالشهرة العظيمة وحكاية الاجماعين المتقدمين » .

وفيه أن الموجود في عبارة الانتصار تشبيهها بكفارة قتل الخطأ التي هي مخيرة عند المفيد وسائر ، ومذهب المرتضى غالباً على وفق مذهبهما ، فالملظنون ما هو ظاهر العبارة من التخيير فيهما ، فيتفق الصدر ، ويكون إجماعه الذي ذكره حجة للمسألة ، مضافاً إلى الخبر ، ولعل فتوى من عرفت شاهد على صحة الإجماع المزبور ، لا على أنها كفارة ظهار الذي لم يعرف القول به ممن تقدمه ، بل ولا من تأخره عدا الحلبي والشهيد في اللمعة .

وبذلك يظهر لك وهن إجماع ابن إدريس ، كما أن منه يظهر غرابة ما سمعته من الرِّياض ، بل ما كنا لنؤثر وقوع مثل ذلك من مثله ، بل ويظهر لك أيضاً من قول المصنف : ﴿ والأول مروى ﴾ (١) نوع ميل إليه ، بل ينبغي الجزم به ، لما عرفت من ضعف القول بأنها كفارة ظهار .

﴿ و ﴾ أما ما في المتن من أنه ﴿ قيل : تأثم ولا كفارة استضعافاً للرّواية وتمسكاً بالأصل ﴾ فلم يتحققه قبل المصنّف ، كما عن جماعة الاعتراف به أيضاً ، كالشهيد في النكت وغيره ، بل قيل : لم يحكه أحدٌ عدا المصنّف هنا والفاضل في القواعد والارشاد ، نعم قد اختاره جماعة من المتأخّرين كالنخعي وثاني الشهيدين في المسالك والرّوضة وسبطه .

لكن فيه أنّ ضعف الرّواية منجبر بما سمعت ، فينقطع الأصل بها ، مضافاً إلى الاجماعين المزبورين المعترضين بما عن الغنية من الاجماع على وجوب الصوم هنا ، فلا محيص حينئذ عن القول بالوجوب ، إنما الكلام في أنه تخيير أو مرتّب ، والأقوى الأول ، لما عرفت ، والأحوط الثاني .

ثم إنّ سياق الخبر (١) المزبور ظاهر في كون ذلك للمصاب كما قيّد به المصنّف وغيره ، بل لا يبعد إرادة من أطلق حتّى المرتضى ذلك للانصراف ، ودعوى الأولوية ممنوعة ، لأنّ الجزّ في المصاب مشعر بعدم الرضا بقضاء الله تعالى دون غيره ، نعم لافرق بين مصاب القريب والبعيد ، أمّا اعتبار جزّ جميع الشعر فقد جزم به في المسالك ، وفي كشف اللثام إشكال ، ولعله من الخلاف في إفادة مثل هذه الاضافة العموم أو لا ، وفيه أنه لا إشكال في انصراف المقام إلى المتعارف الذي يتحقق في البعض ، بل لو أريد استقصاء الجميع حقيقة ندر تحقّقه ، ولعله لذا قال في الرّياض : « وهل يفرّق بين كلّ الشعر و بعضه ؟ ظاهر إطلاق الرّواية العدم ، واستقر به في الدّروس ، لصديق جزّ الشعر وشعرها عرفاً بالبعض ، وهو أحوط ، بل لعله أقرب ، لكون جزّ الكل نادراً ، فيبعد حمل النصّ (٢) عليه . »

ويلحق بالجزّ الحلق والأحراق كما عن بعض ، وهو وإن كان أحوط لكنه لا يخلو من نظر ، لعدم اندراجهِ في موضوع اللفظ ، وعدم الفحوى أو الأولوية المفيدة ، والله العالم .

﴿ الثالثة : ﴾

﴿ يجب على المرأة في تنف شعرها في المصاب ﴾ الذي هو قلعه خلاف الجز الذي هو الفص ﴿ وخذش وجهها وشق الرجل ثوبه في موت ولده أو زوجته كفارة يمين ﴾ بلا خلاف أجده ، كما اعترف به في الروضة ، بل في الانتصار الاجماع عليه ، وهو الحجة بعد الخبر (١) المنعبر بما سمعت بل قد سمعت ما حكيناه عن ابن إدريس من دعوى إجماع الأصحاب عليه في تصانيفهم وفتاواهم ، ثم قال : « فصار الإجماع هو الحجة ، وبهذا أفتي » ومن ذلك يعلم ما في نسبة بعض التدب إليه ، نعم بعض متأخري المتأخرين ممن لا يرى العمل إلا بالخبر الصحيح قد مال في المقام إلى القول بالاستحباب ، وهو بعد العلم بأن منشأه فساد الطريقة لا يعبأ بخلافه . والكلام في تقييد ذلك بالمصاب وفي الاجتزاء ببعض الشعر ماسمعه في المسألة السابقة .

نعم ظاهر إطلاق الفتوى فيما عدا النهاية بل ومعقد الإجماع الاكتفاء بمسمى الخدش الذي لا يستلزم الإدماء ، لكن قد عرفت تقييده بذلك في الخبر (٢) اللهم إلا أن يقال بملازمة الخدش في المصاب للإدماء غالباً ، فيبقى غيره على مقتضى الأصل إلا أن الأحوط الاجتزاء بالإطلاق ، خصوصاً بعد تصريح الفاضل في التحرير بعدم اعتباره معترفاً بظهور الخبر فيه .

ولا يعتبر خدش جميع الوجه كما لا عبرة بادماء غيره فضلاً عن خدشه ولا بشق ثوبها على ولدها أو زوجها ولا بقص الرجل شعره ولا تنفه ، إن المدار على عنوان الحكم في النص والفتوى ، وهو مالا يشمل ذلك ، والقياس والاستحسان والاجتهاد من غير ضوابطه الشرعية غير جائزة في مذهبننا ، بل من ذكر حكم التنف مغائراً للجز ينقذ الشك في إلحاق الحلق والحرق بالجز كما يظهر من بعض ، لدعوى

القطع بالمساواة أو الأولوية .

ثمّ المعتبر في شق الثوب المتعارف منه في المصاب ، لأنّه المنصرف منه لامطلق شقه كما قيل ، بل عن بعض أنّه لا فرق فيه بين الملبوس وغيره ، ولا بين شقه ملبوساً أو منزوعاً ، إذ هو كما ترى وإن كان أحوط ، نعم لا فرق في متعارفه بين الاستيعاب وعدمه .

كما أنّ الأحوط ما قيل من عدم الفرق في الولد بين الذكّر والأنثى وإن نزل ، لا ولد الأنثى وإن كان لا يخلو من نظر ، لما تحقق في محله أنّه ولد حقيقة أيضاً ، ودعوى تبادل غيره يجري أيضاً في ولد الذكّر ، وما في الرّياض من دأنّ التعميم بالاضافة لعله مستفاد من الاستقراء . ثمّ قال :- ولا ريب أنّ الأحوط التعميم مطلقاً ، بل لا يبعد الحكم به ، للفحوى ، لا يخفى عليك ما فيه من دعوى الاستقراء والفحوى ، نعم لا إشكال في أنّه أحوط .

كما لا ريب في ثبوت الحكم في الزّوجة الدائمة سواء كانت حرّة أو أمة ، بل في الرّياض دأنّها المتبادر منها نصّاً وفتوى قطعاً ، فيرجع في المتمتع بها إلى الأصل ، خلافاً لجماعة من أصحابنا ، فألحقوها بالأولى ، فإن كان إجماع وإلاّ فيأتي فيه مامضى ، مضافاً إلى احتمال كون الصدق عليها مجازاً ، بل هو الظاهر من الأصول كما مرّ مراراً إلاّ أن يستدلّ عليه بالفحوى .

وفيه أنّه لا إشكال ، في صدق الزّوجة عليها ، ولا ينافيه تخلف بعض أحكامها عنها لأدلة مخصوصة ، واحتمال المجازية واضح الضعف ، والأصول لا مدخلية لها في الصدق العرفي ، والفحوى التي ذكرها ممنوعة على وجه تكون مدركاً للحكم مع فرض المجازية أو عدم الانصراف .

نعم قد يشك في الحاق المطلقة رجعيّاً بها وإن صرّح به بعض باعتبار الشك في عموم المنزلة لمثل الفرض مع أنّه لا ريب في كونه أحوط إن لم يكن أقوى خصوصاً بعد ملاحظة ثبوت ما هو أخفى من ذلك لها .

أمّا الأمانة فلا ريب في عدم اندراجها وإن كانت أمّ ولد ، ومن الغريب احتمال

إلحاقها أيضاً للفحوى التي قد عرفت منعها على وجه تكون دليلاً ، بل من الاتفاق هنا على المدم يتأيد عدم تحققها ، كما هو واضح .
هذا وقد تقدم سابقاً الكلام في حكم الشق حلاً وحرمة من الرجل والمرأة ، فلاحظ وتأمل .
كما أنه تقدم الكلام أيضاً مفصلاً في :

﴿ الرابعة ﴾

التي هي حكم ﴿ كفارة وطء الزوجة في الحيض مع التعمد والعلم بالتحريم والتمكن من التكفير ﴾ فانه ﴿ قيل : يستحب ، وقيل : يجب ، وهو الأحوط ﴾ بل الأقوى ، وكذا تقدم الكلام في مقدارها الذي هو الدينار ونصفه وربعه ، فلاحظ وتأمل .

﴿ و ﴾ منه أيضاً يعلم الحال فيما ذكره غير واحد من أنه ﴿ لو وطأ أمته حائضاً كفر ﴾ وجوباً ﴿ بثلاثة أمداد من الطعام ﴾ بل عن المرتضى الاجماع عليه ، وقيل استحباباً ، والأول هو الأقوى أيضاً .

﴿ الخامسة ﴾

﴿ من تزوج امرأة في عدتها فارق وكفر بخمسة أصوع من دقيق وفي وجوبها خلاف ﴾ فعن صريح جماعة وظاهر آخرين ذلك أيضاً ، لخبر أبي بصير (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن امرأة تزوجها رجل فوجد لها زوجاً ، قال : عليه الحد وعليها الرجم ، لأنه قد تقدم بعلم وتقدمت هي بعلم ، وكفارته إن لم يقدم إلى الامام أن يتصدق بخمسة أصوع دقيقاً ، والمرسل إليه أيضاً (٢) عن أبي عبد

(١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب حد الزنا الحديث ٥ من كتاب الحدود .

(٢) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

الله ﷻ د في رجل تزوج امرأة ولها زوج ، فقال : إذا لم يرفع خبره إلى الإمام فعليه أن يتصدق بخمسة أصوع دقيقتاً بعد أن يفارقها ، قيل والمناقشة في السند مدفوعة بفتوى من عرفت .

وفيه - مع عدم بلوغ ذلك حد الشهرة - أن العنوان في كلامهم ذات العدة وفي الخبرين ذات الزوج ، وهما متغايران ، فما فيهما لا عامل به ، وما في الفتوى لاشاهد له ، ودفع ذلك - بشمولها ولو بترك الاستفصال لذات العدة الرجعية ، ولقائل بالفرق بينهما وبين البائنة - كما ترى ، نعم لا وجه للمناقشة في الدلالة ، لظهور لفظة «على» والجملة الخبرية المقصود بها الإنشاء في ذلك ، لكن لا يجدي ذلك في إثبات المطلوب بعد ما عرفت ، بل ما اشتملا عليه من الشرط لم أجد عاملاً به ، كما اعترف به في الرياض ، وهو موطن آخر لهما ، نعم لا بأس بالعمل بهما على جهة التنبه الذي يتسامح فيه .

﴿ و ﴾ لذا قال المصنف : ﴿ الاستحباب أشبه ﴾ خصوصاً بعد حكاية الشهرة بين المتأخرين عليه ، بل لا بأس بذلك فيما تضمنته الفتوى أيضاً ولو للاحتياط ، وفي الانحصار «التكفير بخمسة دراهم مدعيّاً عليه الاجماع» وهو غريب ، إذ لم نعرف القول به من غيره ، كما اعترف به بعضهم ، ومن هنا حمله بعضهم على إرادة القول الأول ، ولكن يجتزأ عن الصاع بدرهم قيمة ، وفيه أنه لا دليل أيضاً على الاجتزاء بذلك في المقام ولا في غيره مما كانت الكفارة فيه الاطعام ، كما تسمعه إنشاء الله ، فالأولى الافتصار فيها على الدقيق ، وأولى منه اعتبار دقيق الحنطة والشعير اللذين هما من جنس ما يخرج في الكفارة ، كما جزم به في التنقيح ، ولعله للانصراف ، مؤيداً بالاحتياط ، والله العالم .

﴿ السادسة ﴾

﴿ من نام عن العشاء حتى تجاوز نصف الليل أصبح صائماً على رواية فيها ضعف ﴾ بالارسال وهي رواية عبد الله بن المغيرة (١) عن حدثه عن الصادق عليه السلام « في رجل نام عن العتمة ولم يقم إلا بعد انتصاف الليل ، قال : يصليها ويصبح صائماً ، وفي الانتصار بعد أن ذكره من متفردات الامامية وحكى عن الفقهاء الخلاف في ذلك قال : « دليلنا على صحة قولنا - بعد الاجماع الذي تردد - الطريقة التي ذكرناها من قوله تعالى (٢) : « و افعلوا الخير » وأمره عز وجل بالطاعة (٣) » بل عن الغنية نحو ذلك أيضاً .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك وكونه أحوط ﴿ لعل الاستحباب أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التي من مقتضاها عدم حجية المرسل المذكور وإن كان الذي أرسله إمامياً من أصحاب الاجماع كما حرر في محله ، وإجماع السنيدين كغيره من إجماعات القدماء لا وثوق بالمراد منها على وجه تستريح النفس في الفتوى بها بالوجوب والحرمة ، وإن قلنا بحجية الاجماع المنقول لكن في الغالب ينقلونه على مقتضى العمومات ونحوها ، أو على غير ذلك مما لا يفيد في إثبات المطلوب .

ودعوى انجبار المرسل بصريح فتوى جماعة من القدماء وظاهر باقئهم لأمرهم به الظاهر في الوجوب لم تتحققها في غير المرتضى ، بل وفيه أيضاً ، خصوصاً بعد ملاحظة ما وقع لهم غير مرة من التعبير عن المندوب بالوجوب وعن المكروه بالعصيان ، على أن المحكي عن الشيخين أنهما أطلقا الاصباح صائماً ، ومع ذلك معارض بما

(١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب المواقيت الحديث ٨ من كتاب الصلاة مع

اختلاف يسير ، وفي التهذيب ج ٨ ص ٣٢٣ كالجواهر .

(٢) سورة الحج : ٢٢ - الآية ٧٧ .

(٣) سورة آل عمران : ٣ - الآية ٣٢ و ١٣٢ .

عن ابن إدريس ومن تأخّر عنه كالمصنّف والفاضل وغيرهما من التصريح بالنسب ، فهو موهن لها ، مؤيداً بمعلوميّة كون الأصل في الكفارة أن تكون عن ذنب ، وليس في الفرض بناءً على أن ذلك كفارة ، كما هو ظاهر الأصحاب أو صريحهم ، إلا أن يكون المراد ثام عنها عمداً ، وهو خلاف الظاهر .

كل ذلك مع عدم تعرض الخبر المزبور لقضاء ذلك اليوم لو فرض تعذر صومه بعذر شرعي كحيض أو سفر أو مرض أو غير ذلك ، كما أنه لا تعرض فيه لحكمه لو أفطره عمداً وإن قال في الدروس : « ولو أفطر في ذلك اليوم أمكن وجوب الكفارة لنعيتنه ، وعدمه لتوهم أنه كفارة ولا كفارة فيها ، ولو سافر فيه فالأقرب ألا يفطر والقضاء ، وكذا لو مرض أو حاضت المرأة ، مع احتمال عدم الوجوب فيهما وفي السفر الضروري ، لعدم قبول الملّك الصوم ، وكذا لو وافق العيد أو التشريق ، ولو وافق صوماً متعيّناً فالأقرب التداخل ، مع احتمال قضائه » .

لكن الجميع كما ترى مجرد تهجّس ، بل لعلّ إهمال ذلك كلّه وغيره دليل الاستصحاب الذي يقع فيه مثل هذا الإهمال بخلاف الواجب ، مضافاً إلى ما في النّهاية من التعبير بأنه « يصبح صائماً كفارة لذنبه في النوم عنها إلى ذلك الوقت » ونحوه في الانتصار ، ومن المعلوم عدم الذنب على النائم ، فهو أمانة أخرى للنسب في كلامهم .

فمن الغريب ما في الرّياض من الميل إلى الوجوب ، بل في بعض كلامه وفي الاشكال عنه ، إذ قد ظهر لك أن الأمر بالعكس ، والله العالم .

وعلى كلّ حال فلا يلحق به ناسي غير العشاء بالنوم قطعاً .

﴿ السابعة ﴾

قال الشيخ في النهاية التي هي متون أخبار : ﴿ من نذر صوم يوم فعجز عنه أطعم مسكيناً مدين ﴾ لخبر إسحاق بن عمار (١) عن الصادق عليه السلام « في رجل يجعل عليه صياماً في نذر ولا يقوى ، قال : يعطي من يصوم عنه كل يوم مدين ، و في خبر آخر (٢) « عن رجل نذر صياماً فنقل عليه الصوم ، قال : تصدق عن كل يوم بمد من حنطة ، مضافاً إلى الصحيح (٣) المتقدم سابقاً « من عجز عن نذر نذره فعليه كفارة يمين ، بناء على ما قلناه فيه .

ولكن اختلاف متنها وضعف سند الأولين منها وعدم وضوح دلالة الأول منها أيضاً يشهد للنسب على تفاوت مراتبه ، خصوصاً بعد ملاحظة قاعدة سقوط النذر بالعجز عنه من غير استتباع الكفارة التي قد عرفت أصالة كونها عن ذنب .

وإليه أشار المصنف بقوله : ﴿ وربما أنكر ذلك قوم بناء على سقوط النذر مع تحقق العجز ﴾ وحينئذ يسهل الأمر في مدرك قوله : ﴿ فإن عجز تصدق بما استطاع ، فإن عجز استغفر الله ﴾ تعالى الذي قد اعترف بعض الناس بعدم العثور عليه ، للتوسع في النذب الذي يكفي فيه هنا إطلاق بعض النصوص (٢) في مطلق العجز عن الكفارة ، وقاعدة « لا يسقط » ونحو ذلك مما لا يكفي في النذب ويكفي في الوجوب .

هذا وفي التمهيد « عن المفيد يقضى ولا كفارة » ، وعن ابن إدريس إن رضى زوال

(٢٥١) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب النذر والمهد الحديث ١ - ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات الحديث ٥ .

(٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الكفارات .

المعز أفطر وقضى من غير كفارة - ثم قال - : وفي الكل نظر ، لأن ذلك اليوم إما معيّن أو غيره ، والثاني يأتي به أي وقت شاء ولا كفارة ، والأوّل لا إثم عليه مع المعز ، فلا وجه لوجوب الصدقة والاستغفار .

قلت : ظاهر هذه الكلمات فرض المسألة في المعز عنه بعد الشروع فيه ، وعبرة المصنّف وغيره لا تأباه كالخبرين وإن كان فرض المسألة في الأعمّ أولى ، لأن الحكم ندي ، وكذا لافرق بين المعيّن وغيره مع فرض المعز الظاهر في الاستمرار ، والأمر سهل .

ومن المندوب ما عن الصادق عليه السلام (١) من أن « كفارة عمل السلطان : قضاء حوائج الإخوان » .

« وكفارة المجالس أن تقول عند قيامك منها : سبحان ربك ربّ العزة عمّا يصفون ، وسلام على المرسلين ، والحمد لله ربّ العالمين » (٢) .

« وكفارة الضحك : أللهم لا تمقنتني » (٣) .

« وسئل رسول الله ﷺ ما كفارة الاغتيا ب ؟ فقال : تستغفر لمن اغتبتّه » (٤) وقد تقدّم الكلام في ذلك في بحث الغيبة .

وقال عليه السلام (٥) أيضاً : « الطيرة على ما جعلها ، إن هوّتها فهوّت وإن شدّتها تشدّت ، وإن لم تجعلها شيئاً لم تكن شيئاً » وقال رسول الله ﷺ (٦) : « كفارة الطيرة التوكل » .

وقد سمعت مافي خبر خالد (٧) عنه عليه السلام أيضاً من أنه « لاشيء في اللطم على

(١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٥ و ٦) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الكفارات الحديث ٢ .

(٧) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

الحدود سوى الاستغفار والتوبة .

﴿ المقصد الثالث ﴾

﴿ في ﴾ تفصيل حكم ﴿ خصال الكفارات ، وهي العتق والصيام والإطعام ﴾
﴿ القول ﴾ أولاً ﴿ في العتق و ﴾ لا إشكال كما لا خلاف في أنه ﴿ يتعين على
الواجد في الكفارات المرتبة ﴾ لأنه العنوان للحكم كتاباً (١) وسنة (٢) ومعقد
إجماع ، ومرجه إلى العرف .

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ يتحقق الوجدان بملك الرقبة ﴾ فاضلة عن حاجته لرفعة
أو مرض ، كما صرح به غير واحد وإن كان عدم تحقق الصدق خصوصاً في الأول
لا يخلو من نظر .

﴿ و ﴾ كذا يتحقق عرفاً ﴿ بملك الثمن ﴾ فاضلاً عن المستثنيات ﴿ مع
إمكان الابتياح ﴾ أي الاعتياض بلا مجازفة تضر في الحال على نحو ما سمعته في
الوجدان للماء وعدمه ، بل بملاحظة ذلك المقام يظهر لك جريان كثير من فردعه
هنا ، على أنه ستسمع تعرض المصنف لجملة أخرى ، فلاحظ وتأمل .
﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ يعتبر في الرقبة ثلاثة أوصاف ﴾

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٩٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الكفارات .

الوصف * الأول :

* الإيمان * أي الاسلام * وهو معتبر في كفارة القتل * عمداً وخطأً *
 * إجماعاً * بين المسلمين بقسميه بعد تصريح الكتاب العزيز به في الخطأ منه (١)
 المعلوم إرادة ذلك فيه من حيث إنه كفارة قتل ، لا من حيث كونه خطأً ، ومن
 هنا لم يفرق أحد بينه وبين العمد الذي هو أولى منه باعتبار ذلك ، بل إيجاب
 الجمع عليه قرينة على إرادة جنس كفارة الخطأ منه ، إلا أن الفرق بينهما بالترتيب
 والجمع ، مضافاً إلى ما قيل من إطلاق النصوص (٢) التي فيها الصحيح وغيره * و *
 إن كان فيه ما فيه .

نعم * في غيرها * كالظهار مثلاً * على التردد * والخلاف * والأشبه
 اشتماله * وفاقاً للمعكي عن السيد والشيخ والحلي وغيرهم ، بل في الرِّياض وغيره
 نسبته إلى الأكثر ، بل عن انتصار الأول وكشف الحق الإجماع عليه وإن كننا لم
 نتحققه في الأول في خصوص المقام ، نعم في ذلك بالنسبة إلى أصل عتق الكافر ،
 لالقاعدة حمل المطلق على المقيد وإن اختلف السبب التي تحقق في الأصول خلافها ،
 بل لظهور اتحاد المراد بخصال الكفارة وإن اختلف السبب باعتبار كونها
 عبادة واحدة بكيفية خاصة من غير مدخلية لاختلاف أسبابها كالغسل مثلاً .

مؤيداً ذلك بصحيح محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليه السلام الوارد في الظهار قال :
 « والرقبة يجزيه عنها صبي ممتن ولد في الإسلام ، والخبر (٢) الوارد في كفارة

(١) سورة النساء : ٢ - الآية ٩٢ .

(٢) الوسائل الباب ٧ - من أبواب الكفارات والباب ١٧ - من كتاب العتق .

(٣) الوسائل الباب ٧ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب ٨ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ١١ من كتاب

شهر رمضان « من أفطر يوماً منه فعليه عتق رقبة مؤمنة، والخبرين (١) المتقدمين في كفارة المفطر يوماً نذرته على التعمين من غير عذر الذي فيهما « و تحرير رقبة مؤمنة » .

وبقاعدة الاحتياط الواجب مراعاتها عند كثير في مثل المقام تحصيلاً للبراءة اليقينية من يقين الشغل .

و بما دلّ على عدم جواز عتق الكافر من الاجماع المحكي ، وخبر سيف بن عميرة (٢) عن الصادق عليه السلام المنجبر سناً ودلالة بالشهرة والاجماع المحكي «أي جوز للمسلم أن يعتق مملوكاً مشركاً ؟ قال : لا ، وقول الله تعالى شأنه (٣) : « ولا يمتصوا الخبيث منه تنفقون » المشعر بالعلية باعتبار تعليق الحكم على الوصف في إرادة الخبائث من حيث هي مطلق ، سواء كانت لرداءة المال أو لفساد العقيدة .

بل قيل : ربما كانت الخبائث من هذه الجهة أولى بالعلية في نحو المسألة المعتبر فيها قصد القرية بالاجماع والمعتبرة (٤) وأي قرية في عتق رقبة محادة لله تعالى ، بل هي موادّة صرفة منعت منها الآية الأخرى (٥) إلا أنها في المشرك خاصة ، لتصريح الآية الأخرى بالجواز في أهل الذمة (٦) المؤيدة هنا بالمروى من فعل علي عليه السلام (٧) « أنه أعتق عبداً نصرانياً فأسلم » لكن يمكن الذب عن الاختصاص هنا بعدم القائل بالفرق ، فإن كل من منع من المشرك منع من غيره أيضاً ، والمعارضة

(١) الوسائل الباب ٧- من أبواب بقية الصوم الواجب الحديث ١ و ٣ .

(٢) الوسائل الباب ١٧ - من كتاب العتق الحديث ٥ .

(٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٦٧ .

(٤) الوسائل الباب ٤ و ٦ - من كتاب العتق والباب ١٣ - من كتاب الوقوف

والصدقات .

(٥) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢٢ و سورة الممتحنة : ٦٠ - الآية ١ .

(٦) سورة الممتحنة : ٦٠ - الآية ٧ .

(٧) الوسائل الباب ١٧- من كتاب العتق الحديث ٢ .

بالمثل هنا وإن أمكنت إلا أن دفعها ممكن بعد اشتهاار الأخذ بالآية الأولى ، وهو من أقوى المرجحات ، وغير ذلك مما ستعرفه في محله ، وإن كان في بعضها ما فيه ، خصوصاً الآية التي يمكن الجزم ولو بمعمونة ماورد (١) فيها من التفسير بارادة الرداءة من الخبث فيها من حيث المالية الذي هو مقتضى المفهوم من قوله تعالى (٢) : « لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون » ومن غيره على وجه لامدخليّة لخبث العقيدة وإن كانت مالية تامة ، بل قد يقال : إن المنساق من الانفاق غير العتق ، فما عن الاسكافي والشنيخ وغيرهما - من الجواز للاطلاق الذي يجب الخروج عنه بما عرفت - ضعيف .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ المراد بالايمان هنا الاسلام ﴾ الذي هو الاقرار بالشهادتين ﴿ أو حكمه ﴾ الحاصل بسبب إسلام أحد الأئوين ولا يعتبر مع ذلك العلم بالتصديق القلبي الذي لا يمكن الاطلاع عليه ، وإن كان هو الايمان حقيقة كما يومیء إليه قوله تعالى (٣) : « قل : لم تؤمنوا ولكن قولوا : أسلمنا » لكن الشارع أجرى على المقر حكم المؤمن قلباً مع فرض عدم الاطلاع على حاله ، بل ربما تعدى بعضهم فأجرى عليه حكم المسلم مع العلم بنفاقه مطلقاً أو في بدء الاسلام ، إلا أن الأصح خلافه ، كما حققناه سابقاً .

و كذا لا يعتبر الايمان بالمعنى الأخص الحادث الذي هو بمعنى الاقرار بالأئمة الاثنى عشر ، لتأخره عن زمن الخطابات ، خلافاً للتنقيح فاعتبره ، حاكياً له عن ابن إدريس ، لقاعدة الشغل التي هي غير مقعدة (٤) هنا ، وكأن الذي غره في ذلك ما ذكره الفخر في الايضاح من تحرير الخلاف بين القائلين باشتراط الاسلام ، فتحكي عن المرتضى وابن إدريس - و والده منهم - القول بالاشتراط واختاره ،

(١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب زكاة الغلات من كتاب الزكاة .

(٢) سورة آل عمران : ٣ - الآية ٩٢ .

(٣) سورة الحجرات : ٤٩ - الآية ١٤ .

(٤) هكذا في النسخة الاصلية و الاولى « غير مثبتة » او « غير مفيدة » .

وعن غيرهم العدم .

والظاهر عدم خلاف بين الأصحاب كذلك ، بل ليس هو إلا في الإيمان بمعنى الاسلام ، نعم اعتبر بعضهم الاسلام الملازم للإيمان الذى هو بمعنى الانعان ، وإلا فالمسألة محترمة بين الخاصة والعامة في اشتراط الإيمان وعدمه في غير كفارة القتل ، فالجميع بين قولين .

نعم لعل المرتضى وابن إدريس من القائلين بعدم إجزاء عتق المخالف ، لكفره عندهم ، وهو غير ماحرّره من البحث . ومن هنا أطنب الصيّمى في الإنكار عليه ، بل ادعى الاجماع على عدم اعتبار الإيمان بالمعنى المزبور ، وهو في محله ، بل قول والده في القواعد : « والأقوى اعتبار الإيمان » بمعنى إرادة التصديق منه لا الإيمان بالمعنى المتأخر ، وعلى تقديره فهو واضح الضعف كالأول أيضاً وإن استدلل له بأن غيره خبيث ، وبخبر ناجية (١) قال : « رأيت رجلاً عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له : جعلت فداك إني أعتقت خادماً لى وهو ذا أطلب شراء خادم لى منذ سنين فما أقدر عليها ، فقال : ما فعلت الخادم ؟ فقال : حية ، فقال : ردّها في مملكتها ، ما أغنى الله تعالى عن عتق أحدكم تعتقون اليوم ويكون علينا غداً ، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفاً ، وخبر الحلبي (٢) الذى ستسمعه .

إلا أنه كما ترى ، ضرورة منع تناول الآية (٣) للمفروض ، وقصور الخبر عن الحجية ، واحتمال إرادة غير المسلم ، والناصب من غير العارف ، أو ضرب من الكراهة ، أو غير ذلك ، وخبر الحلبي لا جابر له ، خصوصاً بعد إطلاق الأدلة ، وخصوص صحيح الحلبي (٤) قلت لأبي عبد الله عليه السلام « الرقبة تعتق من المستضعفين ، قال : نعم ، » وخبر على بن أبي حمزة (٥) عن العبد الصالح عليه السلام « فيمن أوصى بعتق

(١) الوسائل الباب ١٧- من كتاب العتق الحديث ٣ .

(٢) الوسائل الباب ٧- من أبواب الكفارات الحديث ٥ .

(٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٦٧ .

(٤) (٥) الوسائل الباب ١٧- من كتاب العتق الحديث ١-٢ .

نسمة - إلى أن قال :- فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصباً .

﴿ و ﴾ كيف كان ف﴿ يستوى في الأجزاء الذكرا والأنثى والصغير والكبير ﴾
لصدق الرقبة ﴿ و ﴾ لكن ينبغي أن يعلم أن ﴿ الطفل بحكم المسلم ، ويجزىء إذا
كان أبواه مسلمين ﴾ للسيرة القطعية في جميع الأحكام حتى القتل به ﴿ أو أحدهما
ولو حين يولد ﴾ أو بعد الولادة ، لنصوص (١) تبعية أشرف الأئمة ، من غير
فرق بين أن يموت قبل أن يبلغ ويصف الاسلام ﴿ و ﴾ بعده ، خلافاً للعامة ، فإن
لهم اختلافاً في ذلك .

نعم ﴿ في رواية ﴾ من طرقنا ﴿ لا يجزىء في القتل خاصة إلا البالغ الحنث ،
وهي حسنة ﴾ معمر بن يحيى (٢) عن الصادق عليه السلام « سأله عن الرجل يظاھر من
امراته يجوز عتق المولود في الكفارة ، فقال : كل العتق يجوز فيه المولود إلا في
كفارة القتل ، فإن الله تعالى يقول : فتحرير رقبة مؤمنة (٣) يعني بذلك مقربة قد
بلغت الحنث » .

ونحوه مرسل الحسين بن سعيد (٤) عن أبي عبد الله عليه السلام « قال رسول الله ﷺ :
كل العتق يجوز له المولود إلا في كفارة القتل ، فإن الله تعالى يقول : فتحرير
رقبة مؤمنة ، يعني بذلك مقربة قد بلغت الحنث ، ويجوز في الظهار صبي ممن ولد
في الاسلام » .

(١) الوسائل الباب - ٧٠ - من كتاب العتق والباب - ٣ - من أبواب حد المرتد
الحديث ٧ والباب - ٤ - من أبواب المستحقين للزكاة والباب - ٢٣ - من أبواب جهاد العدو
الحديث ١ من كتاب الجهاد .

(٢) أشار إليه في الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الكفارات الحديث ٤ وذكره
في الكافي ج ٧ ص ٢٦٢ .

(٣) سورة النساء : ٤ - الآية ٩٢ .

(٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الكفارات الحديث ٤ .

وفي خبر الحلبي (١) عنه عليه السلام أيضاً « لا يجوز في القتل إلا رجل ، ويجوز في الظهار وكفارة اليمين صبي » .

وفي خبره الآخر (٢) عنه عليه السلام أيضاً في قول الله عز وجل (٣) : « فتحرير رقبة مؤمنة » قال : « يعني مقرة بالإمامة » ونحوه خبره الثالث (٤) عنه عليه السلام أيضاً بدون قوله : « بالإمامة » .

وفي خبر مسمع (٥) عنه عليه السلام « لا يجزىء في كفارة القتل إلا رقبة قد صلّت وصامت ، ويجزىء في الظهار ما صلّت ولم تصم » .

ولكنه لم يعرف العمل بهذه النصوص إلا من الاسكافي والكركي في حاشية الكتاب وبعض متأخري المتأخرين ، فهي في الحقيقة مهجورة لاتصلح مقيدة لاطلاق مادل على التبعية المزبورة المستفادة من لحوق حكم الارتداد له لو وصف الكفر بعد بلوغه وإن لم يملف بالشهادتين ، ومن قوله تعالى (٦) : « واتبعهم ذرّيتهم بإيمان الحقنا بهم ذرّيتهم » بناءً على أن المراد به إلحاق الذرية في الإيمان وغير ذلك ، المؤيد بخبر كرويه الهمداني (٧) عن أبي الحسن عليه السلام في قوله تعالى : « فتحرير رقبة مؤمنة » : « كيف تعرف المؤمنة ؟ قال : على الفطرة » و خبر السكوني (٨) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام « الرقبة المؤمنة التي ذكرها الله تعالى إذا عقلت ، والنسمة التي لا تعلم إلا ما قلته وهي صغيرة » و خبر المبارك (٩) عن أبي عبد الله عليه السلام « قلت له : جعلت فداك الرجل يجب عليه عتق رقبة مؤمنة فلا يجدها كيف يصنع ؟ فقال : عليكم بالأطفال فاعتقوهم فإن خرجت مؤمنة فداك ، وإن

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ٧ - من أبواب الكفارات الحديث ٤ - ٥ - ١٠ .

(٣) سورة النساء : ٤ - الآية ٩٢ .

(٥) المستدرک الباب ٦ - من أبواب الكفارات الحديث ٣ عن موسى عن أبيه ،

عن جده .

(٦) سورة الطور : ٥٢ - الآية ٢١ .

(٧ و ٨ و ٩) الوسائل الباب ٧ - من أبواب الكفارات الحديث ٧ - ٨ - ٣ .

لم تخرج مؤمنة فليس عليكم شيء ، ولكن مع ذلك لا ينبغي ترك الاحتياط .
 ﴿ وكيف كان فـ﴾ لا يجزئ الحمل وإن كان أبواه مسلمين ﴿ وانفصل
 بعد ذلك حياً بلا خلاف أجده فيه ، لأصالة الشغل السائلة عن معارضة إطلاق الأدلة
 المنصرف إلى غيره ﴿ وإن كان ﴾ هو ﴿ بحكم المسلم ﴾ حتى أن الجاني عليه يضمه
 كالمسلم على تقدير موته بعد انفصاله حياً ، لكن لا يلحقه في الشرع حكم الأحياء
 حملاً ، ولذا لا تجب فطرته ، وللعامة وجه بالاجتزاء إن انفصل لما دون ستة
 أشهر .

﴿ وإذا بلغ المملوك أحرس وأبواه كافران فأسلم بالإشارة ﴾ القائمة مقام
 لفظه بعد بلوغه ﴿ حكم بإسلامه وأجزأ ﴾ بلا خلاف أجده فيه ولا إشكال بعد
 ملاحظة ما دل (١) على قيامها مقام اللفظ في العبادة وغيرها ، وقد روي (٢) هنا « أن
 رجلاً جاء إلى النبي ﷺ ومعه جارية أعجمية أو خرساء ، فقال : يا رسول
 الله علي عتق رقبة فهل تجزئ عني هذه ؟ فقال ﷺ : أين الله تعالى ؟ فأشارت إلى
 السماء ، ثم قال ﷺ : من أنا ؟ فأشارت إلى أنه رسول الله ، فقال ﷺ له : أعتقتها
 فإنها مؤمنة . ﴾ ولا يقتصر مع وصف الإسلام في الأجزاء إلى الصلاة ﴿ كما عن
 بعض العامة ، وربما حمل على ما إذا لم تكن الإشارة مفهومة .

﴿ ويكفي في الإسلام ﴾ عندنا ﴿ الإقرار بالشهادتين ﴾ بل والإيمان بمعنى
 التصديق إلا أن يعلم خلافه ﴿ ولا يشترط ﴾ مع ذلك ﴿ التبري مما عدا
 الإسلام ﴾ لإطلاق الأدلة والسيرة المستمرة من زمانه ﷺ إلى يومنا هذا ، نعم
 عن العامة قول بذلك ، وآخر باشتراطه إن كان ممن يعتقد رسالته ﷺ في الجملة ،
 كقوم من اليهود يزعمون أنه رسول العرب خاصة ، وأخرى أنه سيبعث ، بل عن
 الشيخ في المبسوط اختياره ، ومنهم من قال : من أتى بالشهادتين بما يخالف اعتقاده
 حكم بإسلامه ، فالوثنى والمعتقل إذا شهد بالتوحيد حكم بإسلامه ، ومنهم من

(١) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب القراءة في الصلاة الحديث ١ من كتاب الصلاة .

(٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٨٨ وفيه « أتى بجارية سوداء » .

اكتفى بالإسلام بالإقرار بصلاة نوافق ملتنا أو حكم يختص بشيء ، والجميع كما ترى .

ولا يحكم بإسلام المسيء من أطفال الكفار سواء كان معه أبواه الكافران أو انفرد به السامي المسلم وفقاً للمشهور بين الأصحاب سيما المتأخرين كما في المسالك ، لعدم الدليل عليها ، بل هو على خلافها ، ضرورة بقائه على حكم التبعية قبل السبي ، خصوصاً إذا كان معه أبواه ، نعم قد يقال بانقطاعها بالنسبة إلى الطهارة في صورة انفراده عنهما ، للأصل الذي يكفي فيه الشك في بقاء حكم التبعية السابقة ، مضافاً إلى السيرة ، ومن هنا فصل بعضهم بينها وبين العتق مثلاً ، فأجرى عليه حكم المسلم في الأول بخلاف الثاني ، واختاره في المسالك .
اللهم إلا أن يقال : إنها متحققة فيها في غيرها من العتق والصلاة ودفنه في قبور المسلمين وغير ذلك ، وربما كان في إطلاق ما سمعته من النصوص (١) الأمرة بعنق الأولاد شهادة على ذلك .

مضافاً إلى نصوص الفطرة (٢) بناءً على أن معناها الولادة على الإسلام ، إلا أن الأبوين يهودانه وينصرانه بذكر التقريبات له ، وتربيته على ذلك ، أو أن معناها الولادة على الإسلام إلا أن أبويه يهودانه مثلاً بالتبعية له والتربية عنده ، فمتى انقطعت عاد إلى حكم مقتضى الفطرة ، ومقتضاها الحكم بإسلام المتولد منهم بموتهم عنه وبقاؤه منفرداً لولا الاجماع ، وربما كان أيضاً في خبر السكوني (٣) دلالة على المطلوب أيضاً ، لقوله : « والنسمة التي لا تعلم إلا ماقلته وهي صغيرة » .

ولعله لذلك وغيره كان خيرة الدروس ذلك ، وهو لا يخلو من قوة ، وقد تقدم

(٣١) الوسائل الباب ٧- من أبواب الكفارات الحديث ٨٠٠- ٨٠١

(٢) الكافي ج ٢ ص ١٢ و الوسائل الباب ٤٨- من أبواب جهاد العدو الحديث ٣

والبهار ج ٦٧ ص ١٣٠

بعض الكلام في المسألة سابقاً ، ونمائه في كتاب الجهاد (١) .

﴿ ولو أسلم المراهق ﴾ المميز ﴿ لم يحكم بإسلامه ﴾ لإطلاق مادل على (٢) سلب عبارته مؤيداً بما سمعته من النصوص (٣) التي ذكرناها للإسكافي المشتملة على اعتبار البلوغ لتحقيق الإيمان ، ولكن مع ذلك قال المصنف : ﴿ على تردد ﴾ ولعله لاعتبار عبارته في الوصية وغيرها مما تقدم سابقاً ، والإسلام أولى منها بذلك . وفيه أنه لا يخرج عن القياس الممنوع عندنا ، نحو التعليل بأن الإسلام يتعدى من فعل الأب إليه على تقدير كون أحد أبويه مؤمناً ، فمباشرته للإيمان مع عدم أبويه أقوى ، ﴿ و ﴾ إطلاق مادل (٢) على حصول الإسلام بقول الشهادتين إنما هو لبين عدم الحاجة إلى قول آخر غير قولهما ، نحو إطلاق « كل » عقد وإيقاع ، المعلوم بقيده بصحة العبارة .

نعم ﴿ هل يفرق بينه وبين أبويه ؟ قيل : نعم صوتاً له أن يستزله عن عزمه وإن كان بحكم الكافر ﴾ وإن كان لا يخفى عليك عدم صلاحية ذلك لاثبات الوجوب على وجه ينقطع به حكم ذمة الوالدين لو كان ذمياً مثلاً .

هذا وفي المسالك « وينبغي القول بتبعيته حينئذ للمسلم في الطهارة إن لم نقل بإسلامه ، حذراً من الحرج والضّرر اللاحقين بمن يحفظه من المسلمين إلى أن يبلغ ، إذ لو بقي محكوماً بنجاسته لم يرغب في أخذه ، لا قضاؤه المباشرة غالباً ، وليس للقائلين بطهارة المسيء دليلاً وجهاً بخصوصها دون باقي أحكام الإسلام سوى ما ذكرناه ونحوه » وهو كما ترى أيضاً ، خصوصاً عدم الفرق بينه وبين المسيء .

(١) ج ٢١ ص ١٣٤ إلى ١٤٠ .

(٢) الوسائل الباب ٢- من كتاب الحجر والباب ٣٢- من مقدمات الطلاق من

كتاب الطلاق .

(٣) الوسائل الباب ٧- من أبواب الكفارات .

(٤) الكافي ج ٢ ص ٢٥

﴿ الوصف الثاني : ﴾

﴿ السلامة من العيوب ﴾ المسببة عتقه بلا خلاف ولا إشكال ﴿ فلا يجزىء الأعمى ولا الأجنم ولا المقعد ولا المنكّل به ، لتحقيق العتق بحصول هذه الأسباب ﴾ فلا يحصل التحرير بالمأمور به في الكفارة ، وفي الموثق (١) عن الباقر عليه السلام « لا يجزىء الأعمى في الرقبة ، ويجزىء ما كان منه مثل الأقطع والأشل والأعرج والأعور ، ولا يجزىء المقعد » وقال أمير المؤمنين عليه السلام في خبر السكوني (٢) : « في العبد الأعمى والأجنم والمعتوه لا يجوز في الكفارات ، لأن رسول الله ﷺ أعنتهم » وفي خبر أبي البختري (٣) « لا يجوز في العتاق الأعمى والمقعد ، ويجوز الأشل والأعرج » وفي المحكي عن قرب الاسناد (٤) « لا يجوز في العتاق الأعمى والمقعد » وفي خبر علي بن جعفر المبرور عنه أيضاً (٥) سأل أخاه عليه السلام « عن رجل عليه عتق نسمة أيجزىء عنه أن يعتق أعرج أو أشل ؟ فقال : إن كان ممن تباع أجزأ عنه إلا أن يكون وقت على نفسه شيئاً ، فعليه ما وقت » .

نعم لا خلاف معتد به ولا إشكال في أجزاء النافس نقصاناً لا يخل باكتسابه ولا ينقص حالته ، كقطع بعض أظفاره ﴿ و ﴾ نقصان بعض أصابعه ، بل الأقوى أنه يجزىء مع غير ذلك من العيوب ﴿ المنقصة لمالته والمخلّة باكتسابه ﴾ كالأصم والأخرس ومن قطعت إحدى يديه أو إحدى رجليه ﴿ اصدق الرقبة ، بل عن الخلاف والمبسوط الإجماع عليه في الأعور ، خلافاً للمحكي عن المبسوط من أن مقطوع

(١) الوسائل الباب ٢٧- من أبواب الكفارات الحديث ٢-٣-١ .

(٢) الوسائل الباب ٢٣- من كتاب العتق الحديث ٥ وفيه « الأعمى والأعور » وفي

البحار ج ١ ص ١٩٧ « الأعمى والأعور والمقعد » كما أشار الى هذا اللفظ في الوسائل

نقل من البحري في الباب ٢٧- من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٥) الوسائل الباب ٢٧- من أبواب الكفارات الحديث ٤ .

