



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

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

مُسْتَعَارٌ لِلْبُكْرِ وَالْأَخْفَاءِ

الْمَشْرِعِ

بِرَّاجِ الْأَسْلَابِ

وَالْبُكْرِ وَالْأَخْفَاءِ

الْمَشْرِعِ

بِرَّاجِ

مطبعة
الملك
بدمشق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام

كاتب:

شيخ زين الدين عاملى شهيد ثانى

نشرت فى الطباعة:

موسسه المعارف الاسلاميه

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١١	مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام المجلد ٩
١١	اشاره
١٢	اشاره
١٦	القسم الثالث فى الإيقاعات
١٦	اشاره
١٨	كتاب الطلاق
١٨	اشاره
٢٠	و أركانه
٢٠	اشاره
٢٠	الركن الأول:فى المطلّق
٢٠	اشاره
٢٠	الأول:البلوغ
٢٧	الشرط الثانى:العقل
٢٩	الشرط الثالث:الاختيار
٣٦	الشرط الرابع:القصد
٤١	تفريع على الجواز
٤٥	الركن الثانى:فى المطلّقه
٤٥	اشاره
٤٥	الأول:أن تكون زوجته
٤٦	الثانى:أن يكون العقد دائماً
٤٧	الثالث:أن تكون طاهراً من الحيض و النفاس
٥٩	الرابع:أن تكون مستبرأه
٦٠	الخامس:تعيين المطلّقه

٧٥	الركن الثالث: في الصيغه
٧٥	اشاره
١١٠	تفريع
١١٩	فرع
١٢٣	الركن الرابع: الإشهاد
١٣١	النظر الثاني: في أقسام الطلاق
١٣١	اشاره
١٣١	فالبدعه ثلاث
١٣٤	و الستة تنقسم أقساما ثلاثة
١٣٤	اشاره
١٣٥	فالبائن
١٣٦	و الرجعى
١٣٧	و أما طلاق العده
١٣٩	مسائل ست
١٣٩	الأولى: إذا طلقها فخرجت (١) من العده
١٤٢	الثانيه: إذا طلق الحامل و راجعها
١٤٨	الثالثه: إذا طلق الحائل ثم راجعها
١٥٩	الرابعه: لو شك المطلق في إيقاع الطلاق
١٦١	الخامسه: إذا طلق غائبا
١٦٢	السادسه: إذا طلق الغائب و أراد العقد على رابعه أو على أخت الزوجه
١٦٥	النظر الثالث: في اللواحق
١٦٥	اشاره
١٦٥	الأول: في طلاق المريض
١٦٥	اشاره
١٧٢	فروع
١٧٢	الأول: لو طلق الأمه مريضا

- ١٧٣ الثاني: إذا ادعت المطلقة أن الميت طلقها في المرض
- ١٧٤ الثالث: لو طلق أربعاً في مرضه، تزوج أربعاً
- ١٧٥ المقصد الثاني: في ما يزول به تحريم الثلاث
- ١٧٥ اشاره
- ١٩٢ فروع
- ١٩٢ الأول: لو انقضت مدّه فادعت أنها تزوّجت
- ١٩٣ الثاني: إذا دخل المحلل فادعت الإصابه
- ١٩٤ الثالث: لو وطئها محرّماً كالوطء في الإحرام أو في الصوم الواجب
- ١٩٦ المقصد الثالث: في الرجعه
- ٢١٥ المقصد الرابع: في جواز استعمال الحيل
- ٢٢٥ المقصد الخامس في العدد
- ٢٢٥ اشاره
- ٢٢٦ الأول
- ٢٢٩ الفصل الثاني
- ٢٤٠ فرع
- ٢٤١ الفصل الثالث في ذات الشهور
- ٢٤٥ تفريع
- ٢٤٦ الفصل الرابع في الحامل
- ٢٧٤ فروع
- ٢٧٤ الأول: لو حملت من زنا، ثمّ طلقها الزوج
- ٢٧٨ الثاني: إذا اتفق الزوجان في زمان الطلاق
- ٢٨٠ الثالث: لو أقرت بانقضاء عدّه، ثمّ جاءت بولد
- ٢٨٣ الفصل الخامس في عدّه الوفاه
- ٢٩٣ تفريع لو كان له أكثر (١) من زوجه، فطلق واحده لا بعينها
- ٣٠٤ فروع
- ٣٠٤ الأول: لو نكحت بعد عدّه ثمّ بان موت الزوج

- الثاني: لا نفقه على الغائب في زمن العده ٣٠٥
- الثالث: لو طلقها الزوج أو ظاهرها أو اتفق في زمان العده صح ٣٠٦
- الرابع: إذا أتت بولد بعد مضي سنه أشهر من دخول الثاني لحق به ٣٠٧
- الخامس: لا يرثها الزوج لو ماتت بعد العده ٣٠٨
- الفصل السادس في عدد الإماء والاستبراء ٣٠٩
- الفصل السابع في اللواحق ٣٢٦
- الاولى: لا يجوز لمن طلق رجعتا أن يخرج الزوجه من بيته ٣٢٦
- الثانيه: نفقه الرجعيه لازمه في زمان العده ٣٣٢
- فروع في سكنى المطلقه ٣٣٥
- الأول: لو انهدم المسكن أو كان مستعارا أو مستأجرا ٣٣٥
- الثاني: لو طلقها ثم باع المنزل ٣٣٧
- الثالث: لو طلقها ثم حجر عليه الحاكم ٣٤٠
- الرابع: لو طلقها في مسكن لغيره ٣٤٢
- الخامس: لو مات فورث المسكن جماعه ٣٤٤
- السادس: لو أمرها بالانتقال فنقلت رحلها و عيالها ٣٤٦
- السابع: البدويه تعتد في المنزل الذي طلقت فيه ٣٤٨
- الثامن: لو طلقها في السفينه ٣٤٨
- التاسع: إذا سكنت في منزلها و لم تطالب بمسكن ٣٤٩
- المسأله الثالثه: لا نفقه للمتوفى عنها زوجها ٣٥١
- المسأله الرابعه: لو تزوجت في العده لم يصح ٣٥٣
- الخامسه: تعتد زوجه الحاضر من حين الطلاق أو الوفاه ٣٦١
- السادسه: إذا طلقها بعد الدخول، ثم راجع في العده ٣٦٧
- السابعه: وطء الشبهه يسقط معه الحد ٣٦٩
- الثامنه: إذا طلقها بائنا ثم وطئها لشبهه ٣٧٠
- التاسعه: إذا نكحت في العده الرجعيه و حملت من الثاني ٣٧٢
- كتاب الخلع و المبرأه ٣٧٥

- ٣٧٥ اشارة
- ٣٧٨ كتاب الخلع
- ٣٧٨ اشارة
- ٣٧٨ أما الصيغه
- ٣٧٨ اشارة
- ٣٨٧ فروع
- ٣٨٧ الأول: لو طلبت منه طلاقا بعوض فخلعها
- ٣٨٨ الثاني: لو ابتداء فقال: أنت طالق بألف
- ٣٩٦ الثالث: إذا قالت: طلقني بألف
- ٣٩٨ النظر الثاني في الفديه
- ٤١٩ النظر الثالث: في الشروط
- ٤٣١ النظر الرابع: في الأحكام
- ٤٣١ اشارة
- ٤٣١ و هي مسائل
- ٤٣١ الأولى: لو أكرهها على الفديه
- ٤٣١ الثانيه: لو خالعهما و الأخلاق ملتئممه لم يصح الخلع
- ٤٣٤ الثالثه: إذا أتت بالفاحشه جاز عضلها لتفدى نفسها
- ٤٣٦ الرابعه: إذا صح الخلع فلا رجعه له
- ٤٤٣ الخامسه: لو خالعهما و شرط (١) الرجعه لم يصح
- ٤٤٣ السادسه: المختلعه لا يلحقها طلاق بعد الخلع
- ٤٤٤ السابعه: إذا قالت: طلقني ثلاثا بألف، فطلقها
- ٤٥٣ الثامنه: لو قالت: طلقني واحده بألف، فطلق ثلاثا ولاء
- ٤٥٦ التاسعه: إذا قال أبوها: طلقها و أنت برئ من صداقها، فطلق
- ٤٥٧ العاشره: إذا وكتت في خلعها مطلقا اقتضى خلعها بمهر المثل
- ٤٥٨ و يلحق بالأحكام مسائل النزاع
- ٤٥٨ الأولى: إذا اتفقا في القدر، و اختلفا في الجنس

- ٤٦٠ الثانية: لو اتفقا على ذكر القدر دون الجنس، و اختلفا في الإرادة
- ٤٦٢ الثالثة: لو قال: خالعتك على ألف في ذمتك
- ٤٦٦ و أما الميارأه
- ٤٧٤ كتاب الظهر
- ٤٧٤ اشاره
- ٤٧٧ الأول: في الصيغه
- ٤٧٧ اشاره
- ٤٩٧ فروع
- ٥٠١ الثاني: في المظاهر
- ٥٠٦ الثالث: في المظاهره
- ٥١٢ الرابع: في الأحكام
- ٥١٢ اشاره
- ٥١٢ الأولى: الظهر محزم
- ٥١٣ الثانية: لا تجب الكفارة بالتلفظ
- ٥٢٠ الثالثة: إذا طلقها بعد الظهر رجعتا ثم راجعها
- ٥٢٤ الرابع: لو ظاهر من زوجته الأمة ثم ابتاعها
- ٥٢٥ الخامسة: إذا قال: أنتعلتيكظهر أمتي
- ٥٢٧ السادس: لو ظاهر من أربع بلفظ واحد
- ٥٣٢ السابع: إذا أطلق الظهر حرم عليه الوطاء حتى يكفر
- ٥٤٠ الثامن: يحرم الوطاء على المظاهر ما لم يكفر
- ٥٤٤ التاسع: إذا عجز المظاهر عن الكفارة
- ٥٤٨ العاشرة: إن صبرت المظاهره فلا اعتراض
- ٥٥١ تعريف مركز

سرشناسه : شهيد ثانی، زين الدين علی، ق ٩٦٦ - ٩١١

عنوان و نام پديد آور : مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام [محقق حلی]: الفهارس العامه/ تالیف زين الدين بن علی
العالمی "شهيد ثانی"؛ تحقيق و نشر موسسه المعارف الاسلاميه

مشخصات نشر : قم: موسسه المعارف الاسلاميه، ١٤٢٣ق. = ١٣٨١.

مشخصات ظاهری : ص ٤٤٨

فروست : (بنیاد معارف اسلامی ٤٧)

شابک : ٩٦٤-٧٧٧٧-٢٧-٢(ج.١٦)؛ (دوره)؛ (دوره)

یادداشت : جلد شانزدهم "مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام" الفهارس می باشد

یادداشت : عربی.

یادداشت : عنوان روی جلد: الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

یادداشت : کتابنامه

عنوان روی جلد : الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

موضوع : شهيد ثانی، زين الدين علی، ٩٦٦ - ٩١١ق. مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام -- فهرستها

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٢ق. شرايع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسير

موضوع : فقه جعفری -- قرن ٧

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٣ق. شرايع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

شناسه افزوده : بنیاد معارف اسلامی

رده بندی کنگره : BP182/م3ش ٤٠٧٢ ١٣٨١

رده بندی دیویی : ٢٩٧/٣٤٢ م ٣٣١ ش/ش ش

شماره کتابشناسی ملی : م ۴۳۱۸-۸۲

ص: ۱

اشاره

القسم الثالث فى الإيقاعات

إشاره

القسم الثالث فى الإيقاعات ، و هى أحد عشر كتابا

ص:٥

كتاب الطلاق

اشاره

كتاب الطلاق (١)

ص:٧

و أركانه

اشاره

و أركانه: أربعة.

الركن الأول: فى المطلق

اشاره

الركن الأول: فى المطلق. و يعتبر فيه شروط أربعة:

الأول: البلوغ

الأول: البلوغ.

فلا اعتبار بعبارته الصبى (٢) قبل بلوغه عشرا. و فيمن بلغ عشرا عاقلا و طلق للسنة روايه بالجواز فيها ضعف.

قوله: «الطلاق. إلخ» .

الطلاق-لغه-حلّ القيد، و يطلق على الإرسال و الترك، يقال: ناقه طالق أى: مرسله ترعى حيث تشاء، و طلقت القوم: إذا تركتهم (١). و شرعا: إزاله قيد النكاح بصيغه طالق و شبهها. و يقال: طلق الرجل امرأته تطليقا، و طلقت هى تطلق طلاقا، فهى طالق و طالقه (٢). و عن الأخفش أنه لا يقال: طلقت بالضم (٣). و فى ديوان الأدب (٤) أنه لغه.

قوله: «فلا اعتبار بعبارته الصبى. إلخ» .

الروايه التى أشار إليها رواها ابن فضال، عن ابن بكير، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «يجوز طلاق الصبى إذا بلغ عشر سنين» (٥). و ضعفها بالرجلين

ص: ٩

١-١) لسان العرب ٢٢٦: ١٠.

٢-٢) لسان العرب ٢٢٦: ١٠.

٣-٣) لسان العرب ٢٢٦: ١٠.

٤-٤) لم نجدہ فیہ.

٥-٥) التہذیب ٨:٧٥ ح ٢٥٤، الاستبصار ٣:٣٠٢ ح ١٠٧٢.

المذكورين، فإنهما فطحيان، و مع ذلك عمل بمضمونها الشيخان [١] و جماعه (١) من المتقدمين. و قد روى فى معناها ابن أبى عمير فى الحسن مرسلًا عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «يجوز طلاق الصبى إذا بلغ عشر سنين» (٢).

و روى ابن بكير جواز طلاقه غير مقيد بالعشر أيضا عنه عليه السلام قال:

«يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، و وصيته و صدقته و إن لم يحتلم» (٣). و فى معناها موقفه سماعه قال: «سألته عن طلاق الغلام و لم يحتلم و صدقته، قال: إذا طلق للسنة و وضع الصدقة فى موضعها و حقها فلا بأس، و هو جائز» (٤) و عمل بمضمونها ابن الجنيد (٥) فلم يقيد بالعشر. و لم يعتبر المصنف خلافه، بل اقتصر على نقل القول المشهور.

و الأصح عدم صحته مطلقا، لضعف المستند، و مخالفته للأصول الشرعية و أكثر الأئمة. مع أنه قد روى أبو الصباح الكنانى بطريق قريب إلى الصحه عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «ليس طلاق الصبى بشيء» [٢]. و روى أبو بصير عنه عليه

ص: ١٠

١- ٢) راجع المهذب ٢: ٢٨٨، الوسيط ٣: ٣٢٣.

٢- ٣) الكافي ٦: ١٢٤ ح ٥ و فيه: لا يجوز، الوسائل ١٥: ٣٢٤ ب (٣٢) من أبواب مقدمات الطلاق ح ٢.

٣- ٤) الكافي ٦: ١٢٤ ح ٤، التهذيب ٨: ٧٦ ح ٢٥٧، الاستبصار ٣: ٣٠٣ ح ١٠٧٥، الوسائل الباب المتقدم ح ٥، و فى الكافي و الوسائل: لا يجوز.

٤- ٥) الكافي ٦: ١٢٤ ح ١، الفقيه ٣: ٣٢٥ ح ١٥٧٥، التهذيب ٨: ٧٦ ح ٢٥٥، الاستبصار ٣: ٣٠٣ ح ١٠٧٣، الوسائل الباب المتقدم ح ٧.

٥- ٦) انظر المختلف: ٥٨٩.

و لو طلق وليه (١) لم يصح، لاختصاص الطلاق بمالك البضع، و توقع زوال حجره غالبا.

و لو بلغ فاسد (٢) العقل طلق وليه، مع مراعاة الغبطة. و منع منه قوم.

و هو بعيد.

السلام قال: «لا يجوز طلاق الصبي و لا السكران» (١). و هذا مذهب ابن إدريس (٢) و المتأخرين (٣).

قوله: «و لو طلق وليه. إلخ».

أشار بالتعليل الأول إلى الرواية عنه صلى الله عليه و آله و سلم قال:

«الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٤) و المبتدأ منحصر في خبره، و هو يقتضى انحصار وقوع الطلاق المعبر في الزوج المستحق للوصف. و بقوله: «و توقع زوال حجره» إلى بيان الفرق بينه و بين المجنون، حيث يجوز للولي أن يطلق عنه مع المصلحة بخلاف الصبي، لأن الصبي لحجره أمد يتوقع زواله بالبلوغ غالبا، بخلاف المجنون، فإنه لا أمد له. و قيد بالغلبة لجواز بلوغه فاسد العقل، فيجوز طلاقه عنه حينئذ مع المصلحة، كما سيأتى.

قوله: «و لو بلغ فاسد. إلخ».

المشهور بين الأصحاب المتقدمين منهم و المتأخرين - و منهم الشيخ

ص: ١١

١- (١) الكافي ١: ١٢٤ ح ٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

٢- (٢) السرائر ٢: ٦٦٤.

٣- (٣) راجع قواعد الأحكام ٢: ٦٠، إيضاح الفوائد ٣: ٢٩١، التنقيح الرائع ٣: ٢٩١-٢٩٢، المقتصر: ٢٦٩.

٤- (٤) سنن ابن ماجه ١: ٦٧٢ ح ٢٠٨١، المعجم الكبير للطبراني ١١: ٣٠٠ ح ١١٨٠٠، سنن الدارقطني ٤: ٣٧، سنن البيهقي ٧: ٣٦٠، كنز

العمال ٩: ٦٤٠ ح ٢٧٧٧٠.

فى النهايه (١) و ابن الجنيد (٢) و ابن بابويه (٣) و أتباع (٤) الشيخ و المتأخرون (٥) - جواز طلاق الولي عن المجنون المطبق مع الغبطه، لأن مصلحه المجنون منوطه بالولي عنه، لتعذر إسنادها إليه، و عدم توقع زوال عذره، فلو لم يجعل للولي هذا التصرف لزم تضرر المجنون بتقدير استغنائه عن الزوجه و كون مصلحته فى مفارقتها، و الضرر منفي بالآيه (٦) و الروايه (٧)، بخلاف الطفل، لأن نكاحه منوط بالمصلحه، و عذره متوقع الزوال. و لصحيحه أبى خالد القمّاط قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل الأحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه؟ قال: و لم لا يطلق هو؟ قلت: لا يؤمن إن هو طلق أن يقول غدا لم أطلق، أو لا يحسن أن يطلق.

قال: ما أرى وليه إلا بمنزله السلطان» (٨).

و روى الصدوق عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن طلاق المعتوه الزائل العقل أ يجوز؟ قال: لا» (٩). و عن أبى بصير عنه عليه السلام:

«أنه سئل عن المعتوه يجوز طلاقه؟ فقال: ما هو؟ فقلت: الأحمق الذاهب العقل، فقال: نعم» (١٠). ثم قال ابن بابويه: يعنى إذا طلق عنه وليه، فأما أن يطلق هو فلا، لما

ص: ١٢

-
- ١ - ١) النهايه: ٥١٨-٥١٩.
 ٢ - ٢) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٥٨٩.
 ٣ - ٣) المقنع: ١١٩.
 ٤ - ٤) راجع المذهب ٢: ٢٨٨، الوسيله: ٣٢٣.
 ٥ - ٥) راجع الجامع للشرائع: ٤٦٦، قواعد الأحكام ٢: ٦٠، إيضاح الفوائد ٣: ٢٩٢.
 ٦ - ٦) الحج: ٧٨.
 ٧ - ٧) لاحظ الوسائل ١٧: ٣٤١ ب «١٢» من أبواب إحياء الموات ح ٥، ٤، ٣.
 ٨ - ٨) الكافي ٦: ١٢٥ ح ١، التهذيب ٨: ٧٥ ح ٢٥٣، الاستبصار ٣: ٣٠٢ ح ١٠٧١، الوسائل ١٥: ٣٢٩ ب (٣٥) من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١.
 ٩ - ٩) الفقيه ٣: ٣٢٦ ح ١٥٧٦.
 ١٠ - ١٠) الفقيه ٣: ٣٢٦ ح ١٥٧٧.

رواه صفوان بن يحيى عن أبي خالد القمّاط قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

رجل يعرف رأيه مَرّه و ينكره أخرى، يجوز طلاق وئيه عنه؟ فقال: ما له هو لا يطلق؟ قال: قلت: لا يعرف حدّ الطلاق، و لا يؤمن عليه إن طلق اليوم أن يقول غدا لم أطلق، فقال: ما أراه إلا بمنزله الإمام، يعنى الولي» (١).

و فى الاحتجاج بهذه الأخبار نظر، لأن جعل الولي بمنزله الإمام أو السلطان لا يدلّ على جواز طلاقه عنه. و لأن متن الحديثين لا يخلو من قصور، لأنّ السائل وصف الزوج بكونه ذاهب العقل، ثمّ يقول له الإمام: ما له لا يطلق؟ مع الإجماع على أن المجنون ليس له مباشره الطلاق و لا أهليه التصرف، ثمّ يعلّل السائل عدم طلاقه بكونه ينكر الطلاق أو لا يعرف حدوده، ثمّ يجيبه بكون الولي بمنزله السلطان. و كلّ هذا يضعف الاحتجاج بها.

و الدليل الأول من غير الأخبار بمجرّده لا يصلح حجّه فى ذلك إلا مع تحقّق الضرر ليتمكن الاحتجاج بخبر الإضرار، لا بمجرّد ما ادّعوه من الجواز مع الغبطه.

و أيضا فهذه الأخبار ليس فيها تقييد باشتراط طلاقه بالمصلحه و الغبطه للمجنون. و من ثمّ ذهب ابن إدريس (٢) إلى عدم الجواز، و قبله الشيخ فى الخلاف (٣)، محتجّا بإجماع الفرقه، و بأصاله بقاء العقد و صحّته، و بقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «الطلاق لمن أخذ بالساق» (٤) و الزوج هو الذى له ذلك دون

ص: ١٣

١- (١) الفقيه ٣: ٣٢٦ ح ١٥٧٨.

٢- (٢) السرائر ٦٩٤، ٦٧٣: ٢.

٣- (٣) الخلاف ٤: ٤٤٢ مسألة (٢٩).

٤- (٤) مرّ ذكر مصادره فى ص: ١١، هامش (٤).

.....
غيره.

و زاد ابن إدريس الاحتجاج بقوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَيْثُ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ (١) فأضاف الطلاق إلى الزوج، فمن جعله لغيره يحتاج إلى دليل. و ذكر حديث الساق، ثم أورد على نفسه: إن هذا وال عليه و ناظر في مصالحه، فله فعل ما يشاء متى ما هو راجع إلى مصالحه. و أجاب بالمعارضه بالصبي، فإنه لا يطلق عنه وليه مع كونه ناظرا في مصالحه. و بأن الطلاق شرطه مقارنة نيته المطلق الذي هو الزوج، و هو مفقود في المجنون.

و لقد تمالأ (٢) عليه في المختلف (٣)، و زاد في تضعيف كلامه بما لا يحتمله، و بالغ في إنكاره عليه، مع سبق الشيخ إلى ذلك، و دعواه الإجماع عليه، مع مخالفته هو نفسه في ذلك في النهاية (٤) و كتابي الأخبار (٥).

و العجب هنا أن الشيخ فخر الدين ادعى في شرحه (٦) الإجماع على جواز طلاق الولي عن المجنون المطبق، مع دعوى الشيخ الإجماع على عدمه و موافقه ابن إدريس له.

و الحق أن الإجماعين ممنوعان. و تكلف الاستناد في مثل ذلك على معلوميه نسب المخالف في الحكم مشترك بين معظم الأحكام الشرعيه. و مع هذا

ص: ١٤

١-١) البقره: ٢٣٠.

٢-٢) في النسخ الخطيه و الحجريتين: تمالي، و في «م»: مال، و الصحيح ما أثبتناه.

٣-٣) المختلف: ٥٨٩.

٤-٤) النهايه: ٥١٨-٥١٩.

٥-٥) التهذيب ٨: ٧٥، الاستبصار ٣: ٣٠٢.

٦-٦) إيضاح الفوائد ٣: ٢٩٢.

الشرط الثاني: العقل. فلا يصحّ (١) طلاق المجنون، ولا السكران، ولا من زال عقله بإغماء أو شرب مرقد، لعدم القصد.

ولا يطلق الولي عن السكران، لأن زوال عذره غالب، فهو كالنائم.

ويطلق عن المجنون. ولو لم يكن له ولي طلق عنه السلطان أو من نصبه للنظر في ذلك.

كله فاعتمادنا على العمل بالمشهور من الجواز.

والجواب عن حجة المانع بمنع الإجماع. والأصله مقطوعه بالطلاق.

الصادر من الولي المراعى للمصلحه أو الدافع للضرر، النافذ تصرفه فيما فيه مصلحته من غير الطلاق، واستثناؤه ليس بجيد. والخبر (١) - مع تسليم سنده - لا ينافي ذلك، لأن طلاق الولي كطلاقه، كما يجوز طلاق الوكيل بالإجماع، إذ لم يوجب أحد إيقاع الطلاق مباشرة لأجل ذلك. وينبغي أن يجعل دلالة على عدم جواز طلاق الفضولي ونحوه. والكلام في دلاله الآيه (٢) كالخبر. واشتراط نيته المطلق يعتبر في مباشرته كالوكيل، وتجعل نيته كنيته الزوج.

قوله: «فلا يصحّ إلخ».

لا خلاف في عدم صحّ طلاق من ذكر مباشره. ويدلّ عليه - مع الإجماع - أنه مشروط بالقصد، ولا قصد لهؤلاء. ويدلّ عليه - مع ذلك - أخبار كثيرة، منها روايه الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن طلاق السكران وعتقه، قال:

ص: ١٥

١ - ١) راجع ص: ١٣، هامش (٤).

٢ - ٢) البقره: ٢٣٠.

لا يجوز» (١) وسأل زكريا بن آدم الرضا عليه السلام عن طلاق السكران و الصبي و المعتوه و المغلوب على عقله و من لم يتزوج بعد فقال: «لا يجوز» (٢) و غيرهما.

و المراد بالسكران من بلغ بتناول المسكر حدًا يرفع قصده. و قد قال بعض الفضلاء (٣) في حدّه: إذا اختلط كلامه المنظوم و انكشف سرّه المكتوم.

و المقصود أن يصير مثل المجنون الذى لا-تنتظم أموره، أما ما دام فى ابتداء نشاطه فهو كالعاقل، و إذا سقط كالمغشى عليه فكالنائم و المغمى (٤) عليه، و لا اشتباه إذا بلغ هذا الحدّ. و لا يصحّ طلاق الوليّ عنه، كما لا يصحّ عن الصبيّ و النائم و المغمى عليه، لا شراك الجميع فى أن لهم أمدا يرتقب، بخلاف المجنون.

و المراد به المطبق كما استفيد من أدلّه الجواز، فلو كان يعتريه أدوارا لم يجز الطلاق عنه حاله الدور، لأن ترقّب عقله أقرب من الصبيّ الممتنع الطلاق عنه. و إطلاق المصنف و جماعه (٥) المجنون منزّل عليه، و لو أرادوا العموم منعنا الحكم فيه.

و المراد بقوله: «و لو لم يكن له وليّ» الوليّ الخاص كالأب و الجدّ، و إلّا فالسلطان وليّه على العموم، و كذا من نصبه.

ص: ١٦

١-١) الكافي ١:١٢٦ ح ٤، التهذيب ٨:٧٣ ح ٢٤٥، الوسائل ١٥:٣٢٨ ب «٣٤» من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥.

٢-٢) التهذيب ٨:٧٣ ح ٢٤٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٧.

٣-٣) راجع روضه الطالبين ٦:٥٩.

٤-٤) فى «ش»: أو المغمى.

٥-٥) لاحظ النهاية: ٥٠٩، إرشاد الأذهان ٢:٤٢، اللمعة دمشقيّه: ١٢٣.

الشرط الثالث: الاختيار. فلا يصح (١) طلاق المكره. ولا يتحقق الإكراه ما لم تكمل أمور ثلاثه:

كون المكره قادرا على فعل ما توعد به.

و غلبه الظنّ أنه يفعل ذلك مع امتناع المكره.

و أن يكون ما توعد به مضرًا بالمكره في خاصه نفسه أو من يجرى مجرى نفسه كالأب و الولد، سواء كان ذلك الضرر قتلا أو جرحا أو شتما أو ضربا. و يختلف بحسب منازل المكرهين في احتمال الإهانه. و لا يتحقق الإكراه مع الضرر اليسير.

قوله: «الاختيار، فلا يصح إلخ» .

التصرّفات القوليّه المحمول عليها بالإكراه باطله عندنا و عند أكثر العلماء، سواء في ذلك الطلاق و النكاح و البيع و سائر المعاملات و غيرها. و الأصل فيه وراء الإجماع قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا طلاق في إغلاق» (١) فشره علماء (٢) الغريب بالإكراه، و قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه» (٣) و المراد رفع أحكامه. و روى زراره في الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن طلاق المكره و عتقه، فقال: ليس طلاقه بطلاق

ص: ١٧

١-١) مسند أحمد ٢: ٢٧٦، سنن ابن ماجه ١: ٦٥٩ ح ٢٠٤٦، سنن أبي داود ٢: ٢٥٨ ح ٢١٩٣، مسند أبي يعلى الموصلى ٧: ٤٢١ ح

٢-٢) معالم السنن للخطّابي ٣: ٢٤٢، غريب الحديث لابن الجوزى ٢: ١٦١، النهايه لابن الأثير ٣: ٣٧٩.

٣-٣) المصنف لابن أبي شيبه ٥: ٤٩، سنن ابن ماجه ١: ٦٥٩ ح ٢٠٤٥، علل الحديث ١: ٤٣١ ح ١٢٩٦.

و لا عتقه بعنق» (١). و روى عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سمعتَه يقول: لو أن رجلا مسلمًا مرّ بقوم ليسوا بسُلطان فقهروه حتى يتخوّف على نفسه أن يعتق أن يطلق ففعل لم يكن عليه شىء» (٢).

و قد جرت عادة الفقهاء بذكر حدّ الإكراه فى هذا المحلّ، مع الاحتياج إليه فيما قبله من العقود و غيرها. و قد أشار المصنّف إلى أمور يتحقّق معها الإكراه، و يظهر من جملتها حدّه. و جملة ذلك أمور ثلاثة: كون المكره غالبًا قادرًا على ما يهدّده به بولايه أو تغلب، و كون المكره مغلوبًا عاجزًا عن الدفع بفرار أو مقاومه أو استعانه بالغير. و أن يعلم أو يغلبه [على] (٣) ظنّه أنه لو امتنع ممّا يطلبه منه وقع به المكروه. و أن يكون ما توعدّ به مضرًا بالمكره فى خاصّه نفسه أو من يجرى مجرى نفسه من أبيه و ولده و غيرهما، من قتل أو جرح أو ضرب شديد أو حبس أو شتم أو إهانته و استخفاف إذا كان المطلوب منه و جيبها (٤) يغصّ ذلك منه.

و يختلف الضرب و الشتم و ما يجرى مجراهما من الإهانته باختلاف طبقات الناس و أحوالهم. أمّا التخويف بالقتل و القطع فلا يختلف.

و لم يذكر المصنّف من وجوه الإكراه التوعيد بأخذ المال. و الأصحّ تحقّقه به، و اختلافه باختلاف حال الناس فى اليسار و ضدّه كالأخيرين، فإنّ منهم من يضرب بحاله أخذ عشره دراهم و منهم من لا يضربه أخذ مائه. و من العلماء (٥) من جعل

ص: ١٨

١- ١) الكافي ١: ١٢٧ ح ٦، الوسائل ١٥: ٣٣١ ب (٣٧) من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١.

٢- ٢) الكافي ١: ١٢٦ ح ٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

٣- ٣) من «ش» و إحدى الحجريّتين.

٤- ٤) فى «ش»: وجها.

٥- ٥) روضه الطالبين ٦: ٥٦.

المال من قبيل الأول، فلا يختلف الحال فيه باختلاف الناس، و جعل الكثير منه و القليل محققاً للإكراه. و ما ذكرناه أظهر.

و العبارة الجامعه لذلك كَلَّه أنه حمل القادر على فعل أو توغَّده بما يكون مضرًا بالمحمول ظلماً، مع رجحان إيقاعه به لو لم يفعل مطلوبه و عجز (١) عن دفعه.

و تحرير المبحث يتمّ بأمور:

الأول: يستثنى من الحكم ببطان فعل المكره ما إذا كان الإكراه بحق، فإنه صحيح، كإكراه الحربى على الإسلام و المرتد، إذ لو لم يصحّ لما كان للإكراه عليه معنى. و له موارد كثيره ذكرناها فيما سلف (٢) من هذا الكتاب. و العبارة الجامعه لها -مع السابقه- أن يقال: ما لا يلزمه فى حال الطواعيه لا يصحّ منه إذا أتى به مكرهاً، و ما يلزمه فى حال الطواعيه يصحّ مع الإكراه عليه.

و لا- يخلو الحكم بإسلام الكافر مع إكراهه عليه من غموض من جهة المعنى و إن كان الحكم به ثابتاً من فعل النبى صلى الله عليه و آله و سلمّ فما بعده، لأن كلمتى الشهاده نازلتان فى الإعراب عمّا فى الضمير منزله الإقرار، و الظاهر من حال المحمول عليه بالسيف أنه كاذب. لكن لعلّ الحكمه فيه أنه مع الانقياد ظاهراً و صحبه المسلمين و الاطلاع على دينهم يوجب له التصديق القلبي تدريجاً، فيكون الإقرار اللسانى سبباً فى التصديق القلبي.

الثانى: إنما يمنع (٣) وقوع الطلاق بالإكراه إذا لم يظهر ما يدلّ على اختياره.

ص: ١٩

١- ١) فى «ش»: و عجزه.

٢- ٢) فى ج ١٥٧: ٣.

٣- ٣) فى «ح»: يمتنع.

أما إذا ظهر بأن خالف المكره و أتى بغير ما حمله عليه حكم بوقوع الطلاق، لأن مخالفته له تشعر باختياره فيما أتى به. و ذكروا لذلك صوراً، منها ما يظهر فيه الاختيار، و منها ما يلتبس أمره.

فمنها: أن يكرهه على طلقه واحده فيطلق ثلاثاً، فإنه يشعر برغبته و اتساع صدره للطلاق، فيقع الجميع لا اثنتان، مع احتمالها، لأن صيغته الأولى يحكم عليها بالإكراه لعدم المعارض، فتلغو و يقع ما بعدها. و وجه وقوع الجميع أن إيقاع الأخيرتين قرينه اختياره في الأولى.

و لو أوقع الثلاث بصيغته واحده، فإن كان يعتقد عدم صحته ما زاد على الواحد بذلك فهو كما لو أوقع واحده خاصه، بل أولى، لأن التلّفظ بالثلاث على هذا الوجه مختلف في أنه يسدّ مسدّ الواحد أم لا كما سيأتي (1)، فقد أتى بالمحمول عليه على أدنى مراتبه. و إن كان يعتقد وقوع الثلاث بهذا اللفظ كالمخالف وقع عليه الثلاث، لدلالته على الاختيار. و لا يحتمل هنا إلغاء واحده كما احتمل في السابق المترتب، لأنّ هذا لفظ واحد مخالف للمكره عليه ابتداءً فوق صحیحاً، بخلاف الثلاث المترتبة، فإن الأول منها عين المكره عليه.

و منها: ما لو انعكس، بأن أكرهه على ثلاث طلاقات فطلق واحده، فقليل تقع الواحد، لأنها غير ما أكرهه عليه، و الأقوى هنا عدم الوقوع، لأن الواحد بعض ما أكرهه عليه، و لأنه قد يقصد دفع مكروهه بإجابته إلى بعض مطلوبه، و لا يقصد إيقاع الواحد.

و منها: لو أكرهه على طلاق زوجته فطلق زوجتين، فإن وقع ذلك بلفظ

ص: ٢٠

واحد- كما لو قال له: طلق زوجتك زينب، فقال لها و لفاطمه: أنتما طالقتان- وقع عليهما، لأن ذلك خلاف المكره عليه و قد عدل عنه إلى غيره فلا مانع من صحته.

و إن قال: زينب طالق و فاطمه طالق، طلقت فاطمه و لم تطلق زينب، لأنها مكره عليها بخلاف الأخرى. و منهم من لم يفصل بين العبارتين و أطلق الحكم بوقوع الطلاق عليهما. و الفرق متجه.

و منها: لو أكرهه على طلاق زوجتين فطلق واحده عكس السابقه، قيل:

يقع. و الوجه عدم الوقوع كما (1) قلناه فيما لو أكرهه على طلقات فطلق واحده.

و منها: لو أكرهه على طلاق واحده معينه فطلق غيرها. و لا شبهه هنا فى الوقوع، لأن ذلك مبين لما أكرهه عليه بكل وجه.

و منها: ما لو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه لا على التعيين فطلق واحده بعينها، قيل: يقع الطلاق، لأنه مختار فى تعيينها، و لأنه لما عدل عن الإبهام إلى التعيين فقد زاد على ما أكرهه عليه، لأن الإكراه على طلاق إحداهما لا على طلاق هذه، و طلاق هذه طلاق إحداهما مع زياده، و قد تقرّر فى الأصول أن الأمر بالكلّى ليس أمراً بجزئىّ معيّن.

و يحتمل قويا عدم الوقوع، لأن متعلق الإكراه و إن كان كلياً لكنّه يتأذى فى ضمن طلاق كلّ واحده بعينها و بطلاق واحده غير معينه، فكلّ واحد من الأفراد داخل فى المكره عليه و مدلول عليه بالتضمّن.

نعم، لو صرح له بالحمل على طلاق واحده مبهمه- بأن يقول: إحداكما طالق مثلاً- فعدل عنه إلى طلاق معينه فلا شبهه هنا فى وقوع الطلاق على

ص: ٢١

المعنيته، لأنه غير المكره عليه جزماً.

و منها: لو أكرهه على أن يطلق بكنايه من الكنايات فطلق باللفظ الصريح، أو بالعكس عند القائل بصحته، أو عدل من صريح مأمور به إلى صريح آخر، فإنه يقع الطلاق خصوصاً في الأول، لأنه قد حمل على طلاق فاسد فعدل إلى صحيح، و عند مجوزه عدل إلى غير الصيغه المكره عليها.

الثالث: لا يعتبر في الحكم بطلاق طلاق المكره التوريه و إن كان يحسنها عندنا، لأن المقتضى لعدم وقوعه هو الإكراه الموجب لعدم القصد إليه، فلا- يختلف الحال بين التوريه و عدمها. و لكن ينبغي التوريه للقادر عليها، بأن ينوى بطلاق فاطمه المكره عليها غير زوجته ممن يشار إليها في الاسم، أو ينوى طلاقها من الوثاق، أو يعلقه في نفسه بشرط. و لو كان جاهلاً بها، أو أصابته دهشه عند الإكراه- كسلّ السيف مثلاً- عذر إجماعاً.

الرابع: لو قصد المكره إيقاع الطلاق ففي وقوعه وجهان، من أن الإكراه أسقط أثر اللفظ و مجرد التيه لا تعمل، و من حصول اللفظ و القصد. و هذا هو الأصح.

الخامس: لو قال: طلق زوجتي و إلا- قتلتك، أو غير ذلك ممّا يتحقق به الإكراه، فطلق ففي وقوع الطلاق وجهان أصحهما الوقوع، لأنه أبلغ في الإذن.

و وجه المنع: أن الإكراه يسقط حكم اللفظ، فصار كما لو قال لمجنون: طلقها، فطلق. و الفرق بينهما: أن عباره المجنون مسلوبه أصلاً، بخلاف عباره المكره، فإنها مسلوبه لعارض (1) تخلف القصد، فإذا كان الأمر قاصداً لم يقدح إكراه

ص: ٢٢

المأمور.

السادس: لو أكره الوكيل على الطلاق دون الموكل ففي صحته وجهان أيضا، من تحقق اختيار الموكل المالك للتصرف، و من سلب عبارته المباشر.

السابع: لو توعد به بفعل مستقبل كقوله: إن لم تفعل لأقتلنك أو أضربنك غدا، ففي عدّه إكراهها نظر، من حصول الخوف بإيقاع الضرر، و من سلامته منه الآن، و التخلّص من الضرر يحصل بإيقاعه عند خوف وقوعه في الحال. و هذا قويّ (1). نعم، لو كان محصّلا الإكراه في الآجل، على أنه إن لم يفعل الآن أوقع به المكروه في الآجل و إن فعله ذلك الوقت، و رجّح وقوع المتوعدّ به، أتجه كونه إكراهها، لشمول الحدّ له.

الثامن: لا- يحصل الإكراه بأن يقول: طلق امرأتك و إلا- قتلت نفسي أو كفرت أو تركت الصلاة و نحوها، و لا بأن يقول وليّ القصاص لمن هو عليه: طلق امرأتك و إلا اقتصصت منك، لأن ذلك حقّه فلا يعدّ استيفاءه ضررا بالمأمور.

التاسع: لو تلفظ بالطلاق ثمّ قال: كنت مكرها، و أنكرت المرأة، فإن كان هناك قرينه تدلّ على صدقه- بأن كان محبوسا، أو في يد متغلب، و دلّت القرينه على صدقه- قبل قوله بيمينه، و إلا فلا. و لو طلق في المرض ثمّ قال: كنت مغشيا عليّ أو مسلوب القصد، لم يقبل قوله إلا- بيّنه تقوم على أنه كان زائل العقل في ذلك الوقت، لأن الأصل في تصرفات المكلف الصحه إلى أن يثبت خلافها. و إنما عدلنا في دعوى الإكراه عن ذلك بالقرائن، لظهورها و كثره وقوعها و وضوح قرائنها، بخلاف المرض.

ص: ٢٣

الشرط الرابع: القصد. (١) وهو شرط في الصحه مع اشتراط النطق بالصريح. فلو لم ينو الطلاق لم يقع، كالمساهى و النائم و الغالط. و لو نسي أن له زوجه فقال:

نسائي طوالت، أو: زوجتي طالت، ثم ذكر لم يقع به فرقه.

العاشر: جميع ما ذكرناه آتٍ في غير الطلاق من النكاح و البيع و العتق و سائر التصرفات، و لكن جرت العاده بالبحث عنه هنا كما أسلفناه.

قوله: «القصد. إلخ».

القصد معتبر في صحه التصرفات القوليّه من الطلاق و غيره إجماعاً. و يدلّ عليه في الطلاق بخصوصه صحيحه هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق» (١) و قول الباقر عليه السلام: «لا طلاق على سنّه و على طهر من غير جماع إلا- بتيه. و لو أن رجلاً- طلق و لم ينو الطلاق لم يكن طلاقه طلاقاً» (٢). و المراد به أن يكون قاصداً بلفظ الطلاق- مثلاً- معناه، و لا يكفي القصد إلى لفظه من غير قصد معناه.

ثمّ عدم القصد قد يكون متخلفاً عنهما معاً، كالنائم تجرى كلمه الطلاق على لسانه، و مثله الساهى، و قد قال صلى الله عليه و آله و سلم: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ، و عن النائم حتى يستيقظ، و عن المجنون حتى يفيق» (٣). و لو استيقظ النائم و قد جرى لفظ الطلاق على لسانه فقال: أجزت ذلك

ص: ٢٤

١- (١) التهذيب ٨: ٥١ ح ١٦٠، الوسائل ١٥: ٢٨٦ ب (١١) من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٤.

٢- (٢) الكافي ٦: ٦٢ ح ٣، الوسائل ١٥: ٢٨٣ ب (١٠) من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٨، و ذكر ذيله في ص: ٢٨٥ ب (١١) ح ١. و فيهما: إلا بيّنه.

٣- (٣) مسند أحمد ١٠٠: ٦-١٠١، سنن الدارمي ٢: ١٧١، سنن ابن ماجه ١: ٦٥٨ ح ١٠٤١، سنن أبي داود ٤: ١٤١ ح ٤٤٠٢-٤٤٠٣، مسند أبي يعلى ٧: ٣٦٦ ح ٤٤.

الطلاق أو أوقعته،فهو لغو.

و قد يكون القصد متخلفا عن المعنى دون اللفظ كالغالط، بأن سبق لسانه إلى لفظ الطلاق في محاورته و كان يريد أن يتكلم بكلمه أخرى، فإنه لا يقع طلاقه، لعدم القصد إلى معناه. و هل يقبل دعوى سبق اللسان؟ ظاهر العبارة يدل عليه. و وجهه: أن ذلك أمر باطنى لا يعلم إلا- من قبله، فيرجع إليه فيه، و لأن الأصل عدم القصد. و يحتمل عدم القبول، لأن الأصل فى الأفعال و الأقوال الصادره عن العاقل المختار وقوعها عن قصد. و يمكن حمل عدم الوقوع فى كلام المصنف عليه فى نفس الأمر لا فى الظاهر، و أما فى الظاهر فإن وجد قرينه تدلّ عليه قوى القبول و إلا فلا.

و من هذا الباب ما لو نسي أن له زوجة فقال: نسائى طوالق، أو: زوجتى طالق، ثم ذكر بعد التلّفظ بذلك أن له زوجة، فإنه لا يقع فى نفس الأمر، لأنه غير قاصد لطلاق زوجته من اللفظ أصلا، و أما فى الظاهر فيحكم عليه به. و يظهر من المصنف و أكثر الأصحاب قبول قوله فى عدم القصد.

و لو كان اسم امرأته ما يقارب حروفه حروف طالق ك: طالب و طارق و طالع، فقال: أنت طالق، ثم قال: أردت أن أقول: طالب أو نحو ذلك فالتفّ الحرف بلسانى، قبل قوله، لقوّه القرينه و ظهورها هنا، بخلاف السابق.

و لو قال لها و هو يحلّ وثاقها عنها: أنت طالق، و قال: أردت: عن الوثاق، ففى قبول قوله ظاهرا و جهاً كالسابق. و وجه المنع: أن التلّفظ بكلمه الطلاق كالمستنكر فى حاله النكاح، فإذا نطق بها بعد قبول التأويل.

و فى معنى الساهى من يحكى لفظ الغير، مثل أن يقول: قال فلان: زوجتى

و لو أوقع (١) و قال: لم أقصد الطلاق قبل منه ظاهراً، و دین بتیته باطنا و إن تأخر تفسيره، ما لم تخرج من العده، لأنه إخبار عن تیتته.

طالق. و كذا الفقيه إذا كان يكرّر لفظ الطلاق في تصويره و تدريسه. و من صور سبق اللسان ما إذا طهرت امرأته من الحيض أو ظنّ طهارتها فأراد أن يقول: أنت الآن طاهره، فقال: طالق.

قوله: «و لو أوقع. إلخ».

إطلاقه القبول يشمل ما لو أوقع لفظاً صريحاً مجرداً عن قرينه عدم القصد إلى الطلاق و غيره، و ما إذا كانت المرأة في العده الرجعيه و البائنه، و ما لو صادقت المرأة على ذلك و عدمه. و الوجه في الجميع ما أشار إليه من أن ذلك إخبار عن تیتته، و لا يمكن الأطلاع عليها إلا من قبله، فكان قوله مقبولاً كظائره من الأمور التي لا تعلم إلا من المخبر.

و يشكل ذلك على إطلاقه بما قدّمناه من أن الظاهر من حال العاقل المختار القصد إلى الفعل، فإخباره بخلافه مناف للظاهر. و لو كان الأصل مرجحاً عليه هنا لزم مثله في البيع و غيره من العقود و الإيقاعات مع الاتفاق على عدم قبول قوله فيه. و اختصاص الطلاق بذلك مشكل، بل الأمر فيه أشدّ، لقول النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «ثلاثة جدّهنّ جدّ و هزلهنّ جدّ: النكاح و الطلاق و الرجعه» (١). و لأن حقّ الغير متعلّق به فلا يقبل في حقّه.

و لو فرق بين الطلاق و غيره من العقود - بأنّ القبول فيه مقيد بالعده، و ما

ص: ٢٦

١ - ١) سنن سعيد بن منصور ١: ٣٦٩ ح ١٦٠٣، سنن ابن ماجه ١: ٦٥٧ ح ٢٠٣٩، سنن أبي داود ٢: ٢٥٩ ح ٢١٩٤، سنن الترمذی ٣: ٤٩٠ ح ١١٨٤، شرح معاني الآثار للطحاوی ٣: ٩٨، موضح أوهام الجمع و التفريق للخطيب البغدادي ١: ٣٤٣.

دامت المرأه فيها فهى فى علاقته الزوجيه فلم تخرج عنه رأسا، بخلاف النكاح و البيع و غيرهما، فإن أمره يثبت بالعقد فلا يقبل من العاقد خلافه- لا تنتقض ذلك بالعدّه البائنه، فإن الزوجيه زائله معها بالكليه، و إنما فائدتها استبراء الرحم من أثر الزوج و ذلك أمر خارج عن الزوجيه، و من ثمّ تثبت العدّه البائنه للوطء بالشبهه مع انتفاء الزوجيه أصلا.

و ربّما خصّه بعضهم بوقوعه فى العدّه الرجعيه. و هو كالمستغنى عنه أيضا، لأن الزوج له الرجعه فى العدّه الرجعيه بكلّ لفظ دلّ عليها، فدعواه عدم القصد حينئذ يقوم مقام الرجعه كما لو أنكر الطلاق، بل أقوى، لأن إنكار الطلاق قد يستند إلى عدم التفطن إليه و لو ذكره لما رجع، بخلاف دعوى عدم القصد إليه، لأنه صريح فى إرادته نقضه و عود الزوجيه المقتضى للرجعيه (١)، فقبول قوله حينئذ من حيث أنه رجعه لا من حيث الرجوع إليه فى القصد.

و يمكن أن يكون مستند حكمهم بذلك و تخصيص الطلاق بذلك روايه منصور بن يونس فى الموثّق عن الكاظم عليه السلام فى حديث طويل محصّيه له أنه طلق امرأته و لم يكن له فى طلاقها تيه و إنما حمّله عليه بعض أقاربه، فقال له عليه السلام: «ما بينك و بين الله فليس بشيء، و لكن إن قدّموك إلى السلطان أبانها منك» (٢).

و الأقوى عدم القبول إلا مع قيام القرينه على صدقه كالأمثله السابقه، أو كونها فى عدّه رجعيه فيجعل ذلك بمنزله الرجعه. نعم، لو صادفته الزوجه على

ص: ٢٧

١- ١) فى الحجريتين: للرجعه.

٢- ٢) الكافى ١٢٧: ٦ ح ٣، الوسائل ٣٣٢: ١٥ ب (٣٨) من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ١.

و تجوز الوكاله (١) في الطلاق للغائب إجماعاً، وللحاضر على الأصح.

ذلك لم يبعد القبول، لأن الحق منحصر فيهما فيديّنان بما يتفقان عليه، ويوكل أمرهما إلى الله تعالى.

قوله: «و تجوز الوكاله. إلخ».

القول بجواز الوكاله فيه مطلقاً هو المشهور بين الأصحاب. ويدل عليه صحيحه سعيد الأعرج عن الصادق عليه السلام: «في رجل جعل أمر امرأته إلى رجل فقال: اشهدوا أنني قد جعلت أمر فلانته إلى فلان، فيطلّقها، أيجوز ذلك للرجل؟ قال: نعم» (١) و ترك الاستفصال يفيد العموم، وغيرها من الأخبار (٢). ولأنه فعل قابل للنيابه، إذ لا يتعلّق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر بعينه، و من ثمّ وقع من الغائب إجماعاً فكذا من الحاضر، لاشتراكهما في المقتضى.

و ذهب الشيخ (٣) و أتباعه (٤) إلى المنع من توكيل الحاضر فيه، استناداً إلى روايه زراره عن الصادق عليه السلام قال: «لا تجوز الوكاله في الطلاق» (٥) فحملها الشيخ على الحاضر جمعاً بين الروايات و إلاّ فلا دلالة لها على الاختصاص. و ضعف سندها بجماعه يمنع من جعلها معارضه للصحيح و تخصيصه بها. و على قول الشيخ تتحقّق الغيبه بمفارقة مجلس الطلاق و إن كان في البلد.

ص: ٢٨

١- (١) الكافي ١٢٩: ٦ ح ٢، التهذيب ٨: ٣٩ ح ١١٦، الاستبصار ٣: ٢٧٨ ح ٣، الوسائل ١٥: ٣٣٣ ب (٣٩) من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ١.

٢- (٢) لاحظ الوسائل ١٥ الباب المتقدّم ح ٢، ٣، ٤، ٦.

٣- (٣) النهايه: ٥١١.

٤- (٤) راجع المهذب ٢: ٢٧٧، و الوسيله: ٣٢٣.

٥- (٥) الكافي ١٣٠: ٦ ح ٦، التهذيب ٨: ٣٩ ح ١٢٠، الاستبصار ٣: ٢٧٩ ح ٣، الوسائل ١٥ الباب المتقدّم ح ٥.

و لو و كَلِّها (١) في طلاق نفسها، قال الشيخ: لا يصحّ. و الوجه الجواز.

تفريع على الجواز

تفريع (٢) على الجواز لو قال: طَلَّقِي نفسك ثلاثاً، فطَلَّقْت واحدة، قيل: يبطل، و قيل:

يقع واحده. و كذا لو قال: طَلَّقِي واحده، فطَلَّقْت ثلاثاً، قيل: يبطل، و قيل: يقع واحده، و هو أشبه.

قوله: «و لو و كَلِّها. إلخ».

ما دلّ على جواز النيابة فيه مطلقاً يشمل استنابتها كغيرها. و استند الشيخ (١) في تخصيصها بالمنع إلى أن القابل لا يكون فاعلاً، و ظاهر قوله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» (٢) فإنه يقتضى عدم صحّح التوكيل مطلقاً، خرج منه غير المرأه بدليل من خارج فتبقى هي على أصل المنع.

و لا يخفى ضعف الدلالة، فإن المغايره بين القابل و الفاعل يكفى فيه الاعتبار، و هما مختلفان بالحيثيه. و الخبر - مع تسليمه - لا يفيد الحصر. و على تقدير تسليم إفادته فما أخرج غيرها من الوكلاء عنه يخرجها، لتناوله لها. و أما الاستدلال على الجواز بتخيير النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلّم نساءه (٣) فضعيف، لأن ذلك من خصائصه. و قد قيل يجب عليه طلاق من يختار مفارقتها. و قد تقدّم (٤) الكلام فيه.

قوله: «تفريع. إلخ».

هنا مسألتان:

ص: ٢٩

١ - ١) راجع المبسوط ٥: ٢٩، و لم نجد الاستدلال في باب الطلاق و الوكاله منه، و كذا فيما لدينا من كتبه. نعم، احتجّ له في إيضاح الفوائد ٣: ٢٩٣.

٢ - ٢) مرّ ذكر مصادره في ص: ١١، هامش (٤).

٣ - ٣) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٣٥ ب «٤١» من أبواب مقدمات الطلاق.

٤ - ٤) في ج ٧١: ٧.

الأولى: لو قال: طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا، فاقْتَصَرَتْ عَلَى وَاحِدِهِ، هَلْ تَصَحُّ الْوَاحِدَةُ أَمْ تَبْطُلُ؟ قَوْلَانِ.

و تحرير المبحث: أنه إما أن يقصد بقوله «طَلَّقِي ثَلَاثًا» الثلاث المرسله بلفظ واحد، أو يريد بها الثلاث الصحيحه الشرعيه. و على تقدير إرادته الأول: إما أن نقول إن الثلاث المرسله تصح منها واحده، أو يبطل الجميع.

فإن أراد الأول و قلنا بطلانه مطلقا فلا شبهه في بطلان ما فعلته من الواحده، لأنه و كلها في طلاق فاسد فطلقت طلاقا صحيحا.

و إن قلنا بصحة واحده منها احتمال أن تصح الواحده التي أتت بها، لأن قوله «طَلَّقِي ثَلَاثًا» على هذا التقدير في قوه: طَلَّقِي نَفْسَكَ وَاحِدَةً، لأن المعبر منها هو الواحده. و لأن الواحده مدلول عليها من الإذن في الثلاث تضمنا، فلا مانع من صحتها.

و وجه البطلان: أن التوكيل وقع في المجموع من حيث هو مجموع، و الواحده غيره. و الوكاله تتبع غرض الموكّل، و جاز تعلق غرضه بهذه الصيغه (1) بعينها، بل لو لم يعلم الغرض فالواجب اتباع مدلول لفظه. و أيضا فإن الصحيح من الثلاث واحد على خلاف فيها، و التي أتت بها طلقه صحيحه بالإجماع، فلا تكون هي التي و كل فيها. و هذا أقوى.

و إن قصد بقوله «طَلَّقِي ثَلَاثًا» الطلاق الصحيح فوقوع الثلاث كذلك يتوقف على تخلل الرجعه بينها. فإن و كلها في الرجعه، أو قلنا إن التوكيل في الطلقات يستلزم التوكيل في الرجعه، لأنها لا تكون صحيحه إلا بها، فالتوكيل

فيها يقتضى الإذن فى تحصيل كل ما تتوقف عليه الصّحة، فطلّقت واحده احتمال صحتّها، لدخولها فى ضمن ما وكل فيه كما مرّ. ولأنّ صّحة الثلاث تتوقف على سبق صّحة الواحد، فلو اشترطت صّحة الواحد بوقوع الثلاث لزم الدور. ولأنّ الحكم بتوقف الثانيه على الرجوع فى الأول يستلزم صّحة الأولى، فإذا أوقعتها و اقتصرت استصحب حكم الصّحة. و يحتمل البطلان، لأنّ الموكل فيه هو المجموع و لم يحصل. و الغرض المتعلّق بالثلاث- و هو البينونه التامّه- لا يحصل بالواحد.

و لو قلنا إن التوكيل فى الطلاق لا يقتضى التوكيل فى الرجعه و لم يصرّح بها لم يكن التوكيل فى الثلاث صحيحاً، فيحتمل قوياً صّحته فى الواحد، إذ لا مانع منها، و يقع حينئذ منها لو أوقعتها، و عدمه، لأنّ التوكيل وقع فى مجموع و لم يحصل.

و الفرق بين الوكاله على هذا التقدير و الوكاله فى الثلاث المرسله على القول بوقوع واحده: أن الواحد هناك وقعت فى ضمن لفظ واحد لم يقع مدلوله، و ما وقع منه مختلف فيه، بخلاف الموكل فيه هنا، فإنه أمور متعدده لا بدّ على تقدير وقوعها صحيحه من صّحة كل واحد منها قبل أن تقع الأخرى، و الواحد صحيحه على كل تقدير.

الثانيه: لو عكس فقال: طلّقى نفسك واحده، فطلّقت ثلاثاً، فإن أوقعت الثلاث مرسله و قلنا بصّحة الواحد ففى صحتّها هنا وجهان: نعم، لأنها فعلت ما وكلّها فيه، لأنّ الفرض أنه لم يقع إلّا واحده، فكأنّها لم تطلّق إلّا واحده كما أمرها، و: لا، لأنّ الواحد الموكل فيها منفرده صحيحه بالإجماع، بخلاف ما لو أوقعتها، فإن فيها خلافاً، فلا تكون فعلت ما وكلّها فيه.

و يمكن أن يقال: إن توكيلها في واحده يقتضى إيقاع واحده صحيحه أعمّ من أن تقع على وجه متفق عليه أو مختلف فيه، إذا كان الحاكم يحكم بصحتها.

و لا نسلم أن توكيلها في طلقه واحده يدلّ على إيقاعها منفرده، بل على إيقاع واحده في الجملة أعمّ من كونها منفرده أو مجامعه لغيرها، فيكون ما فعلته من الواحده في ضمن الثلاث المرسله-حيث يحكم بصحتها- فردا من أفراد ما وكتت فيه، فيصحّ.

و إن أوقعت ثلاثا متعاقبه فلا- إشكال في صحّه واحده و هي الأولى، لأنها بإيقاعها قد امتثلت عين ما وكتت فيه، و الباقي وقع فضولا- إن خلّلت بينها رجعتين و باطله محضا إن لم ترجع. و على التقديرين فالأخيراتان باطلتان، و لا يمنع بطلانهما من صحّه الأولى التي حكم بصحتها و طابقت مقتضى الوكاله.

و اعلم أن الشيخ فخر الدين (1) نزل المسألتين على وقوع الطلقات الثلاث مرسله، و لم يتعرّض لحكم المتعاقبه. و حكم بالبطلان في الصورتين، للمخالفه في الأولى بإيقاع واحده إجماعيه مع كون الوكاله في واحده مختلف فيها، و الثانيه بالعكس. و في ترجيح المصنّف صحّه الواحده في الثانيه دون الأولى ما يؤذن بإرادته المرتبه (2)، إذ لا وجه للفصل بينهما على تقدير الإرسال.

ص: ٣٢

١- ١) إيضاح الفوائد ٢٩٣: ٣- ٢٩٤.

٢- ٢) في «و»: المترّبه.

الركن الثاني: في المطلقة. (١) و شروطها أربعة (١):

الأول: أن تكون زوجته

الأول: أن تكون زوجته. (٢) فلو طلق الموطوء بالملك لم يكن له حكم. وكذا لو طلق أجنبيّه وإن تزوّجها. وكذا لو علّق الطلاق بالتزويج لم يصحّ، سواء عيّن الزوجه كقوله: إن تزوّجت فلانه فهي طالق، أو أطلق كقوله: كلّ من أتزوّجها. قوله: «و شروطها أربعة. إلخ» .

لا- منافاه بين قوله إنها أربعة وعده في التفصيل خمس، لأن الخامس- وهو التعيين- ذكره على وجه التنبيه على الخلاف فيه ثمّ اختار عدم كونه شرطاً، فيرجع الأمر إلى الأربعة، وكلامه في قوّه قوله: واشترط بعضهم خامساً. والأشبه عدم اشتراطه. قوله: «أن تكون زوجته. إلخ» .

لمّا كان حلّ النكاح أمراً مستفاداً من الشرع متلقّى في موضع الإيذن كان زواله أيضاً موقوفاً على حكم الشارع به، فما لم يعلم حكمه بالزوال فالحكم بالحلّ مستصحب. وقد ثبت بالنصّ (٢) والإجماع أن طلاق الزوجه الدائمه موجب لرفع نكاحها، فإلحاق غيرها بها- من الأمه والأجنبيّه- غير صحيح. فإذا أوقعه على الموطوء بالملك لم يفد حكماً، وبقيت محلّله بأصل الملك. وكذا لو أوقعه على أجنبيّه، سواء علّقه بتزويجها أم لا.

ص: ٣٣

١- ١) كذا في النسخه الخطيه المعتمده من الشرائع و نسخه الشارح «قده»، و في متن الجواهر و الشرائع الحجريّه: خمس. و سيأتي الشرط الخامس في ص: ٤٨.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٢٨٦ ب (١٢) من أبواب مقدمات الطلاق.

الثانى: أن يكون العقد (١) دائما. فلا يقع الطلاق بالأمة المحلّله، ولا المستمتع بها و لو كانت حرّه.

و خالف فيه العامّه، فحكم بعضهم [١] بوقوعه على الأجنبيّه و إن لم يعلّقه على تزويجها. و تظهر الفائده فى انتقاص عدد طلقاتها المحرّمه على تقدير تزويجها. و آخرون [٢] جوّزوا تعليقه على نكاحها عامّه أو خاصّه على اختلاف آرائهم.

و احتجّ المانع منهم بما روى أن عبد الرحمن بن عوف قال: «دعتنى أُمى إلى قريب لها فراودتنى فى المهر، فقلت: إن نكحتها فهى طالق، ثمّ سألت النّبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فقال: انكحها فإنه لا طلاق قبل النكاح» (١). و أخبار الأصحاب (٢) عن زين العابدين و الباقر و الصادق عليهم السلام به كثيره.

قوله: «أن يكون العقد. إلخ» .

الحكم فى هذين موضع وفاق. و التقريب فيه كما مرّ فى السابقه. و لأنّ التحليل نوع إباحه، فمتى شاء الزوج تركها بغير طلاق، فلا حاجه إليه. و المتمتع بها تبين بانقضاء المدّه و بإسقاطه لها كما مرّ (٣). و قد روى محمد بن إسماعيل فى الصحيح عن الرضا عليه السلام قال: «قلت: و تبين بغير طلاق؟ قال: نعم» (٤).

ص: ٣٤

١- ٣) لم نظفر عليه فى الصحاح و سائر الجوامع الحديثيه للعامّه، أنظر سنن البيهقى ٣١٨:٧-٣٢١، و تلخيص الحبير ٢١٢:٣، ففيه ما يناسب المقام.

٢- ٤) لاحظ الوسائل ٢٨٧:١٥ ب «١٢» من أبواب مقدّمات الطلاق.

٣- ٥) فى ج ٤٦١:٧.

٤- ٦) الكافى ٤٥٩:٥ ذيل ح ٢، التهذيب ٢٦٦:٧ ح ١١٤٧، الاستبصار ١٥١:٣ ح ٥٥٣، الوسائل ٤٧٨:١٤ ب «٢٥» من أبواب المتعه ح

الثالث: أن تكون طاهرا(١) من الحيض و النفاس. و يعتبر هذا فى المدخول بها الحائِل، الحاضر زوجها.

و الاعتماد على الاتفاق و إلا فتعدّد الأسباب ممكن.

قوله: «أن تكون طاهرا. إلخ» .

اتفق العلماء من الأصحاب و غيرهم على تحريم طلاق الحائض، و فى معناها التّفساء. و استدّلوا عليه بقوله تعالى إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ (١). قال النبىّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لَمَّا طَلَّقَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ امْرَأَتَهُ حَائِضًا لِأَبِيهِ: «مره فليراجعها حتى تطهر ثمّ تحيض ثمّ تطهر، ثمّ إن شاء طلقها، و إن شاء أمسكها، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء» (٢) و أراد به قوله تعالى فَطَلَّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ .

و اتفق أصحابنا على بطلان الطلاق على تقدير وقوعه، و أخبارهم به كثيرة، فمنها: صحيحه الحلبي قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يطلق امرأته و هى حائض، قال: الطلاق على غير السنّة باطل» (٣). و روى الفضلاء زراره، و محمد بن مسلم، و بكير، و بريد، و فضيل، و إسماعيل الأزرق، و معمر بن يحيى، عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام أنّهما قالا: «إذا طلق الرجل فى دم النفاس أو طلقها بعد ما يمسه فليس طلاقه إياها بطلاق» (٤).

و استثنى من هذا العام ثلاثه: غير المدخول بها، و الغائب زوجها، و الحامل

ص: ٣٥

١-١) الطلاق: ١.

٢-٢) مسند أحمد ٢: ٦٣، صحيح البخارى ٧: ٥٢، سنن ابن ماجه ١: ٦٥١ ح ٢٠١٩، سنن أبى داود ٢: ٢٥٥ ح ٢١٧٩.

٣-٣) الكافي ٦: ٥٨ ح ٣، التهذيب ٨: ٤٧ ح ١٤٤، الوسائل ١٥: ٢٧٧ ب (٨) من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٣.

٤-٤) الكافي ٦: ٦٠ ح ١١، التهذيب ٨: ٤٧ ح ١٤٧، الوسائل الباب المتقدّم ح ٥.

لا الغائب عنها(١)مدّه يعلم انتقالها من القرء الذى وطئها فيه إلى آخر.

فلو طلقها و هما فى بلد واحد، أو غائبا دون المدّه المعتره و كانت حائضا أو نفساء، كان الطلاق باطلا، علم بذلك أو لم يعلم.

أما لو انقضى من غيبته ما يعلم انتقالها فيه من طهر إلى آخر ثم طلق صحّ و لو اتفق فى الحيض. و كذا لو خرج فى طهر لم يقربها فيه جاز طلاقها مطلقا.

و كذا لو طلق التى لم يدخل بها و هى حائض كان جائزا.

و من فقهائنا (١) من قدر المدّه التى يسوغ معها طلاق الغائب بشهر، عملا بروايه (٢) يعصدها الغالب فى الحيض. و منهم (٣) من قدرها بثلاثة أشهر، عملا بروايه جميل (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام. و المحصّل ما ذكرناه و لو زاد عن الأمد المذكور.

على القول بأنها تحيض، لصحيحه محمد بن مسلم و زراره و غيرهما عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام قال: «خمس يطلقهنّ أزواجهنّ متى شاءوا:

الحامل المستبين حملها، و الجارية التى لم تحض، و المرأة التى قعدت عن المحيض، و الغائب عنها زوجها، و التى لم يدخل بها» (٥).

قوله: «لا الغائب عنها. إلخ».

قد عرفت أن طلاق الحائض إذا كان زوجها غائبا جائز فى الجملة،

ص: ٣٦

١-١) راجع النهاية: ٥١٢، و الوسيله: ٣٢٠.

٢-٢) لاحظ الوسائل ١٥:٣٠٧ ب «٢٦» من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٥، ٣.

٣-٣) كابن الجنيّد، راجع المختلف: ٥٨٧.

٤-٤) لاحظ الوسائل ١٥:٣٠٨ ب «٢٦» من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٧.

٥-٥) التهذيب ٨:٧٠ ح ٢٣٠، الوسائل ١٥:٣٠٦ ب «٢٥» من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٤.

للنصوص (١) الصحيحة و الإجماع. و لكن اختلف الأصحاب في أنه هل يكفي في جوازه مجرد الغيبه أم لا- بدّ معها من أمر آخر؟ و منشأ الاختلاف اختلاف الأخبار الواردة في ذلك، فإن منها ما هو مطلق (٢) في تجويزه له كالأخبار السابقه و غيرها ممّا هو في معناها، و بعضها (٣) مقيد بمدّه. فذهب المفيد (٤) و على بن بابويه (٥) و ابن أبي عقيل (٦) و أبو الصلاح (٧) و غيرهم (٨) إلى جواز طلاقها حيث لا يمكنه استعلام حالها من غير تربّص، لما مرّ، و لصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن الرجل يطلق امرأته و هو غائب، قال: يجوز طلاقه على كلّ حال، و تعتدّ امرأته من يوم طلقها» (٩). و صحيحه إسماعيل الجعفي عن الباقر عليه السلام قال: «خمس يطلقهنّ الرجل على كلّ حال: الحامل، و التي لم يدخل بها زوجها، و الغائب عنها زوجها، و التي لم تحض، و التي قد يئست من المحيض» (١٠). و غيرهما (١١) من الأخبار.

ص: ٣٧

١- ١) لاحظ الوسائل ١٥:٣٠٥ ب «٢٥» من أبواب مقدمات الطلاق.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٥:٣٠٥ ب «٢٥» من أبواب مقدمات الطلاق.

٣- ٣) لاحظ الهامش (٢ و ٤) في الصفحة السابقه.

٤- ٤) المقنعه: ٥٢٦.

٥- ٥) حكاها عنهما العلّامه في المختلف: ٥٨٧.

٦- ٦) حكاها عنهما العلّامه في المختلف: ٥٨٧.

٧- ٧) الكافي في الفقه: ٣٠٦.

٨- ٨) راجع المراسم: ١٦١.

٩- ٩) الكافي ٦:٨٠ ح ٧، الوسائل ١٥:٣٠٧ ب «٢٦» من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١.

١٠- ١٠) الكافي ٦:٧٩ ح ١، الفقيه ٣:٣٣٤ ح ١٦١٥، التهذيب ٨:٦١ ح ١٩٨، الاستبصار ٣:٢٩٤ ح ١٠٣٩، الوسائل ١٥:٢٠٥

ب «٢٥» من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١.

١١- ١١) الوسائل ١٥:٣٠٥ ب «٢٥» من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

و ذهب الشيخ فى النهايه (١) و ابن حمزه (٢) إلى اعتبار مضى شهر منذ غاب، لموثقه إسحاق بن عمّار عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «الغائب إذا أراد أن يطلق امرأته تركها شهرا» (٣). و لأن الحاضر يجب عليه استبراؤها مده تنتقل فيها من الطهر الذى واقعها فيه إلى غيره، و أقل ما يحصل ذلك فى شهر غالبا، فإذا غاب و لم يعلم انتقالها و اشتبه عليه حالها كان انتظاره هذه المده موجبا لانتقالها إلى طهر آخر بحسب الغالب فى عادات النساء. و الأخبار السابقه مطلقها يجب حملها على المقيد حذرا من التنافى.

و ذهب ابن الجنيد (٤) و العلامه فى المختلف (٥) إلى اعتبار مضى ثلاثه أشهر، لصحيحه جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام قال: «الرجل إذا خرج من منزله إلى السفر فليس له أن يطلق حتى تمضى ثلاثه أشهر» (٦).

و روى إسحاق بن عمّار قال: «قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: الغائب الذى يطلق كم غيبته؟ قال: خمسه أشهر ستّه أشهر. قال: حدّ دون ذلك، قال:

ثلاثه أشهر» (٧).

ص: ٣٨

١- (١) النهايه: ٥١٢.

٢- (٢) الوسيله: ٣٢٠.

٣- (٣) الكافى ٦: ٨٠ ح ٢ و ٣، الفقيه ٣: ٣٢٥ ح ١٥٧٤، التهذيب ٨: ٦٢ ح ٢٠٢، الاستبصار ٣: ٢٩٥ ح ١٠٤١، الوسائل ١٥: ٣٠٧ ح ٢٦» من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٣.

٤- (٤) راجع المختلف: ٥٨٧.

٥- (٥) راجع المختلف: ٥٨٧.

٦- (٦) التهذيب ٨: ٦٢ ح ٢٠٣، الوسائل ١٥: ٣٠٨ ح ٢٦» من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٧.

٧- (٧) الفقيه ٣: ٣٢٥ ح ١٥٧٣، التهذيب ٨: ٦٢ ح ٢٠٤، الاستبصار ٣: ٢٩٥ ح ١٠٤٣، الوسائل ١٥: ٣٠٨ ح ٢٦» من أبواب مقدّمات الطلاق و شرائطه ح ٨.