اليدين أو الرجلين أو اليد والرجل من جانب واحد لا يجزئ بغير خلاف ، مع أن المحكي عنه أيضاً أنه قال بعد تفصيل مذاهب الناس في ذلك : « والذي نقوله في هذا الباب الألف التي ينعقد بها لا يجزئ معها ، فأما من عدا هؤلاء فالظاهر أنه يجزؤه ، وهو مخالف لما سمعته منه . ومن ذلك يظهر ضعف المحكي من نفي الخلاف ، بل قيل : إن المراد به بين الناس .

فما عن الاسكافي - من عدم أجزاء الناقص في الخلقة ببطلان الجارحة إذا لم يكن في البدن سواها ، كالخصي والأصم والأخرس ، دون الأشل من يد واحدة والأقطع منها - شاذ ضعيف يمكن تحصين الإجماع على خلافه .

و كذا يجزئ السقيم وإن بلغ به السقم إلى حد التلف للصدق المزبور ، خلافاً للمحكي عن المبسوط في المأبوس عن برئه ، ولما عن العامة في الهرم العاجز عن الكسب .

و كذا من قدّم للقتل دون من لم يقدّم وإن وجب قتله ، نعم في القواعد ﴿ و ﴾ لو أعتق من لحياته له مستقرة فالأقرب عدم الأجزاء ، ولعله لكونه بحكم الميت ، كما ينبت عليه حكم الذبيحة ، مع أن الأقوى خلافه في المقامين ، كما هو محرّر في محله

نعم ﴿ لو قطعت رجلاه لم يجز ، لتحقيق الأبعاد ﴾ الموجب للعتق .

هذا وقد يقال : إن المراد مما في النصوص (١) عدم أجزاء ذوى هذه الأوصاف بالكفارة ولو كانوا مملوكين ، كما لو فرض أنهم سبوا كذلك بناءً على جواز سبيهم لإطلاق الأدلة ، ويكون الوجه في اختصاص هذه الأوصاف أنها توجب العتق لو فرض عروضها على الملك ، وهذا معنى قوله ﷺ : (٢) « لأن رسول الله ﷺ أعنتهم ، بل يمكن حمل كلام الأصحاب على ذلك أيضاً ، بل وتعليقهم في غير صورة التنكيل ، كل ذلك مع عدم تصور العتق للمعتوق حتى يجعل من شرائط الكفارة ،

فتأمل جيداً ، والله العالم .

﴿ ويبجزىء ولد الزنا ﴾ إذا بلغ ووصف الاسلام ، لاطلاق الأدلة ، بل عن المبسوط الاجماع عليه ، وفي خبر سعيد بن يسار (١) عن الصادق عليه السلام « لا بأس أن يعتق ولد الزنا » ﴿ ومنعه قوم استسلافاً لوصفه بالكفر أو لقصوره عن صفة الايمان ﴾ بل عن المرتضى وابن إدريس الاجماع على ذلك وإن كان موهوناً بأعراض الأكثر عنه والاجماع المحكمي ، وآية (٢) « لا تيمموا الخبيث » إلى آخره لا تشمل به وصفه الاسلام ، بل وقبله بناءً على ما عرفت من المراد منها سابقاً ، كما أن نفي الخير في ولد الزنا في النبوى (٣) قال : « لا في لحمه ولا في دمه ولا في جلده - إلى أن قال - ولا في شيء منه » مع عدم الجابر لا ينافي عتقه أيضاً ﴿ ولذا قال المصنف : هو ضعيف ﴾ .

نعم لا يجزىء ولد الزنا قبل البلوغ ، لعدم التبعية فيه ، كما جزم به في التنقيح وغيره ، وإن حكمنا بطهارته للأصل الذي مقتضاه ذلك حتى لو كان بين كافرين فضلاً عن أن يكون بين مسلم وكافر ، كما حققنا جميع ذلك وغيره في محله .

لكن في الدروس هناك يتحقق إسلام ولد الزنا بالمباشرة بعد البلوغ وبتبعية السامي وفي تحققه بسبب الولادة من المسلم نظر ، من انتفائه عنه شرعاً ، ومن تولده عنه حقيقة ، فلا يقصر عن السامي ، وفي شرح الصيمري « وهو المعتمد » . قلت : حكمه بجواز سببه مستلزم للحكم بتبعية ، ولولاها أشكل استرقاقه ، خصوصاً بناءً على بعض ما ذكر في تفسير قوله ﷺ : (٤) « كل مولود يولد

(١) الوسائل الباب -١٦- من كتاب المتق الحديث ١ .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٤٧ .

(٣) الوسائل الباب -١٤- من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث ٧ من كتاب النكاح

وهو خبر زائدة عن أبي جعفر عليه السلام .

(٤) الوسائل الباب -٤٨- من أبواب جهاد العدو الحديث ٣ والكافي ج ٢ ص ١٣

وصحيح مسلم ج ٨ ص ٥٢ ط عام ١٣٣٢ .

على الفطرة ، إلى آخره إن يرد الولادة الشرعية ، فلامعنى للنظر في تبعيته للمسلم ، إذ لا فرق فيها بالنسبة إليهما .

نعم قد يقال : إن من المقطوع به عدم تبعيته للأبوين في الاسلام والايمان ، ومنه ينبغي القطع أيضاً بعدم تبعيته لهما في الكفر أيضاً تنزيلاً لما دل عليها على الولادة الشرعية ، ولو بقوله ﷺ : (١) لكل قوم نكاح ، المراد منه أن غيره يكون سفاحاً ، فلا نسب شرعي بينهما يقتضى التبعية .

اللهم إلا أن يقال بالفرق بين المسلم والكافر إن ابن الزنا من الثاني أولى ، لتبعيته له في الأحكام التي هي الاسترقاق والنجاسة ونحوهما ، بخلافه من الثاني ، فان تبعيته له تقتضي شرفاً له بالاسلام ، وهو بعيد عن ذلك ، لكونه شر الثلاثة (٢) .

ولكن ذلك كله مجرّد اعتبار لا يصلح مدركاً لحكم شرعي ، وقد عرفت أن العمدة في دليل التبعية السيرة ، ولا سيرة في المقام ، لعدم تحقق ولد الزنا المعلوم أنه كذلك بلا شبهة من الواطى .

(١) الوسائل الباب - ٨٣ - من أبواب نكاح العبيد و الاماء الحديث ٢ من كتاب

النكاح .

(٢) البحار ج ٥ ص ٢٨٥ ط الحديث . راجع سفينة البحار ج ١ ص ٥٦٠ . مادة

« زنى » وسنن البيهقي ج ١٠ ص ٥٧ و ٥٨

﴿ الوصف الثالث : ﴾

﴿ أن يكون تام الملك فلا يجرىء المدبّر مالم ينقض تدبيره ﴾ قبل العتق ، كما عن الشيخ وابنى الجفيد والبراج ، لحسن الحلبي أو صحيحه (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل يجعل لعبد العتق إن حدث به حدث وعلى الرجل تحرير رقبة في كفارة يمين أو ظهار أيجزىء عنه أن يعتق عبده ذلك في تلك الرقبة الواجبة ؟ قال : لا ، ومضمر عبد الرحمن (٢) » سأله عن رجل قال لعبد إن حدث بي حدث فهو حر وعلى الرجل تحرير رقبة في كفارة يمين أو ظهار أله أن يعتق عبده الذي جعل له العتق إن حدث به حدث في كفارة تلك اليمين ؟ قال : لا يجوز ، الذي جعل له ذلك .

﴿ وقال ﴾ الشيخ ﴿ في المبسوط والخلاف : يجرىء ﴾ بل في المسالك نسبته إلى ابن إدريس والمتأخرين ، بل في كشف الرموز عن الشيخ الاجماع عليه ﴿ وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التي منها جواز الرجوع بالوصية بالقول وبفعل المنافي ، وقد استفاضت النصوص (٣) بكون التدبير منها ، فيجوز التصرف فيها بنحو البيع والعتق ، بل في الصحيحين (٤) « هو مملوكه إن شاء باعه وإن شاء أمسكه حتى يموت ، فإذا مات السيد يخرج من ثلثه » بل عن الانتصار الاجماع على جواز بيعه كما هو مضمون كثير من النصوص (٥) ولا ريب في أولوية العتق الذي هو

(١) الوسائل الباب ٩ - من أبواب الكفارات الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب ١٢ - من كتاب التدبير الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ٢ - من كتاب التدبير .

(٤) الوسائل الباب ١ - من كتاب التدبير - الحديث ١ والباب ٨ - منه الحديث ٣ .

(٥) الوسائل الباب ١ - من كتاب التدبير .

إحسان محض منه .

بل قد يقال : إن المراد من الصَّحِيح عتق المذنب بعد موت سيِّده ، كما في خبر إبراهيم الكرخي (١) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إن هشام بن رزين سألتني أن أسألك عن رجل جعل لعبده العتق إن حدث بسيِّده حدث الموت ، فمات السيِّد وعليه تحرير رقبة واجبة في كفارة أيجزىء عن الميِّت عتق العبد الذي كان السيِّد جعل له العتق بعد موته في تحرير الرقبة التي كانت على الميِّت ؟ قال : لا ، وحينئذ يقرأ « يعتق » بالبناء للمجهول وأن السؤال في الثاني الاكتفاء بنفس التدبير في الكفارة ، أو يحملان على أنه قد كان ذلك بطريق النذر ونحوه مما لا يجوز الرجوع به ، هذا كله إذا لم ينقض تدبيره قبل العتق ، وإلاّ جاز قولاً واحداً ، والله العالم .
 ﴿ ولا المكاتب المطلق الذي أدّى من كتابته شيئاً ﴾ بلا خلاف ﴿ و ﴾ لا إشكال ، لم يرتبه حينئذ بمقدار ما أدّى .

نعم ﴿ لو لم يؤدّ أَوْ كان مشروطاً قال ﴾ الشيخ ﴿ في الخلاف لا يجزىء ، ولعله نظر إلى نقصان الرق ، لتحقيق الكتابة ﴾ التي هي معاملة بين السيِّد والمملوك ، وهي لازمة من قبل السيِّد ، وقد خرج بها عن الملك خروجاً متزلزلاً حتّى قيل : إنها يبيع العبد من نفسه ، والأصل لزوم العقد ، والعتق يستلزم الملك ، وبقاؤه في المكاتب غير معلوم ، ومن ثمّ لم تجب فطرته ولا نفقته وانتفت عنه لوازم الملك من المنع من التصرف وغيره وإن نهاه السيِّد ، والحجج عليه في بعض التصرفات مراعاة لوفاء الدين لا يقتضي كونه باقياً في الرق ، وعوده إليه على تقدير العجز أمر متجدّد ، وقد بينّا أن خروجه غير متيقّن . ولذا مال إليه في محكي المختلف .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ ظاهر كلامه في النهاية أنه يجزىء ﴾ بل نسبه بعض إلى الأكثر ، بل عن الحلبي الإجماع عليه ﴿ ولعله أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده

(١) الوسائل الباب ٩- من أبواب الكفارات الحديث ١ وفيه هشام بن ادين

(أديم خ ل) وكذلك في الكافي ج ٦ ص ١٩٤ وفي التهذيب ج ٨ ص ٢٣١ هشام بن

﴿ من حيث تحقق الرق ﴾ فيه و لذا جاز عتقه تبرعاً إجماعاً حكاه غير واحد ، وليس إلا لبقاء الرق المستصحب فيه إلى أن يثبت المزيل ، ولا نبوت قبل أداء المطلق شيئاً من مال الكتابة وقبل أداء تمام المال في المشروط ، وثبوت المعاملة ووجوب الوفاء بها مسلم إلا أن ذلك لا يقتضي خروجه عن الرقية ، وكونها بيعاً للمملوك من نفسه غير صحيح عندنا فحينئذ هو باقٍ على مقتضى إطلاق الأدلة المؤيدة ببعض ما نسمعه في المدبر .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ يجرى ﴾ في الكفارة عتق ﴿ الأبق إذا لم يعلم موته ﴾ وفاقاً للأكثر ، بل عن الحلبي الإجماع عليه ، لأصالة بقاءه حياً مؤيدة بالاجماع المزبور ، وما عن الحلبي أيضاً من نسبته إلى أخبار أصحابنا المتواترة وبصحيح أبي هاشم الجعفرى (١) « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل قد أبق منه مملوكه يجوز أن يعتقه في كفارة الظهار ، قال : لا بأس به ما لم يعرف منه موتاً » والمراد من المعرفة العلم كما هو مقتضى الأصل ، لكن عن الكافي الذي هو أضبط روايته « لا بأس ما علم أنه حي مرزوق » ويمكن أن يريد العلم ولو بالاستصحاب ، فلا مخالفة حينئذ بين النسختين ، وعلى تقديرها فلا ريب في رجحان الأولى بما عرفت .
فما عن الشيخ في الخلاف من تقييد الجواز بالعلم بالحياة إن أراد ما ذكرناه فمرحباً بالوفاق ، وإلا فهو واضح الضعف لما عرفت .

و دعوى معارضة أصالة البقاء بأصالة الشغل واضحة الفساد بمعلومية ورود الأولى على الثانية ، خصوصاً مع ملاحظة جريان أحكام البقاء في نظائره من الموضوعات .

وكذا ما عن المختلف من أنه استوجه الرّجوع فيه إلى الظن ، فيصح عتقه مع ظن حياته ، و يبطل مع ظن وفاته أو اشتباه الحال وإن تبعه في التنقيح ، على أنه لا دليل على اعتبار الظن هنا ، فلا وجه لتخصيص أدلة المنع والجواز مع

عمومها للصورتين .

وأضعف من ذلك كله ما عن بعض الشافعية من أنه لا يصح عتقه في الكفارة مطلقاً لدعوى نقصان الملك الممنوعة على مدعيها ، على أنه ليس في شيء من النصوص اعتبار تمامية الملك كي يكون عنواناً للحكم ، وإنما عبر بها بعض الأصحاب لإرادة البحث عن هذه الأفراد ، وحينئذ فالمقصود كالأبق في الأجزاء لما عرفت ، والله العالم .

﴿ وكذا تجزى المستولدة لتحقيق رقيتها ﴾ سواء مات ولدها أولاً ، بل الإجماع بقسميه عليه في الأول ، وبلا خلاف إلا من الاسكافي في الثاني ، لاطلاق الأدلة المؤيدة بخصوص الخبر (١) عن زين العابدين عليه السلام « أم الولد تجزى في الظهار » المتمم بعدم القول بالفصل ، و امتناع بيعها لا ينافي بقاء الملك الكافي في صحة العتق ، على أنه يصح بيعها في الجملة إجماعاً ، بل قيل : وعتقها تبرعاً ، فما عن قول للعامة من عدم جواز عتقها لنقصان ملكها ولذا لا يجوز بيعها - واضح الفساد ، خصوصاً بعدما عرفت من عدم ذكر التمامية عنواناً للحكم في شيء من الأدلة ، بل مما ذكرنا يظهر لك أيضاً أجزاء عتق الموصى بخدمته على التأييد ، لاطلاق الأدلة أيضاً وإن حكى أن للعامة فيه قولين .

﴿ ولو أعتق نصفين من عبيدين مشتركين ﴾ مثلاً على وجه لاسراية فيه إلى البعضين ﴿ لم يجز ، إذ لا يسمى ذلك ﴾ عتق ﴿ نسمة ﴾ حقيقة ولارقبة ، فلا امتثال ، خلافاً لبعض العامة ، فيجزى ، تنزيلاً للاشخاص منزلة الأشخاص كما في الزكاة ، ولآخر منهم ، فيجزى إن كان الشقص الآخر الباقي حراً وإلا فلا ، لافادة الأول (٢) الاعتاق الاستقلالي والتخلص من الرق ، وهو مقصود من الاعتاق ، والجميع كما ترى لا ينطبق شيء منها على أصولنا ، كما هو واضح .

﴿ ولو أعتق شقصاً من عبد مشترك نفذ العتق في نصيبه ، فإن نوى الكفارة

(١) الوسائل الباب -٢٦- من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٢) هكذا في النسخة الأصلية و انظر زيادة كلمة « الاول » .

وهو موسر أجزاءً إن قلنا : إنه ينعقد بنفس إعتاق الشقص * أو أوقفناه على الدفع على وجه الكشف فدفع ، وفاقاً للمشهور على ما في المسالك ، لصدق إعتاقه الرقبة في الكفارة حينئذ ولو بسبب عتقه الشقص المقتضى للسراية في الباقي على حسب ما نوى به الأول ، والفرض نيّة الكفارة بذلك بل لافرق في الأجزاء على هذا بين أن يقصد العتق لجميع العبد بطريق السراية و بين أن يقصده لنصيبه ، لحصول العتق بالسراية في الحالين ، بناءً على أن معناها اتباع الشارع الباقي على حسب ما وقع عليه الأول .

لكن في المسالك « يحتمل قوياً اشتراط نيّة العتق لجميعه ، لأنّه مأمور باعتاق رقبة بالنيّة ، فلا يكفي نيّة نصيبه وإن تبعه الباقي بحكم الشرع ، فإن ذلك غير كافٍ في صرفه إلى الكفارة » وفيه أنّه مأمور بعتق الرقبة التي لكيفيتها طريقان : أحدهما قصد عتقها أجمع والآخر قصد الشقص المسبب لعتق الجميع ، سواء لاحظ السراية أولاً ، بل هو في الحقيقة نيّة للجميع ، لأنّ قصد السبب قصد لما يترتب عليه .

خلافاً لأبي عليّ في أصل المسألة فلم يجتز بالعتق المزبور ، معللاً له بأن عتق الباقي يقع فهاً ، فيلزم بالقيمة ، ولا يجزىء عن الكفارة وإن قصدها ، وهو كما ترى ، خصوصاً مع قصده عتق الجميع ، والفهرية المزبورة لاتنافى كونها مختارة له مع قصد سببها ، بل قد عرفت أن مقتضى السراية والتبعية كون الباقي على حكم الأول شرعاً وإن لم يقصده ، فتأمل .

* وإن قلنا * : إنه * لا ينعقد إلا بأداء قيمة حصّة الشريك * على وجه يكون ذلك تمام السبب * فهل يجزىء عند أدائها ؟ قيل : نعم ، لتحقق عتق الرقبة * وإن توقف على الأداء في البعض .

ولكن في المتن * و * تبعه عليه غير * فيه تردد ، منشأ * مما عرفت ومن * تحقق عتق الشقص أخيراً بسبب بذل العوض لا بالاعتاق * وفيه أن بذل العوض كان متمماً للسبب الذي وقع باختياره مقصوداً به عن الكفارة ، فهو في الحقيقة

قد أعتق الكل عنها وإن كان قد تم العتق في البعض ، وفي الآخر حين الدفع ، وربما يقارنه لو فرض كون الأداء بجعل ماله في ذمته عوضاً عن ذلك .

بل لعل الأقوى عدم الاحتياج إلى تجديد النية عند الأداء كما عن المبسوط ، لأنها اقترنت بالعتق الذي كان حصوله على ترتب وتدرج ، وليس هو عتقاً جديداً حاصلًا بالأداء ، فما في المسالك - من احتمال التجديد لتقترن النية بعتق نصيب الشريك كما اقترنت بعتق نصيبه - واضح الضعف ثم قال : « ولو نوى في الحال صرف العتق في نصيبه إلى الكفارة ونوى عند أداء القيمة صرف العتق في نصيب الشريك إليها أجزاً أيضاً ، لاقتران النية بحالة حصول العتق ، ولا يخفى عليك ما فيه من الخفاء ، هذا كله إذا كان موسراً يسري عتقه .

﴿و﴾ أما ﴿لو كان معسراً﴾ ففي المتن وغيره ﴿صح العتق في نصيبه، ولا يجزىء عن الكفارة﴾ لكونه شقاً لا رقبة ﴿وإن أيسر بعد ذلك﴾ لأنه لا يوجب السراية ﴿لاستقرار الرق في نصيب الشريك﴾ لكن قد يشكل أصل صحة العتق مع فرض كون المقصود له العتق عنها ، فمع فرض عدم الصحة فيها يبطل العتق ، لأنه يصح وليس كفارة ، لقاعدة ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد ، كما أنه يشكل ما فيه ﴿و﴾ في غيره أيضاً من أنه ﴿لوملك النصيب فنوى إعاقته عن الكفارة صح﴾ وإن تفرق ﴿العتق﴾ لتحقق عتق الرقبة ﴿ولو بدفعتين﴾ ، إذ لا دليل على وجوب تحصيله دفعة بالشك في حصول الأمور به الحاصل من الإطلاق فتبقى أصالة الشغل سليمة ، بل مؤيدة باستبعاد بقاء النفوذ عن الكفارة موقوفاً .

هذا وفي المسالك «واعلم أنه يفترق بين هذه المسألة وبين السابقة - على القول بإجزاء العتق بالسراية عن الكفارة ، مع أن إعاقته لنصفي العبدین أبلغ من عتق النصف في الواحد ، وقد حكم بإجزائه - بأن من شرط الأجزاء أن ينوي عتق الجميع عن الكفارة كما بيناه ، أو ينوي عتق نصيبه ويطلق ليسرى العتق إلى الباقي ، ويتبع ما نواه على الوجه الآخر ، والأمران منتفیان في السابقة ، فانه بنيته عتق النصفين

من الاثنين عن كفارة واحدة قد صرح بعد إرادة عتق الباقي من العبد الواحد عن الكفارة على تقدير السراية ، ونية العدم صرفت الشقص الخارج عن عتقه للكفارة ، فلم يقع مجزئاً عنها لذلك ، ولو كان قد نوى عتق الشقصين عن كفارتين جاءت المسألة الثانية بأسرها وصح عتقهما عن الكفارة ، وسرى إليهما على ما فصل .

وفيه أنه لا حاجة إلى فرض المسألة الأولى في عتق النصف الموجب للسراية حتى يحتاج إلى هذا التكلف الذي يمكن المناقشة فيه أيضاً ، بل يمكن فرضه في المبعوض وغيره الذي لا سراية فيه لمانع من موانعها ، كما هو واضح .
ولو أعتق بعض عبده عن الكفارة سرى في الجميع وأجزأه عنها ، بل هو أولى مما تقدم سواء قصد السراية أو لا .

﴿ ولو أعتق المرهون لم يصح ما لم يجز المرتهن ﴾ لما عرفته مفصلاً في كتاب الرهن (١) من العجز على الراهن والمرتهن في التصرفات ، بل هو كالمفروغ منه هناك ولا دليل على استثناء العتق .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ قال الشيخ : يصح مطلقاً ﴾ مع الإجازة وبدونها ﴿ إن كان موسراً ، ويكلف أداء المال إن كان حالاً ، أو رهناً بدله إن كان مؤجلاً ﴾ لغلبة العتق على حق الرهانة المجهور بما عرفت ، إلا أنه كما نرى ، على أنه كان عليه إيقافه على الفك أو الإبدال اللذين يمكن تعذرهما منه لا الاجتزاء بمجرّد تكليفه ، ولذا قال المصنف : ﴿ وهو بعيد ﴾ .

وأضعف منه ما عن بعض العامة من الإجزاء مطلقاً ، وما أبعد ما بينه وبين القول بالبطالان حتى لو أجاز المرتهن بعد العتق الذي لا يبقى موقوفاً ، والتزام الكشف منافي لما دل على منع حق الرهانة التي لا ريب في تحققها قبل الإجازة التي لا تصلح لرفعها فيما مضى من الزمان ، وقد تقدم تحقيق ذلك كله في كتاب الرهن (٢) فلاحظ وتأمل ، فإنه قد ذكرنا هناك قوة احتمال قيام الفك مقام الأذن .

(١) راجع ج ٢٥ ص ١٩٥ الى ٢٠٧ .

(٢) راجع ج ٢٥ ص ١٩٩ الى ٢٠٦ .

﴿ ولو قتل عمداً فأعتقه في الكفارة فللشيخ ﴾ فيه ﴿ قولان ﴾ : (أحدهما) في محكي الخلاف ، فمنع من صحته في العمد ، وأجازه في الخطأ ، واحتج عليه بالاجماع ، بل قال : « لأنه لا خلاف بينهم أنه إذا كانت جنايته عمداً أنه ينتقل ملكه إلى المجنى عليه ، وإن كان خطأً فدية ما جناه على مولاه ، لأنه عاقلته ، و(ثانيهما) في محكي المبسوط عكس ذلك ، قال : « الذي يقتضيه مذهبنا أنه إذا كان عامداً نفذ العتق ، لأن القود لا يبطل بكونه حراً ، وإن كان خطأً لا ينفذ ، لأنه يتعلق برقبته والسيد بالخيار بين أن يفديه أو يسلمه » .

﴿ والأشبه ﴾ عند المصنف ﴿ المنع ﴾ في الأول لما سمعته من الاجماع المحكي ، ولأن الخيار فيه إلى أولياء المقتول إن شأوا قتلوه وإن شأوا استرقوه ، وصحة عتقه يستلزم بطلان ذلك .

ثم قال : ﴿ وإن قتل خطأً قال في المبسوط : لم يجز عتقه ، لتعلق حق المجنى عليه برقبته ، وفي النهاية : يصح ويضمن السيد دية المقتول ، وهو حسن ﴾ لما سمعته من الاجماع أيضاً ، ولأن الخيار إلى المولى إن شاء افتكه وإن شاء دفعه إلى أولياء المقتول ، فإذا أعتقه قد اختار الانفكاك ، لكن في المسالك « هذا يتم مع يساره ، فلو كان معسراً لم ينفذ عتقه ، لتضرر أولياء المقتول به وإسقاط حقهم منه » إلى آخره .

و كيف كان فحاصل ما ذكره المصنف اختيار ما سمعته من الشيخ في الخلاف ، ولعله إليه يرجع ما عن ابن إدريس في الخطأ من جوازه مع ضمان المولى قال : « لأنه قد تعلق برقبة العبد الجاني حق الغير ، فلا يجوز إبطاله ، بل وما في القواعد « ويجزى الجاني خطأً إن نهض مولاه بالفداء وإلا فلا ، ولا يصح عتق الجاني عمداً إلاً باذن الولي » ، وفي التحرير « ولو قتل عمداً فأعتقه في الكفارة فللشيخ فيه قولان ، أقواهما عدم الجواز ، وكذا القول في الخطأ ، والأقرب الإجزاء ، ويضمن المولى الدية ، ولو عفى الولي صح عتقه في الموضعين ، ولا بد من تجديد العتق في العمد لو سبق

على ما اخترناه ، وفي المسالك « الأقوى صحته مع الخطأ والعمد مرأى بفكه له في الخطأ و اختيار أولياء المقتول الفداء في العمد وبذله له أو عفوهم عن الجناية ، وكأنه أخذه ممّا في الدّ روس قال : « الثالث سلامتها من تعلق حق آخر ، ففي الجاني عمداً أو خطأ قولان أقربهما المراعاة بالخروج عن عهدة الجناية » .

قلت : كان الوجه في ذلك هو معلومية تعلق حق المبحني عليه في رقبة العبد ، لكن لادليل على مانعية الحق المزبور لتصرف المالك الذي هو مقتضى العمومات ، فهو حينئذ كتصرف الوارث في تركة الميت التي تعلق بها حق الدين ، ولا يقاس هذا الحق على حق الرّهانة الموقوف على الإذن لدليله الخاص ، نعم لا بد من مراعاة حكم الحق المتعلق على وجه لا يضر أداء الحق ، فينتقل المال عن المتصرف متعلقاً به الحق ، فمع فرض أداء المتصرف الحق إلى أهله يخلص المال عن تسلط ذي الحق المتعلق به ، وإلا تسلط صاحب الحق على فسخ التصرف الواقع منه مقدّمة لتحصيل حقه .

إلا أنه لا يخفى عليك صحة جريان هذا الكلام في مثل البيع ونحوه القابل للأمر المزبور ، أما مثل العتق فيشكل جواز فسخه بأنه مبني على التغليب وأنه متى صار حراً لم يعد إلى الرّقبة ، إذ ليس المقام من باب الكشف الذي لا ينافي ذلك ، بل هو من فسخ التصرف الذي ترتب عليه أثره بعمومانه وإن بقي الحق متعلقاً بالعين التي كانت مورداً للتصرف المزبور ، والفسخ لذى الحق حيث يحصل يكون من حينه ، لما عرفت من عدم الدليل على منع التعلق المزبور أصل صحة التصرف وقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » ، إنما تقتضي عدم لزوم التصرف المزبور ، لا أصل صحته ، نعم لما كان أدلة العتق تنافي ذلك لم يتم الأمر إلا في المنع من أصل التصرف ، واحتمال التزام الكشف فيه مما لا تساعد عليه الأدلة ، وربما أشار إليه الفاضل في التحرير في صورة العمد ، فلاحظ وتأمل .

بل الظاهر أن مراد القائل بالمراعاة هو الصحة حقيقة على حسب الصحة في البيع لا الكشفية ، وحينئذ يرد عليه ما سمعت من عدم عود الحر رقياً إلا بدليل

خاص وليس ، فالمتبجحه حينئذ عدم الصلحة مطلقا .

وكأنه هو الذي فهمه الصيمرى من الفاضل بل وغيره قال : « وفي القواعد أجاز العتق إن كانت خطأ بشرطين ، إما دفع الدية قبل العتق أو الضمان ويرضى الولي بالضمان ، لا بد ونهما ، وهو يدل على جواز العتق في العمد والخطأ معاً ، لأن مع حصول أحد الشرطين لا كلام في صحة العتق ، لزوال تعلق الجناية برقبته ، أما مع أداء المال فظاهر ، وأما مع الضمان فأنه مع رضا الولي ناقل للأرض من رقبة العبد إلى ذمة المولى ، فلا كلام في جواز العتق بعد أحد هذين الشرطين ، وهذا هو المعتمد ، أما عدم جوازه في العمد لأنه يؤدي إلى إسقاط حق المجنى عليه ، لأنه مخير بين قتله وبيعه واسترقاقه ، والعتق يمنع من البيع والاسترقاق ، وكل تصرف يمنع حق الغير فهو باطل ، وأما عدم جوازه في الخطأ فلأن الجناية متعلقة برقبته ، ومع عدم افتكك المولى فهو مخير بين البيع والاسترقاق ، والعتق يمنع من ذلك ، فيكون باطلاً وهو مذهب الدررسي ، لأنه قال : ففي الجاني عمداً أو خطأ قولان ، أقر بهما المراعاة بالخروج من عهدة الجناية ، ولا يخرج من عهدة الجناية إلا بأحد الشرطين . »

قلت : هو صريح في المختار ، وإن كان دعواه - أن الشهيد على ذلك - لا تخلو من نظر ، لأنه كالصريح في الصلحة فعلاً مع المراعاة المتأخرة لا السابقة ، وأما ما ذكره عن الفاضل فقد أشار إلى عبارته في العتق ، قال : « وهل يصح عتق الجاني ؟ الأقرب ذلك إن كانت خطأ وأدى المال أو ضمنه مع رضاه وإلا فلا » بل في الإيضاح الإجماع على الصلحة حينئذ ، بل هو قد اختار ذلك فيه وفي العمد ، وهو صريح في المختار أيضاً ، لكن ينبغي أن يراد بالضمان الدخول في العهدة ولو بالصلح ونحوه على وجه تخلو رقبة العبد من الحق ، وفي كشف اللثام هناك « الأقوى البطالان - مع انتفاء الشرطين - لتعلق حق الغير بالرقبة ، ولأن الصيغة لا تؤثر حين الإيقاع ، فبعده أولى ، نعم إن لم تستوعب الجناية الرقبة كان المعتق أحد الشريكين . »

وحينئذ يكسر القائل بالمختار الذي قد عرفت أنه الموافق للضوابط الشرعية في خصوص العتق الذي لا يوقف ولا يفسخ مع عدم الدليل على الكشف هنا ، بل هو عند التأمل ساقط ، نعم في خبر جابر (١) عن الباقر عليه السلام قال : « قضى أمير المؤمنين عليه السلام في عبد قتل حرّاً خطأً فلماً قتلته أعتقه مولاة ، قال : فأجاز عتقه وضمنه الدية ، فان صحت الرواية أو انجبرت كان العمل بها وإلا أطرحت أو أوتت بسبق الضمان وإن كان بعيداً .

هذا وفي التحرير « ولو أعتق المرتد بعد رجوعه إلى الاسلام فان كان عن غير فطرة أجزأ ، وإن كان عن فطرة فالوجه عدم الاجزاء ، وكذا لو أعتق من وجب عليه القتل حداً مع التوبة - إلى أن قال - وكذا لا يجزىء ، لو جنى ما يجب العتق بالقصاص منه ، كالعنين ، ويجزىء لو جنى غير ذلك ، ولو جنى دون النفس على عبد عمداً فالوجه الاجزاء ولو تعذر القصاص ، ويضمن المولى حينئذ .

وفيه أن وجوب القتل عليه حداً لا يخرج عن الملكية ، ولا عتقه ينافي إقامة الحد عليه ، كما أن القصاص المقنضي لانعاقه لا ينافي ذلك أيضاً ، فمقتضى إطلاق الأدلة وعمومها الصحة حتى في الأخير ، لعدم تحقق الانعتاق حينئذ قبله ، نعم فيه الكلام الذي سمعته في الجاني عمداً من حيث تعلّق الجنابة لا من حيث الانعتاق ، لكن في الدروس « ولا يجزىء المنذور عتقه أو الصدقة به وإن كان النذر معلقاً بشرط لم يحصل بعد على الأقوى ، ولعله كذلك .

﴿ ولو أعتق عنه معتق بمسأله صح ﴾ للسائل ، لأنه حينئذ يكون كالوكيل والنائب عنه ، إذ من المعلوم قبول مثله للنياية ، فيندرج في إطلاق الأمر بتحرير الرقبة (٢) بعد فرض دخوله في ملكه وإن اختلف في وقته ، كما ستعرف بعد الاتفاق - كما في المتن - على إجزائه .

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ديّات النفس الحديث ١ من كتاب الديّات .

(٢) سورة النساء : ٣ - الآية ٩٢ .

لكن قد يناقش بالمنع من دخوله في ملكه بمجرد ذلك ، لأنه ليس من الأسباب الشرعية لذلك ، ومن هنا كان المحكى عن ابن إدريس صحته عن المعتمد ، لأنه ملكه ، ولاعتق إلا في ملك ، وفيه أنه كالاتجاه في مقابلة النص بعد الإجماع المحقق على الصحة عن السائل .

نعم قد يقال : إنها أعم من الدخول في الملك وإن كان الخبر (١) لا يعتق إلا في ملك ، إلا أنه يجب تخصيصه بالصورة المزبورة للإجماع المزبور ، فلا داعي إلى دعوى الدخول في الملك كما يقال متى دخل وبأشئ سبب دخل ، ولكن في الإيضاح عن المبسوط في كتاب الطهارة وأنه نص على انتقاله للأمر - ثم قال - : ولا خلاف فيه ، لقوله عنه (٢) لاعتق إلا في ملك .

ألهم إلا أن يمنع ذلك عليه ، ويقال : إن مراد الشيخ بانتقاله للأمر صيرورة العتق له ، لا انتقال ملكية العبد له ، أو يقال : إن الوجه في دخوله في ملكه هو أنه لما أمره بما لا يصح منه إلا بعد ملكه له كان كالوكيل عنه في ذلك ، ضرورة كون الإذن في الشيء إذناً في لوازمه ، فيكفي حينئذ في إدخاله في ملكه عتقه العبد بعنوان أنه له ، إذ هو موجب قابل للتملك موقع للعتق ، نحو قول القائل مثلاً : « اشتر لي عبداً بكذا منك » ومن المعلوم أن المثل لا يكون إلا لمن له الثمن ، فإذا اشتراه بعين ماله بعنوان أنه للأمر دخل الثمن في ملكه بالشراء بعنوان أنه له ، فيكون موجباً قابلاً بالنسبة إلى ذلك ، وهذا باب واسع في الفقه كثير النظائر ، ومنه ما نحن فيه ، فانه إذا قال له : « أعتق عبدك - مثلاً - عني » والمفروض أنه لاعتق إلا في ملك كان أمراً له بإدخاله في ملكه ، فمع إعتاقه بعنوان أنه له كان ذلك إيجاباً وقبولاً بالنسبة إلى التملك ، وإيقاعاً بالنسبة إلى الحرية ، ولاتنافي بينهما ، وكان هذا هو السبب في إجماعهم في المقام على الصحة .

نعم يبقى الاشكال في قول المصنف رحمته (و) غيره : رحمته لم يكن له رحمته أى المعتمد

(١) (٢) الوسائل الباب ١٢ - من أبواب مقدمات الطلاق والباب ٥ - من كتاب

العتق مع الاختلاف في اللفظ .

﴿ عوض ﴾ عن عبده الذي أعتقه بأمره ، لعدم الشرط وإن كان هو مقتضى أصل البراءة وغيره ، لأنه قد أُلْفَ ماله بأمره ، في مصلحته ، بل هو أولى من الحكم بالضمان الذي قد عرفت الحال فيه فيما لو قال : « أدِّيني » ، فأداه عنه ، ضرورة عدم اعتبار ملكية المدفوع عنه في وفاء الدين بخلاف العتق ، فالمتبعة الضمان خصوصاً مع نيّة المأمور ذلك ، إذ لا يكون ذلك إلاّ على جهة القرض ، لأن المفروض كونه وكيلاً عنه بأمره .

بل ذكرنا هناك أن قاعدة احترام مال المسلم تقتضي ذلك أيضاً ، فإن مباشرة المأمور لعتقه بعد فرض كونه وكيلاً عنه تكون كمباشرة نفسه ، فيكون قد أُلْفَ ماله الغير ، فهو له ضامن ، وإن كان باذنه إن لم يكن على وجه المجانية ، فلاحظ ما تقدم سابقاً وتأمل . هذا كله مع عدم الشرط .

﴿ فإن شرط عوضاً كأن يقول ﴾ له ﴿ أعتق ﴾ عبدك عني ﴾ و عليّ عشرة مثلاً صحّ ولزمه العوض ﴾ بلاخلاف ولا إشكال ، ويكون من قبيل قرض العبد بقيمة معينة ، وليس من قسم البيع مع فرض عدم قصده لهما .

﴿ ولو تبرّع بالعتق عنه ﴾ متبرّع من غير مسألة ﴾ قال الشيخ ﴾ في محكي الخلاف : ﴿ نفذ العتق عن المعتق ﴾ تغليبا للحريّة ، ولو قوع صيغة صحيحة من صحيح العبارة ﴾ دون من أعتق عنه ﴾ لا شرائط العتق بالملك ، ولا يدخل في ملكه من دون اختياره ، فلا يقع العتق عنه ﴾ سواء كان المعتق عنه حياً أو ميتاً ﴾ .

﴿ ولو أعتق الوارث عن الميت من ماله لامن مال الميت قال ﴾ أي ﴾ الشيخ : يصح ﴾ ، لأنه كما في الإيضاح « قائم مقام المورث في كثير من الأحكام ، فإن الوارث يملك لما كان ملكاً للمورث ، ويقبل قوله فيما كان يقبل قوله فيه ، كالإقرار المجهول ، وتعيين المطلقة ، والمعتق تعييناً إنشائياً . و القول قوله في الكاشف مع اليمين وعدمه ، وعليه قضاء ما عليه من صلاة أو صوم ، على أن الوارث إذا أدى من التركة فهو منه في

الحقيقة ، لأنه يملكها بالموت ، وإذا صحّ من أحد ما ليه صحّ من الآخر - ثم قال - : وقال شيخنا ابن سعيد في شرائعه : ﴿ والوجه التسوية بين الأجنبي والوارث في المنع والجواز ﴾ وضعفه ظاهر بما ذكرناه .

قلت : كأن الذي دعاه إلى ذلك حسن ظنه بأبيه ، حيث قال في القواعد بعد أن ذكر عن الشيخ الفرق بين الوارث وغيره : « ولعلّ بينهما فرقاً » وإلا فلا نصاب أن جميع ما ذكره لا دخل له في إثبات المطلوب ، إذ هو بعد الاغضاء عن صحة بعض ما ذكره للوارث لا دخل له فيما نحن فيه من عدم الفرق بينه وبين الأجنبي في مفروض المسألة ، وإن كان فرق بينه وبينه في أمور آخر قد جاءت بدليل خاص ، كأصل إرثه منه دون الأجنبي كما هو واضح ومن هنا أنكر عليه ذلك بعض من تأخّر عنه ، واستوجه التساوى بينهما .

لكن في المسالك « الوجه الأجزاء عن الميت مطلقاً ، وفي وقوعه عن الحي نظر وإن كان الوقوع لا يخلو من قوة » وفي حاشية الكركي اختيار الأجزاء عن الميت مطلقاً دون الحي قال : « فإنّ الفرض أن الأجنبي نوى العتق عن ذى الكفارة ، فيقع منه ، لمعوم « لكل امرئ ما نوى » (١) ولا نجد ما نفعاً سواء كونه أجنبياً ، ولا دخل له في المانعية ، إذ عدم القرابة لا ينافي قضاء الدين عن الميت تبرعاً عبادة كان أو غيرها ، ويكفي في التمسك بانتفاء المانعية عدم تحققها ، تمسكاً بالأصل ، أما الحي فلا يجزى عنه مطلقاً إلاّ بآذنه ، إذ لا يؤدّي عنه دين إلاّ بفعله ولو نيابة فيما تدخل فيه النيابة ، هذا هو الذى ساق إليه الدليل .

وفي الجميع ما لا يخفى ، إذا المانع في المقام اعتبار الملك فيمن يكون العتق له ، ولا طريق إلى إدخاله في ملك الميت أو الحي قهراً ، وما في غاية المراد والمسالك - من أن توقف العتق على الملك يندفع بالملك الضمّني ، كما قيل به مع السؤال - يدفعه وضوح الفرق بين السؤال وعدمه بالنسبة إلى قابلية الدخول في الملك باختياره وعدمه ، ومن الغريب ما سمعته من الكركي من عدم أجزاء التبرع في

وفاء دين الحي .

فالأقوى عدم الفرق بينهما في البطلان هنا لولا حسن بريد (١) سأل
الباقر عليه السلام « عن رجل كان عليه عتق رقبة فمات من قبل أن يعتق ، فانطلق ابنه
فابتاع رجلاً من كسبه ، فأعتقه عن أبيه ، وأن المعتق أصاب مالا ثم مات وتركه ،
لمن يكون ميراثه ؟ فقال : إن كانت الرقبة التي كانت على أبيه في ظهار أو شكر أو واجبة
عليه فإن المعتق سائبة لا لولاء لأحد عليه ، قال : وإن كانت الرقبة على أبيه تبرعاً
وقد كان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمة فإن ولاء العتق ميراث لجميع ولد الميت من
الرجال ، قال : ويكون الذي اشتراه فأعتقه كواحد من الورثة إذا لم يكن للمعتق
قربة من المسلمين أحرار يرثونه ، وإن كان ابنه الذي اشترى الرقبة فأعتقها
عن أبيه من ماله بعد موت أبيه تطوعاً من غير أن يكون أمره بذلك فإن
ولاؤه وميراثه للذي اشتراه من ماله فأعتقه إذا لم يكن للمعتق وارث من قرابته .
و لعله لهذا الحسن المزبور فصل الشيخ بين الوارث وغيره ، ولو كان لكان
المتجه التسوية في عدم الأجزاء عن الميت الذي لا يدخل في ملكه ، بل لعل المتجه
بطلان العتق من أصله ، لقاعدة ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد ، كما عرفت
سابقاً .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ إذا قال : « أعتق عبدك عني » فقال : « أعتقت منك » ،
فقد وقع الاتفاق ﴾ كما حكاه غير واحد ﴿ على الأجزاء ﴾ وإن كان قد سمعت
الخلاف فيه من ابن إدريس ، كما أثبت قد سمعت نفي الخلاف من الشيخ عن الدخول
في الملك ﴾ و ﴿ إن كان فيه مافيه أيضاً ﴾ لكن ﴿ وقع الخلاف في أنه ﴾ متى
ينتقل إلى الأمر ؟ قال الشيخ : ينتقل بعد قول المعتق : « أعتقت منك » ثم ينتقل
بعده ﴾ إذ اقتضاء العلة الواحدة الشيئين بالترتيب بينهما ممكن ثابت ، وأشكله
الكر كي فيما إذا كان أحدهما شرطاً لتأثير السبب في العقود والايقاعات ، فإن عدم

ترتب أثر السبب عليه دليل فساد ، ويمتنع الحكم بصحته بعد فساد آناً .
ولعله لذا قال المصنف : ﴿ وهو تحكم ﴾ إذ لا دليل على تعيين ذلك من بين
المحتملات ، بل فيه أنه يستلزم تأخر العتق عن الاعتاق بقدر ما يتوسطهما الملك
وإن اعتذر عنه بأن تأخير العتق عن الاعتاق بسبب أنه إعتاق عن الغير ، ومثله واقع
في قوله : « أعتقت عبدي عنك بكذا » فإن عتقه يتوقف على قبول المعتق عنه ،
ويلزم منه تأخر العتق عن الاعتاق ، ولكن لا يخفى عليك وضوح الفرق بين
المثاليين .

و من هنا قيل كما عن المفيد والملازمة والفخر أنه يحصل الملك بشروعه في
لفظ الاعتاق ، ويعتق إذا تم اللفظ لمجموع الصيغة ، فالجزء علة للملك ، وهو ملك
الأمر والكل سبب لزوال ملكه عنه بالاعتاق ، وفيه أنه يستلزم صيرورته ملكاً للأمر
قبل تمام الصيغة ، فلو فرض ترك إكمالها خرج عن ملكه ولم يقع العتق .
وقيل : إنه يحصل الملك للمستدعي بالاستدعاء ويعتق عليه إذا تلفظ المالك
بالاعتاق ، وفيه ما عرفت وزيادة .

وقيل : إنه يحصل الملك والعتق معاً عند تمام الاعتاق ، وأورد عليه
في المسالك بأنه وإن كان فيه سلامة من المحذور السابق ، إلا أن اشتراط
وقوع العتق في ملك يقتضي تقديم الملك على العتق فلا يتم وقوعهما في وقت واحد
عند تمام لفظ العتق .