و ذهب المصنّف و أكثر المتأخّرين (١)- و قبلهم الشيخ في الاستبصار (٢)- إلى اعتبار مضيّ مدّه يعلم انتقالها من الطهر الذي واقعها فيه إلى آخر بحسب عاداتها، و لا تقدّر بمدّه غير ذلك، و هو الذي جعله المصنّف المحصّل في المسأله. و وجه ذلك الجمع بين الأخبار، بتنزيل اختلافها كذلك على اختلاف عاده النساء في الحيض، فمن علم من حال امرأته أنها تحيض في كلّ شهر حيضه جاز له أن يطلق بعد شهر، و من يعلم أنها لا تحيض إلّا بعد كلّ ثلاثة أشهر أو خمسه لم يجز له أن يطلقها إلّا بعد مضيّ هذه المدّه، و هكذا.

و هذا القول لا- بأس به، لما فيه من الجمع بين الأخبار المعتبره المختلفه ظاهراً، إلّا أنه لا يخلو من إشكال من حيث إن الأخبار المعتبره الصحيحه بين مطلق في عدم التربّص، و لا شيء من عادات النساء بمتروك أصلاً، و بين مقيد بثلاثة أشهر، و هو مخالف للغالب من عادات النساء. و أيضاً فليس في هذه الأخبار سؤال عن واقعه مخصوصه حتى يتوجّه حملها على كون تلك المرأه معتاده بتلك العاده، و إنما وقع السؤال في كلّ حديث عن مطلق النساء على وجه القاعده الكليه، فحملها على العادات المختلفه بعيد. و حديث الشهر أقرب إلى الغالب إلّا أنه ليس كالسابق في وضوح السند.

و بالجمله فأظهر الأقوال من جهه النقل ما دلّ على اعتبار ثلاثه أشهر، لصحّه روايته، و حمل الأحاديث المطلقه المشاركه لها في صحّه السند عليه جمعاً

ص: ٣٩

١-١) راجع السرائر ٢:٦٩٠، الإرشاد ٢:٤٢، المقتصر: ٢٦٩، رسائل المحقّق الكركي ٢:٢١١-٢١٢.

٢-٢) الاستبصار ٣:٢٩٥ ذيل ح ١٠٤٣.

بين المطلق والمقيّد. وهو مع ذلك موافق للحكم بالتربّص للمجهوله الحال و هي المسترابة و المرضع، مع أن الغالب من حال الغائب عن زوجته أن يكون حالها مجهولا و حملها ممكنا في وقته، و مع جهله بحالها تصير في معنى المسترابة.

و هذا هو الأقوى، إلا أن يعلم عادة المرأه و انتقالها بحسبه من طهر إلى آخر فيكفي تربّصه ذلك المقدار كما في الحاضر، لأن حكم الغائب أخفّ من حكمه شرعا، فمع إمكان إلحاقه به لا يزيد عليه، و مع الجهل يجب التربّص ثلاثة لما ذكرناه. و هذا اختيار الشيخ فخر الدين في شرحه (1). و هو أيضا جامع بين الأخبار مع زياده في الاعتبار.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا طلق الغائب زوجته فلا يخلوا: إما أن يطلقها بعد مضيّ المدّة المعتبره، أو قبلها. و على التقديرين: إما أن يوافق فعله كونها جامع له لشرائطه في الواقع، بأن يكون قد حاضت بعد طهر المواقعه و طهرت فوقع الطلاق حال الطهر، أو لا يوافق، بأن تبين وقوعه في طهر المواقعه أو حاله الحيض، أو يستمرّ الاشتباه. و بيان الحكم ينتظم في مسائل:

الأولى: أن يطلقها مراعيًا للمدّة المعتبره ثمّ تظهر المواقعه، بأن كانت قد انتقلت من طهر المواقعه إلى آخر. و هنا يصحّ الطلاق إجماعًا، لاجتماع الشرائط المعتبره في صحّته ظاهرا و في نفس الأمر.

الثانية: أن يطلقها كذلك و لكن ظهر بعد ذلك كونها حائضا حال الطلاق.

و هنا يصحّ الطلاق أيضا، لأن شرط صحّته للغائب مراعاة المدّة المعتبره و قد

حصل. والحیض هنا غیر مانع، لعدم العلم به، وهو مما قد استثنى من صور المنع من طلاق الحائض بالنص (١) و الفتوى. و فى روايه أبى بصير: «قلت: الرجل يطلق امرأته و هو غائب، فيعلم أنه يوم طلقها كانت طامثا، قال: يجوز» (٢).

و المراد من هذه الروايه أنه لم يكن عالما بالحیض حال الطلاق ثم علم، لعطفه العلم على الطلاق بالفاء المفیده للتعقيب. و لا خلاف فى هذه الصوره أيضا.

الثالثه: الصوره بحالها فى أنه طلق بعد المدّه المعبره و لكن ظهر بعد ذلك كونها باقيه فى طهر المواقعه لم تنتقل منه إلى حیض و لا إلى طهر آخر. و هو صحيح أيضا كالسابقه، لعین ما ذكر فيها، و هو وقوعه على الوجه المعبر شرعا.

و لأن الطلاق إذا حکم بصحته فى حاله الحیض بالنص (٣) و الإجماع فلأن يحکم بصحته فى حاله الطهر أولى، لما قد عرفت من أن شرط الطلاق فى غیر الغائب أمران: وقوعه فى طهر، و كون الطهر غیر طهر المواقعه، فإذا اتفق وقوعه فى حاله الحیض تخلف الشرطان، لعدم طهر آخر غیر طهر المواقعه و عدم الخلو من الحیض، و إذا اتفق وقوعه فى حاله الطهر فالمتخلف شرط واحد و هو كون الطهر غیر طهر المواقعه، فإذا كان تخلف الشرطين فى الغائب غیر مانع فتخلف أحدهما أولى بعدم المنع.

و ربما قيل (٤) هنا بعدم الوقوع، لانتفاء شرط الصحه و هو استبراء الرحم،

ص: ٤١

١- ١) لاحظ الوسائل ١٥:٣٠٥ ب «٢٥» من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٢- ٢) التهذيب ٨:٦٢ ح ٢٠١، الاستبصار ٣:٢٩٤ ح ١٠٤٠، و الوسائل ١٥:٣٠٨ ب «٢٦» من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٦.

٣- ٣) لاحظ الوسائل ١٥:٣٠٥ ب «٢٥» من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٤- ٤) أنظر رسائل المحقق الكركى ٢:٢١٢.

خرج منه حاله الحيض للروايه (1) فيبقى الباقي. و للمنع من وجود الشرط. و أن الإِذن في الطلاق استنادا إلى الظن لا يقتضى الحكم بالصحة إذا ظهر بطلان الظن.

و جوابه: أن الشرط المعتبر فى استبراء الرحم للغائب إنما هو مراعاة المدّة المعتبره و هو حاصل، و موضع النصّ (2) و الفتوى - و هو حاله الحيض - منبّه عليه.

و ظهور بطلان الظنّ غير مؤثّر فيما حكم بصحته.

و الحاصل: أن الشرط المعتبر حاصل. و المانع - و هو ظهور الخطأ - غير معلوم المانع، و قد تخلف فيما هو أولى بالحكم - أو مساو - فى المنع.

و كون الحكمه فى الانتظار المدّة المقرّره هو استبراء الرحم غير لازم، لأنها مستنبطه لا - منصوصه فلا - يلزم أطرادها، و إنما المنصوص (3) اعتبار انقضاء المدّة المعتبره، و استنبط معها (4) الاكتفاء بظنّ الانتقال من طهر إلى آخر، و كلاهما متحقّق.

الرابعه: أن يطلّقها مراعيًا للمدّة المعتبره و يستمرّ الاشتباه، فلا يعلم كونها حائضا حال الطلاق أو طاهرا طهره المواقعه أو غيره. و هنا يصحّ الطلاق قولًا واحدًا، لوجود المقتضى للصحة، و هو استبائها المدّة المعتبره مع باقى الشرائط، و انتفاء المانع، إذ ليس ثمّ إلا اشتباه الحال، و هو غير صالح للمانع.

و كون انتقالها من طهر المواقعه إلى آخر شرطًا فى صحّحه الطلاق مخصوص بالحاضر، و أما الشرط فى الغائب فهو مضى المدّة المعتبره مع عدم العلم بكونها

ص: ٤٢

١ - ١) لاحظ الهامش (١) فى الصفحه السابقه.

٢ - ٢) لاحظ الهامش (١) فى الصفحه السابقه.

٣ - ٣) لاحظ الوسائل ١٥:٣٠٧ ب «٢٦» من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٣، ٥، ٧، ٨.

٤ - ٤) فى إحدى الحجريّتين: منها.

حائضا حال الطلاق أو باقيه في طهر المواقعه،فمتى انتفى العلم بذلك حصل الشرط.

الخامسه: أن يطلقها قبل مضي المدّه المعبره و لكن ظهر بعد الطلاق وقوعه في طهر لم يقربها فيه.و في صحّه الطلاق حينئذ وجهان،من حصول شرط الصحّه في نفس الأمر و ظهور الحال،و من عدم اجتماع الشرائط المعبره في الطلاق حال إبقاعه المقتضى لبطلانه.و يمكن أن يجعل ظهور اجتماع الشرائط بعد ذلك كاشفا عن صحّته،خصوصا مع جهله ببطلان الطلاق من دون مراعاة الشرط،لقصده حينئذ إلى طلاق صحيح ثمّ ظهر اجتماع شرائطه.و الأظهر الصحّه.

السادسه: أن يطلقها قبل الاستبراء و تبين عدم الانتقال،أو يستمرّ الاشتباه،فيبطل الطلاق عند كلّ من اعتبر المدّه،لوجود المقتضى للبطلان،و هو عدم التربّص به المدّه المعبره،و عدم انكشاف حصول ما يقتضى الصحّه،بخلاف السابق.

السابعه: لو طلقها بعد[انقضاء] (1)المدّه المعبره و لكن اتفق له مخبر يجوز الاعتماد عليه شرعا بأنها حائض بسبب تغير عاداتها،ففي صحّه الطلاق حينئذ وجهان أجودهما العدم.و كذا لو أخبره ببقائها في طهر المواقعه، أو بكونها حائضا أيضا آخر بعد الطهر المعبر في صحّه الحيض،لاشتراك الجميع في المقتضى للبطلان.و صحّه طلاقه غائبا مشروط بعدم الظنّ بحصول

ص: ٤٣

المانع.

الثامنة: لو كان خروج الزوج في طهر آخر غير طهر مواقعه صحّ طلاقها من غير تربيص ما لم يعلم كونها حائضا. ولا يشترط هنا العلم أو الظنّ بعدم الحيض، بخلاف ما سبق. والفرق: أن شرط الصحّ هنا موجود، وهو استبزاؤها بالانتقال من طهر إلى آخر، وإنما الحيض بعد ذلك مانع من صحّ الطلاق، ولا يشترط في الحكم بصحّ الفعل العلم بانتفاء موانعه، بل يكفي عدم العلم بوجودها، بخلاف السابق، فإن شرط صحّ الطلاق مضيّ المدّة المعتبره المشتمله على العلم بانتقالها من طهر إلى آخر، والجهل بالشرط يقتضى الجهل بصحّ المشروط.

التاسعة: النفاس هنا كالحيض في المنع والاكتفاء بطهرها منه. فلو غاب و هي حامل و مضت مدّه يعلم بحسب حال الحمل وضعها و طهرها من النفاس جاز طلاقها، كما لو انتقلت من الحيض. و يكفي في الحكم بالنفاس ظنّه المستند إلى عاداتها و إن كان عدمها ممكنا كما قلناه في الحيض. و مثله ما لو كان حاضرا و وطئها قبل الوضع، فإنه يكفي بنفاسها في الاستبراء.

العاشره: لو وطئها حاملا- ثمّ غاب و طلق قبل مضيّ مدّه تلد فيها غالبا و تنفس فصادف الطلاق ولادتها و انقضاء نفاسها، ففي صحّته الوجهان الماضيان (1) في الحيض. و الحكم فيهما واحد.

و اعلم أن المراد بالعلم في هذه المواضع كلّها معناه العام، وهو الاعتقاد

الراجح الشامل للظنّ المستند إلى عاداتها في الحيض و الطهر و الحمل. و يتّبه عليه إطلاقهم العلم ثمّ ظهور خلافه، كما قال المصنّف: «أما لو انقضى من غيبته ما يعلم انتقالها من طهر إلى آخر ثمّ طلق صحّ و لو اتّفق في الحيض». و المراد بقوله: «و لو اتّفق في الحيض» ما يشمل الحيض المتعقّب للطهر الذي جامعها فيه و غيره. و تبه بقوله: «اتّفق» على أنه لم يكن معلوما له حال الطلاق، و إنّما اتّفق ذلك في الواقع و إن انكشف بعد الطلاق.

و قوله: «و كذا لو خرج في طهر لم يقربها فيه جاز طلاقها مطلقا» أي:

سواء مضت مدّه يعلم انتقالها فيها من ذلك الطهر إلى آخر أم لا، لكن بشرط أن لا يعلم أنها حائض كما تبّهنا عليه، لأنّ الحيض مانع مطلقا إلا على تقدير وقوعه في نفس الأمر و لم يظهر في حقّ الغائب كما فصلناه. فقوله: «مطلقا» منزّل على ما ذكرناه لا على ما يشمل كونها حائضا مع العلم به.

و قوله: «و لو زاد الأمد المذكور» يريد به ما لو كان عاداتها أن تحيض في كلّ أربعة أشهر مرّه، فإنه على ما اختاره من أن المعتبر في صحّ طلاق الغائب العلم بانتقالها من طهر إلى آخر يعتبر في صحّ طلاقها في هذه الصورة مضى الأربعة الأشهر، كما يعتبر مضى المدّه القليله لو كانت تحيض فيها، و ذلك أزيد ممّا ورد في النصوص (1) من اعتبار مضى ثلاثه أشهر.

و بقي في هذه المسأله مباحث شريفه حرّرتها في موضع آخر برساله (2) مفردة من أراد استقصاء البحث فيها فليراجعها.

ص: ٤٥

١-١) لاحظ ص: ٣٦، هامش (٤).

٢-٢) طبعت ضمن مجموعه تضمّ عشره مباحث.

و لو كان حاضرا(١)و هو لا يصل إليها بحيث يعلم حيضها فهو بمنزله الغائب.

قوله:«و لو كان حاضرا.إلخ» .

أقسام المطلّق بالنسبه إلى الحضور و الغيبه و حكمهما أربعة،ففى حكم الغائب الحاضر الذى لا يمكنه معرفه حالها،و فى حكم الحاضر الغائب الذى يطّلع على حالها بورود الأخبار عليه ممّن يعتمد عليه فى وقت الحاجه.

و يدلّ على حكم من هو بمنزله الغائب صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال:«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوّج امرأه سرّاً من أهلها و هى فى منزل أهلها،و قد أراد أن يطلقها و ليس يصل إليها فيعلم طمثها إذا طمّثت و لا- يعلم بطهرها إذا طهرت،قال:فقال:هذا مثل الغائب عنه أهله يطلقها بالأهله و الشهور.قلت:أ رأيت إن كان يصل إليها الأحيان و الأحيان لا يصل إليها فيعلم حالها كيف يطلقها؟فقال:إذا مضى له شهر لا- يصل إليها فيه يطلقها إذا نظر إلى غرّه الشهر الآ-خر بشهود»
(١)الحديث.و فى هذا الخبر دلالة على الاكتفاء فى الغيبه بشهر.و هو صحيح السند أولى بالحجّه للقول من خبر (٢)إسحاق بن عمّار.

و أنكر ابن إدريس (٣)إلحاق غير الغائب به،محتجاً بأصالة بقاء الزوجيه، و بأن حملة عليه قياس.و قد عرفت أن مستنده الخبر الصحيح،مع اشتراكهما فى العله،و هو يرفع الأصل،و لا يحوج إلى القياس.

ص: ٤٦

١- ١) الكافى ٦:٨٦ ح ١،الفقيه ٣:٣٣٣ ح ١٦١٤،التهذيب ٨:٦٩ ح ٢٢٩،الوسائل ١٥:٣١٠ ب (٢٨)من أبواب مقدمات الطلاق ح ١.

٢- ٢) تقدم ذكر مصادره فى ص: ٣٨،هامش (٣).

٣- ٣) السرائر ٦٨٧،٦٨٦:٢.

الرابع: أن تكون مستبرأه (١)، فلو طلقها في طهر واقعها فيه لم يقع طلاقه.

و يسقط اعتبار ذلك في اليائسه، و فيمن لم تبلغ المحيض، و في الحامل، و المستبرأه بشرط أن يمضى عليها ثلاثه أشهر لم تر دما معتزلاً لها. و لو طلق المستبرأه قبل مضى ثلاثه أشهر من حين المواقعه لم يقع الطلاق.

قوله: «أن تكون مستبرأه. إلخ» .

قد تقدّم (١) ما يدلّ على اشتراط استبراء المرأه بالانتقال من الطهر الذى واقعها فيه إلى غيره فى صحه الطلاق، و أن ذلك هو العده التى أمر الله تعالى بالطلاق لها فى قوله فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ (٢) و على سقوط اعتبار ذلك فى اليائسه و التى لم تبلغ المحيض و الحامل بقوله عليه السلام: «خمس يطلقن على كل حال» (٣).

و أما المستبرأه و هى (٤) التى فى سنّ من تحيض و لا - تحيض، سواء كان لعارض من رضاع أو مرض أو خلقى (٥). و أطلق عليها اسم الاستبرأه تبعاً للنصّ (٦) و إلاّ فقد يحصل لها مع انقطاع حيضها فى هذا السنّ استبرأه بالحمل و قد لا يحصل. و يدلّ على حكمها صحيحه إسماعيل بن سعد الأشعري قال: «سألت

ص: ٤٧

١ - ١) فى ص: ٣٥-٣٦.

٢ - ٢) الطلاق: ١.

٣ - ٣) لاحظ الوسائل ١٥:٣٠٥ ب (٢٥) من أبواب مقدمات الطلاق.

٤ - ٤) كذا فى النسخ، و لعلّ الصحيح: فهى.

٥ - ٥) كذا فى النسخ و الحجرّيتين، و فى «ح»: خلع، و لعلّ الصحيح: خلق.

٦ - ٦) لاحظ الوسائل ١٥:٤١٠ ب (٤) من أبواب العدد.

الخامس: تعيين المطلقة. (١) وهو أن يقول: فلانة طالق، أو يشير إليها بما يرفع الاحتمال. فلو كان له واحد فقل: زوجتي طالق، صح، لعدم الاحتمال. ولو كان له زوجتان أو زوجات فقل: زوجتي طالق، فإن نوى معينه صح، و يقبل تفسيره. وإن لم ينو قيل: يبطل الطلاق، لعدم التعيين. وقيل: يصح و تستخرج بالقرعه. وهو أشبه.

الرضا عليه السلام عن المسترابة من المحيض كيف تطلق؟ قال: تطلق بالشهور» (١). وفي رواية أخرى عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأة التي يستراب بها التي مثلها تحيض و مثلها لا تحيض و قد واقعها زوجها كيف يطلقها؟ قال: «يمسك عنها ثلاثة أشهر ثم يطلقها» (٢).

و لا يلحق بالمسترابة من يعتاد الحيض في كل مده تزيد عن ثلاثة أشهر، فإن تلك لا استرابة فيها، بل هي من أقسام ذوات الحيض يجب استبراؤها بحيضه و إن توقف على ستة أشهر و أزيد.

قوله: «تعيين المطلقة. إلخ».

اختلف الأصحاب في أن تعيين المطلقة بالتية هل هو شرط في صحه الطلاق أم لا؟ فذهب جماعة -منهم المرتضى (٣)، و المفيد (٤)، و ابن إدريس (٥)،

ص: ٤٨

-
- ١- (١) التهذيب ٨: ٦٨ ح ٢٢٥، الوسائل ١٥: ٤١٤ ب (٤) من أبواب العدد ح ١٧.
 - ٢- (٢) الكافي ٦: ٩٧ ح ١، التهذيب ٨: ٦٩ ح ٢٢٨، الوسائل ١٥: ٣٣٥ ب (٤٠) من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١، مع اختلاف في اللفظ.
 - ٣- (٣) الانتصار: ١٣٩.
 - ٤- (٤) المقنعه: ٥٢٥.
 - ٥- (٥) السرائر ٢: ٦٦٥.

و الشيخ (١) في أحد قوليّه، و المصنّف في أحدهما، و العلامه (٢) في أحدهما، و الشهيد (٣) في أحدهما، و جماعه (٤) آخرون- إلى اشتراطه إما لفظا كقوله «فلانه» باسمها المميّز لها عن غيرها، أو بالإشاره إليها الرافعه للاشتراك، أو بذكر الزوجه حيث لا غيرها، أو نيه كقوله «زوجتي» و له زوجات و نوى واحده معينه. فلو لم يعين لفظا و لا- قصدا بطل، لأصالة بقاء النكاح فلا يزول إلا بسبب معلوم السبب.

و لأن الطلاق أمر معين فلا بدّ له من محلّ معين، و حيث لا محلّ فلا طلاق.

و قال الشيخ في المبسوط (٥): لا يشترط، و اختاره المصنّف هنا، و العلامه في أكثر كتبه (٦)، و الشهيد في الشرح (٧)، لأصالة عدم الاشتراط، و عموم مشروعيه الطلاق. و محلّ المبهم جاز أن يكون مبهما، و كما أن كلّ واحده بخصوصها زوجة فأحدهما أيضا زوجة، فيصحّ طلاقها للعموم.

إذا تقرّر ذلك [فلو كان له زوجتان أو زوجات فقال: زوجتي طالق] (٨) فحيث ينوى واحده بعينها يؤمر بالتبيين على الفور، لزوال الزوجيه عنها، و يمنع من الاستمتاع بهما إلى أن يبين. و لو أخر أثم، لأن الحقّ لهما في ذلك فعليه بيانه،

ص: ٤٩

١- (١) النهايه: ٥١٠.

٢- (٢) المختلف: ٥٩٤، ٥٩٣.

٣- (٣) اللمعه الدمشقيه: ١٢٣.

٤- (٤) انظر الكافي في الفقه: ٣٠٥، الجامع للشرائع: ٤٦٥، كشف الرموز ٢: ٢١٠، إيضاح الفوائد ٣: ٢٩٤، التنقيح الرائع ٣: ٣٠١-٣٠٢، المقتصر: ٢٦٩-٢٧٠.

٥- (٥) المبسوط ٧٨: ٥.

٦- (٦) إرشاد الأذهان ٢: ٤٣، قواعد الأحكام ٢: ٦١.

٧- (٧) غايه المراد: ٢١٨.

٨- (٨) من إحدى الحجريتين فقط.

إذا لم يعلم من غيره. و يحتمل الفرق بين البائن و الرجعى، لأن الرجعى بمنزله الزوجه، و له وطؤها بتيه الرجوع و الأخرى على الحلّ.

و إن أرسل اللفظ و لم يرد واحده بعينها و قلنا بصحّته فهل يرجع إلى تعيينه كالسابقه، أو يقرع بينهما؟ جزم المصنّف -رحمه الله- بالقرعه، لأن المطلّقه مبهمه عنده كما هي مبهمه عندنا فتستخرج بالقرعه، لأنها لكلّ أمر مشكل.

و قيل: يرجع إلى تعيينه هنا أيضا، لأن الطلاق بيده و قد أرسله بينهما و لم يتعلّق بإحداهما بخصوصها، فيكون تعلّقه منوطا به كأصله.

و تفرق المسألتان على الثانى -مع اشتراكهما فى رجوع التعيين إليه- فى أنه إذا بين فى الأولى فادّعت الأخرى عليه أنّك عنيّنى سمعت الدّعوى و أحلفته، فإن نكل حلفت و طلّقتا، بخلاف الثانى، فإنّ دعوى الأخرى غير مسموعه، لأنّه اختيار تشهّ، و كأنّه طلق واحده ابتداء.

و يشتركان أيضا فى وجوب الإنفاق عليهما إلى البيان أو التعيين و إن كانت إحداهما مطلّقه، لأنهما محبوستان عنده حبس الزوجات، و النفقه واجبه لكلّ واحده قبل الطلاق فيستصحّب. و إذا بين أو عيّن فلا يستردّ المصروف إلى المطلّقه، لما ذكر.

و يفترقان فى أن وقوع الطلاق يحصل فى الأولى بصيغه الطلاق المبهمه، و تحتسب عدّه التى بين الطلاق فيها من وقت اللفظ. و أمّا إذا عيّن و لم يكن نوى من الابتداء معيّنه ففى وقوعه من وقت التلفّظ بالطلاق، أو من حين التّعيين؟ وجهان:

أحدهما- وهو قول الشيخ (1)-: أنه يقع من وقت التلفظ، لأنه جزم بالطلاق فلا- يجوز تأخيره، إلا- أن محله غير معين فيؤمر بالتعيين. ولأنّ التعيين يبين التي يختارها للّنكاح، فيكون اندفاع نكاح الأخرى باللفظ السابق، كما أن التعيين فيما إذا أسلم على أكثر من أربع لّمّا تبين به من يختارها للّنكاح كان اندفاع نكاح الأخريات بالإسلام السابق.

و الثاني: أنه من وقت التعيين، لأنّ الطلاق لا ينزل إلا في محلّ معين.

و يعبر عن هذا الخلاف بأنّ التعيين بيان موقع أو إيقاع، أو بأنّ إرسال اللفظ المبهم إيقاع طلاق أو التزام طلاق في الذمه.

و رجّح العلامة في القواعد (2) و التحرير (3) الثاني. و يشكل عليه الحكم بتحريمهما عليه قبل التعيين، لعدم وقوع الطلاق على واحده حيثئذ مع اتفاقهم عليه. و فيما لو ماتتا أو إحداهما قبل التعيين فلوارثها (4) المطالبه بن لتبين حكم الإرث، و لا سبيل إلى إيقاع الطلاق بعد الموت، و إنّما يتّضح حكمه على الأول.

و لو وطئ واحده منهما قبل التعيين نظر فإن كان قد نوى واحده بعينها فهي المطلقة، و قد تعينت بالتّيه المقترنه باللفظ، و الوطاء لا يكون بيانا لذلك التعيين.

و تبقى المطالبه بالبيان، فإن بين الطلاق في الموطوءه فعليه الحدّ إن كان الطلاق بائنا، و المهر لجهلها بأنّها المطلقة. و إن بين في غير الموطوءه قبل. فلو ادّعت

ص: ٥١

١- ١) المبسوط ٧٨: ٥.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٦١: ٢.

٣- ٣) تحرير الأحكام ٥٣: ٢.

٤- ٤) في الحجرّيتين: فلوارثهما.

الموطوءه أنه أرادها حلف، فإن نكل و حلفت حكم بطلاقها، و عليه المهر، و لا حدّ للشبهه، فإن الطلاق ثبت بظاهر اليمين.

و لو لم ينو واحده بعينها فهل يكون الوطاء تعييناً؟ وجهان:

أحدهما: أن الوطاء يعين الأخرى للطلاق، لأن الظاهر أنه إنما يطاء من تحلّ له، و صار كوطء الجارية المبيعه في زمن الخيار، فإنه يكون فسخاً أو إجازة.

و الثاني: أنه لا يكون تعييناً كما لا يكون بياناً. و لأن ملك النكاح لا يحصل بالفعل فلا يتدارك بالفعل. و يخالف وطاء الجارية المبيعه بشرط الخيار، فإن ملك اليمين يحصل بالفعل ابتداءً فجاز أن يتدارك بالفعل.

و ربما بنى الوجهان على أن الطلاق يقع عند اللفظ أو عند التعيين.

فعلى الأول الوطاء تعيين لا على الثاني، لأن الفعل لا يصلح موقعا.

ثم إن جعلنا الوطاء تعييناً للطلاق في الأخرى فلا مهر للموطوءه، و إلا فيطالب بالتعيين، فإن عين الطلاق في الموطوءه و جب المهر إن قلنا بوقوع الطلاق عند اللفظ. و إن قلنا بوقوعه عند التعيين ففي وجوب المهر وجهان، من أنها لم تكن مطلقه وقتها، و من حصول ما له صلاحته التأثير، و من ثم حرم الوطاء قبل التعيين.

هذا ما يتعلق بحكمه حال الحياه. أما لو طرأ الموت قبل البيان أو التعيين فله حالتان:

إحداهما: أن تموت الزوجتان أو إحداهما و يبقى الزوج، فالمطالبه بحالها بالبيان أو التعيين لتبيين حال الميراث إن قلنا بوقوع الطلاق عند اللفظ، و إلا

أشكال، لاستحاله وقوعه بعد الموت. و لو ماتت إحداهما لم يتعين الطلاق للأخرى. و يوقف له من تركه كل واحد منهما أو من تركه الميته منهما ميراث زوج إلى أن يبين أو يعين. فإذا بين أو عين لم يرث من المطلقة إن كان الطلاق بائنا، سواء قلنا إن الطلاق عند اللفظ أو التعيين، لأن الإيقاع سابق و إن كان الوقوع حينئذ، مع احتمالاه على القول بوقوعه بالتعيين، لموتها و هي زوجته. و أما الأخرى فيرث منها.

ثم إن كان قد نوى معينه و بين، فقال الورثة: هي التي أردتها للطلاق و لا يرث لك، فلهم تحليفه، فإن حلف فذاك، و إن نكل حلفوا و حرم ميراثها أيضا باليمين المردودة. و إن لم ينو معينه و عين لم يتوجه عليه لورثه الأخرى دعوى، لأن التعيين يتعلق باختباره.

و يتفرع على النزاع فى الأولى أنه إذا حلفه ورثه الأخرى التي عينها للنكاح أخذوا جميع المهر إن كان بعد الدخول، و إن كان قبله أخذوا نصفه. و فى النصف الآخر وجهان، من اعترافه لهم به، و انتفائه بكونها مطلقه قبل الدخول بزعمهم. و لو كذبه ورثه التي عينها للطلاق، و غرضهم استقرار جميع المهر إذا كان قبل الدخول، فلهم تحليفه، و هم مقرّون له بإرث لا يدعيه، ففيه ما فى نصف المهر.

الحاله الثانيه: أن يموت الزوج قبل البيان أو التعيين، ففي قيام الوارث مقامه وجهان:

أحدهما: نعم، كما يخلفه فى سائر الحقوق كالردّ بالعيب و حقّ الشفعه و غيرهما، و كما يقوم مقامه فى استلحاق النسب.

و الثاني: المنع، لأن حقوق النكاح لا تورث، ولأنه إسقاط و إرث فلا يتمكّن الوارث منه، كنفى النسب باللعان.

و الأقوى (١) الفرق بين البيان و التعيين، فيقبل في الأول مع دعواهم العلم بالحال دون الثاني، لأن البيان إخبار و قد يعرفه الوارث قبل الموت، و التعيين اختيار و شهوه فلا يخلفه الوارث فيه، كما لو أسلم الكافر على أكثر من أربع و مات قبل الاختيار. و إن (٢) لم يدع الوارث العلم فالأقوى القرعه. و الفرق: ثبوت الطلاق في المنويّه و اشتباهها فتتوجه القرعه للإشكال، بخلاف الثاني، لعدم وقوع الطلاق قبل التعيين على واحده، سواء جعلنا وقوعه بعد التعيين باللفظ أو بالتعيين، فلا وجه للقرعه، إذ لا إشكال. و في القواعد (٣) حكم بالقرعه في الثانيه أيضا. و هو بعيد.

و ممّا يتفرّع على ذلك أنه لو لم نقل بقيامه مقامه، أو قال: لا أعلم، و لم نقل بالقرعه، أوقف ميراث زوجته بينهما حتى يصطلحا أو تصطلح ورثتهما بعد موتهما. و إن ماتتا قبل موت الزوج أوقف من تركتهما ميراث زوج، فإن توسط موته موتهما أوقف من تركه الأولى ميراث زوج حتى يحصل الاصطلاح.

و إن قلنا يقوم مقامه، فإن مات الزوج قبلهما فتعيين الوارث كتعيينه. و إن ماتت الزوجتان ثمّ مات الزوج، فإذا بين الوارث إحداهما فلورثه الأخرى تحليفه أنه لا يعلم أن مورّثه طلق مورّثتهم. و إن توسط موته موتهما و بين الوارث الطلاق

ص: ٥٤

١-١) في الحجرّيتين: و الأولى.

٢-٢) كذا في «و» و في سائر النسخ و الحجرّيتين: فإن.

٣-٣) قواعد الأحكام ٢: ٦٢.

و لو قال (١): هذه طالق أو هذه، قال الشيخ رحمه الله: يعين للطلاق من شاء. و ربما قيل بالبطلان، لعدم التعيين.

فى الأولى جرينا على قوله و لم يحلفه، لأنه يقرّ على نفسه و يضرّ بها. و إن بين الطلاق فى الأخرى فلوارث الأولى تحليفه، لأنه يروم الشركه فى تركتها، فيحلف أنه لا- يعلم أن مورّثه طلقها، و لو ارث الثانية تحليفه، لأنه يروم حرمانه من ميراث الزوج، فيحلف على البتّ أن مورّثه طلقها، لأن يمين الإثبات يكون على البتّ.

قوله: «و لو قال: إلخ».

هذه المسأله متفرّعه على اشتراط تعيين المطلّقه و عدمه، فإن اشترطناه بطل هنا، و سقط البحث. و إن جوّزناه قال الشيخ (١) يتخيّر فى تعيين من شاء منهما، كما لو قال: إحداهما طالق، لا اشتراكهما فى إيقاع الطلاق على واحد منهما مبهمه.

و فيه نظر، لأن الثانية لم يقع بها طلاق بصيغته الشرعيه. و مجرد عطفها على الأولى غير كاف فى تشريكها معها فى الصيغه. و سيأتى (٢) استشكال المصنّف فى نظير المسأله لذلك. و يتّجه على هذا أنه إن عيّن الأولى للطلاق طلقت، و إن عيّن الثانية لم تطلق، لما ذكر. و إنّما يتمّ ما ذكره بغير إشكال لو قال:

هذه طالق أو هذه طالق، فإنه يتّجه التّخيير فى تعيين أيّتهما شاء على القول بعدم اشتراط التّعيين.

ص: ٥٥

١- ١) المبسوط ٧٧: ٥.

٢- ٢) فى الصفحه التاليه.

و لو قال: هذه طالق (١) أو هذه و هذه، طلقت الثالثه، و يعين من شاء من الأولى أو الثانيه. و لو مات استخرجت واحده بالقرعه.

و ربما قيل بالاحتمال فى الأولى و الأخيرتين جميعا، فيكون له أن يعين للطلاق الأولى أو الأخيرتين معا.

و الإشكال فى الكل ينشأ من عدم تعيين المطلقه.

قوله: «لو قال هذه طالق. إلخ».

إذا قال: هذه طالق أو هذه و هذه، و لم نشترط التعيين و اكتفينا فى صحه طلاق المعطوفه بتماميه الصيغه فى المعطوف عليها، نظرا إلى تشاركهما فى الحكم، فلا- يخلو: إما أن يقصد بالثالثه العطف على الثانيه، أو على الأولى و إن بعد، أو على المطلقه المبهمه و هى إحداهما، أو يسرد الكلام سردا بغير قصد واحد منهما (١).

ففى الأول يتخير بين الأولى و الأخيرتين، بمعنى كون ما قبل «أو» قسما و ما بعده قسما. فإن اختار الأولى بطل فى الأخيرتين. و إن اختار الثانى وقع عليهما و بطل فى الأولى خاصه.

و فى الثانى بالعكس، بمعنى أنه تصير الأولى و الثالثه قسما و الثانيه قسما.

فإن اختار الأولى للطلاق طلقت الثالثه معها. و إن اختار الثانيه طلقت خاصه.

و هذا القسم و إن كان ضعيفا من حيث العريئه، للبعد بين المعطوف و المعطوف عليه و الفصل، إلا أنه مع قصده يصح.

و فى الثالث و هو أن يقصد عطف الثالثه على المطلقه منهما تطلق الثالثه قطعاً، و يتخير معها إحدى الأخيرتين إما الأولى أو الثانيه. و هذا هو الذى اقتصر

ص: ٥٦

١- ١) فى «ح»: منها.

على نقله المصنّف.

و إن أطلق و لم يقصد واحدا منها-و الظاهر أنه مسأله الكتاب- إذ لا إشكال فى اتباع القصد، فقال الشيخ (١) تكون الثالثه معطوفه على إحداهما أعنى المطلّقه، لأنه عدل من لفظ الشك إلى العطف فلا تشارك الثالثه فى الشك، و تكون معطوفه على المبهمه. و قيل: تكون معطوفه على الثانيه، لقربها. و هو اختيار ابن إدريس (٢). و لا- يخلو من قوّه. فعلى الأول تطلق الثالثه، لأنها معطوفه على المطلّقه، و يقع الترديد بين الاولى و الثانيه، كما ذكرناه مع التصريح بذلك.

و على الثانى للثالثه حكم الثانيه إن طلّقت طلّقت و إلا فلا، فيكون الترديد بين الاولى وحدها و بين مجموع الثانيه و الثالثه.

فإن مات قبل التعيين و قلنا بقيام القرعه مقام التعيين أقرع، و اختلفت كيفيه القرعه على القولين. فعلى قول الشيخ من أن الثالثه معطوفه على المطلّقه فالثالثه مطلّقه قطعاً، و يقرع بين الاولى و الثانيه، فيكتب لهما رقتان فى كلّ واحد اسم واحد، فأيتهما خرجت للطلاق تبعتها الثالثه. و على قول ابن إدريس يجتزى برقتين أيضاً، فإن شاء أن يجعل فى إحداهما الاولى و فى الأخرى الثانيه و يجعل الثالثه تابعه للثانيه فى الحكم، فإن خرج للطلاق الاولى تعينت الثانيه و الثالثه للزوجيه، و إن خرج للطلاق الثانيه تبعتها الثالثه و تعينت الاولى للزوجيه. و إن شاء أن يكتب اسم الثالثه مع الثانيه فى رقتها، لأنها معها قسم.

ص: ٥٧

١- ١) لم نجده بهذا التفصيل فيما لدينا من كتب الشيخ، راجع المبسوط ٥: ٧٧. نعم، نسبه إليه فى إيضاح الفوائد ٣: ٢٩٥.

٢- ٢) لم نجده فى السرائر، و نسبه إليه فى إيضاح الفوائد ٣: ٢٩٥.

و اختار العلامة (1) هنا قولاً ثالثاً، وهو أنه مع عدم القصد بتصير الثالثه محتمله للأمرين السابقين، فتوقف القرعه حينئذ على ثلاث رقع، في إحداها اسم الاولى، وفي الأخرى الثانيه و الثالثه، وفي الثالثه اسم الثالثه، ثم يخرج على الطلاق، فإن خرجت الاولى حكم بطلاقها و بقاء الثانيه، لكن تبقى الثالثه محتمله لمصاحبه كل منهما، فيحتاج إلى إخراج رقعته أخرى ليظهر بها أمر الثالثه، فإن ظهرت الرقعته التي فيها اسمها حكم بأنها معطوفه على المطلقه فطلقت مع الاولى، و إن خرجت الرقعته التي فيها الثانيه و الثالثه حكم بعطفها عليها، و هي باقيه على النكاح.

و لو خرج أولاً رقعته الثانيه و الثالثه حكم بطلاقهما معا و بقاء الاولى على النكاح، و لم يفتقر إلى إخراج غيرها.

و إن خرج أولاً رقعته الثالثه حكم بطلاقها، و بقي الاشتباه بين الاولى و الثانيه فيخرج أخرى، فإن خرجت الاولى صحّ طلاقها و بقيت الثانيه زوجه.

و إن خرجت رقعته الثانيه و الثالثه حكم بطلاق الثانيه أيضا و بقيت الاولى على النكاح.

و إنما كتبت الثانيه و الثالثه في رقعته لأنه كلما طلقت الثانيه طلقت الثالثه قطعاً، لأنها إما معطوفه عليها أو على المطلقه، و كلاهما حاصل مع خروج الثانيه للطلاق فلا يتصور طلاق الثانيه دون الثالثه، فلذلك كتب معها. و استحَبوا (2) مع ذلك أن يوضع مع الرقاع رقعته خاليه يسمونها المبهمه - بالكسر - ليزيد الإبهام في

ص: ٥٨

١-١) قواعد الأحكام ٢:٦١.

٢-٢) في الحجرّيتين: و استحسنا.

و لو نظر إلى زوجته (١) و أجنبيّه فقال: إحدكما طالق، ثمّ قال:

أردت الأجنبيّه، قبل. و لو كان له زوجة و جاره كلّ منهما سعدى فقال: سعدى طالق، ثمّ قال: أردت الجاره، لم يقبل، لأنّ «إحدكما» تصلح لهما، و إيقاع الطلاق على الاسم يصرف إلى الزوجه. و في الفرق نظر.

الرقاع في جميع صور القرعه.

و اعلم أن الإشكال السابق (١) في صحّه طلاق الثانيه آت هنا فيها و في الثالثه، لعدم تمام صيغتهما المعتبره شرعا. و الوجه عدم صحّه طلاقهما بذلك مطلقا، و توقّف تصوير المسأله على قوله: أو هذه طالق و هذه طالق، و نحو ذلك.

قوله: «و لو نظر إلى زوجته. إلخ».

توجيه الفرق: أن «إحدكما» تتناولهما تناولا واحدا، و لم يوجد منه تصريح باسم زوجته، و لا وصف لها و لا إشاره بالطلاق إليها. و في الثانيه صرّح باسم زوجته، و هو و إن كان مشتركا بينها و بين غيرها اشتراكا لفظيا بحيث يصلح الخطاب لكلّ واحده إلا أن المشترك لا يحمل على معنييه معا بل على أحدهما، و يتخصّص بالقرينه، و هي هنا موجوده في الزوجه، لأن الطلاق من شأنه أن يتعلّق بالزوجه، و لأن الأصل في أقوال المسلم حملها على الصحّه، و ذلك إنّما يتمّ بانصرافه إلى الزوجه، إذ لو انصرف إلى الأجنبيّه كان لغوا، بخلاف «إحدكما» فإنه لكونه لفظا متواطئا صريح في إرادته الكلّي

ص: ٥٩

(١ - ١) لاحظ ص: ٥٥.

و لو ظنَّ أجنبيّه (١) زوجته فقال: أنت طالق، لم تطلق زوجته، لأنه قصد مخاطبه.

الصالح لهما.

و وجه ما أشار إليه المصنف من النظر أن التسميه أيضا محتمله.

و الأصل بقاء النكاح. و هو أخبر بقصده فيرجع فيه إليه. و عدم مواجهه بالطلاق لغير الزوجه مشترك بين الصيغتين. و هذا هو الذى اختاره الشيخ فى المبسوط (١).

و المشهور ثبوت الفرق، فإن القائل «إحداكما» لا يفهم أحد من كلامه تخصيص الزوجه، بل إنما يفهم الترييد بينهما و بين الأجنبيّه، بخلاف الثانى، فإنه لا يتبادر إلى الذهن من اللفظ المشترك إلا زوجته فكان ذلك قرينه التخصيص، فلا يقبل منه إرادته غيرها.

قوله: «و لو ظنَّ أجنبيّه. إلخ» .

المراد أنه قصد طلاق المخاطبه ليس إلا، و إن كان يعتقد (٢) أنها زوجته، فلا- تطلق زوجته، لعدم توجه الخطاب إليها و إن نواها، لأن التيه مع عدم اللفظ المطابق لها غير كاف، و إن كان اللفظ فى نفسه صالحا للزوجه، إلا أن الصارف عنها وقوعه بالصيغه الخاصه و هو الخطاب الذى لا يصلح للزوجه، لعدم كونها مخاطبه. و لو فرض أنه قصد زوجته دون المخاطبه صحّ و إن أتى بصيغه الخطاب، كما سيأتى فى المسأله الثانيه.

ص: ٦٠

١- ١) المبسوط ٥:٩٠، و لكنّه مثل بالجاريه لا الجاره.

٢- ٢) فى «ح»: بقاء، و فى «و»: يقيد، و فى «ش، م»: يفيد.

و لو كان له (١)زوجتان:زينب و عمره،فقال:يا زينب،فقال عمره:لبيك،فقال:أنت طالق،طلّقت المنويّه[لا المجيبه].و لو قصد المجيبه ظنّا أنها زينب،قال الشيخ:تطلّق زينب.و فيه إشكال،لأنه وجّه الطلاق إلى المجيبه لظنّها زينب،فلم تطلّق المجيبه،لعدم القصد،و لا زينب، لتوجّه الخطاب إلى غيرها.

قوله:«و لو كان له.إلخ».

إذا نادى إحدى زوجته ليواجهها بالطلاق أو قصده بعد نداءها فأجابته غير المناداه فواجهها بالطلاق،فإنما أن يقصد به المجيبه مع علمه أنها غير المناداه،أو لا معه،أو يقصد به المناداه من غير قصد إلى المجيبه مع علمه بأنها غيرها،أو لا معه،أو يقصد بالطلاق المجيبه مقيده بكونها المناداه،لظنّه أنها هي.

فعلى الأول يقع الطلاق بالمجيبه بغير إشكال،و كذا على الثانى،لتطابق التيه و اللفظ.

و فى الثالث يقع بالمناداه بغير إشكال.و لا يقدر فيه صيغه الخطاب،لأنه مع علمه بكونها غير حاضره يصرف إلى الحاضر فى الذهن.و كذا على الرابع، لوجود المقتضى و انتفاء المانع،إذ ليس إلا أجابه تلك،و هو غير صالح للمانع، إذ الاعتبار بالقصد مع عدم منافاه اللفظ له،و هو هنا كذلك.و ربما احتمل هنا ضعيفا أنها لا تطلّق من حيث إنه لم يذهب وهمه إلى المجيبه،و قد وقع الطلاق على مشار إليها بقوله أنت طالق،و المخاطبه غير مقصوده و الأخرى غير مخاطبه.و قد عرفت جوابه.

و الخلاف فى الخامس،و هو قصد طلاق المجيبه ظنّا أنها المناداه،فقال

الشيخ (١): تطلق المناداه، لأنها هي المقصوده بالطلاق، وقصد المجيبه وقع غلطاً، و صيغه الخطاب غير مؤثره مع غيبه المقصوده، لما مرّ. و لأن المناداه مقصوده بالقصد الأول و المجيبه مقصوده بالقصد الثانى. و الأول أقوى.

و استشكل المصنّف ذلك من حيث إنه إنما قصد طلاق المجيبه مقتيده بكونها المناداه، فلم يتم شرط الطلاق فى المجيبه لعدم قصدها، و لا- فى المناداه لعدم توجه الخطاب إليها، كما علّل فى خطاب الأجنبيّه ظاناً أنها زوجته. و لأنه لما ظنّ أن المجيبه هى المناداه فقصدتها بالطلاق قصداً محضاً يغلب الملفوظ به على المنوى، لأنّ التيه وقعت على هذه الملفوظ بها، و أما المناداه فهى و إن كانت منويّه إلاّ أنه قد وجد المنافى و هو تغيير التيه إلى المجيبه، فضعفت التيه الأولى فبطل الطلاق بها، و بالمجيبه لأنها غير مقصوده بالقصد الأول.

و بما تبه عليه المصنّف من البطلان بالإشكال أفتى العلامة (٢). و هو الوجه.

و يحتمل طلاق المجيبه، لأنها زوجه و مقصوده بقصد غالب. و قد ظهر جوابه من تعليل البطلان.

ص: ٦٢

١- ١) المبسوط ٥: ٩٠.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢: ٦١.

الركن الثالث: في الصيغه (١) و الأصل أن النكاح عصمه مستفاده من الشرع، لا- تقبل التقابل، فيقف رفعها على موضع الإذن. فالصيغه المتلقاه لإزاله قيد النكاح: أنت طالق، أو فلانه، أو هذه، و ما شاكلها من الألفاظ الداله على تعيين المطلقه.

فلو قال: أنت الطلاق، أو طلاق، أو من المطلقات، لم يكن شيئاً و لو نوى به الطلاق. و كذا لو قال: [أنت] مطلقه. و قال الشيخ-رحمه الله-: الأقوى أنه يقع إذا نوى الطلاق. و هو بعيد عن شبه الإنشاء.

قوله: «في الصيغه. إلخ».

أشار بما ذكره من الأصل إلى تمهيد قاعده يرجع إليها في صيغ الطلاق المعبره في إزاله النكاح، لشده ما قد وقع من الاختلاف في تعيينها.

و حاصل الأصل في ذلك: أن النكاح بعد وقوعه و تحقّقه شرعا يجب استصحاب حكمه و العمل بمقتضاه إلى أن يثبت المزيل له شرعا، فكلّ ما ادّعى أن له أثرا في إزاله قيد النكاح من الصيغ يعرض على قانون الشرع، فإن دلّ منه دليل معتمد على كونه مزيلا لذلك الحكم الذي قد ثبت استصحابه حكم له بالإزاله، و ما وقع الشك فيه يبقى النكاح معه على أصله. و قد ثبت بالنص (١) و الإجماع أن قوله: «أنت طالق» مشيرا إلى شخص معيّن صريح فيه موجب لرفع النكاح، فأما قوله: «أنت الطلاق أو طلاق» فإنه كناية لا صريح، لأنهما مصدر و المصادر غير موضوعه للأعيان، و إنما تستعمل فيها على سبيل التوسّع،

ص: ٦٣

و الكنايات لا يستعملها الأصحاب في الطلاق.

و أما قوله: «أنت من المطلقات» فإنه إخبار لا إنشاء، لأن نقل الإخبار إلى الإنشاء على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على محلّ النصّ أو الوفاق، و هما منتفیان هنا.

و مثله: أنت مطلقه، لكن في هذه قال الشيخ في المبسوط (١) إنه يقع بها الطلاق مع التيه. و هو اعتراف بكونها كناية، لأن الصريح لا يتوقف على التيه.

و يلزمه القول في غيرها من الكنايات أو فيما أدّى معناها، كقوله: من المطلقات، بل مع التعبير (٢) بالمصادر، لأنها أبلغ و إن كانت مجازاً، لأنهم يعدلون باللفظ إليه إذا أرادوا المبالغة، كما قالوا في «عدل» أنه أبلغ من «عادل» و نحوه.

و ردّه المصنّف بأنه بعيد عن شبه الإنشاء، لأنه إخبار بوقوع الطلاق فيما مضى كما ذكرناه، و الإخبار غير الإنشاء.

و فيه نظر، لأن المصنّف -على ما تكرر منه فيما سبق (٣) مراراً- و غيره يجعلون اللفظ الماضي أنسب بالإنشاء، بل قد جعله في النكاح (٤) صريحاً في الإنشاء، [مع أنه خبر بوقوع النكاح فيما مضى] (٥) فما الذى عدا فيما بدا؟ و قولهم: «إن نقل الإخبار إلى الإنشاء على خلاف الأصل» مسلم لكن يطالبون بالفارق بين المقامين و الموجب لجعله منقولاً في تلك المواضع دون

ص: ٦٤

١- ١) المبسوط ٢٥: ٥.

٢- ٢) في «ح» و الحجرّيتين: التعيين.

٣- ٣) في ج ٣: ١٥٢، و كذا في سائر العقود.

٤- ٤) في ج ٧: ٨٧.

٥- ٥) من الحجرّيتين، و لم ترد في النسخ الخطيّة.

و لو قال: طَلَّقت فلانه، (١) قال [الشيخ]: لا يقع. و فيه إشكال ينشأ من وقوعه عند سؤاله: هل طَلَّقت امرأتك؟ فيقول: نعم.

هذه، فإن جعلوه النِّصَّ فهو ممنوع، بل ورد في الطلاق ما هو أوسع كما ستراه (١).

و إن جعلوه الإجماع فالخلاف في المقامين موجود في صيغ كثيرة.

ثمَّ تخصيص الشيخ الجواز ببعض الكنايات دون بعض أيضا ليس بالوجه، إذ لا فرق بين «أنت مطلقه» الذي ادَّعى وقوعه بها و بين قوله: من المطلَّقات، بل مع التعبير (٢) بالمصدر، لأنه و إن شاركتها في كونه كناية إلاّ - أنه أبلغ، وقد ذكر بعض العلماء (٣) أنه صريح.

قوله: «و لو قال: طَلَّقت فلانه. إلخ».

مما اختلفوا في وقوع الطلاق به قوله: طَلَّقت فلانه، فقال الشيخ (٤): لا يقع به، لما تقدّم من أنه إخبار لا إنشاء، مع حكمه (٥) بأنه لو قال: «أنت مطلقه» وقع مع التيه، فهلاّ - يكون هنا كذلك، بل هذه أشبه بما اتَّفَقوا على وقوعه به في أبواب العقود من وقوعها بلفظ الماضي كـ «زوّجت و بعث» وغيرهما ممّا جعلوه صريحا في معناه. و لعلّ ما هنا كذلك، لأن «طلَّقت» ألصق بحال من أنشأ طلاقها الآن من قوله: هي طالق.

و المصنّف - رحمه الله - استشكل القول بعدم وقوعه بقوله: «طلَّقت

ص: ٦٥

١ - ١) في الصفحة التالية فيما ذكره من روايه السكوني.

٢ - ٢) في «ح، م» و الحجريّتين: التعيين.

٣ - ٣) حليه العلماء ٣٣: ٧.

٤ - ٤) لاحظ المبسوط ٥: ٢٥، حيث حصر صريح الطلاق في ألفاظ مخصوصه ليست هذه منها.

٥ - ٥) المبسوط ٥: ٢٥.

فلانه» بوجه آخر، و هو أن الشيخ (١) وغيره (٢) حكموا بوقوع الطلاق بقوله: «نعم» عند سؤاله: هل طَلَّقت امرأتك؟ و وقوعه بذلك فرع وقوعه بقوله: طَلَّقت فلانه، لأن قوله: «نعم» تابع للفظ السؤال و مقتضى لإعادته على سبيل الإنشاء، فكأنه قال: طَلَّقتها، فإذا وقع باللفظ الراجع إلى شيء و هو فرعه لزم وقوعه باللفظ الأصلي المرجوع إليه و هو: طَلَّقتها.

و قول المصنف: «ينشأ من وقوعه عند سؤاله إلخ» يقتضى اختياره وقوعه بذلك و أنه أمر مفروغ منه. و سيأتي (٣) حكمه به بخصوصه.

و الأصل فى وقوعه به روايه السكونى عن الصادق عليه السلام، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام: «فى الرجل يقال له: هل طَلَّقت امرأتك؟ فيقول: نعم.

قال: قد طَلَّقتها حينئذ» (٤).

و لمانع أن يمنع من الأصل لضعف السند، و إن جاز فى الفرع، لأنه صريح فى الإنشاء فى نظائره، فلو عكس الحكم كان أولى، إلا أن الشيخ تبع النص كعادته و إن ضعف مستنده. و مع ذلك كان يلزمه الحكم فى الفرع، لما ذكره المصنف و ما ذكرناه.

و اعلم أن الخلاف فى وقوعه إنشاء كما يظهر من التعليل، أما وقوعه إقرارا فلا شبهه فيه حيث لا تدل القرينه على إرادته الإنشاء و أنه (٥) لم يسبق منه غير

ص: ٦٦

١- (١) المبسوط ٥: ٥٢، النهاية: ٥١١.

٢- (٢) راجع المهذب ٢: ٢٧٨، و الوسيله: ٣٢٤.

٣- (٣) فى ص: ٨٨.

٤- (٤) التهذيب ٨: ٣٨ ح ١١١، الوسائل ١٥: ٢٩٦ ب (١٦) من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٦.

٥- (٥) فى «ح، م» و الحجريتين: و إن.

و لا يقع الطلاق (١) بالكنايه، و لا بغير العربيّه (٢) مع القدره على التلفّظ باللفظه المخصوصه.

ذلك. و تظهر الفائده فيما بينه و بين الله تعالى، فإن أوقعنا به الإنشاء لزم ذلك شرعا، و إن جعلناه إقرارا بنينا على الظاهر خاصّه، و كان حكم المقرّ بالنسبه إلى نفس الأمر- حيث لم يقع غير ذلك- كأنّه لم يطلّق.

قوله: «و لا يقع الطلاق. إلخ».

الكنايه فى الطلاق هى اللفظ المحتمل للطلاق و غيره ك: أطلقتك، و أنت خلتيه، و برّيه، و بائن، و نحو ذلك، و يقابله الصّريح، و هو ما لا- يحتمل ظاهره غير الطلاق. و هو عند العامّه (١) لفظ الطلاق و السّراح و الفراق و ما اشتقّ منها، و أطبقوا (٢) على وقوعه بالكنايه مع نيّه الطلاق. و أطبق أصحابنا على عدم وقوعه به مطلقا، يعنى بجميع ألفاظ الكنايه، و لكن اختلفوا فى كلمات مخصوصه هى من جملتها. و قد تقدّم (٣) بعضها، و سيأتى (٤) منها بعض آخر. و الفرق بينها و بين غيرها لا يخلو من تكلف.

قوله: «و لا بغير العربيّه. إلخ».

هذا هو المشهور بين المتأخّرين و منهم ابن إدريس (٥)، لأن اللفظ العربى هو الوارد فى القرآن و المتكرّر فى لسان أهل الشّرع. و الأصل عصمه الفروج.

و استصحاب حكم العقد إلى أن يثبت المزيل شرعا.

ص: ٦٧

١- (١) الحاوى الكبير ١٥١، ١٥٠: ١٠، حليه العلماء ٣١: ٧.

٢- (٢) الحاوى الكبير ١٥٩: ١٠-١٦٠، روضه الطالبين ٢٧: ٦.

٣- (٣) فى ص: ٦٣.

٤- (٤) فى ص: ٧٣.

٥- (٥) السرائر ٦٧٦: ٢.

و لا بالإشارة(١) إلا مع العجز عن النطق.

و يقع طلاق الأخرس بالإشارة الدالّة.و فى روايه (١):يلقى عليها القناع،فيكون ذلك طلاقا.و هى شاذّه.

و ذهب الشيخ فى النهايه (٢)و جماعه (٣)إلى الاجتزاء بما دلّ على قوله:« أنت طالق»من اللغات و إن قدر على العرييه،لأن المقصود بالذات هو المعانى و الألفاظ وضعت للدلاله عليها،و هو حاصل بأىّ لغه اتفق،لأن شهره استعمالها فى معناها عند أهل تلك اللغات شهره العرييه عند أهلها.و لروايه حفص عن أبيه،عن على عليه السلام قال:«كلّ طلاق بكلّ لسان فهو طلاق» (٤).و هذه الروايه هى معتمد الشيخ مع ضعف سندها،و إلاّ فما ذكروه من دلالة اللغات على المعنى المقصود آت فى غيره من العقود و لا- يقولون به.و ظاهرهم أنه حينئذ صريح لا- كناية،فلا يتوقّف على التيه.و ذهب بعض العامه (٥)إلى أنه كناية.و لا إشكال فى الاجتزاء بالترجمه مع العجز عن العرييه.

قوله:«و لا بالإشارة.إلخ».

المعتبر من الطلاق ما وقع بالقول،لأن ذلك هو المعهود من الشارع،فلا- يكفى الفعل-كالإشارة-من القادر على النطق إجماعاً،لأصالة بقاء النكاح، و لأن عدوله من العبارة إلى الإشارة يوهّم أنه غير قاصد إليه.و بعض من جوزه

ص:٤٨

١- ١) لاحظ الوسائل ١٥:٢٩٩ ب(١٩) من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

٢- ٢) النهايه:٥١١.

٣- ٣) راجع الوسيله:٣٢٤.

٤- ٤) التهذيب ٨:٣٨ ح ١١٢،الوسائل ١٥:٢٩٧ ب(١٧) من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١، و فيهما:عن وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه.

٥- ٥) راجع المغنى لابن قدامه ٨:٢٦٨،روضه الطالبين ٦:٢٥.

بالكنايه جعل الإشاره للقادر كناية يقع بها مع التيه، لحصول الإفهام بها فى الجملة.

و لو تعدّر النطق كفت الإشاره به كالأخرس، كما يقع بها جميع العقود و عبارات العبادات و الأقارير و الدعاوى، حتى لو أشار بالطلاق أو البيع أو غيرهما فى الصلاه صحّ و لم تبطل الصلاه على الأصح. و يعتبر فى صحته بإشارته أن تكون مفهمه لمن يخالطه و يعرف إشارته إن لم يتفق فهمها على العموم. و يعتبر فهم الشاهدين لها، لقيامها مقام النطق.

و لو عرف الأخرس الكتابه كانت كتابته من جملة الإشاره، بل أقوى، لأنها أضبط و أدلّ على المراد. و لا يعتبر ضميمه الإشاره إليها، بل يكفى أن يفهم أنه نوى به الطلاق. و قدّمها ابن إدريس (1) على الإشاره حيث يمكن، لما ذكرناه من قوتها. و تؤيده روايه ابن أبى نصر قال: «سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأه فصمت فلا يتكلم، قال: أخرس؟ قلت: نعم. قال:

فيعلم منه بغض لامرأته و كراهيه لها؟ قلت: نعم، أ يجوز له أن يطلق عنه وليّيه؟ قال: لا، و لكن يكتب و يشهد على ذلك. قلت: أصلحك الله لا يكتب و لا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذى يعرف به من فعله مثل ما ذكرت من كراهته لها أو بغضه لها» (2). و اعتبر جماعه من الأصحاب -منهم الصدوقان (3)- فيه إلقاء القناع على

ص: ٦٩

١-١) السرائر ٦٧٨: ٢.

٢-٢) الكافي ١٢٨: ٦ ح ١، الفقيه ٣: ٣٣٣ ح ١٦١٣، التهذيب ٨: ٧٤ ح ٢٤٧، الاستبصار ٣: ٣٠١ ح ١٠٦٥، الوسائل ١٥: ٢٩٩ ب «١٩» من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ١.

٣-٣) الفقيه ٣: ٣٣٣ ذيل ح ١٦١٣، المقنع: ١١٩.

ولا يقع الطلاق (١) بالكتابة من الحاضر و هو قادر على التلقظ. نعم، لو عجز عن النطق فكتب ناويا به الطلاق صح. وقيل: يقع بالكتابة إذا كان غائبا عن الزوجه. و ليس بمعتمد.

المرأه يرى أنها قد حرمت عليه، لروايه السكوني عن الصادق عليه السلام: «قال: طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها و يضعها على رأسها ثم يعتزلها» (١). و كذا روى أبو بصير (٢) عن الصادق عليه السلام.

و منهم (٣) من خيّر بين الإشاره و بين إلقاء القناع. و منهم من جمع بينهما.

و الحقّ الاكتفاء بالإشاره المفهمه، و إلقاء القناع مع إفهامه ذلك من جملتها.

و ضعف سند الروايه يمنع من جعلها أصلا. نعم، مع إفاده إلقاء القناع إرادته الطلاق يدخل في أفراد الإشاره، و تكون الروايه شاهدا. قوله: «و لا يقع الطلاق. إلخ».

اتفق الأصحاب على عدم وقوع الطلاق بالكتابة للحاضر القادر على التلقظ. و اختلفوا في وقوعه من الغائب، فذهب الأكثر - و منهم الشيخ في المبسوط (٤) و الخلاف (٥) مدّعيًا فيه الإجماع - إلى العدم أيضا، عملا بالأصل و استصحاب حكم الزوجيه إلى أن يثبت المزيل. و بأن الأسباب يتساوى فيها الحاضر و الغائب، و من ثمّ استويا في وقوعه باللفظ. و لحسنه زراره قال: «قلت

ص: ٧٠

١- ١) الكافي ١٢٨: ٦ ح ٣، التهذيب ٧٤: ٨ ح ٢٤٩، الاستبصار ٣٠١: ٣ ح ١٠٦٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣.

٢- ٢) التهذيب ٩٢: ٨ ح ٣١٤، الاستبصار ٣٠١: ٣ ح ١٠٦٧، الوسائل الباب المتقدّم ح ٥.

٣- ٣) في هامش «و»: «المخير بينهما ابن حمزه، و الجامع بينهما الشهيد في اللمعه. منه رحمه الله». لاحظ الوسيله: ٣٢٤، و اللمعه: ١٢٣.

٤- ٤) المبسوط ٢٨: ٥.

٥- ٥) الخلاف ٤٦٩: ٤ مسألة (٢٩).

لأبي جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته أو بعث غلامه ثم بدا له فمحاها، قال: ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به»
(١).

و ذهب الشيخ في النهاية (٢) و أتباعه (٣) إلى وقوعه من الغائب، لصحيحه أبي حمزه الثمالي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إلى امرأتى بطلاقها، أو اكتب إلى عبدى بعثقه، يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً؟ قال: لا يكون طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده و هو يريد الطلاق أو العتق، و يكون ذلك منه بالأهله و الشهور، و يكون غائباً عن أهله» (٤).

و أوجب بحمله على حاله الاضطرار و يكون لفظه «أو» للتفصيل لا للتخيير.

و فيه نظر، لأن الرواية صريحة في أن المطلق يقدر على التلفظ، لأنه قال:

«اكتب يا فلان إلى امرأتى بطلاقها. إلخ» فلا وجه لحمله على حاله الاضطرار، لأن من قدر على هذا اللفظ قدر على قوله: هي طالق، و لا يمكن العذر بفقد شرط آخر، لأن الشرائط معتبره في الكتابه كاللفظ. و مع ذلك ففي هذه الرواية ترجيح على السابقة بصحة سندها، و بأنها مقيدة بالتيه و الغيبه و تلك مطلقة فيهما فجاز كون منعه من وقوع الطلاق لعدم التيه بالكتابه، أو لعدم العلم بالتيه، أو تحمل على حاله الحضور جمعاً، على أنه مع ثبوت المرجح لا ضروره إلى الجميع.

ص: ٧١

١- (١) الكافي ٦: ٦٤ ح ٢، التهذيب ٨: ٣٨ ح ١١٣، الوسائل ١٥: ٢٩١ ب «١٤» ح ٢.

٢- (٢) النهاية: ٥١١.

٣- (٣) راجع الوسيله: ٣٢٣، إصباح الشيعه ضمن سلسله الينايع الفقهيّه ٢٠: ٢٨٢.

٤- (٤) الكافي ٦: ٦٤ ح ١، الفقيه ٣: ٣٢٥ ح ١٥٧٢، التهذيب ٨: ٣٨ ح ١١٤، الوسائل الباب المتقدم ح ٣. و في بعض المصادر: سألت أبا جعفر عليه السلام.

و أما ما قيل من أن الغيبه و الحضور لا تأثير لهما فى السببىه فهو مصادره محضه، لأن الخصم يدعى الفرق، و يحتج عليه بالخبر الصحيح، و هو الفارق بين الكتابه و اللفظ المشترك فى السببىه بين الغائب و الحاضر، فكيف يدعى عدم تأثير الغيبه و الحضور؟ و بذلك انقطع الأصل الذى ادّعوه، و تثبت سببىه الطلاق.

و أما دعوى ترجيح الأولى بموافقه الأصل و الشهره فى العمل ففیه: أن الصحيح مقدّم على الحسن، فلا تعارض. ثمّ إن المقيد مقدّم على المطلق، و الجمع بينهما واجب، فلا تعارض. ثمّ إن الطلاق المدعى وقوعه بالكتابه يدخل فى عموم الطلاق، و الأصل فيه الصحه. و أما الشهره فحالها فى الترجيح و عدمه معلوم.

و ممّا يؤيد الصحه أن المقصود بالعباره الدلاله على ما فى النفس، و الكتابه أحد الخطابين كالكلام، و الإنسان يعبر عمّا فى نفسه بالكتابه كما يعبر بالعباره.

نعم، هى أقصر مرتبه من اللفظ، و أقرب إلى الاحتمال، و من ثمّ منع من وقوع الطلاق بها للحاضر، لأنه مع الحضور لا حاجه إلى الكتابه، بخلاف الغيبه، للعادة الغالبه بها فيها.

و اعلم أنه على [تقدير] (١) القول بوقوعه بها يعتبر القصد بها إلى الطلاق، و حضور شاهدين يريان الكتابه. و هل يشترط رؤيته حال الكتابه، أم تكفى رؤيتهما لها بعدها، فيقع حين يريانها؟ و جهان، و الأول لا يخلو من قوه، لأن ابتداءها هو القائم مقام اللفظ لا استدامتها. و إنما تعلم التيه بإقراره، و لو شك فيها فالأصل عدمها. و حينئذ فتكون الكتابه كالكنايه، و من ثمّ ردّها الأصحاب مطلقاً

و لو قال: [هذه] خليته، (١) أو بريته، أو حبلك على غاربك، أو الحقى بأهلك، أو بائن، أو حرام، أو بتيه، أو بتله، لم يكن شيئاً، نوى الطلاق أو لم ينوه.

أطراداً للقاعده، مع أنهم نقضوها في مواضع كما ترى.

و لا فرق في الغائب بين البعيد بمسافه القصر و عدمه، مع احتمال شموله للغائب عن المجلس، لعموم النص (١). و الأقوى اعتبار الغيبه عرفاً. و لتكن الكتابه للكلام المعترف في صحه الطلاق، كقوله: فلانه طالق، أو يكتب إليها: أنت طالق. و لو علقه بشرط كقوله: إذا قرأت كتابي فأنت طالق، فكتعليق اللفظ.

قوله: «و لو قال خليته. إلخ».

هذه الكلمات كلها كنايةات عن الطلاق و ليست صريحه فيه، لاحتتمالها له و لغيره، فإنه يحتمل أن تكون خليته من شىء آخر غير النكاح، أو بريته كذلك، إلى آخر الألفاظ، فلذلك لم يقع بها الطلاق عند أصحابنا، خلافاً للعامه (٢) أجمع حيث حكموا بوقوعه بها مع تتيته، و إليه أشار بقوله: «نوى الطلاق أو لم ينوه» إذ لا خلاف في أنه لو لم ينو بها الطلاق لم يقع، بخلاف اللفظ الصريح. و هذه التيه أمر آخر غير القصد الذى تقدم اعتباره فى الصيغه الصريحه، لأن المراد بالتية هنا قصد إيقاع الطلاق، و هناك قصد لفظه لمعناه.

و تحقيق الفرق: أنه لما كان المعنى فى اللفظ الصريح متّحداً اكتفى بقصد اللفظ للمعنى، بمعنى كون المتلفظ قابلاً للقصد و إن لم يصرّح بالقصد، و لهذا

ص: ٧٣

١- ١) لاحظ الوسائل ١٥: ٢٩١ ب «١٤» من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه ح ٣.

٢- ٢) الحاوى الكبير ١٥٩: ١٠-١٦٠، الاشراف على مذاهب العلماء ١٦٨: ٤-١٦٩، روضه الطالبين ٦: ٢٧، حليه العلماء ٧: ٤٠٠.

حكم عليه به بمجرد سماع لفظه، وإنما احترزوا باسئراط القصد عن مثل الساهى و النائم إذا أوقعا لفظا صريحا، فإنه لا يعتد به، لعدم القصد إلى مدلوله، بخلاف الكناية، فإن ألفاظها لما كانت مشتركة بين المقصود منها- و هو الطلاق- و نحوه لم يحمل عليه بمجرد قصده إلى المعنى، لا اشتراكه، بل لا- بد من القصد إلى بعض معانيه و هو الطلاق مثلا، و هذا القصد على خلاف الأصل، لأنه تخصيص للفظ المشترك بأحد معانيه، فلا- بد من العلم به و إلا- لم يحكم عليه بالطلاق و لا- غيره، بخلاف الصريح، فإن الأصل فيه إذا وقع من العاقل الخالى عن الموانع أن يكون قاصدا به مدلوله، فهذا هو الفارق بين القصدين فتدبره فإنه من مواضع الاشتباه على كثير.

و اعلم أنه قد دلّ على عدم الاكتفاء ببعض هذه الألفاظ المعدودة فى الكناية حسنه محمد بن مسلم أنه سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته: أنت على حرام، أو بائنه، أو بته، أو بريه، أو خلتيه، قال: «هذا كله ليس بشيء» (١).

و معنى خلتيه و بريه أى: من الزوج. و معنى حبلك على غاربك أى: خلت سبيلك كما يخلّى البعير فى الصحراء و زمامه على غاربه- و هو ما تقدّم من الظهر و ارتفع من العنق- ليرعى كيف شاء. و الحقى- بكسر أوله و فتح ثالثه، و قيل:

عكسه- أى: الحقى بأهلك لأنى طلقتك. و بائن أى: مفارقه و حرام عليه الاستمتاع بها. و بته أى: مقطوعه الوصله. و تنكير «البته» جوزه الفراء (٢)،

ص: ٧٤

١- ١) الكافى ٦: ٦٩ ح ١، التهذيب ٨: ٣٦ ح ١٠٨، الاستبصار ٣: ٢٧٧ ح ٩٨٣، الوسائل ١٥: ٢٩٥ ب (١٦) من أبواب مقدمات الطلاق ح ٣.

٢- ٢) لسان العرب ٢: ٧.

و لو قال:اعتدّى،(١)و نوى به الطلاق قيل:يصحّ،و هى روايه الحلبي و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام.و منعه كثير،و هو الأشبه.

و الأكثر على أنه لا يستعمل إلا معرّفا باللام.و قال الجوهرى:«تقول:لا أفعله بته،أو لا أفعله بته،لكلّ أمر لا رجعه فيه،و نصب على المصدر»(١).و بتله أى:

متروكه النكاح.

قوله:«و لو قال:اعتدّى.إلخ».

القائل بوقوعه بقوله:«اعتدّى»ابن الجنيد(٢)،استنادا إلى حسنه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:«الطلاق أن يقول لها:اعتدّى،أو يقول لها:

أنت طالق»(٣)و حسنه محمد بن مسلم السابقه(٤)عن أبي جعفر عليه السلام، و فيها-بعد قوله:هذا كلّه ليس بشيء-:«إنما الطلاق أن يقول لها فى قبل العده بعد ما تظهر من حيضها قبل أن يجامعها:أنت طالق أو اعتدّى،يريد بذلك الطلاق،و يشهد على ذلك رجلين عدلين».و روى الشيخ فى التهذيب عن على بن الحسن الطاطرى قال:«الذى أجمع عليه فى الطلاق أن يقول:أنت طالق أو اعتدّى،و ذكر أنه قال لمحمد بن أبى حمزه:كيف يشهد على قوله:اعتدّى؟قال:

يقول:اشهدوا اعتدّى»(٥).

و أنت خير بأن الأصحاب يثبتون الأحكام بما هو أدنى مرتبه من هذه

ص:٧٥

١-١) الصحاح ٢٤٢:١(ماده:بتت).

٢-٢) حكاه عنه العلامه فى المختلف:٥٨٥.

٣-٣) الكافى ٦:٦٩ ح ٢،التهذيب ٨:٣٧ ح ١٠٩،الاستبصار ٣:٢٧٧ ح ٩٨٤،الوسائل ١٥:٢٩٥ ب (١٦)من أبواب مقدمات الطلاق ح ٤.

٤-٤) فى الصفحه السابقه.

٥-٥) التهذيب ٨:٣٧ ح ١١٠.

الروايات و أضعف سندا، فكيف بالحسن الذى ليس فى طريقه خارج عن الصحيح سوى إبراهيم بن هاشم، و هو من أجلّ الأصحاب و أكبر الأعيان، و حديثه من أحسن مراتب الحسن؟! او مع ذلك ليس لها معارض فى قوتها حتى يرحح عليها بشيء من وجوه المرجحات.

نعم، نقل الشيخ عن الحسن بن سماعه أنه قال: «ليس الطلاق إلاّ- كما روى ابن بكير بن أعين أن يقول لها و هى طاهر من غير جماع: أنت طالق، و كلّ ما سوى ذلك فهو ملغى» (١).

و لا يخفى عليك أن هذا الكلام لا يصلح للمعارضه أصلا، لأنه من قول ابن بكير و حاله معلوم، و الراوى الحسن بن سماعه شيخ الواقفّيه و وجههم، فأين هذا من حديث (٢) سنده على بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن حمّاد، عن الحلبي، و الثلاثة (٣) الأول عن عمر بن أذينة، عن محمد بن مسلم؟! و من العجب عدول الشيخ-رحمه الله- عن مثل ذلك مع تعلقه فى وقوع الطلاق بقول: «نعم» فى جواب السؤال بروايه (٤) السكوني، و بوقوعه بغير العريّيه بروايه (٥) حفص عن أبيه، و هما عامريان كالسكوني، و تركه هذه الأخبار المعتره الأسناد.

ص: ٧٦

-
- ١- ١) التهذيب ٣٧: ٨ ح ١١٠. و فيه: كما روى بكير بن أعين، و لم يكن فطحيا بل الفطحى ابنه، و اعتراض الشارح قدّس سرّه مبتن على نسخه، راجع الجواهر ٦٧: ٣٢.
- ٢- ٢) لاحظ الصفحه السابقه، هامش (٣).
- ٣- ٣) لاحظ ص: ٧٤، هامش (١).
- ٤- ٤) مرّ ذكر مصادرها فى ص: ٦٦، هامش (٤).
- ٥- ٥) مرّ ذكر مصادرها فى ص: ٦٨، هامش (٤).

و أعجب منه جمعه بينها و بين كلام ابن سماعه-حذرا من التنافي-بحمل الأخبار على أن يكون قد تقدّم قول الزوج «أنت طالق» ثمّ يقول:اعتدّى.قال:

«لأنّ قوله لها:«اعتدّى»ليس له معنى،لأنّ لها أن تقول:من أىّ شيء اعتدّ؟ فلا بدّ أن يقول:اعتدّى لأنّى قد طلقتك،فلا اعتبار بالطلاق لا- بهذا القول،إلاّ- أنه يكون هذا القول كالكشف لها عن أنه لزمها حكم الطلاق،و كالموجب عليها ذلك.و لو تجرّد ذلك من غير أن يتقدّمه لفظ الطلاق لما كان به اعتبار على ما قاله ابن سماعه»(١).هذا آخر كلام الشيخ.

و لا يخفى عليك ما فى هذا الجمع و الحمل،لأنّ مرجعه إلى أن الطلاق لا يقع إلاّ بقوله:«أنت طالق»و أن «اعتدّى»إخبار عن سبق قوله:أنت طالق، و الحال أن الامام عليه السلام فى الخبرين (٢)جعل قوله:«أنت طالق»معطوفا على «اعتدّى»أو معطوفا عليه،و وقوع الطلاق بكلّ واحده من الصيغتين صريحا،فكيف يخصّ وقوعه بإحدهما؟! و قوله:«إنه لا معنى لقوله:اعتدّى»غير واضح،لأنه إذا جعل كناية عن الطلاق يكون دالاّ على إنشاء الطلاق به،فإذا قالت له:من أىّ شيء اعتدّ؟يقول لها:إن قولى:«اعتدّى»طلاق،غايته أنها ما فهمت مراده من قوله:اعتدّى،فسؤالها عنه لا- يوجب أن لا- يكون لها معنى مع جعل الشارع معناه الطلاق،و يكون ذلك كسؤالها له بعد قوله:«أنت طالق»بقولها:عن أىّ شيء طالق؟[فيقول:طالق](٣)عن وثاق الجلوس فى البيت،أو وثاق النكاح،

ص:٧٧

١- (١) التهذيب ٨:٣٧ ذيل ح ١١٠.

٢- (٢) المتقدّمين فى ص:٧٥.

٣- (٣) من الحجرّيتين فقط.

أو غير ذلك؟ و أيضا فقوله في روايه محمد بن مسلم: «أو اعتدى يريد بذلك الطلاق» صريح في أنه كناية، من حيث إنه قيد وقوع الطلاق به بإرادته الطلاق و لم يقيد ذلك في قوله: «أنت طالق» لأنه لفظ صريح، و هذا شأن الكنايات عند من يوقع بها الطلاق، فإنه يشترط فيه التيه دون الصريح.

و لا يقال: إنه يمكن حمله على التقيه حيث إنه مذهب جميع العايمه (١)، لأن في الخبر ما ينافي ذلك، و هو قوله: «إنه لا يقع الطلاق بقوله: أنت حرام، أو بائنه، أو بته، أو بتله، أو خليه» فإن الطلاق يقع عند المخالف بجميع ذلك مع التيه، فلا يمكن حمل آخره على التقيه مع منافاه أوله لها.

نعم، يمكن أن يقال: إن حكمه بوقوع الطلاق بقوله: «اعتدى» مع التيه - و هو كناية قطعاً - يدل على وقوعه بغيره من الكنايات التي هي أوضح معنى من قوله: «اعتدى» مثل قوله: أنت مطلقه، أو طلقتك، أو من المطلقات، أو مسرحه، أو سرحتك، أو مفارقه، أو فارتكتك، أو من المسرحات، أو من المفارقات، إلى غير ذلك من الكنايات التي هي أوضح دلالة على الطلاق من قوله:

اعتدى، بل قيل: إن الفراق و السراح و ما اشتقّ منهما و من الطلاق صريح لا كناية، لورودها في القرآن مراداً بها الطلاق كقوله تعالى وَ سَرَّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً (٢) أَوْ تَشْرِيحاً بِإِحْسَانٍ (٣) أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ (٤)

ص: ٧٨

١ - ١) لاحظ ص: ٧٣، هامش (٢).

٢ - ٢) الأحزاب: ٤٩.

٣ - ٣) البقره: ٢٢٩.

٤ - ٤) الطلاق: ٢.

وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِنْ سَعَتِهِ (١). ففوق الطلاق بقوله: «اعتدى» يدل بمفهوم الموافقه على وقوعه بجميع هذه الألفاظ و ما فى معناها، و تبقى الكنايات التى لا تدخل فى مفهوم الموافقه-بل إما مساويه لقوله: «اعتدى» أو أخفى-مردوده، لعدم الدليل، و منها قوله فى الخبر: «خليه، و بريّه، و بته، و بتله» و نحوها. و حينئذ نكون قد أعملنا جميع الأخبار المعتبره مؤيّدا بعموم الآيات و الأخبار الداله على الطلاق من غير تقييد بصيغه. و لا يضرنا مفهوم الحصر فى قوله (٢): «إنما الطلاق أن يقول: أنت طالق» لوجهين:

أحدهما: أن الحصر فى الصيغتين بطريق المطابقه، و فى غيرها بطريق الالتزام، فلا منافاه.

و الثانى: إمكان حمله على مجرد التأكيد بقرينه قوله فى روايه (٣) الحلبي:

«الطلاق أن يقول لها» من غير أداء الحصر. و لا يرد على هذا حصر المبتدأ فى خبره، لأن ذلك غير مطرد كما هو محقق فى محلّه. و قد وقع استعمال «إنما» فى الكلام الفصيح مجردا عن الحصر، و تقدّم مثله فى أخبار (٤). و لو قيل بهذا القول لكان فى غايه القوه. و توهم أنه خلاف الإجماع قد تكلمنا عليه غير مرّه.

ص: ٧٩

١-١ (١) النساء: ١٣٠.

٢-٢ (٢) فى حسنه محمد بن مسلم المتقدمه فى ص: ٧٥، هامش (٤).

٣-٣ (٣) المتقدمه فى ص: ٧٥، هامش (٣).

٤-٤ (٤) فى هامش «و»: «منها فى باب العيب قوله فى روايه صحيحه: «إنما يردّ المرأه إلخ» مع عدم انحصار ردّها فيما ذكر. منه قدس سرّه»، لاحظ ج ١١٩: ٨، و فى المصادر: «إنما يردّ النكاح».

و لو خيّرهما و قصد (١)الطلاق، فإن اختارته أو سكتت و لو لحظه فلا حكم. و إن اختارت نفسها في الحال قيل: تقع الفرقة بانه، و قيل: تقع رجعيّه، و قيل: لا حكم له، و عليه الأكثر.

قوله: «و لو خيّرهما و قصد. إلخ».

اتفق علماء الإسلام ممّن عدا الأصحاب على جواز تفويض الزوج أمر الطلاق إلى المرأة و تخييرها في نفسها ناويا به الطلاق، و وقوع الطلاق لو اختارت نفسها، و كون ذلك بمنزله توكيلها في الطلاق، و جعل التخيير كناية عنه أو تمليكا لها نفسها. و الأصل فيه أن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم خير (١)نساء بين المقام معه و بين مفارقتها لما نزل قوله تعالى يا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكُمْ (٢)الآية و التي بعدها.

و أما الأصحاب فاختلّفوا، فذهب جماعة -منهم ابن الجنيّد (٢)، و ابن أبي عقيل (٤)، و السيّد المرتضى (٥)، و ظاهر ابن بابويه (٤)- إلى وقوعه به أيضا إذا اختارت نفسها بعد تخييره لها على الفور مع اجتماع شرائط الطلاق من الاستبراء و سماع الشاهدين ذلك و غيره. و ذهب الأكثر -و منهم الشيخ (٧) و المتأخرون (٨)-

ص: ٨٠

-
- ١ - ١) الكافي ١٣٧، ١٣٦: ٦ ح ٢ و ٣، الفقيه ٣٣٥، ٣٣٤: ٣ ح ١، التهذيب ٨٧: ٨ ح ٢٩٩ و ٣٠٠، الاستبصار ٣١٢: ٣ ح ١١١١ و ١١١٢، الوسائل ٣٣٥: ١٥ ب (٤١) من أبواب مقدمات الطلاق، و راجع مجمع البيان ٣٥٢: ٤، ذيل الآية ٢٨ من سورة الأحزاب.
 - ٢ - ٢) الأحزاب: ٢٨-٢٩.
 - ٣ - ٣) حكاها عنهما العلامة في المختلف: ٥٨٤.
 - ٤ - ٤) حكاها عنهما العلامة في المختلف: ٥٨٤.
 - ٥ - ٥) رسائل الشريف المرتضى ١: ٢٤١.
 - ٦ - ٦) المقنع: ١١٧، ١١٦، و حكاها عن أبيه في رسالته إليه في الفقيه ٣٣٤: ٣.
 - ٧ - ٧) الخلاف ٤٧٠: ٤، مسأله (٣١)، المبسوط ٣٠: ٥.
 - ٨ - ٨) السرائر ٦٧٦: ٢، المختلف: ٥٨٤، إيضاح الفوائد ٣٠٩: ٣.

إلى عدم وقوعه بذلك. و يظهر من المصنّف التردّد فيه إن لم يكن ميله إلى الأول، لأنه نسب الحكم بعدم صحّته إلى الأكثر ساكتا عليه.

و وجه الخلاف اختلاف الروايات الدالّة على القولين، إلّا أن أكثرها و أوضحها سندا ما دلّ على الوقوع، أورد الشيخ فى التهذيب منها ستّة أخبار أكثرها من الموثّق و فيها الحسن أو الصحيح، و ذكر أنه ذكر طرفا من الأخبار الدالّة على الوقوع به، فمنها صحيحه حمران قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: المخبّره تبين من ساعتها من غير طلاق و لا ميراث بينهم، لأن العصمه قد بانت منها ساعه كان ذلك منها و من الزوج» [١]. و موثّقه محمد بن مسلم و زراره عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا خيار إلّا على طهر من غير جماع بشهود» (١). و روايه زراره أيضا عن أبى جعفر عليه السلام قال: «قلت له: رجل خيّر امرأته، فقال: إنّما الخيار لهما ما داما فى مجلسهما، فإذا تفرّقا فلا خيار لهما» (٢) الحديث.

و حجّه المانع أربع روايات بعضها ضعيف السند و بعضها من الموثّق، منها روايه العيص بن القاسم عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن رجل خيّر امرأته فاخترت نفسها بانت منه؟ قال: لا إنّما هذا شيء كان لرسول الله صلّى الله

ص: ٨١

-
- ١- ٢) التهذيب ٨: ٨٩ ح ٣٠٤، الاستبصار ٣: ٣١٣ ح ١١١٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٨.
٢- ٣) التهذيب ٨: ٩٠ ح ٣٠٨، الاستبصار ٣: ٣١٤ ح ١١٢٠، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٢.

عليه وآله وسلم خاصه أمر بذلك ففعل، ولو اخترن أنفسهن لطلقن وهو قول الله تعالى قُلْ لِأَزْوَاجِكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمْتَعِكُنَّ وَأَسْرِحْكِنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا (١)». ورواه محمد بن مسلم قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني سمعت أباك يقول: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خير نساءه فاخرن الله ورسوله، فلم يمسكهن على طلاق، ولو اخترن أنفسهن لبنّ.

فقال: إن هذا حديث كان يرويه أبي عن عائشه و ما للناس و الخيار؟ إنما هذا شيء خصص الله به رسوله صلى الله عليه وآله وسلم» (٢).

و أجاب المانعون عن الأخبار الدالّة على الوقوع بحملها على التقيّه. و لو نظروا إلى أنها أكثر و أوضح سندا و أظهر دلالة لكان أجود. و وجه الأول واضح.

و الثاني أن فيها الصحيح أو الحسن و الموثق، و ليس فيها ضعيف، بخلاف أخبار المنع، فإن فيها الضعيف و المرسل و المجهول. و أما الثالث فلأن نفي البينونة في الأول أعم من نفي الوقوع، لجواز وقوعه رجعيًا، فلا دلالة له على منعه مطلقًا، فإذا حملت أخبار الوقوع على كونه رجعيًا لم يتعارض على تقدير أن تكون مكافئه فكيف و حالها ما رأيت.

و أما حمل العلامة في المختلف (٣) لأخبار الوقوع على ما إذا طلقت بعد التخيير فغير سديد، لأن ذلك يقتضى كون تخييرها وكاله، و معها لا يشترط فيه

ص: ٨٢

١ - ١) الكافي ١: ١٣٧ ح ٦، التهذيب ٨: ٨٧ ح ٣، الاستبصار ٣: ٣١٢ ح ٣، الوسائل ١٥: ٣٣٦ ب (٤١) من أبواب مقدمات الطلاق ح ٤. و الآيه في سورة الأحزاب: ٢٨.

٢ - ٢) الكافي ١: ١٣٦ ح ٦، التهذيب ٨: ٨٨ ح ٢، الاستبصار ٣: ٣١٢ ح ٣، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

٣ - ٣) المختلف: ٥٨٤.

وقوعه فى المجلس و لا على الفور، خلاف ما دلت عليه تلك الأخبار. و هذا واضح.

إذا تقرّر ذلك فاعلم أن القائلين بوقوعه به اختلفوا فى أنه هل يقع طلاقاً رجعيًا، أو بائناً؟ فقال ابن أبى عقيل (١) يقع رجعيًا، لروايه زراره السابقه (٢) عن أبى جعفر عليه السلام و فى آخرها: «قلت: أصلحك الله فإن طلقت نفسها ثلاثاً قبل أن يتفرقا من مجلسهما، قال: لا يكون أكثر من واحده، و هو أحقّ برجعته قبل أن تنقضى عدتها، فقد خير رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نساءه فاخترنه، فكان ذلك طلاقاً. فقلت له: لو اخترت أنفسهنّ لبيّن؟ قال: فقال: ما ظنّك برسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لو اخترت أنفسهنّ أ كان يمسهنّ؟».

و قيل: تكون بائنه، لروايه زراره عن أحدهما عليهما السلام قال: «إذا اختارت نفسها فهى تطليقه بائنه، و هو خاطب من الخطاب» (٣) و رويّه يزيد الكناسى عن الباقر عليه السلام قال: «لا ترث المخيره من زوجها شيئاً فى عدتها، لأن العصمه قد انقطعت فيما بينها و بين زوجها من ساعتها، فلا رجعه له عليها، و لا ميراث بينهما» (٤).

و فضّل ابن الجنيد فقال: «إن كان التخيير بعوض كان بائناً كالطلاق به،

ص: ٨٣

١-١) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٥٨٥.

٢-٢) تقدّم ذكر مصادرها فى ص: ٨١، هامش (٣).

٣-٣) التهذيب ٨:٩٠ ح ٣٠٥، الاستبصار ٣:٣١٣ ح ١١١٧، الوسائل ١٥:٣٣٧ ب (٤١) من أبواب مقدمات الطلاق ح ٩.

٤-٤) التهذيب ٨:٩٠ ح ٣٠٦، الاستبصار ٣:٣١٤ ح ١١١٨، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٠.

و إلا كان رجعيًا» (١). وفيه جمع بين الأخبار. ويمكن الجمع بينهما بحمل البائن على تخيير من لا عدّه لها كغير المدخول بها و اليائسه، و الرجعي على ما (٢) لها عدّه رجعيه، لأن التخيير جائز للجميع على القول به.

و بقي هنا أمور يتوقّف عليها المبحث:

الأول: مقتضى النصوص و فتوى المجوّزين أن الطلاق يحصل بقولها:

اخترت نفسي، أو اخترت الفراق، أو الطلاق، أو نحو ذلك ممّا يدلّ على إرادته، و في الاكتفاء بقولها: اخترت، مجرّدا بقصد الطلاق و جهان، من أنه كناية فيقع بالتيه، و من كونه أعمّ من اختيار الفراق، بخلاف قولها: اخترت نفسي، و نحوه، فإن فيه إشعارا بالفراق و إن احتمل غيره، فكان كناية يقع بالتيه. فإن قلنا بوقوعه حينئذ صدّقت في دعواها إرادته الفراق و إن كذبها الزوج، لأن ذلك لا يعلم إلا من قبلها.

و لو قالت: اخترت الأزواج، فكاختيار نفسها، لأنها لا تصلح للأزواج إلا بمفارقتها. و يحتمل عدم وقوعه بذلك، لأن الزوج من جمله الأزواج، و هي لا تصلح إلا لواحد، فهو كما لو قالت: اخترتك. و فيه: أن الكناية محتمله، و إنما تفيد مع التيه، و الفرض كونها حاصله هنا، و اللفظ ظاهر في إرادته الفراق.

الثاني: مقتضى الروايه اشتراط وقوع الاختيار من المرأه في المجلس.

و بمضمونها أفتى ابن أبي عقيل، فقال: «و الخيار عند آل الرسول عليهم السلام أن يخيّر الرجل امرأته و يجعل أمرها إليها في أن تختار نفسها أو تختاره بشهاده

ص: ٨٤

١- ١) حكاه عنه العلامه في المختلف: ٥٨٥.

٢- ٢) كذا في النسخ الخطيه و الحجرّيتين، و لعلّ الصحيح: من.

شاهدين في قبل عدتها، فإن اختارت نفسها في المجلس فهي تطليقه واحده» (١).

و مقتضى إطلاقه أنه لا فرق بين طول المجلس وقصره، ولا بين تخلل كلام أجنبي بين التخيير والاختيار وعدمه.

و يشكل بأنه إن جعل بمنزله عقد التمليك لم تكن العبرة بالمجلس بل بالمقارنه (٢). و إن جعل بمنزله التوكيل لم يكن المجلس أيضا معتبرا، بل يجوز مع التراخي. و لكن مقتضى الروايه أنه حكم برأسه، و للمجلس فيه أثرا. و يمكن أن يجعل المجلس كناية عن اتصال قبولها بتخييره، فيعتبر الاتصال العرفي، و المجلس كناية عنه.

و بهذا صرح ابن الجنيد فقال: «و إذا أراد الرجل أن يختير امرأته اعتزلها شهرا، و كان على طهر من غير جماع في مثل الحال التي لو أراد أن يطلقها فيه طلقها، ثم خيرها فقال لها: قد خيرتك و قد جعلت أمرك إليك. و يجب أن يكون ذلك بشهاده. فإن اختارت نفسها من غير أن تتشاغل بحديث من قول أو فعل كان يمكنها أن لا تفعله صح اختيارها. و إن اختارت بعد فعلها ذلك لم يكن اختيارها ماضيا» (٣). و هذا مبنى على أنه بمنزله التمليك، فيعتبر فيه اتصال الإيجاب بالقبول.

و يمكن الجمع بجعل المجلس غير قادح في الاتصال المعتبر، كما لا يقدر الفصل القليل و التنفس و السعال. و قد تقدم (٤) في النكاح أن الفصل بما يكون من

ص: ٨٥

١- ١) حكاه عنهما العلامه في المختلف: ٥٨٤.

٢- ٢) كذا في «ح، ط» و في «ش، و، م» و الحجريتين: بالمفارقة.

٣- ٣) حكاه عنهما العلامه في المختلف: ٥٨٤.

٤- ٤) في ج ٩١: ٧.

متعلقات العقد لا يقدر، وأنه في التذكرة اكتفى بوقوع القبول في المجلس، فيكون ما هنا كذلك.

الثالث: موضع الخلاف ما لو جعل التخيير على الوجه المدلول عليه بلفظه، بأن يريد منها أن تتخير بلفظه أو ما أدى معناه، أما لو كان مراده من التخيير توكيلها في الطلاق إن شاءت، كان ذلك جائزا بغير خلاف عند من جوّز وكالة المرأة فيه، ولم يشترط المقارنه بين الإيجاب والقبول كغيره من الوكالات، وكان فرضها حينئذ إيقاعه بلفظ الطلاق المعهود وما أذاه. والعامه (١) لم يفرّقوا بين قوله: «اختارى نفسك» وبين قوله: «طلّقى نفسك» في أنّه تمليك للطلاق أو توكيل فيه، وأنه يتأدى باختيارها الفراق بلفظ الطلاق و بلفظ الاختيار وما أدى معناهما، بناء على أن جميع ذلك كناية عن الطلاق أو طلاق صريح، وأنه يقع بالأمرين.

الرابع: يشترط في هذا التخيير ما يشترط في الطلاق من استبراء المرأة و سماع شاهدين نطقهما و غير ذلك. و هل يكفي سماعهما نطقها خاصه، أو يعتبر سماعهما نطقهما معا؟ ظاهر الروايه (٢) و الفتوى الأولى (٣)، و أن الفراق يقع بمجموع الأمرين، فيعتبر سماعهما من الشاهدين. و ينزل حينئذ منزله الخلع حيث يقع البذل [و الكراهيه] (٤) من جانبها و الطلاق من جانبه، و إن اختلفا في كون الطلاق

ص: ٨٤

١- ١) أنظر الحاوى الكبير ١٧٢: ١٠-١٧٣، الوجيز ٥٥: ٢-٥٦، روضه الطالبين ٤٥: ٦ و ٤٧.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ٣٣٥: ١٥ ب «٤١» من أبواب مقدّمات الطلاق ح ١٤ و ١٥.

٣- ٣) كذا في النسخ و الحجرّيتين، و لعله سهو من قلمه الشريف قدّس سرّه، و الصحيح: الثانى، راجع الحدائق ٢٢٩: ٢٥.

٤- ٤) من الحجرّيتين فقط.

هنا من جانبها. و يحتمل الاكتفاء بسماع اختيارها، لأن الفراق إنما حصل به، و لهذا لو ردّته أو اختارته لم يقع، فيكون ذلك بمنزله تفويض الطلاق إليها، فلا يشترط إلا سماع ما دلّ على الطلاق، لا سماع ما هو بمنزله الوكاله فيه.

الخامس: يجوز له الرجوع في التخيير ما لم تتخيّر مطلقاً. و هو الظاهر من روايه (1) زراره: «إنما الخيار لهما ما دام في مجلسهما». و لأنه إن كان تمليكا فالرجوع فيه قبل القبول جائز، و إن كان توكيلا فكذلك بطريق أولى.

و مقتضى قوله: «إن الخيار لهما ما دام في المجلس» جواز فسخه لكلّ منهما في المجلس و إن وقع التخيير من كلّ منهما. و هو يشكل من جانبها مطلقاً، إذ لا- خيار لها في الطلاق مطلقاً، و من جانبها لو كان بائناً، إلا أن الأمر فيه أسهل، لإمكان تخصيصه بالرجعي. و هذا يؤيد كون المجلس كناية عن زمان الإيجاب و القبول، أعني تخييره لها و اختيارها، فإذا انقضى ذلك فقد انقضى المجلس الذي هو عبارته عنهما، فليس لها الاختيار حينئذ. و هو واضح.

السادس: قال ابن الجنيّد: «لو جعل الاختيار إلى وقت بعينه فاختارت قبله جاز اختيارها، و إن اختارت بعده لم يجز» (2).

و هذا القول يشكل على إطلاقه باشرطه اتصال اختيارها بقوله، فلا يناسبه توقيته بمدّه تزيد على ذلك، إلا أن يتكلف توقيته بمدّه يسيره لا- تنافيه، بحيث يمكن فيه فرض وقوع اختيارها أو بعضه خارج الوقت المحدود مع مراعاة الاتصال. و لا- يخلو من تكلف. نعم، من جعله توكيلا جوّز توقيته بمدّه

ص: ٨٧

١- ١) مرّ ذكر مصادرها في ص: ٨١، هامش (٣).

٢- ٢) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٥٨٤.

و لو قيل: (١) هل طَلَّقت فلانَه؟ فقال: نعم، وقع الطلاق.

مخصوصه، و منع من اختيارها بعدها، كما لو وَّكَلها في الطلاق في وقت معيّن. و جَوَّز حينئذ تراخي جوابها إلى آخر المدّة، بخلاف ما إذا جعل تمليكاً.

قوله: «و لو قيل: إلخ».

المراد أنه يقع إنشاء كما تَبَّه عليه سابقاً (١). و بهذا صرَّح الشيخ في النهاية (٢) و أتباعه (٣). و المستند روايه السكوني عن الصادق عليه السلام، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام: «في الرجل يقال له: طَلَّقت امرأتك؟ فيقول: نعم، فقال: قد طَلَّقتها حينئذٍ» (٤). و لأن قوله: «نعم» صريح في إعادة السؤال على سبيل الإنشاء، و الصريح في الصريح صريح. و لأن «نعم» في الجواب تابع للفظ السؤال، فإذا كان صريحاً كان الجواب صريحاً فيما السؤال صريح فيه. و لهذا إذا قيل لزيد: في ذمتك مائة، فقال: نعم، كان إقراراً و حكم عليه بها.

و يشكل بضعف التّيند، و بأنه لا- يلزم من تضمّن «نعم» مقتضى السؤال أن يكون بمنزله لفظه. و لأن الأصل ممنوع على ما مرّ (٥)، فإنه لو قال: طَلَّقت فلانَه، لا يقع عند الجماعة (٦)، فكذا ما دلّ عليه. و لأن صحّته كذلك تقتضى صحّه سائر العقود به، و هم لا يقولون به. و إنما خصّوا الطلاق بالرواية لا بما تكلف من الجواب، و من ثمّ لم يجزوا البيع و النكاح و غيرهما بذلك. و الرواية ضعيفه،

ص: ٨٨

١- ١) في ص: ٦٥-٦٦.

٢- ٢) النهاية: ٥١١.

٣- ٣) راجع المهدّب ٢: ٢٧٨، الوسيله: ٣٢٣-٣٢٤.

٤- ٤) مرّ ذكر مصادرها في ص: ٦٦، هامش (٤).

٥- ٥) في ص: ٦٥-٦٦.

٦- ٦) انظر قواعد الأحكام ٢: ٦٣، إيضاح الفوائد ٣: ٣٠٦، التنقيح الرائع ٣: ٣٠٣.

فالقول بالمنع فى الجميع أوضـح، و إن جـوّزنا وقوعه بقوله: «طلّقت فلانة» للفرق بين الملفوظ و المقدر فى صيغ العقود و الإيقاعات.

و احتجّ العلامة (١) و غيره (٢) للمنـع بروايه البزنطى فى جامعـه عن محمد بن سماعه، عن محمد بن مسلم، عن الباقر عليه السلام فى رجل قال لامرأته: أنت على حرام، أو بائه، أو بتّه، أو خلتّه، أو برّبّه، فقال:

«هذا ليس بشىء، إنما الطلاق أن يقول لها فى قبل عدّتها قبل أن يجمعها:

أنت طالق، و يشهد على ذلك رجلين عدلين» (٣). و هذه الروايه أوضـح دلالة على تخصيص «أنت طالق» من بين الصيغ المتنازع فى وقوعه بها. و هى سالمه من إضافه ما تقدّم (٤) فى روايه محمد بن مسلم أيضا: «أو يقول لها:

اعتدى».

و لو صحّت لكانت أجود فى الدلالة على نفى تلك الأقوال، مع أن راوى الخبر— هو محمد بن مسلم— روى الزيادة و هى قوله: «أو اعتدى».

و اعلم أنّا حيث لا— نحكم بوقوع الطلاق به إنشاء لا— نوقعه إقرارا إذا علمنا أنه لم يقع منه غيره، أما مع الشك فيحكم بكونه إقرارا، إلا أن ذلك خارج عن موضع النزاع، و أطلق ابن إدريس (٥) كونه إقرارا بطلاق شرعى. و قيده العلامة (٦)

ص: ٨٩

١- (١) المختلف: ٥٨٥.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٣: ٣٠٧، المهذب البارع ٤٥٢، ٤٥١، ٣: ٤٥١، التنقيح الرائع ٣: ٣٠٣، ٣٠٤.

٣- (٣) لاحظ الوسائل ١٥: ٢٩٥ ب (١٦) من أبواب مقدمات الطلاق ذيل ح ٣، و فيه: أنت طالق أو اعتدى، و راجع أيضا الكافي ٦: ١٣٥ ح ١، التهذيب ٨: ٤٠ ح ١٢٢، الاستبصار ٣: ٢٧٧ ح ١، و فيه أيضا: أو اعتدى.

٤- (٤) فى ص: ٧٥.

٥- (٥) السرائر ٢: ٦٧٦.

٦- (٦) المختلف: ٥٨٥.

و لو قيل: (١) هل فارقت، أو خليت، أو أبنت؟ فقال: نعم، لم يكن شيئاً.

و يشترط فى الصيغه (٢) تجريدھا عن الشرط و الصفه فى قول مشهور، لم أف فى عليه على مخالف منّا.

بقصد الإقرار، فيقبل منه و يدّين بتّيته. و لا إشكال مع القصد، إنما الكلام مع الجهل بحاله. و الوجه ما قلناه من الحكم بكونه إقراراً إلا مع العلم بانتفاء سابق.

و يرجع فى ذلك إلى القرائن المفيدة لكونه يريد الإنشاء أو الإقرار. و حيث يحكم عليه بالإقرار- بأن لم يصححه إنشاء، و لم يدلّ دليل على نفي الإقرار- لو ادّعى إرادته الإنشاء بذلك فالأجود قبول قوله.

قوله: «و لو قيل: إلخ».

و ذلك لأن «نعم» غايتها أن تفيد جعل ما ذكر فى لفظ السؤال إنشاء، و ذلك غير كاف فى إنشاء الطلاق لو صرح به، لأنه كناية عن الطلاق و لم نقل بوقوعه به فكيف مع الإتيان بلفظ يدلّ عليه خاصّه؟ و يأتى عند القائل بوقوعه بالكناية مطلقاً مع التّيه صحّته هنا مع نيّته لو أقمنا «نعم» مقام «طلّقت».

قوله: «و يشترط فى الصيغه: إلخ».

تبه بقوله: «على قول مشهور» على ضعف مستنده، فإنه ليس عليه نصّ، و إنما أوردوا عليه أدلّه ظاهريّه، كقولهم: إن النكاح أمر ثابت متحقّق فلا يزول إلا بسبب متحقّق، و وقوعه مع الشرط مشكوك فيه. و قولهم: إنه مع عدم الشرط إجماعى، و لا دليل على صحّته بالشرط. و نحو ذلك. فإن هذا كلّه يندفع بعموم الأدلّه الدالّه على ثبوت حكم الطلاق حيث يقع، أعمّ من كونه منجزاً و معلقاً على شرط.

و قول المصنّف «لم أقف فيه على مخالف» يخرج به عن دعوى الإجماع عليه، فإن عدم الوقوف على المخالف لا يكفي في تحقّق الإجماع الذى يصير حجّة من حيث دخول المعصوم فى جملة أقوالهم، لجواز أن يكون هناك قائل بوقوعه كذلك و لم يقف المصنّف على قوله. و من الأصحاب من اعتدّ بمثل ذلك فى ثبوت الإجماع و حجّيته، بل صرح ابن إدريس (1) هنا بثبوت الإجماع.

و ما ذكره المصنّف أسدّ و أسلم من التحكّيمات فى الدعاوى. و سيأتى (2) أن الظهار يصحّ تعليقه على الشرط، و به نصوص (3) تفيده، و ذلك يؤنس بقبول مثل هذه الأحكام التعليق فى الجملة. و اختلفوا فى وقوع الإيلاء معلقاً، و من جوزه - كالشيخ (4) و العلامة فى المختلف (5) - احتجّ عليه بعموم (6) القرآن الدالّ على وقوعه من غير تقييد، السالم عن المعارض. و هذا الدليل وارد هنا. و عموم «المؤمنون عند شروطهم» (7) يشمل الجميع.

و فى تعليقه حكمه لا - تحصل بالمنجز، فإن المرأه قد تخالف الرجل فى بعض مقاصده فتفعل ما يكرهه و تمتنع عمّا يرغب فيه، و يكره الرجل طلاقها من حيث إنه أبغض المباحات إلى الله تعالى، و من حيث إنه يرجو موافقتها فيحتاج إلى تعليق الطلاق بفعل ما يكرهه أو ترك ما يريده، فإما أن تمتنع و تفعل فيحصل

ص: ٩١

١-١) السرائر ٢: ٦٩٥-٦٩٦.

٢-٢) فى ص: ٤٧٦.

٣-٣) راجع الوسائل ١٥: ٥٢٩ ب «١٦» من أبواب كتاب الظهار.

٤-٤) المبسوط ١١٧: ٥.

٥-٥) المختلف: ٦٠٥.

٦-٦) البقره: ٢٢٦.

٧-٧) الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

و لو فسّر الطلقه (١) باثنتين أو ثلاث، قيل: يبطل الطلاق. و قيل: تقع واحده بقوله: طالق، و يلغو التفسير. و هو أشهر الروايتين.

غرضه، أو تخالف فتكون هي المختاره للطلاق. و قد تقدّم (١) في خبر من علق طلاق امرأه على تزويجها و سؤاله النبي صلى الله عليه و آله و سلم فأجابته بأنه «لا طلاق قبل النكاح» و لم يجبه بأن الطلاق المعلق على شرط باطل.

و المراد بالشرط المعلق عليه هو ما يحتمل وقوعه و عدمه، كدخول الدار، و بالصفه ما لا بدّ من وقوعه عادة، كطلوع الشمس. قوله: «و لو فسّر الطلقه. إلخ».

اتفق الأصحاب على أن الطلاق بالعدد بلفظ واحد- كالثلاث- لا يقع مجموعه، و أنه يشترط لوقوع العدد تخلّل الرجعه. و لكن اختلفوا في أنه هل يقع باطلا من رأس، أو يقع منه واحده و يلغو الزائد؟ فذهب الأكثر- و منهم الشيخ (٢)، و تلميذه القاضى (٣)، و المرتضى (٤) في أحد قوليه، و ابن إدريس (٥)، و المصنّف، و باقى المتأخرين (٦)- إلى الثانى، لوجود مقتضى، و عدم صلاحية التفسير للمانع، مع انحصارها فيه، لتأكيد الطلاق به. و الواحد موجوده فى الثلاث، ضروره تركبها عنها و عن وحدتين. و المنافاه بين الكلّ و الجزء منتف. و لأن الواحده تحصل بقوله: فلانه طالق، و قوله «ثلاثا» هو الملغى، لفقد شرط صحّحه

ص: ٩٢

١- ١) فى ص: ٣٤: هامش (٣).

٢- ٢) النهايه: ٥١٢، المبسوط ٥: ٦، الخلاف ٤: ٤٥٠ مسأله (٣).

٣- ٣) المهذب ٢: ٢٧٩.

٤- ٤) الانتصار: ١٣٨-١٣٩، رسائل الشريف المرتضى ١: ٢٤٤.

٥- ٥) السرائر ٢: ٦٧٨.

٦- ٦) راجع المختلف: ٥٨٦-٥٨٧، إيضاح الفوائد ٣: ٣١٢، المقتصر: ٢٧٠.

الزائد عن الواحده و هو الرجعه. و به مع ذلك روايات كثيره، منها صحيحه جميل بن درّاج عن أحدهما عليهما السلام: «أنه سئل عن الذى طلق في حال طهر في مجلس ثلاثا، قال: هي واحده» (١). و صحيحه الحلبي و عمر بن حنظله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الطلاق ثلاثا في غير عدّه إن كانت على طهر فواحد، و إن لم تكن على طهر فليس بشيء» (٢). و في معناهما كثير.

و ذهب المرتضى (٣) في القول الآخر و ابن أبي عقيل (٤) و ابن حمزه (٥) إلى الأول، لصحيحه أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «من طلق ثلاثا في مجلس فليس بشيء، من خالف كتاب الله ردّ إلى كتاب الله» (٦).

و أجب بالقول بموجبها، فإننا نقول إن الثلاث ليس بشيء، و هو لا ينافي وقوع الواحد، فإنها أمر آخر غير الثلاث.

و حملها الشيخ (٧) على الوقوع في الحيض، بقريته ذكر طلاق ابن عمر، و كان قد طلق امرأته في الحيض. و تؤيده صحيحه الحلبي عن الصادق عليه

ص: ٩٣

١- (١) الكافي ٦: ٧١ ح ٢، التهذيب ٨: ٥٢ ح ١٦٨، الاستبصار ٣: ٢٨٥ ح ١٠٠٧، الوسائل ١٥: ٣١٢ ب (٢٩) من أبواب مقدمات الطلاق ح ٣، و فيما عدا الاستبصار: عن جميل عن زراره عن أحدهما عليهما السلام.

٢- (٢) الكافي ٦: ٧١ ح ٣، التهذيب ٨: ٥٢ ح ١٦٩، الاستبصار ٣: ٢٨٥ ح ١٠٠٨، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

٣- (٣) رسائل الشريف المرتضى ١: ٢٤٠ مسألة (٥٣). و كلامه في الانتصار: ١٣٤ أيضا يشعر بعدم الوقوع، و لكنّه في نفس المسأله في ص: ١٣٧ صرح بوقوع واحده منها.

٤- (٤) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٥٨٦.

٥- (٥) الوسيله: ٣٢٢.

٦- (٦) التهذيب ٨: ٥٤ ح ١٧٧، الاستبصار ٣: ٢٨٧ ح ١٠١٦، الوسائل الباب المتقدم ح ٨.

٧- (٧) التهذيب ٨: ٥٤ ح ١٧٧، الاستبصار ٣: ٢٨٧ ح ١٠١٦.

السلام قال: «من طلق امرأته ثلاثا في مجلس و هي حائض فليس بشيء، و قد ردّ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم طلاق ابن عمر إذ طلق امرأته ثلاثا و هي حائض» (١) و المطلق يحمل على المقيّد.

و احتجوا أيضا بأن المقصود غير واقع، و الصالح للوقوع غير مقصود، لأنه غير مرید للواحد المقيّد بقيد الواحد. و أجيب عنه بأن قصد الثلاث يستلزم قصد كلّ واحد.

و أورد شيخنا الشهيد - رحمه الله - على الاستدلال بالروايات الأولى: «أن السؤال عمّن طلق ثلاثا في مجلس، و هو أعمّ من أن يكون تلفظ بالثلاث أو تلفظ لكلّ واحد مرّة، و الثانى لا نزاع فيه، فلم قلت إنّه غير مراد؟ و بتقدير عدم تعيينه للإرادته يكون أعمّ من كلّ واحد، و العام لا يستلزم الخاص» (٢).

و جوابه: أن لنا الاستدلال بعمومه الشامل للقسمين، فإن «من» من صيغ العموم فيتناول من طلق ثلاثا مرسله و بثلاثه ألفاظ، و قد حكم على هذا العام بوقوع واحد فيتناول بعمومه موضع النزاع كما هو شأن كلّ عام. و عدم استلزام العام للخاص أمر آخر غير دلالة الحكم على العام الحكم على كلّ واحد من أفراد.

و اعلم أنه قد وردت أخبار (٣) كثيرة بوقوع الثلاث بكلمه واحد كما يذهب إليه العامه، و فى طريقها ضعف، فلذلك أعرض عنها الأصحاب. و روى ابن أبى

ص: ٩٤

١- ١) التهذيب ٨: ٥٥ ح ١٧٩، الاستبصار ٣: ٢٨٨ ح ١٠١٨، الوسائل الباب المتقدّم ح ٩.

٢- ٢) غايه المراد: ٢١٨.

٣- ٣) لاحظ التهذيب ٨: ٥٣ ح ١٧٤ و ١٧٥، الاستبصار ٣: ٢٨٦ ح ١٠١٣ و ١٠١٤، الوسائل ١٥: ٣١٤ ب (٢٩) من أبواب مقدمات الطلاق ح ١٤ و ١٥.

و لو كان المطلِّق (١) مخالفاً يعتقد الثلاث لزمته.

عمير عن أبي أيوب الخزاز قال: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فجاء رجل فسأله فقال: رجل طلق امرأته ثلاثاً، فقال: بانث منه. قال: فذهب ثم جاء رجل آخر من أصحابنا فقال: رجل طلق امرأته ثلاثاً، فقال: تطليقه. و جاء آخر فقال: رجل طلق امرأته ثلاثاً، فقال: ليس بشيء. ثم نظر إليّ فقال: هو ما ترى.

قال: قلت: كيف هذا؟ قال: فقال: هذا يرى أن من طلق امرأته ثلاثاً حرمت عليه، و أنا أرى أن من طلق امرأته على السنّه ثلاثاً فقد بانث منه، و رجل طلق امرأته ثلاثاً و هي على طهر فإنما هي واحده، و رجل طلق امرأته على غير طهر فليس بشيء» (١). و في هذا الخبر إشاره إلى الجميع بين الأخبار السابقه [١].

قوله: «و لو كان المطلِّق. إلخ».

هكذا وردت النصوص (٢) عن أئمة الهدى عليهم السلام، و قد تقدّم (٣) بعضها. و روى إبراهيم بن محمد الهمداني في الصحيح قال: «كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام مع بعض أصحابنا فأتاني الجواب بخطه عليه السلام: فهتمت ما ذكرت من أمر ابنتك فزوجها، فأصلح لك ما تحب صلاحه. فأما ما ذكرت من حنثه بطلاقها غير مرّه فانظر يرحمك الله فإن كان ممّن يتولّانا و يقول بقولنا فلا

ص: ٩٥

١- (١) التهذيب ٨: ٥٤ ح ١٧٦، الاستبصار ٣: ٢٨٧ ح ١٠١٥، الوسائل ١٥: ٣١٥ ب (٢٩) من أبواب مقدمات الطلاق ح ١٦.

٢- (٣) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٢٠ ب «٣٠» من أبواب مقدمات الطلاق.

٣- (٤) لاحظ الهامش (١) هنا.

و لو قال: أنت طالق للسنة،(١)صح، إذا كانت طاهرا. وكذا لو قال:

للبدعه. و لو قيل: لا يقع، كان حسنا، لأن البدعي لا يقع عندنا، و الآخر غير مراد.

طلاق عليه، لأنه لم يأت أمرا جهله، و إن كان ممن لا يتولانا و لا يقول بقولنا فاختلعا منه، فإنه إنما نوى الفراق بعينه» (١). و روى على بن أبي حمزة أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن المطلقة على غير السنة أ يتزوجها الرجل؟ فقال: «ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم، و تزوجوهم فلا بأس بذلك» (٢). و روى عبد الأعلى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا، قال: إن كان مستخفا بالطلاق ألزمته ذلك» (٣). و غير ذلك من الأخبار (٤).

و لا فرق في الحكم على المخالف بوقوع ما يعتقده من الطلاق بين الثلاث و غيرها مما لا يجتمع شرائطه عندنا و يقع عندهم، كتعليقه على الشرط، و وقوعه بغير إسهاد، و مع الحيض، و باليمين، و بالكناية مع التيه، و غير ذلك من الأحكام التي يلتزمها. و ظاهر الأصحاب الاتفاق على الحكم.

قوله: «و لو قال: أنت طالق للسنة. إلخ».

لما كان الطلاق البدعي لا يقع عندنا كان تفسير الطلاق به في قوة التفسير بالطلاق الفاسد، فكأنه قال: أنت طالق باطلا، فقال الشيخ في الخلاف:»

ص: ٩٤

-
- ١-١) التهذيب ٨: ٥٧ ح ١٨٦، الاستبصار ٣: ٢٩١ ح ١٠٢٧، الوسائل ١٥: ٣٢٠ ب (٣٠) من أبواب مقدمات الطلاق ح ١.
 - ٢-٢) التهذيب ٨: ٥٨ ح ١٩٠، الاستبصار ٣: ٢٩٢ ح ١٠٣١، الوسائل الباب المتقدم ح ٥.
 - ٣-٣) التهذيب ٨: ٥٩ ح ١٩١، الاستبصار ٣: ٢٩٢ ح ١٠٣٣، الوسائل الباب المتقدم ح ٧.
 - ٤-٤) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٢٠ ب (٣٠) من أبواب مقدمات الطلاق.

يصحّ الطلاق بقوله: أنت طالق، وتلغو الضميمة» (١). و الوجه ما اختاره المصنّف من البطلان، لأن هذا اللفظ مصرّح بأنه لا يريد بطلاقه إلاّ الباطل، فلا يكون الطلاق المجرد عن الضميمة مراداً، ولا المراد واقعا، فيبطل. و مثله القول في كلّ ضميمة منافية للصحة متّصلة باللفظ كقوله: طلاقاً محرّماً و فاسداً، و نحو ذلك.

و هو اختيار الشيخ في موضع آخر من الخلاف (٢).

و الفرق بين قوله: للبدعه، و قوله: ثلاثاً، مع اشتراكهما في البدعيّة: أن البدعيّة في الثلاث لاحقه للجمله لا لكلّ واحد من أفرادها، و من ثمّ حكمنا بعدم وقوع الثلاث البدعيّة و أجزنا الواحد، لأنها ليست بدعه، بخلاف: أنت طالق للبدعه، فإن الحكم هنا على طلقه واحد موصوفه بالمبطل، فلم يبق للصحة محلّ. و العامّه (٣) لمّا حكّموا بصحة الطلاق البدعي مع الإثم لم تكن هذه الضميمة عندهم منافية للصحة، فيقع صحيحاً مقيداً بها، فإن كانت المرأه على حاله يكون طلاقها بدعه - كما لو كانت حائضاً - وقع الطلاق في الحال، و إلاّ توقّف على اتّصافها بها، و لا يضرّ التعليق عندهم.

و ينبغي تقييد البطلان عندنا بكون المطلق عالماً بالحكم، فلو لم يكن عالماً ببطلان الطلاق البدعي لم يبطل مطلقاً، بل ينظر إن أراد به المنجز وقع في الحال، و إن أراد المعلّق على وصف البدعه بطل مطلقاً، لأن المعلّق لا يشترط في الحكم ببطلانه العلم به، بخلاف وصف البدعه.

ص: ٩٧

١-١) الخلاف ٤:٤٥٥ مسأله (٨).

٢-٢) الخلاف ٤:٤٥٨ مسأله (١٥).

٣-٣) الحاوي الكبير للماوردي ١٠:١١٥، المغني لابن قدامه ٨:٢٣٨.

تفريع إذا قال: (١) أنت طالق في هذه الساعة إن كان الطلاق يقع بك، قال الشيخ رحمه الله: لا يصح، لتعليقه على الشرط. و هو حقّ إن كان المطلق لا يعلم. أما لو كان يعلمها على الوصف الذى يقع معه الطلاق ينبغى القول بالصحة، لأن ذلك ليس بشرط، بل أشبه بالوصف و إن كان بلفظ الشرط.

قوله: «إذا قال. إلخ».

وجه البطلان الذى حكم به الشيخ النظر إلى صورته الشرط، فإن الأصحاب لما حكموا ببطلان الطلاق المعلق على الشرط شمل ذلك كل ما كان مشتملا عليه، ولا شبهه فى أن قوله: «إن كان الطلاق يقع بك» شرط لغه و عرفا، فيدخل فى العموم.

و ردّه المصنّف - رحمه الله - بأن التعليق على الشرط باطل (١) لا من حيث اشتماله على الشرط مطلقا بل من حيث عدم تنجيزه و إيقاعه فى الحال، و التنجيز لا ينافيه مطلق الشرط، بل الشرط الذى لا يعلم وقوعه حال الطلاق، فإذا علم أنها حال الطلاق جامعها لشرائط صحته - من الخلو من الحيض، و كونها فى طهر لم يقربها فيه - فقد علم بصلاحيّتها لوقوع الطلاق بها، فإذا علّقه على وقوعه بها فقد علّقه على أمر يعلم حصوله حال الطلاق، فلم يناف ذلك تنجيزه، بخلاف ما لو جهل حالها، و كذا القول فى كل شرط يعلم وقوعه حالته، كقوله: إن كان اليوم الجمعة فأنت طالق، و هو عالم بأنه [يوم] (٢) الجمعة، فإن الطلاق يقع، لأن الشرط حينئذ فى قوّه الوصف، فكأنه قال: أنت طالق فى هذا الوقت الذى يقع

ص: ٩٨

(١ - ١) فى «ش، و»: ما بطل من.

(٢ - ٢) من الحجرّيتين.

و لو قال: أنت طالق (١) أعدل طلاق، أو أكمله، أو أحسنه، أو أقبحه، أو أحسنه، أو أقبحه، صحّ، و لم تضرّ الضمائم. و كذا لو قال: ملء مكّه، أو ملء الدنيا.

فيه الطلاق بك، و قوله: «إن كان اليوم الجمعة» في قوّه: أنت طالق في هذا اليوم الذي يقع الطلاق فيه، و ذلك غير مناف له.

قوله: «و لو قال: أنت طالق. إلخ».

وجه عدم قدح الضمائم أنها غير منافية، لأن وصف الطلاق الصحيح بالعدل و الكمال و الحسن و القبح أمر اعتباري، فقد يعتبر المطلق كون الفراق مصلحه تامّه - لسوء خلقها و عشرتها و نحوه - فيصفه بصفات الكمال من العدل و الحسن و غيرهما بالنسبه إلى حاله، و قد يصفه بصفات القبح بالنسبه إليها، و قد يصفه بجمعه للشرائط المعتره فيه على وجه كامل بالأكملّيه، أو بعدم أخذ شيء منها أو عدم منافرتها أو منافره أهلها أو بواسطه تماميه شرائطه فيصفه بالأحسّيه، و يمكن لذلك أن يصفه بالأقبحيه من حيث إنه لم يبق فيه شبهه، أو بهما معا لذلك، أو لغير ذلك من الاعتبارات التي لا تنافي صحّته، فيتمّ الطلاق بقوله: أنت طالق، و لا تضرّ الضمائم.

و العامه (١) نزلوا أو صاف الحسن على طلاق السنّه، و أو صاف القبح على طلاق البدعه، و جعلوه كما لو قال: أنت طالق للسنّه أو للبدعه، فيقع فيهما، و لكن بشرط كونها صالحه لذلك الطلاق وقت إيقاعه، و إلّا كان معلقا على حصول الوصف. و لو فسّره بخلاف ذلك قبل.

ص: ٩٩

١-١) الحاوي الكبير للماوردي ١٤٠: ١٠-١٤١، المغني لابن قدامه ٢٥٣: ٨-٢٥٤، روضه الطالبين للنووي ١٤: ٦-١٥.

و لو قال: لرضا فلان، (١) فإن عنى الشرط بطل، و إن عنى الغرض لم يبطل. و كذا لو قال: إن دخلت الدار- بكسر الهمزة- لم يصح. و لو فتحها صحّ إن عرف الفرق فقصدته.

و أما قوله: ملء مكه، أو [ملء] (١) الدنيا، أو البيت، أو الصحراء، فإن ذلك كله يقع على وجه المبالغة و التجوّز فى تفخيم شأنه، و إن كان الطلاق ليس بجسم يشغل المكان و يملؤه، فلا يكون منافيا.

و قد تنقدح فى هذا الأخير المنافاه، لأنّه وصف الطلاق بوصف لا يمكن حصوله للطلاق، لأنه لا يقبله، فيكون وصفا منافيا لصحته كقوله: طلاقا آثما، أو بدعيًا.

و يضعف بالفرق بين الوصف المبطل و الوصف المجامع له عرفا على وجه المبالغة، غايته أنه مجاز، و ذلك غير قادح فى أصله. قوله: «و لو قال: لرضا فلان. إلخ».

إذا قال: أنت طالق لرضا فلان، فظاهره التعليل برضاه أى: أن علّه طلاقه لها كونه رضا لفلان، و مع ذلك يحتمل أن يكون شرطا أى: إن رضى. فإن قصد الأول وقع الطلاق، لأنه منجز غايته أن الباعث عليه رضا فلان، فلا تنقدح الضميمة، إذ لا بدّ من باعث عليه من رضا فلان و غيره، و ضميمة البواعث غير منافية له. و إن قصد التعليل لم يقع بناء على بطلان المعلق على الشرط. و لا إشكال فيهما مع القصد. أما إذا لم يعلم ما قصد ففى حمله على أيهما وجهان، من ظهوره فى الغرض فيحمل عليه، و من الشك فى وقوعه بشرطه، لاحتمال الصيغه

ص: ١٠٠

١- ١) من إحدى الحجريتين.

و لو قال: أنا منك طالق، (١) لم يصح، لأنه ليس محلاً للطلاق.

الأمرين، فلا يقع. و الأول أظهر.

و لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق- بكسر الهمزة من «إن»- لم يصح، لأنه صريح في التعليق على شرط. و إن فتحها صح، لأنه يكون تعليلاً بتقدير اللام، و «أن» مصدرية هي و ما بعدها في معنى مصدر هو الدخول، و المعنى:

لدخولك الدار، كما في قوله تعالى أن كانَ ذا مالٍ وَ بَيْنَ (١). و لا- فرق بين كونه (٢) في ذلك صادقا و كاذبا. هذا إذا عرف الفرق بين الأمرين و قصده، و لو لم يعرفه ففي حمله على أيهما وجهان، و الأظهر هنا التعليق، لأن الظاهر قصده له و أنه لا يفرق بين «إن» و «أن». و لو كان عارفاً و اشتبه قصده فالأمران متكافئان.

قوله: «و لو قال: أنا منك طالق. إلخ».

الظاهر من دليل الكتاب و السنه أن المرأه محلّ النكاح و الطلاق، قال تعالى وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ (٣) وَ إِنِ طَلَّقْتُمُوهُنَّ (٤) وَ الْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ (٥) فيصحّ الطلاق تعليقه بمحلّه، فلو قال: أنا منك طالق، لم يقع، لأنه خصّ ص الطلاق بغير محلّه فيمتنع الصرف إليه.

و للعامه (٦) في ذلك خلاف، فمنهم من وافقنا على ذلك، و منهم من جعله

ص: ١٠١

١- (١) القلم: ١٤.

٢- (٢) في «ح»: و لا فرق في ذلك بين كونه صادقا.

٣- (٣) البقره: ٢٢٨، ٢٣٧، ٢٣١.

٤- (٤) البقره: ٢٢٨، ٢٣٧، ٢٣١.

٥- (٥) البقره: ٢٢٨، ٢٣٧، ٢٣١.

٦- (٦) الحاوي الكبير للماوردي ١٥٧: ١٠-١٥٨، المغني لابن قدامه ٢٧٩: ٨، روضه الطالبين للنووي ٦٣: ٦٤-٦٤.

و لو قال: أنت طالق (١) نصف طلقه، أو ربع طلقه، أو سدس طلقه، لم يقع، لأنه لم يقصد الطلقه.

كنايه فيقع به مع تئته. و وجهه بأن النكاح يقوم بالزوجين جميعا، و من به قوام النكاح يجوز إضافه الطلاق إليه من ماله كالزوجه، و بأن الزوج محلّ النكاح كالزوجه، و أنه معقود عليه في حقها.

و يضعف بأنه لو كان كذلك لم تفتقر إضافه الطلاق إليه إلى التيه كإضافه الطلاق إليها، و بأنها لا تستحقّ من بدن زوجها و منافعه شيئا، و إنما المستحقّ الزوج.

قوله: «و لو قال: أنت طالق. (١) الخ».

وجه عدم الوقوع ما أشار إليه المصنّف من أن الطلاق لا يقع إلا إذا كان تاما، فإذا قصد بعضه -سواء كان معينا كنصف طلقه، أو مبهما كجزء و سهم منها- لم يقع، لأنه لم يقصد الطلقه التي هي أقلّ ما يقع و تحصل بها البينونه.

و خالف في ذلك العامه (٢)، فحكموا بوقوعه بجميع الأجزاء، و يكون المراد واحده، أما بإلغاء الضميمه، أو بطريق السرايه إلى الباقي.

و يضعف الأول بأن الضميمه إنما تلغى إذا لم تكن منافية. و إرادته البعض تنافى الحمل على الكلّ. و السرايه تحكّم.

ص: ١٠٢

١ - ١) سقطت التعليقه تماما من «ش» و إحدى الحجريتين.

٢ - ٢) الإشراف على مذاهب العلماء ٤: ١٩٦، الحاوى الكبير ١٠: ٢٤٤، الوجيز للغزالي ٢: ٦٠، المغنى لابن قدامه ٨: ٤١٨، روضه الطالبين للنووى ٦: ٧٨ - ٧٩.

و لو قال: أنت طالق،(١) ثم قال: أردت أن أقول: طاهر، قبل منه ظاهراً، و دّين في الباطن بتيته.

و لو قال: يدك طالق، أو رجلك،(٢) لم يقع. و كذا لو قال: رأسك، أو صدرك، أو وجهك. و كذا لو قال: ثلثك، أو نصفك، أو ثلثاك.

قوله: «و لو قال: أنت طالق. إلخ».

وجه القبول كون الغلط في مثل ذلك محتملاً، لتقارب حروف الكلمتين و التفاف اللسان فيه، و المرجع إلى قصده و لا يعلم إلا من قبله، فيرجع إليه فيه ظاهراً، و يدّين في الباطن بتيته، بمعنى أنه لا يحلّ له فيما بينه و بين الله تعالى إلا مع صدقه فيما ادّعاه، و إن كُنّا في الظاهر نقبل ذلك منه. ثمّ إن وافقته المرأة أو سكتت فلا يمين عليه. و لو كذّبتة توقّف تقديم قوله على اليمين.

قوله: «و لو قال: يدك طالق، أو رجلك. إلخ».

محلّ الطلاق ذات الزوجه، و اللفظ المطابق لها: أنت، أو هذه، أو زوجتي، أو فلانه، و ما شاكل ذلك. و أما الأجزاء فظاهر الأصحاب الاتفاق على أنه لا يقع بتعليقه بها، سواء كانت معيّنه كيدها و رجلها و رأسها أم مبهمه كنصفها.

و ظاهرهم عدم الفرق بين الجزء الذي يعبر به عن الجمله كالوجه و غيره. و لم يذكروا حكم ما إذا علّق بجمله البدن كقوله: بدنك، و جسدك، و شخصك، و جئتك، مع أنهم ذكروا خلافاً في وقوع العتق بذلك، بناء على أنه المفهوم عرفاً من الذات، و إن كان للتحقيق العقلي حكم آخر، و ينبغي أن يكون هنا كذلك.

و العامه (١) أطبقوا على وقوعه معلّقا بجميع الأجزاء كما يقع العتق كذلك،

ص: ١٠٣

١- (١) الإشراف على مذاهب العلماء ١٩٧: ٤، الكافي لابن عبد البر ٥٨٠: ٢، الحاوي الكبير ٢٤١: ١٠، المغنى لابن قدامه ٤١٧: ٨.

و لو قال: أنت طالق قبل طلقه،(١)أو بعدها،أو قبلها،أو معها،لم يقع شيء،سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن.و لو قيل: يقع طلقه واحده بقوله:طالق مع طلقه،أو بعدها،أو عليها،و لا يقع لو قال:قبلها طلقه،أو بعد طلقه،كان حسنا.

ثم يسرى إلى المجموع كما يسرى العتق إليه بالنص (١)،لجامع اشتراكهما في زوال الملك بالصريح و الكناية.و المصنف نبه بالأمثله على خلافهم.

قوله:«و لو قال:أنت طالق قبل طلقه.إلخ».

وجه البطلان في الجميع أنه لم يقصد الطلاق مطلقا،و إنما (٢)قصد طلاقا موصوفا بكونه:قبل،أو بعد،أو مع طلاق آخر،فلا يقع الموصوف،لعدم صحه المتعدّد بلفظ واحد عندنا،بل لا بدّ من تخلّل الرجعه.و غير الموصوف بذلك- و هو الطلقه الواحده-غير مقصود،لأن الكلام جملة واحده.

و الأقوى ما اختاره المصنف من التفصيل،و هو الصّححه مع قوله:قبل طلقه،أو بعدها،أو معها،أو عليها،و البطلان مع قوله:قبلها،أو بعد طلقه.

أما الأول فلأن القصد إلى الاثنتين يقتضى القصد إلى الواحده،فإذا بطلت الثانيه لفقد شرطها تبقى الاولى،لعدم المقتضى له،إذ ليس إلّا- توهم كونه لم يقصد إلّا-الطلاق الموصوف بذلك،و هو ممنوع،بل هو قاصد إلى كلّ واحد منهما،فتقع الواحده بقوله:أنت طالق،و تلغو الضميمة،كما لو قال:أنت طالق ثلاثا،أو اثنتين.

ص: ١٠٤

١- ١) لاحظ الوسائل ١٦:٦٣ ب «٦٤» من أبواب العتق،و سنن البيهقي ٢٧٣:١٠-٢٧٤.

٢- ٢) في الحجرّيتين: بل إنما.

و لو قال: أنت طالق (١) نصفى طلقه، أو: ثلاثه أثلث طلقه، قال الشيخ [١] -رحمه الله-: لا يقع. و لو قيل: يقع [واحد] بقوله: أنت طالق، و تلغو الضمائم، إذ ليست رافعه للقصد، كان حسنا. و لا كذا لو قال: نصف طلقتين.

و أما البطلان فى الثانى فلأنه شرط فى الطلقه الملفوظه كونها واقعہ بعد طلقه أو أن يكون قبلها طلقه، و لم يقع ذلك، فكأنه قد علق الطلاق الملفوظ على أمر لم يقع. و لأنه قصد طلاقا باطلا، لأن الطلاق المسبوق بآخر هو طلاق المطلقة من غير رجعه، و هو باطل، بخلاف شرطه أن يكون بعده أو معه، فإن الطلاق الواحد لا مانع منه، و إنما المانع من المنضم إليه.

و نبه بقوله: «سواء كان مدخولا بها أو لم تكن» على خلاف العامه (١)، حيث حكموا بوقوع واحده مطلقا، و وقوع الاثنتين إن كان مدخولا بها، لأن غير المدخول بها تبين بالواحد فلا تقبل الطلقه الأخرى، سواء كانت هى المصرحة أم المنضمه، بخلاف المدخول بها، فإنها تقبل المتعدد مطلقا.

قوله: «و لو قال: أنت طالق. إلخ».

وجه ما اختاره الشيخ من عدم الوقوع مع تجزئته: أن الطلاق أمر واحد لا يقبل التجزئه، فإذا تلفظ بطلاق يتجزأ فكأنه قصد إلى طلاق غير صحيح، فتكون

ص: ١٠٥

١- ٢) الوجيز للغزالي ٢: ٦٠، المغنى لابن قدامه ٨: ٤٠٢، روضه الطالبين ٦: ٧٥.

الضميمه منافيه، كما لو قال: نصف طلقه.

و قول المصنّف: «إنه يقع بقوله: طالق، و تلغو الضمائم» إنما يتمّ إذا كانت الضميمة غير منافية، أما المنافية فالمصنّف قد وافق على بطلان الطلاق بها غير مرّه (١)، و كأنّه يدفع المنافاه بذلك، من حيث إن نصفى طلقه و ثلاثه أثلاث طلقه فى معنى طلقه واحده، فلذلك لا يجعلها منافية. لكن لا يخلو من إشكال، لما ذكرناه من عدم قبول الطلاق لذلك.

و هذا بخلاف ما لو قال: نصف طلقتين، فإنه لا يقع و إن قلنا بوقوعه بقوله:

نصفى طلقه، لأن نصفى الواحده عباره عن تمامها، بخلاف نصف الاثنتين، فإنه أعمّ من كونها واحداه أو نصف كلّ واحداه منهما، فلا يكون اللفظ دالاً على إرادته طلقه كامله [صريحاً أو مطابقه أو حقيقه] (٢).

و لو قيل بوقوعه بذلك أيضاً معللاً بما ذكره المصنّف فى الأول - بتمام اللفظ بقوله: أنت طالق، و تلغو الضميمة، إذ ليست رافعه للقصد - أمكن. و وجهه: أنها إنما ترفع القصد إلى الطلاق الكامل مع إرادته نصف كلّ واحد من الاثنتين، أما مع صلاحيته لذلك و للواحد عرفاً فلا، و إن كان بحسب التحقيق لا يدلّ عليه.

و الشافعيّ (٣) مع قولهم بأنه لو قال: «أنت طالق نصف طلقه» تقع واحداه اختلفوا فى أنه إذا قال: «نصف طلقتين» هل تقع واحداه أو اثنتان؟ نظراً إلى ما ذكرناه من أن نصف الاثنتين عرفاً واحداه، و من أنه حقيقه، نصف كلّ واحداه، فيكون بمنزله ما لو قال: نصف طلقه و نصف طلقه، فإنه يقع اثنتان.

ص: ١٠٦

١- ١) لاحظ ص: ٩٦ و ١٠٢.

٢- ٢) من الحجرّيتين فقط.

٣- ٣) الوجيز للغزالي ٢: ٦٠-٦١، الحاوى الكبير للماوردي ١٠: ٢٤٤ و ٢٤٦، روضه الطالبين ٦: ٧٩.

فرع قال الشيخ (١١) - (١) رحمه الله: إذا قال لأربع: أوقعت بينكن أربع طلقات، وقع بكل واحد طلقه، وفيه إشكال، لأنه أطراح للصيغه المشترطه.

قوله: «قال الشيخ: إلخ».

وجه ما ذهب إليه الشيخ: أن إيقاع أربع طلقات عليهن يقتضى أن يكون قد أوقع على كل واحد طلقه، وقد وقع ذلك بصيغه الماضى الداله على الإنشاء كما ذكر فى النكاح وغيره، فيقع. ولكن فيه عدول عن الصيغه المشترطه و هى قوله: طالق. و الشيخ و إن لم يلتزم الصيغه إلا أنه وقف معها فى مواضع كما عرفته فيما سلف (٢).

و الأصل فى هذا أن الشيخ جرى فى المبسوط مع الشافعيه فى فروعهم، و من جملتها أنه لو قال لأربع: أوقعت بينكن طلقه، قالوا: يقع بكل واحد طلقه، لأن كل واحد يخصيها منها ربع و يسرى إلى الباقي، و هم لا يلتزمون فى الطلاق لفظا خاصا. و قالوا لو قال لهن: أوقعت بينكن أربع طلقات، وقع بكل واحد واحد أيضا، لأنه يكون قد أوقع بكل واحد طلاقا تاما.

فوافقهم الشيخ على هذا القسم، نظرا منه إلى أن المعبر عندنا وقوع طلقه تامه، و خالفهم فى الأول. و بقى الكلام معه من حيث الصيغه الخاصه، و قد خالفها فى تجويزه الطلاق بقوله: أنت مطلقه (٣)، و بقوله: يا مطلقه (٤) بالنداء،

ص: ١٠٧

١ - ١) المبسوط ٥٨: ٥.

٢ - ٢) لاحظ ص: ٧٦-٧٧.

٣ - ٣) لاحظ ص: ٦٣.

٤ - ٤) لم نجد التصريح به فيما لدينا من كتب الشيخ. نعم، جوز الطلاق بقوله: «يا طالق» راجع المبسوط ٥: ٨٩-٩٠.

و لو قال: أنت طالق (١) ثلاثا إلا ثلاثا، صحّت واحده إن نوى بالأول الطلاق، و بطل الاستثناء.

و بقوله: «نعم» (١) في جواب السؤال عن طلاقها و غير ذلك، فليكن هذا منه، و لعلّه أقوى منه دلالة و ألصق بصيغه الإنشاء. و المصنّف لمّا ردّ ذلك كلّ في غير ما ورد عليه النصّ و أتبع المتّفق عليه لزمه مثله هنا. نعم، لو وقع ذلك على وجه الإقرار حكم بطلاق الأربع.

قوله: «و لو قال: أنت طالق. إلخ».

لمّا كانت الثلاث المرسله إنّما تقع منها واحده عند المصنّف كان قوله: «أنت طالق ثلاثا» موجبا لوقوع واحده و إلغاء الباقي، فإذا عبّبه بالاستثناء المستغرق يكون الاستثناء لاغيا كما في غيره من صيغ الأقارير و نحوها، فتبقى الواحده بحالها. و أولى منه بالصحة ما لو قال: ثلاثا إلا اثنتين، أو إلا واحده.

و تبّه بذلك على خلاف العامّه (٢) القائلين بوقوع الثلاث لو لا الاستثناء، فإنهم يحكمون مع الاستثناء بصحّته مراعى بقواعده المقرّره (٣)، فيبطلون المستغرق و يثبتون الثلاث، و الباقي بعد الاستثناء غير المستغرق كواحده بقوله:

إلا اثنتين، و اثنتين بقوله: إلا واحده و هكذا.

و قول المصنّف: «إن نوى بالأول الطلاق» لا خصوصيّة له بهذه المسألة، لأن القصد معتبر في جميع الصيغ. و ليس هذه كالكنايه المفتقره إلى نيّه زائده كما

ص: ١٠٨

١- ١) لاحظ ص: ٨٨.

٢- ٢) الحاوى الكبير ١٠: ٢٤٨ و ٢٥٠، المغنى لابن قدامه ٨: ٣١٣، روضه الطالبين ٦: ٨٣ و ٨٥.

٣- ٣) في «ح، ط، و»: المشهوره.

و لو قال: أنت طالق(١) غير طالق، فإن نوى الرجعه صحّ، لأن إنكار الطلاق رجعه، وإن أراد النقض حكم بالطلاق.

و لو قال: طلقه إلا طلقه، لغا الاستثناء، و حكم بالطلاق بقوله:

طالق.

سبق (١)، بل هي من الألفاظ الصريحة. نعم، اعتبر القائلون بصحّ الاستثناء أن يكون قصده مقترنا بأول اللفظ، فلو بدا له الاستثناء بعد تمام المستثنى منه لم يؤثر الاستثناء، لوقوعه بعد لحوق الطلاق، فيلغو.

قوله: «و لو قال: أنت طالق. إلخ».

إذا قال: أنت طالق غير طالق، فإن كان الطلاق رجعيًا، و قصد الرجعه بقوله: غير طالق، و قلنا إن إنكار الطلاق رجعه، صحّ الطلاق و الرجوع. و إن أراد النقض بجعل «غير» بمنزله «إلا» كان كالأستثناء المستغرق، فيبطل النقض و تصحّ الواحد. و كذا لو كان بائنا، أو لم نقل إن إنكار الطلاق يفيد الرجعه. و سيأتي (٢) الكلام فيه.

و لو قال: طلقه إلا طلقه، فهو استثناء مستغرق، فيبطل الاستثناء لاستغراقه، و تقع (٣) الطلقه بغير إشكال، إذ لا فرق في بطلان الاستثناء المستغرق بين تعدّد أفراد المستثنى منه و اتّحادها.

ص: ١٠٩

١-١) في ص: ٦٣-٦٤، و غيرهما.

٢-٢) في ص: ١٨٦.

٣-٣) في «ح»: و تصحّ.

و لو قال: زينب (١) طالق، ثمَّ قال: أردت عمره، و هما زوجتان، قبل.

و لو قال: زينب طالق (٢) بل عمره، طَلَّقْتَا جَمِيعًا، لَأَنَّ كَلَّ وَاحِدَهُ مِنْهُمَا مَقْصُودَةٌ فِي وَقْتِ التَّلْفِظِ بِاسْمِهَا. وَ فِيهِ إِشْكَالٌ يَنْشَأُ مِنْ اعْتِبَارِ النُّطْقِ بِالصِّيغَةِ.