و فيه أنه يمكن الاكتفاء بالتقدم الذاتي الحاصل فيما بين العلة والمعلول .
نحو ما قلناه في شراء من يمتع عليه ، ونحو ما يقال فيما لو قال : « أنت وكيلي
على بيع داري » مثلاً ، فيقبل الوكالة بأن باع مثلاً ، فإن البيع حينئذ كاشف عن
قبول الوكالة ، وهو إيجاب للبيع ، وقد حصل في زمان واحد ، لكنهما مترتبان طبعاً ،
ونظائره في ذلك كثيرة .

بل قد يقال : إنه يكفي في الصحة اتحاد زمانهما لصدق كون العتق في ملك ،
إذ ليس معناه اعتبار سبق الملك على العتق زماناً .

وبالجملة فالظاهر أن اتفاق الأصحاب على المسألة في المقام ليس إلا لما ذكرناه الذي قد عرفت جريانه في نظائر المسألة ، وإلا لم نقف لهم على دليل خاص ،
وحينئذ فان رجع ذلك إلى أحد الأقوال الخمسة فمرحبا بالوفاق ، وإلا كان قولاً
سادساً ، وهو أقواها ، والتملك المزبور إن شئت جعلته من القرض بعوض ، أو من
التمليك به ، نحو الهبة المعوضة ، أو من التملك المجاني حيث لا يكون عوضاً أو
نحو ذلك ، فانه بعد أن صار وكيلاً عنه بأمره له وسؤاله إتياء صار موجباً قابلاً إذا
كان الموكل فيه متوقفاً على إدخال في ملك مثلاً ، إذ التوكيل في شيء توكل
في لوازمه ، ونحوه ما لوقال له : « اشتر لي كذا بثمن منك » أو « زوني فلانة بمهر
منك » فان المهر والثمن يدخلان في ملك الموكل بفعل ما وكل فيه على الوجه الذي
وكله عليه ، وهذا الأمر جار في كثير من الأبواب ، وفروغ من صحته ، بل هو نحو ما
لو قال المالك : « أعتق عبدي عن كفارتك بكذا » مثلاً فأعتقه ، فانه يدخل في
ملكه بذلك بعد تقدم الكلام المزبور من المالك الذي صار كالايجاب لو فرض
وقوع العتق مقارناً له ، وإلا كان توكيلاً له في تملك العبد متى شاء بالثمن
المزبور .

ومن ذلك يعرف النظر في كثير من الكلمات في المقام ، بل يظهر النظر فيما
ذكره الفخر من تخصيص صحة المسألة فيما لو وقعت على جهة الفورية دون التراخي
بناءً منه على أن مفروض المسألة من الايجاب والقبول المعتبر فيهما ذلك ، ولم
يتفطن إلى التوكيل الذي لا يعتبر فيه ذلك ، ومن هنا كان ظاهر المصنف وغيره
الاطلاق في فرضها ، فلاحظ وتأمل .

وقيل : إنه يحصل بالأمر المقترن بصيغة العتق ، فيكون تمام الصيغة كاشفاً عن
سبق الملك عليها ، وعدم إيقاعها بعد الاستدعاء أو قطعها أو وقوع خلل فيها دال على
عدم حصول الملك بالأمر ، لعدم حصول ما يعتبر في صحته ، وهو اقترانه بالأمر
بالعتق ، وأورد عليه في المسالك بأن الاقتران المذكور يكون شرطاً في سبق الملك ،

ولا يتحقق الاقتران إلا بتمام صيغة العتق، فيلزم تأخر الملك عن الاعتاق وإلا لتأخر الشرط عن المشروط.

قال: ﴿و﴾ لأجل هذه الإشكالات ونحوها قال المصنف ونعم ما قال: إن الوجه الاقتصار على النمرة، وهي صحة العتق ﴿عن الأمر﴾ وبرائة ذمته ﴿من الكفارة﴾، ﴿و﴾ لا يجب البحث عن وقت انتقال الملك إليه، فإن ﴿ما عدا﴾ ما ذكره تخمين لا يرجع إلى دليل صالح.

قلت: لكن قد عرفت تحقيق الحال على وجه لا يأتي فيه شيء من وجوه الاشكال، بل قد عرفت عدم اختصاص المقام، بل هو جارٍ فيه وفي نظائره وإن كان ما ذكره المصنف فيه استراحة عن تحليل المسألة.

قال: ﴿ومثله ما إذا قال له: كل هذا الطعام﴾ فقد اختلفوا أيضاً في الوقت الذي يملكه الأكل هل هو بتناوله في يده أو بوضعه في فيه أو بازدراد اللقمة بعد الاتفاق على عدم ملكه بوضعه بين يديه؟ وفرعوا على ذلك جواز إطعامه لغيره على الأول دون غيره من الأقوال، لكن لا يخفى عليك أنه لا داعي هنا إلى اعتبار الملك، إذ الإباحة تكفي في الجواز إلى آخر أمره.

ومن هنا قال المصنف: ﴿والوجه عندي أنه يكون إباحه للتناول، ولا ينتقل إلى ملك الأكل﴾ وتبعه غيره عليه، لأنه ليس كالعتق يعتبر فيه الملك لمن يكون العتق له، قالوا: وحينئذ فلو نبت من غائطه شجرة مثلاً كان ملكاً للمقدم دون الأكل وإن كان قد يناقش بخروجه عن المملوكية إذا صار غائطاً.

هذا وفي كشف اللثام أنه يمكن القول بمثله في مسألة الاعتاق أيضاً، فإن النص (١) والاجماع إنما هما على أن الاعتاق إنما يكون في ملك، ويكفي في صدقه هنا ملك المبتعق، ولا محذور في أجزاء الاعتاق عن غير المالك.

قلت: هو كذلك، إلا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على إرادة اعتبار الملك ممن يكون العتق له إلا ما خرج بالدليل، كعتق الوارث عن الميت

للخبير (١) الذي سمعته .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يشترط في الاعتاق شروط : ﴾

﴿ الاول : ﴾

﴿ النية ﴾ بمعنى القصد إلى فعله بعنوان أنه للكفارة ، وذلك ﴿ لا نه ﴾ أى الاعتاق ﴿ عبادة تحتمل وجوهاً ، فلا يختص بأحدها إلا بالنية ، ولا بد ﴾ مع ذلك ﴿ من نية القربة ﴾ المعتبرة في كل عبادة كفارة وغيرها بالأدلة المذكورة في محلها على ذلك ، كباقي مباحث النية من اعتبار نية الوجه وعدمه فيه أيضاً وغيره من المباحث ، بل وقد ذكرنا هناك الفرق بين العبادة وغيرها .

لكن في غاية المرام للصيغرى هنا « يشترط في التكفير النية المشتملة على الوجه والقربة والتكفير ، فلو نوى الوجه والقربة ولم ينو عن الكفارة لم يجز ، وهذه الشروط مجمع عليها ، وإن كان فيه ما فيه ، ضرورة عدم الفرق بين المقام وغيره في اعتبار الوجه وعدمه الذى قد عرفت البحث والخلاف فيه في محله .

إنما الكلام هنا في قول المصنف : ﴿ فلا يصح العتق من الكافر ذمياً كان أو حريراً أو مرتدّاً لتعذر نية القربة في حقه ﴾ فانه قد أطنب في المسالك في إشكاله بالمنع من تعذر نية إيقاع الكافر الفعل طلباً للتقرب إلى الله سبحانه وتعالى سواء حصل ما نواه أو لا إذا كان كفره بانكار النبي ﷺ ونحوه مما لا ينافي الاعتراف بالله تعالى ، وإن كان المراد تعذر الإيقاع منه على وجه يستحق الثواب طال البناء بالدليل على اشتراط مثل ذلك ، وعارضناه بعبادة المخالف من المسلمين وعتقه ، فانه لا يستتبع الثواب عنده مع صحة عتقه عنده ، قال : « وفي صحة عباداته غيره (٢) بحث قرر في

(١) الوسائل الباب ٤٠ - من كتاب العتق الحديث ٢ .

(٢) هكذا في النسختين المخطوطتين وفي المسالك « وفي صحة عبادات غيره » .

محله ، وبالجمله فكلامهم في هذا الباب مختلف غير منقح ، لأنهم تارة يحكمون ببطلان عبادة الكافر مطلقاً استناداً إلى تعذر نيّة القربة منه ، ومقتضى ذلك إرادة المعنى الثاني ، لأن ذلك هو المتعذر منه لا الأوّل ، وتارة يجوزون منه بعض العبادات كالعتق وسيأتي تجويز جماعة من الأصحاب له منه مع اشتراط القربة فيه ، نظراً إلى ما ذكرناه من الوجوه في الأوّل ، وقد وقع الخلاف بينهم في وقفه وصدقته وعتقه المتبرّع به ونحو ذلك من التصرفات المالية المعتبر فيها القربة ، واتفقوا على عدم صحّة العبادات البدنيّة منه نظراً إلى أن المال يراعى فيه جانب المدفوع إليه ولو بفك الرقبة عن الرّق ، فيرجح فيه جانب الغرامات ، بخلاف العبادات البدنيّة ، ومن ثم ذهب بعض العامة إلى عدم اشتراط النيّة في العتق والاطعام واعتبرها في الصّيام إلا أن هذا الاعتبار غير منضبط عند الأصحاب كما أشرنا إليه وسيأتي له في العتق زيادة بحث إنشاء الله .

وأورد عليه في الرّياض بأن فيه - مضافاً إلى ما دلّ على شرطيّة الايمان وعدم صحّة عبادة المخالف الذي هو أولى من الكافر من الاجماع والنصوص (١) - أنه لا تنافي منه نيّة القربة التي هي قصد الامتثال وموافقة الأمر ، لعدم اعتقاده بموجب الكفارة ، إذ هو إما منكر للبارئ تعالى كالدّهريّة ونحوهم أو جاحد للنبي ﷺ المبيّن لذلك الأمر به عنه سبحانه ، فإذا صام بعد الظّهار مثلاً لا يمكنه قصد الامتثال بذلك والعزم على أن الصّيام كفارة لما وقع منه ، فانه لا يعتقد تحقق الحرمة بالموجب فضلاً عن كون الصّيام مكفراً لها ، بل يجعلهما حراماً وبدعة بقصد التشريع في شرعه ، ولعلّ هذا هو السرّ في حكم الأصحاب بفساد عبادة الكفّار ، لعدم تحقق قصد القربة بهذا المعنى منهم .

والعجب من شيخنا في المسالك حيث اعترضهم في ذلك وجوز صدور نيّة القربة بهذا المعنى عنهم ، فيأله كيف يقصد الكافر بما يأتي به من هيئة صلاتنا أنّه عبادة

مقرّبة له إلى جنازه سبحانه مع اعتقاده كون مثل ذلك بدعة وضلالة؟! فاتيانه بذلك على تقديره يكون على طريق الاستهزاء والسخرية، وما أرى مثل هذه الدّعوى من نحو هذا الفاضل إلا غفلة واضحة، نعم قد تحصل له نيّة القربة في بعض الخصال إذا كانت عنده وفي شرعه مقرّبة، ولكن مثل هذه القربة غير كافية، بل لابدّ من نيّة القربة التي هي القصد إلى امتثال أمر الكفارة، ولذا إن أحدنا لو صام ندباً من دون نيّة التكفير لم يجز عنه إجماعاً.

قلت: وكأنّه لذلك فصل الشهيد في غاية المراد بين العتق للكفارة من الكافر غير الجاحد لله تعالى والعتق لغيرها، فأبطل الأوّل وصحّح الثاني، قال بعد أن حكى الخلاف في صحّة مباشرة الكافر العتق وعدمها عن الشيخ فصححه، وعن ابن إدريس والمصنّف فأفسده: «ومبناءً على مقدّمات: (الأولى): هل نيّة القربة معتبرة في العتق أم لا؟ الحق نعم، لقولهم **عَلَيْهِ السَّلَام** (١): «لا عتق إلا ما أريد به وجه الله» - إلى أن قال (الثانية): - هل المعتبر في نيّة القربة ما يترتب عليه الثواب أو مطلق التقرب إلى الله تعالى؟ يحتمل الأوّل، لأنّه عبادة، وكلّ عبادة يترتب عليها استحقاق الثواب بفعلها صحيحة، ويحتمل الثاني لأن الدليل على صحّة العتق إذا أريد به وجه الله تعالى، وهو أعمّ من ترتب الثواب وعدمه. (الثالثة): هل يعتبر في التقرب معرفة الله أم يكفي التقليد؟ يحتمل الأوّل، لأن هذه المعرفة ليست حقيقة، فليس ثمّ مقصود، ويحتمل الثاني، لصدق أنّه قصد وجه الله - ثمّ قال -: إذا عرفت ذلك فنقول: الأصحاب جوّزوا وقف الكافر وصدقته، مع أنّهما مشروطان بنيّة القربة، وهو يشعر باختیارهم الثاني من الاحتمالين، فحينئذ يصحّ عتق الكافر، وإن قلنا بأوّل الاحتمالين لا يصحّ، ثمّ اعلم أن الكفر بسبب إنكار واجب الوجود تعالى وإقامة الشبهة على إنكاره لا يصحّ معه شيء من العبادات، لزال جميع المقدّمات، وأما لو لم يكن شبهة بل مجرّد إنكار قلّد فيه فيصحّ على الثاني

(١) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب العتق و الباب - ١٣ - من كتاب الوقوف

من الاحتمالين ، وأما الكافر المقرّ بالله تعالى العارف به وكفره بسبب جحدته النبوة أو بعض فرائض الاسلام فإنه لا ينسب إلاّ على ثاني الثانية ، فهو أولى بالجواز إذن ، ثمّ اعلم أنّ العتق لمّا بنى على التغليب والوقف والصدقة لمّا اشتمل على نفع الغير واشتمل الجميع على المالية فجانب المالية أغلب من جانب العبادة ، فمن ثمّ وقع الخلاف في صحة العتق ، ولم يقع في عدم صحة الصلاة والصوم ، والأقوى صحته عندنا ما لم يجحد الله تعالى إذا اعتقد أنّ العتق قرينة إلى الله تعالى شأنه لمّا عتقه عن الكفارة . وهو الأصل لكل من تأخّر عنه في هذه المسألة .

وتبعه الكر كي في حاشية الكتاب في النتيجة ، فقال : « إن كان كفره بجحد الرّ بوبية أو لم يعتقد كون العتق قرينة أو أعتق عن الكفارة لم يصحّ وإلاّ صحّ » إلى غير ذلك من كلماتهم التي يشبه بعضها بعضاً .

لكنها لا تخلو من نظر ، لا لعدم مشروعية عبادتنا في دينهم ، لا إمكان فرض ذلك ، خصوصاً في مثل العامة بل يمكن فرض وقوع ذلك من بعضهم بعنوان أنه مذهبه ولو جهلاً ، بل لا إمكان دعوى التواتر في نصوصنا (١) أو الضرورة من مذهبنا على أنه لا عبادة لغير المؤمن مطلقاً ، لأنّه يعتبر فيها موافقة الأمر من حيث دلالة وليّ الله تعالى شأنه عليه ، ولذا قرن طاعته بطاعتهم ومحبته بمحبّتهم (٢) فمن جاء بعبادة موافقة لأمره لكن لا من حيث دلالة وليّ الله عليه لم تكن صحيحة ، والأمر في الشريعة السابقة بعد نسخها غير كافٍ في الصحة وإن وافق الأمر في شريعتنا .

ومن هنا نعدّز على الكافر بجميع أقسامه نيّة التقرب المأخوذ فيه ملاحظة الأمر بواسطة ولاية الأمر ، وكذا المخالف ، ولا صحّة في وفقهم وصدقائهم ، وإنما لها حكم الصحة في بعض ماجرت السيرة والطريقة على استعماله كذلك من مساجدهم وبيعهم وكنائسهم ونحو ذلك ، لا الصحة الحقيقية التي يستحق فاعلها الثواب على

(١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمة العبادات الحديث ١٠٤ .

(٢) سورة النساء : ٤ - الآية ٥٩ و سورة المائدة : ٥ - الآية ٦٠ .

فعلها من حيث صدق امتثال الأمر على وجه المستلزم عقلاً بقاعدة اللطف استحقاق الثواب ، ولا الموافقة للأمر الذي قد عرفت أنه يعتبر في امتثاله ملاحظة من كان الواسطة به .

قال الباقر عليه السلام في خبر زرارة (١) : « أما لو أن رجلاً قام ليله و صام نهاره و تصدق بجميع ماله و حج جميع دهره و لم يعرف ولاية ولي الله تعالى شأنه فيو اليه و يكون جميع أعماله بدلالته إليه ما كان له على الله حق في ثوابه ، ولا كان من أهل الإيمان »

وقال عليه السلام أيضاً في خبر آخر (٢) : « من دان الله بغير سماع من صادق ألزمه الله البتة يوم القيامة » .

وقال أمير المؤمنين عليه السلام (٣) : « قد جعل الله للعلم أهلاً ، وفرض على العباد طاعتهم بقوله : « وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم » (٤) وبقوله : « ولوردوه إلى الرسول وإلى أولي الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه » (٥) وبقوله : « وكونوا مع الصادقين » (٦) وبقوله . « وما يعلم تأويله إلا الله والراسخون في العلم » (٧) وبقوله : « وأتوا البيوت من أبوابها » (٨) والبيوت هي بيوت العلم الذي استودعه الله عند الأنبياء ، وأبوابها أو صياؤهم ، فكل عمل من أعمال الخير يجري على يد غير الأصفياء وعهودهم وحدودهم وشرائعهم وسننهم مردود غير مقبول ، وأهله

(١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمة العبادات الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صفات القاضي الحديث ١٢ و ١٤ وفيهما « ألزمه

الله البتة إلى الفناء (النناء خ ل) » .

(٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب صفات القاضي الحديث ٤٤ من كتاب القضاء .

(٤ و ٥) سورة النساء : ٤ - الآية ٥٩ - ٨٣ .

(٦) سورة التوبة : ٩ - الآية ١١٩ .

(٧) سورة آل عمران : ٣ - الآية ٧ .

(٨) سورة البقرة : ٢ - الآية ١٨٩ .

في محل كفر وإن شملهم وصف الإيمان ، إلى آخره .

وعن رسول الله ﷺ (١) أنه قال لعلي عليه السلام : « أنا مدينة العلم وأنت بابها ، فمن أتى من الباب وصل ، يا علي أنت بابي الذي أوتى منه ، وأنا باب الله تعالى ، فمن أتاني من سواك لم يصل إلى الله تعالى » إلى غير ذلك من النصوص التي هي فوق عدد التواتر ، بل لعلها من ضروري مذهب الشيعة .

و من الغريب دعوى هؤلاء الفضلاء الصّحة في الكافر غير الجاحد ، مع أن مقتضاها اندراجهم في المطيع ، بل لا بد من ترتب الثواب عليه بقاعدة اللطف ، لكونه وافق الأمر وجاء بالمأمور به على وجهه الذي أراده الله تعالى منه ، لأن ذلك مقتضى الصّحة ، وعدم ترتب الثواب على هذا الفرض منافي لقاعدة اللطف ، كما أن التزامه منافي لضرورة المذهب بل الدين ، وكأن الذي دعاهم إلى ذلك جريان السيرة على إجراء حكم الصّحة على مثل مساجدهم وكنائسهم وبيعهم ونحو ذلك ، وقد عرفت عدم الصّحة فيها بالمعنى المزبور ، بل هو إجراء لحكمها لمصلحة من المصالح ، فينبغي الاقتصار فيه على المتيقن ، وأما ما عدا ذلك فلا .

وبذلك يظهر لك النظر في جميع تلك الكلمات حتّى ما في الرّياض وإن أكثر العجب من الغائل بالصّحة ، لكن كان ينبغي أن يكون ذلك بالطريق الذي ذكرناه ، لا ما ذكره الذي قد عرفت إمكان فرضه على وجه يسلم مما ذكره ، على أنه في آخر كلامه قد اختار الصّحة أيضاً في العتق إذا لم يكن عن كفارة .

نعم قد أجاد سيد المدارك بقوله : « وأما اشتراط الإيمان فيدل عليه أن التكفير عبادة والعبادة من شرطها الإيمان ، والمقدّمات إجماعيتان ، ويدل على الثانية الأخبار الكثيرة المتضمنة لبطلان عبادة المخالف (٢) » وإن كان هو لم يذكر ما ذكرناه أيضاً من توجيه تعليلهم البطلان بتعذر نيّة القربة من غير المؤمن .

(١) الوسائل الباب -٧- من أبواب صفات القاضي الحديث ٤٠ من كتاب القضاء .

(٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمة العبادات .

ومن الغريب أنه في الرِّياض وافق أولاً على اشتراط الايمان مستدلاً عليه بنصومه ولكن قال بعد ذلك بصحة عتق الكافر إذا لم يكن عن كفارة . وأغرب منه ما في التنقيح من صحة عتق الكافر غير الجاحد حاكياً له عن العلامة واستحسنه ، وأنه يستحق عليه عوضاً يشبه الثواب ، فيسقط بها جزء من عقابه ، ولا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه ، والله المؤيد والمسدّد .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يعتبر نيّة التعيين إن اجتمعت أجناس مختلفة ﴾ على المكلف متماثلة ، كما لو كان عليه كفارة ظهار وقتل خطأ ، أو مختلفة كأحدهما مع كفارة اليمين مثلاً ﴿ على الأشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التي منها توقف صدق الامتثال عليه عقلاً وعرفاً ، كما عرفت في كل عبادة تعدد جنسها على المكلف به ، إذ لا يميّز للفعل إلا النية ، والفرض عدم أمر مطلق يقصد امتثاله ، كما أن تعدد السبب لا يقتضي تعدد المأمور به دون الأمر ، فليس خطابه حينئذ بعقوبتين ، بل هو مأمور بعقوبتين أحدهما للظهار والآخر للقتل مثلاً ، فلا بد من امتثال كل منهما ، ولا يحصل إلا بملاحظة خصوص كل واحد منهما ، وإلا لم يقع لأحدهما ، فلا يصدق عليه امتثال أحدهما ، مؤيداً ذلك كآلة بقاعدة الشغل وغيرها .

خلافاً للمحكى عن المبسوط ، فاكتفى بالاطلاق مطلقاً ووافقه عليه سيد المدارك ، لأصالة البراءة من اشتراطه المقطوعة بما عرفت ، ودعوى حصول الامتثال للأمر بالتكفير وانصرافه إلى واحدة لا يعينها فيبقي في ذمته أخرى الممنوعة على مدعيها بما سمعت ، ضرورة أنه لا أمر بالتكفير على جهة الإطلاق ، وإنما الموجود الأمر بالتكفير المقيّد ، وليس امتثاله عرفاً بالمطلق الذي لم يتعلّق به أمر ، ولو سلم نظير ذلك في الدفع وفاء عن الدين المتعدد بسبب الرّهانة في بعضه دون آخر أو بسبب اختلاف من له الدين فيتحقق الوفاء مع إطلاق الدفع وإن كان الاحتمالات في توزيعه أو تعيينه بعد الدفع أو القرعة متعددة ، ففرق واضح بين العبادة المتوقّفة صحتها على ملاحظة امتثال الأمر المتعلّق بها بخلاف وفاء الدين المتحقّق عرفاً صدقه وإن فقد التعيين المزبور ، فقياس ما نحن فيه على ذلك - كما يورى إليه ما سمعته عن الشيخ

من الاكتفاء بالتعيين بعد الفعل - واضح الفساد .

وأوضح منه فساداً تخيل اتحاد الأمر هنا باعتبار اندراج الجميع تحت اسم التكفير الذي قد عرفت عدم مشروعية مطلقه ، وإنما هو اسم انتزاعي لأنواع متعددة كل منها متعلق أمر خاص لا يصدق أمثاله إلاً بملاحظته وإلاً فالأمر بالعبادة أيضاً متحد ، مع أنه لا ريب في أن تحته أنواعاً مختلفة ، والمراد باتحاد الأمر وتعدد التنويع الشرعي بالأمر المستقلة وعده ، وهذا هو المدار في وجوب التعيين وعدمه مع الاجتماع على المكلف ، كما ستسمع زيادة توضيحه .

كل ذلك مضافاً إلى إشكال قول الشيخ في صورة الاختلاف حكماً ككفارة الظهار واليمين ، فانه إن تغير بعد العتق بين عتق آخر والاطعام كان العتق منصرفاً إلى المرتبة ، وهو خلاف الفرض ، وإن تعين العتق ثانياً كان منصرفاً إلى المخيرة ، وهو خلاف التقدير أيضاً ، ومن هنا فصل في محكي المختلف ، فأوجب التعيين مع اختلاف الكفارة حكماً بالتخيير وعدمه ، لا مع اتفاقهما ولو في أصل وجوب العتق ، ككفارة الظهار والقتل خطأً أو أحدهما مع كفارة الجمع .

و ربما دفع الاشكال السابق بانصراف العتق أولاً إلى المرتبة لترجيحها على المخيرة بتعيينه فيها دونها ، وهو كما ترى . وبأن الشيخ صرح في المبسوط بجواز التعيين بعد الابهام ، فينصرف العتق إلى من أراد صرفه إليها ، كما لو عيّن في الابتداء ، ويبقى حكم الآخر بحاله ، فلا محذور حينئذ ، واختاره الفاضل في التحرير و ولده .

وفيه - مع منع ذلك عليه في العبادة وإن قلنا به في مثل الديون - أنه قد يتعذر عليه ذلك بموت ونحوه ، على أن الاشكال قبل التعيين .

و في المسالك « يمكن دفعه هنا بالتزام تعيين العتق ثانياً على تقدير كون إحداها مرتبة والأخرى مخيرة ، ولا يلزم انصراف العتق أولاً إلى المخيرة ، بل إلى كفارة مطلقة مما في ذمته ، وتبقى أخرى مطلقة كذلك مترددة بين المرتبة

والمخيرة ، وإن اختار غير العتق لم تحصل براءة الذمة مما هو متعلق بها ، لأنه ليس مخيراً ، وإذا اختار العتق برئت ذمته على التقديرين ، فتعين العتق لذلك لا لانصرافه إلى المخيرة وإن شاركه في المعنى ، وهذا كمن عليه كفارة مشبهة بين المخيرة والمرتبة ، فانه يتعين عليه العتق لتيقن براءة الذمة منهما وإن لم يكن العتق متعيناً عليه في نفس الأمر ، بل من باب مقدمة الواجب ، لتوقف براءة الذمة عليه .

قلت : قد تبين بذلك الفاضل في القواعد وولده في الايضاح ، بل أظن في تحرير المعنى المزبور ، وقال : « إنه من غوامض هذا الباب » .

ولكن قد يقال : إن المتجه على ما يقوله الشيخ مع فرض عدم التعيين ابتداءً وبعد العتق الاجتزاء باحدى خصال الكفارة المخيرة ، ولا يتعين عليه العتق ، وذلك لأن مقتضى دليله رجوع أوامر الكفارات المتعددة وإن اختلفت إلى أمر واحد وهو التكفير ، فيجتمع حينئذ على المكلف حكم الترتيب والتخيير ، ويكون كما لو قال له « أعتق » مثلاً و « اعتق أو صم أو أطعم » مثلاً الذي لا ريب في تحقق الامتثال فيه بما ذكرنا ، ضرورة كونه حينئذ عنده كسب واحد اقتضى ذلك ، لأنه أرجح الأوامر المتعددة إلى أمر واحد بمقتضى كل واحد منها ، ولذا لم يوجب التعيين ، معكلاً له بصدق امتثال الأمر بالتكفير بدونه ، وإن كان قد أوضحنا فساد ، وقلنا : إنه لا أمر بالتكفير مطلقاً ، وإنما الموجود الأوامر الخاصة ، والتكفير الشامل لها قدر انتزاعي منّا ، وإنما الكلام في التفريع على قوله صحيحاً كان أو فاسداً ، والتحقيق فيه ما ذكرناه ، وليس عنده الباقي بعد العتق كفارة مجعلة دائرة بين المرتبة والمخيرة كي يجب مراعاة الترتيب نحصيلاً للبراءة اليقينية ، بل صريح كلامه أن العتق الأول يقع مطلقاً لا مجعلاً ، ولكن قد اكتفى في الامتثال باطلاقه ، كوفاء درهم من الدرهمين في الذمة ، تعدد سبب شغلها أو اتحد ، وحينئذ فالمتجه الاكتفاء في الامتثال بخصلة المرتبة ، و واحدة من خصلة التخيير ، ولعل هذا أغمض مما ذكره فخر المحققين ، وخصوصاً إذا لاحظ وقوع ما ذكرناه دفعة بالعتق مثلاً والاطعام من

و كيله لو كيل الستين ، والله العالم والموفق والمؤيد والمسدد .

﴿ و ﴾ كيف كان ف﴿ لمو كانت الكفارات من جنس واحد ﴾ بأن تكرر الظهار منه أو القتل خطأً أو الإفطار في شهر رمضان ﴿ قال الشيخ ﴾ في محكي الخلاف : ﴿ يجزئ نية التكفير مع القرية ، ولا يفتقر ﴾ في الامتنال ﴿ إلى التعيين ﴾ بملاحظة سبب كل واحد منها بخصوصه ، لصدق الامتنال بدونه ، بل في محكي الخلاف نفي الخلاف عنه .

وفي غاية المراد « لم أعرف القول باشتراط التعيين مع تجانس السبب لأحد من العلماء ، ولكن المحقق جعل فيه إشكالا » وإن أنكر عليه الصيمري ذلك ، وقال : « إن مذهبه في الدروس وجوب التعيين ، اتحدت الكفارة أو تعددت ، اختلف الجنس أو اتحد ، وهو ظاهر المصنف في المختصر ، لأنه أطلق وجوب التعيين ، وهو المعتمد » . قلت : هو كذلك فيما حكاه عنهما .

ولعله لذا قال الكر كي في حاشية الكتاب : « المعتمد أنه لا بد من التعيين مطلقا ، اختلف الاجناس أو تجانست ، لأن الاجزاء إنما يتحقق بالاثيان بالمأمور به على الوجه المأمور به ، وإنما يؤثر في وجوه الأفعال النية ، فلا تعين الكفارة لسبب معين إلا بالتعيين ، ولا يضرب قول شيخنا في شرح الارشاد بأن اشتراط التعيين مع تجانس السبب لانعرفه قولاً لأحد من العلماء سوى ما ذكره المصنف فيه من الاشكال ، إذ لا يضرب عدم القائل مع قيام الدليل حيث لم يثبت الاجماع ، ونقل الشيخ عدم الخلاف في ذلك مع تحققه غير قادح » .

قلت : ومما عرفت يظهر الوجه في قول المصنف : ﴿ وفيه إشكال ﴾ مضافاً إلى ما ذكره غير واحد في وجهه من أن كل واحد من الكفارات عمل ، وكل عمل مفتقر إلى النية ، فكل كفارة تحتاج إلى نية ، وإن كان فيه أن البحث في نية التعيين لا أصل النية التي لا كلام في وجوبها في كل واحد منها ، ضرورة عدم صحة العبادة بدونها ، ولا ريب في أن كل كفارة عبادة .

و من ذلك يعلم أن كثيراً من الكلمات في المقام مغشوشة حتى هؤلاء القائلين
 بوجوب التعيين في المفروض ، فإن الصيمري منهم قال : « والمراد بالتعيين تعيين السبب
 لاثنتين شخص الكفارة فلا يجب أن يقول : « قتل زيد أو عمرو » ولا النذر الفلاني » .
 وقد أخذ من الشهيد في غاية المراد قال : « واعلم أن هاهنا تنبيهاً ، وهو أن النزاع
 إما أن يكون في اشتراط تعيين خصوصية المحلوف عليه أو في اشتراط تعيين مطلق
 السبب ؟ فإن كان الأول فاحتمال عدم الاشتراط أظهر ، وإن كان الثاني فالحق
 الاشتراط ، لتردد الكفارة بين ما في الذمة وبين غيره ، وليس صرفها إلى ما في الذمة
 أولى من صرفها إلى غيره ، فلا يتمحض لما في الذمة إلا بالنية ، والظاهر أنه لا
 نزاع في هذا عند هؤلاء ، وأن محل النزاع هو الأول » .

قلت : ومن الغش الذي ذكرناه ما ذكره من وجوب التعيين مع الاتحاد الذي
 هو صريح الدروس والتنقيح ، ونسبوه إلى ظاهر النافع ، مع أنه لا وجه لاعتبار التعيين
 مع الاتحاد ، ضرورة كون المراد بالتعيين مع اشتراك ما في ذمة المكلف ، وإلا
 فالمتعين في نفسه لا يحتاج إلى التعيين ، واحتمال وجوب ملاحظة خصوص السبب
 تعبداً لا للتمييز - مع أنه من غير مسألة التعيين - واضح الفساد ، ضرورة إطلاق أوامر
 التكفير بأسبابها ، فالسبب غير داخل في وجه المأمور به قطعاً ، وإنما تجب نية السبب
 للتمييز مع الاشتراك ، بل هو كغيره من المشخصات والخصوصية له ، ومن هنا صح
 نية القرية والتكفير لمن كان في ذمته كفارة مرددة بين الظهار والقتل وإن تمكن
 من العلم بالرجوع إلى كتاب له مثلاً أو بالتذكر ونحوهما .

نعم لا يجزئ مع الاتحاد نية العتق المطلق من غير ملاحظة التكفير لاشتراكه
 حينئذ بين التطوع وبينه ، وهذا غير ما نحن فيه ، كما أن ما سمعته من الصيمري
 لا مداخلية له في مسألة التعيين التي هي على القول بها في المتجانس لابد من ملاحظة
 خصوص كل واحد منها بمشخص من مشخصاته .

وبذلك كله ظهر لك عدم تنقيح المسألة عندهم ، والتحقيق فيها ما أشرنا إليه
 بعد عدم دليل بالخصوص قطعاً من أنه متى تعددت الأوامر على وجه يقتضي التنويع

لم يحصل الامتنال إلا بملاحظة كل واحد منها ، إذ المطلق لا أمر به كي يصح امتثاله ، والفعل لا مشخص له مع اشتراكه إلا بالنية ، ومتى كان الأمر متحداً وإن تعددت أفراده لا يجب التخصيص ، لصدق الامتنال بدونه قطعاً ، وذلك كقضاء أيام شهر رمضان الذي هو في الحقيقة كوفاء الدين ، والأمر الضمني لا يقتضي التنويع ، ففي الكفارات مع اجتماع أسبابها كالظهار والقتل خطأً أو أحدهما مع الافطار في شهر رمضان لا بد من التعيين ، لأنها أوامر متعددة متنوعة ، ولا مدخلية لاتفاق حكم الكفارة بالترتيب والتخير وعدمه ، ضرورة عدم اقتضاء الأول اتحاد الأمر الذي قد عرفت أنه المناط في عدم وجوب التعيين .

فما سمعته في المختلف - من التفصيل بين المتفقة حكماً فلا يجب التعيين بخلاف المختلفة في الترتيب والتخير فيجب - واضح الفساد ، كما أن القول بوجوب نية التعيين في أفراد متعددة السبب ككفارات الظهار مثلاً على وجه لا يجزئ إلا نية خصوص كل منها بأحد مشخصاتها كذلك أيضاً ، ضرورة أنها أفراد أمر واحد ، وتعددتها بتعدد السبب لا يقتضي تعدد أوامرها على وجه التنويع ، ضرورة كون السبب في جميعها الأمر بالكفارة للظهار ، وفي الحقيقة مع تعدد السبب - مرتين مثلاً - كان كلاً أمر بعق رقتين ، بل كلاً أمر بوفاء الدرهمين وإن استقرضهما بعقدي القرض مثلاً بخلاف اختلاف الجنس كالقتل والظهار ، فإن لكل منهما أمراً مستقلاً بكفارته بتوقف امتثاله على تشخيصه ، وكان الشئخ في المبسوط ظناً أن هذه الأسباب كاسباب الدين المختلفة بالقرض والجناية والشرأ مثلاً ، فانه مع اجتماع القدر المخصوص منها في الذمة يكفي في صدق الوفاية الدفع المطلق عنها من دون تشخيص ، ولكنه كما ترى ، ضرورة الفرق بين أوامر العبادة الملاحظ فيها قصد الامتنال وغيرها ، فلا بد من ملاحظة كل واحد منها بإحدى مشخصاته في صدق امتثاله .

وبذلك كله بان لك الوجه في اختلاف كلماتهم ، وأن التحقيق فيها ما ذكرنا ،

وأنه لا معنى لا إشكال المصنّف في عدم وجوب التعيين في أفراد متّحدة الجنس لما عرفت من أنها أفراد أمر واحد ، نعم يجب قصد التكفير عن ذلك السبب أو عمّا في نعمته في كلّ واحد منها لا خصوص كلّ واحد منها بمشخصه . كما إذا اختلف السبب .

بل بان لك ممّا ذكرناه أنه لا وجه لقول المصنّف : ﴿ أمّا الصوم فالأشبه بالمذهب أنه لا بد فيه من نيّة التعيين ﴾ ضرورة عدم الفرق بين الصوم وغيره من خصال متّحدة الجنس ، وقول الأصحاب يجب التعيين في الصوم في غير شهر رمضان والنذر المعين يراد منه بنيّة التكفير ، لا خصوص كلّ شخص من أشخاص سببها المتحد ، كما هو واضح وبذلك يظهر لك أنّ هذا الكلام من جملة الكلام المغشوش .

﴿ و ﴾ أمّا ما ذكره هنا من أنه ﴿ يجوز تجديدها إلى الزوال ﴾ فهو أمر خارج عمّا نحن فيه ، وقد استوفينا الكلام فيه في كتاب الصوم ، وأنه هل يختص بالناسي ومن بدا له أو مطلقا حتّى من تعمّد العدم في الليل حتّى طلع الفجر ، فلا حظ وتأمل .

* فروع : *

* على القول بعدم * وجوب * التعيين *

* الاول : *

* لو أعتق عبداً عن إحدى كفارتيه * المتفقتين في الترتيب ، أو التخيير أو المختلفتين * صح ، لتحقق نية التكفير * التي اجتزأ بها القائل بذلك * إذ لا عبرة بالسبب * عنده ولا غيره من المميزات * مع اتحاد الحكم * الذي هو وجوب العتق مرتباً أو مخيراً ، نعم على ما سمعته من العلامة لا بد من إرادة الترتيب في الكفارين أو التخيير فيهما من اتحاد الحكم فهو حينئذ أخص من الأول ، وحينئذ فان كانا مع اختلاف سببهما متفقتين في الجمع أو الترتيب أو التخيير برىء من العتق عن أحدهما ، ولزمه في الأول عتق رقبة أخرى مطلقة كذلك فتبرأ ذمته منهما بالنسبة إلى العتق ، وكذا في الثاني أو المركب منهما ، وأما الثالث فانه بالعتق تبرأ من إحداهما و يتخير ثانياً بين فعل إحدى الخصال الثلاث مطلقة فيبرأ منهما .

و لو كانت إحداهما مرتبة والأخرى مخيرة برئت ذمته من إحداهما أيضاً لا على التعيين ، وتعين عليه العتق ثانياً عن إحداهما كذلك ، لتوقف البراءة مما في ذمته المتروك بين الأمرين عليه إن لم يصرف ذلك المطلق الأول بعد العتق إلى واحدة معينة وإلا لزمه حكم الأخرى خاصة ، ولو عجز ثانياً عن العتق تعين عليه الصوم ، لما عرفت من العلة في العتق .

﴿ الثاني : ﴾

﴿ لو كان عليه كفارات ثلاث متساوية في ﴾ الترتيب بين ﴾ العتق والصوم والصدقة ﴾ نحو كفارة الظهار والقتل والجزء بناءً على أنه كفارة ظهار ، أو متساوية في الخصال وإن اختلفت في الترتيب والتخيير ، كما لو كان مع الأُولتين كفارة إفطار شهر رمضان ﴾ فأعتق ونوى القربة والتكفير ﴾ أجزأ عن واحدة غير معينة إذا لم يعيئها بعد العتق .

﴿ ثم ﴾ لو ﴾ عجز ﴾ عن العتق ﴾ فصام شهرين متتابعين بنية القربة والتكفير ﴾ برىء من أخرى كذلك أيضاً ﴾ ثم ﴾ لو ﴾ عجز ﴾ عن الصوم ﴾ فأطعم ستين مسكيناً كذلك برىء من الثلاث ولو لم يعيئ ﴾ وكذا لو كان إحدى الثلاث مثلاً مخيرة ، أما لو كانت الثلاث مخيرة فلا حاجة إلى اعتبار العجز بخلافه على الأولين ، ولو اجتمع عليه ثلاث كفارات جمع فأعتق ونوى الكفارة مطلقاً فإنه يبرأ من عتق واحدة غير معينة ، فإذا أصام كذلك برىء من صوم واحدة كذلك ، فإذا أطعم فكذلك ثم إن لم يصرفه إلى واحدة معينة وإلا افتقر في تعيين الخصال إلى الإطلاق ، والله العالم .

﴿ الثالث ﴾

﴿ لو كان عليه كفارة ولم يدر أهي عن قتل ﴿ مثلاً ﴾ أو ﴿ عن ﴿ ظهار فأعنى ونوى القربة و التكفير أجزاء ﴾ بلا إشكال . لما عرفت من إجزاء هذه النية مع العلم بنوع الكفارة وتعددها ، فمع الجهل واتحادها أولى ، بل في المسالك « ولو اشترطنا التعيين مع العلم احتمال سقوطه مع الجهل - كما في هذه الصورة - ووجوب التردد بين الأمرين كالصلاة المشتبه حيث وجب تعيينها ابتداءً فكذا مع الجهل ، فتردد النية بين الأقسام المشكوك فيها ، وهو أولى . »

وفيه أن المتبج سقوطه حتى مع العلم ، لأنه متعين في نفسه ، والتعيين إنما يجب مع التعدد ، لتوقف صدق الامتثال عليه بخلاف المتعين ، فانه يكفي في صدق امتثاله ملاحظة الأمر المتعلق به واقعاً ، وليس في الأدلة وجوب التعرض لخصوص السبب في النية ، ضرورة صدق امتثال كفارة النذر مثلاً بقصد الأمر الذي في ذمته ، وكان في الواقع نذر مثلاً ، كما هو واضح .

وقد يفرق بين الظهريّة والعصريّة وبين المقام بامكان القول بوجوب ملاحظة القيود المزبورة في نفسها ، لا للمتعيين لدخولها في نفس المأمور به ، فيتوقف صدق الامتثال عليها ، بخلاف المقام المعلوم خروج ملاحظة السبب عن المكلف به الذي هو الكفارة له فتأمل جيداً ، فانه لا يخلو من دقة .

هذا وفي حاشية الكركي على الكتاب « و لو قلنا باشتراط التعيين وجب التردد بينهما » ولا يخفى ما فيه ، ضرورة عدم كونه تعييناً حينئذ ، بل إما أن يقال بسقوطه أو لا بد من التكرار بناءً على حصول الاحتياط به ، والله العالم .

﴿الرابع :﴾

﴿لو شك﴾ فيما في ذمته ﴿بين نذرو﴾ كفارة ﴿ظهار﴾ مثلاً ﴿فنوى التكفير﴾ أو النذر ﴿لم يجز﴾ ، لأن النذر لا يجزى فيه نية التكفير ﴿هو لا يجزى فيه نية النذر﴾ ، نعم ﴿لو نوى إبراء ذمته من أيتهما كان﴾ مع التردد بينهما وبدونه كما سمعته سابقاً ﴿جاز﴾ لكونه قدراً جامعاً بينهما مختصاً بهما مع فرض عدم احتمال غيرهما في ذمته ، بل يقوى الاكتفاء بذلك مع تمكنه من العلم ، لما سمعته سابقاً من اتحاد المكلف به وتعيينه في نفسه ، بل وإن لم يتشخص عنده بما عينه به واقعاً ، وما سمعته من الكر كي سابقاً قد عرفت ما فيه وإن ذكره هنا أيضاً .

﴿ولو نوى العتق مطلقاً﴾ أي مجرداً عن الصفة التي تقتضي تشخيصه في الواقع ﴿لم يجز﴾ ، لأن احتمال إرادة التطوع أظهر عند الإطلاق ، ﴿ومع فرض عدم نيتها أقصاه الإطلاق المجرد عن التشخيص﴾ ، وكذا لو نوى الوجوب ، لأنه قد يكون لا عن كفارة ﴿ولا عن نذر﴾ ، فهو غير قابل في حد ذاته للتشخيص ، لأنه من صفات الأمر ، نعم لو نوى العتق الواجب مريداً به التشخيص أجراً ، بل لو قصد التميز بالوجوب كان كذلك وإن كان الأول أظهر في إرادة التشخيص .

ولعله لذا فرق في القواعد بين نية الوجوب والعتق الواجب ، فلا يجزى الأول ويجزى الثاني ، فما في المسالك - من أن الفرق بينهما غير واضح - لا يخلو من نظر ، والأمر سهل بعد معلومية كون المدار على نية ما يحصل به التشخيص واقعاً وإن لم يعلم به بعينه ، لصدق الامتنال ، والله العالم .

﴿ الخامس ﴾ :

﴿ لو كان عليه كفارتان ﴾ مثلاً ﴿ وله عبدان فأعتقهما ﴾ عنهما ﴿ و ﴾ لكن كان كيفية ذلك بأن ﴿ نوى ﴾ عتق نصف كل واحد منهما عن كفارة ﴿ قاصداً للسراية في النصف الآخر أو لم يتعرض لذلك على حسب ما سمعته سابقاً ﴾ صح ، لأن كل نصف تحرر عن الكفارة المرادة به ﴿ بقصده تحرره لها ﴾ ويحرر الباقي عنها بالسراية ﴿ التي قد عرفت الحال فيها .

﴿ وكذا لو أعتق نصف عبده عن كفارة معينة صح ﴾ لأنه ينعتق كله دفعة ﴿ كما تقدم الكلام في ذلك كله وفي المحكي عن ابن الجنيدي ، وليس المراد من العبارة عتق كل من نصفي كل من العبدین عن كفارة بمعنى نية نصف عن واحدة والنصف الآخر عن الأخرى ، وهكذا الحال في العبد الآخر ، كما ادعى في المسالك أنه المتبادر من العبارة أو هي شاملة له ، ضرورة فساد على هذا التقدير ، بل لا موضوع للسراية والرغبة فيه ملفقة ، ومن المعلوم عدم إجزائها حينئذ ، فليس المراد من العبارة إلا ما ذكرناه ، ويكون هو حينئذ عين المسألة السابقة .

ولكن المصنف أعاده لبيان حكم ما ذكره بقوله : ﴿ أما لو اشترى أباه أو غيره ممن ينعتق عليه و نوى ﴾ به ﴿ التكفير قال في المبسوط يجزئ ﴾ للصدق ، إذ العتق وإن كان قهرياً إلا أنه اختياري السبب ، مثل عتق النصف المقتضي للسراية ، ومع فرض استمرار النية تصادف ملكه الذي هو شرط أو سبب في الانعتاق ، ﴿ وفي الخلاف لا يجزئ ﴾ ، وهو أشبه ﴿ عند المصنف بأصول المذهب وقواعده ، ﴾ لأن نية العتق ﴿ قبل الشراء لا أثر لها ، إذ هي ﴾ تؤثر في ملك المعتق ﴿ وإن تبعه غيره ، كما سمعته في العبد المشترك ﴾ لا في ملك غيره ﴿ وبعده تصادف حرية ﴾ فإن السراية سابقة على النية ، ﴿ وحينه ملكاً (١) غير مستقر ﴾ فـ ﴿ على كل حال

(١) هكذا في النسخة الأصلية المسودة والمبيضة والاولى وكان ملكاً .

﴿ لا يصادف حصولها ملكاً ﴾ يصلح للمعتق عن الكفارة .

وقد استشكل في ذلك الفاضل في القواعد ، وجعل منشأ الاشكال ما سمعته من التعليلين ، لكن في إيضاح ولده « الأصح عدم الأجزاء ، لأن الملك هنا سبب معد للمعتق لا من الأسباب الفاعلة ، لأن السبب الفاعل هنا النسب ، والملك جاعل المحل قابلاً لتأثير النسب في المعتق ، وفاعل قبول المحل لأثر صادر عن غيره ليس بفاعل لذلك الأثر ، فلا يصدق عليه أنه أعتق ، ولأن المكلف به مباشرة المعتق ، و مباشرة المعتق إنما تكون بفعل سببه المؤثر ، والقابل لا يصلح هنا للتأثير - قال - : ولقد عرضت هذا على المصنف واستحسنه - وقال - : الذي أفتي به أنه لا يجزئ » .

وفيه إمكان منع كون الفاعل النسب ، إذ قد يقال : إنه الملك بشرط النسب أو هما معاً العلة التامة ، بل مع قطع النظر عن ذلك يصدق نسبة التحرير إليه على نحو غيرها من النسب الصادرة من الأسباب كما أومى إليه فيما تسمعه من المسالك .

وكان الشهيد في غاية المراد قد عرض به ، حيث استدل على الأجزاء بأن « الملك سابق على السراية قطعاً ، لسبق العلة على المعلول ، والسبب سابق على الملك ، ضرورة سبق السبب على المسبب ، والنية مقارفة للسبب إلى حين الشراء ، فالسراية لم تصادف إلاً عبداً معتقاً عن كفارة فلا سراية - ثم قال - : وحينئذ نمنع وجود المعتق هنا إلاً عن الكفارة لأنه إنما ينعقد لو لم يوجد سبب أسبق ، وقد وجد نية الكفارة ، ولا يخلو من قوة وإن ناقشه في كشف الالتام بأنه لو لم يكن المعتق للقرابة لا فتقر إلى صيغة ، والتزامه بعيد جداً ، على أن نية المعتق ليست سبباً فيه ، والأسباب الشرعية لا تمنع .

ولكن في المسالك بعد أن ذكر ما سمعته في غاية المراد قال : « وهذا متجه بشرط استصحاب النية فعلاً إلى عقد البيع ، لتصادف الملك وتصدق مقارنتها للسبب إلى حين الملك ، وما ذكره من الفرق بين هذه وعق المشتري بأن النية إنما أثرت

في المملوك أما ماسرى إليه العتق من ملك الغير فلم يكن مملوكاً حال النية ، وإنما ترتب السراية على عتق البعض وحكم بملك المعتق له ضمناً قبل السراية فالأثر هنا كذلك ، بل الملك هنا حقيقي لاضمني ، لأن الانعتاق مسبب عن ملك القريب له ، فإذا قارنته النية فقد قارنت العتق واشتركا في مقارنتها السبب ، وربما فرق بين الأمرين بأن العتق بالنسبة إلى السراية إلى حصة الشريك سبب فاعلي له ، والشراء بالنسبة إلى عتق القريب سبب معد لا فاعل ، لأنه يجعل المحل قابلاً لتأثير النسب في العتق ، و السبب الفاعلي فيه هو النسب ، وفاعليته قبول المحل لأثر بفعل غيره غير فاعل لذلك الأثر ، والمعتبر في العتق المطلوب في الكفارة كون المعتق فاعلاً له كما مر ، وفيه نظر ، لاشتراك الأمرين في أصل السببية التي لها مدخل في التأثير في العتق ، والفاعل له حقيقة هو الله ، وإنما هذه اعتبارات نسبها الله تعالى علامة لحكمه لافاعلة في الحكم ، فإما أن يصح العتق في الكفارة فيهما نظراً إلى السببية أو لا فيهما ، لعدم مباشرته للصيغة التي جعلها الشارع موجبة للمعتق بذاتها .

قلت : وهو ما أشرنا إليه سابقاً من الاتحاد في صدق النسبة عرفاً في الجميع ، إذ التحرير الجعل حراً ، وهو يعم ما كان بالصيغة وغيره ، وهنا قد حرره بالشراء ، ولما كان عقد البيع هنا كافياً في العتق جري مجرى صيغة الاعتاق ، فكما تكفي النية عندها تكفي عنده ، وإن ضويق في الاكتفاء بها فلينبه مستمراً إلى ما بعده ، ليصادف الملك ، كما أشرنا إليه سابقاً ، فالمتجه حينئذٍ الاجزاء إلا أن يكون إجماعاً ، كما عساه يظهر من عبارة المبسوط ، حيث قال : « لا يجزىء عندنا » ومن الغريب أن الموجود من عبارته ذلك ، وقد حكى المصنف عنه في المتن القول بالاجزاء أللهم إلا أن يكون له مقام آخر .

﴿ الشرط الثاني : ﴾

﴿ تجزئ يده عن العوض ﴾ لا تجزئ المكاتب بنوعها بل ﴿ لو قال لعبده : « أنت حر » وعليك كذا » لم يجز عن الكفارة ﴾ اتفاقاً كما في كشف اللثام ، و ﴿ لعل ﴾ لعله لما ذكره غير واحد ، بل ظاهرهم ﴿ أنه ﴾ كالمفروغ منه من أن ﴿ قصد العوض ﴾ ينافي الاخلاص المعلوم اعتباره في العبادة التي قد عرفت كون الكفارة منها .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ او قال له قائل : « أعتق مملوكك عن كفارتك ولك علي كذا » فأعتقه لم يجز عن الكفارة ﴾ أيضاً إجماعاً كما في المسالك فيه وفي سابقه ، لما عرفت ، وما عن بعض الشافعية - من الصحة عن الكفارة وسقوط العوض ، لحصول العتق ، فهو حينئذ نحو قول القائل : « صل الظاهر عن نفسك ولك علي كذا » فصلى أنه تجزؤه صلاته ولا يستحق العوض - واضح الفساد بعدما عرفت ، بل لعل الحكم في المقيس عليه كذلك إذا فرض أنه صلى بقصد العوض المنافي للاخلاص .

نعم قد يشكل أصل التعليل في صورتين بأن ذلك إن نافي الاخلاص المعتبر في نية الكفارة نافاه أيضاً في نية العتق المجرد عنها بناءً على أنه عبادة ، ضرورة عدم الفرق حينئذ بين النية فيهما ، و ظاهرهم المفروغية من الصحة مع التجرد عن الكفارة ، بل الجعل في الصورة الثنائية إن كان منافياً للاخلاص في النية لم يصح جعله في الحج والصلاة وغيرهما من العبادات ، وكذا الاجارة المعلوم فساد التزامه ، لاستفاضة التصوص (١) في الاجارة على الحج .

و دعوى الفرق بين المقام وبينه - بأن الجعل هنا على فعل راجع إلى نفس المجهول له بخلاف الأول - يدفعها أن ذلك يقتضي فساد الجعالة لافساد النية ، مع

(١) الوسائل الباب - ٢ و ٣ و ٤ و ١٠ و ١١ - وغيرها من أبواب النيابة في الحج -

أنّ ظاهرهم عدم الإِشكال في الصّحّة من هذه الجهة ﴿ و ﴾ لعلّه لاطلاق أدلّة الجمالة (١) وإمكان ترتب نفع له على ذلك ، فالتحقيق الاستناد في أصل الحكم إلى الإجماع الذي سمعته ، أو إلى دعوى ظهور أدلّة الكفّارة في التحرير المجرد عن العوض .

نعم ﴿ في وقوع العتق ﴾ لا عنها ﴿ تردد ﴾ من تغليب الحرية وصدور الصيغة من أهلها في محلها كما عن المبسوط ، بل في غاية المراد « هذا هو الأصح » وفي كشف اللثام « هو الأجود » ومن أنّه إنما نوى المقيد الذي يرتفع المطلق - الذي لم ينو - بارتفاعه ، إذ لا عمل إلاّ بنية ، ولعلّه الأقوى وفقاً للدروس وحاشية الكركي .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ لو قيل بوقوعه هل يلزم العوض ؟ قال الشيخ : نعم ، وهو حسن ﴾ في الصورة الأولى ، لعموم مادل (٢) على صحّة الشرط فيها ، وبالطلان عن الكفّارة لا يقتضي بفساد الشرط الذي صحته تبع لصحّة العتق لا لصحّة كونه عن الكفّارة .

أمّا الثّانية فلا يخلو من وجه بناءً على ما عن المبسوط من أنّه يقع عن الباذل ، ويكون ولاؤه له ، وإن كان فيه ما فيه أيضاً ، أما على القول بكونه عن المالك فقد يشكّل. بأنّه لم يقع المعوض عنه ، وهو العتق عن الكفّارة ، ولا وقع العتق له ، فلا يستحق العوض الذي هو الجعل على ذلك ، ومن هنا قيل : إن الحكم يلزوم العوض وعدم الإجزاء عن الكفّارة ممّا لا يجتمعان ، والثاني ثابت إجماعاً فينتفي الأول .

وما يقال - : من أنّ الجعل قد وقع عن العتق عن الكفّارة ، وقد فعل وإن كان لا يجزىء شرعاً ، إذ الإجزاء حكم شرعي ، وليس فعلاً للمكلف حتّى يصحّ

(١) الوسائل الباب -١- وغيره من كتاب الجمالة .

(٢) الوسائل الباب -٤- من أبواب المكاتب من كتاب التديير و المكاتبه .

الجعل عليه - يدفعه أن الجاعل إنما يجعل على الفعل الصحيح شرعاً ، نحو غيره من الجعل على نحو الصلاة والحج وغيرهما ، وتعذر ذلك هنا لا يقتضي إرادة الصورة ، خصوصاً إذا كان الجاعل جاهلاً بالحكم الشرعي ، فالحق عدم استحقاق الجعالة حينئذ ، نعم لو علم بالقرائن أن الغرض من ذلك تخليص العبد من الرق كيف كان وذكر الكفارة من باب المثل اتجه حينئذ لزومه حتى لو قلنا بوقوع العتق عن المالك .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لو رد المالك العوض بعد قبضه ﴾ أو أبرأه قبل قبضه ﴿ لم يجز عن الكفارة ﴾ أيضاً ﴿ لأنه ﴾ إذا ﴿ لم يجز حال الاعتاق فلم يجز فيما بعد ﴾ ، نعم لو قال ابتداء عقيب الالتماس : « اعتقه عن كفارتي لا على الألف » كان ردّاً لكلامه وأجزأه عن الكفارة ، كما هو واضح .

و لو اشترى بشرط العتق فأعتقه عن الكفارة ففي محكي المبسوط لم يجزه عنها ، ولعله لأنه إن جبر على الاعتاق فهو عتق واجب لغير الكفارة ، وإلا فهو إعتاق لغير تام الملكية ، لكنه كما ترى ، ضرورة تناول الاطلاقات له ، إذ هو عتق بلا عوض ، والوجوب بالشرط مؤكد للوجوب عن الكفارة لا إعتاق ، ولعله لذا كان المحكي عن التحرير والمختلف المحكم بالأجزاء ، وفي كشف اللثام « لا يبعد التفصيل بالأجزاء إن تقدم وجوب الكفارة على الشراء ، والعدم إن تأخر » ولا يخلو من نظر بناءً على أن المراد من الشرط حصول ماهية العتق كيف كان بحيث يندرج فيه العتق عن الكفارة ، والله العالم .

﴿ الشرط الثالث : ﴾

﴿ أن لا يكون السبب ﴾ المؤثر للعتق ﴿ محرّماً ، فلو نكل بعبده بأن قلع عينيّه أو قطع رجله و نوى التكفير اعتق ، ولم يجز عن الكفارة ﴾ بلا خلاف ولا إشكال للنهي (١) المضافي لقصد الطاعة به المتوقف على الأمر به . هذا كلّّه في العتق .

و أما ﴿ القول في الصيام ﴾ و ﴿ هو أحد خصال الكفارة بلا خلاف في أنه ﴾ يتعين ﴿ أي ﴾ الصوم في المرتبة مع العجز عن العتق ﴿ المراد من عدم الوجدان الذي هو عنوان المحكم في الكتاب العزيز (٢) أو المندرج فيه ، ولا إشكال بعد توافق الكتاب والسنة (٣) والاجماع عليه .

﴿ و ﴾ لا ريب في أنه ﴿ يتحقق ﴾ عدم الوجدان الذي عبّر عنه المصنف بـ ﴿ العجز إمّا بعدم ﴾ وجود ﴿ الرقبة ﴾ عنده ﴿ وعدم ثمنها وإمّا بعدم التمكن من شرائها وإن وجد الثمن ، ﴾ لعدم الباذل ﴿ وقيل : حدّ العجز عن الاطعام أن لا يكون معه ما يفضل عن قوته وقوت عياله ليوم وليلة ﴾ و نحوه في التحرير إلاّ أنه لا يخفى عليك ما في ذكر ذلك في المقام الذي هو في العجز عن الرقبة لا الاطعام .

ومن هنا قال في المسالك بعد أن ذكر استثناء النفقة : « ولم يقدر الأكثر هنا للنفقة والكسوة مدة ، فيمكن أن يكون المعتبر كفاية العمر ، ويتحقق ذلك بملك ما يحصل من نمائه إدراج النفقة في كل سنة بما يقوم بكفايته ونحو ذلك ،

(١) يمكن استفادة النهي مما ورد في تعزير من نكل بعبده المروى في المستدرک في

الباب - ١٩ - من كتاب العتق .

(٢) سورة النساء : ٢ - الآية ٩٢ .

(٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الكفارات .

ويمكن أن يريدوا به مؤونة السنة ، لأن المؤونات تتكرر فيها ويتجدد الإعداد لها ، وأن يريدوا به قوت يوم وليلة زيادة على المحتاج إليه في الوقت الحاضر من الكسوة والأمتعة ، ولعدم ورود التقدير هنا في النصوص عدل المصنف إلى قوله : « وقيل : حدّ العجز » إلى آخره ، ولم يذكر العجز عن الرقبة لما ذكرناه .

وفيه أن المصنف لم يتقدم له ذكر الثقة أصلاً ، وإنما ذكرها بعد ذلك ، ويمكن أن يكون مراد المصنف بذلك أنه يأتي على هذا القول كون حدّ العجز عن الرقبة أن لا يكون عنده ما يفضل عن قوت يوم وليلة ، ضرورة عدم الفرق بينهما في ذلك ، وجهه حينئذ أن الكفارة من قبيل الدين التي يقتصر فيها على ذلك مع المستثنيات ، وإن كان قد يناقش بإمكان كون المراد من الوجدان الغنى نحو قوله ^(١) : « لي الواجد يحلّ عقوبته وعرضه » الذي هو مثل قوله (٢) : « مطل الغنى يحلّ عقوبته وعرضه » .

قال في الصحاح : « وجد في المال جداً ووجداً ووجداً وجدة أي استغنى - إلى أن قال - : وأوجده أو أغناه يقال : الحمد لله الذي أوجدني بعد فقر » وفي مختصر النهاية « الواجد الغنى الذي لا يفتقر ، ولي الواجد أي القادر على قضاء دينه ، ووجد يجد جدة استغنى » .

وربما يؤيده موضح إسحاق بن عمار (٣) عن أبي إبراهيم ^(عليه السلام) « سألته عن كفارة اليمين في قوله تعالى : (٤) فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ما حدّ من لم يجد ؟

(١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الدين و القرض الحديث ٤ من كتاب التجارة .

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الدين و القرض الحديث ٣ و المستدرك

الباب - ٨ - منها الحديث ٢ و ٦ وسنن البيهقي ج ٦ - ص ٧٠ وفي الجميع « مطل الغنى ظلم » .

(٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الكفارات .

(٤) سورة المائدة : ٥ - الآية ٨٩ .

وأن الرّجل ليسأل في كفه وهو يجد ، فقال : إذا لم يكن عنده فضل عن قوت عياله فهو ممن لا يجد ، وإن كان هو في غير ما نحن فيه من وجدان الرّقة لكنه تفسير لمطلق من لا يجد على معنى أنه المالك لأزيد ممّا يحتاجه من قوته وقوت عياله وغيره من مؤونة ، فيكون ذكر القوت مثلاً لكل مؤونة ، واعتبار الزيادة حينئذ لأجل إمكان الاتيان بالمأمور به ، وهو على جدته ، لا أنه بذلك يكون فقيراً ومسكيناً وحينئذ يكون المرتب عليه الصوم عدم الجدة أي الغنى والسعة ، ومنه يشكل الحال في كثير ممّا ذكره ، فلاحظ وتأمل .

و كيف كان ﴿ فلو وجد الرّقة وكان مضطراً إلى خدمتها ﴾ لمرض أو كبر أو زمانة أو ضخامة أو لرفعة شأن ﴿ أو ﴾ إلى ﴿ ثمناها لنفقته أو كسوته ﴾ له أولعياله الواجب النفقة عليه ، أو لدين وإن لم يطالب به ، أو حق لازم عليه أو نحو ذلك ﴿ لم يجب العتق ﴾ بلا خلاف ولا إشكال .

نعم في المراد من النفقة الوجوه أو الأقوال السابقة التي حكى عن ظاهر المبسوط اختيار الأول منها ، لأنه قال : « إما أن يكون له فضل عن كفايته على الدوام أو وفق الكفاية ، فإن كان له فضل لم يكن من أهل الصيام ، لأنه واجد ، وإن كان له وفق كفايته على الدوام لا يزيد شيئاً ، فإن فرضه الصيام ، وفي الدروس والمسالك وحاشية الكركي وغيرها اختيار الثالث منها ، لأن الكفارة بمنزلة الدين الذي يستثنى منه ذلك بالنسبة إلى القوت .

وفي المسالك « وأما الكسوة المحتاج إليها في الوقت فمستثناة وإن بقيت بعد ذلك مدة طويلة بغير خلاف ، وكذلك المسكن والخادم - ثم قال :- وحيث كان المعتمر قوت اليوم والليلة فلو كانت مؤونته تستدر من ضيعة أو تجارة ويحصل منهما كفايته بلا مزيد ولو باعهما لتحصيل عبيد كان ممكناً لارتد إلى حد المساكين كلف ذلك ، واستثنى مؤونته ممّا ذكر ، ولو اعتبرنا قوت السنة أو الدوام لم يقع ، واختلف كلام العلامة ، ففي التحريم أو جب بيعهما ، وفي القواعد قطع بعدم الوجوب ، مع أنه لم يبيّن المراد من النفقة المستثناة له ، ولكن هذا يشعر باستثناء أزيد من قوت

اليوم والليله ،

ورده في الرّياض بعد أن حكاه عن الدّروس و جماعة مستدلاً له بصدق الوجدان لغة " بأنه معارض بعدم الصدق عرفاً وعادة ، وهو الأرجح حيثما حصل بينهما معارضة ، مع التأييد بأصالة البراءة والأولوية المستفادة من نفى الزكاة التي هي أعظم الفرائض بعد الصلاة عن مثله بالاجماع والأدلة ، مع منافاة الوجوب حينئذ للملكة السهلة السّمتحة ، واستلزامه العسر والحرج في الشريعة المحمدية على المتصدع بها ألف صلاة وسلام وتحيّة ، فالقول بذلك بعيد غاية كالقول الأوّل ، فإذا الأوسط أوجه .

قلت : لا يخفى عليك ما في جميع ذلك بعد الاحاطة بما ذكرناه من أن المراد بالوجدان السّعة وعدمه عدمها ، ولعلّ إيكالهما إلى العرف أولى من ذلك كلّهُ ، وقياس مانحن فيه على الدّين ليس من مذهبنا وتقدير النفقة بما سمعت لا مدخلية له فيما نحن فيه ، ضرورة عدم كونها عنواناً لحكم شرعي هنا في شيء من الكتاب والسنة ، كما أنه لا مدخلية هنا لملاحظة ذكر المستثنيات في الدّين عيناً أو قيمة بناءً على أن الكفّارة منه ، ضرورة عدم مناسبة ذلك للخلاف بينهم في اعتبار نفقة السنة أو تمام العمر الذي من المعلوم عدم ملاحظة مثله في وفاء الدّين الذي قد يمنع شموله لمثل المقام ، خصوصاً بعد ملاحظة ذكرهم له في باب المفلس الذي لا يكون إلاّ في حقوق الناس دون حقوق الله تعالى ، ودعوى الأولوية على وجه يقطع العقل بها ممنوعة ، فلا مدرك للمسألة حينئذ إلاّ ما ذكرناه من كون المطعّين في وجوب العتق كون المكلف ذا جديّة أي سعة في المال ، والعرف صالح لتشخيصه .

وإن أبيت جعلت المراد الغنى الشرعي المقابل للفقير كذلك ، وحينئذ فاستثناء الأمور المذكورة لصدق عدم الجدة فيمن لا يملك سواها ، لا للاستثناء في الدّين الذي منه الكفّارة ، بل لو فرض تعدّد بعضها عنده لم يجب عليه بيعه في العتق مع عدم صدق الجدة به .

وبذلك كله ظهر لك أن الوجه فيما ذكره المصنف * و * غيره من أنه * لا يباع المسكن ولا ثياب الجسد * ولا غيرها مما ذكر في الدين كدابة الر كوب للحاجة أو للشرف وغيرها ما قلناه من عدم صدق الجدة .

بل والنظر في قولهم : * وبيع ما يفضل عن قدر الحاجة من المسكن * إذا فرض عدم تحقق صدق الجدة * و * السعة به ، نعم لا بأس بقولهم * لا يباع الخادم على المرتفع عن مباشرة الخدمة * لكن لما ذكرناه ، لا لما ذكره من كونه مستثنى في الدين .

ومنه يعلم النظر في قولهم : * وبيع على من جرت عادته بخدمة نفسه إلا مع المرض المحوج إلى الخدمة * بناء على عدم تحقق صدق الجدة عليه بذلك .

* و * كذا الكلام فيما * لو كان الخادم غالباً بحيث يتمكن من الاستبدال منه ببعض ثمنه * الذي * قيل * فيه * يلزم بيعه ، لا مكان الغنى عنه * وقيل : لا يلزم ، لاطلاق ما دل على استثنائه في الدين * وكذا قيل في المسكن إذا كان غالباً وأمكن تحصيل البديل ببعض الثمن * بحيث يبيعه ، لا مكان الجميع بين الأمرين .

* و * لكن * الأشبه * عند المصنف وغيره * أنه لا يباع تمسكاً بعموم النهي عن بيع المسكن * في الدين ، وقد عرفت أن التحقيق دوران الأمر على صدق الجدة وعدمه .

ومنه يعلم الحال في كثير من كلماتهم في المقام على اختلافها ، حتى ذكر الوجهين فيمن وجد الرقبة بأزيد من ثمن المثل المبني على ما ذكره في التيمم من الوجوب للمقدمة ، ومن عدمه لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » المشعر باتحاد المراد من عدم الوجدان في الموضعين ، إن هو كما نرى بعد الإحاطة بما ذكرناه من كون المدار على صدق الجدة وعدمها ، نعم لو فرض معها توقف شراء الرقبة مثلاً على بذل الزائد المستلزم قبضاً أو ضرراً رجح على باب المقدمة كما حققناه في محله .

وبالجملة ليس المراد من عدم الوجدان هنا ما أُريد به هناك ، كما هو ظاهر بعضهم أو صريحه حتى فرّع في المقام بعض ما ذكر هناك ، كما عرفت الحال مفصلاً .

بقي الكلام في شيء ، وهو ما ذكره من الأجزاء لو تكلف غير الواجد فأعتق ، بل ربما ادعى الإجماع عليه إلا مع فرض النسيء عنه ، ومثل بمن اشترى الرقبة مع وجود الدين المطالب به ، ونوقش بعدم اقتضاء الأمر بشيء النسيء عن ضده ، والائتم بترك الوفاء لا يقتضي فساد العتق ، ولعل الوجه في أصل الحكم بعد الإجماع المزبور دعوى ظهور الأدلة في إرادة التخفيف برفع الوجوب العيني مع عدم الجدة لأصل المشروعية ، والله العالم .

﴿ وكيف كان فلا خلاف في أنه ﴾ مع تحقق العجز عن العتق يلزم ﴿ الحر ﴾ في الظهار والقتل خطأ صوم شهرين متتابعين ﴿ بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى الكتاب (١) والسنة (٢) المستفيضة أو المتواترة .

﴿ و ﴾ المشهور بل قيل عليه عامة من تأخر بل عن الخلاف الإجماع عليه أن ﴿ على المملوك صوم شهر ﴾ للصحيح (٣) « الحر » والمملوك سواء ، غير أن على المملوك نصف ما على الحر من الكفارة ، وليس عليه صدقة ولا عتق ، وخبر محمد بن حمز ان (٤) عن الصادق عليه السلام « سألت عن المملوك أعليه ظهار ؟ فقال : نصف ما على الحر » : صوم شهر ، وليس عليه كفارة من صدقة وعتق ، ونحوه غيره (٥) المنجبرين بما سمعت إن كان في سنديهما ضعف المعتضدين بغلبة التنصيف ، بل قيل : إنها قاعدة ، وبذلك كله تخص الآية بناءً على ما حققناه في الأصول من جواز تخصيص الكتاب بخبر الواحد إن لم نقل بظهورها في الحر ، وإلا فلا حاجة إلى التخصيص ، والاختصاص بالظهار يدفعه عدم القول بالفرق بينه وبين القتل خطأ ، فما

(١) سورة النساء : ٤ - الآية ٩٢ وسورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٢ .

(٢) الوسائل الباب ١ - ١٠ من أبواب الكفارات .

(٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب ١٢ - من كتاب الظهار الحديث ٢ - ١ - ٣ .

عن الحلبي و ابني زهرة وإدريس من كونه كالحرّ فيهما حينئذ واضح الضعف على أصولنا .

ولو أعتق قبل الأداء وجب الشهران بناءً على ما استعرفه من أن العبرة عندنا بحالة الأداء ولو أعتق بعد التلبّس بالصوم فكذلك يجب عليه الشهران على إشكال ، من أن العبرة بأول الأداء ، ولذا لا يجب عليه العتق إذا أيسر ، واحتمال كون مجموع الصوم عبادة واحدة ، ولأن السبب في حقه سبب لصوم شهر ، فلا يتسبب لصوم شهرين ، ومن أنه إنما كان يكفيه شهر للرق وقد زال ، مع كون الظاهر أن صوم كل يوم عبادة مغايرة لصوم آخر ، وإنما كان العبرة بأول الاداء في سقوطه الخصلة المتقدمة .

أما لو أفسد ما شرع فيه من الصوم فانه يجب عليه الشهران قطعاً بناءً على وجوب العتق على المكفر إذا أيسر قبل التلبّس ، فانه حينئذ كمن لم يشرع ، وكذا لو أيسر وأفسد تعيين العتق عليه بناءً عليه ، وقد يحتمل عدم تعيين الشهرين عليه ، وكذا العتق .

وأما المبعّض فيحتمل إلحاقه بالحرّة لاطلاق الأدلة المقتصر في الخروج منها على المملوك ، ويحتمل ملاحظة النسبة فيه ، ولعلّ الأول أحوط إن لم يكن أقوى .

ولو وجد بالجزء الحرّ ما لا يفي بالعتق وجب عليه العتق للوجدان ، وعن العامة قول بأنه ليس له بناءً على أنه يقتضى الولاء وهو ليس أهلاً له .

وعلى كل حال ﴿ فان أفطر ﴾ الحرّ ﴿ في الشهر الأول من غير عذر استأنف ﴾ لفوات التتابع الذي هو شرط في الأجزاء عن الكفارة بلا خلاف ﴿ وإن كان لعذر بنى ﴾ على صومه ، ولم ينقطع تنابعه للأدلة ﴿ وإن صام من الثاني و لو يوماً أتم ﴾ وإن لم يتابع في الباقي ، لتحقق التتابع في الشهرين و لو شرعاً لذلك .

﴿ وهل يأثم مع الإفطار؟ فيه تردد ﴾ وخلاف ﴿ أشبهه عدم الإثم ﴾
 وفقاً للأكثر كما أشبعنا الكلام في كتاب الصوم (١) في ذلك كله ، بل وفي إلحاق
 التتابع بنذر وشبهه به ، بل وفي الاجتزاء به لو كان في شهر بنذر ونحوه بصوم
 خمسة عشر يوماً وفي إلحاق كفارة العبد به ، بل وفي تحقيق العذر الذي لا يقطع
 التتابع ﴿ و ﴾ إن قال المصنف هنا : ﴿ العذر الذي يصح معه البناء الحيض والنفاس
 والمرض والإغماء والجنون ، وأما السفر فان اضطر إليه كان عذراً وإلا كان قاطعاً
 للتتابع ﴾ .

﴿ ولو أفطرت الحامل أو المرضع خوفاً على أنفسهما لم ينقطع التتابع ،
 ولو أفطرتا خوفاً على الولد قال في المبسوط : ينقطع ، وفي الخلاف لا ينقطع ، وهو
 أشبه ﴾ .

﴿ ولو أكره على الإفطار لم ينقطع التتابع ، سواء كان إجباراً كمن وجر
 الماء في حلقه أو لم يكن كمن ضرب حتى أكل ، وهو اختيار الشيخ في الخلاف ،
 وفي المبسوط قال بالفرق ﴾ .

﴿ ولو عرض في أثناء الشهر الأول زمان لا يصح صومه عن الكفارة كشهر
 رمضان والأضحى بطل التتابع ﴾ لكن تحقيق ذلك كله وغيره من المباحث قد
 أشبعناه في كتاب الصوم (٢) فلا نعيده ، فلاحظ وتأمل .

وأما ﴿ القول في الإطعام ﴾ أحكامه فلا خلاف ولا إشكال في أنه ﴿ يتعين ﴾
 أي ﴿ الإطعام في المرتبة مع العجز عن الصيام ﴾ أصلاً بالهرم ونحوه ، قيل وبالمرض
 المانع منه أو ما يحصل به مشقة شديدة وإن رجاءه ، وبالخوف من زيادته ، وفيه منع
 صدق إطلاق عدم الاستطاعة مع رجاء البرء ، خصوصاً مع قصر الزمان ، ولعل المسألة
 من مسألة جواز البدار لذوي الأعذار مع رجاء الزوال أو يجب عليهم الانتظار ،

(١) ج ١٧ - ص ٧١-٨٦ .

(٢) ج ١٧ - ص ٨٧-٨٩ .

وكان الفاضل في القواعد اختار الثاني هنا ، حيث قال : « ولو عجز عن الصوم بمرض يرجى زواله لم يجز الانتقال إلى الإطعام إلا من الضرر كالظهار » وقبعه في كشف اللثام قال : « ومن العامة من أجازته إذا ظن استمراره شهرين ، لصدق أنه لا يستطيع الصوم » إلى آخره .

و الصحيح إذا خاف الضرر بالصوم انتقل إلى الإطعام ، لشمول عدم الاستطاعة له ، وكذا عدم القدرة في خبر أبي بصير (١) عن الصادق عليه السلام « جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال : يا رسول الله إني ظاهرت من امرأتي فقال : أعتق رقبة ، فقال : ليس عندي ، قال : فسم شهرين متتابعين . قال : لا أقدر ، قال : فأطعم ستين مسكيناً » .

هذا وفي القواعد وكشف اللثام أيضاً « وهذا الصوم بخلاف صوم شهر رمضان ، فلا يجوز فيه الإفطار من الصحيح لخوف المرض ، لعموم الأمر بصومه وتعليق التأخير إلى أيام آخر على المرض ، مع أنه لا بد له » وفيه ما لا يخفى من عدم الفرق بين شهر رمضان وغيره من الصوم الواجب .

ولو خاف المظاهر الضرر بترك الوطء مدة وجوب التتابع لشدة شبقه فالأقرب الانتقال إلى الإطعام كما في القواعد ومحكي المبسوط ، أما إذا خاف من شدة الشبق حدوث مرض فهو من خوف الصحيح المرض الذي قد عرفت الحال فيه ، وأما إذا كان الشبق هو الضرر فلا نه ضرر كغيره ، ولا ضرر ولا حرج في الدين ، ويؤيده أن الله تعالى رخص الرفث إلى النساء ليلة الصيام (٢) بعد أن حرّمه لما علم أنهم لا يصبرون ، وقصة سلمة بن صخر (٣) الذي حملته الشبق على أن واقع بعد الظهار في رمضان فقال له النبي صلى الله عليه وآله : « صم شهرين متتابعين ، فقال له : يا رسول الله صلى الله عليه وآله وهل أصابني ما أصابني إلا من الصيام ؟ » .

و كذا قيل : لا يلحق به السفر وإن امتنع حالته ، لأنه مستطيع للصوم

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الكفارات الحديث ٢ .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ١٨٧ .

(٣) المستدرك الباب - ١ - من كتاب الظهار الحديث ٢ .

بالاقامة غالباً ، نعم لو تعذرت أمكن الجواز فيه ، وفيه أن الحضر شرط وجوب الصوم ، ولا يجب على المكلف تحصيل شرط الوجوب ، فيمكن حينئذ دعوى صدق عدم الاستطاعة حاله ، ولا يجب عليه الاقامة تحصيلاً للشرط .

﴿ و ﴾ كيف كان ف﴿ يجب إطعام العدد ﴾ و لو بالتسليم إلى المستحق ﴿ لكل واحد مد ﴾ وفاقاً للمشهور بين الأصحاب خصوصاً المتأخرين ، لأصالة براءة الذمة من الزائد ، بعد الاجماع على عدم جواز الأقل وكفايته غالباً ، وللمنصوص المستفيضة أو المتواترة الواردة في كفارة اليمين (١) المتممة بعدم القول بالفصل ، مضافاً إلى خصوص ما ورد (٢) في كفارة القتل خطأ و كفارة شهر رمضان من الخمسة عشر صاعاً (٣) وما سمعته سابقاً من حديث الأعرابي (٤) الذي دفع له النبي ﷺ مكتل التمر الذي فيه خمسة عشر صاعاً ، وغير ذلك .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ قيل ﴾ كما عن الخلاف والمبسوط والنهاية والتبيان ومجمع البيان والوسيلة والاصباح : ﴿ مدان ﴾ مع الفدرة ﴿ ومع العجز مد ﴾ بل عن صريح أول وظاهر الرابع والخامس الاجماع عليه ، للاحتياط المتعارض في بعض صوره .

﴿ و ﴾ حينئذ فلا ريب في أن ﴿ الأول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التي مقتضاها العمل بالنصوص (٥) المستفيضة أو المتواترة التي فيها التصحيح وغيره ، ومروية في الكتب الأربعة وغيرها المعتمدة مع ذلك بالأصول والعمل وغيرهما ، السالمة عن المعارض المكافئة لها ، إذ ليس هو إلا الاجماع الذي قد عرفت حاله ،

(١) الوسائل الباب -١٤- من أبواب الكفارات .

(٢) الوسائل الباب -١٠- من أبواب الكفارات .

(٣) الوسائل الباب -٨- من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ٥ و ١٠ من كتاب

الصوم .

(٤) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٩٠ .

(٥) الوسائل الباب -١٤- من أبواب الكفارات الحديث - .

وإلا خبر أبي بصير (١) عن أحدهما عليه السلام « في كفارة الظهار تصدق على ستين مسكيناً ثلاثين صاعاً لكل مسكين مدّين مدّين، والمرسل (٢) عن علي عليه السلام « في الظهار يطعم ستين مسكيناً ، كل مسكين نصف صاع ، اللذين ينبغي حملهما على ضرب من الندب ، بل يمكن أن يكون ذلك منتهى الزيادة على المدّ التي قد ذكر استحبها غير واحد من الأصحاب المقدرة في صحيح الحلبي (٣) بحفنة ، وفي حسن هشام (٤) عن الصادق عليه السلام « في كفارة اليمين مدّ من حنطة وحفنة ، لتكون الحفنة في طحنه وحطبه » .

بل عن الاسكافي وجوبها ، لظاهر الخبرين المزبورين وإن كان هو ضعيفاً ، لخلو معظم النصوص (٥) المعتمدة بالعمل الواردة في مقام البيان عنها . ومن هنا كان المتجه حملهما على الندب ، فيكون حينئذ أقله الحفنة وأعلاه المدّ .

و نحو ذلك الاشباع المقدّر في المشهور بالمرة ، لا إطلاق أكثر النصوص المتحقق صدق امتثاله بالمرة ، بل في صحيحة أبي بصير (٦) منها عن الباقر عليه السلام « يشبعهم مرة واحدة » ، لكن عن المفيد أنه اعتبر في الأيمان يشبعهم طول يومهم ولم يذكر المدّ إلا في القتل ، وعن سلال فيها أيضاً « إطعامهم لكل واحد شبعة في يومه ، ولا يكون فيه صبي ولا شيخ كبير ولا مريض ، وأدنى ما يطعم كل واحد منهم مدّاً ، وعن الوسيلة « أنه إذا أطعمهم أشبعهم ، وإن أعطاهم الطعام لزمه لكل مسكين مدان في السعة ومدّ في الضرورة » ، وعن القاضي « فليطعم كل واحد منهم شبعة في يومه ، فإن لم يقدر أطعمه مدّاً من طعام » ، وعن أبي علي « هو مختير بين أن يطعم دون التملك غداهم وعشاها في ذلك اليوم ، وإذا أراد تملك الإنسان الطعام أعطى كل إنسان منهم مدّاً وزيادة عليه بقدر ما يكون لطحنه وخبزه وإدامه » ، وعن التقي وابن زهرة الاقتصار على الاشباع في يومه ، وفي خبر سماعة بن

(١) الوسائل الباب -١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٦ .

(٢) دعائم الاسلام ج ٢ ص ٢٧٨ ط مصر عام ١٣٧٩ .

(٣) (٤٠٣ و ٥ و ٦) الوسائل الباب -١٤- من أبواب الكفارات الحديث ١٠-٢-٥٠ .

مهران (١) عن أبي عبد الله عليه السلام : سألته عن قول الله تعالى (٢) من أوسط ما تطعمون أهليكم ، قال : ما يأكل أهل البيت يشبعهم يوماً ، وكان يعجبه مد لكل مسكين ، الحديث .

ولعل التأمل في ذلك أجمع يقتضي إرادة استحباب الزيادة على المد ، وحدها المد الآخر ، فتخرج المسألة حينئذ عن الخلاف ، وعلى تقديره فقد عرفت أن الأقوى المد واستحباب الزيادة عليه إلى مد آخر .

وأما الجمع بين النصوص بالتفصيل بين حالي القدرة والعجز فهو - مع أنه لا شاهد له - فرع المكافئة المفقودة من وجوه ، كالجمع بالتفصيل بين كفارة الظهار وغيرها ، فيجب مدان في الأولى ومد في غيرها الذي ادعى مخالفته للاجماع ، ولعله كذلك .

هذا وفي المسالك : المعتبر من المد الوزن لا الكيل عندنا ، لأن المد الشرعي مر كب من الرطل ، والرطل مر كب من كلب من الدرههم ، والدرههم مر كب من وزن الحبات ، وير كب من المد الصاع ، ومن الصاع الوسق ، فالوزن أصل الجميع ، وإنما عدل إلى الكيل في بعض المواضع تخفيفاً ، وتظهر الفائدة في اعتبار الشعير بالكيل والوزن ، فانهما مختلفان جداً بالنسبة إلى مقدار البر بالكيل .

قلت : كما جاء التقدير بالمد وليس له مكيال معروف جاء التقدير بالصاع هنا ، كما سمعته من الأمر (٣) بدفع خمسة عشر صاعاً ، ومن المعلوم أنه مكيال معروف ، فيجوز الدفع به حينئذ من دون ملاحظة الوزن اللهم إلا أن يقال : إن مرجعه إلى الوزن ، إذ هو أربعة أمداد ، وقد عرفت أن ضبط المد بالميزان ، فتأمل جيداً .

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات الحديث ٩ .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ٨٩ .

(٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ٥ من كتاب

الصوم .

﴿ و ﴾ كيف كان في ﴿ لا يجزىء ﴾ عندنا مع الاختيار ﴿ إعطاء مادون العدد المعتبر وإن كان بقدر إطعام العدد ﴾ لعدم صدق الامتنال، ولموثق ابن عمار (١) « سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن إطعام عشرة مساكين أو إطعام ستين مسكيناً أيجمع ذلك لإنسان واحد يعطاه ؟ فقال : لا ، ولكن يعطي إنسان إنساناً ، كما قال الله تعالى ، نعم لو دفعه لواحد ثم اشتراه منه مثلاً ثم دفعه لآخر وهكذا إلى تمام الستين أجزاء بلا خلاف ولا إشكال .

﴿ و ﴾ على كل حال في ﴿ لا يجوز التكرار عليهم من الكفارة الواحدة ﴾ ولو في أيام متعددة ، لا المتعددة التي لا خلاف في جواز التكرار فيها حينئذٍ ﴿ مع التمكن من العدد ﴾ خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة ، فاجتزأ بالصرف إلى واحد في ستين يوماً ﴿ و ﴾ ضعفه واضح .

نعم ﴿ يجوز ﴾ ذلك في المشهور ﴿ مع التعذر ﴾ بل لم أقف فيه على مخالف صريح معتد به ، كما اعترف به غيرنا أيضاً ، بل في كشف اللثام يظهر من الخلاف الاتفاق عليه ، لخبر السكوني (٢) المنجبر بالعمل عن أبي عبد الله عليه السلام « قال أمير المؤمنين عليه السلام : إن لم يجد في الكفارة إلا الرجل والرجلين فلتكرر عليهم حتى يستكمل العشرة يعطيهم اليوم ثم يعطيهم غداً ، واحتمال التقية من أبي حنيفة بقريضة كون الرجل أو مناهم يدفعه اشتماله على اشتراط جواز ذلك بعدم وجدان غير الرجل والرجلين ، وهو مناف لما سمعته من أبي حنيفة من إطلاق الاجتزاء بذلك ، فلا بأس بتقييد الإطلاق به ، فضلاً عن الخروج به عن الأصول .

فما عساه يظهر من بعض - من الميل إلى وجوب الصبر إلى حال التمكن - واضح الضعف ، ولكن ظاهر الخبر المزبور وبعض فتاوى الأصحاب ملاحظة التعدد في الأيام ، ولا ريب في أنه أحوط ، هذا كله في المتعددة .

وأما المتعددة فلا خلاف بلا إشكال في جواز الإيعطاء لواحد وإن تمكن من

الغير ، من غير فرق بين التسليم والاشباع ، فيحتسب حينئذ إشباع المسكين مرتين بمسكينين ولو في يوم واحد ، وإن ظهر من الدُّروس نوع توقف فيه ، قال : « ولو تعدت الكفارات جاز أن يعطى الواحد ليومه من كل واحدة مداً ، وعلى القول بأجزاء الإشباع لو أطعم مسكيناً مرتين غداءً وعشاءً في يوم ففي احتسابه بمسكينين احتمال ، سواء وجد غيره أو لا » .

﴿ ويجب أن يطعم من أوسط ما يطعم أهله ، ﴾ لكن ﴿ لو أعطى ما يغلب على قوت البلد جاز ﴾ وإن لم يكن من طعام أهله ، وتبعه الفاضل في القواعد ، ومرجه إلى ما في المسالك من أن « المعتمد في الكفارة من جنس الطعام القوت الغالب من الحنطة والشعير ودقيقهما وخبزهما - إلى أن قال - : ويجزئ التمر والزبيب » بعد أن حمل آية الأوسط (١) على التَّدْب .

وقد تبع بذلك ما في الدُّروس من أنه « يجب الإطعام بما يسمي طعاماً ، كالحنطة والشعير ودقيقهما وخبزهما ، وقيل : يجب في كفارة اليمين أن يطعم من أوسط ما يطعم أهله ، للآية وحمل على الأفضل ، ويجزئ التمر والزبيب » .

وقد أشار بالقليل إلى ما عن ابن إدريس من أنه « يجوز أن يخرج حباً ودقيقاً وخبزاً وكلّما يسمى طعاماً إلا كفارة اليمين ، فإنه يجب عليه أن يخرج من الطعام الذي يطعم أهله للآية » (٢) واختاره في محكي التحرير .

وعن ابن حمزة « أن فرضه غالب قوته فإن أطعم خيراً منه فقد أحسن ، وإن أطعم دونه جاز إذا كان ممّا يجب فيه الزكاة » .

وعن المفيد ره « ينبغي أن يطعم المسكين من أوسط ما يطعم أهله ، وإن أطعم أعلى من ذلك كان أفضل ، ولا يطعم من أدون ما يأكل هو وأهله من الأقوات » .