قوله: «و لو قال: زينب. إلخ».

وجه القبول. مع كونه رجوعاً عمّا ثبت ظاهراً من الحكم بطلاق زينب - أن المرجع في تعيين المطلّقه إلى قصده، و الاسم كاشف عنه، و الغلط فيه ممكن، و لا يعلم إلّا من قبله فيقبل، لأن سبق اللسان من اسم إلى آخر واقع كثيراً، فكان كدعواه الغلط في الانتقال من لفظ إلى آخر يقاربه في حروفه ك: طاهر و طالق و طارق و نحوها.

و قيّد بكونهما زوجتين ليحترز عمّا لو ادّعى قصد أجنبيّه و غلط في تسميه زوجته، فإنه لا يقبل، لأن ذلك خلاف الظاهر، فإن الأصل في الطلاق أن يواجه به الزوجه أو يعلّق بها، فدعواه إرادته الأجنبيّه غير مسموعه.

قوله: «و لو قال: زينب طالق. إلخ».

وجه الحكم بطلاقهما وقوع الصيغه تامّه في المعطوف عليها، و الأخرى معطوفه عليها، فيقتضى اشتراكهما في الحكم المذكور، بمعنى أنه يقدر في المعطوف مثل حكم المعطوف عليه، فتكون الصيغه في «عمره» في حكم المذكور.

و المصنّف استشكل ذلك من حيث إن المعتبر في الطلاق النطق بالصيغه تامّه، و لا يكفي تقديرها و إن اكتفى به في إثبات الحكم الذي لا يتوقّف على

الركن الرابع: الإشهاد ولا بدّ من حضور (١) شاهدين يسمعان الإنشاء، سواء قال لهما:

اشهدا، أو لم يقل. وسماعهما التلقظ شرط في صحّحه الطلاق، حتى لو تجرّد عن الشهاده لم يقع، ولو كملت شروطه الآخر.

صيغته مخصوصه، بل على مجرّد الدلاله على معناه.

ولا فرق في ذلك بين كون الثاني معطوفه بالواو و«بل» لاشتراكهما في المقتضى للفساد، وهو عدم تماميه الصيغه في المعطوفه.

وربّما فرق بينهما و حكم بصحّته في المعطوفه بالواو، نظرا إلى أن الواو تقتضى الجمع بين المعطوف و المعطوف عليه، فيكون قوله: «طالق» في الأول مرادا في الثانيه، بخلاف المعطوفه ب«بل» لأنها تفيده الإضراب عن الأولى و إثباته للمعطوفه، و إذا بطل حكم «طالق» في الأولى لم يكن مؤثرا في الثانيه.

و الأقوى توقّف الثانيه على الصيغه التامه مطلقا، و إلا- اختصّ الطلاق بالأولى. نعم، لو وقع ذلك على وجه الإقرار حكم بطلاقهما، لأنه أقرّ بطلاق المذكوره أولا ثمّ رجع مستدركا و أقرّ بطلاق الثانيه، فلا يقبل رجوعه عن الأول، و يؤاخذ بالثاني، كما لو قال: له علىّ درهم بل دينار.

قوله: «و لا بدّ من حضور. إلخ».

أجمع الأصحاب على أن الإشهاد شرط في صحّحه الطلاق. و يدلّ عليه- وراء الإجماع- قوله تعالى بعد ذكر الطلاق وَ أَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ (١) الآية، و إن كانت محتمله للإشهاد على الرجعه لقربها إلا أن الأخبار خصّصته به، روى محمد بن مسلم و زراره في الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إن.

ص: ١١١

الطلاق لا يكون بغير شهود» (١). و روى أبو الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «من طلق بغير شهود فليس بشيء» (٢). و عن محمد بن مسلم قال: «قدم رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام بالكوفة فقال: إني طلقت امرأتى بعد ما طهرت من محيضها قبل أن أجامعها، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: أشهدت رجلين ذوى عدل كما أمرك الله؟ فقال: لا، فقال: اذهب فإن طلاقك ليس بشيء» (٣). و الأخبار فى ذلك مستفيضة.

والمعتبر سماع الشاهدين لإنشاء الطلاق، سواء قال لهما: «اشهدا» أم لا، لأن الشهادة لا يشترط فى ثبوتها فى نفسها طلبها من الشهود. و فى حسنه ابن أبى نصر قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل كانت له امرأه طهرت من محيضها فجاء إلى جماعه فقال: فلانه طالق، يقع عليها الطلاق و لم يقل:

اشهدوا؟ قال: نعم» (٤). و مثله روى صفوان بن يحيى (٥) فى الحسن عنه عليه السلام.

و كما يعتبر سماعهما لإنشاء إذا كان لفظا تعتبر رؤيتهما إشاره الأخرس و كتابه العاجز أو الغائب، لعموم قوله تعالى وَ أَشْهَدُوا الشامل للسمع

ص: ١١٢

-
- ١- (١) الكافى ٦: ٧٣ ح ٣، التهذيب ٨: ٤٢ ح ١٢٨، الوسائل ١٥: ٣٧١ ب (١٣) من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٣.
 ٢- (٢) الكافى ٦: ٦٠ ح ١٣، التهذيب ٨: ٤٢ ح ١٥٠، الوسائل ١٥: ٢٨١ ب (١٠) من أبواب مقدمات الطلاق ح ٦.
 ٣- (٣) الكافى ٦: ٦٠ ح ١٤، التهذيب ٨: ٤٨ ح ١٥١، الوسائل الباب المتقدم ح ٧.
 ٤- (٤) الكافى ٦: ٧٢ ح ٣، التهذيب ٨: ٤٩ ح ١٥٤، الوسائل ١٥: ٣٠٢ ب (٢١) من أبواب مقدمات الطلاق ح ١.
 ٥- (٥) الكافى ٦: ٧٢ ح ٤، التهذيب ٨: ٤٩ ح ١٥٥، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

و كذا لا يقع بشاهد (١) واحد و لو كان عدلا، و لا بشهادة فاسقين، بل لا بدّ من حضور شاهدين ظاهرهما العدالة. و من فقهاءنا من اقتصر على اعتبار الإسلام فيهما. و الأول أظهر.

و الرؤية. و تعبير المصنّف بالسمع مبنّى على الغالب من وقوعه باللفظ.

قوله: «و كذا لا يقع بشاهد».

لما كان الحكم بالصحة معلقا على الشاهدين العدلين - كما صرّحت به النصوص (١) من الكتاب و السنّة - لم يكن العدل الواحد كافيا و لا الفاسقان، لفوات العدد المعبر في الأول و الوصف في الثاني.

و هل المعبر في العدالة هنا ظهورها بترك المعاصي و القيام بالواجبات مع الايمان الخاص كما اعتبر في غيره من الشهادات، أم يكفي الإسلام و إن انتفى الايمان الخاص و العدالة بالمعنى المشهور؟ الأشهر الأول، لأن الظاهر من الآية اعتبار أمر آخر مع الإسلام، لقوله ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ فَإِنِ الْخَطَابُ لِلْمُسْلِمِينَ، فيستفاد اعتبار إسلام الشاهدين من قوله: «منكم» و يبقى الوصف بالعدالة زائدا، فلا - بدّ من مراعاته. إلاّ أنه لا يتعيّن اعتبار العلم بما ذكروه من الملكة المقرّرة في الشهادة و غيرها، لجواز إرادته من لا يظهر فسقه، إذ لا - واسطه بين العدل و الفاسق، و لا يصحّ الحكم على المجهول بالفسق. و إلى هذا ذهب جمع من أصحابنا منهم ابن الجنيد (٢) و الشيخ (٣) في أحد قوليّه. و أما المصنّف و باقى المتأخّرين فهم على أصلهم في العدالة المعبره في الشهادة.

ص: ١١٣

١-١) راجع ص: ١١١-١١٢.

٢-٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧١٧.

٣-٣) المبسوط ٢١٧: ٨.

و القول بالاكتفاء فيهما هنا بالإسلام للشيخ في النهاية (1) و جماعه منهم القطب الراوندى (2)، إما بناء على أن الأصل في المسلم العدالة، أو لخصوص روايه أحمد بن أبي نصر البزنطى الحسنه قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طلق امرأته بعد ما غشيها بشهاده عدلين، قال: ليس هذا طلاقاً. فقلت:

جعلت فداك كيف طلاق السنّه؟ فقال: يطلقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشاها بشاهدين عدلين كما قال الله تعالى في كتابه، فإن خالف ذلك يردّ إلى كتاب الله تعالى. فقلت له: فإن طلق على طهر من غير جماع بشاهد و امرأتين، فقال: لا تجوز شهاده النساء في الطلاق، و قد تجوز شهادتهنّ مع غيرهنّ في الدم إذا حضرته. فقلت: فإن أشهد رجلين ناصبتين على الطلاق أ يكون طلاقاً؟ فقال:

من ولد على الفطره أجزت شهادته على الطلاق بعد أن تعرف منه خيراً» (3).

و هذه الروايه واضحه الأسناد و الدلاله على الاكتفاء بشهاده المسلم في الطلاق. و لا يرد أن قوله: «بعد أن تعرف منه خيراً» ينافى ذلك، لأن الخير قد يعرف من المؤمن و غيره، و هو نكره في سياق الإثبات لا يقتضى العموم، فلا ينافيه - مع معرفه الخير منه بالذى أظهره من الشهادتين و الصلاه و الصيام و غيرها من أركان الإسلام - أن يعلم منه ما يخالف الاعتقاد الصحيح، لصدق معرفه الخير منه معه. و في الخبر - مع تصديره باشرط شهاده عدلين ثمّ اكتفاؤه بما ذكر - تنبيه على أن العدالة هي الإسلام، فإذا أضيف إلى ذلك أن لا يظهر الفسق كان

ص: ١١٤

١-١) النهاية: ٥١٠.

٢-٢) فقه القرآن ١٦٥: ٢.

٣-٣) الكافي ٦٧: ٦ ح ٦، التهذيب ٤٩: ٨ ح ١٥٢، الوسائل ٢٨٢: ١٥ ب (١٠) من أبواب مقدمات الطلاق ح ٤.

أولى.

إذا تقرّر ذلك فالمعتبر شهاده شاهدين خارجين عن المطلّق. ثمّ إن كان هو الزوج فواضح. وإن كان وكيله ففي الاكتفاء به عن أحدهما وجهان، من تحقّق اثنين خارجين عن المطلّق، و من أن الوكيل نائب عن الزوج، فهو بحكم المطلّق، فلا بدّ من اثنين خارجين عنهما. وفيه: أن أحدهما -أعنى:

الزوج و الوكيل -خارج، لأن اللفظ لا يقوم باثنين، فأيهما اعتبر اعتبرت شهاده الآخر.

و يتفرّع على المشهور من اعتبار عداله الشاهدين بمعنى ملكه التقوى و المروءه أن المعتبر ثبوتها ظاهرا لا في نفس الأمر، لأنه لا يطّلع عليه إلاّ الله و الشاهد، فلو اعتبر ذلك في حقّ غيرهما لزم التكليف بما لا يطاق.

و حينئذ فلا يقدح فسقهما في نفس الأمر في صحّه الطلاق مع ظهور عدالتهما.

و لا يشترط حكم الحاكم بها، بل ظهورها عند المطلّق و من يترتب على (1) الطلاق حكما.

و هل يقدح فسقهما في نفس الأمر بالنسبه إليهما حتى لا يصحّ لأحدهما أن يتزوّج بها، أم لا، نظرا إلى حصول شرط الطلاق، و هو العداله ظاهرا؟ وجهان. و كذا لو علم الزوج فسقهما مع ظهور عدالتهما، ففي الحكم بوقوع الطلاق بالنسبه إليه -حتى تسقط عنه حقوق الزوجيه و يستيح أختها و الخامسة- الوجهان. و الحكم بصحّته فيهما لا يخلو من قوّه.

ص: ١١٥

و لو شهد أحدهما (١) بالإنشاء، ثمَّ شهد الآخر به بانفراده، لم يقع الطلاق. أما لو شهدا بالإقرار لم يشترط الاجتماع. و لو شهد أحدهما بالإنشاء و الآخر بالإقرار لم يقبل.

قوله: «و لو شهد أحدهما. إلخ».

لَمَّا كان سماع الشهادتين شرطاً في صحّة الطلاق - كغيره من الشروط المعتره فيه - كان المعتر اجتماعهما في السماع على الإنشاء الواحد، فلو تعدّد الإنشاء و سَمِعَ كُلُّ واحد شاهداً (١) لم يقع، لفقّد شرط الصحّة في كلّ منهما. و أولى بعدم الوقوع ما لو سَمِعَ الإنشاء شاهد واحد ثمَّ أقرَّ به عند آخر، أو لم يسمع الإنشاء شاهد ثمَّ أشهدهما على الإقرار، لأن الإقرار إخبار عمّا وقع سابقاً، فإذا لم يصحّ السابق لفقّد شرطه لم يصحّ الإقرار. هذا إذا علم استناد الإقرار به إلى ما أوقعه منه بغير إلهاد، أما لو أطلق الإقرار به سَمِعَ و صحّت الشهاده عليه و حكم بوقوعه صحيحاً، لأن الطلاق منزّل على الصحيح، سواء شهد على إقراره الواحد شاهدان أو شهدا على إقراره في وقتين، لأن صحّة الإقرار لا يشترط فيها الإلهاد، و إنما المعتر ثبوته شرعاً، و هو يحصل مع تعدّد و شهاده كلّ واحد على واحد من الإقرارين، لأن مؤداهما واحد، كما لو أقرَّ بغيره من الحقوق.

و يدلّ على اشتراط سماع الشاهدين إنشاء الطلاق الواحد حسنه أحمد بن أبي نصر قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع و أشهد اليوم رجلاً ثمَّ مكث خمسة أيام ثمَّ أشهد آخر، فقال: إنما أمر أن يشهدا جميعاً» (٢).

ص: ١١٦

١- ١) في إحدى الحجريتين: إنشاء.

٢- ٢) الكافي ٦: ٧١ ح ١، التهذيب ٨: ٥٠ ح ١٥٧، الاستبصار ٣: ٢٨٥ ح ١٠٠٥، الوسائل ١٥: ٣٠١ ب (٢٠) من أبواب مقدمات الطلاق

ح ١.

و لا تقبل شهاده (١) النساء فى الطلاق لا منفردات و لا منضّمات إلى الرجال.

و لا- ينافى ذلك ما رواه محمد بن إسماعيل بن بزيع فى الصحيح عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن تفریق الشاهدين فى الطلاق فقال: نعم، و تعتدّ من أول الشاهدين. و قال: لا يجوز حتى يشهدا جميعا» (١). لأن هذا محمول على تفریقهما فى أداء الشهاده لا فى تحمّلها جمعا. و يؤیده قوله: «و تعتدّ من أول الشهادتين» لأنه يكون قد وقع بهما، فإذا شهد أولهما بوقت كان الآخر شاهد به كذلك و إن تأخر فى الأداء. و قوله: «لا يجوز حتى يشهدا جميعا» يجوز أن يريد به ما ذكرناه من الإشاره إلى أن الشرط تحمّلها الشهاده جميعا أى: مجتمعين فى وقت واحد، فيكون ذلك استدراكا لما يتوهم من خلافه فى أول الكلام. و هذا هو الظاهر. و أن يريد أنه لا يثبت حتى يشهدا جميعا بوقوعه منه، لأن الطلاق لا يثبت إلا بشاهدين.

قوله: «و لا تقبل شهاده. إلخ».

قد تقدّم (٢) ما يدلّ من الأخبار على أن شهاده النساء لا تقبل فى الطلاق، و إنما تعتبر شهاده عدلين ذكرين. و يدلّ عليه أيضا قوله تعالى وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ (٣) فإنه يدلّ على اعتبار ذكوريّتهما، لأنه حقيقه فيه، و دخول الإناث بالتبعيه على خلاف الأصل، و الأخبار (٤) قد بيّنت المراد من الآيه

ص: ١١٧

١- ١) التهذيب ٨: ٥٠ ح ١٥٨، الاستبصار ٣: ٢٨٥ ح ١٠٠٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

٢- ٢) فى ص: ١١٤، هامش (٣).

٣- ٣) الطلاق: ٢.

٤- ٤) لاحظ الوسائل ١٨: ٢٥٨ ب «٢٤» من أبواب الشهادات ح ٥، ٤، ٢ و غيرها.

و لو طلق و لم يشهد (١) ثمَّ أشهد كان الأول لغوا، و وقع حين الإشهاد إذا أتى باللفظ المعبر في الإنشاء.

و خصّصت (١) ذلك. و الخناثى بحكم النساء في الشهاده.

قوله: «و لو طلق و لم يشهد. إلخ».

المراد أنه أتى باللفظ المعبر في الطلاق قاصداً به إنشاءه، فلو قصد الإخبار لم يقع و إن أتى باللفظ المعبر في الإنشاء، كقوله: أشهد أن فلان طالق، قاصداً لإشهاد لا بإنشاء. و المائر حينئذ بين العبارتين القصد، و يمكن علم الشاهدين به بإخباره عنه و بالقرائن الدالّة على أحدهما.

و الأصل في هذه المسألة صحيحه أحمد بن محمد قال: «سألته عن الطلاق، فقال: على طهر، و كان على عليه السلام يقول: لا طلاق إلا بالشهود، فقال له رجل: فإن طلقها و لم يشهد ثمَّ أشهد بعد ذلك بأيام فمتى تعتد؟ قال: من اليوم الذي أشهد فيه على الطلاق» (٢).

و المصنّف - رحمه الله - قيّد الروايه بقوله: «إذا أتى باللفظ المعبر في الإنشاء». و هو قيد حسن، لأن الروايه قاصره عن إفاده الحكم مطلقاً.

ص: ١١٨

١- ١) في «ح، ط» و إحدى الحجريتين: و حققت.

٢- ٢) التهذيب ٨: ٥٠ ح ١٥٩، الوسائل ١٥: ٢٨٤ ب (١٠) من أبواب مقدمات الطلاق ح ١٠.

النظر الثاني: في أقسام الطلاق و لفظه يقع (١) على البدعه و السنّه.

فالبده ثلاث

فالبده ثلاث: طلاق الحائض بعد الدخول مع حضور الزوج معها، و مع غيبته دون المدّه المشترطه. و كذا النفساء، أو في طهر قربها فيه. و طلاق الثلاث من غير رجعه بينها. و الكلّ عندنا باطل لا يقع معه الطلاق.

قوله: «و لفظه يقع إلخ».

المشهور في كلام الأصحاب و غيرهم (١) انقسام الطلاق إلى السنّي و البدعي. و المراد بالبدعي المحرّم إيقاعه نسبة إلى البدعه، و هي تقابل السنّه النبويّه، و بالسنّي ما يجوز بالمعنى الأعمّ نسبة إلى السنّه النبويّه، و يعبر عنه بالشرعي، سواء كان مع ذلك واجبا كطلاق المؤلى و المظاهر، فإنه يؤمر بعد المدّه بأن يفىء أو يطلق، فالطلاق واجب تخييرا، أم محبوبا (٢) كالطلاق مع الشقاق و عدم رجاء الوفاق و إذا لم تكن عفيفه يخاف منها إفساد الفراش، أم مكروها كالطلاق عند التيام الأخلاق و سلامه الحال، روى أنه صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: «أبغض المباحات إلى الله تعالى الطلاق» (٣) و عنه عليه السلام قال: «أئما امرأه سألت زوجها الطلاق من غير بأس لم ترح رائحه الجنّه» (٤).

ص: ١١٩

١- ١) انظر الحاوى الكبير للماوردى ١١٤: ١٠، الوجيز للغزالي ٥٠: ٢، روضه الطالبين للنووى ٣: ٦.

٢- ٢) في الحجريّتين: محتوما.

٣- ٣) سنن أبى داود ٢٥٥: ٢ ح ٢١٧٨، سنن ابن ماجه ٦٥٠: ١ ح ٢٠١٨، علل الحديث للرازى ٤٣١: ١ ح ١٢٩٧، سنن البيهقى ٣٢٢: ٧، تلخيص الحبير للعسقلانى ٢٠٥: ٣ ح ١٥٩٠.

٤- ٤) المصنف لابن أبى شيبه ٢٧١: ٥، مسند أحمد ٢٧٧: ٥، سنن الدارمى ١٦٢: ٢، سنن ابن ماجه ١: ٦٦٢ ح ٢٠٥٥، سنن الترمذى ٤٩٣: ٣ ح ١١٨٧، سنن البيهقى ٣١٦: ٧.

و للتحريم أسباب ثلاثة:

أحدها: الحيض مع الدخول، و حضور الزوج أو حكمه، و كون المرأة حائلاً. و فى معناه النفاس.

و ثانيها: عدم استبرائها بطهر آخر غير ما مسّها فيه. و هذان سببان للتحريم عند جميع العلماء.

و ثالثها: طلاقها أزيد من واحد غير رجعه متخلّله بين الطلقات، أعمّ من إيقاعها بلفظ واحد أو مترتبه. و تحريم هذا النوع مختصّ بمذهبننا. و وافقنا أبو حنيفة (١) و مالك (٢) فى بدعيه الجمع بين الطلقات بلفظ واحد. و اتفق الجمهور على صحّحه طلاق البدعيه مع الإثم. و أصحابنا على بطلانه إلا فيما زاد على الواحد، فإنه مع وقوعه مترتباً يقع واحد إجماعاً، و مع وقوعه بلفظ واحد يقع واحد على ما سبق (٣) من الخلاف. و حكم المصنف ببطلان الجميع يظهر فى الأولين، أما الأخير فالبطلان يتعلّق بالمجموع من حيث هو مجموع لا بكلّ واحد من أفرادها، لئلاّ ينافى حكمه بصحّحه الواحد فيما سبق (٤).

و اعلم أن حكمهم ببطلان الطلاق البدعي لا يلائم تقسيمهم الطلاق إليه و إلى السنّى، لأن مورد القسمه ينبغى أن يكون الطلاق الصحيح كما هو المستعمل فى سائر الأحكام المقسمه، و إنما يحسن تقسيمه إليهما عند العامّه القائلين بصحّته فيهما.

ص: ١٢٠

١- ١) حليه العلماء للشاشى ٧:٢٢، المغنى لابن قدامه ٨:٢٤١-٢٤٢.

٢- ٢) المدوّنه الكبرى لمالك ٢:٤١٩، بدايه المجتهد لأبى الوليد القرطبي ٢:٦٤.

٣- ٣) فى ص: ٩٢.

٤- ٤) فى ص: ٩٢.

ثمَّ حصرهم الطلاق البدعي في الثلاثه المذكوره مع الحكم بطلانها يقتضى كون الطلاق الباطل أعمّ من البدعي، فإن طلاق من لم يشهد عليه شاهدين (١) و من طلق بالكنايه (٢) و شبه ذلك خارج عن البدعه مع كونه باطلا. و ينبغي أن يكون الطلاق أزيد من مرّه مترتبا بدون الرجعه من قسم الباطل لا من أقسام البدعه، و تخصيص البدعه بالثلاث المرسله التى يراها العامه (٣) و حرّمها قوم منهم، لأن الطلاق الثانى المترتب يستند بطلانه إلى فقد شرط و هو تعلّقه بغير الزوجه، و أما كون التلقظ بالصيغه حينئذ محرّما فلا دليل عليه. و مجرّد التشريع بذلك أو تقييده باعتقاد (٤) الشرعيه (٥) يشترك فيه جميع الأقسام المحكوم بطلانها خارجا عن الثلاثه.

و بقى فى عبارته المصنّف بحث آخر، و هو أنه قيّد هنا بدعيه طلاق الحائض بكونها مدخولا بها و الزوج حاضرا معها أو غائبا دون المدّه المشترطه، و لم يذكر اشتراط كونها حائلا كما صنع فيما سبق (٦). و فى باب الحيض (٧) اقتصر على الشرطين أيضا. و هو أجود من التقييد بكونها حائلا أيضا، لأنه لا يرى جواز حيض الحامل فلا يفتقر إلى الاحتراز عنه. و لكنّه فى شرائط الطلاق فى

ص: ١٢١

١- ١) فى «ش، و» و الحجرّيتين: شاهدان.

٢- ٢) فى «ش»: بالكتابه.

٣- ٣) انظر مذاهبهم فى الصفحه السابقه.

٤- ٤) فى «م» و الحجرّيتين: باعتبار.

٥- ٥) فى «ش، م» و الحجرّيتين: المشروعيه.

٦- ٦) فى ص: ٣٥.

٧- ٧) فى ج ١: ٦٥.

و السنّه تنقسم (١) أقساما ثلاثة: بائن، و رجعي، و طلاق العده. أول الكتاب (١) ذكره شرطا و جرى فيه على مذهب غيره، فلذلك كان ما هنا أجود.

قوله: «و السنّه تنقسم. إلخ».

جعل طلاق العده قسيما للرجعي غير جيّد، لأن طلاق العده من جمله أقسام الرجعي و داخل فيه، فلا يجعل قسيما له المقتضى لخروجه عنه. و كان الأولى تقسيم طلاق السنّه إلى بائن و رجعي، ثمّ تقسيم الرجعي إلى طلاق العده و غيره، كما صنع في التحرير (٢). و في القواعد (٣) قسم الطلاق الشرعي - و هو طلاق السنّه بالمعنى الأعم - إلى طلاق عده و سنّه بالمعنى الأخصّ. و المراد به أن يطلّق على الشرائط ثمّ يتركها حتى تخرج من العده، سواء كانت العده رجعيه أم بائنه، ثمّ يتزوّجها بعقد جديد. و هذه القسمة و إن لم تكن متداخله إلّا - أنها غير حاصره، فإن الطلاق الشرعي أعمّ منهما. ثمّ بعد ذلك قسّمه إلى البائن و الرجعي و اقتصر عليهما. و هو جيّد. و كذلك فعل في الإرشاد (٤)، إلّا أنه قدّم التقسيم إلى البائن و الرجعي على السنّي و العدي. و الحكم فيهما واحد.

و التحقيق: أن الطلاق العدي من أقسام الرجعي كما ذكرناه، فلا يجعل قسيما له. و الطلاق السنّي بالمعنى الأخصّ بينه و بين كلّ واحد من البائن و الرجعي عموم و خصوص من وجه. يختصّ البائن عنه بما إذا لم يتزوّجها بعد العده مع كونه بائنا، و يختصّ السنّي عنه بما إذا كان رجعيًا فلم يرجع و تزوّجها

ص: ١٢٢

١ - ١) في ص: ٣٥.

٢ - ٢) تحرير الأحكام ٥٤: ٢.

٣ - ٣) قواعد الأحكام ٦٤: ٢.

٤ - ٤) إرشاد الأذهان ٤٤: ٢.

فالبائن: ما لا يصحّ (١) للزوج معه الرجعه.

و هو ستّه: طلاق التي لم يدخل بها. واليائسه. و من لم تبلغ المحيض. و المختلعه و المبارئه ما لم ترجعا في البذل. و المطلقه ثلاثا بينها رجعتان.

بعد العده، و يتصادقان فيما إذا كان الطلاق بائنا و تزوّجها بعد العده. و يختصّ العدى عنه بما إذا رجع في العده، و يختصّ السنّى عنه بما إذا كان الطلاق بائنا و تزوّج بعد العده، و يتصادقان فيما إذا كان الطلاق رجعيًا و لم يرجع فيه إلى أن انقضت العده ثمّ تزوّجها بعقد جديد. فالأجود في التقسيم أن يقسم الطلاق السنّى إلى البائن و الرجعي، و القسمة حاصره غير متداخله. و يقسم أيضا إلى طلاق العده و طلاق السنّه بالمعنى الأخصّ و غيرهما، لا أن يقتصر عليهما.

و ما ذكرناه من أن الطلاق السنّى بالمعنى الأخصّ أعمّ من البائن و الرجعي هو مدلول فتاوى الأصحاب أجمع، و سيأتي (١) بيانه في عبارته المصنّف، و لكن الظاهر من الأخبار (٢) اختصاصه بالطلاق الرجعي، و على هذا فيكون من أقسامه كطلاق العده.

قوله: «فالبائن ما لا يصحّ إلخ».

المعتبر في الدخول الموجب للعده القدر الموجب للغسل، و هو غيبوبه الحشفه أو قدرها في قبل أو دبر، و المراد بمن لم تبلغ المحيض من لا يمكن حيضها، و هى من نقص سنّها عن التسع، فمن أكملتها تلزمها العده و إن لم تكن ممّن تحيض عادة.

ص: ١٢٣

١-١) في ص: ١٢٧ و ١٢٩-١٣٠.

٢-٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٤٤ ب «١» من أبواب أقسام الطلاق ح ١، ٤، ٧، ٨.

و الرجعى: هو الذى (١) للمطلق مراجعتها فيه، سواء راجع أو لم يراجع.

و تقييد المختلعه و أختها بمدّه لم ترجعا فى البذل يقتضى أن عدّتها (١) قد تكون بائنه و قد تكون رجعيه، فتبتدى على البيئونه و تستمر كذلك إلى أن ترجع فى البذل فتصير حينئذ رجعيه إلى آخر العدّه، سواء رجع أم لا، و سواء علم برجوعها أم لا، لأن العدّه الرجعيه لا- يشترط فى تحقّقها علم الزوج بجواز الرجوع بل المعتبر جواز رجوعه شرعا. و تظهر الفائده فيما لو رجع المخالغ بعد رجوعها و واقعها ثمّ طلقها على الشرائط، فيكون الطلاق حينئذ طلاق عدّه و إن كانت فى الأصل بائنه، فيترتب عليه حكم الطلاق العدّى. و على هذا لا يضرّ أيضا تقسيم الطلاق الرجعى إلى العدّى و غيره بسبب هذا الفرد الذى ابتدأت عدّته على البيئونه، لأن جعله رجعيّا عدّيّا إنما هو بعد رجوعها فى البذل، و قد صار بذلك رجعيّا كما قرّناه. و للأصحاب خلاف فى أن رجوع المخالغ بعد رجوعها فى البذل و وطيه هل يصير الطلاق طلاق عدّه أم لا؟ لما ذكرناه من الوجه فى الطرفين. و الأقوى أنه حينئذ طلاق عدّه لاجتماع شرائطه.

قوله: «و الرجعى: هو الذى. إلخ».

المراد أن الطلاق الرجعى ما كان قابلا- للرجوع فيه شرعا و إن لم يحصل الرجوع، و ذلك ما عدا الأقسام الستّه، و منه طلاق المختلعه بعد رجوعها فى البذل، فيكون طلاقها تاره من أقسام البائن و تاره من أقسام الرجعى.

ص: ١٢٤

و أما طلاق العدة: (١) فهو أن يطلّق على الشرائط ثمّ يراجعها قبل خروجها من عدّتها و يواقعها ثمّ يطلّقها في [طهر] غير طهر المواقعه، ثمّ يراجعها و يواقعها ثمّ يطلّقها في طهر آخر، فإنها تحرم عليه حتى تنكح زوجها غيره. فإن نكحت و خلت، ثمّ تزوّجها فاعتمد ما اعتمده أولاً، حرمت في الثالثة حتى تنكح زوجها غيره. فإن نكحت ثمّ خلت فنكحها، ثمّ فعل كالأول، حرمت في التاسعه تحريماً مؤبداً. و لا يقع الطلاق للعدّه ما لم يطأها بعد المراجعه.

قوله: «و أما طلاق العده. إلخ».

هذا هو القسم الثالث من أقسام الطلاق على ما اعتبره المصنّف من التقسيم. و فائده ذكره من بين أقسام الطلاق الرجعي ما يترتب عليه من الأحكام الخاصّه، و هي التحريم في التاسعه مؤبّداً، و الافتقار بعد كلّ ثلاث إلى المحلّل إجماعاً. و جمله ما يعتبر فيه مع الطلاق الرجوع في العده و المجامعه ثمّ الطلاق بعد ذلك في أيّ وقت شاء ممّا يصحّ فيه الطلاق.

و بهذه الكيفيّة وردت الأخبار الكثيره الصحيحه، فمنها صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: «كلّ طلاق لا يكون على السنّه أو على طلاق العده فليس بشيء - إلى أن قال -: و أما طلاق العده التي قال الله تعالى:

فَطَلَّقُوهُنَّ لِإِعْدَّتِهِنَّ وَ أَحْضُوا الْعِدَّةَ فَإِذَا أَرَادَ الرَّجُلُ مِنْكُمْ أَنْ يُطَلِّقَ امْرَأَتَهُ طَلَّاقَ الْعِدَّةِ فَلْيَنْتَظِرْ بِهَا حَتَّى تَحِيضَ وَ تَخْرُجَ مِنْ حَيْضِهَا ثُمَّ يُطَلِّقْهَا تَطْلِيقَهُ مِنْ غَيْرِ جَمَاعٍ وَ يَشْهَدُ شَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ، وَ يَرِاجِعُهَا مِنْ يَوْمِهِ ذَلِكَ إِنْ أَحَبَّ أَوْ بَعْدَ ذَلِكَ بِأَيَّامٍ قَبْلَ أَنْ تَحِيضَ وَ يَشْهَدُ عَلَى رَجْعَتِهَا وَ يَوَاقِعُهَا، وَ تَكُونُ مَعَهُ حَتَّى تَحِيضَ، فَإِذَا حَاضَتْ وَ خَرَجَتْ مِنْ حَيْضِهَا طَلَّقَهَا تَطْلِيقَهُ أُخْرَى مِنْ غَيْرِ جَمَاعٍ وَ يَشْهَدُ عَلَى

و لو طَلَّقَهَا قَبْلَ الْمَوَاقِعِ صَحَّ و لم يكن للعدَّة. (١) و كَلَّ امْرَأَهُ اسْتَكْمَلَتْ (٢) الطَّلَاقُ ثَلَاثًا حَرَمَتْ حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجًا غَيْرَ الْمَطْلُوقِ، سِوَاءَ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا أَوْ لَمْ تَكُنْ، رَاجِعَهَا أَوْ تَرَكَهَا.

ذَلِكَ، ثُمَّ يَرَاغِعُهَا أَيْضًا مَتَى شَاءَ قَبْلَ أَنْ تَحِيضَ و يشهد على رجعتها و يواقعها، و تكون معه إلى أن تحيض الحيضه الثالثه، فإذا خرجت من حيضها طَلَّقَهَا الثالِثه بغير جماع و يشهد على ذلك، فإذا فعل ذلك فقد بانت منه و لا تحلَّ له حتى تنكح زوجا غيره» (١).

قوله: «و لو طَلَّقَهَا-إلى قوله-للعدَّة».

لأن شرط طلاق العدَّة المواقعه بعد الرجعه و لم تحصل، فيكون طلاق سنَّه بالمعنى الأعم.

قوله: «و كَلَّ امْرَأَهُ اسْتَكْمَلَتْ. إلخ».

هذا هو المعروف في المذهب، و دلت عليه الأدلَّة من الكتاب و السنَّه (٢)، قال الله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا يَعْنِي: الثالِثه فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (٣) و هو شامل بإطلاقه لطلاق العدَّة و غيره. و في بعض الأخبار (٤) أن طلاق السنَّه بالمعنى الأخص لا يحرم في الثالثه. و هو شاذ. و المراد بقوله: «راجعها أو تركها» أي: تركها حتى انقضت عدَّتُها ثُمَّ تزوّجها بعقد جديد ثُمَّ طَلَّقَهَا.

ص: ١٢٦

١- ١) الكافي ٦: ٦٥ ح ٢، التهذيب ٨: ٢٦ ح ٨٣، الوسائل ١٥: ٣٤٤ ب «١» من أبواب أقسام الطلاق ح ١، و ذيله في ص ٣٤٨ ب «٢» ح ١، و الآيه في سورة الطلاق: ١.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٥٠ ب «٣» من أبواب أقسام الطلاق، و ص ٣٥٧ ب «٤».

٣- ٣) البقره: ٢٣٠.

٤- ٤) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٥٣ ب «٣» من أبواب أقسام الطلاق ح ١٦، ١٣، ١٢، ١١.

مسائل ست:

الأولى: إذا طلقها فخرجت (١) من العده

الأولى: إذا طلقها فخرجت (١) من العده، ثم نكحها مستأنفا، ثم طلقها و تركها حتى قضت العده، ثم استأنف نكاحها، ثم طلقها ثالثة، حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره، فإذا فارقها و اعتدت جاز له مراجعتها. و لا تحرم هذه فى التاسعه، و لا يهدم استيفاء عدتها تحريمها فى الثالثه.

قوله: «إذا طلقها فخرجت. إلخ».

هذا هو الطلاق المعبر عنه بطلاق السنه بالمعنى الأخص. و هو يشارك طلاق العده فى تحريم الثالثه إلى أن تنكح زوجا غيره، و يفارقه فى أن هذا لا يحرم مؤبدا مطلقا. أما الثانى فهو محل وفاق، و لا يوجد ما ينافيه.

و أما الأول فيدل عليه عموم قوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ و خصوص روايه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن طلاق السنه، قال: طلاق السنه إذا أراد أن يطلق الرجل امرأته ثم يدعها إن كان قد دخل بها حتى تحيض ثم تطهر، فإذا طهرت طلقها واحده بشهادة شاهدين ثم يتركها حتى تعتد ثلاثه قروء، فإذا مضى ثلاثه قروء فقد بانت منه بواحد، و كان زوجها خاطبا من الخطاب إن شاءت تزوجته و إن شاءت لم تفعل. فإن تزوجها بمهر جديد كانت عنده على ثنتين باقيتين و قد مضت الواحد، فإن هو طلقها واحده أخرى على طهر بشهادة شاهدين ثم تركها حتى تمضى أقرأؤها من قبل أن يراجعها فقد بانت باثنتين و ملكت أمرها و حلت للأزواج، و كان زوجها خاطبا من الخطاب إن شاءت تزوجته و إن شاءت لم تفعل. فإن هو تزوجها تزويجا جديدا بمهر جديد كانت معه على واحد باقيه و قد مضت ثنتان،

فإن أراد أن يطلقها طلاقاً لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره تركها حتى إذا حاضت و طهرت أشهد على طلاقها تطليقه واحده ثمّ لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره» (١).

و نثبه بقوله: «و لا يهدم عدّتها تحريمها في الثالثه» على ما روى في شواذ الأخبار عن عبد الله بن بكير، عن زراره قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: الطلاق الذي يحبه الله و الذي يطلق الفقيه- و هو العدل بين المرأه و الرجل- أن يطلقها في استقبال الطهر بشهاده شاهدين و إرادته من القلب، ثمّ يتركها حتى تمضى ثلاثه قروء، فإذا رأت الدم في أول قطره من الثالثه- و هي آخر القراء، لأن الأقرء هي الأطهار- فقد بانت منه، و هي أملك بنفسها، فإن شاءت تزوّجته و حلّت له بلا زوج. فإن فعل هذا بها مائه مرّه هدم ما قبله و حلّت بلا زوج. و إن راجعها قبل أن تملك نفسها ثمّ طلقها ثلاث مرّات يراجعها و يطلقها لم تحلّ له إلا بزواج» (٢).

و هذه الروايه- مع شدوذها- رواها عبد الله بن بكير، و هو فطحى المذهب لا- يعتمد على روايته، خصوصاً مع مخالفتها لغيرها (٣) بل للقرآن الكريم (٤). و مع ذلك ففيها قادح آخر، و هو أن عبد الله كان يفتى بمضمونها و روجع في أمرها

ص: ١٢٨

١- ١) الكافي ٦: ٦٦ ح ٤، التهذيب ٨: ٢٧ ح ٨٤، الاستبصار ٣: ٢٦٨ ح ٩٥٩، الوسائل ١٥: ٣٤٥ ب «١» من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٣.

٢- ٢) التهذيب ٨: ٣٥ ح ١٠٧، الاستبصار ٣: ٢٧٦ ح ٩٨٢، الوسائل ١٥: ٣٥٥ ب «٣» من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١٦.

٣- ٣) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٥٠ ب «٣» من أبواب أقسام الطلاق.

٤- ٤) البقره: ٢٣٠.

فقال: هذا مما رزق الله من الرأي. قال الشيخ: «و من هذه حالته يجوز أن يكون أسند ذلك إلى زراره نصره لمذهبه الذي كان أفتى به، و أنه لما رأى أصحابه لا يقبلون ما يقوله برأيه أسنده إلى من رواه عن أبي جعفر عليه السلام، و ليس عبد الله بن بكير معصوما لا يجوز عليه هذا، بل وقع منه من العدول عن اعتقاد مذهب الحق إلى اعتقاد مذهب الفطحيه ما هو معروف من مذهبه، و الغلط في ذلك أعظم من إسناد فتيا يعتقد صحته لشبهه إلى بعض أصحاب الأئمه. و إذا كان الأمر على ما قلناه لم يعترض بهذه الروايه ما ذكر في غيرها» (١).

و العجب مع هذا القدر العظيم من الشيخ في عبد الله بن بكير أنه قال في كتاب الرجال: «أن العصابه أجمعت على تصحيح ما يصح عنه، و أفزوا له بالفقه و الثقه» (٢). و ذكره غيره (٣) من علماء الرجال كذلك. و هذا الخبر مما صح عن عبد الله بن بكير، لأن الشيخ في التهذيب (٤) رواه عن محمد بن محبوب، عن أحمد بن محمد، عن الحسن بن محبوب، عنه، عن زرار، و الجميع ثقاه. و كيف كان فهو بالإعراض عنه حقيق، لما ذكرناه من شذوذه و مخالفته للقرآن بل لسائر علماء الإسلام.

و اعلم أن تعريف المصنّف و غيره لطلاق السنّه بالمعنى الأخصّ يقتضى اختصاصه بذات العدّه و أنّه يشمل العدّه البائنه و الرجعيّه. و في كثير من الأخبار (٥)

ص: ١٢٩

-
- ١- ١) التهذيب ٨: ٣٦ ذيل ح ١٠٧.
 - ٢- ٢) اختيار معرفه الرجل: ٣٧٥ رقم ٧٠٥.
 - ٣- ٣) رجال العلّامه الحلّي: ١٠٦-١٠٧.
 - ٤- ٤) التهذيب ٨: ٣٥ ح ١٠٧.
 - ٥- ٥) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٤٤ ب «١» من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١، ٤، ٧، ٨.

الثانية: إذا طلق الحامل (١) وراجعها جاز له أن يطأها و يطلقها ثانية للعدّه إجماعاً. وقيل: لا يجوز للسنة. والجواز أشبه.

- كالذي أسلفناه (١)- ما يدلّ على اختصاصه بالعدّه الرجعيّه ثمّ لا يراجع فيها.

و الوجه لحوق أحكامه لكلّ طلاق لا يلحقه رجعه، سواء كان ذلك لعدم العدّه أم لكونها بائنه أم لكونها رجعيّه و لم يرجع، فإنه لا تحرم به التاسعه مؤيّداً، لاختصاص ذلك الحكم بطلاق العدّه، و لصدق (٢) عدم الرجعه في جميع ما ذكرناه. و بقي للطلاق أقسام أخر خارجة عن الأمرين يأتي (٣) الكلام فيها إن شاء الله تعالى.

و قول المصنّف: «فإذا فارقها و اعتدّت جاز له مراجعتها» يريد به تزويجها بعقد جديد، و أطلق عليه اسم المراجعة من حيث اللغة، لأنه رجوع إلى النكاح الذي كان فعل سابقاً و إن لم يكن ذلك مراجعه اصطلاحاً.

قوله: «إذا طلق الحامل. إلخ».

اتفق العلماء على جواز طلاق الحامل مرّه بشرائطها، لوجود المقتضى و انتفاء المانع منه كغيرها. و اختلف الأصحاب في جواز طلاقها ثانياً بسبب اختلاف الروايات في ذلك، فذهب الصدوقان (٤) إلى المنع منه إلاّ بعد مضيّ ثلاثه أشهر، سواء في ذلك طلاق العدّه و غيره. و ذهب ابن الجنيد (٥) إلى المنع من طلاق

ص: ١٣٠

١-١ (١) في ص: ١٢٦، هامش (١).

٢-٢ (٢) في «ش، و، م»: و يصدق.

٣-٣ (٣) لاحظ ص: ١٣٦ و ١٥٣.

٤-٤ (٤) المقنع: ١١٦، و حكاه العلامة عن عليّ بن بابويه في المختلف: ٥٨٨.

٥-٥ (٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٨٨.

العده إلا بعد شهر، و لم يتعرّض لغيره. و الشيخ (١) أطلق جواز الطلاق للعده، و منع من طلاقها ثانيا للسنة. و ابن إدريس (٢) و المصنّف و باقي المتأخرين (٣) جؤزوه بها مطلقا كغيرها.

و أما الأخبار ففي كثير (٤) منها أن طلاق الحامل واحده من غير فرق بين طلاق العده و غيره. و في بعضها (٥) النهى عمّا زاد على واحده كذلك. و في بعض (٦) آخر التصريح بجواز تعدده ثلاثا و تحرم به أعمّ من كونه مع تخلّل الوطاء و عدمه.

و في رابع (٧) بجواز تعدده مصرّحا بتخلّل الوطاء المفيد لكونه طلاق عده. و في خامس (٨) النهى عن الثاني بعد الوطاء إلى أن يمضى شهر.

و قد اختلفوا في طريق الجمع بينها، فابن الجنيد (٩) خصّص أخبار الجواز بطلاق العده، نظرا إلى تصريح بعضها به، و خصّ ذلك البعض بوقوع الطلاق بعد شهر جمعا بينه و بين الرواية التي دلّت على النهى عنه قبله. و لم يتعرّض لطلاق السنة، إلا أن مفهومه اختصاص الجواز بطلاق العده.

و أما الشيخ (١٠) فجمع بينها بحمل أخبار النهى عن الزائد عن واحد- و ما في

ص: ١٣١

١-١) النهاية: ٥١٦-٥١٧.

٢-٢) السرائر ٢: ٦٨٨-٦٨٩.

٣-٣) راجع كشف الرموز ٢: ٢١٧، المختلف: ٥٨٨-٥٨٩، إيضاح الفوائد ٣: ٣١٧.

٤-٤) الوسائل ١٥: ٣٨٠ ب «٢٠» من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١، ٢، ٣، ٤، ٥.

٥-٥) الوسائل الباب المتقدّم ح ٧.

٦-٦) الوسائل الباب المتقدّم ح ٦، ٨، ١٠.

٧-٧) الوسائل الباب المتقدّم ح ٩.

٨-٨) الوسائل الباب المتقدّم ح ١١.

٩-٩) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٥٨٨.

١٠-١٠) التهذيب ٨: ٧١ ذيل ح ٢٣٧ و ٢٣٨.

معناه-على طلاق السنّه، وأخبار الجواز على طلاق العده، لتصريح بعضها به.

و فيه نظر، لأن الأخبار الدالّة على جواز طلاقها متعدّدا (١) منها ما هو مطلق في الجواز كإطلاق الأخبار الأخرى في النهي، كروايه إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام بطرق متعدّده و متون متقاربه منها: «سألته عن الحامل يطلقها زوجها ثمّ يراجعها ثمّ يطلقها ثمّ يراجعها ثمّ يطلقها الثالثه، قال: تبين منه و لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره» (٢). فهذه شامله لطلاق العده و غيرهه، بأن يراجعها ثمّ يطلقها في طهر آخر أو فيما دونه، وكلاهما خارجان عن العدى و السنّى بالمعنى الأخصّ.

و منها ما هو مصرّح بجواز تعدّده مع كونه ليس عدّيا و لا سنّيا كذلك، كروايه إسحاق بن عمّار أيضا عنه عليه السلام أنه سأله عن رجل طلق امرأته و هى حامل ثمّ راجعها ثمّ طلقها ثمّ راجعها ثمّ طلقها الثالثه فى يوم واحد تبين منه؟ «قال: نعم» (٣). فهذه صريحه فى جواز تعدّد طلاقها للسنّه بالمعنى الأعمّ فكيف يجمع بينها بالمنع منه؟ مع أن الأخبار الدالّة على كون الطلاق عدّيا ليس فيه ما يدلّ على اختصاصه به بل بمجرّد (٤) فرضه كما فى روايه يزيد الكناسى قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن طلاق الحبلى، فقال: يطلقها واحده للعده بالشهور و الشهود. قالت: فله أن يراجعها؟ قال: نعم، و هى امرأته. قلت: فإن

ص: ١٣٢

١- ١) فى «م» و هامش «و» و الحجرّيتين: متعدّده.

٢- ٢) التهذيب ٨: ٧١ ح ٢٣٧، الاستبصار ٣: ٢٩٩ ح ١٠٥٩، الوسائل ١٥: ٣٨١ ب «٢٠» من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٦.

٣- ٣) التهذيب ٨: ٧٣ ح ٢٤٢، الاستبصار ٣: ٣٠٠ ح ١٠٦٤، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٠.

٤- ٤) فى «ش»: مجرّد.

راجعها و مسّها ثمّ أراد أن يطلقها تطليقه أخرى، قال: لا يطلقها حتى يمضى لها بعد ما مسّها شهر. قلت: فإن طلقها ثانيه و أشهد ثمّ راجعها و أشهد على رجعتها و مسّها ثمّ طلقها التطليقه الثالثه و أشهد على طلاقها لكلّ عدّه شهر، هل تبين منه كما تبين المطلقه على العدّه التي لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره؟ قال: نعم.

قلت: فما عدّتها؟ قال: أن تضع ما في بطنها ثمّ قد حلتّ للأزواج» (١).

و أيضا كان عليه أن يقيّد الجواز بكون الطلاق بعد شهر كما ذكره في هذه الروايه، و هي أوضح سنداً من غيرها، فلا يحصل بالجمع الذي ذكره الشيخ إعمال الأخبار كلّها، لأن هذا الخبر لا يوافق حمله. و جمع ابن الجنيد أقعد، لما ذكرناه.

ثمّ ليس في كلامه تبين مراده من الطلاق السنّي الذي منعه هل هو السنّي بالمعنى الأعمّ أو الأخصّ؟ فإن أراد الأول - كما فهمه عنه بعضهم (٢) - ففيه أن في بعض ما ذكرناه من الروايات تصريحاً (٣) بجواز المتعدّد الذي ليس بعدّي و هو سنّي بالمعنى الأعمّ، فكيف يجمع بينها بحمل أخبار النهي عن الزائد على السنّي؟! و أيضا فإن الطلاق العدّي سنّي بهذا المعنى، فإطلاق المنع منه يتناول العدّي. و حمله على أن المراد به ما عدا العدّي من أفراده خلاف الظاهر و خلاف ما يقتضيه الجمع.

ص: ١٣٣

١- (١) الكافي ٨٢: ٦ ح ١٢، التهذيب ٨: ٧٢ ح ٢٤٠، الاستبصار ٣: ٣٠٠ ح ١٠٦٢، الوسائل ١٥: ٣٨٢ ب «٢٠» من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١١.

٢- (٢) في هامش «و»: «هو ابن فهد في المهذب. بخطه قدّس سرّه». لاحظ المهذب البارع ٣: ٤٧٤.

٣- (٣) فيما لدينا من النسخ الخطّيه و الحجرّيتين: تصريح، و الصحيح ما أثبتناه.

و إن أراد به السنّي بالمعنى الأخصّ - كما فهمه جلّ المتأخّرين، و لأنه الظاهر من الاستعمال فى النصوص - ففيه أن أخبار الجواز شامله للعدّي و غيره كما بيناه، و السنّي بالمعنى الأخصّ لا يتحقّق فى الحامل، لأنه لا تصير كذلك إلّا بعد الوضع و العقد عليها ثانياً و حينئذ فلا تكون حاملاً، و الكلام فى الطلاق الواقع بالحوامل ثانياً.

و لا - يمكن الحكم بتميّزه بالتيه، بمعنى أنه إذا نوى أن يطلقها و هى حامل و لا - يراجعها إلى أن تضع ثمّ يتزوّجها فيصير حينئذ منهيّاً عنه، لأنّ التيه لا تؤثّر بنفسها فى تحقّق الطلاق العدّي و السنّي معاً، بل يتوقّفان على شرط متأخّر عنهما، و هو إما الرجوعه فى العدّه و الوطاء فيصير حينئذ الطلاق السابق عدّيّاً، أو الصبر إلى أن تضع و تجديد العقد فيصير الطلاق الواقع بها حاملاً سنّيّاً، و بعد الوضع لا تصير حاملاً، و لا يظهر النهى عن طلاق الحامل كذلك.

إلّا أن يقال: إن تجديد نكاحها بعد الوضع يكون كاشفاً على جعل الطلاق السابق سنّيّاً، فيلحقه حينئذ النهى.

و هذا أيضاً فى غايه البعد بل الفساد، لأنّ خبر النهى إنّما دلّ عليه و هى حامل، و هو روايه منصور الصيّقل عن أبى عبد الله عليه السلام: «فى الرجل يطلق امرأته و هى حبلى، قال: يطلقها. قلت: فراجعها؟ قال: نعم، يراجعها.

قلت: فإنه بدا له بعد ما راجعها أن يطلقها قال: لا حتى تضع» (1) فكيف يحمل هذا النهى على ما بعد الوضع، مع أنه حال الحمل لا يحكم بكونه سنّيّاً أو عدّيّاً حتى

ص: ١٣٤

١ - ١) الفقيه ٣: ٣٣١ ح ١٠٦١، التهذيب ٨: ٧١ ح ٢٣٨، الاستبصار ٣: ٢٩٩ ح ١٠٦٠، الوسائل ١٥: ٣٨١ ب «٢٠» من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٧.

يقال يتعلّق به النهى أو الإيذن. و أيضا فإن طلاق العده الذى أذن فيه لا يظهر بمجرد الطلاق و لا بالتيه بل بالرجوع فى العده و الوطاء، فوقوع الطلاق مراعى بذلك من غير أن يحكم بصحته حال وقوعه و عدمه لا دليل عليه، بل هو دورى، لأن جواز الرجعه متوقف على صحته، فلو توقفت صحته عليها دار.

و الحقّ الإعراض عن هذه التكلّفات التى لا- يدلّ عليها دليل، و الرجوع إلى حكم الأصل من جواز طلاق الحامل كغيرها مطلقا بشرائطه، و عدم الالتفات إلى هذه الأخبار الضعيفه الأسناد المتناقضه الدلاله، و ما فيها من الصحيح ليس فيه ما ينافى الجواز، أو حمل أخبار النهى عن الزائد على الكراهه، و جعله قبل شهر آكد، من غير أن يفرّق بين كون الواقع طلاق عدّه أو سنّه بمعنييه. و قد ظهر بذلك أن القول بجواز طلاقها مطلقا هو الأقوى.

و اعلم أنه قد ظهر أن القول بجواز طلاقها ثانيا للعده وفاقى فى الجملة، لأن المتأخرين جوزوه مطلقا، و الشيخ (1) خصّ الجواز به، و ابن الجنيد (2) قيده بوقوعه بعد شهر، و ابنا بابويه (3) أطلقا جوازه بعد ثلاثه أشهر. و بذلك ظهر صحّه ما ادّعاه المصنّف من جوازه إجماعا و إن كان بعضهم يشترط فى صحته شرطا زائدا، لأن ذلك لا ينافى الحكم بجوازه فى الجملة. و بهذا يظهر أن ما قيل [1] من أن دعوى المصنّف الإجماع مخصوصه بما بعد عصرى الصدوقين و ابن الجنيد لأنهما

ص: ١٣٥

١-١ (١) لاحظ ص: ١٣٠.

١-٢ (٢) لاحظ ص: ١٣٠.

١-٣ (٣) لاحظ ص: ١٣٠.

الثالثه: إذا طلق الحائل (١) ثم راجعها، فإن واقعها و طلقها في طهر آخر صحّ إجماعاً. وإن طلقها في طهر آخر من غير واقعه فيه روايتان إحداهما (١): لا يقع الثاني أصلاً، والأخرى (٢): يقع. وهو الأصحّ. ثمّ لو راجع و طلقها ثالثاً في طهر آخر حرمت عليه. و من فقهائنا من حمل الجواز على طلاق السنّه و المنع على طلاق العده. و هو تحكّم.

و كذا لو أوقع الطلاق بعد المراجعة و قبل الواقعه في الطهر الأول فيه روايتان (٣) أيضاً، لكن هنا الأولى تفريق الطلقات على الأطهار إن لم يقع و طء.

مخالفتان في جوازه [ضعيف] (٤) لأنك قد عرفت أنهما لا يخالفان في جوازه و إنما يشترطان فيه شرطاً آخر كما لا يخفى.

قوله: «إذا طلق الحائل إلخ».

اعلم أن طلاق الحائل ثانياً لا يخلو: إما أن يقع بعد الواقعه الواقعه بعد الرجعه، أو قبلها. و الأول يصحّ إجماعاً. و الثاني: إما أن يقع في طهر آخر غير الطهر الذي طلقها فيه، أو فيه. و في صحّه الطلاق في كلّ منهما قولان أظهرهما بين الأصحاب الصحّه. و المستند فيهما عموم ما دلّ على وقوع الطلاق بالزوجه مطلقاً من الكتاب و السنّه الشامل لموضع النزاع، لأنها بعد الرجعه تصير زوجته.

و لوجود المقتضى للصحّه، و هو وقوع الطلاق من أهله في محلّه، فإن محلّه

ص: ١٣٦

١-١) لاحظها في ص: ١٣٨، هامش (٢).

٢-٢) لاحظها في الصفحه التاليه، هامش (١ و ٢).

٣-٣) لاحظهما في ص: ١٤٢ هامش (٦) و ص: ١٣٨ هامش (٢).

٤-٤) من هامش «و» بعنوان «ظاهراً» و هو الصحيح، لكي يكون خيراً لـ «أن». و العبارة في «ش» هكذا: و بهذا يظهر ما قيل إن.

المرأه الطاهر من الحيض المطلقه فى طهر لم يقربها فيه بجماع، والأصل عدم اعتبار أمر آخر، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا عدم المواقع بعد الرجعه، وكون ذلك مانعا يحتاج إلى دليل.

و يدلّ على الأول بخصوصه خصوص صحيحه عبد الحميد بن عواض و محمد بن مسلم قالاً: «سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته و أشهد على الرجعه و لم يجامع، ثمّ طلق فى طهر آخر على السنّه، أ تثبت التطقه الثانيه و قد راجعها و لم يجامعها؟ قال: نعم، إذا هو أشهد على الرجعه و لم يجامع كانت التطقه ثابتة» (١). و صحيحه أحمد بن أبى نصر قال: «سألنا الرضا عليه السلام عن رجل طلق امرأته بشاهدين ثمّ راجعها و لم يجامعها بعد الرجعه حتى طهرت من حيضها، ثمّ طلقها على طهر بشاهدين، أ تقع عليها التطقه الثانيه و قد راجعها و لم يجامعها؟ قال:

نعم» (٢).

و خالف فى ذلك ابن أبى عقيل فقال: «لو طلقها من غير جماع بتدنيس موقعه بعد المراجعه لم يجز ذلك، لأنه طلقها من غير أن ينقضى الطهر الأول، و لا ينقضى الطهر الأول إلا بتدنيس الموقعه بعد المراجعه، و إذا جاز أن يطلق التطقه الثانيه بلا طهر جاز أن يطلق كلّ تطقه بلا طهر، و لو جاز ذلك لما وضع الله الطهر» (٣).

و إنما ذكرنا عبارته لاشتمالها على الاستدلال على حكمه، و به يظهر

ص: ١٣٧

١- ١) التهذيب ٨: ٤٥ ح ١٣٩، الاستبصار ٣: ٢٨١ ح ٩٩٧، و فيهما: كانت التطقه ثانيه، الوسائل ١٥: ٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١.

٢- ٢) التهذيب ٨: ٤٥ ح ١٤٠، الاستبصار ٣: ٢٨١ ح ٩٩٨، و فيهما: كانت التطقه ثانيه، الوسائل ١٥: ٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٢.

٣- ٣) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٥٩٢.

ضعف قوله مع شذوذه، فإننا لا نسلّم أن الطهر لا ينقضى بدون مواقعه، للقطع بأن تخلل الحيض بين الطهرين يوجب انقضاء الطهر السابق، سواء واقع فيه أم لا. ثم لا نسلّم اشتراط انقضاء الطهر في صحّه الطلاق، وإنما الشرط انقضاء الطهر الذى واقعها فيه، وهو منتف هنا، لأن الطلاق الأول وقع بعده فى طهر آخر، لأنه الفرض، فلا يشترط أمر آخر.

و احتجوا له أيضا- وإن لم يذكره- بروايه أبى بصير عن الصادق عليه السلام قال: «المراجعة فى الجماع وإلا فإنما هى واحده» (١). ويمكن الاحتجاج له أيضا بصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال: «قال أبو عبد الله عليه السلام فى الرجل يطلق امرأته له أن يراجع، وقال: لا يطلق التطلقه الأخرى حتى يمسه» (٢).

و وجه الاستدلال بهما وإن لم يذكر اشتراط طهر آخر مع مواقعه أن ذلك أمر معلوم من قواعد الطلاق لا خلاف فيه أن الطهر الذى حصلت فيه المواقعه لا يصح فيه الطلاق، فاشتراط مواقعه بعد الرجعه يقتضى اشتراط طهر آخر لمن أراد الطلاق ثانيا.

و أجيب بأن الأخبار قد تعارضت ظاهرا فلا بدّ من الجمع بينها. وقد جمع الشيخ فى كتابى (٣) الحديث بينها بحمل النهى عن تكرار الطلاق بدون تخلل

ص: ١٣٨

١- ١) الكافى ٦: ٧٣ ح ١، التهذيب ٨: ٤٤ ح ١٣٥، الاستبصار ٣: ٢٨٠ ح ٩٩٤، الوسائل ١٥: ٣٧٦ ب «١٧» من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ١.

٢- ٢) الكافى ٦: ٧٣ ح ٢، التهذيب ٨: ٤٤ ح ١٣٤، الاستبصار ٣: ٢٨٠ ح ٩٩٣، الوسائل ١٥: ٣٧٦ ب «١٧» من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٢.

٣- ٣) التهذيب ٨: ٤٦ ذيل ح ١٤١، الاستبصار ٣: ٢٨٢ ذيل ح ٩٩٩.

الوطء على طلاق العدة، لأنه مشروط بالرجعه و الوطء، و حمل أخبار الجواز على طلاق السنه بالمعنى الأعم.

و المصنّف -رحمه الله- نسب هذا الجمع إلى التحكّم. و وجهه: أن كلاً من الأخبار ورد في الرجل يطلّق على الوجه المذكور و يجب الإمام عليه السلام بالجواز أو النهي من غير استفصال فيفيد العموم من الطرفين. و لأن شرط الطلاق العدّي الوطء بعده و بعد الرجعه منه في العدة، و ها هنا شرط في جواز الطلاق ثانياً سبق الوطء، و سبقه ليس بشرط في طلاق العدة إنما الشرط تأخّره، فيلزم الشيخ أخذ غير الشرط مكانه. على أن روايه أبي بصير معارضه بصحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن الرجعه بغير جماع تكون رجعه؟ قال: نعم» (١).

و للشيخ أن يجب أن الباعث على الجمع التعارض، فلا يضرّه عمومها من الطرفين على تقدير تسليمه، لأن تخصيص العام لأجل الجمع جائز [و] (٢) خير من أطراح أحد الجانبين. و الوطء الذي جعل معتبراً في الطلاق ثانياً يجعل الطلاق السابق عدّياً، و ليس الحكم مختصاً بالطلاق الثاني بل بهما معاً، بمعنى أن من أراد طلاق المرأة للعدة أزيد من مرّه فليس له ذلك و لا (٣) يتحقّق إلاّ بالمراجعة و الوطء ثمّ الطلاق ليصير الأول طلاق عدّه، و إذا أراد الطلاق كذلك ثالثاً لم يكن له ذلك إلاّ بعد الرجعه و الوطء ليصير الثاني عدّياً أيضاً و يصير الثالث بحكمها

ص: ١٣٩

١- ١) التهذيب ٨: ٤٥ ح ١٣٨، الاستبصار ٣: ٢٨١ ح ٩٩٦، الوسائل ١٥: ٣٧٨ ب «١٨» من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه ح ٢.

٢- ٢) من إحدى الحجريتين فقط.

٣- ٣) في «ح، ش»: فلا.

لتحريم في الثالثه عليه قطعاً، بخلاف ما لو طلقها على غير هذا الوجه، فإن فيه أخباراً (١) كثيره تؤذن بعدم التحريم تقدم (٢) بعضها و ذكر الشيخ في التهذيب (٣) منها جمله متفرقه في مواضع.

و يؤيد هذا التأويل قوله في روايه محمد بن مسلم: «ثم طلق في طهر آخر على السنه» (٤) فإنه صريح في إرادته طلاق السنه المقابل لطلاق العده في اصطلاحهم و إن كان أعم منه بحسب الواقع.

و يؤيد إرادته العدى الذى يوجب التحريم بغير إشكال روايه المعلى بن خنيس عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «الذى يطلق ثم يراجع ثم يطلق فلا يكون بين الطلاق و الطلاق جماع فتلك تحل له قبل أن تزوج زوجها غيره، و التى لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره هى التى تجامع فيما بين الطلاق و الطلاق» (٥).

و هذا الخبر هو الذى جعله الشيخ موجبا للجمع بينها بما ذكره.

و يؤيد أيضاً روايه أبى بصير فى الحسن قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الطلاق الذى لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فقال: أخبرك بما صنعت أنا بامرأه كانت عندى فأردت أن أطلقها فتركتها حتى طمشت و طهرت طلقها من غير جماع و أشهدت على ذلك شاهدين، ثم تركتها حتى إذا كادت أن

ص: ١٤٠

١- ١) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق.

٢- ٢) فى ص: ١٢٨، هامش (٢).

٣- ٣) التهذيب ٨: ٦٥، ٦٦.

٤- ٤) التهذيب ٨: ٤٥ ح ١٣٩، الاستبصار ٣: ٢٨١ ح ٩٩٧، الوسائل ١٥: ٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ١.

٥- ٥) التهذيب ٨: ٤٦ ح ١٤٢، الاستبصار ٣: ٢٨٤ ح ١٠٠٣، الوسائل ١٥: ٣٧٩ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ٣.

تنقضى عدّتها راجعتها و دخلت بها و تركتها حتى طمّثت و طهرت ثمّ طلّقتها على طهر من غير جماع بشاهدين، ثمّ تركتها حتى إذا كان قبل أن تنقضى عدّتها راجعتها و دخلت بها حتى إذا طمّثت و طهرت طلّقتها على طهر بغير جماع بشهود. و إنما فعلت ذلك لأنه لم يكن لى بها حاحه» (١). و هذا صريح فى أن من أراد طلاقها للعدّه يفعل كذلك فلا (٢) ينافى أن من لم يرد هذا النوع من الطلاق لا يجوز له، فتبقى الأخبار (٣) التى دلّت على جوازه لا معارض لها.

لكن يبقى فى هذا الجواب أن فى أخباره (٤) دلالة على أن غير طلاق العدّه لا يحرم فى الثالثه، و الشيخ و غيره من الأصحاب لا يقولون به، و قد أنكره هو فيما سلف (٥) أشدّ إنكاره، و هنا ذكر هذه الأخبار لأجل الجمع، و لم يتعرّض لما يلزم منها، بل اقتصر على أنها مختصّه بطلاق العدّه. و هو جيّد لو لا ما اشتملت عليه من الحكم الذى لا يطابق المذهب.

و لو جمع بينها بحمل أخبار النهى عن الطلاق ثانيا من غير جماع على الكراهه، بمعنى استحباب توسط الجماع بين الطلاقين، و الأخبار المجوّزه على أصل الإباحه مع إبقاء الطرفين على العموم، كان أولى. و وجه أولويّه الجماع البعد عن مذهب المخالفين المجوّزين لتعدّد الطلاق كيف اتفق ليصير

ص: ١٤١

١- ١) الكافى ٦: ٧٥ ح ١، التهذيب ٨: ٤١ ح ١٢٥، الوسائل ١٥: ٣٥٨ ب «٤» من أبواب أقسام الطلاق ح ٣.

٢- ٢) فى «ش، ط، و»: و لا.

٣- ٣) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق.

٤- ٤) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٧٩ الباب المتقدّم ح ٣.

٥- ٥) فى ص: ١٢٩.

الأمران على طرف (١) النقيض، حيث إن ذلك معدود عند أصحابنا من طلاق البدعه كما سلف (٢). ثم لو لم يظهر الوجه في الجمع لكان متعيناً حذراً من أطراح أحدهما (٣) رأساً، أو الجمع بما لا يقتضيه أصول المذهب كما جمع به الشيخ. والحمل على الجواز والاستحباب (٤) سالم عن ذلك و موجب لإعمال الجميع، نظير ما ذكره المصنّف وغيره من أولويّه تفريق الطلقات على الأطهار.

فهذا ما يتعلّق بالقسم الأول من شقّي المسأله، وهو إيقاع الطلاق في طهر آخر غير الذي طلقها فيه أولاً.

و أما [القسم] (٥) الثاني - وهو إيقاع الطلاق الثاني بعد المراجعة في الطهر الذي طلقها فيه أولاً - فقد ذكر المصنّف وغيره أن فيه روايتين أيضاً:

إحدهما: روايه إسحاق بن عمّار عن أبي الحسن عليه السلام قال: «قلت له: رجل طلق امرأته ثم راجعها بشهود ثم طلقها ثم بدا له فراجعها ثم طلقها بشهود تبين منه؟ قال: نعم. قلت: كل ذلك في طهر واحد، قال: تبين منه» (٦).

و هذه صريحه في الجواز.

و الأخرى روايه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام -

ص: ١٤٢

١- ١) في الحجرّيتين: طرفي.

٢- ٢) في ص: ١١٩.

٣- ٣) في «ح»: أحدها.

٤- ٤) في «ش، و»: أو الاستحباب.

٥- ٥) من الحجرّيتين.

٦- ٦) التهذيب ٨: ٩٢ ح ٣١٧، الاستبصار ٣: ٢٨٢ ح ١٠٠٠، الوسائل ١٥: ٣٧٩ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ٥.

و هي التي سبقت (١)-و أنه لا يطلقها ثانيا حتى يمسخها. و دلالتها على اعتبار طهر آخر بالالتزام كما ذكرناه، حيث إن مسخها يوجب توقّف الطلاق على طهر آخر.

و جعلها في مقابله تلك الروايات الدالّة على عدم اعتبار المسّ أولى، مع أن العلامه في المختلف (٢) و ولده في الشرح (٣) و غيرهما لم يذكروها هناك، مع أنها أقوى دلالة على ذلك المطلوب، و ذكروها إحدى الروايتين هنا، و في الحقيقة هي تصلح للدلالة من الطرفين كما ذكرناه.

و في قول المصنّف بعد نقل الروايتين في المسألة: «لكن الأولى هنا تفريق الطلقات على الأظهار» و قوله في المسألة السابقة إن وقوع الطلاق «هو الأصحّ» إشاره إلى الفرق بين الروايتين هنا و في السابقه. و هو كذلك، لأن الدالّ على صحته في السابقه صحيحتان (٤)، و على العدم روايه (٥) أبي بصير، و هي ضعيفه سندا و دلالة. أما الأول فلأن في طريقها عبد الكريم، و هو مشترك بين الضعيف و الثقة، و كذلك أبو بصير كما حقّقناه سابقا (٦) و إن كان المشهور خلافه. و أما الثاني فلأن دلالتها ظاهره في أن المراجعة تتوقّف على الجماع لا الطلاق، و اشتراط المراجعة بالجماع منفيّ بالإجماع، مع أنها معارضه بصحيحه عبد الحميد الطائي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن الرجعه بغير جماع تكون رجعه؟»

ص: ١٤٣

١-١) في ص: ١٣٨.

٢-٢) راجع المختلف: ٥٩٢.

٣-٣) إيضاح الفوائد ٣٢٠، ٣١٩: ٣.

٤-٤) و هما صحيحتا محمد بن مسلم و أحمد بن أبي نصر، لاحظ الوسائل ٣٧٨: ١٥ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ١، ٢.

٥-٥) مرّ ذكر مصادرها في ص: ١٣٨، هامش (١).

٦-٦) راجع ج ٨: ٥٠.

قال: نعم» (١). و مثلها صحيحه (٢) محمد بن مسلم عنه عليه السلام. و أما خبر عبد الرحمن بن الحجاج فهو و إن كان صحيحا إلا أنهم لم يتعرضوا له فى تلك المسأله و إنما ذكرناه نحن، و مع ذلك فلا يعارض الصحيحين. و يمكن الجمع بينهما بما ذكرناه، و بأن هذا الخبر إنما دلّ على النهى عن الطلاق قبل الميسس، و النهى بمجردة لا يفيد البطلان فى غير العبادات، فلا تعارض، فلذلك كان القول بجواز الطلاق من دون الوطاء أصح.

و أما الثانيه فالأمر فيها بالعكس، فإن الخبر (٣) الدالّ على الجواز ليس من الصحيح لكنّه من الموثّق، و الصحيح (٤) أرجح منه، فكان العمل بمقتضاه أولى، و لكنّه ليس بمتعين، لأنه لا يدلّ على البطلان كما ذكرناه. و يمكن حمله على الكراهه، لمعارضه ما تقدّم له فى المسأله الاولى. و إذا حمل لأجلها على شىء سقطت دلالتة على الثانيه، و تبقى موثقه (٥) إسحاق بن عمّار لا معارض لها.

و يؤيدها عموم ما دلّ على جواز تطليق الزوجه من الكتاب و السنّه، فإن المراجعة فى مجلس الطلاق زوجه قطعاً، و مع ذلك فلا قائل بالمنع من الطلاق فى المسألتين سوى ابن أبى عقيل فى الأولى صريحا و فى الثانيه لزوماً، و هو غير قادح فى الإجماع على الجانب الآخر على قواعد الأصحاب كما علم غير مرّه.

ص: ١٤٤

-
- ١- ١) التهذيب ٨: ٤٤ ح ١٣٧، الاستبصار ٣: ٢٨٠ ح ٩٩٥، الوسائل ١٥: ٣٧٨ ب «١٨» من أبواب أقسام الطلاق ح ١.
 - ٢- ٢) التهذيب ٨: ٤٥ ح ١٣٨، الاستبصار ٣: ٢٨١ ح ٩٩٦، الوسائل ١٥: ٣٧٨ ب «١٨» من أبواب أقسام الطلاق ح ٢.
 - ٣- ٣) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٧٩ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ٥.
 - ٤- ٤) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٧٦ ب «١٧» من أبواب أقسام الطلاق ح ٢.
 - ٥- ٥) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٧٩ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ٥.

و أما موافقه الشيخ له فى المنع من طلاق العده فغير قادح فى المخالفه، لأن الطلاق المتعدد الذى يجوز (١) فى المجلس الواحد بتخلل الرجعه لا يقول أحد أنه طلاق عده.

ثم تتبه لأمر:

الأول: إن ما ذكره المصنف من قوله بعد نقل الرويتين: «و الأولى. إلخ» أجود من قول العلامة فى القواعد إنه يجوز تعدد الطلاق فى الطهر الأول «على أقوى الرويتين» (٢) لما عرفت من أن روايه الجواز ليست أقوى من روايه المنع، لأنها صحيحه و تلك موثقه تعدد من قسم الضعيف. و زاده ولده فى الشرح إشكالا بقوله: «و إنما كانت الأولى أقوى من حيث السند، و من حيث اعتضاها بعموم القرآن و الأخبار الصحاح» (٣) فإن السند فيها أضعف قطعاً لا أقوى. و أما الدلاله فقد ذكرنا ما فيها.

الثانى: الأولويه المذكوره من حيث دلاله الأخبار (٤) الصحيحه على جواز الطلاق بعد الطهر من غير جماع كما ذكرناه، بخلاف تعدد الطلاق فى الطهر الواحد، و مع ذلك ففيها دلاله على جواز الطلاق ثانياً فى الطهر الأول، لأن «الأولى» لا تمنع من نقيضه. و قال فخر الدين أيضاً: إن وجه الأولويه «ارتفاع الخلاف فيه» (٥). و لا يخفى ما فيه، لأن الخلاف لا يرتفع بذلك، لما عرفت من أن ابن أبى عقيل لا يجوز الطلاق إلا بعد المواقعه، و ليس الخلاف هنا إلا معه،

ص: ١٤٥

١- ١) فى «م»: نجوزه.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢: ٦٥.

٣- ٣) إيضاح الفوائد ٣: ٣٢٠.

٤- ٤) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ١، ٢.

٥- ٥) إيضاح الفوائد ٣: ٣٢٠.

و أما الشيخ فلا يمنع من أصل الطلاق المتعدد، سواء تفرقت على الأطهار أم لا، و إنما يمنع من نوع خاص منها كما عرفت، فليس الخلاف في المسألتين على وجه يتحقق ثمرته إلا مع ابن أبي عقيل، و لا خروج من خلافه إلا بالجماع بعد الرجعه ثم الطلاق في طهر آخر. و بهذا يظهر أن الأولوية المحضه إنما هي تفریق الطلقات على الأطهار مع مراعاة الجماع بعد الرجعه كما حكاه الباقر عليه السلام عن فعله (١).

الثالث: حيث يجوز الطلاق ثانيا في العده من غير وقاع تكون الطلقه رجعيه أيضا كالأولى و إن كان واقعا بعد الرجعه السابقه من غير مسيس، لأن الرجعه ترفع أثر الطلاق السابق و تصير الزوجه مدخولا بها كما كانت قبل الطلاق، كما دلت عليه الأخبار (٢) السابقة حيث جَوَز طلاقها ثانيا و ثالثا مع تفریق الطلقات على الأطهار، و الأخبار (٣) التي دلت على اعتبار الوقاع ليست منافيه لذلك، لأنها جعلت الوقاع معتبرا في الطلاق الثاني لا في جواز الرجعه بعده و عدمها، و إن كان جواز الرجعه مترتبا على صحه الطلاق إلا أن ذلك أمر آخر غير الحكم بكون الطلاق بائنا أو رجعيًا.

و إنما يرتفع حكم الدخول السابق بانقضاء العده في الرجعي أو بالطلاق البائن مطلقا، فإذا جدد العقد عليها بعد ذلك اعتبر الدخول بعده في جعل الطلاق المتعقب له رجعيًا، حتى لو فرض كون الطلاق بعوض و كانت بائنه قبل أن ترجع في البذل لم يزل حكم الزوجيه-الذي منه كونه مدخولا بها-إلى أن تنقضى

ص: ١٤٦

-
- ١-١) لاحظ الوسائل ١٥:٣٥٨ ب «٤» من أبواب أقسام الطلاق ح ٣.
 ٢-٢) لاحظ الوسائل ١٥:٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ١، ٢.
 ٣-٣) لاحظ الوسائل ١٥:٣٧٦ ب «١٧» من أبواب أقسام الطلاق.

أما لو وطئ(١) لم يجز الطلاق إلا في طهر ثان إذا كانت المطلقة ممن يشترط فيها الاستبراء.

الرابعة: لو شكَّ المطلق في إيقاع الطلاق

الرابعة: لو شكَّ المطلق (٢) في إيقاع الطلاق لم يلزمه الطلاق لرفع الشكِّ، وكان النكاح باقيا.

العده، فلو رجعت في البذل فرجع في الطلاق عاد حكمها السابق و صارت مدخولا بها. وهذا مما لا خلاف فيه و لكنّه محلّ توهم.

قوله: «أما لو وطئ. إلخ».

قد سبق (١) أن التي لا يشترط فيها الاستبراء الصغيره التي لا تبلغ المحيض و اليائسه و الحامل. و هذا الحكم منفي في اليائسه، إذ لا عدّه لها، فبقى الوصف مخرجا للحامل و الصغيره. و يمكن فرضه في اليائسه، بأن يتجدد اليأس بعد الرجوع و الوطء فيسقط اعتبار الطهر الثاني فيها أيضا، لعدم إمكانه.

قوله: «لو شكَّ المطلق. إلخ».

إذا شكَّ الرجل في طلاق امرأته لم يحكم بوقوع الطلاق، لأن الأصل عدمه و بقاء النكاح، كما أنه يستصحب أصل التحريم عند الشكِّ في النكاح، و أصل الطهاره عند الشكِّ في الحدث، و بالعكس.

و لو شكَّ في عدده بعد علمه بأصله أخذ بالأقلّ و استصحب حكم الأصل في الزيادة كما يستصحب عند الشكِّ في أصل الطلاق، خلافا لمالك (٢) حيث ذهب هنا إلى الأخذ بالأكثر، كما إذا تحقّق النجاسه في ثوبه و لم يعرف قدرها، فإنه يأخذ بالأكثر و يغسل جميع ما يقع فيه الاشتباه و لو في جميع الثوب. و ردّ

ص: ١٤٧

١- ١) في ص: ٤٧.

٢- ٢) المدوّنه الكبرى ٣: ١٣، حليه العلماء ١١٢، ١١١، ٧: ١١١، الحاوي الكبير ١٠: ٢٧٤.

بالفرق بين الأمرين، فإنه ليس للنجاسة قدر معلوم حتى يستصحب أصل العدم فيما عداه، وقد تيقن النجاسة فيجب استصحابها إلى أن يتيقن الطهاره، بخلاف ما هنا، فإن قدر الطلاق من واحده أو اثنتين معلوم فيستصحب أصل العدم فيما عداه. ووزان النجاسة في مسألتنا أن يتحققها في طرف من الثوب و يشك في إصابتها طرفا آخر، وحينئذ فلا يجب غسل الموضع المشكوك فيه.

و لو دار الشك بين طلاق امرأتين من نسائه وجب اجتنابهما إلى أن يتذكر، لتحريم إحداهما قطعا و اشتباهها بمحصور، حتى لو اشتبهت في الأربع وجب اجتنابهن، و تكون مسأله الطلاق هنا كما قاله مالك في الأول على وزان النجاسة.

و ليس كذلك ما لو دار الاشتباه بين زوجتي رجلين، بأن أرادا طلاقهما و لم يوقعا إلا واحدا ثم اشتبهت المطلقة و بدا لهما في طلاق الأخرى، فإننا لا نحكم بطلاق واحده منهما، بخلاف ما لو اتحد الشخص و تعددت المنكوحه. و الفرق أن الشخص الواحد يمكن حمله على مقتضى الالتباس و ربط بعض أمره ببعض، و الرجلان يمتنع الجمع بينهما في توجيه الخطاب. و معلوم أن أحدهما لو انفرد بما قال لم يحكم بوقوع طلاقه، فيستحيل أن يتغير حكمه بمقاله تصدر من غيره.

و هذا كما إذا سمعنا صوت حدث بين اثنتين ثم قام كل واحد منهما إلى الصلاة لم يكن للآخر أن يعترض عليه، و لو أن الواحد صلى صلاتين و تيقن الحدث في إحداهما ثم التبست عليه يؤمر بقضاء الصلاتين إن اختلفتا عددا، و إلا - فالعدد المطلق بينهما، فعلم أنه إذا كان الشخص واحدا لم يمتنع توجيه الخطاب عليه بمؤاخذه تتعلق بواقعتين.

و اعلم أنه على تقدير عدم الحكم بالطلاق مع الشك في العين أو العدد لا

الخامسة: إذا طلق غائبا (١)، ثم حضر و دخل بالزوجه، ثم ادعى الطلاق، لم تقبل دعواه و لا- بينته، تنزيلا- لتصرف المسلم على المشروع، فكأنه مكذب لبينته. و لو كان أولد لحق به الولد.

يخفى طريق الورع و الأخذ بالاحتياط في ذلك، فينبغي (١) مع وقوع الشك في أصل الطلاق و هو رجعي و العده باقيه أن يراجعها ليكون على يقين من الحل، و إن طاب نفسا بالإعراض عنها طلقها ليحصل الحل لغيره يقينا. و لو كان الشك في العدد بين اثنين و ثلاث ينبغي أن لا- ينكحها حتى تنكح زوجها غيره. و إن كان الشك في أنه أوقع الثلاث أو لم يوقع شيئا طلقها ثلاثا لتحل لغيره يقينا، أو أوقع واحده ثم لا يرجع فيها، إلى غير ذلك من صور الشك.

قوله: «إذا طلق غائبا. إلخ».

الأصل في هذه المسأله روايه سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته و هو غائب و أشهد على طلاقها ثم قدم و أقام مع المرأة شهرا لم يعلمها بطلاقها، ثم إن المرأة ادعت الحبل، فقال الرجل:

قد طلقتك و أشهدت على طلاقك، قال: يلزم الولد و لا يقبل قوله» (٢).

و يؤيدها ما ذكره المصنف من أنه بفعله مكذب لبينته فلا تسمع. و بأن تصرف المسلم بيني على الصحه، فإذا ادعى بعد ذلك ما يخالفه لا يزول ما قد ثبت سابقا.

و يشكل الأخير بأن تصرفه إنما يحمل على المشروع حيث لا يعترف بما

ص: ١٤٩

١- ١) في الحجرتين: فيتعين.

٢- ٢) الكافي ٦: ٨٠، التهذيب ٨: ٦١، الوسائل ١٥: ٣٧٤، ب «١٥» من أبواب أقسام الطلاق ح ٤.

السادسه: إذا طلق الغائب و أراد العقد على رابعه أو على أخت الزوج

السادسه: إذا طلق الغائب (١) و أراد العقد على رابعه أو على أخت الزوج صبر تسعه أشهر، لاحتمال كونها حاملا. و ربما قيل: سنه احتياطا، نظرا إلى حمل المسترابه. و لو كان يعلم خلوّها من الحمل كفاه ثلاثه أقرأ أو ثلاثه أشهر.

ينافيه، و لهذا لو وجدناه يجامع امرأه و اشتبه حالها لا يحكم عليه بالزنا، فإذا أقرّ أنه زان يحكم عليه بمقتضاه.

و أما تكذيب فعله بينته فإنما يتم مع كونه هو الذى أقامها، فلو قامت الشهاده حسبه و ورّخت بما ينافى فعله قبلت و حكم بالبينونه. و يبقى فى إلحاق الولد بهما أو بأحدهما ما قد علم من اعتبار العلم بالحال و عدمه. و هذا كله إذا كان الطلاق بائنا أو رجعيًا و انقضت العده، و إلا قبل [قوله] (١) و حسبت من الثلاث، فيكون الوطاء رجعه.

قوله: «إذا طلق الغائب. إلخ».

وجوب التربص تسعه أشهر ذكره الشيخ فى النهايه (٢). و المستند حسنه حماد بن عثمان قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما تقول فى رجل له أربع نسوة طلق واحده منهنّ و هو غائب عنهنّ متى يجوز له أن يتزوج؟ قال: بعد تسعه أشهر، و فيها أجلان فساد الحيض و فساد الحمل» (٣).

و على مدلول الروايه اقتصر ابن إدريس (٤) فلم يعدّ الحكم إلى التزويج

ص: ١٥٠

١-١ من إحدى الحجريتين.

٢-٢ النهايه: ٥١٨.

٣-٣ الكافى ٦: ٨٠ ح ٦، التهذيب ٨: ٦٣ ح ٢٠٦، الوسائل ١٥: ٤٧٩ ب (٤٧) من أبواب العدد ح ١.

٤-٤ السرائر ٢: ٦٩٢.

بأخت المطلقة، محتجاً بأن ذلك قياس لا يجوز عندنا. وكذا التعليل المستنبط.

و أوجب في تزويجه بالأخت أن يصبر إلى أن تنقضى عدتها بحسب ما يعلمه من عاداتها. وأراد بالعلم هنا ما سبق نظيره في العلم بانتقالها من طهر إلى آخر بحسب عاداتها، وهو الظنّ الغالب.

و ردّ عليه في المختلف (١) بأنه لا فرق بين الأمرين، وكما تحرم الخامسة كذا تحرم الأخت في العدة، وكما أوجبا الصبر تسعه أشهر في الخامسة استظهاراً كذا يجب في الأخت. وبأن العلم بانقضاء العدة يوجب جواز تزويج الخامسة كما يجوز تزويج الأخت، وإنما يجب الصبر مع الاشتباه.

و لابن إدريس أن يقول: إنه لم يلتزم بحكم الخامسة إلاّ من حيث الإجماع الذي يفهمه في المسألة و نظائرها، فلا يمكنه المخالفة، و يرجع في غير المجمع عليه إلى حكم الدليل، و لما لم يذكر الشيخ الأخت تبعا للرواية اقتصر ابن إدريس على موافقته في موضع الوفاق خاصه، فلا يضرّها ما ذكر من اشتراكهما في الموجب، فإنه يمنع الاشتراك، لأن ما ذكره من حكم الخامسة أمر مبنّى على الاستظهار لا على الدليل القطعي، فلا يلزم مثله فيما ناسبها.

و أما إيراداه عليه بأنه مع العلم بانقضاء العدة لا فرق بين الأمرين فليس بشيء، لأن هذا الذي اعتبره إنما هو العلم بالمعنى الأعم، و هو لا يدفع الاشتباه و الحكم بالاستظهار في موضع النصّ.

و يؤيد ما ذكره ابن إدريس من جواز الرجوع إلى ما يعلم من العادة

ص: ١٥١

صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا طلق الرجل امرأته و هو غائب فليشهد عند ذلك، فإذا مضى ثلاثه أشهر فقد انقضت عدتها» (١).

و هذه شامله للأخت و غيرها. و اعتبار الثلاثه أشهر مبنئ على الغالب من أن كل شهر يحصل فيه حيضه للمرأة فتتقضى العده بثلاثه أشهر غالباً، و هو كالظن الغالب بعادتها. و لو فرض اشتباه عاداتها كانت الثلاثه الأشهر عدّه لمن في معناها و هي المستترابه. فالجمع بين هذه الروايه و السابقه يحصل بالاختصار بالسابقه على ما دلّت عليه خاصّه و العمل في غيره بما دلّت عليه الثانيه، مع أن هذه أصحّ سنداً من الاولى. و أما القول بالترتب سنه فهو خارج عن الأمرين، و قياس على عدّه المستترابه. و سيأتى (٢) ما فيها.

و بهذا القول عمل العلامه في القواعد (٣) مقتصرًا عليه و بالتسعه عمل في المختلف (٤) و التحرير (٥) مقتصرًا عليها. و الأقوى الاكتفاء بالتسعه و عدم الفرق بين تزويج الخامسة و الأخت. و موضع الاشتباه ما إذا كان الطلاق رجعيًا، فلو كان بائنا جاز تزويجها مطلقًا كما تقدّم (٦) في النكاح.

ص: ١٥٢

١- ١) التهذيب ٨: ٦١ ح ١٩٩، الوسائل ١٥: ٤٤٨ ب «٢٨» من أبواب العدد ح ١١.

٢- ٢) في ص: ٢٤٠-٢٤٦.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٢: ٦٥.

٤- ٤) المختلف: ٥٨٩.

٥- ٥) تحرير الأحكام ٢: ٥٥.

٦- ٦) في ج ٧: ٣٥٠.

إشاره

النظر الثالث: في اللواحق و فيه مقاصد:

الأول: في طلاق المريض

إشاره

الأول: في طلاق المريض.

يكره للمريض (١) أن يطلق، و لو طلق صحّ. و هو يرث زوجته ما دامت في العده الرجعيه، و لا يرثها في البائن و لا بعد العده. و ترثه هي - سواء كان طلاقها بائنا أو رجعيًا - ما بين الطلاق و بين سنه ما لم تتزوج أو يبرأ من مرضه الذي طلقها فيه.

فلو برئ ثم مرض ثم مات لم ترثه إلا في العده الرجعيه.

قوله: «يكره للمريض. إلخ».

طلاق المريض كطلاق الصحيح في الوقوع و لكن يزيد عنه بکراهته مطلقا، و اختصاص كراهه طلاق الصحيح بموارد مخصوصه كما سبق (١). و وجه الكراهه النهي عنه في كثير من الأخبار، بل إطلاق عدم جوازه، روى زراره في الحسن عن أحدهما عليهما السلام قال: «ليس للمريض أن يطلق، و له أن يتزوج» (٢).

و روى عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن المريض إله أن يطلق امرأته في تلك الحال؟ قال: لا» (٣). و مثله روى عبيد بن زراره (٤) عنه

ص: ١٥٣

١-١) في ص: ١١٩.

٢-٢) الكافي ١٢٣:٦ ح ١٢، التهذيب ٧٧:٨ ح ٢٦١، الوسائل ٣٨٣:١٥ ب «٢١» من أبواب أقسام الطلاق ح ١.

٣-٣) الكافي ١٢١:٦ ح ١، الفقيه ٣٥٣:٣ ح ١٦٨٩، التهذيب ٧٧:٨ ح ٢٥٩، الاستبصار ٣٠٣:٣ ح ١٠٧٨، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

٤-٤) كذا في «م» و في سائر النسخ الخطيه و الحجريتين: عبد الله بن زراره، و لم نظفر له على روايه في الباب. انظر الكافي ١٢٢:٦ ح ٤، التهذيب ٧٦:٨ ح ٢٥٨، الاستبصار ٣٠٣:٣ ح ١٠٧٧، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

عليه السلام. ووجه حملها على الكراهه الجمع بينها وبين ما دلّ على جوازه في أخبار (١) كثيره يأتي (٢) بعضها.

ثم إن كان الطلاق رجعيًا توارثا ما دامت في العدة إجماعاً، لأن المطلقة رجعيًا بمنزله الزوجه. وإن كان بائناً لم يرثها الزوج مطلقاً كالصحيح، و ترثه هي في العدة و بعدها- وكذا الرجعيه بعدها- إلى سنه من حيث الطلاق ما لم تتزوج بغيره أو يبرأ من مرضه الذي طلق فيه. هذا هو المشهور بين الأصحاب خصوصاً المتأخرين منهم.

و ذهب جماعه-منهم الشيخ في النهايه (٣)- إلى ثبوت التوارث بينهما في العدة مطلقاً، و اختصاص الإرث بعدها بالمرأه منه دون العكس إلى المدّه المذكوره.

و حجّه المشهور أن الطلاق البائن موجب لانقطاع العصمه مناف للميراث و قد حصل، خرج من ذلك إرثها منه بالنص و الإجماع فيبقى الباقي. و لأن المقتضى لإرثها تهمته بمنعها من الإرث كما سيأتي (٤)، و هو منتف من جانبه. و من الأخبار موثقه زواره قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يطلق امرأته، قال: ترثه و يرثها ما دامت له عليها رجعه» (٥). و قيد الرجعه لا يصلح في ميراثها

ص: ١٥٤

١- (١) راجع الوسائل ٣٨٤: ١٥ ب «٢٢» من أبواب أقسام الطلاق.

٢- (٢) في الصفحه التاليه. هامش (١).

٣- (٣) النهايه: ٥٠٩.

٤- (٤) في ص: ١٥٧.

٥- (٥) الكافي ١٣٤: ٧ ح ٢، التهذيب ٨: ٨١ ح ٢٧٧، الاستبصار ٣: ٣٠٨ ح ١٠٩٥، الوسائل ١٧: ٥٣٠ ب «١٣» من أبواب ميراث الأزواج ح ٤، و فيه: يرثها و ترثه.

و لو قال: طَلَّقت (١) في الصَّحَّة ثلاثا، قبل منه و لم ترثه. و الوجه أنه لا يقبل بالنسبه إليها.

إجماعا، لثبوته مطلقا، فيبقى في ميراثه، و للقرب، و إذا انتفى القيد انتفى الحكم تحقيقا لفائدته. و حسنه الحلبي أنه سئل عن رجل يحضره الموت فيطلق امرأته، هل يجوز طلاقه؟ قال: «نعم، و إن مات ورثته، و إن ماتت لم يرثها» (١). و ليس ذلك في الرجعي، لا تفاقهما في الحكم، فهو في البائن.

و حجَّه الشيخ و أتباعه روايات (٢) تدلُّ بظاهرها على ثبوت التوارث بينهما من غير تفصيل. و الأخبار من الجانبين غير نقيته، و الأولى الرجوع إلى حكم الأصل و الوقوف على موضع الوفاق، و هو دالٌّ على الأول.

قوله: «و لو قال: طَلَّقت. إلخ».

وجه القبول: أن إقرار المريض بما له أن يفعله مقبول - كما مرَّ في بابه (٣) - و إن كان على الوارث، و ينزل ما أقرَّ مريضا بفعله حال الصَّحَّة منزله ما لو فعله حال الصَّحَّة. و لأن الحكم معلَّق على إنشائه الطلاق مريضا بالنص (٤)، و الإقرار ليس بإنشاء. و حينئذ فلا ترثه، لانتهاء المقتضى للإرث مع البينونة و هو طلاقها مريضا.

ص: ١٥٥

-
- ١ - ١) الكافي ١٢٣: ٦ ح ١١، الفقيه ٣: ٣٥٤ ح ١٦٩٥، التهذيب ٨: ٧٩ ح ٢٦٨، الاستبصار ٣: ٣٠٤ ح ١٠٨١، الوسائل ١٥: ٣٨٥ ب «٢٢» من أبواب أقسام الطلاق ح ٢.
- ٢ - ٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٨٧ ب «٢٢» من أبواب أقسام الطلاق ح ١٢ و ١٣، و ص ٤٦٤ ب «٣٦» من أبواب العدد ح ٢ و ٧.
- ٣ - ٣) لم نجد التصريح بذلك في بابه، راجع ج ٦: ٣٠٤ و بعدها و كذا النظر الثاني من كتاب الإقرار.
- ٤ - ٤) لاحظ الهامش (١) هنا.

و لو قذفها و هو مريض(١) فلا عنها و بانت باللعان لم ترثه، لاختصاص الحكم بالطلاق.

و وجه ما اختاره المصنّف من عدم القبول بالنسبه إليها: أن المانع من ترتب حكم البينونه مع طلاقه مريضا هو التهمه بفراره به من إرثها، و هو موجود مع الإقرار. و حينئذ فيلغو قيد الصحه و يحكم عليه بالطلاق البائن و ترثه إلى المدّه المذكوره و لا يرثها. و لا يخلو من إشكال، للفرق بين الإقرار و الإنشاء.

قوله: «و لو قذفها و هو مريض. إلخ».

لمّا كان هذا الحكم ثابتا مع الطلاق البائن على خلاف الأصل اقتصر فيه على مورده، فلا يتعدى إلى غيره من الأسباب التي تحصل بها البينونه في حال المرض، كاللعان المسبّب عن القذف في حال المرض، لأنه قياس محض لا نقول به. و للعامه (١) القائلين بالقياس مع اتّحاد العلّه هنا وجهان.

و لو استند اللعان حال المرض إلى القذف حال الصحه فلا خلاف في عدم الإرث، لانتفاء التهمه التي هي علّه الإلحاق بالطلاق. و مثله ما لو كان الفسخ لعيب في المرض، و أولى بعدم الإرث هنا، لرجحان كون الفسخ بسبب العيب لا بالتهمه، بخلاف القذف و الطلاق. و تردّد فيه العلّامه في القواعد (٢)، و لا وجه له على أصله.

ص: ١٥٦

١-١) الحاوى الكبير ١٠: ٢٧٠.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢: ٦٥.

و هل التوريث (١) لمكان التهمه؟ قيل: نعم. و الوجه تعلّق الحكم بالطلاق في المرض لا باعتبار التهمه.

و في ثبوت الإرث مع سؤالها الطلاق تردّد أشبهه أنه لا إرث. و كذا لو خالعتة أو بارأته.

قوله: «و هل التوريث. إلخ».

اختلف الأصحاب في أن ثبوت الإرث للمطلّقه في المرض هل هو مترتب على مجرّد الطلاق فيه، أو معلّل بتهمته في إرادته حرمانها من الإرث فعوقب بنقيض قصده، كما لو قتل مورثه استعجالاً للإرث، فإنه يحرم الميراث؟ فذهب الشيخ في كتابي (١) الفروع والأكثر إلى الأول، لإطلاق النصوص (٢) بكون الطلاق في تلك الحاله مقتضياً لذلك، ولأن العله مستنبطه لا منصوصه فلا- تعتبر. و ذهب في الاستبصار (٣) إلى الثاني، لروايه زرعه عن سماعه قال: «سألته عن رجل طلق امرأته و هو مريض، قال: ترثه ما دامت في عدّتها، و إن طلقها في حال إضرار فهي ترثه إلى سنه، فإن زاد على السنه يوم واحد لم ترثه» (٤). و روى محمد بن القاسم الهاشمي قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا ترث المختلعه و المبارئه و المستأمره في طلاقها من الزوج شيئاً إذا كان منهنّ في مرض الزوج و إن مات، لأن العصمه قد انقطعت منهنّ و منه» (٥). و هذه ظاهره في اعتبار

ص: ١٥٧

١- ١) المبسوط ٥: ٦٩، الخلاف ٤: ٤٨٦ مسألة (٥٥).

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٨٤ ب «٢٢» من أبواب أقسام الطلاق.

٣- ٣) الاستبصار ٣: ٣٠٦ ذيل ح ١٠٨٩.

٤- ٤) الكافي ٦: ١٢٢ ح ٩، الفقيه ٣: ٣٥٤ ح ١٦٩٤، التهذيب ٨: ٧٨ ح ٢٦٧، الاستبصار ٣: ٣٠٧ ح ١٠٩٠، الوسائل ١٥: ٣٨٥ ب «٢٢» من أبواب أقسام الطلاق ح ٤.

٥- ٥) التهذيب ٨: ١٠٠ ح ٣٣٥، الوسائل ١٧: ٥٣٥ ب «١٥» من أبواب ميراث الأزواج.

التهمة، لأن المذكورات لا- يتهم المطلق فيهنّ من حيث إن الطلاق مستند إلى مطالبتهنّ و بذلك المال. و العله على هذا منصوصه، و فيه مع ذلك الجمع بين الأخبار. و رجحه العلامة في المختلف (1) و الإرشاد (2). و فيه نظر، لضعف طريق الخبرين و قطع الأول، فلا يصلحان لإثبات الحكم.

إذا تقرّر ذلك فيتفرّع على القولين ما لو سألته الطلاق، لانتفاء التهمة بسؤالها، و ما لو خالعتها إن قلنا إن الخلع طلاق إذا (3) تبع بالطلاق، لاستناد السبب إليها ببذل المال فانفتت التهمة. و لو لم نجعله طلاقاً فأولى بعدم ثبوت الميراث، لأن الحكم في النصّ معلق على الطلاق إما مع التهمة أو بدونها، و هما منتفیان مع الخلع. و لو سألته الطلاق فلم يجبهها في الحال ثمّ طلقها بعد ذلك تحققت التهمة. و كذا لو سألت طلاقاً رجعيّاً فطلق بئنا، أو علقت السؤال بصفه فطلق بدونها.

و كما لا- يلحق بالطلاق غيره من أنواع الفسخ لا- يلحق بالمرض ما أشبهه من الأحوال المخوفه على الأصحّ فيهما، و قوفا فيما خالف الأصل على موضع اليقين. و ألحق ابن الجنيّد (4) الأسير غير الآمن على نفسه غالباً، و المأخوذ للقود أو لحدّ يخاف مثله عليه بالمرض. و نفى العلامة (5) عنه البأس. و الأقوى المشهور. و أولى بعدم ترتّب الحكم ما لو كان الفرار (6) بالفسخ من جهتها، كما لو

ص: ١٥٨

١- ١) المختلف: ٥٨٣.

٢- ٢) الإرشاد ٢: ٤٦٧-٤٦٨.

٣- ٣) في «ش» و الحجرّيتين: أو اتبع.

٤- ٤) لم نعثر عليهما.

٥- ٥) لم نعثر عليهما.

٦- ٦) في إحدى الحجرّيتين: الفراق.

أرضعت زوجها الصغير في مرض موتها لينفسخ نكاحه فلا يرثها. و لبعض العامه (1) هنا قول يارثه قياسا على إرثها بفراره. و هو بعيد.

فرع: لو طلق إحدى امرأته و نوى معينه ثم مرض مرض الموت فعين واحده منهما قبل منه و لم ترث. و لو كان قد أبهم ابتداء و عين في المرض واحده بنى على أن الطلاق يقع بالتعيين أو بيان لمحلّ الطلاق الواقع بالصيغه، فإن قلنا بالثاني لم ترث قطعا، و إن قلنا بالأول ورثت، لوقوع الطلاق في المرض.

و يحتمل على هذا القول عدم الإرث، لوجود سببه حال الصحه و إن لم يتم إلا في المرض.

ثم عد إلى عبارته المصنّف:

و اعلم أنه اختار أولا- تعلق الحكم بالطلاق لا- باعتبار التهمه بقوله: «و الوجه. إلخ» ثم عطف عليه حكم ما لو سألته الطلاق أو خالعتها أو بارأها بالواو و حكم فيه بعدم الإرث، و هو متفرّع على اعتبار التهمه التي قد نفاها أولا، إذ لو جعلنا العله الطلاق في المرض مجردا لحكمنا بتوريث المذكورات كغيرهنّ من المطلقات، و رجوعه عن الأول مع اتصال المسألتين بعيد. و كان حقّ المسأله الأخره تفريعها على السابقه بالفاء و الحكم فيها بالإرث. و يمكن التخلّص من الإشكال في الخلع بأن يكون الوجه فيه جعله فسحا لا طلاقا، فنفي الإرث فيه مع حكمه سابقا بترتب الحكم على الطلاق سهل. أما الحكم في الباقيتين فمشكل.

ص: ١٥٩

الأول: لو طلق الأمه مريضا

الأول: لو طلق الأمه (١) مريضا طلاقا رجعيًا فأعتقت في العده و مات في مرضه ورثته في العده، و لم ترثه بعدها، لانتفاء التهمه وقت الطلاق.

و لو قيل ترثه كان حسنا.

و لو طلقها بائنا فكذلك. و قيل: لا ترث، لأنه طلقها في حال لم يكن لها أهليه الإرث.

و كذا لو طلقها كتابيه ثم أسلمت.

قوله: «لو طلق الأمه. إلخ».

هذه من المسائل المتفرعه على أن المقتضى للميراث هل هو الطلاق في المرض مطلقا، أو هو مع قيد التهمه بالفرار من الإرث؟ فعلى الثانى لا إرث هنا، لانتفاء التهمه، لأن الأمه و الكتابيه لا ترث وقت الطلاق. و على الأول ترث، لوجود المقتضى له و هو الطلاق في المرض، و انتفاء المانع، إذ ليس هناك إلاّ كونهما غير وارثتين حال الطلاق، و هو لا يصلح للمانع، لأن المعتبر استحقاق الإرث حال الحكم به، و المفروض أنها حينئذ حره مسلمه.

و قيل: لا ترث و إن انتفت التهمه، لما أشار إليه المصنّف من أنه طلقها في حال لم يكن لها أهليه الإرث، و المفروض كون الطلاق بائنا، فلم يصادف وقت الإرث أهليتها له للبينونه، و لا وقت الطلاق لوجود المانع و هو الرق أو الكفر.

و استدلّ عليه فخر الدين (١) أيضا بأن النكاح الحقيقى لم يوجب لهما الميراث فكيف الطلاق؟! و فيه نظر، لمنع أن النكاح لا يوجب الميراث، بل هو موجب له مطلقا

ص: ١٦٠

الثانى: إذا ادّعت المطلّقه أن الميّت طلقها فى المرض

الثانى: إذا ادّعت (١) المطلّقه أن الميّت طلقها فى المرض، وأنكر الوارث و زعم أن الطلاق فى الصحّة، فالقول قوله، لتساوى الاحتمالين، و كون الأصل عدم الإرث إلّا مع تحقّق السبب.

و لكن الكفر و الرقّ مانعان من الإرث، إذ الإسلام و الحرّيه شرط فيه، و تخلف الحكم عن السبب لوجود مانع أو فقد شرط لا يقدر فى سببته، فإذا فقد المانع أو وجد الشرط عمل السبب عمله، كما حقّق فى الأصول، و الأمر هنا كذلك.

و الأقوى ثبوت الإرث مع زوال المانع فى العده الرجعيّه، و فى البائن مع زوال المانع قبل القسمه خاصّه.

و اعلم أن ميل المصنّف هنا إلى ثبوت الإرث رجوع إلى جعل الطلاق بمجرّده سببا فى الإرث كما اختاره أولا، خلاف ما رجع إليه ثانيا، و هذا عجيب منه.

قوله: «إذا ادّعت. إلخ».

لما كان إرث المطلّقه ثابتا (١) على خلاف الأصل و متوقّفا على شرط و هو وقوع طلاقها فى مرض موت الزوج فلا بدّ فى الحكم بثبوتها من العلم بسببه و إلّا - فالأصل عدم إرثها. فإذا اتّفقت هى و الوارث على كونها مطلّقه قبل موت الزوج، و ادّعت وقوع الطلاق فى مرض موته و أنكر الوارث، فقد حصل الشكّ فى وجود [السبب] (٢) المقتضى للإرث مع الاتّفاق على اتّصافها بالبينونه الموجبه لانتفائه، فيقدّم قول الوارث، لما ذكر من أصاله عدم إرث البائنه إلّا مع اتّصافها بوصف و هو كون طلاقها وقع فى المرض، و لم يثبت.

ص: ١٦١

١ - ١) فى «ش، م»: بائنا.

٢ - ٢) من الحجريّتين.

الثالث: لو طلق أربعا في مرضه، وتزوج أربعا

الثالث: لو طلق أربعا (١) في مرضه، وتزوج أربعا و دخل بهنّ، ثمّ مات فيه، كان الربع بينهما بالسويّه. و لو كان له ولد تساوين في الثمن.

و تعليل المصنّف الحكم بتقديم قول الوارث ب«تساوى الاحتمالين» يعنى وقوع الطلاق في المرض و عدمه لا يخلو من نظر، لأنه إما أن يعلم له مرض مات فيه، أو لا- يعلم ذلك بأن احتمال موته فجأه. و في الأول الأصل استمرار الزوجيّة إلى حين المرض، و الطلاق حادث فالأصل (١) عدم تقدّمه، و ذلك يقتضى ترجيح وقوعه في المرض بأصلين. و مع الوارث أصاله عدم إرث البائنه في حال الحياه إلاّ مع العلم بسببه. و هنا الاحتمالان غير متساويين، و في ترجيح قول الوارث نظر، لما ذكر من معارضة الأصلين، فإذا تساقط مع أصل يبقى المرجح بالأصل الآخر.

و أما الثانى و هو أن لا- يعلم له مرض مات فيه فترجح قول الوارث واضح، إذ لا معارض لأصله، و مع ذلك فالاحتمالان غير متساويين أيضا، فينبغى ملاحظه ذلك.

قوله: «لو طلق أربعا. إلخ».

وجه التقييد بالدخول بالجديدات ما سيأتى (٢) إن شاء الله تعالى من أن نكاح المريض مشروط بالدخول، فلو مات قبله فلا إرث للزوجه. و حينئذ فإذا دخل بالأربع ورثته بالزوجيّة المقتضيه له، و ورث المطلقات أيضا، لكون طلاقهنّ في المرض المقتضى لثبوت الإرث و إن خرجن عن الزوجيّة. و لما كان

ص: ١٦٢

١- ١) في «و»: و الأصل.

٢- ٢) في المسأله السادسه من المقصد الثانى من كتاب الفرائض.

المقصد الثاني: في ما يزول (١) به تحريم الثلاث.

إذا وقعت الثلاث على الوجه المشترك حرمت المطلقة حتى تنكح زوجا غير المطلق.

سبب الإيرث في الجميع الزوجية اشتركن في سهمها - وهو الربع أو الثمن - بالسوية كاشتراك الزوجات الأربع فيه. ولا يرث ما زاد عن الأربع بالزوجية إلا هنا.

قوله: «في ما يزول. إلخ».

لا - فرق بين وقوع الطلقات الثلاث في نكاح واحد و أكثر، ولا بين كونه قبل الدخول و بعده. و الأصل فيه قوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (١) و المراد المطلقة الثالثة. و روى أن امرأه رفاعه القرظي جاءت إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ فقالت: «إِنِّي كُنت عِنْد رِفَاعِهِ فَطَلَّقَنِي فَبِتَّ طَلِاقِي فَتَزَوَّجْتَ بَعْدَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ الزَّبِيرِ، وَ إِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ هَدْيِهِ الثَّوْبِ، فَتَبَسَّمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ وَ قَالَ: أَوْ تَرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَيَّ رِفَاعَهُ؟ لَا - حَتَّى تَذُوقِي عَسِيلَتَهُ، وَ يَذُوقُ عَسِيلَتَكَ» (٢).

و التحريم بالثلاث مشروط بكون الزوجه حره كما مر (٣). و سيأتي (٤) التنبيه عليه بحكمه بتحريم الأمه باثنتين. و إنما أطلق الحكم تبعا لآيه الداله على التحريم بالثلاث، و حملا على الغالب و الفرد الأشرف. و المعتقد بعضها بحكم

ص: ١٦٣

١ - ١) البقره: ٢٣٠.

٢ - ٢) مسند الشافعي: ١٩٢-١٩٣، مسند الحميدي ١: ١١١ ح ٢٢٦، مسند إسحاق بن راهويه ٢: ٢٠٨ - ٢٠٩، مسند أحمد ٦: ٣٧، صحيح البخاري ٧: ٥٥، سنن ابن ماجه ١: ٦٢١ ح ١٩٣٢.

٣ - ٣) في ج ٧: ٣٥٣.

٤ - ٤) في ص: ١٧٣.

و يعتبر فى زوال التحريم شروط أربعة:

أن يكون الزوج بالغاً. (١) و فى المراهق تردّد أشبهه أنه لا يحلّ.

الحزّه هنا.

و المراد ب«وقوع الثلاث على الوجه المشترط» وقوعها صحيحه، إذ لا يشترط لتحريمها فى الثالثه سوى ذلك، بخلاف تحريمها فى التاسعه، فإنه مشروط بأمر زائد على الصّحّه و هو كونها عدّيه كما تقرّر.

و يجوز أن يريد بالوجه المشترط ما يشمل التقييد بكونها غير عدّيه كما احتيج إليه فى تقييد الآيه (١)، لأنه حكم بكون غايه التحريم على المطلّق ثلاثاً أن تنكح زوجاً غيره الشامل للثلاثه الاولى و غيرها، و مع كون الطلاق عدّياً لا- يغتيا التحريم فى التاسعه- التى هى ثلاث بالنسبه إلى زوال حكم ما قبلها بالمحلّل- بنكاح غير المطلّق، لاستمرار التحريم حينئذ. فيبقى (٢) تقدير العبارة على هذا:

إذا وقعت الثلاث على الوجه المشترط- و هو كونها صحيحه، أو غير عدّيه بالنسبه إلى الثلاثه الثالثه- حرمت المطلّقه حتى تنكح زوجاً غيره. و فى القسم الثانى و هو كونها عدّيه لا يغتيا التحريم بذلك، لتحريمها حينئذ مؤبداً. و هذا الاعتبار أكثر فائده.

قوله: «أن يكون الزوج بالغاً. إلخ».

اتفق الأصحاب على أن الصغير الذى لم يقارب البلوغ و لا يشتهى الجماع لا يحلّ. و اختلفوا فى المراهق- و هو المقارب للبلوغ بحيث يمكن بلوغه بغير

ص: ١٦٤

١- (١) البقره: ٢٣٠.

٢- (٢) فى «ح، و»: فينبغى.

السّنّ و هو ابن عشر سنين فصاعدا-هل يحلّ أم لا؟ فذهب الشيخ في كتابي (١) الفروع و ابن الجنيّد (٢) إلى الاكتفاء به، لعموم قوله تعالى حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ الصّادق بالصغير و الكبير.

و ذهب المصنّف و أكثر المتأخّرين (٣) إلى المنع، لأنّ الصبي لا اعتبار بأفعاله لرفع القلم عنه. و لقول النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم في الخبر السابق (٤): «حتى يذوق عسيلتك و تذوق عسيلته» و العسيلة لذه الجماع على ما فسّره به أهل اللغه (٥)، و قيل (٦): الإنزال، و كلاهما لا يتحقّق في غير البالغ. و لقول الرضا عليه السلام حين سئل عن رجل طلق امرأته الطلاق الذي لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره فتزوجها غلام لم يحتلم قال: «لا حتى يبلغ» (٧).

و فيه نظر، لأن رفع القلم عن الصبي لا ينافي اعتداد المكلف بفعله و ترتّب الأثر عليه، كما يجب عليها الغسل بوطيه، و خصوصا مع دخوله في إطلاق الآية.

و المراهق له لذه الجماع، و كذلك المرأة تلتذّ به، فيتناوله الخبر. و الروايه الأخيره

ص: ١٦٥

١-١) المبسوط ١٠٩:٥-١١٠، الخلاف ٤:٥٠٤، مسأله (٨).

٢-٢) حكاه عنه العلامه في المختلف: ٥٩٤.

٣-٣) راجع المختلف: ٥٩٤، إيضاح الفوائد ٣:٣٣٣، كنز العرفان ٢:٢٨٠.

٤-٤) في ص: ١٦٣، هامش (٢).

٥-٥) لسان العرب ١١:٤٤٥، الصحاح ١٧٦٤:٥، النهايه ٣:٢٣٧، غريب الحديث للخطّابي ١:٥٤٦ رقم (٢٠٤).

٦-٦) راجع إيضاح الفوائد ٣:٣٣٤، الحاوي الكبير ١٠:٣٢٧.

٧-٧) الكافي ٦:٧٦ ح ٦، التهذيب ٨:٣٣ ح ٨، الاستبصار ٣:٢٧٤ ح ٣، الوسائل ١٥:٣٦٧ ب «٨» من أبواب أقسام الطلاق.

فى طريقها[١]ضعف و جهاله فلا تصلح دليلا،و يمكن مع ذلك حملها على الأكمليته.و لعلّ التخفيف فى هذا الباب مطلوب،لما فيه من الغضاضة و العار،و إن كان النكاح مبيّتا على الاحتياط.

و اتفق العامّة (١)على الاكتفاء بالمراهق،و إنما اختلفوا فيما دونه،بل قيل إنّ الصحابه اتفقوا عليه أيضا.و لا فرق على القولين فى المحلل بين الحرّ و العبد و العاقل و المجنون.

ثمّ إن اعتبرنا البالغ و كان عاقلا فأمر الطلاق إليه.و إن كان مجنونا توقّف طلاق وليه عنه على المصلحه كما مرّ (٢).

ثمّ البالغ العاقل لا يوثق بطلاقه،لأنه بيده و لا يصحّ اشتراطه عليه كما سبق (٣)،فأسلم طريق فى الباب و أدفعه للعار و غيرهه أن تتزوّج من عبد مراهق- إن اكتفينا به-أو مكلف-للزوج أو غيره-و يستدخل حشفته ثمّ يملّكك ببيع أو هبه و يفسخ نكاحه و يحصل التحليل،و يتعلّق بأصل آخر و هو إجبار العبد على النكاح،و قد تقدّم (٤)البحث فيه،فإن لم نجز امتنع ذلك.و إنما كان أسلم الطرق لأنه لا يوثق بطلاق الزوج،و البالغ قد يحبها فيطول الانتظار.و أما إنه أدفع للعار و غيرهه فظاهر.

ص: ١٦٦

١-٢) الحاوى الكبير ١٠:٣٢٩،حليه العلماء ٧:١٣٣،المغنى لابن قدامه ٨:٤٧٦.

٢-٣) فى ص: ١١.

٣-٤) فى ج ٧:٤١٩.

٤-٥) فى ج ٧:١٤٤-١٤٥.

و أن يطأها في القبل (١) وطئا موجبا للغسل. و أن يكون ذلك بالعقد لا بالملك و لا بالإباحه. و أن يكون العقد دائما لا متعه.

قوله: «و أن يطأها في القبل. إلخ».

أشار بذلك إلى جملة من شرائط التحليل، و هي أمور خمسة:

الأول: أن يطأها المحلل. فلا يكفي العقد المجرد و لا الخلوه إجماعا، إلا من سعيد بن المسيب (١) حيث اكتفى بالعقد عملا بظاهر قوله تعالى حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ و النكاح حقيقه في العقد. و حجّه الباقيين وراء الإجماع خبر العسيله الدالّ على اشتراط الوطء، و هو مروى (٢) من الجانبين، مع أنه يمكن استفادته من الآيه بحمل النكاح على الوطء على القول بأنه حقيقه فيه، و أن العقد مستفاد من قوله تعالى زَوْجًا .

الثاني: كونه في القبل. فلا- يكفي في الدبر، و هو مستفاد أيضا من ذوق العسيله، فإنه منتف من الجانبين في غير القبل، و لأنه المعهود. هذا إذا قلنا بجوازه و إلا فلا إشكال في خروجه، لأن الأحكام لا تتناوله.

الثالث: كون الوطء موجبا للغسل. و حدّه تغيب الحشفه أو قدرها من مقطوعها، لأن ذلك هو مناط أحكام الوطء كلّها. و المعتبر في مقدار الحشفه من الباقي حشفه العضو المخصوص. و لو كان الباقي منه أقلّ من ذلك لم يحصل به

ص: ١٦٧

١ - ١) راجع الإشراف على مذاهب العلماء ٢٠٠، ١٩٩: ٤، أحكام القرآن للجزيّاص ٣٩١، ٣٩٠: ١، النكت و العيون للماوردي ٢٩٦: ١، المحلّي لابن حزم ١٧٨: ١٠، أحكام القرآن للكيّ الهراسي ١: ١٧٥، أحكام القرآن لابن العربي ١٩٨: ١.
٢ - ٢) الكافي ٦: ٧٩ ح ٣ و ٤ و ٥. المجازات النبويّه: ٣٥٣ ح ٣١٧، التهذيب ٨: ٣٣ ح ٩٨ و ٩٩، الاستبصار ٣: ٢٧٤ ح ٩٧٣ و ٩٧٤، الوسائل ١٥: ٣٦٦ ب (٧) من أبواب أقسام الطلاق ح ١ و ٣، و راجع ص: ١٦٣، هامش (٢).

التحليل و إن أوقب (١).و لو كانت بكرا فأقل الإصابه الاقتضاض بآلته ذلك المقدار.و لا فرق بين أن يحصل مع ذلك انتشار العضو و عدمه،حتى لو حصل إدخال الحشفه بالاستعانه كفى على ما يقتضيه إطلاق النصّ و الفتوى،مع احتمال العدم نظرا إلى جعل ذوق العسيله غايه.

الرابع: أن يكون ذلك بالعقد لا بالملك،لقوله تعالى حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِن النِّكَاحَ حقيقه فى العقد.و لو أريد به هنا الوطاء- كما زعم بعضهم (٢)- لأمكن استفادته من لفظ «الزوج» فلا يكفى الوطاء بملك اليمين و لا بالتحليل.

الخامس: كون العقد دائما.فلا- يكفى المتعه،لمفهوم قوله تعالى حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا وَ الطلاق مختصّ بالدائم.و روى هشام بن سالم فى الموثق عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل تزوّج امرأه ثمّ طَلَّقَهَا فَبانتَ ثمّ تزوّجها رجل آخر متعه هل تحلّ لزوجها الأول؟ قال: «لا حتى تدخل فيما خرجت منه» (٣).و روى عبد الله بن مسكان عن الصيقل عن أبى عبد الله عليه السلام مثله،و زاد فيه قوله: «لأن الله تعالى يقول:

فإن طَلَّقَهَا فَلَا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره فإن طَلَّقَهَا،و المتعه ليس فيها طلاق» (٤).

ص: ١٤٨

١- ١) فى «ش،و»: أوعب.

٢- ٢) راجع فقه القرآن للراوندى ١٧٧:٢، فقد فسّر النكاح بالجماع، مع أنه شرط فى الصفحه التاليه كون التحليل بالعقد.

٣- ٣) التهذيب ٣٣:٨ ح ١٠٢، الاستبصار ٢٧٤:٣ ح ٩٧٧، الوسائل ٣٦٨:١٥ ب «٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ٣.

٤- ٤) التهذيب ٣٤:٨ ح ١٠٣، الاستبصار ٢٧٥:٣ ح ٩٧٨، الوسائل ٣٦٩:١٥ ب «٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ٤.

و مع استكمال الشرائط (١) يزول تحريم الثلاث. و هل يهدم ما دون الثلاث؟ فيه روايتان أشهرهما أنه يهدم. فلو طلق مره، فتروجت المطلقه، ثم تزوج بها الأول، بقيت معه على ثلاث مستأنفات، و بطل حكم السابقه.

قوله: «و مع استكمال الشرائط. إلخ».

المراد بهدم الطلقات السابقات أن الزوج إذا طلق الزوجه طلقه أو طلقتهين ثم خرجت من عدته و تزوجت بغيره تزويجا يفيد التحليل على تقدير الحاجة إليه ثم طلقها أو مات عنها و رجعت إلى الأول بعقد جديد بقيت معه على ثلاث طلقات كأنه لم يطلقها فيما سبق، و لم تعد الطلقه السابقه و لا الطلقتان. و من منع الهدم هنا عد الطلقه السابقه على نكاح الثانى و الطلقتين من الثلاث، و بقيت معه بعد تزويجه ثانيا على طلقتين أو طلقه كما كانت قبل أن تتزوج بغيره، فإذا أكملها ثلاثا حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره. و على الأول لا اعتبار بما سبق، و لا تحرم عليه إلا بثلاث طلقات مستأنفات.

إذا تقرّر ذلك فقد اختلف الأصحاب و غيرهم من العلماء فى هذه المسأله، فذهب الشيخ (١) و أتباعه (٢) و ابن إدريس (٣) و المصنّف و أكثر المتأخرين (٤) إلى الأول. و استندوا فى ذلك إلى روايه رفاعه بن موسى النخاس قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام رجل طلق امرأته تطليقه واحده فتبين منه، ثم تزوجها آخر

ص: ١٦٩

١- ١) النهايه: ٥١٣، المبسوط ٥: ٨١، الخلاف ٤: ٤٨٨ مسألة (٥٩).

٢- ٢) راجع المهذب ٢: ٢٨٢، الوسيطه: ٣٢١.

٣- ٣) السرائر ٢: ٦٦٨.

٤- ٤) راجع كشف الرموز ٢: ٢٢١، الجامع للشرائع: ٤٦٧، المختلف: ٥٩٠، إيضاح الفوائد ٣: ٣٣٢، ٣: ٣٣٣.

فيطلقها على السنه فتبين منه، ثم يتزوجها الأولى على كم هي عنده؟ قال: على غير شىء. ثم قال: يا رفاعه كيف إذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها ثانية استقبل الطلاق، فإذا طلقها واحده كانت على اثنتين؟! (١). وروى عبد الله بن عقيل بن أبي طالب قال: «اختلف رجلان في قضيه على عليه السلام و عمر في امرأه طلقها زوجها تطليقه أو اثنتين فتزوجها آخر فطلقها أو مات عنها فلما انقضت عدتها تزوجها الأول، فقال عمر: هي على ما بقى من الطلاق، فقال على عليه السلام: سبحان الله أ يهدم ثلاثا و لا يهدم واحده؟!» (٢).

و في طريق الروايتين ضعف، إلا أن مضمونهما مشهور بين الأصحاب حتى إن المخالف غير معلوم.

و نقل عن بعض الأصحاب (٣) عدم الهدم. و حجته قوله تعالى الطلاق مرتان إلى قوله فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره (٤) الشامل لما لو تخلل نكاح زوج قبل الثالثه و عدمه. و للروايات الصحيحه المستفيضه بذلك، كصحيحه الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقه واحده ثم تركها حتى مضت عدتها فتزوجت زوجا غيره، ثم مات الرجل أو طلقها فراجعها زوجها الأول، قال: هي على تطليقتين

ص: ١٧٠

-
- ١- ١) التهذيب ٨: ٣١ ح ٩٢، الاستبصار ٣: ٢٧٢ ح ٩٦٧، الوسائل ١٥: ٣٦٣ ب «٦» من أبواب أقسام الطلاق ح ٤.
 ٢- ٢) التهذيب ٨: ٣٤ ح ١٠٦، الاستبصار ٣: ٢٧٥ ح ٩٨١، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.
 ٣- ٣) نقله ابن حمزه في الوسيله: ٣٢١، و ابن إدريس في السرائر ٢: ٦٦٨.
 ٤- ٤) البقره: ٢٢٩-٢٣٠.

.....
بأقبتين» (١).

و صحیحہ منصور بن حازم عن الصادق علیه السلام فی امرأه طلقها زوجها واحده أو اثنتين ثم تركها حتى تمضى عدتها فتزوجها غيره، فيموت أو يطلقها فيتزوجها الأول قال: «هي عنده على ما هي عليه من الطلاق» (٢).

و صحیحہ جميل بن دراج (٣) عنه عليه السلام، و إبراهيم بن عبد الحميد (٤) عن الكاظم عليه السلام: «قال: إذا طلق الرجل المرأة فتزوجت ثم طلقها زوجها الأول، ثم طلقها فتزوجت رجلاً - ثم طلقها فتزوجها الأول، ثم طلقها هكذا ثلاثاً لا تحل له أبداً». و في معناها غيرها (٥) مما هو صريح في عدم الهدم.

و يؤيده أن الطلاق الأول و الثاني لا يؤثران في التحريم المحوج إلى زوج فالنكاح الثاني و الدخول فيه لا يهدمانهما، بخلاف ما إذا طلقها ثلاثاً فنكحت زوجها آخر، لأن دخول الثاني أفاد حل النكاح، و لا - يمكن بناؤه على العقد الأول و هنا يمكن بناؤه عليه، فبني كما لو عادت قبل أن تتزوج. و لا - يخفى عليك قوه دليل هذا الجانب، كضعف (٦) مقابله، إلا أن عمل الأصحاب عليه، فلا سبيل إلى الخروج عنه.

ص: ١٧١

-
- ١ - ١) الكافي ٥: ٤٢٦ ح ٥، التهذيب ٨: ٣١ ح ٨٣، الاستبصار ٣: ٢٧٣ ح ٩٦٨، الوسائل ١٥: ٣٦٤ ب «٦» من أبواب أقسام الطلاق ح ٦.
 - ٢ - ٢) التهذيب ٨: ٣٢ ح ٨٤، الاستبصار ٣: ٢٧٣ ح ٩٦٩، الوسائل الباب المتقدم ح ٩.
 - ٣ - ٣) الكافي ٥: ٤٢٨ ح ٧، الوسائل ١٤: ٤٠٨ ب «١١» من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ٢ و ذيله.
 - ٤ - ٤) الكافي ٥: ٤٢٨ ح ١٣، الوسائل ١٤: ٤٠٨ ب «١١» من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ٢ و ذيله.
 - ٥ - ٥) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٦٤ ب «٦» من أبواب أقسام الطلاق ح ٧، ٨، ١٠.
 - ٦ - ٦) في «و» و إحدى الحجريتين: لضعف.

و لو طَلَّقَ الذَّمِيَّةَ (١) ثلاثاً فترَوَّجَت بعد العَدَّةِ ذَمِيًّا ثُمَّ بَانَت منه و أسلمت حلَّ للأول نكاحها بعقد مستأنف. و كذا كلُّ مشرك.

و الشيخ (١) -رحمه الله- حمل الروايات الدالة على عدم الهدم على أحد أمور ثلاثة: أن يكون الزوج لم يدخل بها، أو يكون غير بالغ، أو تكون متعه، فإن الثلاثة لا تحلُّ و لا تهدم الأقل من الثلاث. و ما أشبه هذا الحمل بأصل الحجَّة.

و فى المختلف (٢) نفى البأس عن هذا الحمل، نظرا إلى اعتضاده بأصالة الإباحة، أو أنه قد وردت أخبار (٣) صحاح فى أن الخروج من العَدَّة يهدم طلاق الزوج نفسه فالأولى غيره، و إن كنَّا لا نعمل بتلك الأخبار. و لا يخفى عليك ما فى هذا كَلِّه من التكلف. و فى التحرير (٤) تردَّد فى الحكم لذلك. و عذره واضح.

و اعلم أن فى نسبة المصنَّف روايه الهدم إلى الأشهرية إشارة إلى ما ذكرناه، فإن الجانب الآخر أصحَّ طريقا و لكن هذه أشهر بين الأصحاب. و لم ينسب المسألة إلى قولين لما أشرنا إليه من عدم تعيين المخالف، فكان نسبه إلى الروائتين أولى.

قوله: «و لو طَلَّقَ الذَّمِيَّةَ. إلخ».

الغرض من ذلك أن الإسلام ليس شرطا فى المحلل، لإطلاق قوله تعالى:

حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ (٥) فلو كان كافرا صحَّ. و لا فرق بين كون مطلق الذميه مسلما و كافرا. و يتصوّر طلاق المسلم للذميه ثلاثا على تقدير رجوعها فى طلاقها

ص: ١٧٢

١- ١) التهذيب ٨: ٣٢ ذيل ح ٩٧، الاستبصار ٣: ٢٧٣ ذيل ح ٩٧٢.

٢- ٢) المختلف: ٥٩٠.

٣- ٣) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٥٣ ب «٣» من أبواب أقسام الطلاق ح ١٦، ١٣، ١٢.

٤- ٤) تحرير الأحكام ٢: ٥٧.

٥- ٥) البقره: ٢٣٠.

و الأمه إذا طلقت (١) مرتين حرمت حتى تنكح زوجا غيره، سواء كانت تحت حرّ أو عبد.

في العده، لأنه ليس ابتداء نكاح فلا يمنع منه، أو على القول بجواز نكاحها ابتداء، أو على تقدير طلاقها مرتين قبل إسلامه و وقوع الثالث في الإسلام، فإذا حللها الذمى صح نكاحه و أفاد تحليله الحلّ لزوجها المسلم إذا أسلمت أو جوزنا للمسلم نكاح الكتابيه ابتداء. و لو كان الزوج كافرا و ترافعوا إلينا حكمنا بحلها له، سواء كان ذميا أم لا. و كذا لو أسلم الزوج و قد حللها كافر مثلها، لأن أنكحه الكفار مقرّه على حالها كما تقدّم (١) في بابه.

قوله: «و الأمه إذا طلقت. إلخ».

الاعتبار في عدد الطلقات المحرّمه بدون المحلل عندنا بالمرأه، فالحرّه تحرم بثلاث و إن كان زوجها عبدا، و الأمه باثنتين و إن كان حرّا. و عند بعض العامه (٢) أن الاعتبار بالرجل، فالحرّ لا تحرم عليه الزوجه بدون ثلاث و إن كانت أمه، و العبد تحرم عليه باثنتين و إن كانت حرّه.

لنا: قوله تعالى الطلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ (٣) و هو للحرّه لقوله تعالى وَ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا (٤) الآية، و ليس الإيتاء للأمه بل لمولاها، و الآية الثانيه مبنيّه لمن تقع عليها الطلقات الثلاث. و عارضوا ذلك بقوله تعالى وَ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا و هو خطاب للأزواج، و الآخذ إنما هو الحرّ لا العبد. و أوجب بمنع كونه خطابا للأزواج بل لمن

ص: ١٧٣

١-١) في ج ٧: ٣٦٥ و ٣٦٩ و غيرهما.

٢-٢) اختلاف العلماء للمروزي: ١٣٩، الحاوي الكبير ٣٠٤: ١٠.

٣-٣) البقره: ٢٢٩.

٤-٤) البقره: ٢٢٩.

و لا تحلّ للأول(١) بوطء المولى. وكذا لا تحلّ لو ملكها المطلّق، لسبق التحريم على الملك.

الأداء من ماله الشامل للأزواج وغيرهم، بخلاف قوله تعالى آتَيْتُمُوهُنَّ فَإِنِ الضمير للنساء. و لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «طلاق الأُمه طلقتان و عدّتها حيضتان» (١). و من طريق الخاصّه صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «طلاق المرأه إذا كانت عند مملوك ثلاث تطليقات، و إذا كانت مملوكه تحت حرّ تطليقتان» (٢). و صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «طلاق الحرّه إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، و طلاق الأُمه إذا كانت تحت الحرّ تطليقتان» (٣). و غير ذلك من الأخبار.

قوله: «و لا تحلّ للأول. إلخ».

قد عرفت أن شرط المحلّل كونه مالكا للنكاح بعقد الدوام بدليل «الزوج و الطلاق» في آيه (٤) التحليل، فلا يكفي الوطاء بملك اليمين. فإذا طلقها الزوج طلاقا محرّما لم تحلّ له بوطء المولى. و كذا لا- يزول التحريم بملك المطلّق لها، عملا باستصحاب الحرمة إلى أن يحصل المحلّل و هو وطاء المحلّل المنفّي هنا.

و روى عبد الملك بن أعين قال: «سألته عن الرجل زوج جاريتة رجلا فمكثت معه ما شاء ثمّ طلقها و رجعت إلى مولاها فوطئها، أ تحلّ لزوجها إذا أراد أن

ص: ١٧٤

-
- ١- ١) سنن سعيد بن منصور ٣: ٣٠٣ ح ١٢٧٦، سنن الدارمي ٢: ١٧٠-١٧١، سنن ابن ماجه ١: ٦٧١ ح ٢٠٧٩، سنن أبي داود ٢: ٢٥٧-٢٥٨ ح ٢١٨٩، سنن الترمذي ٣: ٤٨٨ ح ١١٨٢.
- ٢- ٢) التهذيب ٨: ٨٣ ح ٢٨١، الوسائل ١٥: ٣٩٣ ب «٢٥» من أبواب أقسام الطلاق ح ٣.
- ٣- ٣) الفقيه ٣: ٣٥١ ح ١٦٧٧، التهذيب ٨: ٨٣ ح ٢٨٢، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.
- ٤- ٤) البقره: ٢٣٠.

و لو طَلَّقها مَرَّةً (١) ثُمَّ أَعْتَقَتْ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا أَوْ رَاجَعَهَا بَقِيَتْ مَعَهُ عَلَيَّ وَاحِدَةً اسْتَصْحَابًا لِلْحَالِ الْأُولَى، فَلَوْ طَلَّقَهَا أُخْرَى حَرَمَتْ عَلَيْهِ حَتَّى يَحْلُلَهَا زَوْجًا.

يراجعها؟ قال: لا حتى تنكح زوجها غيره» (١). و روى بريد (٢) في الصحيح و الحلبي (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الأمة يطلقها تطليقتين ثم يشترها، هل يحل له أن يطأها؟ قال: لا حتى تنكح زوجها غيره» و غيرهما من الأخبار الكثيره. و يظهر من ابن الجنيدي (٤) حلها بالشراء، و في بعض الأخبار (٥) ما يدل عليه. و المذهب هو الأول.

قوله: «و لو طَلَّقها مَرَّةً إلخ».

هذا الحكم ذكره الشيخ في النهاية (٦)، و تبعه عليه جماعه (٧) منهم المصنف و العلامة (٨). و مستنده صحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «المملوك إذا كان تحت مملوكه فطلقها ثم أعتقها صاحبها كانت عنده

ص: ١٧٥

-
- ١- (١) التهذيب ٨: ٨٤ ح ٢٨٦، الاستبصار ٣: ٣٠٩ ح ١٠٩٩، الوسائل ١٥: ٣٩٦ ب «٢٧» من أبواب أقسام الطلاق ح ١.
 - ٢- (٢) الكافي ٦: ١٧٣ ح ٤، التهذيب ٨: ٨٤ ح ٢٨٥، الاستبصار ٣: ٣٠٩ ح ١٠٩٨، الوسائل ١٥: ٣٩٥ ب «٢٦» من أبواب أقسام الطلاق ح ٣.
 - ٣- (٣) الكافي ٦: ١٧٣ ح ٢، التهذيب ٨: ٨٤ ح ٢٨٨، الاستبصار ٣: ٣٠٩ ح ١١٠١، الوسائل الباب المتقدم ح ٥، مع اختلاف في بعض اللفظ.
 - ٤- (٤) راجع المختلف: ٥٩١.
 - ٥- (٥) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٩٥ ب «٢٦» من أبواب أقسام الطلاق ح ٤٨.
 - ٦- (٦) النهاية: ٥١٩.
 - ٧- (٧) راجع المهذب ٢: ٢٨٨.
 - ٨- (٨) المختلف: ٥٩١، تحرير الأحكام ٢: ٥٥، قواعد الأحكام ٢: ٦٧.

على واحده» (١). و صحیحہ الحلبي عن الصادق عليه السلام: «في العبد تكون تحته الأمه فطلقها تطليقه ثم أعتقا جميعا، كانت عنده على تطليقه واحده» (٢).

و غير ذلك من الروايات. و لأنه بعد الطلاق الأول قد تعلّق به حكم التحريم بعد طلقه أخرى، فلا يسقط هذا الاعتبار بالإعتاق المتجدّد.

و قد تقدّم البحث على نظير هذه المسألة في نكاح (٣) المشركات إذا أسلم العبد و عنده أربع و أعتق، و في باب (٤) القسم بين الزوجات إذا أعتقت الأمه في أثناء القسمه. و مضمونها أنه متى كان العتق قبل استيفاء حقّ العبوديّة يلتحق بالأحرار في الحكم، و هو مخالف لما هنا، و ذلك هو الموافق للظاهر كما تحقّق في موضعه. و من ثمّ ذهب ابن الجنيّد (٥) هنا إلى أن الأمه إذا أعتقت قبل وقوع الطلاق الثاني بها انتقل حكم طلاقها إلى حال الحرائر، و لم تحرم إلا بالثالثه. و هذا هو الموافق لما سلف إلا أنه لا سبيل هنا إلى ردّ الروايات الصحيحه.

و أما تعليلهم بأنه بعد الطلاق الأول قد تعلّق به حكم التحريم بعد طلقه أخرى فليس بجيد، لأن حكم التحريم لا يتعلّق قبل الطلاق الثاني على التقديرين، و إنما يتعلّق بعده على تقدير مصادفتها أمه إجراء لحكم الإماء عليها، فإذا أعتقت قبل الطلاق الثاني لم يصادف التحريم محلاً و هو كونها أمه،

ص: ١٧٦

١- (١) التهذيب ٨:٨٦ ح ٢٩٢، الاستبصار ٣:٣١١ ح ١١٠٥، الوسائل ١٥:٣٩٨ ب «٢٨» من أبواب أقسام الطلاق ح ٢.

٢- (٢) الفقيه ٣:٣٥٢ ح ١٦٨٤، التهذيب ٨:٨٦ ح ٢٩٣، الاستبصار ٣:٣١١ ح ١١٠٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣.

٣- (٣) في ج ٧:٣٨٠.

٤- (٤) في ج ٨:٣٢٤.

٥- (٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٩١.

و الخصىّ يحلّل (١) المطلّقه ثلاثا إذا وطئ و حصلت فيه الشرائط. و فى روايه لا يحلّل.

و لو وطئ (٢) الفحلّ قبلأ فأكسل حلت للأول، لتحقّق اللذّه منهما.

فيتوقّف على إكمال الثلاث. و كيف كان فالعمل بالمشهور متعيّن للروايات الصحيحه.

قوله: «و الخصىّ يحلّل. إلخ».

لما كان تزويج الخصىّ صحيحا و وطؤه ممكنا-لبقاء آله الجماع-أمكن جعله محلّلا، لصدق كونه زوجا ناكحا إلى غير ذلك من شرائطه. و فوات فائده التولّد من جماعه لا- يقمّح هنا، لأنّ المعتبر مجرّد الوطء الموجب للغسل كما تقرّر، و هو حاصل. و الروايه المذكوره بكونه لا يحلّل رواها الشيخ عن محمد بن مضارب قال: «سألت الرضا عليه السلام عن الخصىّ يحلّل قال: لا يحلّل» (١) و هى مطرحه لضعف الطريق. و الموجوء فى معنى الخصىّ. أما المجهوب فإن بقي منه مقدار الحشفه صحّ تحليله و إلّا- فلا. و قد تقدّم (٢).

قوله: «و لو وطئ. إلخ».

الإكسال فى الجماع عدم إنزال الماء معه، قال الجوهرى: «أكسل الرجل فى الجماع إذا خالط أهله و لم ينزل» (٣). و الحاصل: أن إنزال الماء ليس بشرط فى تحقّق التحليل، لصدق الجماع الموجب للغسل بدونه. و قول المصنّف:

«لتحقّق اللذّه منهما» إشاره إلى أن المعتبر الجماع الموجب للذّه كما ورد فى

ص: ١٧٧

١- ١) التهذيب ٨: ٣٤ ح ١٠٤، الاستبصار ٣: ٢٧٥ ح ٩٧٩، الوسائل ١٥: ٣٦٩ ب «١٠» من أبواب أقسام الطلاق ح ١.

٢- ٢) فى ص: ١٦٧.

٣- ٣) الصحاح ٥: ١٨١٠.

و لو تزوّجها المحلّل (١) فارتدّ فوطئها في الردّه، لم تحلّ، لانفساخ عقده بالردّه.

الخبر النبوي: «حتى يذوق عسيلتك و تذوقى عسيلته» (١) و هي لذّه الجماع، و الأصل عدم اعتبار أمر آخر. و لا فرق في عدم اشتراط الإنزال بين الفحل و غيره، و إنما خصّه لأنه قابل لذلك دون الخصي.

قوله: «و لو تزوّجها المحلّل. إلخ».

المراد أنه ارتدّ قبل الدخول المفيد للتحليل - و هو الوطء في القبل - و وطئ في زمن العده (٢)، إذ لو كان الارتداد بعده لتحقّق التحليل بوطئه قبل الردّه. و وجه عدم الحلّ بوطئه حينئذ انفساخ العقد و إن بقي أثره يعود إليها لو رجع في العده بالعقد السابق. و بهذا يفرّق بينه و بين سائر أسباب التحريم، فإنها لا توجب اختلال النكاح. و يتصوّر ثبوت العده مع عدم الدخول قبلاً بأن يكون قد وطئها في الدبر، فإن لا يكفي في التحليل و يوجب العده. و كذا لو خلا بها عند جماعه (٣) من الأصحاب، فإنهم يوجبون بها العده و لا يكفي في التحليل. و ألحق ابن الجنيّد (٤) بالخلوه التذاذه بما ينزل به الماء. أما لو لم يحصل منه ما يوجب العده قبل الارتداد بانته منه به و صار كالأجنبي لا أثر لوطئه، و أغنى عن بيان حكمه ما سبق (٥) من اشتراط استناد الوطء إلى العقد. و كذا الحكم لو كان المرتدّ

ص: ١٧٨

١- ١) تقدّم ذكر مصادره في ص: ١٦٣، هامش (٢).

٢- ٢) في «م» و هامش «و»: الردّه.

٣- ٣) منهم ابن الجنيّد، راجع المختلف: ٦١٩، و ظاهر الصدوق في المقنع: ١٠٩، و حكاه الشيخ عن قوم من أصحابنا في الخلاف ٤: ٣٩٦ مسألة (٤٢) و المبسوط ٥: ٢٤٧.

٤- ٤) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣.

٥- ٥) في ص: ١٦٧.

الزوجه فوطئها في زمان ردّتها ثم رجعت إلى الإسلام.

و ما نزلنا به العبارة أجود ممّا فهمه العلّامه في التحرير بقوله: «إن هذا غير متصوّر، لأن الردّه إن كانت قبل الوطء انفسخ النكاح و صار و طء أجنبي لا يحلّ قطعاً، و إن كانت بعده حلّت بالأول» (١). و أنت قد عرفت أن هناك قسماً ثالثاً فرضت فيه المسأله.

و أما ما تكلفه بعضهم من أن المراد الوطء بعد الارتداد في غير عدّه، و أن الغرض الفرق بين الوطء الذي سبقه عقد ثم طرأ عليه الفسخ قبل الوطء، و بين الوطء الذي لم يسبقه عقده، و هو المستفاد ممّا سبق من اشتراط استناد الوطء إلى العقد، فإن الأول يصدق عليه أنه وطئ زوجته عند من لم يشترط بقاء المعنى المشتقّ منه في صحّه الاشتقاق كما هو مذهب الأصحاب، فإنّ المصنّف و غيره بهذا ليفرّق بين هذا الوطء و الوطء الذي لم يصادف زوجته (٢) لا حقيقه و لا مجازاً.