وفي محكي الخلاف « كلّما يسمى طعاماً يجوز إخراجها في الكفارة ، وروى

أصحابنا (١) أن أفضله الخبز واللحم ، وأوسطه الخبز والزيت ، وأدونه الخبز والملح - واستدل باجماع الفرقه بقوله تعالى (٢) : « فإطعام ستين مسكيناً » قال :- وكل ذلك يسمى طعاماً في اللغة ، فيجب أن يجري مجرى الخبز في الحكم الظاهر . وفي النافع « يجب أن يطعم ما يغلب على قوته » بل في الرياض حكايته عن المبسوط وجماعة .

وفي كشف الكتمان عن ظهاره « الواجب في الإطعام في الكفارة من غالب قوت البلد وكذلك زكاة الفطرة ، وقال قوم : يجب ممّا يطعم أهله ، وهو الأقوى للظاهر ، فإن أخرج من غالب قوت البلد وهو ممّا يجب فيه الزكاة أجزأه فإن أخرج فوقه فهو أفضل وإن أخرج دونه فإن كان ممّا لا يجب فيه الزكاة لم يجزه وإن كان ممّا يجب فيه الزكاة فعلى قولين ، وإن كان قوت البلد ممّا لا يجب فيه الزكاة فإن كان غير الأقط لم يجزه وإن كان أقطاً قيل : فيه وجهان : أحدهما يجزؤه ، والثاني لا يجزؤه ، لأنه مما لا يجب فيه الزكاة ، والذي ورد به نص أصحابنا أن أفضله الخبز واللحم ، وأوسطه الخبز والخل والزيت ، وأدونه الخبز والملح » وعن كفاراته « ويخرج من غالب قوت أهله بلده ، قال : فإن كان في موضع قوت البلد اللبن والأقط واللحم أخرج منه » .

وفيه أيضاً عن خلافه « أنه نص على وجوب ما يغلب على قوته وقوت أهله لا البلد ، واستدل بالآية (٣) وقال : أوجب من أوسط ما نطعم أهلنا ، وهو دون ما يطعم أهل البلد » .

وعن الفاضل في المختلف أنه استقرب إيجاب الحنطة والدقيق ، وفي نهاية المرام

(١) اشارة الى ما رواه في الوسائل في الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات الحديث ٢

و ٣ و ٥ و ٩ .

(٢) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٤ .

(٣) سورة المائدة : ٥ - الآية ٨٩ .

والكفاية والرّياض أن الأولى الافتصار على إطعام المدّ من الحنطة والدقيق إلّا أن الأخير منهم نفى البأس عمّا سمعته سابقاً من الخلاف من الاجتزاء بكلّ ما يسمى طعاماً ترجيحاً للغة هنا على العرف والعادة بالاجماع الذي حكاه على ذلك ، الذي منه ينبغي حمل الآية على التدب ، وكأنّه أشار إلى ما في الصحاح من أن الطعام ما يؤكل ، قال : « وربما خص بالطعام البر » إلى غير ذلك من كلماتهم المختلفة أشدّ اختلاف ، بل بعضها لا يرجع إلى حاصل ، ولا يعرف له مستند .

وأما النصوص الواردة في تفسير الأوسط في كفارة اليمين فمنها ما هو ظاهر في إرادة التوسط في الجنس ، نحو خبر أبي بصير (١) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن أوسط ما تطعمون أهليكم ، قال : ما تقوتون به عيالكم من أوسط ذلك ، قلت : وما أوسط ذلك ؟ فقال : الخبز والزيت والتمر والخبز تشبعهم به مرة واحدة ، الحديث . وغيره (٢) ومنها ما هو ظاهر في إرادة التوسط في المقدار ، كخبره الآخر (٣) قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ (٤) من أوسط - إلى آخرها - قال : قوت عيالك ، والقوت يومئذ مدّ ، الحديث . ولا يبعد إرادتهما معاً من الأوسط .

قلت : قد يقوى في النظر الاجتزاء بكلّ ما يؤكل ويسمى طعاماً لو كان الامتنال بالاشباع ، لاطلاق النصوص (٥) الاكتفاء باشباعهم بما يسمى طعاماً الذي قد عرفت أن في اللغة الطعام لكلّ ما يؤكل ، فضلاً عن الإطعام الذي هو في العرف كذلك أيضاً ، فيصدق حينئذ بالاشباع من الفواكه والمربيات وغيرها ممّا هو أعلى منها أو أدنى .

(١ و ٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات الحديث ٥ - ٣ .

(٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات الحديث ١٠ .

(٤) سورة المائدة : ٥ - الآية ٨٩ .

(٥) الوسائل الباب - ١٢ و ١٤ - من أبواب الكفارات .

و وجوب المدّ من الحنطة والدقيق أو التمر ، بل مطلق الأقوات الغالبة لو كان بالتسليم ، حملاً لمطلق المدّ في النصوص (١) الكثيرة على ما في صحيح الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام المتقدم سابقاً « لكل مسكين مدّ من حنطة أو مدّ من دقيق وحنفة » إلى آخره المعتضد بخبر الثمالي (٣) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عمن قال والله ثمّ لم يف ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : كفّارته إطعام عشرة مساكين مدّاً مدّاً دقيق أو حنطة » الحديث . وغيره (٤) وعلى ما في النصوص السابقة من التصريح بالإحتزاء (٥) وعلى مطلق الأقوات الغالبة لغالب الناس بناءً على أن المراد من الأوسط إلى آخره ذلك ، لأنّه يقتضي الإضافة إلى « أهليكم » الشامل لأهل المكفر وغيره ، فيراد من « أوسط » ما تطعمه الناس ، وعلى أنّه لا فرق بين كفارة اليمين وغيرها في المراد من الإطعام المعتبر فيها وإن كانت الآية خاصة بكفارة اليمين ، فيكون المحصل من الجميع ما ذكرنا .

وقد يشهد لما ذكرنا في الجملة خبر أبي جميلة (٦) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « في كفارة اليمين عتق رقبة أو إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم ، والوسط الخلّ والزيت ، وأرفعه الخبز واللحم ، والصدقة مدّ مدّ من حنطة لكل مسكين » وخبر زرارة (٧) عن أبي عبد الله عليه السلام « في كفارة اليمين عتق رقبة أو إطعام عشرة مساكين ، والإدام والوسط الخلّ والزيت . وأرفعه الخبز واللحم ، والصدقة مدّ لكل مسكين » الحديث . إذ المراد من قوله عليه السلام : « والصدقة » فيهما الإشارة إلى القسم الثاني من الكفارة الذي هو التسليم .

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات .

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات الحديث ١ - ٣ .

(٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات الحديث ٨ و ١٠ .

(٥) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات الحديث ١٣ و الباب - ١٤ - منها

الحديث ٧ .

(٦) (٧) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات الحديث ٢ - ٩ .

بل قد يقال : اختلاف الأصحاب في ذلك بالنسبة إلى هذا القسم من الكفارة لا الاشباع الذي لا تقدير فيه بالمد قطعاً .

بل لعل عبارة المتن والقواعد ظاهرة في ذلك ، حيث فرق ، فيهما بين الاطعام والاعطاء ، فاجتزأ بالثاني بالغالب من قوت البلد ، وأوجب في الأول الاطعام من أوسط ما يطعم أهله المعلوم إرادة الوجوب التخييري بينه وبين الأعلى ، بل والأدنى ، لما سمعته من النص (١) والفتوى على الاجتزاء بالثلاثة في الاطعام ، كما أشار إليه المصنف بقوله : ﴿ ويستحب أن يضم إليه إداماً : أعلاه اللحم وأوسطه الخل ﴾ والزيت ﴿ وأدونه الملح ﴾ .

قال الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي (٢) في قول الله عز وجل (٣) : من أوسط ما تطعمون أهليكم : هو كما يكون في البيت من يأكل المد ، ومنهم من يأكل أكثر من المد ، ومنهم من يأكل أقل من المد فبين ذلك ، وإن شئت جعلت لهم أدماً ، والأدم أدناه ملح ، وأوسطه الخل والزيت ، وأرفعه اللحم ، وقد سمعت قوله عليه السلام أيضاً في خبري أبي جميلة (٤) ووزارة (٥) السابقين .

بل عن المفيد وسائر إيجاب ذلك للخبرين المزبورين وإن كان هو خلاف المشهور ، بل الخبران المزبوران قاصران عن إفادة الوجوب ، خصوصاً بعد تفسيرهما للوسط بذلك المشعر بعدم أجزاء غيره ، مع أنهما لم يقولوا به ، بل ولم يقل به أحد ، على أنهما غير مكافئين للصحيح المزبور الظاهر أو الصريح في عدم الوجوب ، للتعليق فيه على المشيئة المعتضد باطلاق أدلة الاطعام كتاباً (٦) وسنة (٧)

(١) الوسائل الباب -١٣- من أبواب الكفارات الحديث ٢ و ٣ و ٥ و ٩ .

(٢) الوسائل الباب -١٣- من أبواب الكفارات الحديث ٣ .

(٣) سورة المائدة : ٥ - الآية ٨٩ .

(٤) (٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الكفارات الحديث ٢ - ٩ .

(٦) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٤ .

(٧) الوسائل الباب -١٢ و ١٣- من أبواب الكفارات .

فلا بد من حمل الأمر فيهما على أفضلية الفرد المزبور من الإطعام على غيره مما هو أدنى منه .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف كما لا إشكال في أنه ﴿ يجوز أن يعطى العدد ﴾ المأمور به في الكفارة عشرة أو ستين ﴿ متفرقين أو مجتمعين إطعاماً ونسليماً ﴾ لصدق الامتثال وإن قال في الدرر : « هو الأفضل ، بل الظاهر الاجتزاء بالتفريق ، فيطعم بعضاً ويسلم آخر ، للصدق المزبور أيضاً . »

﴿ و ﴾ كذا لا إشكال في أنه ﴿ يجزىء إخراج الحنطة والدقيق والخبز ﴾ بل والتمر للتصريح بها في النصوص (١) التي تقدمت .

﴿ ولا يجزىء إطعام الصغار منفردين ﴾ محتسباً بهم من العدد إلا مع احتساب الاثنين بواحد ، وفقاً للمشهور ، بل في الرياض نفى الخلاف فيه إلا من بعض المتأخرين فاجتزأ به ، للاطلاق الذي يجب تقييده بمفهوم الخبرين (٢) الاثنين المحمول ما فيهما من الاختصاص بكفارة اليمين على المثال لغيرها ، ولو بقريئة الشهرة ، المؤيدة باستبعاد الفرق مع اتحاد الأمر فيهما بإطعام المسكين ، بل يمكن دعوى ظهور ذلك في إرادة بيان كيفية الإطعام في جميع الكفارات وإن ذكر ذلك في كفارة اليمين .

﴿ ويجوز ﴾ إطعامهم ﴿ منضمين ﴾ مع الكبار محتسباً بهم من العدد ، من غير فرق بين كفارة اليمين وغيرها أيضاً ، وفقاً للمشهور أيضاً ، بل عن المبسوط والخلاف نفى الخلاف فيه ، وكأنه لم يعتن بخلاف المفيد المانع على ما قيل من إطعامهم مطلقاً في صورتي الانفراد والاجتماع مع عدد الاثنين بواحد وعدمه ، ولعله لشذوذه ومخالفته لإطلاق الأدلة وخصوصها .

قال الصادق عليه السلام في خبر غياث (٣) : « لا يجزىء إطعام الصغير في كفارة

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات .

(٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الكفارات الحديث ١ و ٢ .

(٣) الوسائل - الباب - ١٧ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

اليمين ، ولكن صغيرين بكبير ، وفي خبر السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عليه السلام « أن علياً عليه السلام قال : من أطعم في كفارة اليمين صغاراً و كباراً فليزود الصغير بقدر ما أكل الكبير » .

بل في صحيح يونس بن عبد الرحمن (٢) عن أبي الحسن عليه السلام « سألت عن رجل عليه كفارة إطعام عشرة مساكين أيعطى الصغار والكبار سواء والرجال والنساء أو يفضل الكبار على الصغار والرجال على النساء ؟ قال : كلهم سواء ، ويتمم إذا لم يقدر على المسلمين وعيالاتهم تمام العدة التي تلزمه أهل الضعف ممن لا ينصب ، إلا أنه ظاهر في فرد التسليم الذي لا خلاف في اتحادهم فيه ، إنما الكلام في فرد الاشباع اللهم إلا أن يدعى تناول الاعطاء لهما ، إلا أنه كما ترى .

وعلى كل حال فقد ظهر لك أن الدليل فيما ذكره المصنف رحمته الله وغيره من أنه عليه السلام لو انفردوا احتسب الاثنان بواحد عليه السلام الخبران المزبوران ، إلا أن الأول منهما مطلق شامل لصورتى الاجتماع و الانفرد ، بل ظاهر الثاني منهما الصورة الأولى ، ومن هنا كان المحكى عن ابن حمزة احتساب الاثنين بواحد مطلقاً ، ومال إليه في الرّياض ، بل ربما حكى عن الاسكافي والصدوق أيضاً ، لكن في كفارة اليمين خاصة وأما في غيرها فيجتزأ بهم مطلقاً كالكبار .

لكن قد يقال : إن قوله عليه السلام في الصحيح المزبور : « ويتمم » (٣) ظاهر في الاجتزاء باطعام المسلم و عياله الذين فيهم الكبار والصغار محتسباً بهم من العدد مع القدرة على ذلك ، وكذا فحوى قوله عليه السلام : في صحيح الحلبي (٤) : « إن من في البيت يأكل أكثر من المدّ وأقلّ » ، إلى آخره ، مؤيداً ذلك باطلاق الأدلة

(١) الوسائل الباب -١٧- من أبواب الكفارات الحديث ٢ .

(٢) ذكر صدره في الباب -١٧- من أبواب الكفارات الحديث ٣ و ذيله في الباب

-١٨- منها الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب -١٨- من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب -١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٣ ، و هو نقل بالمعنى .

المعتضدة بالشهرة ، فتخرج هذه الصورة - أي صورة الانضمام - عن إطلاق خبر غياث (١) وتبقى صورة الانفراد التي يحتمسب فيها الاثنان بواحد .

إلا أن الظاهر مما ذكرناه إرادة التبعية من الانضمام لا مطلق إطعام كبير مع صغير ولو في مجالس متعددة ، كما عساه يتوهم ، بل قد سمعت قول علي عليه السلام : في خبر السكوني (٢) المشتمل على الأمر بزيادة الصغير في صورة إطعامه مع الكبير الذي ينبغي حملها بناءً على ما ذكرناه على غير صورة التبعية من الانضمام ، بل منه يستفاد إرادة قدر ما يأكل الكبير ، وذلك كما يكون باحتساب الصغيرين بواحد يكون باحتساب أكل الصغير مرتين في وقتين مرة ، إذ احتساب الاثنين بواحدة لا يصيرهما مصداقاً لمسكين ، ولعل قوله عليه السلام : « فليزود » إلى آخره ظاهر فيما ذكره في الصورة الثانية ، فتأمل جيداً ، فاني لم أجد شيئاً من ذلك منقحاً في كلامهم .

و من هنا كان الاحتياط بالافتقار على الكبار لا ينبغي تركه ، خصوصاً مع عدم تنقيح للصغير والكبير هنا ، وإن صرح بعضهم بالرجوع فيها هنا إلى العرف ، ويحتمل مراعاة البلوغ وعدمه .

❦ ويستحب الافتقار ❦ في الكفارة ❦ على إطعام المؤمنين ومن هو بحكمهم كالأطفال ❦ التابعين لهم في ذلك وتسليمهم ، بل خيرة الفاضل في القواعد والتحرير والمقداد وجوب ذلك ، بحيث إذا لم يجد آخرها إلى أن يتمكن كما هو المحكي عن بنى الجنيد والبراج وإدريس ، بل عن الأخير منهم اشتراط العدالة مع ذلك . ❦ وفي المبسوط تصرف إلى من تصرف إليه زكاة الفطرة ، ومن لا يجوز زهناك لا يجوز هنا ❦ والمحكي أنها تصرف في المؤمن والمستضعف ، واختاره الفاضل في الارشاد ، وعن النهاية اشتراط الايمان مع الإمكان ، فإن لم يجد تمام العدة كذلك جاز إعطاء المستضعف من المخالفين ، وعن الفاضل في المختلف اختياره .

❦ والوجه ❦ عند المصنف ❦ جواز إطعام المسلم الفاسق ولا يجوز إطعام

الكافر ، و كذا الناصب عليه السلام و مرجعه إلى اشتراط الاسلام فيها دون الايمان ، فيجوز إعطاؤها حينئذ إلى سائر الفرق المخالفة للحق إلا من كان كافراً منهم بخلو أو نصب أو نحوهما ، لاطلاق الأدلة ، وموثق إسحاق بن عمار (١) عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام و قد سأله عن الكفارة قال : قلت : أفنعتيها ضعفاء من غير أهل الولاية ؟ قال : نعم ، و أهل الولاية أحب إلي ، كما أن صحيح يونس بن عبد الرحمن (٢) المتقدم سابقاً دليل ما سمعته من الشيخ في النهاية ، و كأن المصنف جمع بينه و بين الموثق المزبور بالحمل على الذنب الذي هو صريح « أحب إلي » في الموثق ، فيكون الشرط حينئذ له ، لا لأصل الجواز بعد إرادة المؤمنين فيه من « المسلمين » كإرادة الفقير من الضعفاء فيه لا المستضعف ، وهو وإن كان متوجهاً بالنظر إلى ما وصل إلينا من نصوص المقام التي سمعتها ، ولذا اختاره بعض من تأخر عنه ، لكن من المعلوم أنه مواساة و مودة و صلة و نحو ذلك مما لا محل لها إلا المؤمن ، بل كل مادل على منع إعطائها للكافر دال على من كان بحكمه من الفرق المخالفة التي هي أشد من الكفار ، بل لعل التعبير عنها بالصدقة فيما مضى من النصوص (٣) مشعر بكونها من قسم الصدقات الواجبة التي منها الزكاة المتقدم في كتابها اعتبار الايمان فيها ، بل قد تقدم هناك النصوص (٤) المشتملة على المبالغة في المنع عنها و عن الصدقة لهم ، وأنهم ليسوا أهلاً لذلك ، بل لا قربة في دفع نحو هذه الصدقات إليهم ، فلا حظ و تأمل ، فالمتجه حينئذ عدم ترك الاحتياط في ذلك إن لم نقل بقوة اعتباره .

ثم إنه لا ريب في اعتبار المسكنة في مصرفها ، للآية (٥) و الرواية (٦)

(١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الكفارات الحديث ٢ - ١ .

(٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات الحديث ٢ و ٦ و ٩ .

(٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المسفحين للزكاة و الباب - ٢١ - من

أبواب الصدقة من كتاب الزكاة .

(٥) سورة المجادلة : ٥٨ الآية ٤ .

(٦) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات .

والاجماع ، فيختص مصرفها حينئذ في المسكين ، وفي المسالك «ولا يتعدى إلى غيره من أصناف مستحقي الزكاة غير الفقير حتى الفارم وإن استغرق دينه ما له إذا ملك مؤونة السنة وكذا ابن السبيل إن أمكنه أخذ الزكاة أو الاستدانة ، وإلا ففي جواز أخذه نظر ، من حيث إنه حينئذ في معنى المسكين ، ومن أنه قسيم له مطلقا ، و يظهر من الدروس جواز أخذه لها حينئذ ، ونحوه في التنقيح ، بل صرح بأن الأقوى الاقتصاد على المسكين .

و إن كان قد يناقش بصدق اسم الفقير على الفارم المزبور ، بناءً على جواز دفعها للفقير ، إما لأنه أسوأ حالا كما ذهب إليه بعضهم ، إذ يكون أولى حينئذ وإن احتمل عدم الجواز أيضاً لعدم جواز صرف حق طائفة إلى أخرى ، إلا أنه كما ترى ، أو لأن كل واحد من المسكين و الفقير يدخل تحت الآخر حيث ينفرد بالذكر ، وإنما يبحث عن الأسوأ حالا منهما على تقدير الاجتماع ، كآية الزكاة (١) .

نعم لا تصرف في الرقاب ولا في القناطر و نحوها من سهم سبيل الله تعالى شأنه .

أمّا ابن السبيل فقد يقوى في النظر إلحاقه بالفقير كما سمعته من الدروس وإن كان الذي عثرنا عليه منها هنا « ولا يجزىء ابن السبيل إذا أمكنه أخذ الزكاة أو الاستدانة ، ولا الفارم ولا الغازی إذا ملكا مؤونة السنة » بل قد يناقش في الفارم أيضاً باعتبار أن ملكه لمؤونة السنة غير الدين لا يخرج به عن اسم الفقير ، والله العالم .

﴿ مسائل أربع ﴾

﴿ الاولى ﴾

لا خلاف نصاً (١) وفتوى في أن ﴿ كفارة اليمين مخيرة بين العتق والاطعام والكسوة ﴾ وقد عرفت الكلام في الأولين ، و أما الأخير ﴿ فاذا كسى الفقير يجب أن يعطيه ثوبين مع القدرة ، و مع المعجز ثوباً واحداً ﴾ عند الشيخ والقاضي والحلي و ابن زهرة والفاضل في القواعد و ولده في شرحه على ما حكى عن بعضهم ، جمعاً بين ما في صحيح الحلي (٢) عن الصادق عليه السلام « لكل إنسان ثوبان ، وأخبار إسحاق بن عمار (٣) وعلي بن أبي حمزة (٤) و أبي جميلة (٥) عنه عليه السلام أيضاً « و الكسوة ثوبان ، و خبر سماعة بن مهران (٦) عنه عليه السلام أيضاً « ثوبين لكل رجل ، وبين صحيح أبي بصير (٧) عن أبي جعفر عليه السلام « قلت : أو كسوتهم (٨)

(١) الوسائل الباب -١٢- من أبواب الكفارات .

(٢) الوسائل الباب -١٢- من أبواب الكفارات الحديث ١٠ .

(٣ و ٤ و ٦) الوسائل الباب -١٢- من أبواب الكفارات الحديث ١٣ - ٢ - ٩ .

والاول عن أبي خالد القماط .

(٥) الوسائل الباب -١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٢ .

(٧) الوسائل الباب -١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٥ و الباب -١٥- منها

الحديث ٢ .

(٨) سورة المائدة : ٥ - الآية ٩٢ .

(جواهر الكلام - ج ١٧)

قال : ثوب ، و صحيح محمد بن قيس (١) عنه عليه السلام أيضاً « ثوب يوارى عورته ، و خبر معمر (٢) عنه عليه السلام أيضاً « سألتُه عمن وجب عليه الكسوة في كفارة اليمين ، قال : هو ثوب يوارى عورته ، لكنه كما ترى لا شاهد له ، بل لا إشعار في شيء من النصوص به .

﴿ و ﴾ من هنا ﴿ قيل ﴾ كما عن الشيخ والحلي و والد الصدوق و يحيى ابن سعيد ﴿ يجزىء الثوب الواحد مع الاختيار ﴾ بل في المتن ﴿ و هو أشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده ، و تبعه أكثر من تأخر عنه كالفاضل في قوله الآخر و الشهيدين و المقداد و السيمري وغيرهم ، و لعله كذلك ، للأصل و إطلاق الأدلة و انسياق النذب من نظم جميع ما في النصوص المزبورة الذي هو الأمر بثوب و بثوبين ، نحو ما في مرسل الحسين بن (٣) سعيد عن أبي عبدالله عليه السلام « قال رسول الله ﷺ في حديث : و يجزىء في كفارة الظهار صبي ممن ولد في الاسلام ، و في كفارة اليمين ثوب يوارى عورته ، و قال : ثوبان » لأنه حينئذ كالتخيير بين الأقل و الأكثر المحمول على ذلك .

و دعوى ترجيح نصوص الثوبين مطلقاً - بأن خبرهما الصحيح أصح من خبر أبي بصير الصحيح ، لاشتراك أبي بصير نفسه وصحته اضافية ، بخلاف صحيح الحلبي ، و باقي الأخبار شواهد ، لأنها ضعيفة الاسناد أو مرسله ، فان محمد بن قيس الذي يروى عن الباقر عليه السلام مشترك بين الثقة وغيره ، و خبر الحسين بن سعيد مرسل ، و معمر ابن عثمان مجهول فلا تكافؤ حتى يجمع بينها بذلك ، و من هنا كان المطحكي عن الصدوق و المفيد و الشيخ في الخلاف و سلال و ابن حمزة و الكيدري إطلاق وجوب الثوبين بل عن الخلاف الاجماع عليه - يدفعها منع الاشتراك في راوي الصحيحين ، مع وجود القرينة على الثقة في أحدهما ، و المجمع على تصحيح رواياته في الثاني ، بل خبر معمر محتمل الصحة ، لما يحكي من وجود « ابن يحيى » بدل « ابن عثمان »

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الكفارات الحديث ٢ - ٣ .

في بعض النسخ ، مع أن في سنده من أجمع على تصحيح ما يصح عنه ، ومن هنا قيل :
إن الأسانيد في غاية الاعتماد ، و مع ذلك معتمدة بالشهرة المتأخرة وغيرها .

وأما ما عن ابن الجنييد - من حمل الكسوة على عرف الشرع في الصلاة فيفرق
حينئذ بين الرجل و المرأة فيجزى الأول ثوب يجزؤه في الصلاة ، و للثانية
درع و خمار - فلم نقف له على دليل ، بل ظاهر ما سمعته من الأدلة على خلافه .
نعم لو قيل بالجمع بين النصوص باختلاف الفقهاء مكاناً و زماناً فمنهم من
يجزؤه الثوب ومنهم الثوبان كان وجهاً ، لشهادة خبر محمد بن مسلم (١) عن أحدهما
عليهما السلام على ما في كشف اللثام د و أما كسوتهم فان وافقت به الشتاء فكسوته ،
و إن وافقت به الصيف فكسوته ، لكل مسكين إزار و رداء ، و للمرأة ما يوارى ما
يحرم منها إزار و درع و خمار ، والذي وجدته في الوسائل راوياً له عن تفسير
العباشي (٢) د و أما كسوتهم فان وافقت بها الشتاء فكسوتهم لكل مسكين إزار
و رداء ، و للمرأة ما يوارى ما يحرم منها إزار و خمار و درع .

و على كل حال فيه شهادة في الجملة على ما ذكرنا ، مضافاً إلى معلومية
اختلاف الكسوة بالنسبة إلى الفقهاء كاختلاف الأكل ، ضرورة ظهور الاضافة في
إرادة كسوتهم اللائقة بحالهم ، لا مطلق مسمى كسوة .

و في الرياض د الأجود الجمع بين النصوص بحمل الأدلة على الأفضلية ، أو
ما إذا لم يحصل بالواحد ستر العورة ، ولذا قيّد بالستر في أكثر ما مر من المعتبرة
بخلاف الأخبار الأولى و هذا أولى ، فيكون المعيار بالكسوة ما يحصل به ستر
العورة مع صدق الكسوة عرفاً و عادة ، كالجبّة و القميص و السراويل ، دون الخف
و القلنسوة بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك إلا في الأخير ، ففيه إشكال و قول

(١) تفسير العبّاشي ج ١ ص ٣٣٦ سورة المائدة الحديث ١٦٧ كما في البحار نقلاً

عنه ج ١٠٤ ص ٢٢٥ .

(٢) الوسائل الباب -١٤- من أبواب الكفارات الحديث ٧ .

بالعدم كما عن المبسوط ، لعدم صدق الكسوة عليه عرفاً ، وهو متجه إلا مع إعطاء قميص أوجبة معه لصدق الكسوة حينئذ جزماً ومن هنا يظهر الحكم في نحو الإزار والرداء وإن جزم بهما كالأثر والشهيدان وغيرهما .

قلت : قد يقال : إن التقييد بمواراة العورة جرياً مجرى الغالب ، وإلا فلم نجد أحداً اعتبر ذلك ، بل مقتضى إطلاقهم الاجتزاء بالقميص ونحوه الاكتفاء به وإن لم يكن سائراً لرقته ، نعم ما ذكره من أن المدار على صدق اسم الكسوة عرفاً جيد ، فلا يجزئ ما لا يحصل به مسماها من الثياب .

وكيف كان فلا يجزئ ما لا يسمى ثوباً كالخف والفلنسوة والنعل والمنطقة ، لما سمعته من النصوص (١) المعتبرة بظاهر الإضافة ، خلافاً للمحكي عن الشافعي فيهما في وجه .

ويكفي الغسيل من الثياب كما في القواعد وغيرها ، بل عن المبسوط والسرائر التصريح به أيضاً ، لإطلاق الأدلة ، خلافاً لظاهر المحكي عن الوسيلة والاصباح ، نعم لا يجزئ البالي ولا المرقع الذي ينخرق بالاستعمال ، كما صرح به غير واحد ، للشك في تناول الإطلاق له إن لم يكن ظاهره خلافه ، لبطلان المنفعة أو معظمها ، بل ربما احتمل دخوله في الخبيث .

ولا فرق في مسماه بين القميص والجمبة والقباء والرداء وغيرها ، كما لا فرق في جنسه بين القطن والصوف والكتان والحري والمزوج والخالص والقنب والشعر وغيرهما مع الاعتياد .

بل يندرج في الكسوة ما جرت العادة بلبسه ، كالجليد والفرو من جلد ما يجوز لبسه وإن حرمت الصلاة فيه ، خلافاً للمحكي عن أبي علي ، فاعتبر جوازها فيه ، ولا دليل عليه ، نعم لا يجزئ ما يعمل من ليف أو خوص أو نحوهما مما لا يعتاد لبسه .

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات الحديث ١ و ٢ و ٩ و ١٠ و ١٣

والباب - ١٤ - منها الحديث ١ و ٢ و ٥ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ .

ولا يشكل الأول بعدم صدق الثوب المفسر به الكسوة في النص (١) لأنه مساق لبيان الاتحاد و التعدد لا الجنس ، مع إمكان دعوى صدق الثوب عليه .
هذا وفي التحرير في الدرر إشكال ، بل الدروس الجزم بعدم ، ولعله كذلك ، لعدم انصرافه من الكسوة ، بل العمامة كذلك .

وفي القواعد تقييد الحرير الخالص للنساء وفيه أن ظاهر (٢) الاجتزاء بتعليك الثوب أو الثوبين ، فيتحقق الامتثال حينئذ بدفعه للرجل وإن حرم عليه لبسه ، لكنه صالح للابدال و جائز لبسه للضرورة والحرب وللمبيع وغير ذلك .

و يجوزىء كسوة الصغار وإن كانوا رضعا وإن انفردوا عن الرجال ومع الممكنة من كسوة الكبار ، لاطلاق الأدلة ، ولا يجب تضاعف العدد كما يجب في الاطعام ، للأصل وانتفاء النص هنا .

و لو تعذرت العشرة انتظر ، وفي الدروس « كرّر على الممكن في الأيام على احتمال » وأشكله بأنه « يؤدي إلى أن يكسّى عشرة أبواب ، وذلك بعيد » قلت : مضافاً إلى عدم الدليل مع حرمة القياس عندنا ، وفيها « أنه لو أخذ الكبير ما يوارى الصغير فلا شبهة عدم الاجزاء » قلت : لا إشكال في عدم الاجتزاء به كسوة له ، كما لا إشكال في الاجتزاء به كسوة لصغير عنده .

(١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الكفارات الحديث ٤ .

(٢) جاء في هامش النسخة المخطوطة المبيضة « في المسودة « ظاهر النص » وضرب على كلمة « النص » و المظنون أنه أراد أن يبدله بلفظ « الصحيح » فساه رحمه الله ، وقد راجعت النسخة المخطوطة المسودة المحفوظة في (مكتبة السيد الحكيم) قدّه (العامة في النجف الاشرف) فوجدتها كما ذكره المحشى على النسخة المبيضة .

المسألة الثانية :

﴿ الإطعام في كفارة اليمين مد لكل مسكين ولو كان قادراً على المدّين ، ومن فقهاؤنا من خصّ المدّ بحال الضرورة ، والأول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، كما تقدم الكلام في ذلك مفصلاً .

المسألة الثالثة :

﴿ كفارة الإيلاء مثل كفارة اليمين ﴾ لأنه من اليمين وإن اختص بأحكام لكن غير الاتحاد في الكفارة ، كما ستعرف .

المسألة الرابعة :

﴿ من ضرب مملوكه ﴾ ذكرراً أو أنثى ﴿ فوق الحدّ استعجب له التكفير بعقّقه ﴾ وفاقاً للمحكي عن ابن إدريس وأكثر المتأخرين ، لصحيح أبي بصير (١) عن أبي جعفر عليه السلام « من ضرب مملوكاً حداً من الحدود من غير حدّ أدجبه المملوك على نفسه لم يكن لضراره كفارة إلاّ عقّقه » المحمول على ذلك بقريضة خبره الآخر عنه عليه السلام (٢) أيضاً : « إنّ أبي ضرب غلاماً له ضربة واحدة بسوط ، وكان بعثه في حاجة فأبطأ عليه ، فبكى الغلام وقال : الله تبعثني في حاجتك ثمّ تضر بني ؟ ! قال : فبكى أبي ، وقال : يا بني اذهب إلى قبر رسول الله ﷺ فصل ركعتين ، فقل :

(١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب مقدمات الحدود الحديث ١ من كتاب

الحدود .

(٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

أَلَهُمْ اغْفِرْ لِعَلِيٍّ بن الحسين خطيئته ، ثم قال للغلام : اذهب فأنت حر ، فقلت :
كان العتق كفارة للذنوب فسكت ، الظاهر في ذلك من وجوه ولو من سكونه في مقام
البيان .

و أما خبر عبد الله بن طلحة (١) عن أبي عبد الله عليه السلام « إن رجلاً من بني فهد
كان يضرب عبداً له و العبد يقول : أعوذ بالله تعالى ، فلم يقلع عنه ، فقال : أعوذ
بمحمد وآله و آل أبي طالب فأقلع الرجل عنه الضرب ، فقال رسول الله ﷺ : يتعوذ بالله فلا تعيده
ويتعوذ بمحمد فتعيذه ؟ والله أحق أن يجار عائذه من محمد ، فقال الرجل : هو حر
لوجه الله تعالى ، فقال : و الذي بعثني بالحق نبياً لو لم تفعل لواقع وجهك حر
النار ، فهو غير ما نحن فيه وإن كان لا يخلو من إشعار في الجملة ، على أننا لم نتحقق
القول بالوجوب صريحاً وإن كان عساه يظهر من بعض عبارات القدماء التي لا وثوق
بارادة ذلك منها .

و كيف كان فقد يقال : إن المستفاد من خبر أبي بصير الثاني استحباب عتقه بمجرد
الضرب الذي هو غير مستحق عليه وإن جاز للمولى للتأديب ، بل يمكن إرادة ذلك
من الحد في خبره الأول لا الحد المصطلح وإن قال في المسالك تبعاً لغيره : « إن
المبتدأ من الحد المتجاوز هو المقدار من العقوبة المستحقة على ذلك الفاعل مع
إطلاق الحد عليه شرعاً ، فلا يدخل التعزير ، ويعتبر فيه حد العبيد لا الأحرار ،
وقيل يعتبر حد الأحرار ، لأنه المتيقن ، و لأصالة بقاء الملك سالماً عن تعلق
حد العتق على مالكه ، وهذا يتأني على القول بالوجوب ، أما على الاستحباب : فلا ،
لأن المعلق على مفهوم كلي يتحقق بوجوده في ضمن أي فرد من أفراد ، و حملة
على حد لا يتعلق بالمحدود بعيد جداً ، من أن ظاهر الرواية ما ذكرناه من اعتبار
حد العبيد حداً .

ولا يخفى عليك سقوط هذا الكلام من أصله بناءً على ما ذكرناه ، بعد

الإغضاء عن بعض ما فيه ، خصوصاً بعد ملاحظة العتق من عليّ بن الحسين عليه السلام بالضربة الواحدة التي تغلّم منها العبد ، و خصوصاً بعد التسامح في أمر النذب ، ويمكن القول بتأكد النذب في الفرض الذي ذكره ، بل يزداد تأكيداً لو ضرب به حدّ الأحرار ، والله العالم .

﴿ المقصد الرابع ﴾

﴿ في الأحكام المتعلقة بهذا الباب ، وهي مسائل : ﴾

﴿ الأولى : ﴾

﴿ من وجب عليه شهران فإن صام هلالين فقد أجزاء ولو كانا ناقصين ﴾
بإخلاف ولا إشكال ، لصدق الامتثال ، فإن الشهر حقيقة ما بين الهلالين ﴾ وإن صام بعض الشهر وأكمل الثاني اجتزأ به وإن كان ناقصاً ﴾ لما عرفت ، ﴾ ويكمل الأوّل ثلاثين ﴾ من الشهر الثالث ، لانكساره ، فيتعذر اعتبار الهلال فيه ، فيرجع إلى العدد .

﴿ وقيل : يتم ﴾ من الثالث ﴾ ما فات من الأوّل ﴾ لأنه أقرب إلى الشهر الحقيقي ، وقيل : ينكسر الشهران بانكسار الأوّل لأن الثاني لا يدخل حتى يكمل الأوّل ، فيتم من الثاني الذي يليه ثلاثين أو مقدار ما فات منه ، و يتم الثاني من الذي يليه كذلك .

﴿ والأوّل أشبه ﴾ عند المصنف وقد تقدّم تحقيق المسألة في كتاب

الطلاق (١) و قلنا : إن الثاني أشبه لا الأول .

وتظهر الثمرة في ما لو صام من آخر رجب يوماً وهو ناقص ثم أتبعه بشعبان وهو كذلك ، فيقتضي تسعة وعشرين من شوال على الأول ، وناقصاً منه بواحد على الثاني ، و ينتفى التتابع على الثالث في محل الغرض ، لكون الذي صامه ثلاثين ، وهو نصف ما عليه وفي غيره - بأن لم يكن بعد الشهرين رمضان - صح التتابع إن صام بعد العدد يوماً .

ومن ذلك يظهر لك ضعف القول المزبور ، لما عساه يظهر من صحيح منصور ابن حازم (٢) عن الصادق عليه السلام من صحة التتابع فيمن صام شعبان في الظهار إذا كان قد زاد يوماً ، فلا حظ وتأمل ، فإن إطلاقه إنما يتم على مختار المصنف وكذا القول الذي ذكره ، أما على انكسارهما وإتمامهما ثلاثين ثلاثين فلا يتم إلا في صورة تمام الشهرين ، أما إذا كانا ناقصين أو أحدهما فلا يتم ، لعدم حصول الزيادة ، نعم لو قلنا بإتمام الأول بمقدار ما فات منه مما يليه يتم في صورة تمامهما ونقصاهما وتمامية شعبان ونقصان رجب دون العكس ، والله العالم .

المسألة الثانية :

﴿المعتبر﴾ عندنا ﴿في﴾ الكفارة ﴿المرتبة﴾ ﴿بـ﴾ حال الأداء لا حال الوجوب ﴿كالوضوء والصلاة وغيرهما من العبادات المراعى فيها ذلك﴾ ، باعتبار تناول إطلاق النصوص حال الأداء قدرة أو عجزاً ، ولا يشكل ذلك بمنافاته لمقتضى الاستصحاب إن قلنا بتعلق الوجوب حاله بخضلة خاصة ، وبعدم اقتضاء الأمر الوجوب إن لم نقل ، لأن المتبجج بناءً على ما ذكرنا الوجوب على ما يقتضيه الحال في سائر أوقات الامتثال ، فلا استصحاب وإن صادف الخطاب حالاً من الأحوال ،

(١) راجع ج ٣٢ ص ٢٢٩ .

(٢) الوسائل الباب -٢- من أبواب بقية الصوم الواجب الحديث ١ من كتاب الصوم .

كما هو واضح .

وبذلك يظهر لك أن التحقيق ذلك وإن قلنا بفورية الكفارة ، لأنها ليست توقيفاً ، فمع فرض العصيان يشمل إطلاق الأدلة ، فما عساه يظهر من بعض العبارات من أن مبنى المسألة التراخي في الكفارة في غير محله . وحينئذ ﴿ فلو كان قادراً على العتق وعجز صام ولا يستقر العتق في ذمته ﴾ خلافاً للمحكي عن بعض العامة من اعتبار حال الوجوب تغليباً لجانب العقوبة ، وآخر من اعتبار أغلظ الحالين ، لكونها حقاً واجباً في الذمة بوجود المال ، فيعتبر حال اليسار كالعجز ، وآخر من اعتبار أغلظ الأحوال من الوجوب إلى الأداء حتى لو أيسر استقر العتق عليه ، وليس لأصعابنا في المقام إلا الأول ، وإن قال بعضهم باعتبار حال الوجوب في القصر والإتمام .

ولو أعتق العبد ثم أيسر قبل الصوم ففي القواعد ومحكي المبسوط يعتق لأنه حال الأداء موسر ، وقد يحتمل العدم ، لأن الرقبة منعت من سببية العتق لغير الصوم ، بخلاف الحر لتحقق السببية بالنسبة إليه والعجز إنما يمنع من الحكم ، فإذا انتفى عمل السبب عمله .

والتحقيق عدم الفرق ، لأن العبودية أحد أسباب العجز أيضاً ، وإلا فسببية الظهار شاملة للحر والعبد ، ومن اعتبر من العامة حال الوجوب جعل عليه الصوم ، ومن اعتبر أغلظ الحالين أو الأحوال اعتبر الأغلظ من حين العتق والأداء إلى الأداء ، والله العالم .

المسألة الثالثة :

﴿ إذا كان له مال يصلُ إليه بعد مدّة غالباً لم ينتقل فرضه ، بل يجب ﴾ عليه ﴿ الصبر ﴾ لعدم الفورية ، فلا يتحقق إطلاق « لم يجد » (١) الذي هو شرط الانتقال ، وكذا لو لم توجد الرقبة فعلاً ولكن ثمنها موجود وهي ممّا يتوقع وجودها ، بل عن الشيخ التصريح بوجوب ذلك عليه ﴿ ولو كان ﴾ الصبر ﴿ ممّا يتضمن المشقة ﴾ عليه ﴿ بالتأخير كالظهار ﴾ لشدة شبق مثلاً ، لصدق الوجدان معها .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ في الظهار تردّد ﴾ من ذلك ومن قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » ونفي الحرج في الدين وسهولة الملمّة وسماحتها وسقوط كثير من التكليف بها ، فينتج حينئذ الانتقال وإن صدق معه اسم الواجد ، كما انتقل المكلف إلى التيمم مع وجدان الماء بالمشقة في استعماله مثلاً ، بل الأصحّ ذلك مع فرض بلوغ المشقة حدّاً يسقط معها التكليف ، كما هو واضح

المسألة (الرابعة): ﴿

﴿ إذا عجز عن العتق ﴾ في المرتبة ﴿ فدخل في الصوم ﴾ ولو لحظة من اليوم ﴿ ثم وجد ما يعتق لم يلزمه العتق ﴾ وفقاً للمشهور لصحيح محمد بن مسلم (١) عن أحدهما عليه السلام قال : « سئل عمن ظهر في شعبان ولم يجد ما يعتق ، قال : ينتظر حتى يصوم شهرين متتابعين ، فان ظاهر و هو مسافر انتظر حتى يقدم ، وإن صام وأصاب مالا فليصم الذي ابتداء ، ولما في المسالك وغيرها من « أنه عند الشروع كان فاقداً ، ومن ثم يشرع البذل ، فلو لم يسقط التعبد بالعتق لم يكن الصوم بدلاً ، ومتى ثبت السقوط استصحب ، والخطاب متعلق بالعتق قبل الشروع في الصوم لابعده ، ثم حكى عن ابن الجنيد أنه لو أيسر قبل أن يصوم أكثر من شهر وجب العتق ، لم يرسل محمد بن مسلم (٢) أيضاً الذي هو كالصحيح عن أحدهما عليه السلام « في رجل صام شهراً من كفارة الظهار ثم وجد نسمة ، قال : يعتقها ولا يعتد بالصوم » وردّه بأنه محمول على الأفضل جمعاً بينه وبين صحيحه الآخر . وهذا هو الذي أشار إليه المصنف بقوله : ﴿ وإن كان أفضل ﴾ .

لكن قد يقال باقتضاء ذلك التخيير لا الترتيب الذي هو ظاهر الأدلة ، وبأن قوله تعالى (٣) : « فمن لم يجد ، إن كان شرطاً لصوم كل يوم من أيام الشهرين

(١) ذكر صدره في الوسائل في الباب -٤- من أبواب الكفارات الحديث ١ وذيله

في الباب -٥- منها الحديث ١ وفيه قال : ينتظر حتى يصوم شهر رمضان ثم يصوم شهرين متتابعين و ان صام فأصاب مالا فليصم الذي ابتداء فيه ، كما هو كذلك في التهذيب ج ٨ ص ١٧ و الاستبصار ج ٣ ص ٢٦٧ و الفقيه ج ٣ ص ٣٤٤ و الكافي ج ٦ ص ١٥٦ .

(٢) الوسائل الباب -٥- من أبواب الكفارات الحديث ٢ .

(٣) سورة المجادلة : ٥٨ - الآية ٤ .

كما هو الظاهر انتهى الاستئناف حينئذ حتى إذا وجد قبل انقضاء اليوم الأخير بلحظة ، وإن كان شرطاً لأصل الشروع في الصوم لم يشرع العتق حينئذ ، لا أنه أفضل ، لسقوط الأمر به بالأمر ببديله الذي هو الصوم ، كما هو مقتضى ما سمعته من الدليل الذي حكيناه عن المسالك وغيرها ، بل لعل ذلك هو المناسب لقولهم : « إن العبرة بحال الأداء الذي هو قبل تمام الصوم منه ، بل و لما ذكره في التيمم من انتقاض التيمم بوجود الماء في أثناءه ، بل ولقاعدة الشغل وغير ذلك .