فهذا التكلّف ليس بشيء، لأن الشرط السابق محصّيه اشتراط استناد الوطء إلى العقد، فمتى لم يكن مستنداً إليه لم يؤثّر في الحلّ، سواء تجرّد عن العقد أصلاً أم كان بعده و بعد البيّنونه، و سواء كانت برده أم طلاق أم غيرهما من أسبابها. و لا وجه حينئذ لفرض المسأله في الارتداد بخصوصه. و عدم اشتراط بقاء المعنى في صحّه الاشتقاق لا يفيد هنا إجماعاً، كما يظهر ذلك فيمن عقد عليها دائماً ثمّ طلقها قبل الدخول و وطئها بعد ذلك على وجه محلّل بأن كان لشبهه أم غير محلّل.

ص: ١٧٩

١-١) تحرير الأحكام ٥٧:٢.

٢-٢) في «ح»: زوجيه.

الأول: لو انقضت مدّه فادّعت أنها تزوّجت

الأول: لو انقضت مدّه (١) فادّعت أنها تزوّجت و فارقها و قضت العدّه، و كان ذلك ممكنا في تلك المدّه، قيل: يقبل، لأن في جملة ذلك ما لا يعلم إلاّ منها، كالوطء. و في روايه إذا كانت ثقّه صدّقت.

قوله: «لو انقضت مدّه. إلخ».

القول بقبول قولها مع إمكان صدقها مطلقا هو المشهور بين الأصحاب و عليه العمل، لأنها مؤتمنه في انقضاء العدّه، و الوطء ممّا لا يمكن إقامه البيّنه عليه، و ربما مات الزوج أو تعدّر مصادقته بغيبه و نحوها، فلو لم يقبل منها ذلك لزم الإضرار بها و الحرج المنفيان (١).

و الروايه التي أشار إليها هي صحيحه [١] حمّاد عن أبي عبد الله عليه السلام:

«عن رجل طلق امرأته ثلاثا فبانّت منه فأراد مراجعتها فقال: إنّي أريد مراجعتك فتزوّجى زوجها غيرى فقال: قد تزوّجت زوجها غيرك و حلّلت لك نفسى، أ يصدّق قولها و يراجعها، و كيف يصنع؟ قال: إذا كانت المرأه ثقّه صدّقت في قولها» (٢). و المراد بالثقه من تسكن النفس إلى خبرها و إن لم تكن متّصفه بالعداله المعتره في قبول الشهاده. و يمكن حمل الروايه على استحباب مراعاة الثقه في قبول خبرها.

ص: ١٨٠

١- ١) كذا في هامش «و» بعنوان: ظاهرا، و هو الصحيح، و في النسخ و الحجريّتين: المنفيين.

٢- ٣) التهذيب ٨: ٣٤ ح ١٠٥، الاستبصار ٣: ٢٧٥ ح ٩٨٠، الوسائل ١٥: ٣٧٠ ب «١١» من أبواب أقسام الطلاق.

الثانى: إذا دخل المحلل (١) فادّعت الإصابه، فإن صدّقها حلّت للأول، وإن كذّبها قيل: يعمل الأول بما يغلب على ظنّه من صدقها أو صدق المحلل. ولو قيل: يعمل بقولها على كلّ حال كان حسنا، لتعدّر إقامه البينه لما تدّعيه.

و كما يقبل قولها فى حقّ المطلق يقبل فى حقّ غيره. وكذا الحكم فى كلّ امرأه كانت مزوّجه و أخبرت بموته أو فراقه و انقضاء العده فى وقت محتمل. ولا فرق بين أن تعين الزوج و عدمه، ولا بين إمكان استعلامه و عدمه، وإن كان طريق الورع غير خفىّ بسؤال المعلوم و التوقف مع ظنّ كذبها.

و لو كذّبها المطلق لم يكن له نكاحها. و لو قال بعد ذلك: تبين صدقها لم يمنع من نكاحها، لأنه ربما انكشف له خلاف ما ظنّه.

و لو عيّنت الزوج فكذّبها فى أصل النكاح احتمال تصديقها فى التحليل و إن لم يثبت عليه موجب الزوجيه، لوجود المقتضى لقبول قولها مع عدم تكذيبه، و هو إمكان صدقها مع تعدّر إقامه البينه على جميع ما تدّعيه، و مجرد إنكاره لا يمنع صدقها فى نفس الأمر، و عدمه نظرا إلى تقديم قوله لأنه منكر، و استصحابا للأصل، و لإمكان إقامه البينه على أصل التزويج. و فيه: أنه لا منافاه بين الأمرين، لأننا لا نقبل قولها إلاّ فى حقّها خاصّه. و الأصل لو عارض لقدح فى أصل دعواها مطلقا.

قوله: «إذا دخل المحلل. إلخ».

القول الأول للشيخ فى المبسوط (١). و وجهه: تعدّر إقامه البينه، و الظنّ

ص: ١٨١

الثالث: لو وطئها محرماً كالوطء في الإحرام أو في الصوم الواجب

الثالث: لو وطئها محرماً (١) كالوطء في الإحرام أو في الصوم الواجب، قيل: لا- تحلّ، لأنه منهي عنه، فلم يكن مراداً للشارع. و قيل: تحلّ، لتحقق النكاح المستند إلى العقد الصحيح.

مناط الأحكام الشرعيّة غالباً فيرجع إليه. والأقوى ما اختاره المصنّف، لما ذكره من تعذّر إقامه البيّنه، مع أنها تصدّق في شرطه- وهو انقضاء العده- فكذا في سببه، ولأنه لولاه لزم الحرج والضرر كما أشرنا (١) إليه سابقاً. وإنما يقبل قولها فيما يتعلّق بها من حلّ النكاح ونحوه لا في حقّه، فلا يلزمه إلاّ نصف المهر، حتى لو أنكر أصل العقد لم يلزمه المهر وإن قبل قولها في التزويج.

قوله: «لو وطئها محرماً. إلخ».

إذا وطئها المحلّل وطئاً محرماً- كوطئها في إحرام أحدهما، أو صوم أحدهما الواجب كرمضان، أو حيضها، أو على ظنّ أنها أجنبيّة، أو بعد ما حرمت عليه بالظهار، أو في العده عن وطء شبهه وقع في نكاحه إياها، أو وطئها لدون تسع سنين- ففي إفادته الحلّ قولان:

أحدهما: العدم، ذهب إليه الشيخ (٢) وابن الجنيّد (٣)، لأن الوطء المذكور منهي عنه فلا يكون مراداً للشارع حيث علّق عليه الحلّ بقوله تعالى حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ (٤) وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «حتى يذوق عسيلتك» (٥) فإن

ص: ١٨٢

١- ١) في ص: ١٨٠.

٢- ٢) المبسوط ٥: ١١٠، الخلاف ٤: ٥٠٤ مسألة (٩).

٣- ٣) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٥٩٢.

٤- ٤) البقرة: ٢٣٠.

٥- ٥) مرّ ذكر مصادره في ص: ١٦٣، هامش (٢).

المراد به الوطء المحلّل، لأن الله ورسوله لا يبيحان المحرّم. ولأن النهى يدلّ على فساد المنهى عنه فلا يترتّب عليه أثره. ولأن الإباحه تعلّقت بشرطين النكاح و الوطء، وإذا كان النكاح محرّماً لم يفد الحلّ للأول، فكذا الوطء.

و يضعّف بأن الوطء بالنسبه إلى حلّهما للأول من قبيل الأسباب، والحال لا يفترق فيها بين إباحتها وعدمه. والآيه و الروايه لا تقتضيان إباحه الوطء بل تعليق الحلّ عليه، وأحدهما غير الآخر. و نمنع دلالة النهى على فساد غير العباده.

و إلحاق إباحه الوطء بإباحه النكاح قياس. ولأن النكاح إذا أطلق لا يحمل إلّا على الصحيح و ذلك يقتضى كونه جائزاً، بخلاف الوطء.

و الثانى: الإباحه به، لتناول قوله تعالى حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ له حيث جعل نهايه التحريم نكاح الغير و قد حصل، و هو أعمّ من المباح و غيره كما مرّ. و هذا هو الأقوى.

و فى إلحاق الوطء المحرّم بعارض ضيق وقت الصلاه و نحوها بالأول و جهان، من اشتراكهما فى المقتضى، و وجود الفارق حيث إن تحريم الوطء هنا ليس لكونه وطئاً بل لتضمّنه ترك الواجب، بخلاف المتنازع. و الأقوى الفرق لو قيل به فى الأول.

المقصد الثالث: في الرجعه. (١) تصحّ المراجعة (٢) نطقاً كقوله: راجعتك، وفعلاً- كالوطء. و لو قبّل أو لامس بشهوه كان ذلك رجعه، و لم يفتقر استباحته إلى تقدّم الرجعه، لأنّها زوجته.

قوله: «في الرجعه. إلخ».

هي -لغة- المرّه من الرجوع. و شرعاً: «ردّ المرأه إلى النكاح من طلاق غير بائن في العده كما يؤخذ (١) ممّا سيأتي (٢). و لو أردت بيان المرأه الرجعيّه قلت:

هي المطلقه بعد الدخول بلا- عوض و لا- استيفاء عدد. و الأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ أَى: في العده إن أرادوا إضراحاً [١] أى: رجعه، و قوله تعالى فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ [٢] و قوله تعالى وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ [٣] أى:

قاربن بلوغ الأجل و هو انقضاء العده. و أما الأخبار (٣) فيها فكثيره.

قوله: «تصحّ المراجعة. إلخ».

الرجعه تصحّ بالقول إجماعاً، أو بالفعل عندنا و عند بعض العامّه (٤).

و الأول: إما صريح في معناها كقوله: راجعتك، و رجعتك، و ارتجعتك،

ص: ١٨٤

١- ١) في «ح، ش، م»: يوجد.

٢- ٢) في ص: ١٨٤.

٣- ٦) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٤٨ ب «٢» من أبواب أقسام الطلاق، و ص ٣٧١ ب «١٣» و «١٤» و غيرها.

٤- ٧) الحاوى الكبير ٣١٠: ١٠-٣١١، اللباب في شرح الكتاب ٣: ٥٤، المبسوط للسرخسى ٢١: ٦-٢٢.

مطلقاً. و أصرح منه إضافة قوله: إلى نكاحي، و نحوه. و دونه كقوله: رددتكَ، و أمسكتكَ، فقيل بالاكْتفاء بهما أيضاً، لورودهما في القرآن كناية عنها في قوله تعالى وَ بَعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ (١) و قوله فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ (٢).

و قيل: إنهما كناية فيفترقان إلى نيتها، لاحتمالهما غيرها كالإمساك باليد أو في البيت و نحوه. و هو أولى. و دون ذلك كله: تزوّجتكَ، و أعدتكَ إلى النكاح، و رفعت تحريم نكاحك، و أعدت حلّه، و نحو ذلك. و في الاكتفاء به قولان، من أن المعتبر في الرجعه ما يدلّ على إرادته النكاح و كلّ ذلك دالّ عليها، و لأنها تصحّ بالفعل فلا تعتبر صيغته معيّنه. و هذا أقوى (٣). و وجه العدم: أن الأسباب الشرعيّة تتوقّف على وضع الشارع. و فيه: تضييق لم يثبت، و المعلوم توقّف أصلها لا اللفظ الدالّ عليها.

و الثاني: كإشارته الأخرس و سيأتي (٤)، و كالوطء و مقدماته من النظر و التقبيل و اللمس بقصد الرجوع أو مع عدم قصد غيره، لدلالته على الرجعه كالقول، و ربما كان أقوى منه. و لا تتوقّف إباحته على تقديم رجعه، لأنها زوجه فيباح الفعل بذلك و تحصل به الرجعه. و يشترط وقوعه بالقصد، فلو وقع سهواً أو بظنّ كونها الزوجه لم يفد الرجعه قطعاً.

و لو أوقعه بقصد عدم الرجعه أولاً بقصدها إن اعتبرناه فعل حراماً، لانفساخ النكاح بالطلاق و إن كان رجعيّاً، لأن فائده الرجعي جواز الرجوع فيها

ص: ١٨٥

١-١ (١) البقره: ٢٢٨-٢٢٩.

٢-٢ (٢) البقره: ٢٢٨-٢٢٩.

٣-٣ (٣) في «ح، ش، م»: قوئى.

٤-٤ (٤) في ص: ١٩٣.

و لو أنكر الطلاق (١) كان ذلك رجعه، لأنه يضمن التمسك بالزوجيه.

لا بقاءه بحاله، و إلا لم تبين بانقضاء العده، لكن لا حدّ عليه و إن كان عالما بالتحريم، لعدم خروجها عن حكم الزوجه رأسا، و لقيام الشبهه، بل التعزير على فعل المحرم إلا مع الجهل بالتحريم.

ثم إن لم يراجعها فعليه مهر المثل، لظهور أنها بانت بالطلاق، إذ ليس هناك سبب غيره. و إن راجعها بعد ذلك ففي سقوطه وجهان، من وقوع الوطء في حال ظهور خلل النكاح و حصول الحيلولة بينهما، و من ارتفاع الخلل أخيرا و عودها إلى صلب النكاح الأول، و من ثمّ لو طلقها بائنا (١) كان طلاق مدخول بها نظرا إلى الدخول الأول، و لأن الرجعه - كما علم من تعريفها - بأنها (٢) ردّ نكاح زال بطلاق يملك الزوج رفعه في العده.

و مثله ما لو ارتدت المرأة بعد الدخول فوطئها الزوج في مده العده و عادت إلى الإسلام، أو أسلم أحد المجوسيين أو الوثنيين و وطئها ثمّ أسلم المتخلف قبل انقضاء العده. و أولى هنا بعدم ثبوت المهر، لأن أثر الطلاق لا يرتفع بالرجعه بل يبقى نقصان العدد، فيكون ما بعد الرجعه و ما قبل الطلاق بمثابة عقدين مختلفين، و أثر الردّه و تبديل الدين يرتفع بالاجتماع في الإسلام، فيكون الوطء مصادفا للعقد الأول. و لو قيل بوجود المهر هنا و بعده في تبديل الدين كان حسنا.

قوله: «و لو أنكر الطلاق. إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن إنكار الطلاق من الأقوال المفيدة للرجعه،

ص: ١٨٤

١ - ١) في «ح»: ثانيا.

٢ - ٢) وردت كلمه «بأنها» في النسخ الخطيه و الحجريتين، و الظاهر أنها زائده، راجع الجواهر ١٨٢: ٣٢.

لدلالته على التمسك بالزوجيه، ولأنه أبلغ من الرجعه بألفاظها المشتقه منها و ما فى معناها، لدلالتها على رفعه فى غير الماضى و دلالة الإنكار على رفعه مطلقا.

و هذا آت فى إنكار كل ما يجوز فيه الرجوع و الفسخ من العقود. و قد تقدم الخلاف فى كونه رجوعا فى الوصيه (١) من حيث إنه أعم من قصد الرجوع، و من الجائز أن يكون الباعث على الإنكار عدم التفطن إلى وقوع ما أنكره و لو ذكره لم يرجع. و ظاهرهم الاتفاق على كونه هنا رجوعا، و لعل الوجه فى اختصاصه بذلك و ررد النص الصحيح به هنا دون غيره، فبقى ما عداه على ما يقتضيه النظر، ففى روايه أبى و لآد الصحيحه عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن امرأه ادعت على زوجها أنه طلقها تطليقه و أشهد لها شهودا على ذلك، ثم أنكر الزوج بعد ذلك، فقال: إن كان أنكر الطلاق قبل انقضاء العده فإن إنكاره الطلاق رجعه، و إن كان أنكر الطلاق بعد انقضاء العده فإن على الامام أن يفرق بينهما» (٢) الحديث.

و بهذا يندفع ما قيل: إن الرجعه مترتبة على الطلاق و تابعه له، و إنكار المتبوع يقتضى إنكار التابع، فلا يكون رجعه و إلا لكان الشىء سببا فى النقيضين. لأن الشارع إذا جعل إنكار الطلاق رجعه فقد قطع التبعية المذكوره، أو يجعل الإنكار كناية عن الرجعه و لا يراد منه حقيقته، فإن المقصود حينئذ من إنكار الطلاق إعادته النكاح المتحقق فى الرجعه بكل لفظ دل

ص: ١٨٧

١- ١) لم نجده فى كتاب الوصيه، راجع ج ١٣٥: ٦-١٣٦.

٢- ٢) الكافى ٦: ٧٤ ح ١، التهذيب ٨: ٤٢ ح ١٢٩، الوسائل ١٥: ٣٧٢ ب (١٤) من أبواب أقسام الطلاق.

و لا يجب الإشهاد(١) فى الرجعه، بل يستحبّ.

عليه و هذا منه.

قوله: «و لا يجب الإشهاد. إلخ».

الإشهاد على الرجعه غير واجب عندنا، للأصل، و لكن يستحبّ لحفظ الحقّ و دفع النزاع. و لأنه لا- يقبل قوله فيها على بعض الوجوه- كما سيأتى (١)- و ربما كان محققاً. و لقول الباقر عليه السلام فى حسنه محمد بن مسلم: «الطلاق لا يكون بغير شهود، و الرجعه بغير شهود رجعه، و لكن يشهد فهو أفضل» (٢) و قول الصادق عليه السلام فى حسنه الحلبي فى الذى يراجع و لم يشهد: «قال: يشهد أحبّ إلّى، و لا أرى بالذى صنع بأساً» (٣).

و أوجبه بعض العامّه (٤) فيها للأمر به فى قوله تعالى وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَيْدِكِ مِنكُم بَعْدَ قَوْلِهِ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ (٥) و ليس الأمر متعلّقاً بقوله فارقوهنّ إجماعاً، لأنّ المراد به ترك الرجعه و هو غير متوقّف على الإشهاد، فيكون للرجعه، لأنّها أقرب إليه من الطلاق. و قد تقدّم (٦) جملة من الروايات عن أئمّتنا عليهم السلام أن الأمر متعلّق بالطلاق و إن بعد.

و منهم (٧) من حكم بالاستحباب أيضاً، و حمل الأمر عليه كما فى قوله تعالى:

ص: ١٨٨

١-١) فى ص: ١٩٧.

٢-٢) الكافى ٦: ٧٣ ح ٣، التهذيب ٨: ٤٢ ح ١٢٨، الوسائل ١٥: ٣٧١ ب (١٣) من أبواب أقسام الطلاق ح ٣.

٣-٣) الكافى ٦: ٧٢ ح ١، التهذيب ٨: ٤٢ ح ١٢٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

٤-٤) الحاوى الكبير ١٠: ٣١٩، حليه العلماء ٧: ١٢٧.

٥-٥) الطلاق: ٢.

٦-٦) فى ص: ١١١.

٧-٧) الحاوى الكبير ١٠: ٣١٩، حليه العلماء ٧: ١٢٧، المغنى لابن قدامه ٨: ٤٨٣.

و لو قال: راجعتك (١) إذا شئت، أو إن شئت، لم يقع و لو قالت:

شئت. و فيه تردد.

و لو طلقها (٢) رجعيه فارتدت فراجع لم يصح، كما لا يصح ابتداء الزوجيه. و فيه تردد ينشأ من كون الرجعيه زوجه. و لو أسلمت بعد ذلك استأنف الرجعه إن شاء.

وَ أَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ (١).

قوله: «و لو قال: راجعتك. إلخ».

القول بعدم جواز تعليق الرجعه على الشرط هو المشهور بين الأصحاب، ذكره الشيخ في المبسوط (٢) و أتباعه (٣) و المتأخرون (٤). و المصنف تردد فيه، من عدم الجزم بها حيث علّقها على الشرط، و أنها إعادته للنكاح فلا يقبل التعليق كابتدائه، و لأنها إيقاع فلا يقبله كالطلاق. و من عموم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: «المؤمنون عند شروطهم» (٥) و أصله الصّحّه، و يمنع من عدم الجزم مطلقاً، أو من (٦) اشتراطه على خلاف هذا الوجه. و الأشهر عدم الوقوع حتى عند من يجوز (٧) تعليق الطلاق، إلحاقاً لها بالنكاح.

قوله: «و لو طلقها. إلخ».

مبنى الحكم على أن الطلاق هل رفع حكم الزوجيه رفعا متزلزلاً يستقرّ

ص: ١٨٩

١-١ (١) البقره: ٢٨٢.

٢-٢ (٢) المبسوط ١٠٦: ٥.

٣-٣ (٣) راجع المهذب ٢٩٤: ٢، و إصباح الشيعه ضمن سلسله الينابيع الفقهيّه ٢٨٦: ٢٠.

٤-٤ (٤) راجع القواعد ٦٦: ٢.

٥-٥ (٥) الوسائل ٣٠: ١٥ ب (٢٠) من أبواب المهور ح ٤.

٦-٦ (٦) في «ش»: و من.

٧-٧ (٧) في «ح، و»: حتى من مجوّز.

بانقضاء العدة، أو أن خروج العدة تمام السبب في زوال الزوجية؟ و يؤيد الأول تحريم وطئها لغير الرجعه، و وجوب المهر بوطنها على قول، و تحريمها به إذا أكمل العدد. و يؤيد الثاني عدم وجوب الحد بوطنها، و وقوع الظهار و اللعان و الإيلاء بها، و جواز تغسيل الزوج لها و بالعكس، فهي بمنزلة الزوجه. و إلى هذا أشار المصنف بكونها زوجه. و لما كان ابتداء نكاح المرتدة ممتنعاً بنى على أن الرجعه هل هي نكاح مبتدأ، أو استدامه و إزاله لما كان طراً عليه من السبب الذي لم يتم؟ و احتج على عدم الجواز أيضاً بأن الرجوع تمسك بعصم الكوافر، و هو منهي عنه نهى فساد، لقوله تعالى وَ لَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ (١).

و أن الرجعه إثبات لما صار بالقوة بالفعل، فإن الطلاق أزال قيد النكاح بالفعل، و الرجعه سبب فاعل لحصوله بالفعل، فكان كالمبتدأ، و شرط تحقق الأثر من الفاعل قبول المحلّ و بالارتداد زال القبول. و بأن المقصود من الرجعه الاستباحه، و هذه الرجعه لا تفيد الإباحه، فإنه لا يجوز الاستمتاع بها و لا الخلوه معه ما دامت مرتدة. و بأنها جارية إلى بينونه و انقطاع ملك النكاح، و الرجعه لا تلائم حالها.

و يتفرع على ذلك أيضاً ما لو طلق المرتدة في زمن العدة، فإن جعلنا النكاح مرتفعاً زمن العدة لم يقع كما لا يقع بالأجنبيّه، و إلا وقع. و يمكن الفرق بين الرجعه و الطلاق بأن الطلاق محرّم للنكاح كالردّه فلا ينافي العدة، فيقع مراعى برجوعها إلى الإسلام.

ص: ١٩٠

و لو كان عنده ذميه (١) فطلقها رجعيًا ثم راجعها في العده، قيل: لا يجوز، لأن الرجعه كالعقد المستأنف.

و الوجه الجواز، لأنها لم تخرج عن زوجيته، فهي كالمستدامه.

و لو طلق و راجع، (٢) فأنكرت الدخول بها أولاً، و زعمت أنه لا عدّه عليها و لا رجعه، و ادعى هو الدخول، كان القول قولها مع يمينها، لأنها تدعى الظاهر.

قوله: «و لو كان عنده ذميه. إلخ».

البحث في هذه كالسابقه، و يزيد هنا أنّ الذميه لا تحرم استدامه نكاحها، فإذا لم نجعل الطلاق مزيلاً للنكاح الأولى رأساً جازت الرجعه، بخلاف المرتدّه، لتحریم نكاحها حينئذ.

و الأقوى جواز الرجعه هنا، لأن العائد بالرجعه هو النكاح الأول، فكان في حكم المستدام، و أثره لم يزل بالكلية بل يتوقف على انقضاء العده، و من ثمّ جاز وطؤها بتيه الرجعه بغير لفظ يدلّ عليه، و لا شيء ممن ليست بزوجه يجوز وطؤها كذلك. و لأن النكاح لو زال لكان العائد بالرجعه إما الأول أو غيره، و الأول يستلزم إعادته المعدوم، و الثاني منتفٍ إجماعاً و إلا لتوقف على رضاها، فالنكاح الأول باقٍ غايته أنه مترنزل، و استدامته غير ممتنع بالذميه. هذا إذا منعنا ابتداء نكاحها و إلا سقط التفرع.

قوله: «و لو طلق و راجع. إلخ».

الأولى التعليل بأنها تدعى ما يوافق الأصل، لأن الأصل عدم الدخول، و أما الظاهر فقد يتخلف مع الخلوه حيث لا نجعلها موجه للدخول. و على كلّ حال لا شبهه في تقديم قولها مع يمينها، فإذا حلفت بطلت رجعتة في حقها، و لا نفقه لها

و لا سكنى، و لا عدّه عليها، و لها أن تنكح فى الحال، و ليس له أن ينكح أختها و لا أربعا سواها [خاصّه] (١) لاعترافه بأنّها زوجته.

و لو كانت دعواه أنّى طلقها بعد الدخول فى الرجعه فالحكم كذلك، إلا أن نكاح أختها هنا و الأربع سواها متوقّف على مضيّ زمان تنقضى به عدّتها.

و على التقديرين فهو مقرّ لها بكمال المهر و هى لا تدعى إلا النصف، فإن كانت قد قبضت المهر فليس له مطالبتها بشىء، و إن لم تكن قبضته فليس لها إلا أخذ النصف. فإذا أخذته ثمّ عادت و اعترفت بالدخول فهل لها أخذ النصف الآخر، أم لا بدّ من إقرار مستأنف من جهه الزوج؟ و جهان. و ينبغى أن يأخذ الحاكم النصف الذى لا يدّعيه (٢) الزوج من يده أو يدها، لأنه مال لا يدّعيه أحد و حفظ مثله وظيفه الحاكم.

و لو انعكس الحكم، فادّعت المرأة الدخول و أنكر الزوج فالقول قوله عملا بالأصل. فإذا حلف فلا رجعه له، و لا سكنى و لا نفقه لها، و عليها العدّه، و يرجع عليها بنصف الصداق إن كانت قبضته، و إلا رجعت هى بالنصف.

و لو عادت و كذّبت نفسها لم تسقط العدّه. و لا- فرق بين أن يكون الاختلاف فى الدخول قبل جريان الخلوه و بعدها على الأقوى، و إن كانت الخلوه ترجح جانب من يدعى الدخول فيتعارض الأصل و الظاهر، لأن الأصل أقوى.

ص: ١٩٢

١- ١) من «ش، م» و الحجريتين.

٢- ٢) فى «ح»: لا تدّعيه الزوجه.

و رجعه الأخرس (١) بالإشارة الدالّة على المراجعة. و قيل: بأخذ القناع عن رأسها. و هو شاذّ.

و إذا ادّعت انقضاء (٢) العدّة بالحيض في زمان محتمل، فأنكر، فالقول قولها مع يمينها.

و لو ادّعت انقضاءها بالأشهر لم يقبل، و كان القول قول الزوج، لأنّه اختلاف في زمان إيقاع الطلاق.

و كذا لو ادّعى الزوج الانقضاء، فالقول قولها، لأن الأصل بقاء الزوجيّة أولاً.

و لو كانت حاملاً فادّعت الوضع قبل قولها، و لم تكلف إحضار الولد.

قوله: «و رجعه الأخرس. إلخ».

رجعه الأخرس كغيرها من عقود و إيقاعاته تكون بالإشارة المفهمه لها.

و هذا هو المشهور بين الأصحاب. و القول بأنها تكون بأخذ القناع لابن بابويه (١)، أخذنا من طلاقه بوضع القناع على رأسها المرويّ (٢) ثمّ بطريق السكوني، فيكون ضدّ العلامة علامه الضدّ. و الأصل ممنوع، و القياس باطل. نعم، لو أفاد ذلك الرجعه كان من جملة إشارات الدالّة عليها لا (٣) أنه سبب برأسه.

قوله: «و إذا ادّعت انقضاء. إلخ».

سيأتي (٤) أن العدّة تكون بالحيض و بوضع الحمل و بالأشهر، فإذا اختلفا بعد

ص: ١٩٣

١- ١) في «ح، ط»: لابن بابويه، راجع المقنع: ١١٩، و حكاه عن والده في الفقيه ٣: ٣٣٣ ذيل ح ١٦١٣.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٠٠ ب «١٩» من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٣.

٣- ٣) في «ش، ط» و الحجرّيتين: إلّا.

٤- ٤) في ص: ٢١٣.

الطلاق فادعت المرأة انقضاء العدة لئلا تمنعه من الرجوعه و ادعى هو بقاءها، فإن كانت من ذوات الحيض و ادعت انقضاءها في زمان يحتمل انقضاءها فيه شرعا و إن بعد عاده فالقول قولها مع يمينها، لأن النساء مؤتمنات في أرحامهنّ و قد قال تعالى وَ لَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ (١) و لو لا أن قولهنّ مقبول لم يَأْتَمَنَ بالكتمان، لأنه لا اعتبار بكتمانهنّ حينئذ نظير قوله تعالى وَ لَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ (٢) و روى زراره في الحسن عن الباقر عليه السلام قال: «العدة و الحيض للنساء إذا ادعت صدقت». (٣) و سيأتي (٤) أن أقل المدة المحتملة لانقضاء عده الحرّه بالحيض سنّه و عشرون يوما و لحظتان. و لا فرق في ذلك بين مستقيمه الحيض و الطهر زياده على ذلك و غيرها، لعموم النصّ، و إمكان تغير العاده.

و ينبغي استفعالها مع التهمه و سؤالها كيف الطهر و الحيض؟ و في بعض الأخبار (٥) أنه لا يقبل منها غير المعتاد إلا بشهادة أربع من النساء المطلعات على باطن أمرها. و قرّبه الشهيد في اللمعه (٦). و لا بأس به مع التهمه و إن

ص: ١٩٤

١- (١) البقره: ٢٢٨.

٢- (٢) البقره: ٢٨٣.

٣- (٣) الكافي ١: ١٠١ ح ١، التهذيب ٨: ١٦٥ ح ٨٥٧٥، الاستبصار ٣: ٣٥٦ ح ١٢٧٦، الوسائل ١٥: ٤٤١ ب (٢٤) من أبواب العدد ح ١.

٤- (٤) في ص: ٢٢٥.

٥- (٥) التهذيب ١: ٣٩٨ ح ١٢٤٢ و ٦: ٢٧١ ح ٧٣٣، الاستبصار ١: ١٤٨ ح ٥١١ و ٣: ٣٥٦ ح ١٢٧٧، الوسائل ٢: ٥٩٦ ب (٤٧) من أبواب

الحيض ح ٣، و ١٨: ٢٦٦ ب (٢٤) من أبواب الشهادات ح ٣٧.

٦- (٦) اللمعه الدمشقيه: ١٢٤.

ضعف مأخذه [١].

و حيث لا يقبل منها [غير المعتاد] (١) إما لدعواها انقضاءها قبل وقت الإمكان، أو لكونه خلاف المعلوم من عاداتها، فجاء وقت الإمكان نظر إن كذّبت نفسها أو قالت: غلطت، و ابتدأت دعوى الانقضاء صدّقت بيمينها. و إن أصرت على الدعوى الأولى ففي تصديقها الآن وجهان، من فساد الدعوى الأولى فلا يترتب عليها أثر و لم تدع غيرها، و من أن إصرارها عليها يتضمّن دعوى الانقضاء الآن و الزمان زمان الإمكان.

و إن كانت من ذوات الحمل فادّعت وضعه صدّقت أيضا بيمينها مع إمكانه، لما تقدّم. و يختلف الإمكان بحسب دعواها، فإن ادّعت ولاده ولد تامّ فأقلّ مدّه تصدّق فيها ستّة أشهر و لحظتان من يوم النكاح، لحظه لإمكان الوطء و لحظه للولاده، فإن ادّعت أقلّ من ذلك لم تصدّق. و إن ادّعت سقطا مصوّرا أو مضغه أو علقه اعتبر إمكانه عادة. و ربما قيل: إنه مائة و عشرون يوما و لحظتان في الأول، و ثمانون يوما و لحظتان في الثانى، و أربعون يوما و لحظتان في الثالث، لقوله صلى الله عليه و آله: «يجمع أحدكم في بطن امه أربعون يوما نطفه، و أربعون يوما علقه،

ص: ١٩٥

و لو ادّعت الحمل، (١) فأنكر الزوج، وأحضرت ولداً، فأنكر ولادتها له، فالقول قوله، لإمكان إقامه البيّنه بالولاده.

و أربعون يوماً مضغه، ثمّ تنفخ فيه الروح» (١). و حيث قدّم قولها فى ذلك لم تكلف إحضار الولد، لعموم الأدلّه (٢)، و لجواز موته و تعذّر إحضاره.

و إن ادّعت الانقضاء بالأشهر فالقول قول الزوج مع يمينه، لأنّ هذا الاختلاف راجع فى الحقيقة إلى وقت الطلاق و القول قوله فيه كما يقدر قوله فى أصله. و لأنّه مع دعوى بقاء العده يدعى تأخر الطلاق و الأصل فيه معه، لأصاله عدم تقدّمه فى الوقت الذى تدّعيه. هذا إذا لم يتّفقا على وقت الإيقاع، و إلّا رجع إلى الحساب.

و لو انعكس الفرض فادّعت بقاء العده لتطالب بالنفقة، و ادّعى الانقضاء، قدّم قولها فى الجميع. أما فى الأوّلين فظاهر. و أما فى الأخير فلاّن الأصل حينئذ معها، لأصاله عدم تقدّم الطلاق و بقاء الزوجيّة الثابتة (٣) أولاً إلى أن يظهر زوالها.

قوله: «و لو ادّعت الحمل. إلخ».

ما تقدّم من تقديم قولها فى الوضع حكم ما لو اتّفقا على الحمل و أنه منه، فيرجع إليها فى ولادته، للآيه (٤) و الخبر (٥). أما لو ادّعت الحمل و الوضع و أنكره الزوج فالقول قوله، لأصاله عدم الحمل. و لا فرق فى تقديم قوله بين أن تحضر ولداً و تدّعى ولادته و عدمه، لإمكان إقامتها البيّنه على ولادته، فلا يلحق به

ص: ١٩٦

١-١) مسند الحميدى ١:٦٩ ح ١٢٦، مسند أحمد ١:٣٨٢، مع اختلاف فى بعض اللفظ.

٢-٢) كالتى تقدّمت فى ص: ١٩٤، هامش (٣)، و انظر أيضا الوسائل ١٥:٤٤١ ب (٢٤) من أبواب العدد ح ٢.

٣-٣) فى «ح، ش، ط»: الثانية.

٤-٤) البقره: ٢٢٨.

٥-٥) كالتى تقدّمت فى ص: ١٩٤، هامش (٣)، و انظر أيضا الوسائل ١٥:٤٤١ ب (٢٤) من أبواب العدد ح ٢.

و إذا ادّعت انقضاء (١) العده، فادّعى الرجعه قبل ذلك، فالقول قول المرأة.

و لو راجعها، فادّعت بعد الرجعه انقضاء العده قبل الرجعه، فالقول قول الزوج، إذ الأصل صحّحه الرجعه.

بمجرّد دعواها، لجواز التقاطها له، و إنما يلزمه الاعتراف بما يعلم ولادته على فراشه لا بما تدّعى المرأة ولادته كذلك. و حينئذ فلا يحكم بانقضاء العده بذلك، بل يفتقر إلى مضيّ مدّه الأقرء أو الأشهر، و يرجع إليها فيهما كالأول و إن كذّبت في الآخر. و يأتي في إصرارها على هذه الدعوى مع مضيّ زمن يمكن فيه انقضاؤها بغيرها ما سبق.

قوله: «و إذا ادّعت انقضاء. إلخ».

المراد في الأول: أنهما اتّفقا على انقضاء العده و لكن ادّعى الزوج الرجعه قبل انقضائها و أنكرت هي. و وجه تقديم قولها حينئذ: أن الأصل عدم تقدّم الرجعه في الوقت الذي يدّعيه.

و في الثاني: أنهما اتّفقا على حصول الرجعه و لكن اختلفا في وقوعها في العده أو بعدها، فادّعى وقوعها فيها و أنكرت المرأة. و قد حكم المصنّف و العلامه (١) تبعاً للشيخ (٢) أن القول قول الزوج، لا تفاقهما على حصول رجعه ثمّ هي تدّعى فسادها بوقوعها بعد العده و هو يدّعى صحّتها و مدّعى الصحّحه مقدّم.

و يؤيد ذلك أصاله بقاء الزوجيه، لأنها كانت مستمرّه في زمن العده الرجعيّه حيث

ص: ١٩٧

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ٦٦.

٢- (٢) المبسوط ١٠٧: ٥.

إنها [كانت] (١) بحكم الزوجه، و الأصل عدم زوال ذلك المعلوم.

و يشكل الفرق بين المسألتين، لأن تقديم قولها فى الأول يوجب وقوع الرجعه فاسده، لكونها بعد انقضاء العده، و مدعى الصحه مقدم، غايته أن معها أصاله عدم تقدمها لكن ذلك لا يعارض دعوى الصحه لأنها أقوى، و من ثمّ قدّم مدعى العقد الصحيح و الإيقاع الصحيح مع معارضه أصل عدم جمعه للشرائط و أصاله بقاء الملك على مالكة و غير ذلك من الأصول. و لو نظر إلى أصاله عدم تقدّم ما هو حادث أتجه تقديم قولها فى الموضوعين، لأصاله عدم تقدّم الرجعه فيهما.

و يمكن الفرق بين المسألتين بأن الزوجين فى الثانيه متفقان على وقوع رجعه و إنما اختلافهما فى صحتها و فسادها، فلذلك قدّم [قول] (٢) مدعى الصحه، بخلاف الأولى، فإنّهما لم يتصادقا على الرجعه و إنما ادّعاها الزوج فى وقت ليس له إنشاؤها، فلا يقبل إقراره بها. و قوله فى الأولى: «فالقول قول المرأه» يريد به فى عدم الرجعه قبل انقضاء العده أعمّ من وقوعها و عدمه أو فى عدم الرجعه أصلا، فيتّم الفرق.

و التحقيق فى هذه المسأله وراء هذا كلّه أن نقول: على تقدير اتّفاقيهما على الرجعه فى الجمله فهذا الاختلاف لا يخلو: إمّا أن يقع فى عده يرجع إليها فيها كالعده بالحمل و الأقراء، أو لا كالعده بالأشهر. ثمّ إمّا أن يتّفقا على وقت أحدهما و يختلفا فى الآخر، أو يطلقا الدعوى مجرّده عن التوقيت. ثمّ إمّا أن يكون هذا

ص: ١٩٨

١-١) من الحجريتين.

٢-٢) من «و» فقط.

الاختلاف قبل أن تنكح زوجها آخر، أو بعده. فهنا صور يظهر بتحريرها حكم المسألة.

الأولى: أن يتفقا على وقت انقضاء العدة كيوم الجمعة، فقال الزوج: راجعت يوم الخميس، وقالت: بل راجعت يوم السبت، فالقول قولها مع يمينها. ولا فرق هنا بين العدد، لأن وقت انقضاء العدة متفق عليه و الاختلاف في أنه هل راجع قبله؟ والأصل أنه ما راجع سابقا، لأن الرجعه أمر حادث و الأصل عدم تقدمها في كل وقت يحصل فيه الاختلاف. و أيضا فالزوج يدعى بعد انقطاع سلطنته أنه راجع قبله فلا يسمع قوله، كما لو ادعى الوكيل بعد الغزل أنه تصرف قبله، أو الولي بعد زوال ولايته أنه زوج المولى عليه أو باع ماله، و نحو ذلك.

و في هذه الصورة وجهان آخران دون ما ذكرناه في القوه:

أحدهما: تقديم قول الزوج، لأن الرجعه تتعلق به و هو أعلم بفعله، و لأنه يستبقى النكاح فالأصل فيه معه.

و يضعف الأول بأن الرجعه مما يمكن فيها إقامة البينه فلا يقبل فيها قول مدعى الفعل، كاعتداد المرأة بالأشهر بخلاف عدتها بما لا يمكن فيه إقامة البينه أو يتعسر. و الثاني بأن النكاح قد انقطع بانقضاء العدة، و إنما يدعى هو إحداث سبب يقتضى بقاءه و هو الرجعه و هي تنكره و الأصل عدمه.

و ثانيهما: تقديم قول المبتدئ بالدعوى و قد صادقه الآخر فيها، فإذا قالت مثلا: انقضت عدتي يوم الجمعة، و صادفها الزوج و قال: رجعت يوم الخميس، فهي المصدقة، لأن قولها في انقضاء العدة مقبول متفق عليه، و إذا حكم به لم يلتفت إلى ما يلحقه من دعوى الرجعه بعد ذلك. و إن قال الزوج أولا: راجعتك يوم الخميس

فهو المصدّق، لاستقلاله بالرجعه المتّفق عليها القاطعه للعدّه، و إذا صحّحنا الرجعه منه لم يعتبر قولها: إنك راجعت يوم السبت. فإن تساوق كلامهما سقط هذا الوجه و بقي ما سبق. و هذا الوجه أضعف من السابق.

الثانيه: أن يتّفقا على وقت الرجعه كيوم الجمعه و قالت: انقضت عدّتي يوم الخميس، و قال الزوج: بل يوم السبت، فالقول قول الزوج مع يمينه، لأن وقت الرجعه متّفق عليه، و الأصل أن العدّه لم تنقض قبله.

و في هذه الصورة الوجهان الآخران:

فالأول: تقديم قول المرأه مع يمينها، لأنها المصدّقه في انقضاء العدّه، و قد ادّعت أنه انقضى قبل أن يراجع. و هذا الوجه أقوى حيث تكون العدّه ممّا يقبل قولها فيها بأن ترتّب على الحيض أو الوضع، لأن الرجوع إليها في ذلك يقتضى ترتّب أثره عليه و أهمّه حكم الرجعه. و لو ترتّب على الأشهر اتّجه تقديم قوله، لأصاله عدم انقضائها.

و الثاني: تقديم قول السابق بالدعوى كما سبق.

الثالثه: أن لا يتّفقا على وقت أحدهما، بل يقتصر الزوج على أن الرجعه سابقه، و الزوجه على أن انقضاء العدّه سابق. و هنا ينبغي أن يكون موضوع فتوى المصنّف و توجيه ما علّل به الحكم في المسألتين. و الوجه في الأولى ما اختاره من تقديم قول الزوجه مطلقا، لأن المفروض انقضاء العدّه قبل النزاع، و الأصل عدم تقدّم الرجعه في وقت العدّه. و لا يقدح فيه كونها بعده (1) غير صحيحه، لأن القدر المتّفق عليه بينهما تلفّظه بالرجوع و أما اجتماع شرائطه المقتضيه لعود

ص: ٢٠٠

الزوجيّه فأمر خارج عن النزاع. و الفرق بينه و بين تنازعهما في الصّحّه و الفساد لا يخلو من إشكال. و في الثانيه تقديم قولها مع كون العده ممّا يرجع إليها فيها، و قوله فيما إذا كانت بالأشهر لما ذكرناه. هذا كلّ إذا كان الاختلاف قبل أن تتزوّج بغيره.

الرابعه: أن يقع النزاع بعد ما نكحت غيره. فإذا نكحت ثمّ جاء الأول و ادّعى الرجعه -سواء عدّهما في النكاح لجهلهما بالرجعه، أم نسبهما إلى الخيانه و التلبيس -نظر إن أقام عليها بينه فهي زوجته الأول، سواء دخل بها الثاني أم لم يدخل، و يجب لها مهر المثل على الثاني إن دخل بها.

و إن لم تكن بينه و أراد التحليف سمعت دعواه على كلّ منهما، فإن ادّعى عليها فأقرت له بالرجعه لم يقبل إقرارها على الثاني. و في غرمها للأول مهر المثل لتفويت البضع عليه قولان تقدّم البحث فيهما في النكاح (1). و إن أنكرت فهل تحلف؟ فيه وجهان مبنيان على أنها هل تغرم له لو أقرت أم لا؟ فإن لم نقل بالغرم فلا وجه للتحليف، لأن الغرض منه الحمل على الإقرار و لا فائده فيه. فإن قلنا بالتحليف فحلفت سقطت دعوى الزوج. و إن نكلت حلف و غرمها مهر المثل، و لا يحكم ببطلان النكاح الثاني و إن جعلنا اليمين المردوده كالبيّنه، لأنها إنما تكون كذلك في حقّ المتداعيين خاصّه. و ربما احتمل بطلان النكاح على هذا التقدير لذلك. و هو ضعيف.

فإذا انقطعت الخصومه معها بقيت على الزوج الثاني. ثمّ إن أنكروا صدق بيّينه، لأن العده قد انقضت، و النكاح وقع صحيحاً في الظاهر، و الأصل عدم الرجعه. و إن نكل ردّت اليمين على المدّعى، فإن حلف حكم بارتفاع النكاح

ص: ٢٠١

و لو ادّعى أنه راجع (١) زوجته الأمه في العده، فصدّقه، فأنكر المولى و ادّعى خروجها قبل الرجعه، فالقول قول الزوج.

و قيل: لا يكلف اليمين، لتعلّق حقّ النكاح بالزوجين. و فيه تردّد.

الثاني، و لا- تصير المرأه للأول بيمينه. ثمّ إن قلنا إن اليمين المردوده كالبيّنه فكأنّه لم يكن بينها و بين الثاني نكاح، فلا شيء لها عليه إلا مهر المثل مع الدخول. و إن قلنا إنها كالإقرار فأقراره عليها غير مقبول، و لها كمال المسمّى إن كان بعد الدخول، و نصفه إن كان قبله. و الأقوى ثبوت المسمّى كاملا مطلقا و إن جعلناها كالبيّنه، لما ذكرناه من أنّها إنّما تكون كالبيّنه في حقّ المتنازعين خاصّه.

و إذا انقطعت الخصومه بينهما فله الدعوى على المرأه إن لم يكن سبق بها.

ثمّ ينظر إن بقى النكاح الثاني- بأن حلف- فالحكم كما ذكر فيما إذا بدأ بها. و إن لم يبق- بأن أقرّ الثاني للأول بالرجعه، أو نكل فحلف الأول- فإن أقرت المرأه سلّمت إليه، و إلاّ فهي المصدّقه باليمين، فإن نكلت و حلف المدّعى سلّمت إليه.

و لها على الثاني مهر المثل إن جرى دخول، و إلاّ فلا شيء عليه كما لو أقرت بالرجعه. و كلّ موضع قلنا لا تسلّم المرأه إلى الأول لحقّ (١) الثاني- و ذلك عند إقرارها، أو نكولها و يمين الأول- فإذا زال حقّ الثاني بموت و غيره سلّمت إلى الأول، كما لو أقرّ بحريّه عبد في يد غيره ثمّ اشتراه فإنه يحكم عليه بحريّته.

قوله: «و لو ادّعى أنه راجع. إلخ».

القول بعدم تكليفه اليمين للشيخ في المبسوط (٢). و وجهه: ما أشار إليه المصنّف من أن الرجعه تفيد استباحه البضع و هو حقّ يتعلّق بالزوجين فقط، فمع

ص: ٢٠٢

١- ١) في «ش، م»: بحقّ.

٢- ٢) المبسوط ١٠٧: ٥.

المقصد الرابع: في جواز استعمال الحيل

المقصد الرابع: في جواز استعمال الحيل.

يجوز التوصل بالحيل المباحه (١) دون المحرّمه في إسقاط ما لو لا الحيله لثبت. و لو توصل بالمحرّمه أثم و تمت الحيله.

فلو أن امرأه حملت ولدها على الزنا بامرأه لتمنع أباه من العقد عليها، أو بأمه يريد أن يتسرى بها، فقد فعلت حراما، و حرمت الموطوءه على قول من ينشر الحرمة بالزنا.

أما لو توصل بالمحلل - كما لو سبق الولد إلى العقد عليها في صورته الفرض - لم يَأْثَمَ.

تصادقهما على صحّتها شرعا لم يعتبر رضا المولى، و لا يفتقر إلى اليمين على الزوج للمرأة لمصادقتها، و لا للمولى لعدم اعتبار رضاه.

و المصنّف تردّد في ذلك التفاتا إلى أن حقّ المولى إنما يسقط زمن الزوجيّة لا مع زوالها، و هو الآن يدعى عود حقّه و الزوج ينكره، فيتوجّه اليمين. و بهذا يظهر منع تعلق الحقّ بالزوجين فقط، فإن ذلك إنما هو في زمن الزوجيّة، إذ قبلها الحقّ منحصر في المولى، و كذا بعدها، و النزاع هنا في ذلك، فالقول باليمين أجود. بل يحتمل تقديم قول المولى، لقيامه في ذلك مقام الزوج، و قولها مقدّم على الوجه المتقدم، فلا أقلّ من توجّه اليمين على الزوج.

قوله: «يجوز التوصل بالحيل المباحه. إلخ».

هذا باب واسع في جميع أبواب الفقه، و الغرض منه التوصل إلى تحصيل أسباب يترتب عليها أحكام شرعيه، و تلك الأسباب قد تكون محلله و قد تكون محرّمه، و الغرض من تعليم الفقيه الأسباب المباحه، و أما المحرّمه فيذكرونها بالعرض ليعلم حكمها على تقدير وقوعها. فمن ذلك الحيل على إسقاط الربا

و لو ادّعى عليه دين (١) قد برئ منه بإسقاط أو تسليم، فخشى من دعوى الإسقاط أن تنقلب اليمين إلى المدّعى، لعدم البينة، فأنكر الاستدانه و حلف، جاز بشرط أن يورّى ما يخرجّه عن الكذب. و كذا لو خشى الحبس بدين يدّعى عليه فأنكر و الشفّعه، و هى مذكوره فى بابهما (١). و كذلك الحيل على التخلّص من الرضاع المحرّم، و نحو ذلك.

و ممّا ذكرها هنا من الحيل المحلّله ما إذا خافت المرأه من تزويج زوجها بامرأه معيّنه فحملت ولدها على العقد عليها قبله، أو شراء أمه فاشتراها كذلك و وطئها، تمّت الحيله. و لو زنى بها و قلنا إن الزنا ينشر الحرمه سابقا حرمت أيضا على أبيه، و تمّت الحيله المحرّمه.

و من قبيل الحيله المحرّمه ما لو كرهت المرأه زوجها و أرادت انفساخ العقد بينهما فارتدّت انفسخ النكاح، و بانّت منه إن كان قبل الدخول، و لو كان بعده و قفت البينونه على انقضاء العده قبل رجوعها، فإن أصرّت إلى انقضائها بانّت منه، فإذا رجعت بعد ذلك إلى الإسلام قبل و تمّت الحيله.

قوله: «و لو ادّعى عليه دين. إلخ».

التوريه فى الصورتين شرط فى الإنكار و الحلف، و هى فى الحلف آكد.

و المراد بالتوريه أن يعدل بمدلول اللفظ إلى أمر غير ما يدلّ عليه ظاهرا، بأن يقول: ما استدنت منك و يقصد نفيها فى مكان مخصوص أو زمان غير الذى كانت الاستدانه فيه، أو نوعا من المال غير الذى وقع (٢)، أو غير ذلك. و كذلك ينوى إذا حلف. و إنما جاز ذلك لمكان الضروره، حيث إنه برئ من الدّين فى نفس الأمر

ص: ٢٠٤

١- ١) راجع ج ٣: ٣٣٢، و لواحق المقصد الرابع من كتاب الشفّعه.

٢- ٢) فى الحجريّتين: دفع.

و التّيه أبدا(١) تيه المدّعى إذا كان محقّقا، و تيه الحالف إذا كان مظلوما في الدعوى.

و لو أكرهه على اليمين(٢) أنه لا يفعل شيئا محلّلا، فحلف و نوى ما يخرج به عن الحنث جاز، مثل أن يورّى أنه لا يفعله بالشام، أو بخراسان، أو في السماء، أو تحت الأرض.

و غير مخاطب بأدائه مع الإعسار.

قوله: «و التّيه أبدا. إلخ».

يعنى (١) أن المدّعى إذا كان محقّقا فأنكر المدّعى عليه و حلف مورّيا بما يخرج عن الكذب لم ينفعه ذلك، بل وقعت اليمين على طبق ما يريد المدّعى، و ترتّب على المنكر الوعيد الذى ورد (٢) فيمن حلف بالله كاذبا، بخلاف ما إذا كان مظلوما كالمثاليين السابقين، فإن التوريه تصرف اللفظ عن ظاهره و ترفع عنه الإثم و الكذب. و كذا القول في غير وقت اليمين من المحاوره الواقعه بينهما فى الصورتين، فإن التوريه تنفع المظلوم دون الظالم.

قوله: «و لو أكرهه على اليمين. إلخ».

سيأتى فى كتاب الأيمان (٣) أن المكره لا تتعقد يمينه، فإذا أكرهه على الحلف [على] (٤) أن لا يفعل شيئا له فعله جاز له فعله و إن لم يورّ. و المطابق من المثال أن يحمله (٥) على الحلف على ذلك لا على وجه الإكراه، فيورّى بما ذكر

ص: ٢٠٥

١- ١) فى «ح، و، م»: بمعنى.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١١٨: ١٦ ب (٤) من أبواب كتاب الأيمان.

٣- ٣) فى الأمر الثانى من كتاب الأيمان.

٤- ٤) من «ح، ش، ط».

٥- ٥) فى «و»: نحمله.

و لو اجبر على الطلاق (١) كرها فقال: زوجتي طالق، و نوى طلاقا سالفًا، أو قال: نسائي طوالق، و عنى نساء الأقارب، جاز.

و لو أكره على اليمين (٢) أنه لم يفعل، فقال: ما فعلت كذا، و جعل «ما» موصوله لا نافية، صحّ.

و نحوه من المخصّصات الزمانيه و المكائيه و الحالتيه، فيخرج به حينئذ عن الحنث و هو الإثم في مخالفه مقتضى اليمين.

قوله: «و لو اجبر على الطلاق. إلخ».

الكلام في هذا المثال كالسابق، فإن طلاق المكره لا يقع و إن لم يورّ. و قد اتفق مثل ذلك للعلامه في كتبه (١)، و تبيّه له في التحرير (٢) فاستدرك الحكم بعدم وقوعه و إن لم ينو شيئًا كما ذكرناه.

قوله: «و لو أكره على اليمين. إلخ».

الإشكال في هذا المثال كالسابق و زياده أن الحلف على الماضي و هو غير منعقد عندنا، سواء جعل «ما» موصوله أو نافية.

و اعلم أنه على تقدير الافتقار إلى العدول عن جعل «ما» نافية إلى جعلها موصوله إنما تظهر فائدته لمن لا يعرف العربيّه، أو مع عدم ظهور الإعراب في متعلّق اليمين بأن كان مقصودًا، أما لو ظهر فيه الإعراب و كان المحلوف له ممّن يفهم ذلك لم تظهر التوريه، لأن متعلّق اليمين مع النفي منصوب و مع جعلها موصوله مرفوع خبر عنه، مثلاً. لو اتّهمه بفعل شيء بالأمس و حمله على اليمين فقال: ما فعلت بالأمس شيئًا، كانت «ما» نافية، و لو أراد جعلها موصوله فالباره

ص: ٢٠٦

١-١) قواعد الأحكام ١: ١٣٨.

٢-٢) تحرير الأحكام ٢: ٥٧.

و لو اضطرَّ إلى الإجابة (١) بـ«نعم» فقال: نعم، و عنى الإبل، أو قال: نعم، و عنى نعم البر، قصداً للتخلص، لم يَأثم.

الصحيحه أن يقول: ما فعلت شيء، فـ«ما» مبتدأ بمعنى الذى، و«فعلت» صلتها و عائدها محذوف و هو ضمير المفعول، و«شيء» خبر عن الموصول المبتدأ، فلا- يظهر العدول إلّا- مع جهل من حملة على الحلف بالحال. و لو أراد التوريه لكونه خبراً عن الفعل فيما مضى و قد وقع منه و أنكره لمصلحه- و هو معذور فى الإنكار- فالتوريه لأجل الخبر لا لأجل اليمين.

قوله: «و لو اضطرَّ إلى الإجابة إلخ».

هذا أيضاً من ضروب التوريه بأن يأتى باللفظ المشترك و يقصد من معانيه غير ما يراد منه فى تلك المحاوره، فإنه يخرج بذلك عن الكذب و إن لم يكن يمينا.

و يستفاد من تقييده بالاضطرار و من الأمثله السابقه أن التوريه لا تصحّ من غير ضروره، لأن إطلاق اللفظ محمول على حقيقته المتبادره منه، فصرفه إلى مجازه أو نحوه يوهم الكذب.

و قيل: تجوز التوريه مطلقاً ما لم يكن ظالماً، لأن العدول عن الحقيقه سائغ، و القصد مخصّص. و هذا هو الأظهر، لكن ينبغى قصره على وجه المصلحه، كما روى عن بعض السلف الصالح أنه كان إذا ناداه أحد و لا يريد الاجتماع به يقول لجاريتته: قولى له: اطلبه فى المسجد، و كان آخر يخطّ دائره فى الأرض و يضع فيها إصبع الجاربه و يقول لها: قولى له: ليس ها هنا و اقصدى داخل الدائره.

ص: ٢٠٧

و كذا لو حلف:(١) ما أخذ جملا و لا ثورا و لا عنزا، و عنى بالجمل:

السحاب، و بالثور: القطعه الكبيره من الأقط، و بالعنز: الأكمه، لم يحنث.

و لو آتهم غيره(٢) فى فعل فحلف: ليصدّقته، فطريق التخلّص أن يقول:

فعلت ما فعلت، و أحدهما صدق.

قوله: «و كذا لو حلف. إلخ».

هذا من أقسام التوريه بصرف اللفظ المشترك إلى بعض معانيه التى هى خلاف الظاهر فى تلك المحاوره. و هو قصد صحيح بطريق الحقيقه و إن كانت مرجوحه بحسب الاستعمال، حتى (١) لو فرض بلوغها حدّ المجاز- من حيث تبادل الذهن إلى غيرها- كان قصدها صارفا عن الكذب، لأن استعمال المجاز أمر سائغ و إن كان إطلاق اللفظ لا يحمل عليه عند التجرد عن القرينه، فإن المخصّص هنا هو التيه فيما بينه و بين الله تعالى للسلامه من الكذب حيث لا يكون ظالما فى الدعوى عليه بذلك، و إلا لم تنفعه التوريه كما مرّ (٢).

قوله: «و لو آتهم غيره. إلخ».

المراد أن المتهم بالفعل حلف أنه يصدّق من آتهم به فى ذلك و يبقى الأمر مبهما، بأن آتهمه فى سرقه- مثلا- فحلف المتهم بالسرقه ليصدّقته فى حال هذه السرقه، فيقول: «سرت ما (٣) سرت» فيبرّ من اليمين، لأنه صادق فى أحد الخبرين. و هذا يتم إذا لم يقصد التعيين و التعريف، و إلا لم يبرّ بذلك بل بالصدق فى ذكر أحدهما خاصّه. و الظاهر من إطلاق اللفظ هو إرادته التعيين، فلا يكفى صدقه فى أحد الإخبارين إلا مع قصده ذلك.

ص: ٢٠٨

١- ١) كذا فى «ش، ح، و» و فى «ط، م»: حتى يلزم فرض، و فى الحجريتين: حتى يلزم لو فرض.

٢- ٢) فى ص: ٢٠٥.

٣- ٣) كذا فى «ش، ح، و» و فى «ط، و، م» و الحجريتين: و ما.

و لو حلف ليخبرته (١) بما في الرمانه من حبه، فالمخرج أن يعدّ العدد الممكن فيها، فذلك و أمثاله سائغ.

قوله: «و لو حلف ليخبرته. إلخ».

المراد أنه حلف ليخبرته بعدد حبات الرمانه قبل كسرهما، و إلا فلو أطلق أمكن البرّ بكسرهما و عدّ ما فيها من الحبات، و لم يفتقر إلى الحيله. و هكذا عبّر به جماعه من الفضلاء لا- كما أطلق المصنّف. و يمكن مع الإطلاق أن يتمّ المثال بالإخبار بذلك و إن كان له طريق آخر إلى التخلّص. و قد يتعيّن الطريق المذكور مع الإطلاق، لضيق الوقت الذي عيّنه للإخبار. و طريق التخلّص حينئذ أن يتدبّر من عدد يتيقّن أن الحبات التي في الرمانه لا تنقص عنه، و يذكر الأعداد بعدها على الولاء، بأن يقول: فيها مائه حبه، مائه و واحده، مائه و اثنتان. و هكذا، إلى أن ينتهي إلى العدد الذي يتيقّن أنه لا يزيد عليه، فيكون مخبراً عن ذلك العدد.

و مثله ما لو حلف ليخبرته عن عدد ما في هذا البيت من الجوز، أو يكون قد أكل تمرًا-مثلاً- لا يعلم قدره و حلف ليخبرته بعدد ما أكل، و نحو ذلك.

و في هذا الفرض مناقشتان:

إحدهما: مثل ما تقدّم في السابق، و هو أن هذا إنما يكفي الاقتصار عليه حيث لا يقصد التعيين و التعريف، أما لو قصده لم يبرّ بهذا المقدار من الإخبار، لأنه لا (١) يحصل به التعريف. بل يحتمل قوياً أن لا- يكون الإطلاق منزلاً عليه أيضاً إلا مع قصده بالخصوص، لأنه خلاف الظاهر و المتبادر إلى الفهم.

و الثانيه: أنه قد تحقّق في الأصول أن الخبر لا يشترط في تحقّقه الصدق، بل

ص: ٢٠٩

١- ١) في «م» و الحجرّيتين: لأنه يحصل.

لو أخبر خبراً كاذباً صدق عليه الخبريّه، لأن المراد منه القضيّه التي تحتل الصدق والكذب. و على هذا لا يفتقر في البرّ من يمينه إلى تعداد ما ذكر، بل يكتفى بذكر أيّ عدد شاء لصدق الخبريّه، سواء كان مطابقاً للواقع أم لا، اللهم إلا أن يقصد الخبر المطابق أو يكون الإطلاق متبادراً إليه فيتمّ ما ذكره.

ويمكن تمثيل هذه الفروض في التعليقات التي تترتب عليها الأحكام الشرعيّه كالطلاق عند العامّه و الظهار عندنا، بل هي في ذلك أظهر من اليمين، لأن انعقاد اليمين بذلك مشروط بكونه راجحاً أو متساوياً للطرفين، وقد لا يتفق في هذه الأمثله ذلك، فلا تنعقد اليمين.

و مثاله في التعليقات أن يقول الرجل لزوجته: إن لم تصدّقيني في حال هذه السرقة، أو: إن لم تخبريني بعدد حبّات هذه الرمانه قبل كسرها فأنت عليّ كظهر أمي، و نحو ذلك. فطريق تخلّصها من الظهار إخباره بما ذكر من الطريق. و أشار بقوله: «فذلك و أمثاله سائغ» إلى أن فروع الباب لا تنحصر في ذلك. و الضابط تحصيل الحيله المخرجه من الكذب أو المحصّله للمطلوب. و فروع الباب كثيره فلنشر إلى بعضها للتمرين.

و منها: لو قال لها: إن أكلت هذه الرمانه فأنت عليّ كظهر أمي. فطريق التخلّص على تقدير أن لا تترك أكلها أن تبقى منها حبه فصاعداً، فيصدق عدم أكلها. و مثله لو قال: إن أكلت هذا الرغيف، فأبقت منه بقيه تحسّ (1). و لو أبقت فتاتا يدقّ مدركه وقع، لصدق أكله نظراً إلى العرف. و يحتمل مثله في إبقاء حبه

ص: ٢١٠

واحد من الرمانه، إلا أن العرف فيها غير منضبط، إذ يصدق قول من فعل ذلك: ما أكلت الرمانه، بخلاف الفتات المذكور.

و منها: ما لو قال لها و هي صاعده في السلم: إن نزلت فأنت علي كظهر أمي، وإن صعدت فأنت علي كظهر أمي. فالحيله في التخلص بالطرفه إن أمكنها.

و بالحمل (١) فيصعد بها أو ينزل، و ينبغي أن يكون الحمل بغير أمرها. و بأن يصحح السلم على الأرض و هي عليه فتقوم من موضعها. و بأن يكون بجانبه سلم آخر فتنقل إليه، و إن مضى في نصب سلم آخر زمان و هي واقفه، إلا أن يضيف إلى ذلك قوله: و إن وقفت في السلم أيضا فأنت علي كظهر أمي، فيقع مع المكث لا مع المبادره إلى ما سبق (٢).

و منها: ما إذا أكلا- تمرا أو مشمشا و خلط النوى ثم قال: إن لم تميزي نوى ما أكلت عن نوى ما أكلت فأنت علي كظهر أمي. أو خلطت دراهمها بدراهمه فقال: إن لم تميزي دراهمك من دراهمي كذلك. فيحصل الخلاص عن ذلك بأن تبددها (٣) بحيث لا يبقى منها اثنان، فإذا فعلت ذلك فقد ميزت، إلا أن يريد التمييز الذي يحصل به التعيين و التنصيص (٤) كما تقدم فلا يحصل الخلاص بذلك. و ينبغي أن يحمل اللفظ عند الإطلاق على هذا، لأن المتبادر إلى الفهم عرفا ذلك كما مر (٥). و إنما يجتزأ بالحيله الأولى مع إرادته المعنى.

ص: ٢١١

١- ١) في «و»: أو بالحمل.

٢- ٢) كذا في «ش» و لعله الصحيح، و في سائر النسخ و الحجريتين: سبق.

٣- ٣) في «ط» و الحجريتين: تعددها.

٤- ٤) في الحجريتين: و التنصيص.

٥- ٥) في ص: ٢٠٨.

اللغوى أو إرادته بخصوصه.

و منها: ما لو كان فى فيها تمره فقال لها الزوج: إن ابتلعتها فأنت على كظهر أمى، و إن قذفتها فأنت على كظهر أمى، و إن أمسكتها فأنت على كظهر أمى.

فالحيله فى تخلّصها منها جميعا بأن تأكل بعضها و تقذف بالبعض الآخر. و لو قال:

إن أكلتها فأنت على كظهر أمى، و إن لم تأكلها فأنت على كظهر أمى، لم تتخلّص بما ذكر من الحيله. و فى التخلّص منه بالابتلاع و جهان، من حيث إنه يصدق أن يقال: ابتلع و ما أكل، و من عدم انضباط العرف.

و منها: لو قال لها: كلّ كلمه كلمتى بها إن لم أقل لك مثلها فأنت على كظهر أمى، فقالت له المرأة: أنت على كظهر أمى. فإن لم يقل ذلك وقع الظهار بالأول، و إن قاله وقع بالثانى. فطريق تخلّصه أن يقول لها: أنت تقولين: أنت على كظهر أمى، أو يقول ذلك مجزّدا عن «أنت تقولين» بغير قصد الظهار مصرّحا بعدم القصد متّصلا به.

و منها: لو كان فى يدها كوز ماء فقال: إن قلبت هذا الماء أو تركته أو شربته أو شربه غيرك فأنت على كظهر أمى. فيحصل الخلاص بأن تضع به خرقة فتبلّها به.

و منها: لو كانت فى ماء راكد فقال لها: إن مكثت فيه أو خرجت منه فأنت على كظهر أمى. فالطريق أن يحملها إنسان فى الحال. و لو كان الماء جاريا لم يقع، سواء مكثت أم خرجت، لأن ذلك الماء قد فارقها بجريانه، إلا أن يدلّ العرف على إرادته ما يعمّ ذلك من الماء فيكون كالراكد. و قس على هذه الفروض ما يرد عليك بضرب من النظر مراعى للعرف و الوضع.

المقصد الخامس في العدد (١) و النظر في ذلك يستدعي فصولاً.

قوله: «المقصد الخامس في العدد.. إلخ».

هو جمع عدّه مأخوذ من العدد، لاشتماله عليه غالباً، و العدّه الاسم من الاعتداد، يقال: أنفذت عدّه كتب إلى جماعه، و قد يجعل مصدراً و يقول: اعتدّت المرأة اعتداداً و يقال: عدّه. و شرعاً: اسم لمدّه معدوده تتربّص فيها المرأة لمعرفة براهه رحمها، أو للتعبّد، أو التفجّع على الزوج. و شرّعت صيانه للأنسب و تحصينا لها من الاختلاط. و الأصل فيها قبل الإجماع الآيات كقوله تعالى وَ الْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ (١) وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٢) وَ الَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذُرُونَ أَرْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا (٣) و غير ذلك من الأدلّه (٤).

و اعلم أن المدّه المستدلّ بمضيها على براهه الرحم تتعلّق تاره بالنكاح و وطء الشبهه و تشتهر باسم العدّه، و أخرى بملك اليمين إما حصولاً في الابتداء أو زوالاً في الانتهاء و تشتهر باسم الاستبراء. و النوع الأول منه ما يتعلّق بفرقه بين الزوجين و هو حتى كفرقه الطلاق و اللعان و الفسوخ، و تشمله عدّه الطلاق، لأنه أظهر أسباب الفراق، و حكم العدّه عن وطء الشبهه حكمها، و إلى ما يتعلّق بفرقه

ص: ٢١٣

١-١ (١) البقره: ٢٢٨.

٢-٢ (٢) الطلاق: ٤.

٣-٣ (٣) البقره: ٢٣٤.

٤-٤ (٤) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٢١ ب «١٢» «١٣» من أبواب العدد و غيرهما.

الأول لا عدّه على من (١) لم يدخل بها، سواء بانة بطلاق أو فسخ، عدا المتوفى عنها زوجها، فإن العده تجب مع الوفاة و لو لم يدخل.

و الدخول يتحقق بإيلاج الحشفه و إن لم ينزل، و لو كان مقطوع الأنثيين، لتحقق الدخول بالوطء. أما لو كان مقطوع الذكر سليم الأنثيين قيل: تجب العده، لإمكان الحمل بالمساحقه. و فيه تردد، لأن العده تترتب على الوطء. نعم، لو ظهر حمل اعتدت منه بوضعه، لإمكان الإنزال.

تحصل بموت الزوج و هى عدّه الوفاة. و سند كر (١) تفصيلها.

قوله: «لا عدّه على من.. إلخ».

إنما تجب العده فى غير الوفاة بعد الدخول فلا تجب بدونه، قال تعالى:

ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا (٢). و لَمَّا كَانَ الْأَصْلُ فِي هَذِهِ الْعِلَّةِ (٣) طَلَبَ بَرَاءَةَ الرَّحْمِ لَمْ تَجِبْ بِالْفِرَاقِ عَنِ مَطْلُوقِ النِّكَاحِ، بَلْ اعْتَبِرَ جَرِيَانُ سَبَبِ شُغْلِ (٤) الرَّحْمِ لِيَحْتَاجَ إِلَى مَعْرِفَةِ بَرَاءَتِهِ.

ثم لا يعتبر تحقق الشغل و لا توهمه، فإن الإنزال ممّا يخفى و يختلف فى حقّ الأشخاص بل فى الشخص الواحد باعتبار ما يعرض له من الأحوال فيعسر تتبعه و يقبح، فأعرض الشارع عنه و اكتفى بسبب الشغل و هو الوطء، و ناطه بتغيب

ص: ٢١٤

١- ١) فى «و»: و سيدكر.

٢- ٢) الأحزاب: ٤٩.

٣- ٣) فى إحدى الحجريتين و نسخه بدل الثانية: العده.

٤- ٤) فى «ش، ط، م» و الحجريتين: يشغل.

قدر الحشفه. و هذا صنعه فى تعليق الأحكام بالمعانى الخفيه، ألا ترى أن الاعتقاد الصحيح الذى هو المطلوب و به تحصل النجاه لَمَّا كان أمرا خفيًا- لكونه فى الضمير- عُلقت الأحكام بالكلمه الظاهره، حتى لو توفرت القرائن الدالّه على أن الباطن مخالف للظاهر- كما إذا أكره على الإسلام بالسيف- لا يبالى بها و يدار (١) الحكم على الكلمه، و أن (٢) مناط التكليف- و هو العقل و التمييز- لَمَّا كان خفيًا يحصل بالتدريج و يختلف بالأشخاص و الأحوال أعرض عن تتبعه، و معرفه كماله و عقله (٣) بالسّن أو الاحتمال. و كما اكتفى فى الترخّص بالسفر المخصوص و أعرض عن المشقّه التى هى الحكمه فيه.

إذا عرفت ذلك فالمعتبر من الوطاء تغييب الحشفه أو قدرها من مقطوعها فى قبل أو دبر. و فى حكمه دخول متبته المحترم فرجا، فيلحق به الولد إن فرض و تعتدّ بوضعه، و ظاهر الأصحاب عدم وجوبها بدون الحمل هنا.

فلو دخل الخصىّ بما ذكر وجبت العده و إن بعد احتمال المعلق [١] منه، كما بعد فى مدخل الحشفه بغير إنزال و إن كان فحلا، لوجود المقتضى الذى جعله الشارع سببا لها.

و أما المبوب و هو مقطوع الذكر سليم الأنثيين فلا يوجد منه الدخول، فلا يجب على زوجته إذا كانت حائلا عده على أصحّ القولين، لانتفاء المقتضى لها

ص: ٢١٥

١- ١) فى «ش، و»: و يدير، و فى «ط»: و مدار.

٢- ٢) فى «ح»: فإن.

٣- ٣) فى «م»: و الحجرّيتين: و علقه.

و لا تجب العده (١) بالخلوه منفرده عن الوطء على الأشهر. و لو خلا ثم اختلفا فى الإصابه، فالقول قوله مع يمينه.

و هو الوطء. و القول بوجوب العده للشيخ فى المبسوط (١) محتججا بإمكان المساحقه. و ضعفه ظاهر، فإن مجرد الإمكان غير كاف فى الوطء الكامل فكيف فى غيره؟ انعم، لو ظهر بها حمل لحقه الولد و اعتدت حينئذ بوضعه.

و الممسوح الذى لم يبق له شىء لا- يتصور منه دخول، و لو أتت زوجته بولد لا- يلحقه على الظاهر، فلا- يجب على زوجته منه عده. و ربما قيل: إن حكمه حكم الم محبوب. و هو بعيد.

و اعلم أنه لا- فرق بين وطء الصبى القاصر عن سنّ من يصلح للولاده [له] (٢) و غيره، لوجود المقتضى و هو الوطء الذى جعل مناطا لها، كوطء الكبير بتغييب الحشفه خاصه من غير إنزال، و يتغلب جانب التعبد هنا نظرا إلى تعليق الحكم بالوجه (٣) المنضبط. قوله: «و لا تجب العده. إلخ».

قد تقدّم (٤) الكلام فى ذلك و أن ابن الجنيد أوجبها بالخلوه و قدّم قول مدعى الإصابه إذا لم يكن هناك ما يوجب تكذيبه. و العمل على المشهور فيهما تمسكا بأصالة العدم. و لا فرق فى الخلوه بين التامه و هى التى تكون فى منزل الزوج و غيرها كالواقعه فى منزل أهلها.

ص: ٢١٤

١-١ (١) المبسوط ٢٣٨: ٥.

٢-٢ (٢) سقطت من «ط».

٣-٣ (٣) فى الحجرتين: بالوطء.

٤-٤ (٤) فى ص: ١٧٨.

في ذات الأقرء]

الفصل الثاني في ذات الأقرء (١) و هي المستقيمه الحيض. و هذه تعتد بثلاثه أقرء، و هي الأطهار على أشهر الروايتين، إذا كانت حرّه، سواء كانت تحت حرّ أو عبد.

قوله: «في ذات الأقرء. إلخ».

القرء-بالفتح و الضمّ-تجمع على أقرء و قروء و أقرؤ. و قال بعض أهل اللغه (١): إنه بالفتح الطهر، و يجمع على فعول كحرب و حروب و ضرب و ضروب، و القرء بالضمّ الحيض، و يجمع على أقرء كقفل و أقفال (٢). و الأشهر عدم الفرق بين الضمّ و الفتح، و أنه يقع على الحيض و الطهر جميعا بالاشتراك اللفظي أو المعنوي (٣). و المراد في قوله صَلَّى الله عليه و آله و سلم لفاطمه بنت أبي حيش:

«دعى الصلاه أيام أقرائك» (٤) الأول، كما أن الطهر هو المراد في قوله صَلَّى الله عليه و آله و سلم لابن عمر و قد طلق امرأته في الحيض: «إنما السنّه أن تستقبل بها الطهر ثمّ تطلقها في كلّ قرء طلقه» (٥) و في قول الأعشى (٦):

مورّثه عزّا و في الحىّ منعه لما ضاع فيها من قروء نساءكا

و الكنايه راجعه إلى الغزوه المذكوره في البيت السابق و هو قوله:

و في كلّ عام أنت جاشم غزوه تشدّ لأقصاها عزيزم عزائكا

ص: ٢١٧

١- ١) نقله عنه في روضه الطالبين ٣٤١:٦، و لم نجده فيما لدينا من كتب اللغه.

٢- ٢) في «ح، ش، م»: كفعل و أفعال.

٣- ٣) في «ش، ط، م»: و المعنوي.

٤- ٤) سنن الدارقطني ١:٢١٢ ح ٣٦، سنن البيهقي ٧:٤١٦.

٥- ٥) السنن الكبرى للبيهقي ٨:٣٣٠.

٦- ٦) ديوان الأعشى: ١٣٢.

و الذى يضع فى غيبه الزوج طهر المرأه أما الحيض فيستوى فيه حال الحضور و الغيبه.

و يقال: أقرأت المرأه فهى مقرئ إذا حاضت، و أقرأت إذا طهرت. و قد قيل:

إن اللفظين مأخوذان من قولهم: قرأت الطعام فى الشدق و قرأت الماء فى الحوض إذا جمعته، و قد تحذف الهمزه فتقول: قرئت الماء. و زمان الطهر يجمع الدم فى الرحم، و زمان الحيض يجمع شيئاً منه و يرسل شيئاً إلى أن يدفع الكل، فيحصل معنى الجمع فيهما.

و قيل: الأصل فيه الضم، يقال: ما قرأت فلانته جنينا أى: لم يضمّ رحمها على ولد، و منه سمى القرآن قرآناً، لأنه يضمّ السور و الآيات، و هو مقارب للجمع، إذ يجوز أن يقال فيه: جمع السور و الآيات.

و قيل: أصله الوقت الذى يأتى فيه الشىء، يقال: أقرأت حاجتك إذا دنت، و أقرأت الريح إذا هبت لوقتها، و أقرأت المرأه إذا دنى وقت حيضها أو طهرها.

ثمّ فى كيفيه وقوع الاسم عليهما أوجه:

أحدها: أنه حقيقه فى الطهر مجاز فى الحيض، فإن الطهر هو الذى يجمع الدم فى الرحم و يحسبه. و قد قيل: إنه مأخوذ من قولهم: أقرأت النجوم إذا تأخر مطرها، و أيام الطهر هى التى يتأخر فيها خروج الدم.

و الثانى: عكسه، لأن المرأه لا تسمى من ذوات الأقرء إلا إذا حاضت.

و ثالثها: أنه مشترك بينهما كسائر الأسماء المشتركه. و هو الأشهر. و الحامل على أحد الأولين أن المجاز خير من الاشتراك. و يرجح الأخير نصّ أهل اللغه (١)

ص: ٢١٨

على ثبوت الاشتراك، ولا رجحان للمجاز عليه بعد ثبوته.

ثم إن جعلناه مأخوذاً من الانتقال أو الوقت أو الجمع فلاشتراك معنوي.

وإن جعلناه مقولا عليهما لا باعتبار ذلك، أو أن كل واحد باعتبار غير الآخر، فهو لفظي.

إذا تقرر ذلك فنقول: اتفق العلماء على أن أقرأ العدة [على] (١) أحد الأمرين، و اختلفوا في أيهما المراد من الآية (٢)، فذهب جماعة (٣) من الفقهاء وأكثر أصحابنا إلى أنه الطهر، لقوله تعالى تَلَاثَةٌ قُرُوءٍ فَأُثِبَتِ الْهَاءُ فِي الْعَدَدِ وَ هُوَ مَخْتَصٌّ بِالْمَذَكَّرِ، وَ الطَّهْرُ مَذَكَّرٌ دُونَ الْحَيْضِ. وَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ (٤) أي: في زمان عدتهن، و اللام بمعنى «في» كقوله تعالى وَ نَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ (٥) أي: فيه، و حذف لفظ الزمان لأن العدة تستعمل مصدرا و المصادر يعبر بها عن الزمان، يقال: آتيتك خفوق النجم، أي: زمان طلوعه و إشراقه، و فعلت كذا مقدم الحجيج أي: زمان قدومهم. و إذا كان المعنى: فطلَّقُوهُنَّ في زمان عدتهن، كانت الآية إذنا في الطلاق في زمان العدة، و معلوم أن الطلاق في الحيض محرّم إجماعا فينصرف الاذن إلى زمان الطهر.

و روى (٦) عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ أَنَّهُ قَرَأَ: «لَقَبِلْ عَدَّتِهِنَّ» وَ قَبِلَ

ص: ٢١٩

١- ١) من «و» فقط.

٢- ٢) البقرة: ٢٢٨.

٣- ٣) مختصر المزنّي: ٢١٧، اختلاف العلماء للمروزي: ١٣٧، الإشراف على مذاهب العلماء ٤: ٣٠٥-٣٠٦، الحاوي الكبير للماوردي

١١: ١٦٥، الكافي لابن عبد البرّ ٢: ٦١٩.

٤- ٤) الطلاق: ١.

٥- ٥) الأنبياء: ٤٧.

٦- ٦) تفسير القرآن للصنعاني ٢: ٢٩٦، النكت و العيون للماوردي ٦: ٢٩.

الشيء أوله، والطلاق المأذون فيه هو الطلاق في الطهر فيكون ذلك أول العده. وفي الحديث النبوي السابق (1) تصريح به. ومن طريق الخاصه روايه زراره (2) ومحمد بن مسلم (3) في الحسن عن الباقر عليه السلام قال: «القرء ما بين الحيضتين» وقال: «الأقراء هي الأطهار» (4) وغيرهما من الأخبار (5) الكثيره، وهي الروايات التي ذكر المصنّف أنها أشهر الروايتين في ذلك و أراد بهما الجنس.

وقيل: إنه الحيض، لقوله تعالى وَ اللَّائِي يَيْسُنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعَدَّتْهُنَّ ثَلَاثَةٌ أَشْهُرٌ (6) فنقلها عما يئست منه إلى بدله و البديل غير المبدل، ولما كان اليأس من الحيض دلّ على أنه القرء. ولقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ للمرأة في الروايه السابقه: «دعى الصلاه أيام أقرائك» (7) والمراد به الحيض. ومن طريق الخاصه روايه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«عده التي تحيض ثلاثة أقراء، وهي ثلاثة حيض» (8). و روايه أبي بصير قال:

«التي تحيض و يستقيم حيضها ثلاثة أقراء، وهي ثلاثة حيض» (9). و روايه عبد الله بن ميمون عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه قال: قال عليّ عليه السلام:

ص: ٢٢٠

(١ - ١) راجع ص: ٢١٧، هامش (٥).

(٢ - ٢) الكافي ٦: ٨٩ ح ٢، التهذيب ٨: ١٢٢ ح ٤٢٣، الاستبصار ٣: ٣٣٠ ح ١١٧٤ - ١١٧٥، الوسائل ١٥: ٤٢٤ ب (١٤) من أبواب العدد ح ١.

(٣ - ٣) الكافي ٦: ٨٩ ح ٣، التهذيب ٨: ١٢٢ ح ٤٢٤، الاستبصار ٣: ٣٣٠ ح ١١٧٤ - ١١٧٥، الوسائل ١٥: ٤٢٤ ب (١٤) من أبواب العدد ح ٢.

(٤ - ٤) الكافي ٦: ٨٩ ح ٤، التهذيب ٨: ١٢٢ ح ٤٢٤، الاستبصار ٣: ٣٣٠ ح ١١٧٤ - ١١٧٥، الوسائل ١٥: ٤٢٤ ب (١٤) من أبواب العدد ح ٣.

(٥ - ٥) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٢٤ ب (١٤) من أبواب العدد ح ٤، ٥، ٦، ٩.

(٦ - ٦) الطلاق: ٤.

(٧ - ٧) مرّ ذكر مصادرها في ص: ٢١٧، هامش (٤).

(٨ - ٨) التهذيب ٨: ١٢٦ ح ٤٣٤، الاستبصار ٣: ٣٣٠ ح ١١٧١، الوسائل ١٥: ٤٢٥ ب (١٤) من أبواب العدد ح ٧. وفي مصادر الروايه الأخيره: عده التي.

(٩ - ٩) التهذيب ٨: ١٢٦ ح ٤٣٥، الاستبصار ٣: ٣٣٠ ح ١١٧٢، الوسائل ١٥: ٤٢٥ ب (١٤) من أبواب العدد ح ٧. وفي مصادر الروايه الأخيره: عده التي.

«إذا طلق الرجل المرأة فهو أحقّ بها ما لم تغتسل من الثالثه» (١). وغيرها من الروايات الكثيره.

و الأول أشهر بين الأصحاب. و الشيخ (٢) حمل هذه على التقيّه. و هو بعيد، لأن العامّه مختلفون في ذلك، فلا وجه لتقيّه قوم دون قوم. و جمع المفيد (٣) - رحمه الله - بينهما بوجه أظهر ممّا ذكره الشيخ، و هو أنه إذا طلقها في آخر طهرها اعتدّت بالحيض، و إن طلقها في أوله اعتدّت بالأقراء التي هي الأطهار. و استوجهه الشيخ في التهذيب (٤). و كيف كان فالمذهب هو الأول.

بقي تنقيح العبارة يتوقّف على أمور:

الأول: هذه العده بالأقراء ثابتة للمطلقه و المفسوخ نكاحها بسبب من قبلها أو قبله و الموطوءه بشبهه، و كان على المصنّف التنبيه على ذلك، فإنه اقتصر على اعتدادها بما ذكر و لم يذكر سببه، و إن تعرّض (٥) في بعض المسائل للمطلقه فإن ذلك غير كاف. و أيضا فالأمر غير مختصّ بالطلاق، و لكن أشرنا فيما سبق (٦) إلى أنه ربما عنون البحث بعده الطلاق و الحق به باقى الأسباب. و سيأتى (٧) في ذات الشهور جعلها عده للطلاق و الفسخ، و كان ينبغي تقديمه في أول هذا الفصل

ص: ٢٢١

١- (١) التهذيب ٨:١٢٥ ح ٤٣٢، الاستبصار ٣:٣٢٩ ح ١١٦٩، الوسائل ١٥:٤٢٩ ب (١٥) من أبواب العدد ح ١٢.

٢- (٢) التهذيب ٨:١٢٦ ذيل ح ٤٣٥، الاستبصار ٣:٣٣٠ ذيل ح ١١٧٢.

٣- (٣) حكاة عنه الشيخ في التهذيب ٨:١٢٧، ذيل ح ٤٣٨.

٤- (٤) المصدر السابق.

٥- (٥) في ص: ٢٢٣.

٦- (٦) في ص: ٢١٣.

٧- (٧) في ص: ٢٢٩.

و إichاله الباقي عليه.و مع ذلك فما ذكره غير حاصر.

الثانى: إن جعلنا القرء الحيض فالمعتبر منه ما يحكم بعدده شرعا من العاده للمعتاده حيث ينقطع عليها أو يتجاوز العشره،و العدد الذى ينقطع عليه إن وقع فى العشره.و فى حكمه النفاس،فيعدّ قرءا كالحيض،و يمكن فرضه فيما لو طلقها بعد الوضع و قبل أن ترى دما،فيحسب النفاس قرءا.

و إن جعلناه الطهر فالمراد به المدّه التى بين حيزتين،أو حيز و نفاس،أو نفاسين.و يمكن فرضه فى نفاس حمل لا يعتبر وضعه فى العده كأحد التوأمين إذا طلقها بينهما قبل النفاس من الأول.و إنما يعتبر جميع المدّه فى غير الطهر الأول، و فيما (١) إذا لم تبلغ المدّه ثلاثه أشهر،كما سيأتى (٢).

الثالث:المراد بمستقيمه الحيض معتادته وقتا و عددا و إن استحيضت بعد ذلك،فإنها ترجع فى الحيض إلى عاداتها المستقرّه و تجعل ما سواها طهرا.و فى حكمها معتادته وقتا خاصّه،لأنها بحسب (٣)أوله مستقيمه العاده و إنما تلحق بالمضطربه فى آخره،و حيث كان القرء هو الطهر فالمعتبر الدخول فى حيز متيقّن ليعلم انقضاء الطهر الثالث،و هو يحصل فى معتاده أوله بحصوله فيه.أما معتادته عددا خاصّه فكالضطربه بالنسبه إلى الحكم به ابتداء،و سيأتى (٤)حكما فى العبارة.

الرابع:الاعتداد بثلاثه أقرء مختصّ بالحرّه،سواء كان من تعتدّ بسبب

ص:٢٢٢

١- ١) فى «و،م»:فيما.

٢- ٢) فى ص:٢٣٧.

٣- ٣) فى «ط،و»:تحسب.

٤- ٤) فى ص:٢٢٤.

و لو طَلَّقَهَا و حاضت (١) بعد الطلاق بلحظه، احتسبت تلك اللحظه قراءاً ثم أكملت قرائن آخرين، فإذا رأت الدم الثالث فقد قضت العده.

وطئه حرًا أم عبداً. و هو موضع وفاق. و لو كانت أمه فعدهتها قراءان، و سيأتي (١).

و فى إلحاق المعتق بعضها بالحرّ أو الأمه نظر، من تغليب الحرّيه، و أصاله بقاء العده إلى أن يعلم الانتقال، و بقاء التحريم إلى أن يعلم الحلّ، و من أصاله البراءه من الزائد، و استصحاب عدمه إلى أن يثبت الناقل بحرّيتها أجمع. و لم أقف فيه لأصحابنا على شيء يعتدّ به. و الشافعيّ (٢) جزموا بالثاني.

الخامس: لا فرق بين مجيء الحيض الموجب لانقضاء العده طبيعياً - و هو الذى ينوب كلّ شهر هلالى مرّه (٣) غالباً - و غيره، حتى لو استعجلته بالدواء فى غير وقته المعتاد احتسب لها و انقضت به العده، للعموم (٤).

قوله: «و لو طَلَّقَهَا و حاضت.. إلخ».

الوجه فى احتساب ما بقى من الطهر الأول قراء النصّ، و هو كثير منه روايه زراره عن أبى جعفر عليه السلام: «قلت له: أصلحك الله رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع بشهاده عدلين، فقال: إذا دخلت فى الحيضه الثالثه فقد انقضت عدتها و حلت للأزواج» (٥). و لا يمكن الحكم بانقضائها برؤيه الدم فى الثالثه إلا - إذا جعلنا بقيه الطهر قراءاً ثمّ يحتسب ما بين الحيضتين قرائن فتّمت الثالثه بدخول

ص: ٢٢٣

١- ١) فى ص: ٢٩٨.

٢- ٢) راجع روضه الطالبين ٣: ٣٤٣.

٣- ٣) فى «ش، و»: عاده.

٤- ٤) البقره: ٢٢٨، و لاحظ أيضا الوسائل ١٥: ٤٢٥ ب «١٤» من أبواب العدد ح ٧، ٨.

٥- ٥) الكافي ٦: ٨٦ ح ١، التهذيب ٨: ١٢٣ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٢٧ ح ١١٦٣، الوسائل ١٥: ٤٢٦ ب (١٥) من أبواب العدد ح ١.

هذا إذا كانت (١) عاداتها مستقره بالزمان. وإن اختلفت صبرت إلى انقضاء أقل الحيض، أخذًا بالاحتياط.

الحيضه الثالثه.

و أما ما قيل من أن الوجه فيه: أن بعض القرء مع قرائن تامين يسمي الجميع ثلاثه قروء، كما يقول القائل: خرجت من البلد لثلاث مضين مع وقوع خروجه في الثالثه، و قال تعالى الْحُجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ (١) و المراد شؤال و ذو القعدة و بعض ذى الحجه.

ففيه: أن ذلك مجاز لا- يترتب عليه الحكم الشرعى بمجردة. ثم هو منقوض بما لو تم الأولان و أضيف إليهما بعض الثالث، بأن طلقها قبل الحيض بلا فصل و اتصل بآخره، فإن القرء الأول إنما يحتسب بعد الحيض، فيكمل الأولان قرائن و يعتبر كمال الثالث إجماعاً، و لو اعتبر ما ذكره في هذا التعليل لأمكن بدخول الطهر الثالث. و أما إطلاق أشهر الحج على شهرين و بعض الثالث فهو عين المتنازع، و قد تقدم (٢) أن الأصح كون مجموع ذى الحجه من أشهر الحج. و تظهر فائدته في استدراك بعض الأفعال فيه.

قوله: «هذا إذا كانت. إلخ».

هذا استدراك على قوله: إن العده تنقضى برؤيه الدم الثالث، فإن ذلك إنما يتم إذا كانت عاداتها مستقره بحيث يكون أول الحيض منضبطاً كما قرناه سابقاً (٣)، و ذلك في المعتاده وقتاً و عدداً و في المعتاده وقتاً خاصه، أما لو اختلفت

ص: ٢٢٤

١-١ (١) البقره: ١٩٧.

٢-٢ (٢) في ج ١٩٤: ٢.

٣-٣ (٣) راجع ص: ٢٢٢.

و أقلّ زمان تنقضى (١) به العده ستّه و عشرون يوما و لحظتان، لكن الأخيره ليست من العده، و إنما هي دلالة على الخروج منها. و قال الشيخ رحمه الله: هي من العده، لأن الحكم بانقضاء العده موقوف على تحققها.

و الأول أحقّ.

عادتها- بأن لم تكن مستقرّه وقتا، بل كانت تراه تاره في أول الشهر و تاره في وسطه و أخرى في آخره مثلا- فإنها بالنسبه إلى الحكم بأوله كالمضطربه كما تقدّم تحقيقه في باب (١). و حينئذ فلا يحكم بانقضاء العده إلا مع العلم بكونه حيضا، و ذلك بعد مضى ثلاثه أيام من أوله. هذا إذا أوجبنا عليها العباده إلى أن تمضى ثلاثه أيام. و لو حكمنا لها بالحيض من حين رؤيه الدم إما مطلقا أو مع ظنه حكم بانقضاء العده برؤيته. و يمكن أن يريد المصنّف وجوب الصبر إلى مضى الثلاثه و إن حكمنا يتخيضا من أوله، لما ذكره من الأخذ بالاحتياط في العده، بخلاف ترك العباده، فإن الأمر فيه أسهل و حقّ الله مبنى على التخفيف، بخلاف حقّ الآدمى (٢)، و في العده يجتمع الحقان. و لكن هذا آت في تحيضا برؤيته، فإنه يشتمل على الحقين أيضا. و كيف كان فالاحتياط في العده أقوى.

و اعلم أن قوله: «و إن اختلفت» يشمل ما عدا المعتاده وقتا و عددا معا، فإن الاختلاف فيما عداها متحقّق. و لكن الأجود تقييد الاختلاف بكونه بواسطه الوقت، لما ذكرناه. و بقي حكم المبتدئه و المضطربه، و سيأتي (٣) الكلام فيه.

قوله: «أقلّ زمان تنقضى.. إلخ».

حيث جعلنا الأقرء هي الأطهار، و كان تمام الطهر محسوبا بقراء، فأقلّ

ص: ٢٢٥

١- ١) في ج ٦٠: ١.

٢- ٢) في «ش، ط، م»: «الآدميين».

٣- ٣) في ص: ٢٤٧.

زمان يمكن فيه انقضاء العده سته و عشرون يوما و لحظتان، و ذلك بأن يكون الباقي من الطهر الذى طلقت فيه لحظه بعد تمام صيغه الطلاق، ثم تحيض ثلاثه أيام، ثم تطهر عشره، ثم تحيض ثلاثه، ثم تطهر عشره، ثم تطعن فى الدم الثالث المستقر عاده. و هذا مبنى على الغالب و إلا- فقد يتفق أقل من ذلك، بأن يطلقها بعد الولاده و قبل رؤيه دم النفاس- و قد أسلفنا أنه محسوب هنا بحيضه و أقله لحظه- فإذا رأت بعد الطلاق بلحظه لحظه نفاسا، ثم انقطع عشره، ثم رأت ثلاثه، ثم انقطع عشره، ثم رأت الدم الثالث، انقضت عدتها بذلك، و هو ثلاثه و عشرون يوما و ثلاث لحظات.

إذا تقرّر ذلك فقد اختلفوا فى اللحظه الأخيره هل هى من العده، أو دليل على انقضائها قبلها؟ فالأصح- و هو الذى اختاره المصنف- الثانى، لأن العده ثلاثه قروء و هى الأطهار، و بتمامها تتم العده، و لا شبهه فى أنها تتم عند ابتداء الدم، و ابتداءه كاشف عن تمامها قبله و موجب لظهور آخره حيث إنه لا حد له بحسب الزمان، فلا يعدّ زمان الحيض من العده. و حينئذ فأقلها بالحقيقه سته و عشرون يوما و لحظه لا غير.

و قال الشيخ (1): هى من العده، لتوقف الانقضاء عليها، فكانت كغيرها من الأجزاء. و ربما بنى على أن القرء هو الانتقال من الطهر إلى الحيض، فيكون الحصول فى الحيض من العده.

و يضعف الأول بأنه لا يستلزم كونها منها، و إنما هى كاشفه عن سبق انتهاء الطهر الثالث الذى هو غايه العده. و الثانى بما تحقّق من أن القرء هو الطهر لا

ص: ٢٢٤

و لو طَلَّقَهَا فِي الْحَيْضِ (١) لَمْ يَقَعِ.

و لو وَقَعَ فِي الطَّهْرِ، ثُمَّ حَاضَتْ مَعَ انْتِهَاءِ التَّلْفِظِ، بَحِثْ لَمْ يَحْصُلْ زَمَانٌ يَتَخَلَّلُ الطَّلَاقَ وَ الْحَيْضَ، صَحَّ الطَّلَاقُ، لَوْ وَقَعَهُ فِي الطَّهْرِ الْمَعْتَبَرِ. وَ لَمْ تَعْتَدَّ بِذَلِكَ الطَّهْرَ، لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَقَّبِ الطَّلَاقُ، وَ تَفْتَقِرُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْرَاءَ مُسْتَأْنَفِهِ بَعْدَ الْحَيْضِ.

الانتقال المذكور.

و تَظْهَرُ فَائِدَةُ التَّعْلِيلَيْنِ (١) فِيمَا لَوْ كَانَتْ غَيْرَ مُسْتَقِيمَةِ الْحَيْضِ فَتَوَقَّفَ ظُهُورُهُ عَلَى مَضِيِّ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، فَيَكُونُ جَمَلَتَهَا مِنَ الْعَدَّةِ كَاللَّحْظَةِ عَلَى الْأَوَّلِ، وَ كَاشَفَهُ عَنْ كَوْنِ اللَّحْظَةِ الْأُولَى مِنْهَا مِنَ الْعَدَّةِ خَاصَّةً عَلَى الثَّانِي، لِأَنَّ مَضِيَّ الثَّلَاثَةِ يُوجِبُ تَحَقُّقَ الْحَيْضِ مِنْ أَوْلَاهَا، وَ الْإِنْتِقَالَ يَحْصُلُ بِلَحْظَةٍ مِنْهَا. وَ رُبَّمَا قِيلَ: إِنَّ مَجْمُوعَ الثَّلَاثَةِ مِنْهَا عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ. وَ هُوَ ضَعْفٌ فِي ضَعْفٍ.

و تَظْهَرُ الْفَائِدَةُ فِي جَوَازِ الرَّجُوعِ فِي اللَّحْظَةِ الْمَذْكُورَةِ أَوْ الثَّلَاثَةِ، وَ فِيمَا لَوْ تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِهِ فِيهَا، وَ فِيمَا لَوْ مَاتَ الزَّوْجُ فِيهَا. فَعَلَى الْمَخْتَارِ يَصَحُّ النِّكَاحُ دُونَ الرَّجْعِ وَ يَنْتَفَى الْإِرْثُ بِالمَوْتِ، وَ عَلَى قَوْلِ الشَّيْخِ يَثْبُتُ نَقِيضُ الْأَحْكَامِ.

قوله: «و لو طَلَّقَهَا فِي الْحَيْضِ.. إلخ».

قَدْ عَرَفْتَ أَنَّ الْمَعْتَبَرَ وَقُوعَ الطَّلَاقِ فِي الطَّهْرِ، وَ أَنَّ بَقَاءَ جِزْءٍ مِنْهُ بَعْدَ الطَّلَاقِ كَافٍ فِي احْتِسَابِهِ قَرَاءً وَ إِنْ قَلَّ. فَيَاذَا طَلَّقَ فِي الطَّهْرِ، فَإِنَّ بَقِيَّ بَعْدَ الطَّلَاقِ جِزْءٌ مِنَ الطَّهْرِ اجْتَمَعَ الْأَمْرَانِ صَحَّحَ الطَّلَاقَ وَ احْتِسَابَ الطَّهْرِ. وَ إِنْ اتَّصَلَ الْحَيْضُ بِالطَّلَاقِ - بِمَعْنَى أَنَّهُ بَعْدَ تَمَامِ صَيْغِهِ الطَّلَاقِ بِغَيْرِ فَصْلِ خَرَجِ الدَّمِ - حَصَلَ شَرْطُ الطَّلَاقِ وَ هُوَ وَقُوعُهُ فِي الطَّهْرِ فَوْقَ صَحِيحًا، وَ لَمْ يَحْتَسَبْ بِذَلِكَ الطَّهْرَ بَلْ يُعْتَبَرُ ثَلَاثَةَ أَطْهَارٍ بَعْدَ

ص: ٢٢٧

١ - ١) فِي «ط، م»: التعليل.

فرع لو اختلفا فقالت: (١) كان قد بقي من الطهر جزء بعد الطلاق، و أنكر، فالقول قولها، لأنها أبصر بذلك، والمرجع في الحيض و الطهر إليها.

الحيض و تبين بدخول الحيضه الرابعه.

و زعم بعض العامه (١) أن الطلاق المقارن للحيض كالواقع فيه. و المصنف تبه على خلافه و بيان فساده بقوله: «لوقوعه في الطهر المعتر». المعتر».

و لو صادف الحيض جزءا (٢) من صيغه الطلاق انتفى الأمران و حكم ببطلانه، لوقوع بعضه في الحيض، و للشيخ في المبسوط (٣) في هذا المقام عبارته موهمه، و عليها مناقشات و أجوبه، و لا طائل تحت الجميع.

قوله: «لو اختلفا فقالت: إلخ».

إذا ادعت بقاء جزء من الطهر بعد الطلاق فقد ادعت قصر العده، و إنكاره لذلك طلبا لطولها ليرجع فيها. و المذهب أن القول قولها في ذلك و إن كان معه أصاله بقاء العده و استصحاب حكم الزوجيه، لأن المرجع في الحيض و الطهر إليها، لما سلف من الآيه (٤) و الروايه (٥)، و هما مقدمات على دليل الاستصحاب.

و يبقى الكلام في النفقه لبقية ما يدعيه من مده العده و هي تنكره كما أسلفناه في نظيره (٦). فإن كان قد دفعها إليها فليس له انتزاعها، لا اعترافه بعدم

ص: ٢٢٨

١-١) راجع الأم للشافعي ٥:٢١٠، الحاوي الكبير ١١:١٧٤-١١:١٧٥، و للاستزاده انظر المجموع ١٣٧:١٨-١٣٨.

٢-٢) في «ش، م» و الحجريتين: جزء.

٣-٣) المبسوط ٥:٢٣٤.

٤-٤) لاحظ ص: ١٩٤، هامش (١).

٥-٥) لاحظ ص: ١٩٤، هامش (٣).

٦-٦) لاحظ ص: ١٩١-١٩٢.

الفصل الثالث في ذات الشهور [و هي] التي لا تحيض (١) و هي في سنّ من تحيض، تعتدّ من الطلاق و الفسخ مع الدخول بثلاثه أشهر، إذا كانت حرّه.

استحقاقه. و إن لم يكن دفعها لم يكن لها المطالبه به لذلك. و يحتمل جواز أخذها منها في الأول، لما تقدّم من أن شرط استحقاق المطلّقه رجعيًا النفقه بقاؤها على الطاعه كالزوجه، و بادعائها البيّنونه لا يتحقّق التمكين من طرفها، فلا تستحقّ نفقه على القولين، فله المطالبه بها حينئذ، و لا (١) تكون كالمال الذي لا يدّعيه أحد، لأن مالكة هنا معروف. و يمكن الفرق بين عدم التمكين المستند إلى دعوى البيّنونه و بينه على تقدير الاعتراف ببقاء العده بالنسبه إليه، لأنها بزعمها ليست ناشرا في الأول، بخلاف الثاني. الأجدود الأول.

قوله: «التي لا تحيض. إلخ».

لا فرق فيمن لا تحيض و هي في سنّ الحيض بين كون انقطاعه لطبيعته أو لعارض من حمل و رضاع و مرض و غيرها عندنا، فتعتدّ بثلاثه أشهر، لعموم قوله تعالى وَ اللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ (٢) أي: فعِدَّتُهُنَّ كذلك. و شمل أيضا من بلغت التسع و إن لم يكن مثلها تحيض عادة، لأن سنّ الحيض هو التسع كما مرّ في بابه (٣) و إن لم تحض فيه عادة. و يدلّ عليه -مع عموم الآيه- روايه الحلبي في الحسن عن أبي

ص: ٢٢٩

١- ١) في «ح، ط»: فلا.

٢- ٢) الطلاق: ٤.

٣- ٣) في ج ٥٦: ١.

و في اليائسه و التي (١) لم تبلغ روايتان:

إحداهما: أنهما تعتدّان بثلاثة أشهر.

و الأخرى: لا عدّه عليهما و هو الأشهر.

عبد الله عليه السلام قال: «عدّه المرأه التي لا تحيض و المستحاضه التي لا تطهر ثلاثة أشهر» (١). و في معناها (٢) غيرها. و في معنى الطلاق و الفسخ و طء الشبهه.

و بالجملة ما عدا الوفاء- و ما في معناها- من أنواع الفراق كذات (٣) الأقرء.

قوله: «و في اليائسه و التي.. إلخ».

اختلف الأصحاب في [أن] (٤) الصبيّه التي لم تبلغ التسع و اليائسه إذا طلّقت بعد الدخول- و إن كان قد فعل محرّما في الأولى- أو فسخ نكاحها كذلك أو وطئت بشبهه هل عليهما عدّه أم لا؟ فذهب الأكثر- و منهم الشيخان (٥) و المصنّف و المتأخرون (٦)- إلى عدم العدّه. و قال السيّد المرتضى (٧) و ابن زهره (٨): عليهما العدّه.

و الروايات مختلفه أيضا، و أشهرها بينهم ما دلّ على انتفائها، فمنها حسنه

ص: ٢٣٠

١- (١) الكافي ١٠٠: ٦ ح ٨، الفقيه ٣٣١: ٣ ح ١٦٠٥، التهذيب ١١٨: ٨ ح ٤٠٧، الاستبصار ٣٣٢: ٣ ح ١١٨٣، الوسائل ٤١٢: ١٥ ب (٤) من أبواب العدد ح ٧.

٢- (٢) لاحظ الوسائل ٤١٠: ١٥ ب (٤) من أبواب العدد.

٣- (٣) في «و» و الحجريّتين: لذات.

٤- (٤) من «ح» فقط.

٥- (٥) المقنعه: ٥٣٢ و ٥٣٣، المبسوط ٢٣٩: ٥، الخلاف (طبعه كوشانپور) ٣٠١: ٢، مسأله (١)، النهايه: ٥٣٢ و ٥٣٥.

٦- (٦) راجع الجامع للشرائع: ٤٧٠، الإرشاد ٢: ٤٧، إيضاح الفوائد ٣٣٧: ٣، المقتصر: ٢٧٠.

٧- (٧) الانتصار: ١٤٥-١٤٦.

٨- (٨) الغنيه ضمن سلسله الينايع الفقهيّه ٢٥٥: ٢٠.

زراره عن الصادق عليه السلام فى الصبيّه التى لا تحيض مثلها و التى قد يئست من المحيض قال: «ليس عليهما عدّه و إن دخل بهما» (١). و موثقه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: «ثلاثه يتروّجن على كلّ حال: التى لم تحض و مثلها لا تحيض، قال: قلت: و ما حدّها؟ قال: إذا أتى لها أقلّ من تسع سنين، و التى لم يدخل بها، و التى قد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، قلت:

و ما حدّها؟ قال: إذا كان لها خمسون سنه» (٢). و صحيحه حمّاد بن عثمان قال:

«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التى يئست من المحيض و التى لا تحيض مثلها، قال: ليس عليها عدّه» (٣). و حسنه محمد بن مسلم قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول فى التى يئست من المحيض يطلقها زوجها قال: بانّت منه و لا عدّه عليها» (٤). و حسنه محمد بن مسلم أيضا عن أبى جعفر عليه السلام قال:

«التى لا تجبل مثلها لا عدّه عليها» (٥).

و يؤيّد به من جهه الاعتبار انتفاء الحكمه الباعثه على الاعتداد فيهما، و هو استعمال فراغ الرحم من الحمل، كما تنبّه عليه روايه محمد بن مسلم السابقه،

ص: ٢٣١

-
- ١ - ١) الكافى ٦: ٨٥ ح ٢ و فيه: عن حمّاد بن عثمان عمّن رواه، التهذيب ٨: ١٣٧ ح ٨، ٤٧٩، الاستبصار ٣: ٣٣٧ ح ٣، الوسائل ١٢٠٣، الوسائل ١٥: ٤٠٩ ب (٤) من أبواب العدد ح ٣.
- ٢ - ٢) الكافى ٦: ٨٥ ح ٤، التهذيب ٨: ١٣٧ ح ٨، ٤٧٨، الاستبصار ٣: ٣٣٧ ح ٣، الوسائل ١٢٠٢، الوسائل ١٥: ٤٠٦ ب (٢) من أبواب العدد ح ٤.
- ٣ - ٣) التهذيب ٨: ٦٦ ح ٢١٨، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.
- ٤ - ٤) الكافى ٦: ٨٥ ح ٥، الفقيه ٣: ٣٣١ ح ١٦٠٤، التهذيب ٨: ٦٧ ح ٨، ٢٢٠، الوسائل ١٥: ٤٠٨ ب (٣) من أبواب العدد ح ١.
- ٥ - ٥) الكافى ٦: ٨٥ ح ٣، التهذيب ٨: ٦٧ ح ٨، ٢٢١، الاستبصار ٣: ٣٣٨ ح ٣، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

و انتفاؤها عن غير المدخول بها، و هما فى معناها.

احتج المرتضى (١)-رضى الله عنه-بقوله تعالى وَ اللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ (٢)قال:

«و هذا صريح فى أن الآيات من المحيض و اللائى لم يبلغن عدتهن الأشهر على كل حال».

ثم أورد على نفسه بأن فى الآية شرطاً و هو قوله تعالى إِنْ ارْتَبْتُمْ و هو منتف عنهما.

و أجاب: بأن الشرط لا- ينفع أصحابنا، لأنه غير مطابق لما يشترطونه، و إنما يكون نافعا لهم لو قال تعالى: «إِنْ كَانَ مِثْلَهُنَّ تَحِيضًا» (٣) فى الآيات، و فى اللائى لم يبلغن المحيض: «إِذَا كَانَ مِثْلَهُنَّ تَحِيضًا» و إذا لم يقل تعالى ذلك بل قال:

إِنْ ارْتَبْتُمْ و هو غير الشرط الذى شرطه أصحابنا فلا منفعة لهم به.

و لا- يخلو قوله تعالى إِنْ ارْتَبْتُمْ من أن يراد به ما قاله جمهور المفسرين و أهل العلم بالتأويل من أنه تعالى أراد به: إن كنتم مرتابين فى عدّه هؤلاء النساء غير عالين بمبلغها. و وجه المصير إلى هذا التأويل ما روى فى سبب نزول هذه الآية أن أبى بن كعب قال: يا رسول الله إن عددا من عدد النساء لم يذكر فى الكتاب: الصغار و الكبار و أولات الأحمال، فأنزل الله تعالى وَ اللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ إِلَى قَوْلِهِ وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٤)

ص: ٢٣٢

١- (١) الانتصار: ١٤٦-١٤٧.

٢- (٢) الطلاق: ٤.

٣- (٣) فى المصدر:..مثلهن لا تحيض.

٤- (٤) مستدرک الحاكم ٢: ٤٩٢-٤٩٣، السنن الكبرى للبيهقى ٧: ٤١٤، الدر المنثور ٨: ٢٠١.

فكان هذا دالاً على أن المراد بالارتياب ما ذكرناه لا الارتياب بأنها آيسه أو غير آيسه، لأنه تعالى قد قطع في الآية على اليأس من المحيض، والمشكوك في حالها ومرتبات في أنها تحيض أو لا تحيض لا تكون آيسه.

و يدل أيضاً على أن المراد الارتياب في العده و مبلغها قوله *إِنْ ارْتَبْتُمْ فإِنَّ الْمَرْجِعَ فِي وَقْعِ الْحَيْضِ مِنْهَا أَوْ ارْتِفَاعِهِ إِلَيْهَا*، وهي المصدقه على ما تخبر به فيه، ومعرفة الرجال به مبيته على إخبار النساء، فإذا أخبرت بأن حيضها قد ارتفع قطع عليه، ولا معنى للارتياب مع ذلك حيث إن المرجع فيه إليهن. فلو كانت الرية في الآية منصرفه إلى اليأس من المحيض لكان حقه أن يقول: *«إِنْ ارْتَبْتُمْ»* لأن المرجع إليهن فيه، فلما قال: *«إِنْ ارْتَبْتُمْ»* علم أنه يريد الارتياب في العده (1).

و أجيب بأن الرية المشترطه عائده إلى اليأس من المحيض و عدم المحيض، و القطع في علمه تعالى باليأس لا يستلزم انتفاء الرية عندنا، لأنه تعالى *عَلَامَ الْغُيُوبِ*. و سبب النزول لا يجب أن يكون عاماً في الجميع، فجاز أن يقع السؤال عن الصغار و الكبار اللاتي لم يحضن أو آيسن مع أن مثلهن تحيض، فإنه لا يمكن الحوالة في عدتهن على الأقران فوجب السؤال. و صرف الرية إلى العده و العلم بقدرها غير مناسب، لأن الأحكام الشرعية قبل ورود الشرع بها غير معلومه، فلا يكون التعليم في هذه الصوره مشروطاً بالرية دون غيرها، لعدم الأولوية.

ثم لو كان المراد ما ذكره لقال: *«إِنْ جَهِلْتُمْ»* و لم يقل: *«إِنْ ارْتَبْتُمْ»* لأن سبب

ص: ٢٣٣

النزول كما ذكر يوجب ذلك، فإن أبا لم يشك في عدتهنّ و إنما جهل حكمه.

و إنما أتى بالضمير مذكراً لكون الخطاب مع الرجال لقوله تعالى وَ اللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ و لأن النساء يرجعن في تعرف أحكامهنّ إلى رجالهنّ أو إلى العلماء فكان الخطاب لهم لا للنساء، لأنهنّ يأخذن الحكم مسلماً.

و الحق أن الآيه محتمله للأمرين، و الاستناد إليها في الحكم غير يبين، و إن كانت الدلاله على مذهب المرتضى أوضح. و الاعتماد في الحكم المشهور على الروايات (١) الكثيره المعتمده الأسناد، و وجوب الجمع بينها و بين الآيه يعين المصير إلى ما ذكره في الجواب- و إن كان خلاف الظاهر- مراعاة للجمع.

و أما الروايه الوارده بوجوب العده عليهما موافقه لمذهب المرتضى فهي روايه أبي بصير قال: «عده التي لم تبلغ المحيض ثلاثه أشهر، و التي قد قعدت عن المحيض ثلاثه أشهر» (٢). و هي موقفه ضعيفه السند بجماعه من روايتها، فلا تصلح معارضا للأخبار المتقدمه. و قد أخطأ من نسب (٣) إلى المرتضى الاحتجاج بالروايه، لأنه لا يعتبر الأخبار الصحيحه الوارده بطريق الآحاد فكيف بمثل هذه الروايه الواهيه السند غير المسنده إلى إمام؟! و إنما استناده إلى الآيه. نعم، هذه الروايه موافقه لمذهبه لا أنها تدخل في حجته.

ص: ٢٣٤

١- ١) مرّت عليك في ص: ٢٣٠-٢٣١.

٢- ٢) الكافي ٦: ٨٥ ذيل ح ٥، التهذيب ٨: ١٣٨ ح ٤٨١، الاستبصار ٣: ٣٣٨ ح ١٢٠٥، الوسائل ١٥: ٤٠٧ ب (٢) من أبواب العدد ح ٦.

٣- ٣) راجع التنقيح الرائع ٣: ٣٣٩-٣٤٠، المهذب البارع ٣: ٤٨٩.

و حدّ اليأس (١) أن تبلغ خمسين سنة. وقيل: في القرشيّة و النبطيّة ستين سنة.

قوله: «و حدّ اليأس.. إلخ».

التحديد بالخمسين مطلقاً قول الشيخ في النهاية (١) و جماعه (٢) منهم المصنّف رحمه الله. و المستند روايه عبد الرحمن بن الحجاج السابقه عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت: و ما حدّها-يعنى اليأسه-؟ قال: إذا كان لها خمسون سنة» (٣). و رواه أحمد بن محمد بن أبي نصر عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المرأه التي تئس من المحيض حدّها خمسون سنة» (٤).

و القول بالتفصيل لابن بابويه (٥)، و تبعه عليه المتأخرون (٦) بعد المصنّف رحمه الله. و مستنده صحيحه ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بلغت المرأه خمسين سنة لم تر حمرة إلا أن تكون امرأه من قريش» (٧).

و للمصنّف في باب الحيض (٨) من هذا الكتاب قول آخر، و هو أن حدّه

ص: ٢٣٥

١-١) النهاية: ٥١٦.

٢-٢) راجع المهذب ٢: ٢٨٦، السرائر ١: ١٤٥ و ٢: ٦٨٨.

٣-٣) تقدّم ذكر مصادرها في ص ٢٣١٠، هامش (٢).

٤-٤) الكافي ٣: ١٠٧ ح ٢، التهذيب ١: ٣٩٧ ح ١٢٣٥، الوسائل ٢: ٥٨٠ ب (٣١) من أبواب الحيض ح ٣.

٥-٥) راجع الفقيه ١: ٥١ ح ١٩٨.

٦-٦) لاحظ الجامع للشرائع: ٤٦٦، قواعد الأحكام ٢: ٦٨، اللمعه دمشقيّه: ٥، جامع المقاصد ١: ٢٨٥-٢٨٦.

٧-٧) الكافي ٣: ١٠٧ ح ٣، التهذيب ١: ٣٩٧ ح ١٢٣٦، و رواه في الفقيه مرسلاً راجع الفقيه ١: ٥١ ح ١٩٨، الوسائل ٢: ٥٨١ ب (٣١) من أبواب الحيض ح ٧.

٨-٨) في ج ١: ٥٨.

سَيِّون سنه مطلقا. و اختاره العلامه فى المنتهى (١). و هو فى روايه عبد الرحمن بن الحجاج أيضا عن أبى عبد الله عليه السلام: «قلت: متى تكون التى يئست من المحيض و مثلها لا تحيض؟ قال: إذا بلغت ستين سنه فقد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض» (٢).

و فى سند الروايات (٣) ضعف، و التفصيل جامع بينها إلا فى النبطيه، فإننا لم نقف (٤) على روايه تدلّ على إلحاقها بالقرشيه، لكن حكمها مشتهر بين الأصحاب و ربّ مشهور لا أصل له. و يمكن ترجيح روايه الستين باستصحاب حكم الحيض إلى أن يحصل الاتفاق على عدمه، و روايه الخمسين بأصالة عدم سقوط الواجب من العبادات و غيرها من الأحكام فى غير موضع اليقين و هو الحيض المتيقن.

و المختار التفصيل بالخمسين مطلقا فى غير القرشيه، لصحّه روايته، و إرسالها مقبول من ابن أبى عمير. و المراد بها المنتسبه بالأب إلى قريش و هو النضر بن كنانه، و هو الجدّ الثانى عشر للنبيّ صلى الله عليه و آله و سلم على أصحّ الأقوال، سمى بذلك لجمعه القبائل، و التقرّش: التجمّع (٥). و قيل (٦): سمى باسم دابّه فى البحر عظيمه لا- تذر شيئا إلا- أتت عليه تسمى قريشا لشدّتها و شوكتها. و قلّ من يضبط نسبه الآن إليها غير الهاشميين، فمع اشتباه نسب المرأه الأصل عدم

ص: ٢٣٦

١- ١) منتهى المطلب ١: ٩٦.

٢- ٢) التهذيب ٧: ٤٦٩ ح ١٨٨١، الوسائل ١٥: ٤٠٩ ب (٣) من أبواب العدد ح ٥.

٣- ٣) فى «ح، ط، م»: الروايه.

٤- ٤) و لكن يظهر من المقنعه وجود روايه مصرّحه بالإلحاق، راجع المقنعه: ٥٣٢.

٥- ٥) لسان العرب ٦: ٣٣٤.

٦- ٦) لسان العرب ٦: ٣٣٥.

و لو كان مثلها تحيض (١) اعتدَّت بثلاثه أشهر إجماعاً. و هذه تراعى الشهور و الحيض، فإن سبقت الأطهار فقد خرجت [من] العده، و كذا إن سبقت الشهور.

كونها من قريش.

قوله: «و لو كان مثلها تحيض.. إلخ».

اعلم أن الأصل في عدّه الحائل الأقراء لقوله تعالى وَ الْمُطَّلَقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ (١). و شرط اعتدادها بالأشهر فقدها كما يتبّه عليه قوله تعالى وَ اللَّائِي يَأْتِيَنَّ مِنْ الْمَحِيضِ إِلَى قَوْلِهِ وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ (٢). و لا يشترط في اعتدادها بالأشهر بأسها من الحيض عندنا، بل متى انقطع عنها ثلاثه أشهر فصاعداً اعتدَّت بالأشهر كما يتفق ذلك للمرضع و المرضيه، لقول الباقر عليه السلام في حسنه زواره: «أمران أيهما سبق بانت المطلقه: المسترابة تستريب الحيض إن مرّت بها ثلاثه أشهر بيض ليس فيها دم بانت منه، و إن مرّت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثه أشهر بانت بالحيض» (٣).

و المراد من قول المصنّف: «و هذه تراعى الشهور و الحيض. إلخ» أن مع سبق الأشهر بغير حيض أصلاً تعتدّ بالأشهر، و مع مضيّ ثلاثه أطهار قبل مضيّ ثلاثه أشهر خاليه من الحيض تعتدّ بالأطهار. أما لو فرض رؤيتها في الثلاثه أشهر حيضاً و لو مرّه واحده لم تعتدّ بالأشهر بل بالأطهار إن تكرّر لها ذلك، بأن كانت

ص: ٢٣٧

١- (١) البقره: ٢٢٨.

٢- (٢) الطلاق: ٤.

٣- (٣) الكافي ٦: ٩٨ ح ١، الفقيه ٣: ٣٣٢ ح ١٦٠٩، التهذيب ٨: ١١٨ ح ٤٠٩، الاستبصار ٣: ٣٢٤ ح ١١٥٤، الوسائل ١٥: ٤١١ ب (٤) من أبواب العدد ح ٥.

تحيض في كل ثلاثة أشهر مرّه. و لو فرض أن حيضها إنما يكون فيما زاد على ثلاثة أشهر و لو ساعه و طلقت في أول الطهر فمضت الثلاثة من غير أن ترى الدم فيها اعتدّت بالأشهر. و إلى هذا أشار في الروايه بقوله: «إن مرّت ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانت منه».

و قوله: «و إن مرّت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بانت بالحيض» قال ابن أبي عمير: «قال جميل: تفسير ذلك - يعني ما ورد في خبر زراره - إن مرّت بها ثلاثة أشهر إلا يوماً فحاضت ثم مرّ بها ثلاثة أشهر إلا يوماً فحاضت فهذه تعتدّ بالحيض على هذا الوجه و لا تعتدّ بالشهور، و إن مرّت بها ثلاثة أشهر بيض لم تحض فيها فقد بانت» (١).

و يشكل على هذا ما لو كانت عاداتها أن تحيض في كل أربعة أشهر - مثلاً - مرّه، فإنّه على تقدير طلاقها في أول الطهر أو ما قاربه بحيث يبقى لها منه ثلاثة أشهر بعد الطلاق تنقضى عدّتها بالأشهر كما تقرّر، لكن لو فرض طلاقها في وقت لا يبقى من الطهر ثلاثة أشهر تامّه كان اللازم من ذلك اعتدادها بالأقراء، فربما صارت عدّتها سنه و أكثر على تقدير وقوع الطلاق في وقت لا يتمّ بعده ثلاثة أشهر بيضا، و الاجتزاء (٢) بالثلاثة على تقدير سلامتها، فتختلف العدّه باختلاف وقت الطلاق الواقع بمجرد الاختيار (٣) مع كون المرأه من ذوات العاده المستقرّه في الحيض.

ص: ٢٣٨

١-١) راجع المصادر في الهامش المتقدّم.

٢-٢) في «م»: «و إلا اجتراً».

٣-٣) في «ط، و، م»: «الاجتزاء، و في هامش «و» أن في النسخ: الاختيار».

و يقوى الاشكال لو كانت لا ترى الدم إلا فى كل سنه أو أزيد مرّه، فإن عدّتها بالأشهر على المعروف فى النصّ و الفتوى، و مع هذا فيلزم ممّا ذكره هنا من القاعده أنه لو طلقها فى وقت لا يسلم بعد الطلاق لها ثلاثه أشهر طهرا أن تعتدّ بالأقراء و إن طال زمانها، و هذا بعيد و مناف لما قالوه من أن أطول عدّه تفرض عدّه المسترابه و هى سنه أو تزيد ثلاثه أشهر كما سيأتى (١).

و لو قيل بالاكْتفاء بثلاثه أشهر -إما مطلقا أو بيضا- هنا كما لو خلت من الحيض ابتداء كان حسنا. و قد ذكر المصنّف (٢) و العلامه (٣) فى كتبه أن من كانت لا تحيض إلا فى كل خمس أشهر أو ستّه أشهر عدّتها بالأشهر و أطلق. و زاد فى التحرير (٤) أنها متى كانت لا تحيض فى كل ثلاثه أشهر فصاعدا تعتدّ بالأشهر و لم تعتدّ بعروض الحيض فى أثنائها كما فرضناه. و روى محمد بن مسلم فى الصحيح عن أحدهما عليهما السلام أنه قال فى التى تحيض فى كل ثلاثه أشهر مرّه أو فى ستّه أو فى سبعة، و المستحاضه، و التى لم تبلغ المحيض، و التى تحيض مرّه و ترتفع مرّه، و التى لا تطمع فى الولد، و التى قد ارتفع حيضها و زعمت أنها لم تياس، و التى ترى الصفرة من حيض ليس بمستقيم، فذكر: «أن عدّه هؤلاء كلهنّ ثلاثه أشهر» (٥). و هى تؤيد ما ذكرناه.

ص: ٢٣٩

١- ١) فى الصفحه التاليه.

٢- ٢) فى ص: ٢٥٠.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٢: ٦٩، إرشاد الأذهان ٢: ٤٧.

٤- ٤) تحرير الأحكام ٢: ٧١.

٥- ٥) الكافى ٦: ٩٩ ح ٥، الفقيه ٣: ٣٣٢ ح ١٦٠٨، التهذيب ٨: ١١٩ ح ٤١٢، الاستبصار ٣: ٣٢٣ ح ١١٥٠، الوسائل ١٥: ٤١٠ ب (٤) من أبواب العدد ح ١.

أمّا لو رأّت (١) فى الثالث حىضاً، و تأخّرت الثانىة أو الثالثه، صبرت تسعه أشهر، لاحتمال الحمل، ثمّ اعتدّت بعد ذلك بثلاثه أشهر. و هى أطول عدّه. و فى روايه عمّار: تصبر سنه، ثمّ تعتدّ بثلاثه أشهر. و نزلها الشيخ فى النهايه على احتباس الدم الثالث. و هو تحكّم. قوله: «أمّا لو رأّت.. إلخ».

هذه المسأله شعبه من السابقه و متفرّعه على القاعده لكن ورد لها فى النصوص حكم خاصّ فلذلك أفردها هو و غيره (١).

و حاصلها: أنها إذا ابتدأت العدّه بالأشهر فرأت فى الشهر الثالث حىضاً بطلت العدّه بالأشهر، لفقد شرطها و هو خلوّها من الدم، و لكن تحسب الماضى قرءاً، لأن القرء نهايته الحىض. و لا تتركّب العدّه هنا من الأقراء و الأشهر، لاختصاصها بمن طرأ بأسها على أقراءها كما سيأتى (٢). و الأصل فيه أن الواجب الواحد لا يؤدّى ببعض الأصل و بعض البدل الاضطرارى المشروط بتعدّد الأصل إلاّ بنصّ شرعى، و لم يرد هنا فتعین بطلان ما مضى من الأشهر و استئناف العدّه بالأقراء إن أمكن. فإذا فعلت ذلك فإن كملت لها ثلاثه أقراء و لو فى أزيد من ثلاثه أشهر اعتدّت بها. و إن فرض بعد ذلك انقطاع الدم عنها فى الحىضه الثانیه أو الثالثه فقد استرابت بالحمل، و قد حكى المصنّف فيها قولين:

أحدهما - هو الذى اختاره و قبله ابن إدريس (٣) و الأكثر -: أنها تصبر مدّه تعلم براءه رحمها من الحمل، و هو تسعه أشهر من حين الطلاق، لأنه أقصى

ص: ٢٤٠

١ - ١) لاحظ النهايه: ٥٣٢-٥٣٣، الجامع للشرائع: ٤٧١، القواعد ٦٩: ٢.

٢ - ٢) فى ص: ٢٤٦.

٣ - ٣) السرائر ٧٣٩: ٢-٧٤٠.

[مدّه] (١) الحمل عند أكثرهم. ثم إن ظهر فيها حمل اعتدّت بوضعه، وإن لم يظهر حمل علم براءة الرحم ظاهراً، واعتدّت بثلاثه أشهر بعدها و كانت بمنزله الثلاثه الأقرء لأنها حينئذ ممّن لا تحيض.

و الأصل فى هذا القول روايه سوره بن كليب قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقه على طهر من غير جماع بشهود طلاق السنّه، و هى ممّن تحيض، فمضى ثلاثه أشهر فلم تحض إلاّ حيضه واحده، ثم ارتفعت حيضتها حتى مضت ثلاثه أشهر أخرى و لم تدر ما رفع حيضتها، قال: إن كانت شابه مستقيمه الطمث فلم تطمئ فى ثلاثه أشهر إلاّ حيضه ثم ارتفع حيضها فلا تدرى ما رفعها، فإنّها تتربّص تسعه أشهر من يوم طلقها ثمّ تعتدّ بعد ذلك ثلاثه أشهر ثمّ تتزوّج إن شاءت» (٢).

و هذه الروايه مع اشتهاار العمل بمضمونها مخالفه للأصل فى اعتبار الحمل بتسعه أشهر من حين الطلاق، فإنّه لا يطابق شيئاً من الأقوال المتقدمه (٣) فى أقصى الحمل، لأن مدّته معتبره من آخر وطء يقع بها لا من حين الطلاق، فلو فرض أنه كان معتزلاً لها أزيد من ثلاثه أشهر تجاوزت مدّته أقصى الحمل على جميع الأقوال، و قد يكون أزيد من شهر فيخالف القولين بالتسعه و العشره.

و أيضاً فاعتدادها، بثلاثه أشهر بعد العلم ببراءتها من الحمل غير مطابق لما سلف من الأصول، لأنه مع طرؤ الحيض قبل تمام الثلاثه إن اعتبرت العده بالأقرء

ص: ٢٤١

١-١) من الحجرّيتين.

٢-٢) التهذيب ٨:١١٩ ح ٤١١، الاستبصار ٣:٣٢٣ ح ١١٤٩، الوسائل ١٥:٤٢٣ ب (١٣) من أبواب العدد ح ٢.

٣-٣) فى ج ٨:٣٧٣.

و إن طالت- كما يقتضيه الضابط السابق- لم يتم الاكتفاء بجميع ذلك، و إن اعتبر خلوّ ثلاثة أشهر بيض بعد النقاء فالمعتبر بعد العلم بخلوّها من الحمل حصول الثلاثة كذلك و لو قبل العلم، لأن عدّه الطلاق لا يعتبر فيها القصد إليها بخصوصها بل لو مضت المدّة و هي غير عالمه بالطلاق كفت فكيف هنا؟! و بهذا يظهر ضعف ما قيل: إنه إنما لم يكتف بالتسعه مع العلم بعدم الحمل لأنها لم تكن للاعتداد بل للاعتبار بكونها حاملا أم لا.

و أيضا ليس فى الروايه ما يدلّ على أنه لمكان الحمل، بل فى التقييد بالتسعه ما يشعر به، و فى تقييدها بكونها من حين الطلاق ما قد يقتضى خلافه.

ثمّ على تقدير بناءه على احتمال الحمل لو ظهر لها فى أثناء المدّة عدم الحمل قبل بلوغ التسعه ينبغى الاكتفاء من حين العلم بالاعتداد ثلاثة تفرّيعا على اعتبارها بعد التسعه للموجب للعلم بانتفاء الحمل. و يمكن قصر الروايه على موردها من بقاء الاحتمال إلى إكمال التسعه، فمع العلم بانتفائه قبلها يرجع إلى القاعده السابقه. مع أنه يمكن أن لا يعلم انتفاء الحمل بمضى التسعه بناء على القول بكون أقصاه ما يزيد عليها و فرض الاشتباه، و لكن هنا يكتفى بالثلاثة بعد التسعه مطلقا، لأن أقصى الحمل لا يزيد على السنه عندنا، فيعلم عدمه بمضيّها.

و وجه انتفاء اعتبار الثلاثة حينئذ بعد العلم: أن الحكم بها على خلاف الأصل كما بيّناه فيقتصر به على مورده.

و القول الثانى أنها تصبر سنه، لأنها أقصى ما قيل فى مدّه الحمل، فلا تزول الريبه بدونه. ثمّ إن ظهر حمل اعتدّت بوضعه و إلاّ اعتدّت بعدها بثلاثة أشهر.

و مستند هذا القول روايه عمّار الساباطى قال: «سئل أبو عبد الله عليه

السلام عن رجل عنده امرأه شابّه و هي تحيض في كلّ شهرين أو ثلاثة أشهر حيضه واحده كيف يطلقها زوجها؟ فقال: أمر هذه شديد، هذه تطلق طلاق السنّه تطليقه واحده على طهر من غير جماع بشهود ثمّ تترك حتى تحيض ثلاث حيض متى حاضتها فقد انقضت عدّتها. قلت له: فإن انقضت سنه و لم تحض فيها ثلاث حيض، قال: يتربّص بها بعد السنه ثلاثه أشهر ثمّ انقضت عدّتها. قلت: فإن ماتت أو مات زوجها، قال: فأيهما مات ورثه صاحبه ما بينه و بين خمسه عشر شهرا» (١).

و هذه الروايه كما ترى ليس فيها تعرّض لكون المحتبس هو الدم الثالث، بل تضمّنت أنها لم تحض في السنه ثلاث حيض أعّم من أن تكون حاضت فيها مرّه أو مرّتين، فلذلك نسب المصنّف تنزيل الشيخ (٢) لها على احتباس الدم الثالث إلى التحكّم، لأنه لا دليل عليه.

و أجاب عنه فخر الدين (٣) -رحمه الله- بأن الروايه مطلقه ليس فيها ما ينافيه، والأدله غيرها تنفي ما عدا هذا التأويل فينزل عليه. و لأن التحكّم القول من غير دليل، و إبطال دلاله أمر معيّن و عدم الوقوف على غيره لا يوجب الحكم بالبطلان، فإن عدم وجدان واحد لا يدلّ على العدم.

و فيه نظر، لأن التحكّم إنما نشأ من إطلاق الروايه الشامل لاحتباس الحيضه الثانيه و الثالثه، فتزيلها على بعض ما دلّت عليه يحتاج إلى دليل موجب

ص: ٢٤٣

١- (١) الكافي ٦: ٩٨ ح ١، التهذيب ١: ١١٩ ح ٨، ٤١٠، الاستبصار ٣: ٣٢٢ ح ١١٤٨، الوسائل ١٥: ٤٢٢ ب (١٣) من أبواب العدد ح ١.

٢- (٢) النهايه: ٥٣٣.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ٣: ٣٤٢.

له. وقد تقدّم (١) في الخبر الأول أن المرأة إذا ارتفع حيضها بعد أن حاضت في الثلاثة مرّه فإنها تتربّص تسعه أشهر ثمّ تعتدّ بثلاثه، وفي الروايات (٢) السابقة وغيرها ما يدلّ على أن هذه تعتدّ بالأقراء وإن طالت أو بالأشهر على ما بيّناه، فوَقعت هاتان الروايتان (٣) مخالفتين (٤) لإطلاق تلك الروايات (٥)، فجمع الشيخ في الاستبصار (٦) بينها بالاعتماد على الخبر (٧) المشتمل على التربّص تسعه ثمّ الاعتداد بثلاثه، لأن التسعه أشهر أقصى الحمل فيعلم حينئذ أنها ليست حاملاً، ثمّ تعتدّ بعد ذلك عدّتها وهي ثلاثة أشهر، وحمل خبر عمّار على الفضل بأن تعتدّ إلى خمسة عشر شهراً، وتلك الأخبار (٨) مثل خبر محمد بن مسلم (٩) على أنها تعتدّ بثلاثه أشهر إذا مرّت لا ترى فيها الدم. وبهذا يظهر أن الأدلّه لا توجب الحصر فيما ذكره الشيخ في خبر عمّار.

و يظهر من الشيخ في النهايه (١٠) تنزيل الخبرين (١١) على معنى آخر، بحمل

ص: ٢٤٤

-
- ١-١ (١) في ص: ٢٤١، هامش (٢).
 ٢-٢ (٢) لاحظ ص: ٢٣٧، هامش (٣). و راجع أيضا الوسائل ١٥:٤١٠ ب «٤» من أبواب العدد ح ٣، ١٣، ١٢.
 ٣-٣ (٣) أي: روايتا سوره و عمّار المتقدمتان في ص: ٢٤١ و ٢٤٢.
 ٤-٤ (٤) فيما لدينا من النسخ الخطّيه و الحجرّيتين: مخالفتان، و الصحيح ما أثبتناه.
 ٥-٥ (٥) لاحظ الهامش (٢) هنا.
 ٦-٦ (٦) الاستبصار ٣:٣٢٣ ذيل ح ١١٤٩ و ١١٥١.
 ٧-٧ (٧) و هو خبر سوره بن كليب.
 ٨-٨ (٨) لاحظ الهامش (٢) هنا.
 ٩-٩ (٩) المذكور في ص: ٢٣٩، هامش (٥).
 ١٠-١٠ (١٠) النهايه: ٥٣٢-٥٣٣.
 ١١-١١ (١١) لاحظ الهامش (٣) هنا.

الخبر السابق على احتباس الحيضه الثانيه فتصبر إلى التسعه، و الثاني على احتباس الثالثه فتصبر إلى السنه، ثمّ تعتدّ بثلاثه أشهر فيهما.

و هذا التنزيل -مع ما فيه من الجمع بينهما- يوافق ظاهرهما، لأنه قال في الخبر الأول: إنها لم تطمئ في الثلاثه أشهر إلا مرّه ثمّ ارتفع حيضها، و هو صريح في احتباس الثانيه، و أوجب التريّص تسعه أشهر. إلخ، و قال في الثاني:

إنه انقضت سنه و لم تحض فيها ثلاث حيض، و هذا و إن كان شاملاً لنفي الثانيه و الثالثه إلا أن طريق الجمع بينهما بحمله على احتباس الثالثه، و بقرينه قوله: لم تحض فيها ثلاث حيض، فإنها لو لم تحض إلا مرّه لقال: لم تحض فيها حيضتين أو إلا حيضه.

فهذا وجه مصير الشيخ إلى ما ذكره من التنزيل. و مع ذلك لا يسلم عن التحكّم، لأن الفرق بين احتباس الثانيه و الثالثه لا مدخل له في هذه الأحكام، فإن احتمال الحمل يوجب فساد اعتبار الاثنتين كما يوجب فساد الواحده. و أقصى الحمل مشترك بين جميع أفراد النساء بالتسعه أو السنه أو غيرهما، فالفرق بين جعل مدّه التريّص للعلم بالبراءه من الحمل تسعه تاره و سنه أخرى يرجع إلى التحكّم. و على تقدير الاعتناء بروايه عمّار فما ذكره الشيخ في الاستبصار من الجمع أدخل في الحكم.

و اعلم أن طريق الروايتين قاصر عن إفاده مثل هذا الحكم، خصوصاً بروايه سوره بن كليب، لكن الشهره مرجّحه لجانبها على قاعدتهم. و لو قيل بالاكْتفاء بالتريّص مدّه يظهر فيها انتفاء (1) الحمل -كالتسعه- من غير اعتبار عدّه أخرى كان

و لو رأت الدم (١) مرّه، ثمّ بلغت اليأس، أكملت العده بشهرين.

وجها. والحكم فيها (١) مخصوص بالحرّه بقرينه جعل عدّتها ثلاثه أشهر بعد التربّص و مراعاة ثلاثه أقرء، فلو كانت أمه اعتبر في الأمرين عدّتها.

و التقييد في كلام المصنّف و غيره برؤيه الحيض في الثالث أخذوه من قوله في الروايه الأولى: «فمضى (٢) ثلاثه أشهر لم تحض إلاّ- حيضه واحده» مع أنها ليست صريحه في ذلك كما لا يخفى. و على هذا فلو رأت في الشهر الأول أو الثاني و احتبس ففي إلحاقه بما ذكره نظر [ينشأ] (٣) من مساواته له في المعنى بل أولى بالاسترايه بالحمل، و من قصر الحكم المخالف على موردّه، فردّه إلى تلك القاعدة (٤) أولى، لصحّه طريقها. إلاّ- أن يقال في تلك بوجوب مراعاة الأقرء هنا مطلقا، فتكون عدّتها في المثال أطول فيقتصر على العده المذكوره هنا، نظرا إلى الأولويّه المذكوره، فلا يكون ذلك قياسا ممنوعا.

قوله: «و لو رأت الدم. إلخ».

وجهه: حكم الشارع عليها بوجوب العده قبل اليأس و قد كانت حينئذ من ذوات الأقرء، فإذا تعدّ إكمالها بها (٥) لليأس المقتضى انتفاء الحكم بالحيض مع تلبّسها بالعده أكملت بالأشهر، لأنها بدل عن الأقرء كما مرّ، فيجعل لكلّ قرء شهر، و لا توجد عدّه ملقّقه من الأمرين إلاّ هذه. و باليأس من عود الحيض فارقت

ص: ٢٤٦

١- ١) في «ح، م»: فيهما.

٢- ٢) في النسخ الخطّيه و الحجرّيتين: بمضى، و الصحيح ما أثبتناه.

٣- ٣) من إحدى الحجرّيتين.

٤- ٤) المذكوره في المتن في ص: ٢٣٧، و عنى ب«صحّه طريقها» حسنه زواره التي ذكرها هناك.

٥- ٥) في «ش، و، م»: به.

و لو استمرّ (١) بالمعتدّه الدم مشتبهًا، رجعت إلى عاداتها في زمان الاستقامه و اعتدّت به.

و لو لم تكن لها عاده، اعتبرت صفه الدم، و اعتدّت بثلاثه أقرأء.

و لو اشتبه رجعت إلى عاده نسائها. و لو اختلفن اعتدّت بالأشهر.

من احتبس حيضها قبل إتمام (١) العده لعارض [من] (٢) حيث إن عوده ممكن.

و الأصل في حكم هذه المسأله روايه هارون بن حمزه عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأه طلقت و قد طعنت في السنّ فحاضت حيضه واحده ثم ارتفع حيضها، فقال: «تعدّ بالحيض و شهرين مستقبلين، فإنها قد يئست من المحيض» [١].

و لو فرض بأسها بعد أن حاضت مرّتين فمقتضى ذلك إكمال العده بشهر، و لكن الجماعه اقتصروا على مدلول الروايه.

قوله: «و لو استمرّ إلخ».

المراد باستمراره تجاوزه العشره، فإن ذات العاده حينئذ ترجع إلى عاداتها و تجعل الباقي استحاضه، فيلحق ما يحكم به حيضا في العاده حكم الحيض هنا، و تجعل الباقي طهرا إلى وقت العاده من الشهر الآخر، و تنقضى بذلك العده كالمستقيمه الحيض.

ص: ٢٤٧

١-١) في «ش، م»: تمام.

٢-٢) من «ش، م» فقط.

و تقييده يكون الدم مشتبهها في هذه الصورة باعتبار احتماله الحيض فيما زاد على العاده قبل التجاوز، وإن كان باعتبار التجاوز صار غير مشتبه حيث علم أن الحيض منه هو ما وقع في زمن العده و ما زاد استحاضه، فلا اشتباه فيه حينئذ.

و لو لم تكن لها عاده مع فرض استمراره و تجاوزه العشره رجعت إلى التمييز و جعلت ما كان أقرب منه إلى صفه الحيض حيضا بشرائطه و الباقي طهرا. فإن اتفق لها تمييز عملت عليه و انقضت العده بذلك أيضا. و لا فرق هنا بين المبتدئه و المضطربه.

فإن اشتبه دم الحيض منه - بأن فقدت التمييز - فقد قال المصنّف - رحمه الله - و قبله الشيخ (١) و بعده العلامة في كتبه (٢): إنها ترجع إلى عاده نسائها. و هذا يتم في المبتدئه كما تقرّر في بابه (٣)، أمّا المضطربه فلا ترجع إلى النساء بل تنتقل عند فقد التمييز إلى الروايات، و ليس لحكم الحيض في العده أمر يقتضي هذا الحكم، فالأجود الرجوع إلى ما تقرّر في بابه.

و محصّيه: أنه مع انضباط الحيض و الطهر - بانقطاع الدم على ما دون العشره أو عاده أو تمييز أو رجوع المبتدئه إلى أهلها - عملت عليه و رتبت حكم العده على ما يحكم به طهرا. فإن لم يتفق ذلك - بأن فقدت المبتدئه الأهل بعد فقد التمييز، أو كانت مضطربه و فقدت التمييز - اعتدّت بالأشهر، و ذلك في موضع الأخذ بالروايات. و إنما حكم هنا باعتبارها بالأشهر دون أن ترجع إلى تعيين الحيض بالروايه التي قد توجب نقصانا عن الثلاثه أشهر لورود النصّ هنا

ص: ٢٤٨

١ - ١) النهايه: ٥٣٣.

٢ - ٢) مختلف الشيعه: ٦١٥، قواعد الأحكام ٢: ٦٩، تحرير الأحكام ٢: ٧١.

٣ - ٣) في ج ١: ٦٨.

برجوعها إلى الأشهر، ففي رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «عدّه المرأه التي لا تحيض و المستحاضه التي لا تطهر ثلاثه أشهر، و عدّه التي تحيض و يستقيم حيضها ثلاثه قروء» (١). و مثلها روايه أبي بصير (٢) عنه عليه السلام.