فالمتبج حينئذ الترجيح بين الصحيحين ، ولاريب في حصوله للأول ، للشهرة العظيمة والصحة في السند ، فإن الأول على ما قيل مروي في التهذيب بسندين صحيحين ، بل أكثر رواية أحدهما المجمع على تصحيح ما يصح عنه ، بخلاف الثاني ، فإنه ليس كذلك ، ولغير ذلك ، فيطرح الآخر حينئذ .

أللهم إلا أن يقال : إن ذلك مبني على ما سمعته سابقاً من عدم سقوط خطاب مشروعية العتق بعدم الوجدان ، وإنما الساقط تعيينه ، ولذا لو تكلف الفقير وأعتق أجزاءه ، فنتبج حينئذ العمل فيه بحمله على الأفضلية .

﴿ و كذا ﴾ الكلام فيما ﴿ لو عجز عن الصيام فدخل في الإطعام ثم زال العجز ﴾ لكن ينبغي أن يكون العلة فحوى الصحيح (١) المزبور المعتضد بعدم القول بالفصل ، و لولا ذلك لأشكك إلحاق حكمه بالعتق ، لما عرفت من ظهور الأدلة بخلافه .

وعلى كل حال ينبغي أن يعلم أن سقوط الحكم بالعتق على تقدير الشروع في الصوم يصير مراعى باكمال الصوم على الوجه المأمور به ، فلو عرض في أثناءه ما يقطع التسابع ووجدت القدرة على العتق حينئذ إما بالاستمرار السابق أو بأمر متجدد وجب العتق ، لوجود المقتضي له ، وهو القدرة عليه قبل أن يشرع في الصوم ، لأنه

ببطلان السابق ينزل منزلة من لم يصم أصلاً بالنسبة إلى الكفارة ولو فقدت القدرة على الأعيان قبل أن يجب استئناف الصوم بقي حكم الصوم بحاله ، إن هو حينئذ كمن وجد الماء في أثناء الصلاة وقلنا بوجوب بقائه عليها ، فانه لا يفسد التيمم إلا أن يستمر وجدان الماء إلى أن يفرغ من الصلاة ويتمكن من استعماله ، فان فقد قبل ذلك بقي التيمم بحاله ، ولو فرض قطعه الصلاة بسبب محرم قبل فقدان الماء بطل التيمم حينئذ وكلف بالطهارة المائية .

المسألة * الخامسة :

* لو ظاهر ولم ينو العود فأعتق عن الظهار قال الشيخ : لا يجرؤه ، لأنه كفر قبل الوجوب وهو حسن * بل لا نعلم للأصحاب قولاً بخلافه ، كما اعترف به في المسالك ، لكن بناء على أن السبب في التكفير العود ، لمعلومية عدم مشروعية تقدم المسبب على سببه ، ثم قال : « نعم لو جعلنا السبب هو الظهار والعود شرطاً أو جعلنا العود جزء السبب احتمل جواز تقديمها كما يجوز تقديم الزكاة على الحول مع وجود بعض سببها ، وهو ملك النصاب وعدم تمامه بالحول ، وهو قول لبعض الشافعية ، والشيخ وافقهم على تعجيل الزكاة ، ووافق هنا على عدم إجزاء الكفارة ، وكلاهما عندنا ممنوع » .

وفيه أنه لا فرق في عدم الاجتزاء على التقادير الثلاثة ، ضرورة عدم تعقل الامتثال قبل الأمر ، والتقديم في الزكاة على القول به بأمر مستقل في التعجيل ، أو أن تمام الحول شرط كاشف ، كما تقدم تحقيق الحال في ذلك .

المسألة السادسة : *

* لا تدفع الكفارة إلى الطفل ، لأنه لا أهلية له * لقبول التملك المعتمد في فرد التسليم في الكفارة ، لظهور قوله عليه السلام (١) : « لكل مسكين مد » ، وأنها صدقة في ذلك * و * لكن * تدفع إلى وليه * كغيرها مما يعتبر فيها التملك ، وكذا المجنون فما عن الخلاف من الخلاف في ذلك واضح الضعف ، نعم لو كانت بالإطعام جاز مباشرته لها ، لعدم اعتبار التملك فيها .

وما في المسالك - من احتمال المنع بدون إذن الولي كالتسليم ، لأن مقتضى عموم ولايته توقف التصرف في مصالح الطفل على أمره - واضح الفساد ، ضرورة رجحان الإحسان عقلاً وشرعاً ، على أن الأذن هنا إن قلنا بها فهي في أصل التصرف في إشباع الطفل لا بالنسبة إلى صحة قبضه وترتب الملك عليه ، وهو ما سمعته في التسليم .

وأما الكسوة فظاهر اللام في النصوص (٢) انحصارها في التملك ، فلا يجوز دفعها حينئذ للطفل والمجنون ، بل تدفع إلى وليهما ، فاحتمال جواز مباشرته لها - لأنها من ضروراته ، ولا يمكن الولي ملازمتها وهي ملبوسة له ، فتكون في معنى الإطعام - واضح الفساد .

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات .

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات الحديث ١ والباب - ١٤ - منها

المسألة * السابعة :

* لا تصرف الكفارة إلى من تجب نفقته على الدافع ، كالأب والأم والأولاد والزوجة والمملوك * بلا خلاف أجده فيه ، لا * لأنهم أغنياء بالدافع * كما أوضحناه في كتاب الزكاة (١) بل لانسياق غيرهم من الأدلة خصوصاً مع ملاحظة قوله تعالى (٢) : « من أوسط ما تطعمون أهليكم » المشعر بكون المساكين غيرهم ، وملاحظة قول الصادق عليه السلام في صحيح عبد الرحمن (٣) الوارد في الزكاة : « خمسة لا يعطون من الزكاة شيئاً : الأب والأم والولد والمملوك والزوجة ، وذلك لأنهم عياله لازمون له » المشعر بأن العيالية منافية لصدق إيتاء الزكاة الظاهر في خروجها عنه وعن عياله ، ضرورة اقتضاء إعطائها لعياله رجوعها إليه بنوع من الاعتبار ، وكذا الصدقة التي منها الكفارة ، بل لعل ما دل (٤) على عدم أكل العيال من الحقيقة لأنها صدقة مشعر بذلك ، بل قد يدعى معلومية ذلك من الشرع على وجه يعرفه كل تابع له .

ومن ذلك يظهر لك جواز دفع الغير لهم الكفارة مع بذلها ممن عليه وعدمه ، لعدم هذه الموانع ، كما جاز دفع الزكاة من غير المنفق لهم عدا المملوك حتى

(١) راجع ج ١٥ ص ٣٩٥ - ٣٠٣ .

(٢) سورة المائدة : ٥ - الآية ٩٢ .

(٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المستحقين للزكاة الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب أحكام الأولاد الحديث ١ من كتاب النكاح

الا أنه ليس فيه التعليل بأنها صدقة ، نعم ورد في المستدرک فی الباب - ٣٤ - من أحكام

الأولاد الحديث ٢ « فان لم يطبخه فلا بأس أن يتصدق به » . و في البحار ج ١٠ ص ٢٥٢

ط الحديث « لا يصلح لها - أي الأم - الاكل منه فليصدق بها كلها » .

الزوجة إن لم يقيم إجماع ، كما تقدم تحقيقه في كتاب الزكاة (١) وبه أفتى جملة من الأساطين ، فلاحظ وتأمل ليظهر لك ما في تحليل المصنف هنا المقتضى عدم الفرق بين المنفق وغيره .

بل وما في إطلاق الفاضل في القواعد من عدم جواز صرفها إلى ولد الفنى ولا إلى من تجب نفقته عليه ، وكذا ما فيها أيضاً من جواز دفعها لعبد الفقير بناءً على جواز تملكه قبول الهبة أو إذن له مولاه وإلا فلا ، إذ فيه أن الإذن لا يصير قابلاً للملك حتى يصح دفعها له ، نعم لا بأس باطعامه مع عدم نهى المولى بناءً على جواز ذلك له ، لأنه إحسان .

ثم قال : « ولا يجوز صرفها إلى من تجب عليه نفقته إلا مع فقر المكفر على إشكال » قيل : من أنه حينئذ لا يجب عليه إلا نفاق ، فيكون كالأجنبي الفقير ، وقوله عليه السلام في حسن جميل (٢) لمن أفطر في رمضان : « فخذ فاطمه عيالك ، واستغفر الله تعالى » وقول الصادق عليه السلام في خبر إسحاق بن عمار (٣) : « إن الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر ربه ، ولينم أن لا يعود قبل أن يواقع ثم ليواقع ، وقد أجزأ ذلك عنه عن الكفارة ، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفر به يوماً من الأيام فليكفر ، وإن تصدق بكفه وأطعم نفسه وعياله فإنه يجزؤه إذا كان محتاجاً ، وإن لم يجد ذلك فليستغفر الله ربه ، وينوى أن لا يعود ، فحسبه بذلك والله كفارة » ومن أنه إذا تمكن من الإطعام للكفارة فهو متمكن منه للقرابة مثلاً ، وهو مقدم فيجب عليه .

ولا يخفى عليك ما في الجميع بعد الإحاطة بما ذكرناه ، ضرورة عدم مدخلة الفقر والغنى في عدم جواز صرفها لمن وجبت نفقته عليه ، لما سمعته من عدم صدق

(١) راجع ج ١٥ ص ٣٩٧ إلى ٤٠١ .

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الكفارات الحديث ٢ .

(جواهر الكلام - ج ١٨)

الامتثال كما عرفت ، ثم لا ملازمة بين الفقر وعدم وجوب الانفاق ، إذ قد تجب النفقة عليه وإن كان فقيراً ، بمعنى أنه لا يملك مؤونة السنة ، ولكن يملك نفقة جملة من الأيام ، وأما الخبران المزبوران فمن المعلوم إرادة سقوط الكفارة عنه فيهما ، وإلا فإطعام النفس ليس منها قطعاً ، وحينئذ فالمراد أن الله تعالى يحسب ذلك كفارة له بعد الاستغفار والندم .

هذا وقد تقدم في الزكاة ما يستفاد منه جملة من الأحكام في المقام ، مثل جواز دفع الزكاة للعيال لا للانفاق ، بل للتوسعة عليهم ، ومثل دفعها إليهم ، لأن عندهم من يعولون به ، وغير ذلك من الفروع التي لا يخفى عليك جريانها في المقام ، بل من التأمل فيما هناك يظهر لك النظر فيما في المسالك وغيرها فمن الغريب إرسالهم الحكم هنا إرسال المسلمات من غير إحالة له على ما تقدم ، فلاحظ وتأمل .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا خلاف ولا إشكال في أنها أي الكفارة ﴿ تدفع إلى من سواهم ﴾ ممن لا تجب نفقته ﴿ وإن كانوا أقارب ﴾ ولكن بشرط المسكنة والایمان ، بل هم أفضل من غيرهم ، والله العالم .

المسألة * الثامنة : *

قد عرفت فيما تقدم أنه * إذا وجبت الكفارة في الظهار وجب تقديمها على المسيس سواء كفر بالعتق أو بالصيام أو بالإطعام * وإن لم يصرح به في الأخير في الآية (١) إلا أنه معطوف على المصرح به ، خلافاً للاسكافي في خصوص الإطعام ، وقد سمعت ضعفه ، والله العالم .

المسألة * التاسعة : *

* إذا وجب عليه كفارة مخيرة كفر بجنس واحد * عتق أو صيام أو إطعام * ولا يجوز أن يكفر بنصفين من جنسين * بأن يصوم شهراً ويطعم ثلاثين مثلاً ، بلا خلاف أجده ولا إشكال ، لعدم إتيانه بالمأمور به على وجهه ، نعم لا بأس باختلاف أفراد الصنف الواحد منها ، كما لو أطعم بعضهم قوتاً خاصاً وآخر غيره ، أو كسى أحدهم ثوباً والآخر ثوباً من جنس آخر ، لصدق اسم الإطعام والكسوة ، كما هو واضح .

المسألة (العاشرة :) *

* لا يجزئ دفع القيمة في الكفارة ، لاستغال الذمة بالخصال لا بقيمتها *
التي لا تدرج في إطلاق الأمر بالإطعام مثلاً حتى في الفرد الذي يراد منه التمليك للإطعام ، والاجتزاء بها في الزكاة ونحوها للدليل ، ومن هنا لم يكن خلاف في ذلك عندنا ، بل في المسالك هو إجماع وإن خالف فيه بعض العامة لنوع من الاستحسان الذي ليس بحجة عندنا كالقياس على الزكاة .

المسألة (الحادية عشرة :) *

* قال الشيخ : من قتل في الأشهر الحرم وجب عليه صوم شهرين متتابعين من أشهر الحرم وإن دخل فيهما العيد وأيام التشريق ، لرواية (و هي رواية خ ل) زراة (١) والمشهور عموم المنع * بل حكى غير واحد الإجماع عليه ، كما تقدم الكلام في ذلك مفصلاً في كتاب الصوم (٢) فلاحظ .

(١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بقية الصوم الواجب الحديث ١ .

(٢) راجع ج ١٧ ص ٨٨ .

المسألة (الثانية عشرة) *

* كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز صام ثمانية عشر يوماً ، فإن لم يقدر تصدق عن كل يوم بمد من طعام * لخبر أبي بصير وسماعة (١) قالوا : « سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عليه صيام شهرين متتابعين فلم يقدر على الصيام ولم يقدر على العتق ولم يقدر على الصدقة ، قال : فليصم ثمانية عشر يوماً عن كل عشرة مساكين ثلاثة أيام » المؤيد بالموثق (٢) « عن رجل ظاهر عن امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق ولا يقوى على الصيام ، قال : يصوم ثمانية عشر يوماً ، وإن كان موره خاصاً بالظهار الذي هو أحد أفراد الكلية الشاملة للكفارة المرتبة والمخيصة لكن على معنى تعذر الفردين الآخرين وتعين الصوم عليه فعجز عنه على الوجه المراد منه ، لا كما في المسالك حيث قال : « إطلاق وجوب الشهرين يشمل ما لو وجب بسبب كفارة أو نذر وما في معناه ومالو وجبا في الكفارة تعييناً أو تخييراً ، لأن الواجب المخير بعض أفراد الواجب بقول مطلق - ثم قال - : وفي الحكم بذلك على إطلاقه إشكال ، وفي مستنده قصور ، لكن العمل بذلك مشهور بين الأصحاب - إلى أن قال بعد أن ذكر كلاماً في الأثناء - : وبالجمله ليس لهذا الحكم مرجع يعتد به حتى يلحظ ويترقب عليه ما يناسبه من الأحكام » وتبعه على ذلك بعض من تأخر عنه .

وفيه أن المستند ما سمعت من الخبر المنجبر بالشهرة التي حكاه ، والموثق

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب بقية الصوم الواجب الحديث ١ نقلا عن

التهذيب ج ٤ ص ٣١٢ عن أبي بصير إلا أن الموجود في الاستبصار ج ٢ ص ٩٧ عن أبي بصير وسماعة بن مهران .

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

الذي لم يرد منه خصوص الظهار ولو بقرينة الشهرة ، بل بيان حكم خاص لكيفية التكفير التي لا فرق فيها بين الظهار وغيره ، خصوصاً بعد ملاحظة ما هو كالتعليل للحكم المزبور في الخبر الأول الظاهر - و لو بقرينة ذكر العتق والصدقة - في الكفارة لا ما يشمل النذر ، وكذا نحو عبارة المتن وغيرها ، بقرينة ذكر ذلك من أحكام الكفارة ، و كونه تعبيراً عن مضمون الخبرين المزبورين .

ومن ذلك يعرف ما في دعوى تناول الإطلاق المزبور للنذر ، كما عرفت ما في دعوى شموله للمخيرة على الوجه الذي ذكره ، ضرورة عدم انسياقه من إطلاق الوجوب ثم العجز الظاهر في المعين إلا على الوجه الذي ذكرناه ، وهو تعيين ذلك بتعذر الفردين الآخرين ، لعدم ما يجده للعتق والصوم ، فتعين عليه الصوم بتخييل القدرة عليه فعجز عن الاتيان به على الوجه المراد منه ، وشرع له بدل آخر عن إطعام الستين ، وهو صوم الثمانية عشر ، بل هو كذلك أيضاً في المرتبة ، بل قد يدعى أن المراد من إطلاق نحو المتن ذلك أيضاً .

ومنه يعلم حينئذ إرادة التتابع فيها ، لأنها من الكفارة وإن قال في المسالك وغيرها : « وفي اشتراط التتابع في الثمانية عشر وجهان : من أصالة البراءة ، وكون التتابع واجباً في الأصل فكذا في البدل ، والملازمة ممنوعة ، لكنه كما نرى ، ضرورة انسياق التتابع في كل صوم شرع كفارة ، خصوصاً في المقام .

ومما ذكرنا يعلم أيضاً أن المراد بالصدقة عن كل يوم بمد الثمانية عشر لا الستين كما عن بعضهم ، بل جعله في نهاية المراد أحد الوجهين ، ضرورة أنك قد عرفت كون مفروض المسألة تعذر الآخرين في المرتبة والمخيرة ، فلا يصح فرض الصدقة على الستين المقتضي للتمكن من فرد الإطعام الذي لا يقتضي الانتقال معه إلى صوم الثمانية عشر في المرتبة والمخيرة ، ولعل الوجه فيه فحوى ما ورد (١) في

(١) لم يرد التصديق بمدين لصوم كل يوم في قضاء شهر رمضان ، إلا في موثق سماعة

- على ما قيل في بعض نسخه - المروى في الوسائل في الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام شهر رمضان الحديث ٥ و تعرض لها في الجواهر ج ١٧ ص ٣٣ نعم في صحيحة ابن مسلم

النصوص في قضاء شهر رمضان وغيره من أنه مدّ أن لصوم كل يوم بل لعلّ إطعام الستين مع تعذّر الشهرين في المرتبة يومئذ إلى ذلك . وبذلك كله ظهر لك الوجه فيما ذكره المصنّف وغيره من الأصحاب .

فما عن الاسكافي والمفيد - من عدم البذل للظهار مع تعذّر النخال للأصل المقطوع بما عرفت ، بل والصّدوقين من أن بدله التصدق بما يطيق - واضح الضعف ، بل لا شاهد للأخير سوى قاعدة الميسور التي لا تعارض الدليل المخصوص ، بل العمل بها دونه كالأجتهاد في مقابلة النص .

نعم قد يعارض الخبر (١) المزبور صحيح ابن سنان أو حسنه (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وقع على أهله في شهر رمضان فلم يجد ما يتصدق به على ستين مسكيناً ، قال : يتصدق ما يطيق ، وفي صحيحه الآخر (٣) عنه عليه السلام أيضاً في رجل أفطر في شهر رمضان متعمداً يوماً واحداً من غير عذر ، قال : يعتق نسمة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكيناً ، فإن لم يقدر تصدق بما يطيق ، بل عن ظاهر الكليني العمل بهما ، بل قيل : إنه فتوى التهذيبين صريحاً ، بل في الرياض أنه لا يخلو من قوة ، لصحة السند ، ولموافقة قاعدة الميسور .

وجمع الشهيد في الدرر بينهما تبعاً للفاضل في محكي المختلف بالتخيير بينهما الذي هو مقتضى الجمع ، ولثبوته في المبدل منه فكذا في البذل .

عن أبي عبد الله عليه السلام في الشيخ الكبير والذى به العطاش أنه لا حرج عليهما أن يفطرا في شهر رمضان ويتصدق كل واحد منهما في كل يوم بمدين من طعام . راجع الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب من يصح منه الصوم الحديث ٢ .

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب بقية الصوم الواجب الحديث ١ من كتاب الصوم .

راجع التعليقة (١) من ص ٢٩٢ .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم الحديث ٣ - ١ .

وفيه أن المتجه الجمع بينهما بالتخصيص ، فيخرج حينئذ كفارة شهر رمضان من الحكم المزبور ، كما سمعته من ظاهر الكليني والشيخ ، بل حكى عن الصدوقين أيضاً وجماعة ، وإن لم يكن على الوجه الذي ذكرناه جمعاً بين النصوص ، بل لامحيص عنه مع مراعاة مقتضى أصول المذهب وقواعده ، ودعوى خرقه الاجماع المركب واضحة الفساد ، لعدم استقرار إجماع فيها تستريح به النفس ، كما هو واضح .

و أما الاستغفار الذي أشار إليه المصنف بقوله : ﴿ فإن لم يستطع استغفر الله تعالى ولا شيء عليه ﴾ فظاهر الأصحاب الاتفاق على بدليته مع العجز عن خصال الكفارة على الوجه الذي عرفت في غير الظهار الذي قد تقدم البحث فيه على ما اعترف به في المسالك ، كما أنه قد تقدم البحث عن ذلك في الجملة في كتاب الصوم (١) .

وقد سمعت قول الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير (٢) : « كل من عجز عن الكفارة التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارة فلاستغفار له كفارة ما خلا يمين الظهار » وفي خبر زرارة (٣) عن أبي جعفر عليه السلام « سألت عن شيء من كفارة اليمين - إلى أن قال - : قلت : فإن عجز عن ذلك ، قال : فليستغفر الله عز وجل ولا يعود » .

بل لعل ظاهرهما خصوصاً الأول منهما بدليته على وجه تسقط عنه الكفارة لو تمكّن بعد ذلك ، و المناقشة في سند الخبرين بعد الانجبار بما سمعت لا وجه لها ،

(١) راجع ج ١٦ ص ٣١١ .

(٢) الوسائل الباب ٦ - من أبواب الكفارات الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب ١٢ - من أبواب الكفارات الحديث ٦ .

كالمنافسة بأنه لم يجعل بدلاً في الكفارات التي سئل عنها النبي ﷺ (١) في رمضان وغيره مع اعتراف السائل بالمعجز ، إذ هو لا ينافي ثبوته في دليل آخر ، وقد عرفت سابقاً أن مقتضى إطلاقها الاكتفاء بالمرة فيه بدلاً .

نعم الأولى له أن يضم إليه الندم على ما وقع والعزم على عدم العود إليه إن كان عن ذنب وإلا اكتفى به ، والله العالم بحقيقة الحال .

(١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يمك منه الصائم الحديث ٢ و ٥ من كتاب الصوم و الباب - ١ - من كتاب الظهار الحديث ٣ و الباب ١ من أبواب الكفارات الحديث ٢ .

كتاب الإيلاء

وهو في الأصل الحلف من آلت أو أي قصرت ، يقال : آلى يولى إيلاءً ، والاسم الإليثة والآلوة ، والجمع ألياء ، مثل عطية وعطايا ، وكذا يقال : ائتلى يأتلى ائتلاءً ومنه قوله تعالى (١) : « ولا يأتلى أولى الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولى القرى والمساكين » .

وشرعاً حلف الزوج على ترك وطء زوجته الدائمة المدخول بها قبلًا أو مطلقاً مقيداً بالزيادة على الأربعة أشهر أو مطلقاً للاضرار بها ، كما ستسمع تفصيل ذلك كله إنشاء الله .

والأصل فيه قوله تعالى (٢) : « للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم * وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم » ، بل منها يستفاد الوجه في جملة من أحكامه الآتية .

وقد كان طلاقاً في الجاهلية كالظهار ، فغير الشارع حكمه ، وجعل له أحكاماً خاصة إن جمع شرائطه ، وإلا فهو يمين يعتبر فيه ما يعتبر في اليمين ، وحينئذ فكل موضع لا ينعقد إيلاء مع اجتماع شرائط اليمين يكون يميناً ، كما ذكره غير واحد ، بل أرسلوه إرسال المسلمات وإن كان قد يناقش بأن المتجه عدم ترتب أحكام اليمين عليه ، لأنه قصد به الإيلاء ، والفرض عدم انعقاده ، فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد .

لكن قد يدفع بأن الإيلاء فرد من مطلق اليمين ، ويشخصه موده لا قصده ،

(١) سورة التوبة : ٢٤ - الآية ٢٢ .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٦ و ٢٢٧ .

إذ أذى ذكره في الفرق بينه وبين اليمين مع اشتراكهما في أصل الحلف والكفارة الخاصة جواز مخالفته في الايلاء ، بل وجوبها على وجه ولو تخييراً مع الكفارة ، دون اليمين المطلقة ، وعدم اشتراط انعقاده مع تعلقه بالمباح بأولويته ديناً أو دنيماً أو تساوي طرفيه ، بخلاف مطلق اليمين ، واشتراطه بدوام الزوجة كما ستعرف دونه ، وانحلال اليمين على ترك وطئها بالوطء دبراً مع الكفارة دون الايلاء ، وهي أجمع بعد الاغضاء عن المناقشة في بعضها أحكام لا تغير مهمته .

ولعله لذا اكتفى الأصحاب فيه بكل لسان مع اشتراط العربية للقادر في غيره من العقود والايقاعات ، إذ ليس ذلك إلا لأن الايلاء لم يكن للمشاريع تصرف في إيقاعيته على وجه تغاير إيقاعيته اليمين وإن كان قد يتوهم من قولهم : « كتاب الايلاء » ، وقولهم : « هولغة كذا وشرعاً كذا » إلا أن ذلك كله على ضرب من التسامح ، وليس الايلاء إلا يميناً مخصوصة باعتبار خصوص موردها ، مثل الصرف والسلم بالنسبة إلى البيع ، فتأمل جيداً ، وربما تسمع له تأييداً .

﴿ و ﴾ كيف كان في النظر في الأمور أربعة : ﴿

﴿ الاول : ﴾

﴿ في الصيغة و ﴾ من المعلوم أنه ﴿ لا ينعقد الايلاء إلا بأسماء الله سبحانه و ﴾ تعالى ﴿ المختصة به أو الغالبة فيه ، بلا خلاف أجده فيه ، للأصل ولأنه كما عرفت من اليمين المعتبر فيه ذلك ، لقوله ﷻ (١) « من كان حالفاً فليحلف بالله أو فليصمت » وقال محمد بن مسلم (٢) « قلت لأبي جعفر عليه السلام قول الله عز وجل « والليل إذا يغشى » (٣) « والنجم إذا هوى » (٤) وما أشبه ذلك ، فقال : إن

(١) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٨ .

(٢) الوسائل الباب ٣ - من أبواب الايلاء الحديث ١ .

(٣) سورة الليل : ٩٢ - الآية ١ .

(٤) سورة النجم : ٥٣ - الآية ١ .

لله تعالى أن يقسم من خلقه بما شاء ، و ليس لخلقه أن يقسموا إلا به ، وقال الصادق عليه السلام : في صحيح الحلبي (١) : « لا أرى أن يحلف الرجل إلا بالله تعالى » ، وقال عليه السلام في صحيحه الآخر (٢) أيضاً : « ولا إيلاء أن يقول : والله لا أجامعك كذا وكذا ، والله لا أغيطنك ثم يقاضبها ، فانه يتربص به أربعة أشهر ، الحديث .. إلى غير ذلك من النصوص .

نعم قد يقال بالإكتفاء بكل ما يدل على الحلف بمسمى الاسم من موصول وصلة وإشارة و نحو ذلك مما يصدق معه أنه حلف بالله تعالى المعلوم إرادة كونه حلفاً بمسماه لا بخصوص اسمه ، ويأتي إنشاء الله تمام البحث في ذلك في الأيمان .

و على كل حال فلا ينعقد لو كان الحلف بالكعبة أو النبي ﷺ أو الأئمة عليهم السلام وغيرها مما هو محترم وإن أثم بهتك الحرمة للاسم ، بل والمسمى كما نص عليه في كشف اللثام ، بل لابد من ﴿ مع ﴾ ذلك من ﴿ التلفظ ﴾ بها أي بالجملة القسمية ، فلو قال : « لا تركزن وطءك » لم يقع وإن أشعرت اللام بالقسم للأصل .

﴿ ويقع بكل لسان ﴾ لصدق الإيلاء والحلف معه وإن قلنا باشتراط العربية في غيره من العقد والايقاع ، لكن قد عرفت أن الإيلائية ليست شيئاً زائداً على اليمين الذي يقع بكل لسان ، وهو مؤيد لما ذكرناه سابقاً ، كما أشرنا إليه .

نعم لابد أن يكون ذلك ﴿ مع القصد إليه ﴾ فلا يقع من الساهي والنائم والسكران ونحوها .

﴿ والتلفظ الصريح ﴾ فيه هو قول : ﴿ والله ﴾ تعالى ﴿ لا أدخلت فرجي في

(١) الوسائل الباب - ٣ - من الإيلاء الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ .

فرجك * وما أشبهه * أو يأتي باللفظة المختصة بهذا الفعل * كالتيك ، بناءً على اختصاصه بالوطء في القبل دون الدبر * أو ما يدل عليه صريحاً * من نحو ذلك .

* والمحتمل * الذي هو في المتن * كقوله : لا جامعتك ولا وطأتك ، فإن قصد * به * الإيلاء صح ، ولا يقع مع تجرده عن النية ، * وفيه أنهما من الصريح عرفاً وإن كانا في الأصل للأعم من ذلك ، ولذا اكتفى بالأول منهما في صحيح (١) أبي بصير عن الصادق عليه السلام « سألت عن الإيلاء ما هو ؟ فقال : هو أن يقول الرجل لا مرأته : والله لا أجامعك » وكذا في غيره أيضاً ، فالأصح كونه من الألفاظ الصريحة .

* أما لو قال : لا جمع رأسي ورأسك بيت أو مخدة أو لا ساقفتك * بمعنى « لا جمعني وإياك سقف » ونحو ذلك من الملاصقة والملازمة والمباشرة مما هو كناية عن المعنى المزبور * قال في الخلاف : لا يصح به إيلاء * وتبعه ابن إدريس والفاضل على ما حكى عنهما ، للأصل وحصر الإيلاء في غير واحد من النصوص (٢) فيما لا يشمل ذلك ، * وقال في المبسوط : يقع مع القصد ، وهو حسن * بل عن الفاضل في التحرير والتلخيص والمختلف اختياره ، لاطلاق أدلة الإيلاء ، ولحسن يزيد ابن معاوية (٣) « إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته ولا يمسها ولا يجمع رأسه ورأسها فهو في سعة ما لم تمض الأربعة أشهر » وفي خبر أبي الصباح الكنانى (٤) « الإيلاء أن يقول الرجل لامرأته : والله لا أغضبنيك أو لا أسوانك » و صحيح الحلبي (٥) السابق ، ولما عرفت من أن الإيلاء من اليمين المعلوم انعقاده بذلك ، وهو الأقوى .

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ - ٣ .

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ و ٦ والباب ٩ منها .

(٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ عن يزيد بن معاوية .

(٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ .

﴿ ولو قال : « لا جامعتك في دبرك » لم يكن مؤلياً ﴾ لأنه محسن غير مضار ، وكذا لو قال : لا وطأتك في حيض أو نفاس ، أو نحو ذلك .

﴿ وهل يشترط تجريد الإيلاء عن الشرط ؟ للششيخ قولان ، أظهرهما ﴾ عند المصنف ﴿ اشتراطه ﴾ كما عن بنى حمزة وزهرة وإدريس ويحيى بن سعيد والفاضل في أحد قوليّه ، ﴿ فلو علقه بشرط أو زمان متوقع ﴾ أو صفة ﴿ كان لاغياً ﴾ بل عن الخلاف الاستدلال عليه بالاجماع والأخبار وأصالة البراءة ، لكن لعل المراد بالأخبار ما سمعته من النصوص (١) المتضمنة لتفسيره منجزاً ، وإلا فلم نقف على خبر يدل على الحكم المزبور بخصوصه ، وبالاجماع أنه إنما وقع مطلقاً ، ولا دليل على وقوعه مشروطاً ، نعم عن ابن زهرة دعوى الاجماع على اشتراط التجريد ، كما عن ظاهر السرائر .

إلا أن الأقوى مع ذلك جوازه وفقاً للمحكى عن المبسوط والمختلف ، لما عرفت من عدم تسبیب للشّارع في الإيلاء زائد على تسبیب اليمين المعلوم قبوله للشرط ، وحينئذ فكل ما جاز في مطلق اليمين يجوز فيه ، بل هو ليس إلا فرداً مخصوصاً من اليمين ، والنصوص (٢) المزبورة إنما سيقّت لبيان صيغته بالنسبة إلى المحلوف به و المحلوف عليه ، لا غير ذلك ممّا يشمل المفروض ، والاجماع المزبور بالمعنى الذي ذكرناه يرجع إلى الاحتياط الذي لا يعارض الاطلاق .

وأما إجماع ابن زهرة الممتضد بظاهر السرائر فلم نتحققه ، بل لعل المحقق خلافه ، وكأنه نشأ من توهم كون الإيلاء كغيره من أفراد الإيقاع المعلوم عدم جواز تعليقه بالاجماع وغيره ممّا عرفته سابقاً ، كالطلاق ونحوه إلا ما خرج ونحوه .

ولكن قد عرفت أنه ليس الإيلاء إلا اليمين الذي قد دلّ الدليل على جواز تعليقه ، وليس له إنشائية زائدة على إنشائيته ، ولا تسبب زائد على تسببيه ، نعم لهذا الفرد الخاص من اليمين وهو المتعلق بترك جماع الزوجة الدائمة أزيد من المدة أحكام شرعية بها استحق اسم الإيلاء ، ودعوى أن من خصوصيته كونه منجزاً لا دليل عليها . بل لعلّ الإطلاق يقتضي خلافها ، ولعلّه إلى ذلك أشار في كشف اللثام ، حيث إنه بعد أن اختار الجواز فرق بينه وبين غيره من الإيقاع - كالطلاق والعتاق - بأنهما إيقاعان ، والتعليق ينافي الإيقاع ، والإيلاء يمين والتزام .

﴿ و ﴾ كيف كان في ﴿ لو حلف بالعتاق لا يطأها أو بالصدقة أو التحريم ﴾ بأن قال : إن جامعتك فعبدني حرّاً أو مالي صدقة أو أنت أو فلانة محرّمة عليّ أو نحو ذلك ﴿ لم يقع ﴾ عندنا يميناً فضلاً عن الإيلاء ﴿ ولو قصد الإيلاء ﴾ لما عرفته من اعتبار الحلف بالله تعالى .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو قال : إن أصبتك فعليّ كذا لم يكن إيلاء ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، وإنما ذكره تنبيهاً على خلاف بعض العامة في ذلك ، وضعفه بل فساده واضح عندنا .

﴿ و لو آلى من زوجته وقال للأخرى : شركتك معها ﴾ أو أنت شريكتهما أو مثلها أو نحو ذلك ﴿ لم يقع بالثانية و لو نواه ، إن ﴾ قد عرفت أنه ﴿ لا إيلاء إلا ﴾ مع النطق باسمه ﴿ تعالى ولا تجزئ الكناية عنه وإن قلنا بالاكتفاء بها في المحلوف عليه ، بل في المسالك ﴾ فإن التصريح باسمه عماد الدين (١) حتّى لو قال به : لأفعلن كذا ثمّ قال : أردت بالله لم ينعقد يمينه ، وهذا ممّا انفق عليه الكلّ وإن اختلفوا في مثل قوله : أنت طالق ثمّ قال للأخرى : شركتك معها ، فقد قال جمع بوقوعه ، لأنّ الكنايات فيه عن الطلاق ، وهو ممّا قد قيل بوقوعه أيضاً ككناية المحلوف عليه هنا ، وهو حسن إلاّ دعوى اعتبار التصريح به بحيث

(١) هكذا في النسختين المخطوطتين وفي المسالك « فان التصريح باسمه عماد اليمين » .

لا يجزئ الضمير .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لا يقع ﴾ الإيلاء ﴿ إلا ﴾ في إضرار ﴿ بخلاف ﴾
أجده في ذلك ، بل في كشف اللثام الاتفاق عليه ، ﴿ فلو حلف لصلاح اللبن أو لتدبير ﴾
في مرض لم يكن له حكم الإيلاء ، و كان كالأيمان ﴿ قال الصادق عليه السلام ﴾ في خبر
السكوني (١) : المنجبر بما عرفت « أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام ، فقال : يا أمير
المؤمنين إن امرأتى أَرْضَعْتَ غَلاماً وإني قلت : والله لا أقربك حتّى تَفْطِمْهُ ،
قال عليه السلام : ليس في الإصلاح إيلاء ، وقد تقدّم ما في صحيح الحلبي (٢) وغيره (٣)
من أن « الإيلاء أن يقول : والله لا أجامعك كذا وكذا ، والله لا أغيبظنك ثم
يفاضبها ، و نحوه ما في خبر أبي الصباح (٤) « الإيلاء أن يقول الرجل لا مرته :
والله لا أغيبظنك ولا أسوأنتك ، وفي الخبر أو الصحيح (٥) « إن تركها من غير
مفاضبة أو يمين فليس بمؤل ، فمن الغريب وسوسة بعض الناس في الحكم المزبور ،
والله العالم .

(١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ .

(٢ و ٥) الوسائل في الباب - ١ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ و ٢ .

(٣ و ٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الإيلاء الحديث - ٣٠٠ .

الامر * الثاني :

* في المولى و * لا خلاف كما لا إشكال بل الاجماع بقسميه عليه في أنه * يعتبر فيه البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد * مضافاً إلى ما عرفته مكرراً من الأدلة العامة الدالة على اشتراطها في غيره من العقود والايقاعات .

* ويصح من المملوك حرة كانت زوجته أو أمة * لمولاه أو لغيره مع اشتراط رقية الولد وعدمه ، للعموم كتاباً (١) وسنة (٢) ، بل لأجد فيه خلافاً ولا إشكالا ، نعم في المسالك « أما إذا كانت حرة فظاهر ، إذ لاحق للمولى في وطئه وعموم الآية (٣) يتناولها ، وأما إذا كانت أمة للمولى أو لغيره وشرط مولاه رقية الولد فقد ينقذ عدم وقوع الإيلاء منه ، لأن الحق فيه لمولاه ، فيتوقف على إذنه ، وفيه منع حق للمولى على وجه يصح إجباره عليه ، وجوب الطاعة ليس حقاً في خصوص الفرض ، وإلا لجاء الاشكال في الحرة أيضاً ، فالمتجه العموم .

* و * كذا يصح * من الذمي * وغيره من الكفار المقرين بالله للعموم ، وامتناع صحة الكفارة منهم ماداموا كفاراً لا يقدح في صحته ، لأن الشرط مقدور عليه بتقديمه الاسلام ، ولا ينحل بالاسلام ، خلافاً لما لك ، ولم يخالف الشيخ هنا في الوقوع منه وإن خالف في الظهار ، مع أن مقتضى واحد .

هذا وفي المسالك « والتقييد بالذمي من حيث اعترافه بالله تعالى ، وينبغي أن لا يكون على وجه الحصر فيه ، بل الضابط وقوعه من الكافر المقر بالله تعالى ليقوجه حلفه به ، ويقرب منه ما في كشف اللثام .

(١ و ٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٦ .

(٢) الوسائل الباب ٨ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ و ٦ والباب ٩ - منها .

(جواهر الكلام - ج ١٩)

وقد يقال بترتب حكم الإيلاء عليه من التكفير ونحوه بالحلف بالله وإن لم يكن مقرراً به ، لأنه مكلف بالفروع التي منها ترتب ذلك على الحلف بالله من المقر وغيره للعموم ولأنه لولا ذلك لم يتوجه اليمين عليه لو ادعى عليه .
 ﴿ و ﴾ كذا يصح ﴿ من النصى ﴾ الذي يولج ولا ينزل بلا خلاف ﴿ و ﴾ لا إشكال ، للعموم .

نعم ﴿ في صحته من الم محبوب ﴾ الذي لم يبق من آله ما يتحقق به اسم الجماع ﴿ ترد ﴾ من العموم ومن كونه يميناً على الممتنع ، بل وخلاف . لكن أشبهه الجواز ﴿ وفقاً للمبسوط والتحرير والارشاد والتبصرة والتلخيص ، لعموم الكتاب (١) الذي لا ينافيه ما في السنة من كون « الإيلاء أن يقول : والله لا أجامعك » (٢) لامكانه منه بالمساحقة ، خصوصاً إذا بقي من آله دون الحشفة يلججه في الفرج وينزل منه ، وأولى من ذلك بالجواز ما لو عرض الجب بعد الإيلاء .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ تكون فئته ﴾ بناءً على ما ذكرنا العود إلى المساحقة ، لا أنها تكون ﴿ كفئة العاجز ﴾ لمرض ونحوه التي هي القول باللسان « لو قدرت لفعلت » . نعم قد يقال : إن فئته ذلك لو فرض تعذر المساحقة منه ، ولا ينافي ذلك عدم صدق الجماع حتى على المساحقة ، لاطلاق قوله تعالى (٣) : « للذين يؤلون » وليس في شيء من النصوص السابقة اشتراط الجماع الذي يمكن دعوى انسياقه إلى غير المساحقة ، بل أقصاها أن يقول الرجل لزوجته : « والله لا أجامعك » وهو متحقق فيمن يكون مجامعته المساحقة ونحوها ، بل ومن لا يكون له مجامعة أصلاً ، بناءً على ما ستعرفه من عدم اعتبار إمكان وقوع المحلوف عليه

(١ و ٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٦٦ .

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ و الباب - ٩ - منها

الحديث ١ و ٢ .

من الحالف في الإيلاء ، فيتحقق حينئذ بذلك ، وتكون فئته القول باللسان والعزم على الفعل مع فرض إمكانه له ، ضرورة أن ذلك فئة مثل هذا المولى الذي فرض تناول الأدلة له ، نعم قد يقال : إنه وإن سلم كون فئته ذلك لكن لا ريب في عدم تحقق الأضرار الذي اعتبروه شرطاً ، إذ الفرض أنه لاجتماع له ، اللهم إلا أن يمنع شرطيته ذلك على وجه ينافي ذلك ، وإنما المراد منها إخراج الحلف لصالح الولد ونحوه ، لا بحيث يشمل المقام ، ومن هنا كان المشهور تحقق الإيلاء ، مع أنك قد عرفت الاتفاق على اعتبار الأضرار ، ولا يمكن ذلك إلا بما قلناه .

وعلى كل حال فما في المسالك - من أن الأصح عدم الإيلاء منه ، لفقد شرط الصحة منه ، وهو مخصص لعموم الآية ، والفرق بينه وبين المريض توقع زوال عذره دونه ، ومرافقته وضرب المدة له ليقول باللسان ذلك في حكم العبث الذي لا يليق بمحاسن الشرع ، حتى التزم لذلك بطلان الإيلاء لو عرض الجب في أثنائه ، لاستحالة بقاء اليمين مع استحالة الحنث ، ومجرد المطالبة باللسان وضرب المدة لذلك فيصح ، كالمجبوب ابتداءً - لا يخلو من نظر بعد الاحاطة بما ذكرناه ، مضافاً إلى إمكان منع عدم انعقاد اليمين على الممتنع ، للاطلاق ، واستحالة الحنث لا ينافي انعقادها .

لكن الانصاف عدم تحقق الأضرار بالزوجة الذي قد عرفت اعتباره مع الحال المزبور إلا على المساحقة التي ذكرناها ، فتأمل جيداً . هذا كله المجبوب الذي لم يبق من آله ما يتحقق به اسم الجماع ، وإلا جاز الإيلاء منه بلا خلاف ولا إشكال ، بل في شرح الصيمري الاجماع عليه .

الامر * الثالث :

* في المؤلى منها ، و * لا خلاف في أنه * يشترط * فيها * أن تكون منكوحة بالعقد لا بالملك * بل لعله إجماع ، لعدم اندراج المملوكة في « نسائهم » (١) وفي الزوجة .

* وأن تكون مدخولاً بها * بلاخلاف أجده فيه ، كما اعترف به في كشف اللثام ، حتى ممن قال بعدم اعتباره في الظهار ، كالمفيد وسلار وابني زهرة وإدريس ، فإن المحكي عنهم التصريح هنا باعتباره ، نعم في المسالك « وربما قيل به هنا أيضاً ، ولكنه نادر » وإن لم نتحققه ، ولعله نظر في النصوص الدالة على ذلك هنا ، كصحيح ابن مسلم (٢) عن أحدهما عليه السلام قال : « في غير المدخول بها لا يقع عليها إيلاء ولا ظهار » وخبر أبي الصباح (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « لا يقع الإيلاء إلا على امرأة قد دخل بها زوجها » وفي خبر آخر (٤) عنه عليه السلام « إن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن رجل آلى من امرأته ولم يدخل بها ، قال : لا إيلاء حتى يدخل بها ، قال : أرأيت لو أن رجلاً حلف ألا يبنى بأهله سنتين أو أكثر من ذلك أيبكون إيلاء ؟ » .

لكن قد يقال إن ذلك منافي لما سمعته من المشهور من وقوعه من المجبوب الذي لا يتصور دخول فيه ، مع فرض جبهته على وجه لم يبق من الذكر شيء يتحقق به الدخول ، اللهم إلا أن يحمل الدخول في كلامهم هنا على ما يشمل دخول

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٦ .

(٢) الوسائل الباب ٨ - من كتاب الظهار الحديث ٢ عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام إلا أن الموجود في التهذيب ج ٨ ص ٢١ الرقم ٦٥ عن أبي جعفر أو أبي عبد الله عليهما السلام .

(٣ و ٤) الوسائل الباب ٦ - من أبواب الإيلاء الحديث ٢ - ٣ .

المحبوب من المساحقة ونحوها .

﴿ و ﴾ كيف كان في ﴿ غي وقوعه بالمستمع بها تردّد ، أظهره المنع ﴾ وفاقاً
للمشهور إما لتبادر الدائمة من النساء والزوجة أو لظهور قوله تعالى (١) : « وإن
عزموا الطلاق » بعد قوله : « ولّذين يؤلون » في قبول المولى منها له ، وهو منتفٍ في
المستمع بها ، نحوما جاء في النص (٢) من الاستدلال على اعتبار النكاح الدائم في
المحلل بقوله تعالى (٣) : « فإن طلقها » كما نبهنا عليه في محله ، فلاحظ وتأمل .
ولما قيل : أن لازم صحته جواز مطالبتها بالوطء وهو غير مستحق للمستمتع بها ،
ولأصالة بقاء الحل في موضع النزاع ، ولقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن أبي
يعفور (٤) : « لا إيلاء على الرجل من المرأة التي تمتع بها » .

خلافاً للمحكمي عن المرتضى من الوقوع بها ، للعموم الذي لا يخصه عود
الضمير إلى بعض المذكورات سابقاً ، ومطالبتها مشروطة بالدوام نظراً إلى الغاية ،
وهو لا يستلزم عدم وقوعه بدون المطالبة ، والأصل مقطوع بالإيلاء الثابت
بالأية (٥) وهو كما ترى ، وقد تقدّم الكلام في ذلك في كتاب النكاح ،
فلاحظ .

﴿ ويقع بالحرّة والمملوكة ﴾ كما يقع من الحرّ والمملوك ، للعموم ، بلا
خلاف أجده فيه . ﴿ و ﴾ لا في أن ﴿ المرافعة إلى المرأة لضرب المدة ﴾ كذا
﴿ إليها بعد انقضائها المطالبة بالفئة ولو كانت أمة ، ولا اعتراض للمولى ﴾ لأن
حق الاستمتاع لها لا لمولاها .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ يقع بالذمية كما يقع بالمسلمة ﴾ للعموم ، والله العالم .

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٧ .

(٢) الوسائل الباب ٩ - من أبواب أقسام الطلاق الحديث ٤ من كتاب الطلاق .

(٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٣٠ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٨ الرقم ٢٢ .

(٥) سورة البقرة : ٢ الآية ٢٢٦ .

الامر * الرابع : *

* في أحكامه ، وفيه مسائل *

* الاولى : *

* لا ينعقد الإيلاء حتى يكون التحريم * بالحلف * مطلقاً * فيحمل على التأييد ، ضرورة توقف الصدق على الانتفاء في جميع الأوقات * أو مقيداً بالدوام * الذي هو تأكيد لما اقتضاه الإطلاق * أو مقروناً بمدة تزيد على الأربعة أشهر * ولو لحظة وإن انحلت بعدها اليمين ، قال زرارة (١) : « قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل آلى أن لا يقرب امرأته ثلاثة أشهر ، قال : فقال : لا يكون إيلاء حتى يحلف أكثر من أربعة أشهر » * أو مضافاً إلى فعل لا يحصل إلا بعد انقضاء مدة التربص يقيناً أو غالباً ، كقوله وهو بالعراق : حتى أمضي إلى بلاد الترك وأعود ، أو يقول : ما بقيت * الذي هو بمعنى أبداً ، فإن أبد كل إنسان عمره ، بل لو قال : ما بقي زيد فكذلك في أحد الوجهين أو أقواهما مع غلبة الظن ببقائه ، لأن الموت المعجل كالمستبعد في العادات ، فيكون كالتعليق على خروج الدجال .

* ولا يقع لأربعة أشهر فما دون * لما عرفت * ولا معلقاً بفعل ينقضي قبل هذه المدة يقيناً أو غالباً أو محتملاً على السواء * لعدم صدق الحلف على أكثر من أربعة أشهر ، ولعدم تحقق قصد المضارة ، فلا يحكم بكونه مؤلياً وإن اتفق مضي أربعة أشهر ولم يوجد المعلق به ، بل يكون يميناً ، لما عرفت من عدم تحقق قصد المضارة في الابتداء ، وأحكام الإيلاء منوطة به ، لا بمجرد اتفاق الضرر بالامتناع من

الوطء كما لو امتنع من غير يمين ، وحينئذ فيرتفع اليمين لو وجد المعلق به قبل الوطء وتجب الكفارة لو وطأ قبل وجوده حيث ينعتد اليمين .

قلت : قد يقال : إن لم يكن إجماعاً - على ما سمعت المدار على واقعية الزيادة - على أربعة أشهر - لا ظن حصولها أو عدمه ، فإن الصدق يدور مداره - فمع فرض التعليق لغاية يضم في العادة بلوغها الأزيد من أربعة فاتفق عدمه خلاف العادة وبالعكس لا معنى لجريان حكم الإيلاء على الأول دون الثاني المتحقق فيه الصدق دون الأول ، وكذا محتمل الوقوع فاتفق تأخره عن الأربعة ، ولا دليل على اعتبار إحراز ذلك على الوجه المزبور ، نعم هو كذلك لتعجيل حكم الإيلاء ، لا لأصل كونه إيلاءً حتى بعد الانكشاف ، فتأمل جيداً ، فإني لم أجد ذلك محرراً في كلماتهم .

﴿ و لو قال : والله لاوطأك حتى أدخل هذه الدار ﴾ ولم يكن له مانع منها لا يرتفع إلا بما زاد على أربعة أشهر ﴿ لم يكن إيلاءً ، لأنه يمكنه التخلص من التكفير مع الوطء بالدخول ﴾ الذي هو غاية الحرمة ﴿ وهو منافي للإيلاء ﴾ المعبر فيه حرمة الوطء عليه أزيد من الأربعة إلا مع الكفارة ، إذ هو الذي تتحقق به المضارة ، بل لا يصدق على مثله أنه آلى إلى أزيد من أربعة أشهر بعد أن كان غاية اليمين راجعة إلى اختياره ، كما هو واضح .

المسألة الثانية: *

* مدة التبرص في الحرّة والأمة * والمسلمة والذمية * أربعة أشهر * من حين الإيلاء على الأصح ، كما ستعرفه * سواء كان الزوج حراً أو مملوكاً * مسلماً أو ذمياً بلا خلاف أجده فيه ، بل يمكن دعوى تواتر النصوص (١) فيه مضافاً إلى الكتاب (٢) وما عن مالك في الزوج المملوك وأبي حنيفة في الزوجة المملوكة - من كون المدة فيهما على النصف في الحرّة والحرّة لقاعدته - كالاكتفاء في مقابلة النص .

* و * على كل حال في المدة حق للزوج وليس للزوجة مطالبة فيها بالفئة * لكن إن وطأ فيها كفر وانحل الإيلاء وإلا تبرص إليها ، قال الباقر والصادق عليه السلام في الصحيح (٣) : « إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول ولا حق في الأربعة الأشهر ، ولا إثم عليه في كفته عنها في الأربعة أشهر ، فان مضت الأربعة أشهر قبل أن يمستها فما سكنت ورضيت فهو في حلّ وسعة ، وإن رفعت أمرها قيل له : إما أن تفء فتمستها ، وإما أن تطلق ، وعزم الطلاق أن يغلي عنها ، فإذا حاضت وطهرت طلقها فهو أحق برجعته ما لم تمض ثلاثة قروء ، فهذا الإيلاء الذي أنزل الله تبارك وتعالى في كتابه وسنة رسوله ﷺ ، ونحوه غيره (٤) : »

ولا ينافي ذلك خبر أبي مريم (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام « عن رجل آلى من

(١) الوسائل الباب ٨ - من أبواب الإيلاء .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٦ .

(٣) الوسائل الباب ٢ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ .

(٤) الوسائل الباب ٨ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ .

(٥) الوسائل الباب ٨ - من أبواب الإيلاء الحديث ٣ و هو مضمّن الا أن في

الاستبصار ج ٣ ص ٢٥٥ من أبي عبد الله عليه السلام .

امراته ، قال : يوقف قبل الأربعة أشهر وبعدها ، المنزل على إرادة الإيقاف قبلها
لا لزام الحكم عليه بعد تلك المدة ، لا لا لزام الطلاق أو الإيفاء ، فانه إنشأ يكون
بعد ، ليوافق غيره من النصوص (١) المجمع عليها ، كخبر أبي الجارود (٢) د أنه
سمع أبا جعفر عليه السلام يقول : الإيلاء يوقف بعد سنة ، فقلت : بعد سنة ، فقال : نعم
يوقف بعد سنة ، المنزل على إرادة أنه يوقف ولو مضت سنة لم يرفع أمره فيها ،
ولا تكون مطلقة بمضي المدة ليوافق غيره من النصوص أيضاً التي منها خبر
عثمان (٣) عن أبي الحسن عليه السلام « سألته عن رجل آلى من امرأته متى يفرق
بينهما ؟ قال : إذا مضت أربعة أشهر ووقف ، قلت له : من يوقفه ؟ قال : الامام ،
قلت : وإن لم يوقفه عشر سنين ، قال : هي امرأته . »

بل ظاهر النص (٤) و الفتوى أن المدة المزبورة حق للزوج ليس لها
مرافعة وإن كان قد ترك وطء ما قبل الإيلاء بأربعة أشهر أو أقل مثلاً ، وفي المسالك
« و لو فرض كونه تاركاً وطءها مدة قبل الإيلاء يفعل حراماً بالنسبة إلى ما زاد
من أربعة أشهر من حين الوطء ، لأنه لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من ذلك ،
ولا ينحل بذلك اليمين ، لأن الإيلاء لا ينحل بذلك . »

وفيه أن ظاهر الآية (٥) والنصوص (٦) بل هو صريح الصحيح (٧)
المزبور عدم الإنم عليه في ترك الوطء مدة التربص مطلقاً ، بل لعل الغالب عدم وطئها
قبل الإيلاء بأن ما ، بل لو كان المراد تربص الأربعة في خصوص الموطوءة في زمان
متصل بإيقاع الإيلاء وإلا أتجه لها المطالبة قبل المدة المزبورة لاصار زمان الإيلاء

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الإيلاء الحديث - ٢ - ٠ - ٤ .

(٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ .

(٥) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٦ .

(٦) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الإيلاء .

(٧) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ .

شهرًا وشهرين وأقل وأكثر إذا فرض ترك وطئها قبل الإيلاء بثلاثة أشهر أو شهرين ونحو ذلك ، وهو منافع للنفس والفتوى ، وإن قال الفاضل في القواعد : « ولو كان الوطء يجب بعد شهر مثلاً فحلف أن لا يطأها إلى شهرين ففي انعقاده نظر » ولعله من القصور عن المدة المقدرة للإيلاء ، ومن أن الإيلاء إنما انعقد لا متناعه من الوطء مدة يجب عليه في أثناءها ، ولكن لا ريب في أن الأول أقوى ، كما اعترف به في كشف اللثام .

وكيف كان فلا ريب في ظهور النص (١) والفتوى في أن المدة المزبورة حق للزوج ليس لها المطالبة فيها إذا آلى وإن ترك وطئها سابقاً ، ولعل هذا أيضاً من أحكام الإيلاء ، فتأمل جيداً ، فإن المسألة غير محررة .

وعلى كل حال ﴿ فاذا انقضت ﴾ الأربعة أشهر ﴿ لم تطلق بانقضاء المدة ﴾ عندنا ، للأصل وظاهر الكتاب (٢) والسنة (٣) أو صريحهما ، خلافاً لأبي حنيفة ، فقد جمل المدة وقت الفئة ، وقال : « إذا لم يفء فيها طلقت بائنة » ولعل قول الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير (٤) : « إذا آلى الرجل من امرأته فمكث أربعة أشهر فلم يفء ، فهي تطليقة ، ثم يوقف فان فاء فهي عنده على تطليقتين ، وإن عزم فهي بائنة منه » مطرح أو محمول على ما عن الاستبصار من أنه إذا طلق بعد الأربعة أشهر فهي تطليقة رجعية ، فان فاء أي راجعها كانت عنده على تطليقتين ، وإن عزم حتى خرجت من العدة فقد صارت بائنة لا يملك رجعتها إلا بمقد جديد ومهر مسمى ، وإن بعد إلا أنه خير من الطرح الذي لا بد منه مع فرض عدم تأويله ، لاتفاق الكتاب والسنة القطعية ﴿ و ﴾ الإجماع على خلافه .

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ .

(٢) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٦ .

(٣) الوسائل الباب - ٨ و ٩ - من أبواب الإيلاء .

(٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الإيلاء الحديث ٢ .

بل لو فرض عدم طلاق الزوج لها بعد المدة ﴿ لم يكن للمعاكم طلاقها ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، لأن « الطلاق بيد من أخذ بالساق » (١) و لفحوى النصوص (٢) الدالة على حبسه والتضييق عليه ليفيء أو يطلق ، مضافاً إلى ظاهر الكتاب (٣) والسنة (٤) أو صريحهما ، وما في مضمرة عثمان (٥) من أنه « إن لم يفيء بعد أربعة أشهر حتى يصلح أهله أو يطلق جبر على ذلك ، ولا يقع طلاق فيما بينهما حتى يوقف وإن كان بعد الأربعة الأشهر ، فإن أبي فرق بينهما الامام ، كالذي في خبره السابق الآخر (٦) محمول على إرادة جبر الامام له على ذلك إن لم يفيء ، فما عن مالك والشافعي في أحد قوليه - من أن له ذلك - واضح الفساد .

﴿ وعلى كل حال ﴾ فإذا رافعته فهو مخير بين الطلاق والفئة ، فإن طلق فقد خرج من حقها ، ويقع الطلاق رجعة (الطلقة رجعية خ ل) ﴿ إن لم يكن ما يقتضي البينة ﴾ على الأشهر ﴿ بل المشهور ، بل لم يعرف المخالف بعينه وإن أرسله بعض ، لأنه الأصل في الطلاق ، ولذا احتاج البائن إلى سبب يقتضيه ، وللنصوص (٧) التي منها قول الصادق عليه السلام في حسن يزيد بن معاوية (٨) : « فإذا

(١) كنز العمال ج ٥ ص ١٥٥ الرقم ٣١٥١ .

(٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الايلاء .

(٣) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٦ و ٢٢٧ .

(٤) الوسائل الباب - ٨ و ٩ - من أبواب الايلاء .

(٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الايلاء الحديث ٤ عن عثمان بن عيسى ،

عن سماعة قال : « سأله » .

(٦) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الايلاء الحديث ٤ .

(٧) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الايلاء الحديث ١ و الباب - ١٠ - منها

الحديث ٢ .

(٨) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الايلاء الحديث ١ عن يزيد بن معاوية .

مضت الأربعة أشهر أوقف ، فاما أن يفى فيمستها ، وإما أن يعزم على الطلاق فيخلى عنها حتى إذا حاضت و طهرت من محيضها طلقها تطليقة قبل أن يجامعها بشهادة عدلين ، ثم هو أحق برجعتهما ما لم تمض الثلاثة الأقراء .

فما في صحيح منصور بن حازم (١) عن الصادق عليه السلام « المولى إذا وقف فلم يفىء طلق تطليقة بائة » محمول على من يرى الامام إجباره على البائة بفدية ، أو على من كانت عند الرجل على تطليقة واحدة ، وكذا مضمرة الآخر (٢) « إن المولى يجبر على أن يطلق تطليقة بائة » وفي الكافي عن غير منصور (٣) « أنه يجبر على أن يطلق تطليقة يملك فيها الرجعة ، فقال له بعض أصحابه : إن هذا ينتقض ، فقال : لا ، التي تشكو فتقول يجبرني ويضربني ويمنعني من الزوج يجبر على أن يطلقها تطليقة بائة ، والتي تسكت ولا تشكو شيئاً يطلقها تطليقة يملك فيها الرجعة » الحديث .

ثم على تقدير طلاقه رجعيّاً إن استمر عليه فذاك وإن رجع عاد الإيلاء ، كما ستسمع تمام الكلام فيه إنشاء الله .
وعلى كل حال فبطلانها يخرج عن حقها ﴿ وكذا إن فاء ﴾ ورجع إلى وطنها يخرج عن حقها أيضاً .

﴿ وإن امتنع عن الأمرين ﴾ بعدمرافعة الحاكم ﴿ حبس وضيق عليه حتى يفىء أو يطلق ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، قال الصادق عليه السلام في خبر غياث بن إبراهيم (٢) : « كان أمير المؤمنين عليه السلام إذا أبى المولى أن يطلق جعل له حظيرة من قصب وأعطاه ربع قوته حتى يطلق » وقال في خبر حماد بن عثمان (٥) « كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل له حظيرة من قصب يجبسه فيها ويمنعه من الطعام والشراب حتى يطلق » وفي المرسل (٦) « إن فاء وهو أن يرجع إلى الجماع وإلا حبس

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الإيلاء الحديث ٥ .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الإيلاء الحديث ٣ .

(٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الإيلاء الحديث ٣ - ١ - ٢ .

في حظيرة من قصب وشدّ عليه في الماء كل و المشرب حتى يطلق ، بل عن الفقيه « روي (١) أنه متى أمره إمام المسلمين بالطلاق فامتنع ضرب عنقه ، لامتناعه على إمام المسلمين ، وفي مرسل خلف بن حماد (٢) عن الصادق عليه السلام « في المؤلى إما أن يفى أو يطلق ، فإن فعل وإلا ضربت عنقه ، بل روي أيضاً (٣) « إن أمير المؤمنين عليه السلام بنى حظيرة من قصب وجعل فيها رجلاً آلى من امرأة بعد الأربعة أشهر ، فقال له : إما أن ترجع إلى المناكحة وإما أن تطلق وإلا أحرقت عليك الحظيرة . »

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لا يجبره الحاكم على أحدهما تعييناً ﴾ قطعاً لأن الشارع خيره بين الأمرين ، فلا يجبر إلا على ماوجب عليه شرعاً .

﴿ و لو آلى مدة معينة ودافع بعد المرافعة حتى انقضت المدة سقط حكم الإيلاء ولم يلزمه الكفارة مع الوطء ﴾ لأنها تجب مع الحنث في اليمين ، ولا يتحقق إلا مع الوطء فيها ، وأما إذا انقضت سقط حكم اليمين ، سواء رافعته وألزمه الحاكم بأحد الأمرين أم لا ، لا اشتراكهما في المقتضى وإن أتم بالمدافعة على تقدير المرافعة ، كما هو واضح .

﴿ ولو أسقطت حقها من المطالبة ﴾ مدة ولو بالسكوت عنه ﴿ لم يسقط ﴾ أصل المطالبة ، لأنه حق يتجدد فيسقط بالعفو ما كان لا ما يتجدد ﴿ وإن وجد سببه ، ولما كان حقها في المطالبة يثبت في كل وقت مادام الإيلاء باقياً فهو ممّا يتجدد بتجدد الوقت ، فإذا أسقطت حقها فيها لم يسقط إلا ما كان فيها ثابتاً وقت الاسقاط ، وذلك في قوة عدم إسقاط شيء كما اعترف به في المسالك ، لأن الآن الواقع بعد ذلك بلا فصل يتجدد فيه حق المطالبة و لم يسقط بالاسقاط ، فلها المطالبة متى شئت ، قال : « وكذلك القول في نظائره من الحقوق المتجددة بحسب الوقت ، كحق القسمة للزوجة ، وحق الاسكان في موضع معين حيث نقول بصحته

ونحو ذلك ، ومن هذا الباب ما لو علمت باعسار الزوج فرضيت ثم أرادت الفسخ على قول من بجوذه به ، فلها ذلك لتجدد الضرب بفوات النفقة يوماً فيوماً ، ويخالف ما إذا رضيت بعنة الزوج ثم أرادت الفسخ ، حيث لا يبطل خيارها لفوات الفورية ، بأن جهلت الفورية أو نحو ذلك مما سبق ، فإنها لا تمكّن منه ، وفرق بأن العنة عجز حاضر وخصلة ناجزة لا تبسط على الأيام ، وحق الاستمتاع بالنفقة يبسطان عليها ، وبأن العنة عيب والرضا بالعيب يسقط حق الفسخ .

قلت : لا يخفى عليك ما في الفرق المزبور ، والمتجه في كل سبب يسقطها على الخيار في العقد متى أسقطت حقها منه لزم العقد ، وليس لها بعد المطالبة ، ضرورة اتحاد صيغة العقد بالنسبة إلى ذلك ، فلا يكون في حال جائزاً وفي آخر لازماً ، كما هو واضح .

إنما الكلام في إسقاط حق القسم وحق المطالبة ، ولا ريب في سقوطه لو وقع بعقد صلح ونحوه ، كما ورد ذلك في حق القسم ، أما سقوطه بالاسقاط فلا يخلو من إشكال ، لما عرفت ، مع احتمال صحته اكتفاءً بحصول سببه ، ولفحوى ما دل (١) على سقوطه بالصلح ، ضرورة أنه مع فرض عدم قابلية سقوطه لعدم حصوله لا يصلح الصلح والفرض صحته ، فيدل على صحته سقوطه بالاسقاط .

ومن ذلك حق الدعوى الذي لا خلاف في مشروعية الصلح لاسقاطه ، وهو أقرب شيء إلى حق المطالبة لها في المقام ، نعم لا يسقط بالسكوت عنه مدة قطعاً ، كما هو صريح النص والفتوى ، إنما الكلام في سقوطه بالاسقاط الحاصل بقولها : « أسقطته من أصله » ونحوه ، فتأمل جيداً ، فإن المقام محتاج إلى التأمل ، والله العالم .

* فروع : *

* الأول : *

* لو اختلفا في انقضاء المدة * بأن ادعت المرأة انقضاءها لتلزمه بالفئة أو الطلاق وادعى هو بقاءها * فالقول قول من يدعى بقاءها * للأصل ، لأن مرجع دعوى انقضائها إلى تقدم زمان الإيلاء أو زمان المرافعة ، والأصل عدم تقدم كل منهما .

* وكذا لو اختلفا في * تقدم * زمان إيقاع الإيلاء * أو المرافعة وتأخره * فالقول قول من يدعى تأخره * للأصل المزبور ، كما هو واضح .

* الثاني : *

* لو انقضت مدة التربص وهناك مانع من الوطء كالحيض و المرض * ونحوهما * لم يكن لها المطالبة * بالفئة فعلاً بلا خلاف أجده ، بل في المسالك الإجماع عليه * لظهور عذره في التخلف و * لعدم المضادة لها ، نعم * لو قيل لها المطالبة بفئة العاجز عن الوطء كان حسناً * بل اختاره غير واحد ، بل حكى عن كثير ، لاطلاق الأدلة ، ولقاعدة الميسور ، ولتخييره بين الفئة والطلاق وربما طلقها إذا طالبت ، ولعدم كون المانع منها ، بل هي ممكنة ولكن المانع من الله تعالى ، خلافاً للمحكي عن الشيخ من المنع ، لأن الامتناع من جهتها ، وفيه أن عدم قبول المحل كعدم القدرة من الفاعل ، وكما يلزم بفئة العاجز عند عجزه عن الوطء كذلك يلزم عند عجزها ، فلا فرق بين الحيض وغيره .

﴿ ولو تجددت أعذارها في أثناء المدة قال في المبسوط : تنقطع الاستدامة عدا الحيض ﴾ أي لا تحتسب من المدة ، فإذا زال العذر بنت على ماضى من المدة قبل العذر كما في حاشية الكركي والمسالك ، لأن الحق لها والعذر من قبلها ، ومدة التربص حق له فلا يجب عليه منها ما لا قدرة له على الفئة فيه ، بل في كشف اللثام « تستأنف مدة التربص لمنعها من ابتداء الضرب - إلى أن قال - : وإنما يستأنف ولا يبني على ما مضى لوجوب المتابعة في هذه المدة ، كصوم كفارة الظهار ونحوه » وفيه منع واضح . وعلى كل حال تنقطع المدة بتجدد أعذارها الشرعية والحسية عند الشيخ ، نعم يستثنى من ذلك خصوص الحيض ، فإنه لا يقطعها إجماعاً ، لأنه لو قطع لم تسلم مدة التربص أربعة أشهر ، لتكرره في كل شهر غالباً .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه تردد ﴾ من ذلك ومن إطلاق الأدلة مع قيام فئة العاجز مقام الوطاء من القادر ، وهو بحكمه .

﴿ و ﴾ من هنا ﴿ لا ينقطع المدة بأعذار الرجل ابتداءً ولا اعتراضاً ﴾ إجماعاً ، لأن حق المهلة له والعذر منه ، والمرأة لكن المضارة حاصلة (١) سواء كانت شرعية كالصوم والإحرام أو حسية كالجنون والمرض . ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا تمنع من المواقعة (٢) انتهاء ﴾ لو اتفقت على رأس المدة ، بل يؤمر بفئة العاجز أو الطلاق ، كما سيأتي ، لإطلاق الأدلة .

(١) هكذا في النسخة المخطوطة المسودة ، والموجود في المبيضة والمرأة لكن

المضارة حاصلة ، وهو خطأ ، والصحيح ما أثبتناه .

(٢) هكذا في النسخة الأصلية ، وفي الشرائع المطبوع والمرافعة .

﴿ الثالث : ﴾

﴿ إذا جنّ " بعد ضرب المدة احتسب المدة عليه وإن كان مجنوناً ﴾ للاطلاق ،
﴿ فان انقضت المدة والجنون باقٍ تربص به حتى يفيق ﴾ لرفع القلم عنه ، ولا يقوم
وليّه مقامه في ذلك ، نعم لو كان العذر ممّا لا يرتفع معه التكليف أمر بقتة
الماجز .

﴿ الرابع : ﴾

﴿ إذا انقضت المدة وهو محرم ألزم بقتة المعضور ﴾ لما عرفت . ﴿ وكذا
لو انفق صائماً ﴾ على وجه لا يجوز له الافطار ، ولا يلزم بالوطء المحرم ﴾ و ﴿
لكن ﴾ لو واقع أتى بالفتنة وإن أثم ﴾ لحصول الغرض ، سواء وافقته على ذلك أم
أكبرها ، وسواء قلنا بجواز موافقتها له لأنه ليس محرمّاً من طرفها أو لا ،
لأنه إعانة على الإثم ﴾ وكذا ﴾ الكلام ﴾ في كل وطء محرم كالوطء في الحيض
والصوم الواجب ﴾ ونحوهما .

﴿ الخامس : ﴾

﴿ إذا ظاهر ثمّ آلى ﴾ أو عكس ﴾ صحّ الأمران ﴾ لبقاء الزوجية
الصالحة لايقاع كلّ منهما وإن كانت قد حرمت بالسبب الآخر ، فتحرّم حينئذ من
الجهتين ولاستباح بدون الكفّارين ، لكن قد عرفت اختلاف المدة في إمهاله فيهما ،
ففي الظهار ثلاثة وفي الإيلاء أربعة ، وحينئذ ففي الفرض إذا انقضت مدة الظهار
(جواهر الكلام - ج ٢٠)

الزم بحكمه خاصة ، فترافعه ﴿ ويوقف بعد انقضاء مدته ﴾ أي ﴿ الظهار ، فان طلق فقد وفى الحق ﴾ وخرج من حكمي الإيلاء والظهار ﴿ وإن أبى ألزم ﴾ ﴿ بالتكفير والكمود للـ ﴾ ووطء لأنه أسقط حقه من التربص ﴿ إلى الأربعة ﴾ بالظهار وكان عليه كفارة الإيلاء ﴿ إذا وطأ وإن توقفت كفارة الظهار على مدة تزيد عن مدة الإيلاء أو كان الظهار متأخراً عنه بحيث انقضت مدته قبل التخلص منه طولب بالأمرين معاً و لزمه حكمها ، ولكن قد يختلف حكمها فيما لو انقضت مدة الإيلاء ولمّا يكمل الكفارة للظهار ، فان حكم الإيلاء إذا لم يختل الطلاق إلزامه بالفئة وتعجيل الوطء ، وحكم الظهار تحريمه إلى أن يكفر ، وطريق الجمع حينئذ إلزامه للإيلاء بفئة المأجور ، لأن الظهار مانع شرعي من الوطء قبل التكفير ، فتجتمع الكفارتان بالعزم على الوطء إحداهما للفئة والأخرى للعزم عليه ، و لو أراد الوطء في هذه الحالة قبل التكفير للظهار حرم عليه ذلك ، بل يحرم عليها أيضاً تمكينه منه ، كما سبق وإن أبيع له ولها من حيث الإيلاء ، ولو فعل حراماً ووطأ حصلت الفئة ولزمه كفارتا الظهار والإيلاء .

﴿ السادس : ﴾

﴿ إذا آلى ثم ارتد ﴾ عن غير فطرة مثلاً ﴿ قال الشيخ : لا يحسب عليه مدة الردة ، لأن المنع بسبب الارتداد ﴾ الذي هو فاسخ للنكاح كالطلاق ﴿ لا بسبب الإيلاء ﴾ فلا يحسب مدته من مدة الإيلاء المقتضية لاستحقاق المطالبة بعدها بالوطء ، لتضاد المؤثرين المقتضي لتضاد الأثرين كما لا يحسب زمان العدة .

﴿ والوجه ﴾ عند المصنف بل في المسالك نسبه إلى الأكثر ﴿ الاحتساب ، لتمكّنه من الوطء بإزالة المانع ﴾ فلا يكون عذراً ، ويفارق العدة بأن المرتد إذا عاد إلى الإسلام تبين أن النكاح لم يفسخ و الطلاق الماضي مع إحقاق الرجعة لا يفسخ ، ولهذا ظهر أثره بتحريمها بالثلاث وإن رجع في الأولين ، ولكن ذلك كما ترى ولعلّه لذا قال الكركي في الحاشية : « وفي الفرق بحث » .

﴿ المسألة الثالثة ﴾ :

﴿ إذا وطأ في مدة التربص لزمته الكفارة إجماعاً ﴾ بقسميه ، ولا طلاق مادل على كفارة اليمين من الكتاب (١) والسنة (٢) ضرورة كون المفروض منه ، ولا إثم عليه في الكفارة عنها في المدة المزبورة التي لاحق لها فيها .

﴿ ولو وطأ بعد المدة قال في المبسوط : لا كفارة ﴾ للأصل بعد الشك أو الظن بخروج الفرض عن إطلاق مادل على وجوبها بالحنث بسبب وجوب الوطء عليه شرعاً ، لأنها مطالبة بعد مضي الأربعة ، فلا حنث حينئذ ، وبذلك يظهر لك الفرق بين ما بعد المدة وأثنائها ، على أن خروج الثاني في صورة جواز الوطء أو رجوعه بالاجماع لا يقتضي خروج الأول عن مقتضى أصالة البراءة عن التكفير .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك قال ﴿ في الخلاف ﴾ و محكي النهاية والبيان : ﴿ نلزمه ﴾ الكفارة كما عن مجمع البيان و روض الجنان و أحكام القرآن ، بل هو ظاهر الأكثر ، بل عن الخلاف الاجماع عليه ، مضافاً إلى خبر منصور بن حازم (٣) المنجبر بما عرفت عن الصادق عليه السلام قال : « سألت عن رجل آلى من امرأته فمرت به أربعة أشهر ، قال : يوقف فان عزم الطلاق باثت منه ، وعليها عدة المطلقة ، وإلا كفر عن يمينه ، و أمسكها » معتضداً بما عن العياشي من إرساله عنه عليه السلام (٤) « أنه سئل إذا باثت المرأة من الرجل هل يخطبها مع الخطاب ؟ قال : يخطبها على تطليقتين ، ولا يقر بها حتى يكفر عن يمينه » وكذا ما أرسله

(١) سورة المائدة : ٥ - الآية ٩٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات .

(٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الإيلاء الحديث ٣ .

(٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الإيلاء الحديث ٤ .

عنه **عليه السلام** أيضاً في المحكمي عن بعض الكتب (١) أنه قال : « إذا فاء المؤلى فعلية الكفارة » .

ولعله لذا قال المصنّف : ﴿ وهو أشبه ﴾ وتبعه الفاضل وغيره ، مؤيداً ذلك بأن يمين الإيلاء يخالف مطلق اليمين في أمور هذا منها ، ومنها انعقاده وإن كان تركه أرجح ، بل ربما وجب ، كما لو آلى في وقت يجب فيه الوطء ، فما في المسالك - من الوسوسة في الحكم المذكور لأمر لا توافق أصولنا - في غير محله ، على أنه هو في آخر كلامه أعاده الله تعالى وإيانا من الوسواس قال : « ومع ذلك فاعتمادنا على المذهب المشهور من وجوب الكفارة على المؤلى مطلقاً » .

المسألة الرابعة : ﴿

﴿ إذا وطأ المؤلى ساهياً ﴾ أو مجنوناً ، ﴿ أو اشتبهت بغيرها من حلائله ﴾ أو في نحو ذلك من الأحوال التي لا يكون بها عامداً ﴿ قال الشيخ : بطل حكم الإيلاء ﴾ الذي هو ترك وطئها في المدة المزبورة بحيث يكون لها المطالبة ، ﴿ وأن المفروض ﴾ تحقق الإصابة و﴿ لو في الأحوال المزبورة نعم ﴾ لم تجب الكفارة ﴿ بالاخلاف ولا إشكال وإن انحل حكم الإيلاء ﴾ لعدم العنت ﴿ إذ الفرض عدم عمده ، فيندرج فيمن رفع عنه الخطأ أو النسيان من الأمة ، بل من المعلوم أن المراد من اليمين الالتزام بمقتضاها ، ولا يكون ذلك إلا حال التذكر ، فليس الفرض حينئذ متعلقاً لليمين ، لكن قد ينقذ من ذلك حينئذ عدم الانحلال ، لأنه ليس من أفراد المحلوف عليه ، وكذا مطلق اليمين .

اللهم إلا أن يقال : إن متعلق اليمين بعدم وجود الحقيقة من الحالف أصلاً ، إلا أن الكفارة على اليمين يتبع التكليف المتوقف على حصول التذكر ، فالانحلال

يحصل بكونه منافياً للمحلول عليه من عدم وجود الحقيقة أصلاً ولا تنجب الكفارة ، لأن عنوانها حال التكليف ، فتأمل جيداً .

ثم إن الحكم على تقدير انحلال الإيلاء واضح ، أما إذا لم نقل بالانحلال ففي المسالك وجهان أحدهما أنه لا تحصل الفئة وتبقى المطالبة ، لأن اليمين باقية ، والثاني تحصل بوصولها إلى حقها واندفاع الضرر ، ولا فرق في إبقاء الحق بين وصوله إلى صاحبه حال الجنون والعقل كما لورد المجنون وديعة إلى صاحبها ، ولأن وطء المجنون كوطء العاقل في التحليل وتقرير المهر وتحرير الربيبة وسائر الأحكام فكذلك هنا ، ولا يلزم من عدم وجوب الكفارة عدم ثبوت الفئة ، لأنها حق لله تعالى ، والفئة حق للمرأة ، ويعتبر في حق الله تعالى من الفساد الصحيح ما لا يعتبر في حق الأدمى ، والأصح الأول .

قلت : لا يخفى عليك ما في دعوى الوجهين ، ضرورة أنه يتعين مع عدم انحلاله عدم كون ذلك فئة ، وإن حصل بسببه سقوط المطالبة من المرأة في تلك الأربعة ولكن يبقى لها حكم المطالبة في أربعة أخرى ، لبقاء حكم الإيلاء فيها ، وقد عرفت أن الأقوى عندنا الانحلال ، فيسقط هذا التفريع من أصله .

المسألة الخامسة : *

* إذا ادعى الإصابة فأنكرت فالقول قوله مع يمينه * بلا خلاف أجده فيه
 * لتعذر * إقامة * البيينة * أو تعسرها ، فلو لم يقبل قوله فيه مع إمكان صدقه
 لزم الحرج ، ولأنه من فعله الذي لا يعلم إلا من قبله ، وأصالة بقاء النكاح ، وعدم
 التسلط على الاجبار على الطلاق ، وقول الباقر عليه السلام في خبر إسحاق بن عمار (١) :
 « إن علياً عليه السلام سئل عن المرأة تزعم أن زوجها لا يمستها ويزعم أنه يمستها ، قال :
 يحلف ويترك » وقول الصادق عليه السلام فيما أرسل عنه في بعض الكتب (٢) : « في فئة المؤلى
 إذا قال : قد فعلت وأنكرت المرأة فالقول قول الرجل ولا إيلاء » ومثله في
 تقديم قوله في الإصابة المخالف للأصل ما لو ادعى العنين أصابتها في المدة أو
 بعدها .

ثم إذا حلف على الإصابة وطلق وأراد الرجعة بدعوى الوطء الذي حلف عليه
 قال في التحرير : « الأقرب أنه لا يمكن ، وكان القول قولها في نفي العدة والوطء على
 قياس الخصومات من أن البيينة على المدعى واليمين على من أنكر ، وإنما خالفناه
 على دعوى الإصابة لما ذكر من العلة ، وهي منتفية هنا ، كما لو اختلفا في الرجعة
 ابتداءً » .

وفي المسالك « هذا التفريع لأبن الحداد من الشافعية ، ووافقه الأكثر ،
 واستقر به العلامة في التحرير ، وهو مع اشتماله على الجمع بين المتناقضين لا يتم
 على أصولنا من اشتراط الدخول في صحة الإيلاء ، قال الشهيد ره : ما سمعنا فيه
 خلافاً ، وإنما فرقوه على أصولهم من عدم اشتراطه ، ومع ذلك فلهم وجه آخر

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ .

(٢) المستدرک الباب - ١١ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ .

بأنه يمكن من الرجعة ، ويصدق في الإصابة من الرجعة كما يصدق فيها لدفع التفريق ، لأن في الرجعة استيفاء ذلك النكاح أيضاً ، وهذا أوجه .

قلت : لا يخفى عليك ما فيه من دعوى التناقض ، وإنما هو اختلاف الأحكام الظاهرية ، واشتراط الدخول في الإيلاء لا ينافي ثبوته بطريق شرعي ، كتصديق المرأة في دعوى الحيض ونحوها .

المسألة السادسة :

﴿ قال في المبسوط ﴾ ومحكي الغنية و السرائر والجامع و ظاهر غيرها : ﴿ المدة المضروبة بعد الترافع لامن حين الإيلاء ﴾ ، بل في المسالك هو المشهور ، بل عن الأول دعوى الاجماع على ذلك ، لأن ضرب المدة إلى الحاكم ، ولما عن تفسير العياشي عن العباس بن هلال (١) عن الرضا عليه السلام « ذكر لنا أن أجل الإيلاء أربعة أشهر بعد ما يأتیان السلطان » وحسن أبي بصير (٢) المروني عن تفسير علي بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام « وإن رفعته إلى الامام أنظره أربعة أشهر ، ثم يقول له بعد ذلك : إما أن ترجع إلى المناكحة وإما أن تطلق ، فإن أبي حبسه أبداً ، وللمروني عن قرب الاسناد عن البرزطي (٣) عن الرضا عليه السلام « أنه سأله صفوان وأنا حاضر عن الإيلاء ، فقال : إنما يوقف إذا قدمته إلى السلطان ، فيوقفه السلطان أربعة أشهر ثم يقول له : إما أن تطلق وإما أن تمسك » وخبر أبي مريم (٤) المتقدم سابقاً عن أبي عبد الله عليه السلام « عن رجل آلى من امرأته ، قال : يوقف قبل الأربعة أشهر وبعدها » .

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الإيلاء الحديث ٧ - ٦ - ٥ .

(٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الإيلاء الحديث ٣ راجع التعليقة (٥)

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردد ﴾ مما سمعت ومن عموم الآية (١)
والأخبار (٢) والأصل والحكمة ، لأن الأربعة غاية صبرها ، وانسياق ابتدائه
من الإيلاء وغير ذلك ، بل عن القديمين التصريح بأنه من الإيلاء ، بل هو خيرة
الفاضل في المختلف وولده في الشرح ، بل جزم به في المسالك ، لترتيب التبرص في
الآية (٣) على الإيلاء ، فلا يشترط غيره ، ولقول الصادق عليه السلام فيما تقدم من حسن
يزيد بن معاوية (٤) : « لا يكون إيلاء إلا إذا آلى الرجل ألا يقرب امرأته
ولا يمستها ولا يجمع رأسه ورأسها ، فهو في سعة ما لم تمض الأربعة أشهر ، فإذا
مضت الأربعة أشهر وقف ، فامتا أن يفى وإمّا أن يعزم على الطلاق ، ونحوه حسن
الحلبي (٥) وأبي بصير (٦) عنه عليه السلام .

مضافاً إلى منع احتياج المدة إلى الضرب ، بل هو مقتضى الحكم الشرعي الثابت
بالآية (٧) والرّواية (٨) المرتب على مضي المدة المذكورة من حين الإيلاء ،
وإثبات توقفها على المرافعة يحتاج إلى دليل ، وهو منتفٍ وهذا الدليل أخرجه عن
حكم عدم الأصلي ، كما أن أصالة عدم التسلط قد انقطعت بالإيلاء المقتضى له
بالآية (٩) والرّواية (١٠) والاجماع .

إلا أن ذلك كله كما ترى منافٍ لأصول المذهب وقواعده التي منها العمل

(٣١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٦ .

(٢) الوسائل الباب - ٨ و ٩ - من أبواب الإيلاء .

(٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ عن بريد بن معاوية .

(٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ .

(٦) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الإيلاء الحديث ١ .

(٧ و ٩) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٦ .

(٨ و ١٠) الوسائل الباب - ٨ و ٩ - من أبواب الإيلاء .

بالفصوص (١) المزبورة المعتضدة والمنجبرة بما سمعت ، بل قد يدعى انسياق كون ذلك من أعمال السلطان ، والآية والرأية تعليم لذلك ، نحو قوله **وَالْأَشْيَاءُ** (٢) : « البيئنة على المدعي واليمين على من أنكر » ونحوها مما هو ميزان للمحكم وكيفية لعمل الحاكم .

المسألة * السابعة :

* **الذميان إذا ترافعا** * إلينا * كان الحاكم بالخيار بين أن يحكم بينهما * بمقتضى شرعنا ، لعموم الأدلة ، ولأنهم مكلفون بالفروع ، و لقوله تعالى (٣) : « لتحكم بين الناس بما أراك الله » * وبين ردّهما إلى أهل نحلتهما * لاقرارهم عليها المقتضى لجواز الإعراض عنهم في ذلك ، لقوله تعالى (٤) : « فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » ودعوى أنها منسوخة بقوله تعالى (٥) : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » كما عن بعض العامة لم تقف على شاهد لها ، مع أن النسخ خلاف الأصل و الاعراض عنهم من الحكم بينهم بما أنزل الله ، نعم قد يقال : إن الاعراض عنهم غير الأمر لهما بالرجوع إلى أهل نحلتهما الذي هو من الباطل ، فلا يؤمر به ، وإقرارهم عليه غير الأمر بالرجوع إليه .

(١) الوسائل الباب - ٩٠٨ - من أبواب الأيلاء .

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم الحديث ١ من كتاب القضاء

وفيه « البيئنة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه » .

(٣) سورة النساء : ٤ - الآية ١٠٥ .

(٤ و ٥) سورة المائدة : ٥ - الآية ٢٢ - ٢٩ .

المسألة * الثامنة :

* فئة القادر * على الجماع عقلاً وشرعاً * غيبوبة الحشفة في القبل * الذي هو المحلولف عليه بلا خلاف أجده فيه ، بل في السرائر والغنية ومتشابه القرآن لابن شهر آشوب أن المراد بالفبيء في الكتاب العزيز (١) العود إلى الجماع بالاجماع ، مضافاً إلى ظاهر النصوص (٢) .

* و * أمّا * فئة العاجز * عقلاً وشرعاً كما عرفت في * إظهار العزم على الوطء مع القدرة * بأن يقول أو يكتب أو يشير إشارة مفهومة ، ويمهل إلى زوال عذره . * و لو طلب الامهال مع القدرة أمهل ما جرت العادة به ، كتوقع خفة الماء كقول * منه إن كان شبعاناً * أو الأكل إن كان جائعاً أو الراحة إن كان متعباً * والسهر والانتباه إن كان نائماً وما قضى الشرع بامهاله ، كالفراغ من الصوم والصلاة والاحرام ، ولا يتقدر ذلك ونحوه بيوم أو ثلاثة عندنا ، خلافاً لبعض العامة ، فقدّر بثلاثة ، ولا دليل عليه ، فالمتجه فيه الرجوع إلى العرف والعادة في أمثاله .

(١) سورة البقرة : ٢ - الآية ٢٢٦ .

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الايلاء و الباب - ٨ - منها الحديث ٧

والباب - ١٠ - منها الحديث ١ .

المسألة التاسعة *

﴿ إذا آلى ﴾ الحر ﴿ من الأمة ﴾ ثم اشتراها وأعتقها وتزوجها لم يعد الإيلاء ، وكذا لو آلى العبد من الحرية ثم اشتترته وأعتقته وتزوج بها ﴿ بلا خلاف ولا إشكال ، ضرورة كون العنوان تحريم ما حل بالزوجية ، فمع فرض انتفائها ينتفى موضوع الحكم وإن عاد بعد ذلك بسبب جديد ، وعوده بالرجعة بالطلاق إنما هو لبقاء الحل حينئذ بالتزويج السابق .

ومن ذلك يعلم الحل في المثال الأول بمجرد الشراء ، لأن الوطء بالملك حينئذ ، وهو بسبب جديد غير التزويج ، فلا يتوقف على العتق والتزويج ، نعم هو كذلك في المثال الأخير ، لأنها لا تباح له بالعقد وهو مملوك لها وإن كان التحريم قد زال بالشراء ، لزوال العقد كما زال بالطلاق وإن لم يفرض تزويجه لها ، وتظهر الفائدة لو وطأها قبل العقد بشبهة أو حراماً ، فإنه لا كفارة ، لزوال حكم الإيلاء لزوال الزوجية ، كما هو واضح .

المسألة * العاشرة : *

التي قال في المسالك : « إنها مسألة شريفة كثر إعتناء الفضلاء ببحثها والخلاف فيها وفي أقسامها » وهي * إذا قال لأربع : والله لا وطأئكن * مريداً بذلك مجموعهن لا كل واحدة منكن ولو بالفرينة * لم يكن مؤلياً في الحال * عندنا ، بمعنى عدم ظهور ترتب اليمين في الحال ، لعدم الحنث بوطء الثلاث الذي هو ليس مصداقاً لوطنهن أجمع ، نعم يظهر بوطء الرابعة باعتبار تحقق الصدق حينئذ ولكن ليس عليه إلا كفارة واحدة ، لأنها يمين واحدة متعلقها المجموع الذي كل واحدة جزء مفهومه ، لأن المراد من المفروض سلب العموم لا عموم السلب ، وتقريب الوطء بالواحدة والثنتين إلى الحنث لا يوجب حصول الإيلاء الذي هو الحلف على ترك وطء الزوجة .

فما عن بعض العامة - من أنه يكون مؤلياً منهن كلهن من حيث إن وطء كل واحدة مقرب للحنث ، وقد منع نفسه من وطئهن باليمين بالله تعالى ، فكان مؤلياً ، كما لو قال : لأطأ واحدة منكن - واضح الضعف ، لا لما قيل من أن تمكنه من وطء كل واحدة منهن بغير حنث يدل على عدم تأثير يمينه قبل وطء الثلاث ، وهو معنى قولنا : غير مؤل في الحال ، لا أن المراد به تأخر انعقاد الإيلاء حتى يكون منافياً لقاعدة افتتران الأثر للمؤثر والسبب للمسبب ، بل هو قد انعقد من حين وقوعه إلا أنه كان كيفية انعقاده على الوجه المزبور ، إن قد يناقش بأن وطء الرابعة من حيث إنها رابعة ليست مصداقاً لوطن جماعتهن قطعاً فليس بتحقيق الحنث بها إلا باعتبار ضم وطء من سبق منهن إلى وطئها حتى يصدق وطؤهن أجمع ، فيكون متعلق الإيلاء وطء الجميع ، وعدم الحكم عليه قبل وطء الرابعة باعتبار عدم العلم باضمام ما يتحقق به متعلقاً للإيلاء لا ينافي الحكم بتعلقه به بعد حصول ما ينكشف به

أنه متعلق بالإيلاء ، بل أقصاه أنه مراعى بوطء الرابعة وعدمه ، و دعوى أن وطء الثلاث شرط لتحقيق متعلق اليمين بوطء الرابعة لا أنه من متعلقه ممنوعة ، ضرورة عدم كونها مصداقاً ، بل لا فرق بين وطئها ووطء الأولى في ذلك ، وإنما تحقق بها المصداق الذي هو وطؤها ووطء غيرها ، فتأمل فانه دقيق .

بل لأن ذلك وإن انكشف به الإثم في وطء الأولى إلا أنه لا يترتب عليه حكم الإيلاء ، ضرورة أن الإثم المزبور قد كان من جهة أن وطء الأولى جزء من مفهوم وطء المجموع الذي هو متعلق بالإيلاء ، لا أنه من حيث كونه نفسه متعلقاً للإيلاء ، والمتيقن من الأدلة أن الإيلاء الثاني لا الأول ، ضرورة مخالفته الأصل ، فينبغي الاقتصار فيه على المتيقن ، بل إن لم يكن إجماعاً أمكن منع ترتب حكم الإيلاء إذا كان متعلقه المجموع بالمعنى المزبور ، فان المجموع من حيث كونه كذلك ليس زوجة وليس من النساء اللذين هما ونحوهما عنوان حكم الإيلاء ، كما تقدم نظير ذلك في الطلاق والظهار ، حيث يكون متعلقهما المجموع بالمعنى المزبور ، فلاحظ وتأمل ، فاني لم أجده محرراً في كلام أحد من الأصحاب .

بل منه ينقدح النظر في كلامهم حتى قول المصنف ﴿وغيره﴾ : ﴿جازله وطء ثلاث منهن ، ويتعلق التحريم في الرابعة ، ويثبت الإيلاء ، ولها المرافعة ، ويضرب لها المدة ، ثم تقفه بعد المدة﴾ إذ قد عرفت أن الرابعة وغيرها سواء في مصداق المجموعة ، وجواز وطء الثلاث إنما هو مع عدم وطء الرابعة ، وإلا انكشف تعلق التحريم بالجميع ، وإلا فالرابعة من حيث نفسها لم يتعلق بوطئها يمين فكيف يثبت لها الإيلاء والمرافعة والضرب والايقاف ، إذ هي جزء من مصداق المجموع الذي هو متعلق اليمين ، وكون انكشاف تحقيق المصداق يحصل بوطئها لا يقتضي ترتب الأحكام المزبورة لها .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لمومات واحدة﴾ منهن ﴿قبل الوطء انعلت اليمين﴾ بناءً على توقف انعقادها على إمكان حصول الحنث بها والفرض تعدّره هنا ،

﴿لأن الحنث لا يتحقق إلا مع وطء الجميع وقد تعذر في حق الميئة، إذ لا حكم لوطئها﴾ حتى في المصاهرة ونحوها إلحاقاً لها بالجمادات أو لانسياق وطء الحية في المقام .

﴿وليس كذلك إذا طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً﴾ و لو بائناً ﴿لأن حكم اليمين هنا باق فيمن بقي ، لا إمكان الوطء في المطلقات﴾ ﴿زناً أو حلالاً﴾ ﴿ولو بالشبهة﴾ لأن الاسم يشمل الحلال والحرام ، فثبتت الكفارة حينئذ في هذه الحالة على تقدير وطء الباقية في النكاح مع وطئهن ، لتحقق الحنث وهو الحلف على وطء الزوجة ، فوطء المطلقات شرط في حصول الحنث في وطء الزوجة لأن الإيلاء متعلق بهن ، لما تقدم من أن الطلاق البائن يبطل اليمين ، كذا قرره في المسالك في شرح عبارة المتن ، وتبعه غيره في شرح عبارة الفاضل ، وسبقهما إلى ذلك وإلى كثير مما ذكر هنا الفخر في شرح القواعد .

ولكن قد يناقش بأن الحلف قد وقع على ترك وطء جماعة الزوجات لخصوص الباقية ، ولا ريب في انتفاء الموضوع ، بل تعذره في طلاق الواحدة فضلاً عن الزيادة ، ضرورة تعذر الحنث حينئذ كما في الميئة ، خصوصاً بعدما عرفت سابقاً من اعتبار تعلق الإيلاء بالزوجة من حيث كونها كذلك ، ولذا لو طلقها بائناً انحل الإيلاء ، ولا يعود بمقدارها جديداً ، إذ هو سبب آخر غير الذي حرم عليه مقتضاء بالحلف .

ومن الغريب قوله : « لتحقق الحنث » إلى آخره ، إذ المحلوف عليه ليس ترك وطء الزوجة الباقية ، بل مجموع الزوجات الذي قد تعذر بانتفاء الموضوع ولو في إحداهن ، ولو كان المراد ما يشمل المطلقة لتحقق بوطنهن زناً أو شبهة مع طلاقهن أجمع ، كما هو واضح . هذا كله في الصورة الأولى .

وأما الثانية ﴿و﴾ هي ﴿لو قال : لاوطأت واحدة منكن﴾ ﴿مريداً فيها العموم البدلي﴾ تعلق الإيلاء بالجميع ، وضرب لهن المدة عاجلاً ﴿لأن كل

واحدة مصداق لمفهوم متعلق بالإيلاء الذي هو مطلق الواحدة ، ﴿ نعم لو وطأ واحدة ﴾ منهن ﴿ حنث وانحلت اليمين في البواقي ﴾ لتحقيق مفهوم الواحدة التي تعلق بها الإيلاء .

﴿ ولو طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً كان الإيلاء ثابتاً فيمن بقي ﴾ لأنه مصداق للمفهوم الذي تعلق به الإيلاء .

﴿ ولو قال في هذه أردت واحدة معينة قبل قوله ، لأنه أبصر بنيته ﴾ مع قبول اللفظ لما ذكره وإن كان ظاهره خلافه ، فاحتمال عدم القبول لانتهامه في إخراج بعضهن عن موجب ظاهر اللفظ واضح الضعف ، نعم تؤمر بالبيان ، فإن صدقته الباقيات فذاك ، وإن ادعت غيرها أنه عنها وأنكر فهو المصدق بيمينه ، فإن نكل حلفت المدعية ، وحكم بكونه مؤلياً عنها أيضاً ، وإن أقر في جواب الثانية أنه عنها أخذ بموجب إقراره ، وطولب بالفئة أو الطلاق ، ولا يقبل رجوعه عن الأولى .

بل في المسالك « وإذا وطأهما في صورة إقراره تعددت الكفارة وإن وطأهما في صورة نكوله ويمين المدعية لم يتعدد ، لأن يمينها لا يصلح لالزام الكفارة عليه ، وإن كان قد يناقش بالمنع مع تعدد الكفارة بعد العلم ببطلان أحد إقراريه ، لأن المفروض إرادة واحدة فقط وإن اختلف كلامه في تعيينها ، وملاحظة الحكم في الظاهر يقتضي عدم الفرق بين الإقرارين وأحدهما مع اليمين المردودة ، وإن كان هو لا معنى له باعتبار أنه تكليف شرعي يخصه وهو أعلم بتكليفه ، ولا مدخلية لالزام الحاكم له بذلك .

و دعوى تسلطه عليه باعتبار تعلق حق الفقراء بدفعها - مع أن من خصالها ما لا تعلق للفقراء فيه ، كالصوم والتحرير - أنه لا وجه لتسلطه عليه بعد العلم بأن عليه كفارة واحدة ، كما هو واضح ، مع إمكان القول بأن الإنكار بعد الإقرار يقوم مقام الفئة ، فلا يبقى للإيلاء فيها حينئذ حكم .

ولو ادعت واحدة أولاً أنك عيسنتني فقال : « ما عيسنتك » أو « ما آليت عليك »

وبمثلها أجاب ثائية وثالثة تعينت الرابعة للإيلاء .

ولو قال : « أردت واحدة غير معينة » لا على جهة العموم البدلي ففي المسالك « في كونه مؤلياً وجهان مثلهما في طلاق المبهمة ، فإن قلنا به أمر بالتعيين ، ويكون مؤلياً قبله عن إحداهن لا على التعيين ، وإذا عيّن واحدة لم يكن لغيرها المنازعة ، وفي كون المدة من وقت التعيين أو من وقت اليمين إذا جعلنا مدة الإيلاء من حينه وجهان مبنيان على أن الطلاق المبهم إذا عيّن يقع عند التعيين أو يستند إلى اللفظ ، فإن لم يميّن ومضت أربعة أشهر فإن أوقفنا الإيلاء من حينه وطالبته أمر بالتعيين ثم الفنة أو الطلاق ، ولو فاء إلى واحدة أو اثنتين أو ثلاث أو طلق لم يخرج عن موجب الإيلاء ، لاحتمال أن المؤلى عنها الرابعة ، وإن قال : طلقت التي أوليت عنها خرج عن موجب الإيلاء ، لكن المطلقة مبهمة ، فعليه التعيين . »

قلت : قد يقال بصحة الإيلاء عن المبهمة هنا وإن منعناه في الطلاق لما سمعته من أن الإيلاء من اليمين الباقي على كيفية الخطابات التي لا مانع من تعلّقها بالواحد المطلق ، لكن استظهر الكركي في حاشيته عدم كونه مؤلياً أصلاً ، لعدم المضاربة لزوجة خاصة ، إذ كل واحدة تحتمل غيرها ، وفيه أن المضاربة تنكشف حينئذ بتعيينها ولو بالقرعة ، وعلى القول بصحته وعدم التعيين يحتمل بوطء الجميع وترتب عليه الكفارة .

ولو طلق واحدة بائنة أو ماتت انحل الإيلاء ، ولو ترك وطءهن أجمع حتى مضت المدة كان الحق لواحدة منها ، فتستخرج حينئذ بالقرعة أو يرجع فيها إلى تعيينه .

ولو وطأ بعضهن وترك الآخر حتى مضت المدة أمكن القول بجعل الحق لمن ترك وطءهن ، فإن كانت واحدة تعينت للإيلاء وإلاّ استخرجت بالقرعة أو بتعيينه ، وأمكن القول ببقاء الحق شائعاً بين الجميع ، فيقرع حينئذ ، فإن خرجت القرعة

لمن وطأها في أثناء المدة انحل الإيلاء ، ولم يكن للأخرى إيقافه من حيث الإيلاء ، بل وكذا لو قلنا بأن مرجع التعمين إليه ، فيعين من وطئها في أثناء المدة ، فتأمل جيداً ، فإن المسألة غير معقدة ، وربما كان فيما تقدم في طلاق المبهمة إشارة لبعض أحكامها ، فلاحظ وتأمل .

وإن أراد الاستغراق اللغوي من المفروض لا العموم البدلي - بدعوى أنه معنى عرفي للفظ المزبور ، بمعنى إرادة التعميم فيه بغير طريق البدل - كان الحكم فيه ما تسمعه في الصورة الثالثة .

ولو أطلق اللفظ المزبور ولم يعلم إرادته منه ففي حمله على الواحدة المبهمة أو العموم البدلي أو الشمولي أوجه ، ولعل أوسطها أوسطها .

﴿ و ﴾ أما الصورة الثالثة التي هي ﴿ لو قال : ﴾ والله ﴿ لاوطأت كل واحدة منكن ﴾ من بدأ منها العموم الشمولي المملووظ فيه كل واحدة واحدة بطريق العموم ففي المتن وغيره ﴿ كان مؤلياً من كل واحدة كما لو آلى من كل واحدة منفردة ﴾ لتعلق المحذور بوطء كل واحدة منهن ، وهو الحنث ولزوم الكفارة ونضرب المدة في الحال ، فإذا مضت كان لكل واحدة منهن مطالبة بالفئة أو الطلاق ﴿ وكل من طلقها ﴾ منهن ﴿ فقد وفأها حقها ولم ينحل اليمين في البواقي ، وكذا لو وطأها قبل الطلاق لزمته الكفارة وكان الإيلاء في البواقي باقياً ﴾ لأنك قد عرفت انحلال الفرض إلى اليمين على كل واحدة بخصوصها على وجه لا تعلق له باليمين على أخرى . وكذا الكلام في كل يمين تعلق على الوجه المزبور .

وقد يقال بالفرق بين ملاحظة الأفراد بجهة العموم وبين ملاحظة كل واحد واحد منها بالخصوص ، فإن الأول يعد في العرف يمين واحدة على وجه متى حنث في بعضها انحل في الباقي بخلاف الحلف على كل واحد بالخصوص ، ولعلك تسمع لهذا تتمه إنشاء الله في الأيمان والنذور إذا كان متعلقها مثل ذلك .

هذا وفي المسالك هنا أنه « يمكن أن يقال هنا كما قيل في السابقة من أنه

إن قصد بقوله : لا أجامع كل واحدة المعنى الذي قرره اتجه بقاء الایلاء في حق الباقيات ، وإلا كان الحكم فيها كالحكم فيما لو قال : والله لا أجامعكن ، فلا يحصل الحث ولا يلزم الكفارة إلا بوطء الجميع ، ولا يكون مؤلياً في الحال على ما قرر هناك ، لوجهين : أحدهما أنه إذا وطأ بعضهن كالواحدة مثلاً صدق أنه لم يطأ كل واحدة منهن ، وإنما وطأ واحدة منهن ، كما يصدق أنه لم يطأهن وإنما وطأ إحداهن ، وذلك يدل على أن مفهوم اللفظ واحد ، والثاني أن قول القائل : طلقت نسائي وقوله : طلقت كل واحدة من نسائي يؤيدان معنى واحداً وإذا اتحد معناهما في طرف الاثبات فكذلك في طرف النفي ، فيكون معنى قوله : « لا أجامع كل واحدة منكن » معنى قوله : « لا أجامعكن » خصوصاً على ما ذكره الشيخ عبد القاهر ومن تبعه من أن كلمة « كل » في النفي إذا دخلت في حيثزه بأن قدم عليها لفظاً كقوله : « ما كل ما يتمنى المرء يدركه » وقوله : « ما جاء القوم كلهم » ، أو « ما جاء كل القوم » أو تقديرأ بأن قدمت على الفعل المنفي وأعمل فيها ، لأن العامل رتبته التقديم على المعمول ، كقولك : « كل الدراهم لم آخذ » توجه النفي إلى الشمول خاصة لا (دون خ ل) إلى أصل الفعل ، وأفاد الكلام ثبوته لبعض أو تعلقه ببعض ، وفي هذا المقام بحث ، وله جواب لا يليق بهذا المحل .

قلت : هو على طوله لا حاصل له ، ضرورة رجوعه إلى بحث لفظي ، والمراد هنا بيان الحكم على فرض كون المراد العموم الشمولي على أن إرجاع قوله : « لا أجامعكن » إلى إرادة العموم الشمولي أولى من العكس عرفاً ، وبالجمله ذلك بحث آخر خارج عما نحن فيه ، وهو حكم الایلاء على تقدير إرادة المعنى المفروض ، والله العالم بحقائق أحكامه ، ونسأله التأييد والتسديد .

المسألة * الحادية عشرة : *

* إذا آلى من * المطلقة * الرجعية صح * بلا خلاف ولا إشكال ، لما تكرّر من أنها بحكم الزوجة * ويحتسب زمان العدة من المدة * بناءً على أن مبدأها من حين الإيلاء ، أما على القول بأنها من حين المرافعة فلا ، ضرورة أنه ليس لها المرافعة ، لأنها لا تستحق عليه الاستمتاع ، فلا يحتسب منها شيء من العدة ، بل إن راجعها فرافعته ضربت لها المدة حينئذ .

* وكذا لو طلقها * طلاقاً * رجعياً بعد الإيلاء وراجع * في احتساب العدة من المدة ، وحينئذ يطالب مع فرض رجوعه وانقضائها بأحد الأمرين : الفقة أو الطلاق ، لأن الزوجية وإن اختلت بالطلاق إلا أنه متمكن من الوطء بالرجعة ، فلا يكون الطلاق عذراً كالردة وإن افترقا بأن النكاح معها لا ينغرم ، والطلاق بالرجعة لا ينهدم ، إلا أن هذا الفرق لا يوجب اختلاف الحكم هنا ، لاشتراكهما في التمكن من الوطء بإزالة المانع من قبل الزوج .

خلافاً للمحكي عن الشئخ ، فمنع من احتساب المدة فيهما ، محتجاً بأن الطلاق رفع النكاح وأجرأها إلى البينونة ، بمعنى أنها في المدة في زمان يقتضي مضيه البينونة ، فلا يجوز احتساب هذه المدة من مدة يقتضي مضيتها المطالبة بالوطء ، وهو زمان التربص ، لتضاد الأثرين المقتضي لتضاد المؤثرين ، وكذا الردة .

وعن التحرير موافقته على انهدامها ، وأنه إن راجع ضربت له مدة أخرى ووقف عند انقضائها ، فإن فاء أو طلق وفي ، فإن راجع ضربت له مدة أخرى ووقف

بعد انقضائها وهكذا .

وفيه أنه مناف لاطلاق الكتاب (١) والسنة (٢) بعد فرض اندراج المطلقة الرجعية في النساء ، سواء كانت مطلقة قبل الايلاء أو بعده ، ومن هنا كان ما في المتن لا يخلو من قوة ، وأما الردة فقد عرفت البحث فيها سابقاً ، وأنها كالمطلقة .

(١) سورة البقرة : ٢ الآية ٢٢٦ .

(٢) الوسائل الباب - ١ - وغيره - من أبواب الايلاء .

المسألة ﴿ الثانية عشرة ﴾ :

﴿ لا تكرر الكفارة بتكرّر اليمين سواء قصد التأكيّد أو لم يقصد أو قصد بالتثنية غير ما قصد بالأولى إذا كان ﴾ المحلوف عليه واحداً و ﴿ الزمان واحداً ﴾ كأن يقول : « والله لاوطأتك والله لاوطأتك » أو يقول : « أبداً » فيهما أو « خمسة أشهر » فيهما ، لأن اليمين بمبالغة في المحلوف عليه وإنما تغايرها بتغاير المحلوف عليه ، فإذا كررها على محلوف عليه واحد فانما زاد في التأكيّد والمبالغة ، ولا يجدي قصد المغايرة ، والأصل البراءة من التكرير ، ولأنّه يصدق الإيلاء بالواحد والمتعدد على السواء ، والعمدة الإجماع إن تمّ ، كما عساه يظهر من نسبه إلى ظاهر الأصحاب في المسالك ، وإلاّ فلا يخلو من نظر مع الإطلاق أو قصد التأسيس ، لأصالة عدم التداخل بعد ظهور تعدد السبب بتعدد اليمين ، ومنه يظهر الحال في اليمين غير الإيلاء ، اللهم إلاّ أن يقال : إن التأكيّد لازم لتكراره ، قصده أو لم يقصده ، لأنّه كتكرار الأخبار بالجملة الواحدة ، فإن اليمين لم يخرج عن الخطابات .

﴿ نعم لو قال : والله لاوطأتك خمسة أشهر فإذا انقضت فوالله لاوطأتك ستة أشهر ﴾ أو دائماً ﴾ فهما إيلاآن ﴾ وكذا لو قال : « والله لاوطأتك خمسة أشهر والله لاوطأتك سنة » وإن تداخل في الخمسة وانفرد الثاني بباقي السنة كما في كشف اللثام ، قال : « فيترتب به أربعة أشهر فإن فاء أو دافع حتى انقضت السنة انحلا ، وليس عليه بالفتة إلاّ كفارة واحدة ، وإن دافع حتى انقضت مدة الأوّل بقي حكم مدة الثاني ، وإن طلق ثمّ راجع أو جدد اليمين عليها وأبطلنا مدة الترتيب

بالطلاق فإن لم يبق من مدة الثاني بعد الرجعة إلا أربعة أشهر أو أقل انحلت الثاني أيضاً ، وإلا طالبت به بعد التربص .

ونحوه ما في المسالك ، قل في مفروض المسألة : « فإذا مضت أربعة أشهر فلها المطالبة ، فإن فاء انحلت اليمينان ، فإذا أوجبتا الكفارة فالواجب كفارة واحدة أو كفارتان على ما سبق - أي من احتمال التعدد في مطلق الإيلاء وإن اتحد مورد - وإن طلقها ثم راجعها أو جدد نكاحها فإن بقي من السنة أربعة أشهر أو أقل لم يعد الإيلاء وتبقى اليمين ، وإن بقي أكثر من أربعة أشهر ولم نقل ببطلان المدة عاد الإيلاء بالرجعة ، وفي تجديده ما سبق .

وظاهره كالأول حصول الإيلاء الثاني مع فرض اجتماع شرائطه مع تجديد العقد أيضاً . بل هو صريح كلامه في المسألة الآتية ، معللاً له بأن الطلاق البائن إنما يحل الإيلاء الحاصل لا المتوقع .

ولكن قد يشكل ذلك في الفرض بأنه منافٍ لانحلالهما بالفئة المبني على كون المدة من أول الإيلاء الأول لهما ، ضرورة عدم الانحلال مع فرض اختصاص المدة المشتركة بالأول ، وحينئذ فالمتبعه انحلالهما أيضاً بالطلاق البائن المقتضي لخروج الزوجة عن الزوجية موضوعاً وحكماً ، بل لعله كذلك أيضاً في المسألة الآتية ، وفرض خروجها عن الزوجية قبل حصول وقتها لا ينافي بطلان استعداد تعلقه الحاصل باليمين الأول ، وحينئذ فالأول والثاني سواء في الحكم المزبور ، نعم لا تداخل في الأول ، بل هما إيلاءان متباينان لكل منهما حكمه .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لهما المرافعة لضرب مدة التربص عقيب اليمين ﴾ ، فإذا انقضت أربعة أشهر فإن فاء في الخامس أو طلق وقتها حقها من الأول وبقي من الثاني .

﴿ ولو رافعه فعاطل حتى انقضت خمسة أشهر فقد انحلت اليمين ﴾ الأولى ،

✽ قال الشيخ : ويدخل وقت الإيلاء الثاني ✽ فله التربص أربعة أشهر إن لم يكن
 طلقها أو راجعها واحتسبنا العدة من المدة أو بقي أزيد من أربعة أشهر . ✽ و ✽ أيضاً
 ✽ فيه وجه يبطلان (والوجه بطلان خ ل) ✽ الإيلاء ✽ الثاني لتعليقه على الصفة
 على ما قرره الشيخ ✽ كما عرفت الكلام فيه سابقاً ، وبالجمل فكلامهم في المقام
 لا يخلو من غبار .

المسألة * الثالثة عشرة :

* إذا قال : والله لأصبتك سنة إلا مرة * أو أزيد أو يوماً * لم يكن مؤلياً في الحال * عندنا بمعنى عدم جريان حكم الأيلاء عليه في الحال * لأن له الوطاء من غير تكفير و * لكن * لو وطأ * العدد الذي استثناه * وقع الأيلاء * حينئذ بالمعنى الأعم * ثم ينظر فإن تخلف من المدة قدر التربص فصاعداً صح * إيلاء بالمعنى الأخص لحصول العنت والكفارة * وكان لها الموافقة ، وإن كان دون ذلك بطل حكم الأيلاء * بالمعنى المزبور وبقي بالمعنى الأعم ، خلافاً للمحكي عن بعض العامة فجعله مؤلياً في الحال ، لأن الوطاء الأول وإن لم يحصل به العنت لكنه مقرب منه كما سبق ، وقد عرفت ضعفه .

ولو لم يطأها في السنة أصلاً كان عليه كفارة ، لأن الاستثناء من النفي إثبات ، إلا أن يريد باليمين الالتزام بعدم الزيادة على الواحدة .

و لو وطأها في هذه الصورة ونزع ثم أولج لزمته الكفارة بالايلاج الثاني ، لأنه وطء مجدد ، وفي المسالك احتمال العدم ، لعدم الايلاجات المتتابعة في العرف و طأة واحدة مثل الكلمة ، وهو كذلك مع عدم النزاع .

ولو قال : د إن أصبتك في هذه السنة فوالله لأصبتك فيها ، أو أطلق لم يكن مؤلياً في الحال أيضاً وبني وقوعه بعد الاصابة على جواز المعلق ، بخلاف الأولى التي

عقد اليمين فيها في الحال و استثنى وطأة واحدة مثلاً ، وهنا علق الإيلاء على إصابتها ، فلا يمين قبل إصابتها ، والله العالم والموفق والمسدّد .

الى هنا تمت بحمد الله تعالىقنا على الجزء ٣٣ من كتاب جواهر الكلام ، وهي الموسوعة الكبيرة الفقهية التي امتازت عن سائر الكتب الفقهية بسعتها و احاطتها ، ولا أنس جهود العلامة الاخ الشيخ محمد القوجاني سلمه الله حيث شاركني في انجاز العمل ، و أرجو من الله تعالى وحده أن يوفقني لاتمام العمل و تحقيق بقية الاجزاء انه سميع مجيب .

محمود القوجاني

النجف الاشرف

٢٠ / ٢ ع / ١٣٩٦

و تم تصحيحه و تهذيبه و ترتيبه في اليوم
الخامس عشر من شهر صفر الخير سنة ١٣٩٨ -
والحمد لله أولاً و آخراً ، وذلك بيد العبد :

السيد ابراهيم المياجي

عنى عنه و عن والده

فهرس الجزء ٣٣ من كتاب

جواهر الكلام

كتاب الخلع و المبراة

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
	فروع :	٢	في معنى الخلع لغة و شرعاً
	الأول :		في صيغة الخلع
	لو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها		في أنه هل يقع الافتراق بمجرّد لفظ
	مجرّدأ عن لفظ الطلاق لم يقع		الخلع من دون اتباع بطلاق
١٢	الطلاق على القولين	٣	أم لا ؟
	الثاني :		في أنه على تقدير الاجتزاء بلفظ
	لو ابتداء وقال : أنت طالق بألف		الخلع هل يكون فسخاً أو
	أو عليك ألف صحّ الطلاق رجعيّاً	٩	طلاقاً ؟
	و لم يلزمها الألف و لو تبرّعت		في أنه يقع الطلاق مع الفدية بائناً
١٣	بعد ذلك بضمائها	١٠	وإن انفرد عن لفظ الخلع

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
الثالث :		بأذنها ، و هل يصح من المتبرع	
إذا قالت طلقني بألف كان الجواب		فيه تردد	٢٥
على الفور فان تأخر لم يستحق		فيما لو خالعت في مرض الموت	٢٨
عوضاً وكان الطلاق رجعيّاً	١٨	لو كان الفداء إرضاع ولده صح	
في فدية الخلع		مشروطاً بتعيين المدة و كذا	
في أنه كلما صح أن يكون مهرأ		لو طلقها على نفقته	٣٠
صح أن يكون فداء ولا تقدير		في أنه لا يجب على المرأة دفع	
فيه	١٩	الفدية دفعة	٣١
لا بد في الغائب من ذكر جنس		فيما لو خالعتها بعوض موصوف	
الفدية و وصفه و قدره ، و في		فان وجد على الوصف فلا كلام	
الحاضر تكفي المشاهدة	٢٠	و إلا كان له رده و المطالبة	
لو خالعت المرأة على ألف ولم		بما وصف	٣١
يذكر المراد فسد الخلع	٢١	لو كان ما خالعتها معيّنًا فبان	
فيما لو كان الفداء ممّا لا يملكه		معيّاً رده و طالب بعوضه و إن	
المسلم و أنه لا يفسد الخلع أو		شاء أمسك مع الارش	٣٢
يكون رجعيّاً	٢٢	لو دفعت ألفاً و قالت طلقني بها	
لو خالعتها على خل فبان خمرأ		متى شئت لم يصح البذل	٣٣
صح الخلع وكان له بقدره خلاً	٢٣	لو خالعت اثنتين بفدية واحدة	
لو خالعت على حمل الدابة أو		صح و كانت بينهما بالسوية	٣٤
الجارية مع عدم وجود الحمل		فيما لو خالعتها على عين فبانت	
لم يصح ومع وجوده قولان	٢٤	مستحقة و في صحة البذل من	
يصح بذل الفداء من المرأة		الامة	٣٤
و من وكيلها و ممن يضمنه			

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
٣٩	ولو كان البذل خمرأ أو خنزيراً في الشرط الذي يتوقف صحته الخلع على تجرّده منه و أنّه الشرط الذي لم يقتضه العقد في أحكام الخلع و فيه مسائل	٣٨	في صحة البذل من المكاتب المطلقة و أن المشروطة كالقن في شرائط الخلع يعتبر في الخالع شروط أربعة : البلوغ و كمال العقل و الاختيار و القصد
٥٢	الادلى : لوأ كره المرأة على الفدية فعل حراماً ولو طلق بالاكراه صح الطلاق ولم تسلم له الفدية و كان له الرجعة	٣٩	يعتبر في المختلعة أن تكون طاهراً طهراً لم يجامعها فيه إذا كانت مدخولاً بها غير يائسة و كان حاضراً معها و أن تكون الكراهية منها
٥٤	المسألة الثانية : لو خلعها و الأُخلاق ملتزمة لم يصحّ الخلع ولا يملك الفدية ولو طلّفها و الحال هذه بعوض لم يملك العوض و صحّ الطلاق و له الرجعة	٤٠	في حكم ما لو قالت لأدخلن عليك من تكره
٥٥	المسألة الثالثة : إذا أتت بالفاحشة جاز عضلها لتفدى نفسها	٤٥	في صحة خلع الحامل مع رؤية الدم و كذا التي لم يدخل بها ولو كانت حائضاً و كذا اليائسة وإن وطأها في طهر المخالعة
٥٩	المسألة الرابعة :	٤٦	يعتبر في العقد حضور شاهدين و تجرّده عن الشرط
		٤٧	في صحة الخلع من المحجور عليه لتبذير أو سفه
		٤٧	في صحة الخلع من الذمي والحربي

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
إذا صحّ الخلع فلا رجعة له ، ولها الرجوع في الفدية ما دامت في العدة و مع رجوعها يرجع إن شاء	٦٢	اقتضى خلعها بمهر المثل و كذا الزوج	٨٠
المسألة الخامسة :		في مسائل النزاع	٨٠
لو خالعهما و شرط الرجوع لم يصح و كذا لو طلق بعوض	٦٩	الاولى :	
المسألة السادسة :		إذا اتفقا في القدر و اختلفا في الجنس	٨١
المختلعة لا يلحقها طلاق بعد الخلع إلا أن ترجع في الفدية فيرجع هو	٧٠	المسألة الثانية :	
المسألة السابعة :		لو اتفقا على ذكر القدر دون الجنس و اختلفا في الارادة	٨٣
في ما لو قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها	٧٠	المسألة الثالثة :	
المسألة الثامنة		لو قال خالعتك على ألف في ذمتك فقالت بل في ذمة زيد	٨٢
في ما لو قالت طلقني واحدة بألف فطلق ثلاثاً	٧٧	في المبراة	
المسألة التاسعة :		في معنى المبراة وصيغتها وأحكامها	
فيما إذا قال أبوها : طلقها و أنت برىء من صداقها فطلق	٧٩	و أنها تترتب على كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه	٨٨
المسألة العاشرة :		يشترط اتباع المبراة بلفظ الطلاق	٩٠
فيما إذا وكلت في خلعها مطلقاً		يشترط في المبريء و المبرأة ما يشترط في المخالعة و المخالعة يفترق المبراة عن الخلع بأمر ثلاثة	٩٢
			٩٢

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
كتاب الظهار		الأولى :	
في معنى الظهار وسبب نزول الآية ٩٦		الظهار محرّم لاتصافه بالمنكر ١٢٩	
الكلام في الظهار يستدعى بيان		المسألة الثانية :	
امور خمسة		لا تجب الكفارة بالتلفظ بل تجب	
الاول :		بالمود و هو إرادة الوطء ١٣٠	
في صيغة الظهار ٩٩		تتكرّر الكفارة بتكرّر الوطء ١٣٧	
يشترط في وقوعه حضور عدلين		المسألة الثالثة	
يسمعان نطق المظاهر . وأن		إذا طلقها رجعيّاً ثمّ راجعها لم	
يكون منجزاً ١٠٥		تحل له حتّى يكفّر ١٣٨	
فيما لو قيد الظهار بمدة كأن		المسألة الرابعة :	
يظاهر منها شهراً أو سنة ١٠٩		لو ظاهر من زوجته الأمة ثمّ	
فروع في صيغة الظهار ١١٢		ابتاعها فقد بطل العقد ولو وطأها	
الامر الثاني		بالمك لم تجب الكفارة ١٣١	
في المظاهر وشرائطه من البلوع		المسألة الخامسة :	
والعقل و الاختيار والفسد ١١٨		لو علّق الظهار على مشية زيد أو مشية	
الامر الثالث :		الله تعالى ١٣٢	
في المظاهرة وشرائطها من أن		المسألة السادسة :	
تكون منكوحة بالعقد وأن تكون		لو ظاهر من أربع بلفظ واحد كان	
طاهراً طهراً لم يجامها فيه وغير		عليه عن كل واحدة كفارة ١٣٣	
ذلك ١٢٣		لو ظاهر من واحدة مراراً وجبت	
الامر الرابع :		عليه بكل مرة كفارة ١٣٤	
في أحكام الظهار ، وهي مسائل			

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
المسألة السابعة :		متتابعين فان عجز فإطعام ستين	
إذا أطلق الظهار حرم عليه الوطء		مسكيناً	١٦٩
حتى يكفر و حكم ما لو علقه		الثالثة كفارة من أفطر يوماً	
بشرط	١٤٧	من قضاء شهر رمضان بعد الزوال	
المسألة الثامنة :		ويجب في إفطاره إطعام عشرة مساكين	
يحرم الوطء على المظاهر ما لم		فإن عجز صام ثلاثة أيام	١٧٢
يكفر	١٥٥	المخيرة كفارة من أفطر في	
حكم ما دون الوطء كالقبلة والملازمة	١٥٩	يوم من شهر رمضان و كفارة	
المسألة التاسعة :		من أفطر يوماً نذر صومه على	
فيما إذا عجز المظاهر عن الكفارة	١٦٠	تردد فيه و كفارة الحنث في	
المسألة العاشرة :		العهد ، و يجب فيها عتق رقبة	
إن صبرت المظاهرة فلا اعتراض		أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام	
و حكم ما لم تصبر و رفعت أمرها		ستين مسكيناً	١٧٤
إلى الحاكم	١٦٢	وما يحصل فيه الامران التخفيف	
في الكفارات		و الترتيب كفارة اليمين ، و هي	
و فيها مقاصد		عتق رقبة أو إطعام عشرة مساكين	
الاول :		أو كسوتهم ، فإن عجز صام ثلاثة	
في ضبط الكفارات و أنها مرتبة		أيام	١٧٨
ومخيرة وما يحصل فيه الأمران		كفارة الجمع كفارة قتل المؤمن	
و كفارة الجمع	١٦٧	عمداً ظلماً و هي عتق رقبة وصوم	
المرتبة ثلاث كفارات : الظهار		شهرين متتابعين و إطعام ستين	
و قتل الخطاء و يجب في كل واحدة		مسكيناً	١٧٨
العتق فان عجز فصوم شهرين			

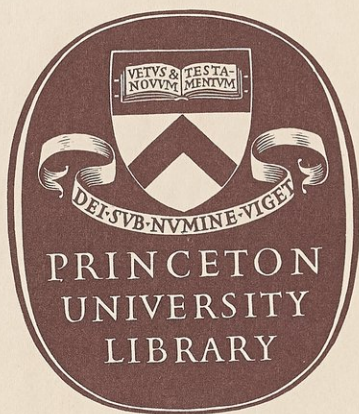
العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
المقصد الثاني :		المقصد الثالث :	
فيما اختلف في كفارته وهي سبع الأولى :		في خصال الكفارات و هي العتق والصيام والاطعام	
كفارة من حلف بالبرائة	١٧٩	فالكلام في العتق	
الثانية :		و يعتبر في الرقبة ثلاثة أوصاف	١٩٤
كفارة جز المرأة شعرها في المصاب	١٨٣	الوصف الأول - الايمان -	١٩٥
الثالثة :		المراد بالايمان هنا الاسلام أو حكمه	١٩٧
كفارة نتف المرأة شعرها في المصاب وخدش وجهها و شق الرجل جل ثوبه في موت ولده أو زوجته	١٨٦	يجزى عتق الذكر و الأنثى والكبير والصغير	١٩٩
الرابعة :		في عدم اجزاء العمل ، و كفاية الاقرار بالشهادتين في الاسلام	٢٠١
كفارة وطء الزوجة في الحيض	١٨٨	لا يحكم بإسلام المسبى من أطفال الكفار سواء كان معه أبواه الكافران أو انفرد به السابى المسلم	٢٠٢
الخامسة :		الوصف الثاني :	
كفارة تزويج المرأة في العدة	١٨٨	السلامة من العيوب ، فلا يجزى الأعمى والأجذم ولا المقعد ولا المنكئ به	٢٠٤
السادسة :		الوصف الثالث :	
كفارة من نام عن العشاء حتى تجاوز نصف الليل	١٩٠	أن يكون تام الملك ، فلا يجزى المدبتر مالم ينقض تدبيره	٢٠٨
السابعة :		فيما لو قال : أعتق هبذك غنى عنه	١٩٢

العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
فقال أعتقت عنك	٢٢٢	التكفير لم يجز	٢٢٢
فيما لو قال : كل هذا الطعام		الخامس	
والاختلاف في الوقت الذي يملكه		لو كان عليه كفارتان وله عبدان	
الأكل	٢٢٥	فأعتقهما و نوى عتق نصف كل	
في شروط الاعتاق :		واحد منهما عن كفارة صح	٢٢٣
الأول - النية - .		الشرط الثاني :	
ويعتبر في النية التعيين إن اجتمعت		تجر يد العتق عن العوض فلو قال	
اجناس مختلفة ككفارة ظهار		لعبدته أنت حر و عليك كذا لم	
وقتل خطأ وكفارة يمين	٢٣٢	يجز عن الكفارة	٢٢٤
فروع :		الشرط الثالث :	
على القول بعدم وجوب التعيين		أن لا يكون السبب المؤثر للعتق	
الأول :		محرمًا فلو نكل بعبدته بأن قلع	
لو أعتق عبداً عن إحدى		عينيه أو قطع رجله و نوى	
كفارتيه	٢٣٩	التكفير اعتق ، و لم يجز عن	
الثاني :		الكفارة	٢٣٩
لو كان عليه كفارات ثلاث متساوية		في صوم الكفارة وشروطه	
في العتق والصوم والصدقة	٢٤٠	يتعين الصوم في المرتبة مع	
الثالث :		العجز عن العتق وتحقيق العجز	
لو كان عليه كفارة ولم يدرأه		و عدم الوجدان	٢٣٩
عن قتل أو ظهار	٢٤١	لو أفطر في الشهر الأول من	
الرابع :		غير عذر استأنف	٢٥٥
لو شك بين نذر و ظهار فنوى		في الاطعام وأحكامه	
		يتعين الاطعام في المرتبة مع	
		العجز عن الصيام	٢٥٤

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
٢٧٧	على المدّين	٢٥٨	في وجوب إطعام العدد وأن لكل واحد مدّ
	المسألة الثالثة :		في عدم إجزاء إعطاء مادون العدد
٢٧٧	كفارة الابلاء مثل كفارة اليمين	٢٦١	وان كان بقدر إطعام العدد
	المسألة الرابعة :		في وجوب أن يكون الاطعام من
	من ضرب مملوكه فوق الحدّ	٢٦٢	أوسط ما يطعم أهله
٢٧٧	استحب له التكفير بعقه	٢٦٣	في تفسير الأوسط في كفارة اليمين
	المقصد الرابع :		في استحباب أن يضمّ إلى الاطعام
	في الأحكام المتعلقة بهذا الباب		الادام أعلاه اللحم وأوسطه الخلّ
	وهي مسائل :	٢٦٤	و أدونه الملح
	الاولى :		في جواز إطعام العدد متفرّقين أو
	من وجب عليه شهران فان صام	٢٦٧	مجتمعين
٢٧٩	هلالين فقد أجزأه ولو كانا ناقصين		في جواز إطعام المسلم الفاسق
	المسألة الثانية :		و عدم جواز إطعام الكافر
	المعتبر في المرتبة حال الأداء	٢٦٩	و الناصب
٢٨٠	لا حال الوجوب		مسائل أربع :
	المسألة الثالثة :		الأولى :
	إذا كان له مال يصل إليه بعد مدّة		كفارة اليمين مخيّر بين العتق
٢٨٢	غالباً لم ينتقل فرضه	٢٧٢	و الاطعام و الكسوة ، و تقدير
	المسألة الرابعة :		الكسوة
	إذا عجز عن العتق فدخل في الصوم		المسألة الثانية :
٢٨٣	ثمّ وجد ما يعتق لم يلزمه العتق		الاطعام في كفارة اليمين مدّ
			لكلّ مسكين و لو كان قادراً

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
٢٩١	أشهر الحرم على قول الشيخ ره		المسألة الخامسة :
	المسألة الثانية عشرة :		لو ظاهر و لم ينو العود فأعتق
	كل من وجب عليه صوم شهرين	٢٨٥	عن الظهار
	مقتابعين فمجز صام ثمانية عشر		المسألة السادسة :
	يوماً فإن لم يقدر تصدق عن		لا تدفع الكفارة إلى الطفل
٢٩٢	كل يوم بمد من طعام	٢٨٦	و تدفع إلى وليه
	كتاب الإيلاء		المسألة السابعة :
٢٩٧	في معنى الإيلاء لغة وشرعاً وأصله		لا تصرف الكفارة إلى من يجب
	الكلام في أمور أربعة	٢٨٧	نفقته
	الأول :		المسألة الثامنة :
٢٩٨	في صيغة الإيلاء		إذا وجبت الكفارة في الظهار وجب
	الأمر الثاني :		تقديمها على الميسر سواء كفر
	في المؤلى وشروطه من البلوغ		باعتق أو بالصيام أو بالإطعام
٣٠٤	وكمال العقل والاختيار والقصد	٢٩٠	المسألة التاسعة :
	الأمر الثالث :		إذا وجب عليه كفارة مخيرة
	في المؤلى منها وشروطها من		كفر بجنس واحد ولا يجوز أن
	كونها منكوحه بالعقد ومدخولاً		يكفر بنصفين من جنسين
٣٠٧	بها وغيرها	٢٩٠	المسألة العاشرة :
	الأمر الرابع :		لا يجزى دفع القيمة في الكفارة
	في أحكام الإيلاء ، وفيه مسائل		لاشتغال الذمة بالنخال
	الأولى :	٢٩١	المسألة الحادية عشرة :
	لا ينقذ الإيلاء حتى يكون		من قتل في الأشهر الحرم وجب
	التحرير مطلقاً أو مقيداً بالدوام		عليه صوم شهرين متتابعين من
	أو مقروناً بمدّة تزيد على الأربعة		

الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
٣٢٧	حين الابلأ	٣٠٩	أشهر
	المسألة السابعة :		المسألة الثانية :
	الذميان إذا ترافعا كان الحاكم		مدة الترتبص في الحرّة والأمة
	بالخياريين أن يحكم بينهما وبين	٣١١	أربعة أشهر
٣٢٩	ردّهما إلى أهل نحلتهما		فروع :
	المسألة الثامنة :	٣١٨	الأول لو اختلفا في انقضاء المدة
٣٣٠	في فئة القادر وفئة العاجز		الثاني لو انقضت مدة الترتبص
	المسألة التاسعة :	٣١٨	وهناك مانع من الوطاء
	إذا آلى من الأمة ثم اشتراها	٣٢٠	الثالث إذا جنّ بعد ضرب المدة
٣٣١	و أعتقها و تزوّجها		الرابع إذا انقضت المدة و هو
	المسألة العاشرة :	٣٢٠	محرم
	إذا قال لأربع : والله لا وطأ نكنّ	٣٢٠	الخامس إذا ظاهر ثم آلى
٣٣٢	لم يكن مؤلّيا في الحال	٣٢٢	السادس إذا آلى ثم ارتدّ
	المسألة الحادية عشرة :		المسألة الثالثة :
	إذا آلى من الرّجعية صحّ ويحتسب		إذا وطأ في مدة الترتبص لزمته
٣٣٩	زمان العدة من المدة	٣٢٣	الكفارة
	المسألة الثانية عشرة :		المسألة الرابعة :
	لا تتكرّر الكفارة بتكرّر		إذا وطأ المولى ساهياً او اشتبهت
٣٤١	اليمين	٣٢٤	بغيرها من حلائله
	المسألة الثالثة عشرة :		المسألة الخامسة :
	إذا قال والله لا أصبتك سنة إلاّ	٣٢٦	إذا ادّعى الإصابة فأنكرت
٣٤٢	مرة		المسألة السادسة :
٣٤٦	فهرس الكتاب		المدة المضروبة بعد الترافع لا من





از آثار
کتابخانه اسلامیة
حاج سید محمد کتابچی
تفصیل ۳۹۵۲۰۵

ازش ۶۰۰ ریال