و ليس فيها اعتبار الرجوع إلى النساء مطلقا، فلا أقلّ من أن ترجع إلى قاعده الحيض لا أن يحدث هنا حكم آخر. و يمكن أن يكون حكمه العدول عن الروايات إلى الأشهر انضباط العدّه بذلك دون الروايات، من حيث إنها تتخّير في تخصيص العدد بما شاءت من الشهر، و ذلك يوجب كون العدّه بيدها زياده و نقصانا، و ذلك غير موافق لحكمه العدّه.

و اعلم أن عبارات الأصحاب قد اضطربت في حكم المضطربه في هذا الباب، فقال الشيخ في النهايه (٣) ما يقارب عباره المصنّف هنا من الرجوع إلى عادته الحيض، فإن لم تعرفها فإلى صفه الدم، و مع الاشتباه إلى عادته نساؤها.

و قال ابن إدريس بعد نقله كلام الشيخ: «الأولى تقديم العاده على اعتبار صفه الدم، لأن العاده أقوى، فإن لم تكن لها نساء لهنّ عادته رجعت إلى اعتبار صفه الدم» (٤). فقدّم الرجوع إلى النساء على التمييز. و كلّ منهما لم يفرّق بين المبتدئه و المضطربه.

ص: ٢٤٩

١- (١) الكافي ١٠٠:٦ ح ٨، الفقيه ٣٣٣١:٣ ح ١٦٠٥، التهذيب ١١٨:٨ ح ٤٠٧، الاستبصار ٣٣٣٢:٣ ح ١١٨٣، الوسائل ١٥:٤١٢ ب (٤) من أبواب العدد ح ٧.

٢- (٢) الكافي ٩٩:٦ ح ٣، التهذيب ١١٧:٨ ح ١١٧، الاستبصار ٣٣٣٢:٣ ح ١١٨٢، الوسائل الباب المتقدّم ح ٩.

٣- (٣) النهايه: ٥٣٣.

٤- (٤) السرائر ٧٤١:٢.

و لو كانت لا تحيض (١) إلا في سته أشهر أو خمسه [أشهر] اعتدت بالأشهر.

و عبارته العلامه فى القواعد (١) و التحرير (٢) مثل عبارته المصنّف و الشيخ من غير فرق أيضا بين المبتدئه و المضطربه. و قال فى الإرشاد: «و المضطربه ترجع إلى أهلها أو التمييز، فإن فقدت اعتدت بالأشهر» (٣) فجعل الرجوع إلى الأهل حكم المضطربه و لم يذكر المبتدئه، و كان حقه العكس، و زاد عطفه التمييز على الأهل ب «أو» المقتضى للتخيير.

فتلخص فى المسأله مذاهب متعدده، و ليس لها هنا بخصوصها أصل يرجع إليه، و ما تقدم (٤) من حكم الحيض ينافى الجميع. و المعبر من النساء الأقارب من الطرفين أو أحدهما ثم الأقران، و مع اختلافهن إذا تعددن ما سلف (٥) فى باب الحيض.

قوله: «و لو كانت لا تحيض. إلخ».

هكذا اتفقت عبارته المصنّف و جماعه (٦) من الأصحاب. و لا وجه للتخصيص بالخمسه و الستّه، بل الضابط أنها متى سلم لها ثلاثه أشهر بعد الطلاق لا ترى فيها حيضا اعتدت بالأشهر. و قد دلّ على ذلك روايه زراره عن الباقر عليه السلام قال:

«أمران أيهما سبق بانت المطلقه: المسترابة تستريب الحيض إن مرّت بها ثلاثه

ص: ٢٥٠

١-١) قواعد الأحكام ٢:٦٩.

٢-٢) تحرير الأحكام ٢:٧١.

٣-٣) إرشاد الأذهان ٢:٤٧.

٤-٤) فى ج ١:٧١.

٥-٥) فى ج ١:٦٨-٦٩.

٦-٦) كما فى القواعد ٢:٦٩.

و متى طَلَّقت (١) في أول الهلال اعتدَّت بثلاثة أشهر أهله. و لو طَلَّقت في أثناءه اعتدَّت بهلالين، و أخذت من الثالث بقدر الفائت من الشهر الأول. و قيل: تكمله ثلاثين. و هو أشبه.

أشهر بيض ليس فيها دم بانث به، و إن مرَّت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثه أشهر بانث بالحيض» (١). و في روايه أخرى لزراره عن أحدهما عليهما السلام: «أَيُّ الأمرين سبق إليها فقد انقضت عدَّتْها: إن مرَّت ثلاثه أشهر لا ترى فيها دما فقد انقضت عدَّتْها، و إن مرَّت ثلاثه أقرأ فقد انقضت عدَّتْها» (٢). و في صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه قال في التي تحيض في كلِّ ثلاثه أشهر مرّه أو في ستّه أشهر أو في سبعة أشهر: «إن عدَّتْها ثلاثه أشهر» (٣). و غير ذلك من الأخبار الدالّه على اعتبار سلامه ثلاثه أشهر.

لكن يبقى في ذلك ما أسلفناه (٤) من أن الروايات تقتضى اشتراط سلامه الثلاثه بعد الطلاق من الحيض، فلو وقع الطلاق في أثناء الطهر بحيث لم يبق بعده ثلاثه و إن كان أصله أكثر لا تعتدّ بالأشهر. و عبارته الأصحاب بخلاف ذلك من حيث الإطلاق. قوله: «و متى طَلَّقت.. إلخ».

المعتبر في الأشهر حيث تكون مراده للشارع بالهلاليه، و عليه تدور المواقيت الشرعيّه. ثمَّ إن انطبق وقوع الطلاق على أول الشهر الهلالي فلا إشكال.

ص: ٢٥١

١- (١) مرّ ذكر مصادرها في ص: ٢٣٧، هامش (٣).

٢- (٢) الكافي ١٠٠: ٦ ح ٩، التهذيب ١١٨: ٨ ح ٤٠٨، الاستبصار ٣٢٤: ٣ ح ١١٥٣، الوسائل ٤١١: ١٥ ب (٤) من أبواب العدد ح ٣.

٣- (٣) مرّ ذكر مصادرها في ص: ٢٣٩، هامش (٥).

٤- (٤) في ص: ٢٣٨.

و إن وقع فى أثناءه و انكسر ذلك الشهر اعتبر بعده شهران بالهلالى (١). و فى إكمال المنكسر ثلاثين، أو جبره بقدر ما فات منه قولان أصحهما- هو الذى اختاره المصنّف-الأول، لأنه لما لم يتفق فى الشهر الأول كونه هلاليا-لأن المراد العده بين الهلالين- انتقل إلى الشهر العرفى و هو الثلاثون.

و وجه الثانى: أن إطلاق الشهر محمول على الهلالى، فإذا فات بعضه أكمل من الرابع بمقدار ما فات، فلو فرض كونه تسعه و عشرين يوما و طلقها و قد مضى منه عشرون يوما تحتسب بتسعه و تقضى عشرين يوما من الرابع.

و فى المسألة قول ثالث، و هو انكسار الجميع، فيسقط اعتبار الأهله فيها، لأن المنكسر أولا يتم بما يليه فينكسر أيضا. و الأصح ما تقدم، لأن الشهرين المتوسّطين يصدق عليهما الاسم بالأهله فلا يعدل عن ذلك، لأنه الأصل. و هذا البحث آت فى جميع الآجال من السلم و الدين المؤجل و العده و غيرها. و قد تقدم البحث فيه فى السلم (٢) مستوفى.

و اعلم أن انطباق الطلاق و نحوه من العقود على أول الشهر يتصوّر بأن يبتدئ باللفظ قبل الغروب من ليله الهلال بحيث يقترن الفراغ منه بأول الشهر، لا بابتدائه فى أول الشهر، لأنه إلى أن يتم لفظه يذهب جزء من الشهر و ينكسر. و من جوّز تعليق الطلاق فرضه بأن يعلّقه على انسلاخ الشهر أو بأول الشهر الذى يليه.

و لو وقع فى أثناء النهار أو الليل أدخل الباقى منه فى الحساب من الساعات و ما دونها. و كذا القول فى غيره.

ص: ٢٥٢

١- ١) فى «ش، ط، م»: بالهلال.

٢- ٢) فى ج ٤١٩: ٣- ٤٢١.

تفريع لو ارتابت (١) بالحمل بعد انقضاء العده و النكاح لم يبطل. و كذا لو حدثت الريبه [بالحمل] بعد العده و قبل النكاح.

أما لو ارتابت به قبل انقضاء العده لم تنكح، و لو انقضت العده. و لو قيل بالجواز ما لم يتيقن الحمل كان حسنا.

و على التقديرات لو ظهر حمل بطل النكاح الثاني، لتحقق وقوعه في العده.

قوله: «لو ارتابت.. إلخ».

الارتباب بالحمل يحصل بوجود علامه تفيد الظنّ به كثقل و حركه و نحوهما، فإذا حصل لها ذلك بعد انقضاء العده و النكاح لم يؤثر، للحكم بالانقضاء و صحه النكاح شرعا، فلا يعارض الظنّ الطارئ. و كذا لو كان بعد انقضاء العده و قبل النكاح، للحكم بانقضائها شرعا فلا ينتقض بالشك، فيجوز لها النكاح، لترتبته على الحكم بانقضاء العده و قد حصل.

أما لو حصلت الريبه قبل انقضاء العده فقد قال الشيخ في المبسوط (١): لا يجوز لها أن تنكح بعد انقضاء العده إلى أن يتبين (٢) الحال، لأن النكاح مبني على الاحتياط. و رجح المصنّف و العلامه (٣) الجواز، لوجود المقتضى و هو خروج العده، و انتفاء المانع، إذ الريبه لا توجب بذاتها الحكم بالحمل، و الأصل عدمه، و من ثم سقطت نفقتها و رجعتها في الرجعيه.

ص: ٢٥٣

١-١) المبسوط ٢٤٠:٥.

٢-٢) في «و» و الحجريتين: تبين.

٣-٣) قواعد الأحكام ٦٩:٢.

الفصل الرابع فى الحامل (١) و هى تعتدّ فى الطلاق بوضعه و لو بعد الطلاق بلا- فصل، سواء كان تامًّا أو غير تامٍّ، و لو كان علقه، بعد أن يتحقّق أنه حمل. و لا عبره بما يشكّ فيه.

و على كلّ حال لو ظهر حمل محقّق بعد النكاح الثانى حكم ببطلانه، لتحقّق وقوعه فى العده، لأنها فى الحامل وضع الحمل بل هى الأصل لدلائلها على براءة الرحم يقينا، بخلاف غيرها من الأشهر و الأقراء، فإن دلالته ظنيّه، و إنّما اكتفى الشارع بها لتعذّر تحصيل اليقين كلّ وقت فجعلت بدلا عن اليقين (١) فإذا حصل الأصل بطل البدل الاضطرارى، فبطل النكاح المرتب عليه.

قوله: «فى الحامل. إلخ».

إنّما تنقضى عدّه الحامل إذا وضعت الحمل التام، قال تعالى وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٢). و يتحقّق بوضعه بعد الطلاق بتمامه، سواء كان حيًّا أم ميتًّا، تامًّا أو غير تامٍّ، إذا تحقّق أنه مبدأ نشوء آدمى، لعموم الآيه، و يتحقّق ذلك فى مسائل:

إحداها: اعتبار خروجه بأجمعه، فلا تنقضى بخروج بعضه، لأنه لا تحصل به براءة الرحم و لا وضع الحمل المضاف إليها. فإذا خرج بعضه منفصلا أو متّصلا و لم يخرج الباقي بقيت الرجعه فى الرجعيّه. و لو مات أحدهما ورثه الآخر.

و كذلك يبقى سائر أحكام الجنين كنفى توريثه، و سرايه العتق إليه من الام على

ص: ٢٥٤

١- ١) فى «ش، ط، م»: «اليقينى».

٢- ٢) الطلاق: ٤.

القول بها، وإجزائه عن الكفّاره، ووجوب الغرم عند الجنايه على الام، و تبعيته للأم فى البيع عند الشيخ (١)، و فى الهبه و غيرها على قول.

الثانيه: تنقضى بانفصاله حيّياً و ميتاً، لصدق وضع الحمل. و يعتبر تحقّق كونه حملاً، فلا يكفى وضعه نطفه مع عدم استقرارها إجماعاً. و معه وجهان، من الشكّ فى كونه قد صار حملاً. و حكم الشيخ (٢) بانقضاء العده بها و أطلق. و هو بعيد مطلقاً. و الوجهان آتيان فى العلقه، و هى القطعه من الدم التى لا تخطيط فيها. و وافق المصنّف و جماعه (٣) الشيخ (٤) عليها. و هو قريب مع العلم بأنها مبدأ نشوء آدمى و إلا فلا. و لو أسقطت مضغه كفت، و العلم بها أقرب.

الثالثه: إذا لم تظهر الصوره و التخطيط بكلّ واحده منهما، و لكن قالت القوابل و أهل الخبره من النساء: إن فيه صورته خفيّه و هى بينه لنا و إن خفيت على غيرنا، حكم بها، و تنقضى بها العده و يثبت النسب و سائر الأحكام. و لو لم يكن فيه صورته ظاهره و لا خفيّه تعرفها القوابل، و لكن قلن: إنه أصل الآدمى و لو بقى لتصور و تخلّق، ففى الاكتفاء به قولان. و يظهر من المصنّف الاكتفاء به كما قطع به الشيخ (٥) -رحمه الله- لعموم أنّ يَضَعَنَّ حَمْلَهُنَّ و خصوص روايه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى الحسن عليه السلام قال: «سألته عن الجلبى إذا طلقها زوجها

ص: ٢٥٥

١- ١) المبسوط ١٥٦: ٢.

٢- ٢) المبسوط ٢٤٠: ٥.

٣- ٣) راجع الوسيله: ٣٢٥، الجامع للشرائع: ٤٧١، قواعد الأحكام ٢: ٦٩، اللمعه الدمشقيه: ١٢٥.

٤- ٤) المبسوط ٢٤٠: ٥.

٥- ٥) المبسوط ٢٤٠: ٥.

فوضعت سقطاً تمَّ أو لم يتمَّ، أو وضعت مضغاً، قال: كلُّ شيءٍ وضعتَه يستبين أنه حمل تمَّ أو لم يتمَّ فقد انقضت عدتها وإن كانت مضغاً» (١).

الرابعه: لا فرق في توقُّف انقضاء العده على وضع الحمل بين طول مدته وقصرها، فقد تكون لحظه وقد تكون سنه كما سبق (٢)، لعموم الآيه وخصوص الروايه. ولا فرق فيها بين الحره والأمه، بخلاف الاعتداد بغيره. وقال ابن بابويه (٣) وابن حمزه (٤): تعتد بأقرب الأجلين، فإن مضت ثلاثه أشهر ولم تضع خرجت من العده، وإن وضعت قبل ثلاثه أشهر خرجت أيضاً من العده. وزاد أنها تبين بمضى ثلاثه أشهر لكن ليس لها أن تتزوج إلا بعد وضع الحمل. والمعتمد الأول، للآيه والروايه.

الخامسه: يشترط في الحمل: كونه منسوباً إلى من العده منه إما ظاهراً أو احتمالاً، فلو انتفى عنه شرعاً لم يعتد به. وإمكان تولده منه، بأن يكون فحلاً أو مجوباً له بقيه أولاً معها لما تقدم (٥) من لحوق الحمل به، فلو انتفى عنه شرعاً - بأن ولدته تامة لدون سته أشهر من يوم النكاح، أو لأكثر و بين الزوجين مسافه لا تقطع في تلك المده - لم تنقض به العده. وكذا لا يلحق بالمسوح على الأظهر وإن أمكنت المساحقه في حقه، لفقد آلات التولد.

ص: ٢٥٦

-
- ١- ١) الكافي ٦: ٨٢ ح ٩، الفقيه ٣: ٣٣٠ ح ١٥٩٨، التهذيب ٨: ١٢٨ ح ٤٤٣، الوسائل ١٥: ٤٢١ ب (١١) من أبواب العدد.
 - ٢- ٢) في ج ٣٧٣: ٨.
 - ٣- ٣) الفقيه ٣: ٣٢٩ ذيل ح ١٥٩٣، المقنع: ١١٦.
 - ٤- ٤) الوسيله: ٣٢٥.
 - ٥- ٥) في ص: ٢١٥-٢١٦.

و لو طَلَّقت فَادَّعت (١) الحمل صبر عليها أقصى الحمل، و هو: تسعه أشهر، ثمَّ لا تقبل دعواها. و في روايه: سنه. و ليست مشهوره.

قوله: «و لو طَلَّقت فَادَّعت.. إلخ».

لَمَّا كان المرجع في العَدَّة شرعا إليها، و كان من جمله متعلقاتها الحمل، رجع إليها فيه إذا ادَّعته إلى أن تنقضى مدَّة يعلم انتفاؤه، و هو تسعه أشهر على أشهر الأقوال، مع أن المصنّف فيما سبق (١) اختار كون أقصاه عشرة.

و مستند الاكتفاء بتسعه أشهر هنا روايه محمد بن حكيم عن أبي الحسن عليه السلام قال: «قلت له: المرأه الشابه التي تحيض مثلها يطلِّقها زوجها و يرتفع حيضها كم عدتها؟ قال: ثلاثه أشهر. قلت: فإنها ادَّعت الحمل بعد ثلاثه أشهر، قال: عدتها تسعه أشهر. قلت: فإنها ادَّعت الحمل بعد تسعه أشهر، قال: إنما الحمل تسعه أشهر. قلت: تتزوج؟ قال: تحتاط ثلاثه أشهر. قلت: فإنها ادَّعت الحمل بعد ثلاثه أشهر، قال: لا ريبه عليها تتزوج إن شاءت» (٢). مع أنه قد تقدّم (٣) أنها إذا ارتابت بالحمل تعتد بثلاثه أشهر بعد التسعه فمع دعواها الحمل أولى.

و القول بوجوب تربصها سنه للشيخ في النهايه (٤)، و وافقه عليه العلامه في القواعد (٥) و المختلف (٦)، مع أنهما لا يقولان بأن أقصى الحمل سنه إلا هنا.

و المستند صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال: «سمعت أبا إبراهيم عليه السلام

ص: ٢٥٧

١- ١) في ج ٣٧٣: ٨.

٢- ٢) الكافي ١٠١: ٦ ح ٢، التهذيب ١٢٩: ٨ ح ٤٤٥، الوسائل ٤٤٢: ١٥ ب (٢٥) من أبواب العدد ح ٢.

٣- ٣) في ص: ٢٤٠.

٤- ٤) النهايه: ٥٣٤.

٥- ٥) قواعد الأحكام ٧٠: ٢.

٦- ٦) المختلف: ٦١٥-٦١٦.

يقول: إذا طلق الرجل امرأته فادّعت حبلا انتظر تسعه أشهر، فإن ولدت و إلا اعتدّت ثلاثه أشهر ثمّ قد بانت» (١). وهذه الروايه تدلّ على وجوب التبرّص سنه كما سبق (٢) في المسترابه، لا على أن أقصى الحمل سنه كما اختاره فى القواعد.

و علّل فى المختلف بأن الحمل قد يكون سنه فوجب الصبر إلى أن يتيقن الخروج.

و بالجمله فالقول بوجوب التبرّص بها (٣) سنه قوى، للروايه الصحيحه و قيام الاحتمال. و أما كون مجموع ذلك عدّه أو تختصّ العدّه بثلاثه أشهر بعد التسعه - كما ذكره و وردت به الروايات - فلا يخلو من إشكال كما قرّناه سابقا (٤).

و ابن إدريس (٥) أنكر الزيادة على التسعه مع الريبه و دعوى الحمل، استنادا إلى أن ذلك أقصى الحمل فلا وجه للزياده عليها باستثناف عدّه اخرى.

و عذره واضح حيث لا يعتبر الأخبار الوارده فى ذلك. و المصنف وافقه هنا مع دعواها الحمل دون ما لو استرابت و قوفا مع تلك الأخبار (٦)، و من ثمّ خصّ الحكم هناك بانقطاع الدم بعد رؤيته فى الثالث، و مقتضى حكمه هنا اختصاص ذلك الحكم بمورد الروايه خاصّه. و فى الفرق بين المقامين إشكال، و الروايات السابقه قاصره عن إفاده الحكم، و الروايات هنا منها ما هو مؤيد لتلك و منها ما هو مخالف كما رأيت.

ص: ٢٥٨

١-١) الكافى ١: ١٠١، ح ١، الفقيه ٣: ٣٣٠ ح ١٥٩٩، التهذيب ٨: ١٢٩ ح ٤٤٤، الوسائل ١٥: ٤٤١ ب «٢٥» من أبواب العدد ح ١.

٢-٢) راجع ص: ٢٤٠.

٣-٣) فى «م»: لها.

٤-٤) راجع ص: ٢٤٠.

٥-٥) السرائر ٢: ٧٤٣.

٦-٦) راجع ص: ٢٤٠.

و لو كان حملها (١) اثنتين بانت بالأول، و لم تنكح إلا بعد وضع الأخير.

و الأشبه أنّها لا تبين إلا بوضع الجميع.

قوله: «و لو كان حملها. إلخ».

القول بينوتتها بالأول و توقّف تزويجها على وضع الأخير للشيخ فى النهاية (١)، استنادا إلى روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل طلق امرأته و هى حبلى و كان [ما] (٢) فى بطنها اثنان فوضعت واحدا و بقى واحد، قال: تبين بالأول و لا تحلّ للأزواج حتى تضع ما فى بطنها» (٣). و لأن الحمل صادق على الواحد حاله الانفراد فكذا عند الاجتماع للاستصحاب.

و ما اختاره المصنّف من توقّف انقضاء العده على وضع الجميع ذهب إليه الشيخ فى المبسوط (٤) و الخلاف (٥) مدّعا فيهما إجماع أهل العلم عدا عكرمه من العامه، مع أن ابن الجنيد (٦) قبله ذهب إلى انقضاء العده بوضع أحدهما مطلقا.

و تبعه على مذهبه فى النهاية تلميذه القاضى (٧) و ابن حمزه (٨).

و الأصحّ توقّف انقضاء العده على وضع جميع ما فى بطنها و إن تعدد، لأن

ص: ٢٥٩

١- (١) النهاية: ٥٣٤، ٥١٧.

٢- (٢) وردت فى جميع النسخ الخطيه و الحجريتين، و لم ترد فى مصادر الروايه.

٣- (٣) الكافى ٦: ٨٢ ح ١٠، التهذيب ٨: ٧٣ ح ٢٤٣، الوسائل ١٥: ٤٢٠ ب (١٠) من أبواب العدد ح ١.

٤- (٤) المبسوط ٢: ٢٤١.

٥- (٥) الخلاف (طبعه كوشانيور) ٢: ٣٠٤ مسألة (٨).

٦- (٦) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٦١٨.

٧- (٧) المهذب ٣: ٢٨٦، ٣١٦.

٨- (٨) الوسيله: ٣٢٢.

الحمل اسم للجميع فقبله يصدق انتفاء وضعه، وإذا صدق انتفاء وضع الحمل كذب وضع الحمل، لاستحاله اجتماع النقيضين على الصدق. وصدق اسم الحمل على الواحد لا- يقتضى البينونه[به] (١) مع الاجتماع، لأنه تعالى جعل أجل الحوامل أن يضعن حملهن، وهو لا يصدق ما دام في الرحم منه شيء، وبهذا فارق المنفرد.

و لأن العده موضوعه لاستبراء الرحم و خلوه من ولد مظنون فكيف تنقضى العده مع بقاء ولد موجود؟! او الروايه ضعيفه السند بجماعه.

و تظهر فائده القولين فى الرجعه و موت الزوج قبله و النفقه عليها و غير ذلك من توابع العده، فعلى قول الشيخ ينتفى جميع ذلك إلا تحريم التزويج، و على القول المشهور تصح رجعتها بين التوأمين و ترثه لو مات بينهما و تلحقها أحكام المعتده مطلقا.

و اعلم أن التوأمين يتحققان بولادتهما فيما دون سته أشهر، و متى ولدت الثانى لسته أشهر فصاعدا فهو حمل آخر لا يرتبط بحكم الأول، فتنقضى عدتها بوضع الأول. و فى جواز تزويجها قبل وضع الثانى مع كونه لاحقا بالأول نظر، من الحكم بالبينونه المجوزه للتزويج، و من إمكان اختلاط النسب حيث تلده لوقت يحتمل كونه لهما. و قد تجوز العلامه فى القواعد (٢) حيث جعل أقصى المده بين التوأمين سته أشهر، و الصواب أن المعتبر فى كونهما توأمين ولادتهما لأقل من سته، و قد تبته له فى التحرير (٣) فجعل المعتبر ولادتهما لأقل من سته أشهر.

ص: ٢٦٠

١- ١) من «م» و هامش «و» و الحجريتين.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢: ٦٩.

٣- ٣) تحرير الأحكام ٢: ٧١.

و لو طلق [الحائل] (١) طلاقاً رجعيًا، ثم مات في العدة، استأنفت عده الوفاة. و لو كان بائنا اقتصر على إتمام عده الطلاق.

قوله: «و لو طلق الحائل. إلخ».

الوجه في ذلك أن المطلقة بائنا صارت بمنزلة الأجنبية، و أما الرجعية فهي بمنزلة الزوجه، و من ثم يبقى التوارث بينهما و يقع عليها الظهار و الإيلاء و غيرها من أحكام الزوجه، فإذا مات المطلقة استأنفت لموته عده الوفاة و لا تبني على ما مضى من عده الطلاق.

و قد روى ذلك في أخبار كثيرة منها حسنه جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في رجل طلق امرأته طلاقاً يملك الرجعه ثم مات عنها، قال: «تعتد بأبعد الأجلين أربعة أشهر و عشرًا» (١). و روى هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كانت تحته امرأه فطلقها ثم مات عنها قبل أن تنقضي [عدتها] (٢) قال: «تعتد بأبعد الأجلين عده المتوفى عنها زوجها» (٣).

و غيرها من الأخبار الكثيره.

و لا إشكال في ذلك على تقدير زياده عده الوفاة على عده الطلاق كما هو الغالب. أما لو انعكس كعده المستترابه ففي الاجتزاء فيها بعده الوفاة و هي أبعد الأجلين من أربعة أشهر و عشره و من مدّه يعلم فيها انتفاء الحمل، أو وجوب إكمال عده المطلقة بثلاثه أشهر بعد التسعه [أشهر] (٤) أو السنه، أو وجوب أربعة

ص: ٢٤١

١-١) الكافي ١٢٠:٦ ح ١، التهذيب ١٤٩:٨ ح ٥١٤، الاستبصار ٣٤٤:٣ ح ١٢٢٧، الوسائل ٤٦٤:١٥ ب «٣٦» من أبواب العدد ح ٥.

٢-٢) من هامش «و» بعنوان «ظاهراً» و وردت في الحديث.

٣-٣) الكافي ١٢١:٦ ح ٥، التهذيب ١٤٩:٨ ح ٥١٦، الاستبصار ٣٤٣:٣ ح ١٢٢٤، الوسائل الباب المتقدم ح ١.

٤-٤) من «ح» فقط.

الأول: لو حملت من زنا، ثم طلقها الزوج

الأول: لو حملت من زنا، (١) ثم طلقها الزوج، اعتدت بالأشهر لا بالوضع.

و لو وطئت بشبهه، و لحق الولد بالواطئ لبعث الزوج عنها، ثم طلقها الزوج، اعتدت بالوضع من الواطئ، ثم استأنفت عدّه الطلاق بعد الوضع.

أشهر و عشره بعدها، أوجه، من إطلاق الحكم بانتقالها إلى عدّه الوفاه، و لا دليل فيها على اعتبار ما زاد عن أبعد الأجلين، ثم يتجه فيها الاكتفاء بأربعة أشهر و عشره ما لم يظهر الحمل، لأصالة العدم. و من أن انتقالها إلى عدّه الوفاه انتقال إلى الأقوى و الأشدّ فلا يكون سببا في الأضعف. و وجه الثالث: أن التربص بها مدّه يظهر فيها عدم الحمل لا يحتسب من العدّه كما سبق (١)، و إنما يعتبر بعدها، و من ثمّ وجبت للطلاق ثلاثه أشهر، فتجب للوفاه أربعة أشهر و عشره.

و الحقّ الاقتصار في الحكم المخالف للأصل على مورده و الرجوع في غيره إلى ما تقتضيه الأدله، و غايتها (٢) هنا التربص بها إلى أبعد الأجلين من الأربعة أشهر و عشره و المدّه التي يظهر فيها عدم الحمل، و لا يحتاج بعدها إلى أمر آخر.

و دعوى الانتقال هنا إلى الأقوى مطلقا ممنوع، و إنما الثابت الانتقال إلى عدّه الوفاه كيف اتفق.

قوله: «لو حملت من زنا. إلخ».

وطء الزنا لا حرمه له، سواء حملت منه أم لا. ثم إن فرض انتفاؤه عن

ص: ٢٤٢

١-١) لاحظ ص: ٢٤١ و بعدها.

٢-٢) في «ش، م» و إحدى الحجريتين: و غايته.

الفراش لكونه غائبا عنها على وجه ينتفى عنه فطلقها، اعتدّت من الطلاق بما كانت تعتدّ به لو لا الزنا، فإن لم يكن لها مع الحمل حيض اعتدّت بالأشهر، وإن قلنا بجواز حيضها و وقع اعتدّت بالأقراء و بانقضاءها و إن لم تضع، و جاز لها التزويج حينئذ و إن كانت حاملا. و إطلاق اعتدادها مع الحمل بالأشهر مبنيّ على الغالب أو على أن الحامل لا حيض لها. و لو لم تحمل من الزنا اعتدّت للطلاق بالأقراء، و اعتبار الزنا ساقط على التقديرين. و كذا القول فيما لو زنت و هي خالية من بعل و إن حملت، فيجوز لها التزويج قبل الوضع. و لو لم تحمل فظاهر الفتوى أن الحكم كذلك. و قرّب في التحرير (١) أن عليها مع عدم الحمل العده. و لا بأس به حذرا من اختلاط المياه و تشويش الأنساب.

و أقيا الموطوءه بالشبهه فعليها العده منه، سواء حملت أم لا، و سواء لحق الولد به أم لا. ثمّ إن فرض طلاق الزوج لها اجتمع عليها عدتان، و لا تتداخلان عندنا، لأنهما حقان مقصودان لأدميين كالدينين (٢)، فتداخلهما على خلاف الأصل.

ثمّ إما أن يتقدّم وطء الشبهه على طلاق الزوج، أو يتأخّر عنه، أو يقارنه. و على التقادير: إما أن تحمل من وطء الشبهه أو لا. فإن حملت قدّمت عدّه الحمل، سواء كان الطلاق متقدّما أم متأخرا، لأن عدّه الحمل لا تقبل التأخّر.

ثمّ إن كان المتقدّم وطء الشبهه - و هي مسأله الكتاب - اعتدّت بالوضع من

ص: ٢٤٣

١-١) تحرير الأحكام ٢:٧١.

٢-٢) في «م» و إحدى الحجريتين: كالديتين.

الواطئ ثم استأنفت عدّه الطلاق بعد الوضع بالأقراء أو الأشهر حسب ما يتفق.

ثم إن تأخر النفاس عن الوضع و لو لحظه حسب بحيضه للعدّه الثانيه، وإن قارن الوضع كان ابتداء العدّه بعده.

و إن كان المتقدم الطلاق انقضت عدّه الوطء بالوضع و عادت إلى بقيه عدّه الطلاق بعد الوضع.

و لو لم تحمل من وطء الشبهه و كان المتقدم هو الطلاق أتت عدّته، لتقدمها وقوتها، فإنها تستند إلى عقد جائز و سبب مسوغ، فإذا فرغت منها استأنفت عدّه الثاني. و للزوج مراجعتها في عدّته إن كان الطلاق رجعيًا. فإن راجعها انقطعت عدّته و شرعت في عدّه الوطء بالشبهه، و ليس للزوج الاستمتاع بها إلى أن تنقضي.

و هل له تجديد نكاحها إن كان الطلاق بائنا؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما يجوز له رجعتها، لأنها في عدّته. ثم متى نكحها تسقط عدّته و تفتتح (1) عدّه الثاني.

و الثاني: لا، لأنه نكاح لا يتعقبه الحلّ، و يخالف الرجعه، فإنها إمساك بحكم الدوام فلا يشترط أن يستعقب الحلّ، كما [أنه] (2) إذا ابتدأ نكاح المحرمه و المعتدّه لا يجوز، و إذا عرض الإحرام و العدّه في الدوام لم يرتفع النكاح.

و يضعف بأنه لا يلزم من عدم تعقب الحلّ لعرض العدّه بطلان العقد، كما

ص: ٢٦٤

١-١ (١) كذا في «و» و في سائر النسخ الخطيه و الحجريتين: و تفسخ.

٢-٢ (٢) من «ط» و إحدى الحجريتين.

يَتَّفِقُ ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ عَلَى الْحَائِضِ وَالصَّغِيرَةِ الَّتِي لَا يَبَاحُ وَطُؤُهَا.

و لو كان المتقدم هو الوطء بالشبهه، فإن قلنا إن عدته من حين الوطء، أو كان بعد الشروع فيها إن قلنا إنها من حين انجلاء الشبهه، ففي الاستمرار على عدّه الواطئ ثم الاعتداد [بها] (١) للطلاق بعدها تقديمًا للسابق، أو تقديم عدّه الطلاق ثمّ تعود إلى بقيه عدّه الشبهه لقوّه سبب عدّه الطلاق، وجهان أجودهما الأول. وإن كان قبل الشروع في عدّه الشبهه قدّمت عدّه الطلاق لقوّتها كما لو اقترنا.

ثمّ إن قلنا بتقديم عدّه الوطء للزوج الرجعه في الطلاق الرجعي إذا اشتغلت بعدّته. و هل له الرجعه قبل ذلك؟ وجهان أجودهما المنع، فلا يجوز [له] (٢) تجديد نكاحها في عدّه الشبهه إذا كان الطلاق بائناً، لأنها في عدّه الغير.

و إن قلنا تقدّم عدّه الطلاق فتشريع فيها كما [لو] (٣) طلقها، فإذا أتّمت عادت إلى بقيه عدّه الشبهه. و للزوج الرجعه في عدّته إن كان الطلاق رجعيًا. و هل له تجديد النكاح إذا كان بائناً؟ الوجهان [١] السابقان.

ص: ٢٤٥

١- ١) من «ش» و الحجرّيتين.

٢- ٢) من الحجرّيتين فقط.

٣- ٣) من «ط» و إحدى الحجرّيتين.

الثانى: إذا اتفق الزوجان فى زمان الطلاق

الثانى: إذا اتفق الزوجان (١) فى زمان الطلاق، و اختلفا فى زمان الوضع، كان القول قولها، لأنه اختلفا فى الولاده، و هى فعلها.

و لو اتفقا فى زمان الوضع، و اختلفا فى زمان الطلاق، فالقول قوله، لأنه اختلفا فى فعله.

و فى المسألتين إشكال، لأن الأصل عدم الطلاق و عدم الوضع، فالقول قول من ينكرهما.

قوله: «إذا اتفق الزوجان.. إلخ».

إذا ولدت المرأة و طلقها (١) زوجها ثم اختلفا فقال الزوج: طلقتك بعد الولاده فأنت فى العده ولى الرجعه، و قالت المرأة: بل طلقتنى قبل الولاده و انقضت عدتى بالوضع، أو انعكس فقال: طلقتك قبل الولاده و قد انقضت عدتك فلا نفقه لك على، و قالت: بل بعدها فالعهه باقيه ولى النفقه، نظر إن اتفقا على وقت الولاده كيوم الجمعه و قال: طلقتك يوم السبت فقالت: بل يوم الخميس، فهو المصدق بيمينه، لأن الطلاق بيده فيصدق فى وقته كما يصدق فى أصله، و لأن الأصل عدم الطلاق يوم الخميس. و إن انعكس قدم قوله أيضا للعهه الاولى و إن عارضتها الثانية.

و إن اتفقا على وقت الطلاق كيوم الجمعه و اختلفا فى وقت الولاده فقال:

ولدت يوم الخميس، و قالت: بل يوم السبت، فهى المصدقه بيمينها، لأن القول فى أصل الولاده قولها فكذلك فى وقتها، و لأن الأصل عدم الولاده يوم الخميس. و لو انعكس قدم قولها أيضا للعهه الاولى.

ص: ٢٦٦

(١ - ١) فى «ح، م»: فطلقها.

هكذا أطلق الشيخ (١) وجماعه (٢). والمصنّف استشكل في حكم المسألتين على الإطلاق. ومحصل الاشكال: أن مجرد كون الفعل من المدعى مع معارضة الأصل غير كاف في تقديم قوله، لأن الأصل قاعده يرجع إليها في الأحكام الشرعيّة، بخلاف تقديم قول مدعى الفعل. وحينئذ فاللازم تقديم قول من يدعى تأخر الفعل من الطلاق و الوضع، سواء كان المدعى هو الفاعل أم غيره، فيقدّم قوله في الأولى دون عكسها، وقول المرأه في الثانيه دون عكسها. وهذا هو الوجه.

و لو لم يتّفقا على الوقتين بل ادعى أحدهما تقدّم الولاده و الآخر العكس تعارض الأصل في عدم تقدّم كلّ منهما، و يبقى معه- على تقدير كونه المدعى لتأخر الطلاق- بقاء سلطنه النكاح فيقدّم قوله بيمينه، و معها- على تقدير دعواها تأخره- أصله بقاء حقوق الزوجيه من النفقه و شبهها.

و لو ادعت تقدّم الطلاق فقال: لا- أدري، لم يقنع منه بذلك، بل إما أن يحلف يميناً جازمه على أن الطلاق لم يتقدّم، أو ينكل فتحلف هي و يجعل الزوج بقوله:

«لا أدري» منكر، فيعرض عليه اليمين فإن أعاد كلامه الأول جعل ناكلاً فتحلف.

و لو لم يفعل ذلك لم يعجز المدعى عليه في الدعاوى كلّها عن الدفع بهذا الطريق.

و إذا حلفت المرأه فلا عدّه عليها و لا رجعه للزوج، و إن نكلت فعليها العدّه لا للنكول بل لأن الأصل بقاء النكاح و آثاره، فيعمل بهذا الأصل إذا لم يظهر دافع.

و إن جزم الزوج بتقدّم الولاده و قالت هي: لا- أدري، فله الرجعه، و لا- يقنع منها بقولها: لا- أدري، و الورع أن لا يراجعها. و كذا الحكم لو قال جميعاً: لا ندري

ص: ٢٤٧

١- (١) المبسوط ٢٤١: ٥.

٢- (٢) راجع الجامع للشرائع: ٤٧٤، إرشاد الأذهان ٢: ٤٧، تحرير الأحكام ٢: ٧١ و ٧٢.

الثالث: لو أقرت بانقضاء العدة، ثم جاءت بولد

الثالث: لو أقرت بانقضاء (١) العدة، ثم جاءت بولد لستته أشهر فصاعدا منذ طلقها، قيل: لا يلحق [به]. والأشبه التحاقه ما لم يتجاوز أقصى الحمل.

السابق منهما. و ليس لها أن تنكح حتى تمضي ثلاثة أقرأ.

قوله: «لو أقرت بانقضاء. إلخ».

القول بعدم لحوقه بالمطلق للشيخ في المبسوط (١)، لأن قول المرأة مقبول في انقضاء العدة بما يمكن صدقه كما مر (٢)، والحكم بانقضائها يقتضى انتفاء الولد، إذ لو كان لاحقا به لما انقضت العدة قبل وضعه، مضافا إلى إمكان تجددته بعدها، لأن التقدير مضي أقل الحمل من حين الطلاق، وأصله عدم التقدم، فلا يقبل منها دعوى ما ينافى إقرارها السابق. ولأن إقرارها بانقضاء العدة صحيح ظاهرا فلا يبطل بأمر محتمل.

و وجه ما اختاره المصنف من التحاقه به ما لم يتجاوز أقصى الحمل أنها كانت فراشا و الولد يمكن أن يكون منه، و لا معارض له يساويه، لأن الفرض أنها لم تتزوج بحيث يمكن إلحاقه بالثاني فيكون للأول (٣)، كما لو لم تخبر بانقضاء العدة، فإنه يلحق به إجماعا فكذا هنا، لأن إخبارها لا يرفع الحق الثابت للفراض المشترك بين الأبوين و الولد.

و إطلاقه مجيء الولد للمدة المذكوره منذ طلاقهما يشمل ما لو كانت العدة رجعية و بائه. و هو أحد القولين في المسألة. و في قول آخر يفرق بين العديتين،

ص: ٢٤٨

١- ١) المبسوط ٢٤٧: ٥.

٢- ٢) في ص: ١٩٣-١٩٥.

٣- ٣) في «ح، ط، و»: الأول.

فيخصّ توقيته بالطلاق بالبائنه، و أما الرجعيه فتحتسب المده من حين انقضاء العده، لأن المعتده رجعيه بمنزله الزوجه، و من ثمّ يبقى التوارث و غيره من أحكامها، فيبقى الفراش معها. و الأول اختيار الشيخ في المبسوط (١) و العلامه في القواعد (٢)، و الثانى اختياره في التحرير (٣). و وجه الأول: أن الطلاق هو المزيل للنكاح فيحرم وطؤها بغير الرجعه، فتكون كالبائنه فى النكاح.

و اعلم أن إطلاق المصنّف و غيره احتساب المده من حين الطلاق يستلزم كون أقصى الحمل أكثر ممّا فرض أنه أقصاه، لتقدّم العلوق على الطلاق، لأنّ المعبر كونه فى الفراش و هو متقدّم على الطلاق. و أيضا فإن الطلاق لا يصحّ إلاّ فى وقت متأخر عن الوطء بمقدار ما ينتقل من الطهر الذى أتاها فيه إلى غيره أو ما يقوم مقامه من المده، و ذلك يوجب زياده الأقصى بكثير. فينبغى أن يقال: إن المعبر هو آخر أوقات إمكان العلوق فى زمن الفراش قبل الطلاق. و هذا هو المراد، و لكن إطلاقهم فيه تساهل.

و حيث يلحق به الولد يحكم ببقاء عدتها إلى حين وضعه و إن كان قد حكم بالبينونه ظاهرا، فلو كان العده رجعيه فله الرجعه زمن الحمل، لأن ذلك لازم لحقوق الولد به.

ثمّ على تقدير ولادته لأزيد من أقصى الحمل إنّما ينتفى عنه حيث لا يدعى ما يوجب إلحاقه به، فلو كان الطلاق رجعيًا فادّعت أن الزوج راجعها، أو أنه جدّد نكاحها، أو أنه وطئها بشبهه و أنّها ولدت على الفراش المجدّد، نظر إن

ص: ٢٦٩

١-١) المصدر السابق.

٢-٢) قواعد الأحكام ٧٠:٢.

٣-٣) تحرير الأحكام ٧٢:٢.

صدّقها الزوج أُلزم موجب إقراره، فعليه المهر فى التجديد، و النفقه و السكنى فى الرجعه و التجديد، و يلحقه الولد بالفراش.

و إن أنكر استحداث فراش فهو المصدّق بيمينه، و عليها البيّنه. و إذا نكل حلفت و ثبت النسب إلّا أن ينفيه باللعان. فإن لم تحلف (١) أو نكلت فهل يحلف الولد إذا بلغ؟ فيه وجهان أجودهما ذلك إن فرض علمه و إن بعد.

و إن سلّم الفراش الجديد و لكن أنكر ولادتها و ادّعى أنها التقطته أو استعارته صدّق بيمينه، و عليها البيّنه على الولاده. فإن نكل حلفت و ثبتت الولاده و النسب بالفراش إلّا أن ينفيه باللعان، و تنقضى العده بوضعه. و إن حلف الرجل على النفى و لم يثبت ما ادّعتة- لأنّها تزعم أن الولد منه- فكان كما لو نفى الرجل حملها باللعان، فإنّه و إن انتفى الولد تنقضى العده بوضعه، لزعمها أنه منه.

و إن ادّعت على الوارث بعد موت الزوج أن الزوج قد (٢) كان راجعها أو جدّد نكاحها، فإن كان واحدا فالحكم كما لو ادّعت على الزوج، إلّا- أن الوارث يحلف على نفى العلم، و إلّا- أنّه إذا ثبت النسب لم يكن له نفيه باللعان. و إن كان اثنان و ادّعت عليهما، فإن صدّقاهما، أو كذّبا و حلفا، أو نكلا فحلفت، فكما مرّ. و إن صدّق أحدهما و كذّب الآخر و حلف ثبت المهر و النفقه بنسبه حصّه المصدّق، و لا يثبت النسب إلّا أن يكون المصدّق عدلين.

ص: ٢٧٠

١- ١) فى «ش، ط، م»: يحلف.

٢- ٢) فى «ح، ش»: كان قد.

الفصل الخامس فى عدّه الوفاه تعتدّ الحرّه (١) المنكوحه بالعقد الصحيح أربعه أشهر و عشرا إذا كانت حائلا، صغيره كانت أو كبيره، بالغا كان زوجها أو لم يكن، دخل بها أو لم يدخل.

و تبين بغروب الشمس من اليوم العاشر، لأنه نهايه اليوم.

قوله: «تعتدّ الحرّه.. إلخ».

إذا مات زوج المرأه لزمته عدّه الوفاه بالنص (١) و الإجماع، قال تعالى وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا (٢). و كانت العدّه فى ابتداء الإسلام سنه على ما قال تعالى:

وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّهٌ لِّأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَيْوَلِ (٣) ثمّ نسخت. و يستوى فى عدّه الوفاه الكبيره و الصغيره، و ذات الأقرء و غيرها، و المدخول بها و غيرها، الدائم و المستمتع بها، أخذنا بعموم الآيه الشامل لذلك كله.

و إنّما خصّيه الله تعالى غير المدخول بها بفرقه الطلاق فقال ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا (٤). و لأن عدّه الوفاه لو شرط فيها الدخول لم يؤمن أن تنكر الدخول حرصا على الأزواج، و ليس هنا من ينازعها، فيفضى الأمر إلى اختلاط المياه، و فى المطلقه صاحب

ص: ٢٧١

١-١) لاحظ الوسائل ١٥:٤٥١ ب(٣٠) من أبواب العدد.

٢-٢) البقره: ٢٣٤ و ٢٤٠.

٣-٣) البقره: ٢٣٤ و ٢٤٠.

٤-٤) الأحزاب: ٤٩. و فى الآيه ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ ..

الحقّ حتى يناع فلا يتجاسر (١) على الإنكار. و أيضا ففرقه الموت لا- اختيار فيها فأمرت بالتفجّع و إظهار الحزن لفراق الزوج، و لذلك وجب فيه الإحداد، و فرقه الطلاق تتعلّق باختيار المطلقّ و قد جفاها بالطلاق فلم يكن عليها إظهار التفجّع و الحزن. و أيضا فالمقصود الأعظم في عدّه الطلاق تعرّف براءة الرحم، و لذلك اعتبرت بالأقراء، و في عدّه الوفاء المقصود الأعظم حفظ حقّ الزوج و رعايه حرمة النكاح، و لذلك اعتبرت بالشهور التي لا تقوى دلالتها على البراءة.

و أما ما روى في شواذ أخبارنا (٢) من عدم وجوب العدّه على غير المدخول بها فهو- مع ضعف سنده- معارض بما هو أجود سنداً أو أوفق لظاهر القرآن و إجماع المسلمين.

إذا تقرّر ذلك فهنا مباحث:

الأول: الحكم باعتداده بالمده المذكوره مختصّ بالزوجه الحرّه الحائل، فلو كانت أمه أو حاملاً فاعتداده على وجه آخر يأتي (٣). و عموم الآية (٤) و إن كان متناولاً لهما إلا أنه مخصوص بدليل من خارج سنشير إليه إن شاء الله تعالى.

الثاني: العشر المعتبره في العدّه هي عشر ليالي مع أيامها، و إن كانت الأيام

ص: ٢٧٢

١- ١) كذا في النسخ الخطيه، و لعلّ الأولى: تتجاسر.

٢- ٢) التهذيب ٨: ١٤٤ ح ٤٩٧، الاستبصار ٣: ٣٣٩ ح ١٢١٠، الوسائل ١٥: ٤٦٢ ب (٣٥) من أبواب العدد ح ٤.

٣- ٣) في ص: ٣٠٢ و ٢٧٤.

٤- ٤) البقره: ٢٣٤.

غير داخله في لفظه العشر المجزّده عن التاء على المشهور في اللغة، ودخولها معها ثابت بالإجماع. وقد قال بعض (١) أهل العربية: إن دلالة الهاء على المذكر وعدمها [١] على المؤنث حيث يكون العدد مفسّراً، فيقال: عشره أيام وعشر ليال، ومنه قوله تعالى سَيَحْرَهَا عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ (٢) أما مع إطلاق العدد وعدم التفسير فلا يدل على ذلك، وجاز تناوله للمذكر والمؤنث، كما روى من قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «من صام رمضان وأتبعه بست من شوال فكأنما صام الدهر» (٣).

الثالث: تعتبر مدّة العده بالهلال ما أمكن، فإن مات الزوج في خلال شهر هلالى و كان الباقي منه أكثر من عشره أيام فتعدّ (٤) ما بقى، و تحسب ثلاثه أشهر عقيبه بالأهله، و تكمل ما بقى من شهر الوفاه ثلاثين من الشهر الواقع بعد الثلاثه، و تضم إليها عشره أيام، فإذا انتهت إلى الوقت الذى مات فيه الزوج يوم مات فقد انتهت العده. و إن كان الباقي أقل من عشره أيام فتعدّه، و تحسب أربعة أشهر بالأهله عقيبه، و تكمل الباقي عشره من الشهر السادس. و إن كان الباقي عشره بلا زياده و لا نقصان اعتدت بها، و تضم إليها أربعة أشهر بالأهله. و فى عد المنكسر

ص: ٢٧٣

١- ١) لم نجده فيما لدينا من مصادر اللغة، و نقله فى إيضاح الفوائد ٣: ٣٥١، و الحاوى الكبير ١١: ٢٣٥.

٢- ٣) الحاقه: ٧.

٣- ٤) مسند أحمد ٥: ٤١٧، سنن ابن ماجه ١: ٥٤٧ ح ١٧١٦، سنن أبى داود ٢: ٣٢٤ ح ٢٤٣٣، المعجم الكبير للطبرانى ١٠٠: ٢ ح ١٤٥١.

٤- ٥) فى «ط، م»: فتعدّ.

و لو كانت حاملاً (١) اعتدَّت بأبعد الأجلين، فلو وضعت قبل استكمال الأربعه أشهر و عشره أيام صبرت إلى انقضائها.

ثلاثين، أو الاكتفاء بإكمال ما فات منه خاصه، ما تقدّم (١) في نظائره من الخلاف.

و إن انطبق الموت على أول الهلال حسبت أربعه أشهر بالأهله، و ضمّت إليها عشره أيام من الشهر الخامس. و لو كانت محبوسه لا تعرف الهلال، و لا تجد من يخبرها ممّن يعتدّ بقوله، اعتدّت بالأيام و هي مائه و ثلاثون يوماً.

قوله: «و لو كانت حاملاً. إلخ».

ما تقدّم من اعتداد المتوفّى عنها زوجها أربعه أشهر و عشره حكم الحائل إجماعاً، و أما إذا كانت حاملاً فعندنا أن عدّتها أبعده الأجلين من وضع الحمل و انقضاء أربعه أشهر و عشره.

و الوجه في ذلك - بعد إجماع أصحابنا عليه - الجمع بين عموم الآيتين في قوله تعالى وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبِّصْنَ أَنْفُسَهُنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا (٢) و قوله وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٣) فقد دخلت الحامل تحت عامين فامتثالها الأمر فيهما يحصل باعتبارها بأبعد الأجلين، مع أن ظاهر آيه أُولَاتُ الْأَحْمَالِ ورودها في المطلقات فلا معارض لعموم الأخرى. و يبقى فيها أنه مع مضي المدّه من غير أن تضع لو انقضت عدّتها للوفاه - مع أنها لا تقضى في الطلاق بدون الوضع - لزم أن تكون عدّه الوفاه أضعف من عدّه الطلاق، و الأمر بالعكس كما يظهر من زياده مدّتها حيث تعتبر

ص: ٢٧٤

١ - ١) في ص: ٢٥١، و في ج ٣ - ٤١٩ - ٤٢٠.

٢ - ٢) البقره: ٢٣٤.

٣ - ٣) الطلاق: ٤.

المدة و من شدّه أمرها و كثره لوازمها، فتكون مراعاة الوضع على تقدير تأخره عن الأربعة الأشهر و العشر أولى منه فى الطلاق الثابت بالإجماع.

و يدلّ عليه بالخصوص الروايات الواردة بذلك عن أهل البيت عليهم السلام كروايه زراره عن أبى جعفر عليه السلام قال: «عدّه المتوفّى عنها زوجها آخر الأجلين، لأنّ عليها أن تحدّ أربعة أشهر و عشرا، و ليس عليها فى الطلاق أن تحدّ» (١). و حسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال فى المتوفّى عنها زوجها: «تنقضى عدّتها آخر الأجلين» (٢).

و خالف فى ذلك العامه (٣) فجعلوا عدّتها وضع الحمل كالطلاق و لو بعد لحظه من موته، و جعلوا آيه أولى (٤) لأحمال عامه فى المطلقة و المتوفّى عنها [زوجها] (٥) و مخصّصه للآيه (٦) الأخرى. و روى (٧) أن النبى صلّى الله عليه و آله و سلم قال لسبيعه الأسلميّه و قد ولدت بعد وفاه زوجها بنصف شهر: «حللت فانكحى من شئت» (٨). و قد عرفت ما فى الآيه، و الروايه لم تثبت.

ص: ٢٧٥

١- ١) الكافى ١١٤: ٦ ح ٤، التهذيب ١٥٠: ٨ ح ٥٢٠، الوسائل ٤٥٦: ١٥ ب (٣١) من أبواب العدد ح ٤.

٢- ٢) الكافى ١١٤: ٦ ح ٢، التهذيب ١٥٠: ٨ ح ٥١٩، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

٣- ٣) راجع مختصر المزنى: ٢٢١، الإشراف على مذاهب العلماء ٢٨١: ٤، حليه العلماء ٧: ٣٥٥، المغنى لابن قدامه ٩: ١١١، و انظر مسند الطيالسى: ٢٢٣ ح ١٥٩٣، مسند الشافعى: ٢٩٩، مسند أحمد ٣١٩: ٦، صحيح البخارى ٧٣: ٧.

٤- ٤) فى «م» و أولات، و فى الحجريتين: أولات.

٥- ٥) من «و، م» فقط.

٦- ٦) البقره: ٢٣٤.

٧- ٧) فى «ح، ش، م» و روى.

٨- ٨) راجع مختصر المزنى: ٢٢١، الإشراف على مذاهب العلماء ٢٨١: ٤، حليه العلماء ٧: ٣٥٥، المغنى لابن قدامه ٩: ١١١، و انظر مسند الطيالسى: ٢٢٣ ح ١٥٩٣، مسند الشافعى: ٢٩٩، مسند أحمد ٣٢٠: ٦، صحيح البخارى ٧٣: ٧.

و يلزم المتوفى عنها (١) زوجها الحداد، و هو ترك ما فيه زينه من الثياب و الأدهان المقصود بهما الزينه و التطيب. و لا بأس بالثوب الأسود و الأزرق، لبعده عن شبه الزينه.

و يستوى فى ذلك الصغيره و الكبيره، و المسلمه و الذميه. و فى الأمه تردد أظهره أنه لا حداد عليها.

و لا يلزم الحداد المطلقه، بانه كانت أو رجعيه.

قوله: «و يلزم المتوفى عنها. إلخ».

الحداد فعال من الحد، و هو لغه المنع، يقال: أحدت المرأه تحدّ إحدادا، و حدت تحدّ حدادا، أى: منعت نفسها من التزين. و الأصل فى وجوب الحداد على المرأه فى عدّه الوفاه - وراى الإجماع - قول النبى صلى الله عليه و آله و سلم: «لا تحدّ المرأه فوق ثلاث إلاّ على زوج، فإنها تحدّ أربعة أشهر و عشرا، و لا تلبس ثوبا مصبوغا إلاّ ثوب عصب، و لا تكتحل، و لا تمسّ طيبا إلاّ إذا طهرت نبذه من قسط أو أظفار» (١). و عن أم سلمه رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال: «المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصر من الثياب، و لا الممشقه، و لا الحلّى، و لا تختضب، و لا تكتحل» (٢).

و العصب: ضرب من برود اليمن، و يقال: هو ما صبغ غزله قبل أن ينسج.

و النبذ: الشىء اليسير، يقال: ذهب ماله و بقى نبذ منه، و أصاب الأرض نبذ من مطر

ص: ٢٧٤

١ - ١) مسند أحمد ٤: ٤٠٨، سنن أبى داود ٢: ٢٩١ ح ٢٣٠٢، سنن ابن ماجه ١: ٦٧٤ ح ٢٠٨٧، سنن الدارمى ١٦٨، ١٦٧: ٢، سنن البيهقى ٧: ٤٣٩.

٢ - ٢) مسند أحمد ٦: ٣٠٢، سنن أبى داود ٢: ٢٩٢ ح ٢٣٠٤، التمهيد لابن عبد البرّ ٢٤: ٣٦٤، سنن البيهقى ٧: ٤٤٠.

أى: شىء يسير، و أدخل فيه الهاء لأنه نوى القطعه. و قوله: «من قسط أو أظفار» قد يروى هذا على الشك أو التخيير، و يروى: «من قسط و أظفار» و هما نوعان من البخور. و المعنى: لا- تمسّ طيبا إلا- إذا طهرت من الحيض تمسّ يسيرا منهما لقطع الروائح الكريهه. و الممشقه: المصبوغه بالمشق- بكسر الميم- و هو المغره بفتحها (١)، و يقال: شبه المغره، و هى الطين الأحمر، و قد تحرك الغين.

و من طريق الخاصه صحيحه ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن المتوفى عنها زوجها، قال: لا تكتحل للزينه، و لا تطيب، و لا تلبس ثوبا مصبوغا، و لا تبيت عن بيتها، و تقضى الحقوق، و تمتشط بغسله، و تحجّ و إن كانت فى عدتها» (٢).

إذا تفرّز ذلك فالمراد من الحداد ترك لبس ما فيه زينه فى الثوب و استعماله فى البدن، كلبس الثوب الأحمر و الأخضر و نحوهما من الألوان التى يتزيّن بها عرفا، دون الأسود و الأزرق الذى لا يتخذ عادة إلا لمصيبه أو دفع و سخ، إلا أن يعتاد للزينه بحسب المكان و الوقت. و مثله المنقوش و الفاخر. و التحلى بلؤلؤ و مصوغ من ذهب و فضّه و ممّوه بهما و غيرهما ممّا يعتاد التحلى به. و التطيب فى الثوب و البدن و لو بالادهان. و الخضاب بالحناء و نحوه فيما ظهر من (٣) البدن كالرأس و اليدين و الرجلين، و بالسواد فى الحاجبين، و الإسفيداج فى الوجه.

و الاكتحال بالإثمد و ما فيه زينه لغير ضروره، و معها فتكتحل ليلا و تمسحه نهارا.

ص: ٢٧٧

١-١ (١) لسان العرب ٣٤٥: ١٠.

٢-٢ (٢) الكافي ١١٦: ٦ ح ٤، التهذيب ١٥٩: ٨ ح ٥٥١، الوسائل ٤٥٠: ١٥ ب (٢٩) من أبواب العدد ح ٢.

٣-٣ (٣) فى «ح، ش»: فى.

و لا- بأس بتجميل فراش بمزينه (1) ونطع و وساده و نحوها، و تجميل أثاث و هو متاع البيت من الفرش و الستور و غيرها، لأن الإحداد في البدن لا- في الفراش و المكان. و كذا يجوز التنظيف و الغسل و قلم الظفر و إزاله الوسخ و الامتشاط و الحمام و الاستحداد، لأن جميع ذلك ليس من الزينه المعتاده. و كذا لا بأس بتزيين أولادها و خدمها.

بقي في المقام أمور:

الأول: الحكم مختص بالزوجه فلا- يتعدى إلى غيرها من أقارب الميِّت و بناته و لا- إلى إماءه و إن كنَّ موطوءات أو أمهات أولاد، للأصل، و لأن الإحداد إظهار الحزن على الزوج و ما فات من عصمه النكاح، و هو مفقود فيمن ذكر.

الثاني: لا- فرق في الزوجه بين الكبيره و الصغيره، و المسلمه و الكافره، المدخول بها و غيرها، لعموم الأدله (2). و التكليف في الصغيره متعلق بالولي، فعليه أن يجنبها ما تتجنبه الكبيره من الأمور المعبره في الحداد. و مثلها المجنونه. و هل يفرق فيه بين الحره و الأمه؟ قال الشيخ في المبسوط (3): لا، لعموم الأدله. و الأقوى ما اختاره المصنّف من عدم وجوبه على الأمه، لصحيحه زراره عن الباقر عليه السلام: «إن الحره و الأمه كلتاها إذا مات زوجها سواء في العده، إلا أن الحره تحدّ و الأمه لا تحدّ» (4). و هو خيره الشيخ أيضا في النهايه (5).

ص: ٢٧٨

١- ١) كذا في «ش» و في «ط»: بمرتبته، و في سائر النسخ مشوّشه لا تقرأ، و في إحدى الحجريّتين: نفرشه.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٤٩ ب (٢٩) من أبواب العدد.

٣- ٣) المبسوط ٥: ٢٦٥.

٤- ٤) الكافي ٦: ١٧٠ ح ١، التهذيب ٨: ١٥٣ ح ٥٢٩، الاستبصار ٣: ٣٤٧ ح ١٢٤١، الوسائل ١٥: ٤٧٢ ب (٤٢) من أبواب العدد ح ٢، و

في المصادر: كليهما.

٥- ٥) النهايه: ٥٣٧.

الثالث:الحكم مختص بالمعتده للوفاء،فالمطلقة لا حداد عليها، أما الرجعيه فلبقاء أحكام الزوجيه فيها و توقع الرجعه،بل الأولى لها التزين بما يتوقع به رغبه الزوج فى رجعتها.و يؤيده روايه زراره عن أبى عبد الله عليه السلام قال:«المطلقة تكتحل و تختضب و تطيب و تلبس ما شاءت من الثياب،لأن الله تعالى يقول لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا لَعَلَّهَا أَنْ تَقَعَ فِي نَفْسِهِ فِيرَاجِعَهَا» (١).و أما البائن فلأنها مجفوه (٢)بالطلاق فلا يلائمها التكليف بما يقتضى التفجع على الزوج و الحزن،بخلاف المتوفى عنها زوجها.

الرابع:لو تركت الواجب عليها من الحداد عصت.و هل تنقضى عدتها،أم يجب عليها الاستئناف بالحداد؟قولان أشهرهما الأول،للأصل،و عدم المنافاه بين المعصيه لله تعالى و انقضاء العده،فتدخل فى عموم (٣)الأدله على انقضاء العده بعد المده المضروب،و لعموم قوله تعالى فَاِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا يُنَاجَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٤).و قال أبو الصلاح (٥)و السيد (٦)الفاخر شارح الرساله:لا يحتسب من العده ما لا يحصل فيه الحداد من الزمان،للاخلال بمراد الشارع،فلم يحصل الامتثال و يجب الاستئناف.و هو نادر.

ص:٢٧٩

١- (١) الكافى ٦:٩٢ ح ١٤، التهذيب ٨:١٣١ ح ٤٥٤، الاستبصار ٣:٣٥١ ح ١٢٥٥، الوسائل ١٥:٤٣٧ ب (٢١) من أبواب العدد ح ٢، والآيه فى سورة الطلاق:١.

٢- (٢) فى «ط»:محفوه،و فى «ش»:محقوره فى الطلاق.

٣- (٣) لاحظ الوسائل ١٥:٤٥١ ب (٣٠) من أبواب العدد.

٤- (٤) البقره:٢٣٤.

٥- (٥) لم نعثر عليهما.

٦- (٦) لم نعثر عليهما.

و لو وطئت المرأة (١) بعقد الشبهه ثم مات اعتدت عدّه الطلاق، حائلا كانت أو حاملا، و كان الحكم للوطء لا للعقد، إذ ليست زوجته.

الخامس: لا- يجب الحداد على غير الزوج من الأقارب و لا- يحرم، سواء زاد على ثلاثة أيّام أم لا- للأصل. و حرّم بعض العامّة (١) الحداد على غير الزوج زياده على ثلاثة أيّام، لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث ليال، إلاّ- على زوج أربعه أشهر و عشرا» (٢). و يمكن أن يستدلّ به على كراهه ما زاد على الثلاثة، للتساهل في أدله الكراهه كالسنة، بخلاف التحريم، لتوقفه على ثبوت الخبر.

قوله: «و لو وطئت المرأة.. إلخ».

لما كان الحكم في النصوص معلقا على الزوجه و المراد منها المنكوحه بالعقد الصحيح لم يتعدّ إلى غيرها عملا بالأصل، و إن كان بصورته كالمعقود عليها عقدا فاسدا و (٣) وطئت بالشبهه. و إن وجبت العدّه فإنما تجب للوطء، فلو فرض موته ثم علمها بالحال اعتدت للوطء عدّه الطلاق لا للعقد، إذ ليست زوجته، و لا يترتب عليها حكم الزوجه من كميّه عدّه الوفاه و ما يتعلّق بها من الحداد، للأصل، و انتفاء الحكمه المقتضيه له. و أولى منها المعتدّه لمجرد و طء الشبهه من غير عقد.

ص: ٢٨٠

١- ١) فتح الباري بشرح صحيح البخارى ٩: ٤٠١، و راجع روضه الطالبين ٦: ٣٨٥.

٢- ٢) المصنّف لابن أبى شيبه ٥: ٢٨١، مسند أحمد ٦: ٣٢٤، صحيح البخارى ٧: ٧٦، صحيح مسلم ٢: ١١٢٣ ح ١٤٨٦، سنن ابن ماجه ١: ٦٧٤ ح ٢٠٨٦.

٣- ٣) فى «ط» و إحدى الحجرتين: أو وطئت.

تفريع لو كان له أكثر (١) من زوجه، فطلق واحده لا بعينها

تفريع لو كان له أكثر (١) من زوجه، فطلق واحده لا بعينها، فإن قلنا: التعيين شرط فلا طلاق، وإن لم نشترطه و مات قبل التعيين فعلى كل واحده الاعتداد بعدة الوفاة، تغليباً لجانب الاحتياط، دخل بهنّ أو لم يدخل. و لو كنّ حوامل اعتددن بأبعد الأجلين.

و كذا لو طلق إحداهنّ بائناً و مات قبل التعيين، فعلى كل واحده الاعتداد بعدة الوفاة.

و لو عين قبل الموت انصرف إلى المعينه، و تعتدّ من حين الطلاق لا من حين الوفاة. و لو كان رجعيًا اعتدّت عدّه الوفاة من حين الوفاة.

قوله: «لو كان له أكثر. إلخ».

إذا طلق إحدى زوجاته و مات قبل أن يعين المطلقة و قلنا بصحتها، أو عينها في نفسه و أبهما في اللفظ و مات قبل أن يعين، فإن لم يكن ممسوسات فعليهنّ الاعتداد بعدة الوفاة، لأن كل واحده يحتمل أن تكون مفارقه بالموت كما يحتمل أن تكون مطلقة، فلا بد لكل واحده من الاحتياط بعدة الوفاة، لأنها هي الاحتياط هنا مطلقاً، إذ لا عدّه على المطلقة.

و إن كنّ ممسوسات، فإن كنّ من ذوات الأشهر فكذلك، لأن كل واحده بين أن يلزمها ثلاثه أشهر و بين أن يلزمها أربعة أشهر و عشر فيجب الأكثر. و إن كنّ حوامل اعتددن بأبعد الأجلين. و إن كنّ من ذوات الأقراء، و كانت المطلقة واحده بعينها مبهمه في اللفظ، فعلى كل واحده الاعتداد بأقصى الأجلين من عدّه الوفاة و من ثلاثه من أقرائها، لأنها إن كانت مطلقة فعليها الأقراء، و إن كانت مفارقه

بالموت فعليها عدّه الوفاه، فتطلب يقين البراءه.

ثمّ الأقرء تحسب من وقت الطلاق، و عدّه الوفاه من وقت الوفاه، حتى لو مضى قرء من وقت الطلاق ثمّ مات الزوج فعليها الأقصى من عدّه الوفاه، و من قرائن من أقرائها حيث يعتبر الأقرء. و لو مضى قرءان ثمّ مات الزوج فعليها الأقصى من عدّه الوفاه و من قرء.

و إن كان قد أبهم الطلاق و مات قبل التعيين فيبنى على أنه لو عيّن وقع الطلاق من وقت التلّفظ أو من وقت التعيين. و قد تقدّم (١) الكلام فيه. فإن قلنا بوقوعه من وقت التلّفظ فالحكم كما ذكر فيما لو أراد واحده بعينها. و إن قلنا من وقت التعيين فوجهان:

أحدهما: أن عليها (٢) الاعتداد بأقصى الأجلين أيضا، لكن الأقرء هنا تحسب من يوم الموت أيضا، لأن بالموت حصل اليأس من التعيين.

و الثانى: أن كلّ واحده تعتدّ عدّه الوفاه، لأننا نفرّع على أن الطلاق يقع بالتعيين فإذا لم يعيّن فكأنه لم يطلق. و الأول أقوى.

و لو اختلف الحال فكانت واحده ممسوسه و أخرى غير ممسوسه، أو واحده حاملا و الأخرى غير حامل، روعى فى كلّ واحده قضيه الاحتياط فى حقها كما تبين.

و اعلم أن كلّ موضع نأمرها بالاعتداد من حين الطلاق فالمراد به فى الطلاق البائن، أما لو كان رجعيًا انتقلت إلى عدّه الوفاه بموت الزوج و هى فى

ص: ٢٨٢

١-١) فى ص: ٥٠-٥١.

٢-٢) فى «ح»: عليها.

العده كما سيأتي (١).

وقول المصنّف: «و تعتدّ من حين الطلاق لا من حين الموت» فيه اختيار أن طلاق غير المعينه يقع مع التعيين من حين الطلاق كما هو أحد القولين، أو يختصّ بمن عينها في نفسه مع إبهامه لها في اللفظ، فإنه لا إشكال في أن تبينها (٢) يوجب طلاقها من حين الطلاق.

وقوله: «لا- من حين الوفاء» لا فائده فيه مع التعيين كما هو سياق العبارة، إذ لا خلاف في أنه مع التعيين يقع الطلاق قبل الوفاء من حين التعيين أو [من] (٣) حين الطلاق. وإنما يحسن هذا التنبية (٤) على تقدير اعتدادهنّ بالأقراء لو كان قد مضى منها قبل الوفاء قرء أو قرءان، فقد تقدّم (٥) أنها مع بقاء الإبهام تعتدّ بأبعد الأجلين من تمام الأقراء و عدّه الوفاء.

و لبعض العامة (٦) وجه أنها تحسب من وقت الموت لا- غير، لأنهما يشبهان الزوجين إلى حين الموت، فتكون الأقراء كلّها بعد الموت.

و لو قال المصنّف: «و تعتدّ من حين الطلاق لا من حين التعيين» - كما عبّر الشيخ (٧) - كان أجود.

ص: ٢٨٣

١- ١) في ص: ٣٠٧.

٢- ٢) في الحجرّيتين: نيتها.

٣- ٣) من «م» و الحجرّيتين.

٤- ٤) في إحدى الحجرّيتين: القيد.

٥- ٥) في ص: ٢٨١.

٦- ٦) راجع روضه الطالبين ٣٧٧: ٦.

٧- ٧) المبسوط ٢٥٢: ٥.

والمفقود إن عرف (١) خبره، أو أنفق على زوجته ولديه، فلا خيار لها.

و لو جهل خبره، و لم يكن من ينفق عليها، فإن صبرت فلا - بحث، و إن رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها أربع سنين، و فحص عنه، فإن عرف خبره صبرت، و على الامام أن ينفق عليها من بيت المال. و إن لم يعرف خبره أمرها بالاعتداد عدّه الوفاء، ثمّ تحلّ للأزواج.

قوله: «والمفقود إن عرف. إلخ».

الغائب عن زوجته إن لم ينقطع خبره و كان يأتي كتابه أو يعرف مكانه فنكاحه على زوجته مستمرّ. و ينفق الحاكم عليها من ماله إن كان له مال يصل إليه. و إلاّ كتب إلى حاكم بلده ليطلبه بحقّها. فإن تعذّر ذلك أنفق عليها من بيت المال إن لم يكن له من ينفق عليها. و إن انقطع خبره و كان له (١) من ينفق عليها وجب عليها التبرّص إلى أن يحضر أو تثبت وفاته أو ما يقوم مقامها. و إن لم يكن له وليّ ينفق عليها و لا متبرّع [به] (٢) فإن صبرت فلا بحث. و إن رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها أربع سنين من حين رفع أمرها إليه، و بحث عنه في الجهة التي فقد فيها إن كانت معيّنه، و إلاّ ففي الجهات الأربع حيث يحتمل كونه فيها، و أنفق عليها في هذه المدّة من بيت المال إن اتفق. فإن لم يعرف خبره في هذه المدّة أمرها الحاكم أن تعتدّ عدّه الوفاء، ثمّ تحلّ بعدها للأزواج.

و ظاهر المصنّف أنه يأمرها بالاعتداد بغير طلاق، و هو الذي اختاره الشيخان (٣) و جماعه (٤). و وجهه: أن الظاهر من حاله بعد البحث المذكور كونه قد

ص: ٢٨٤

١- ١) كذا في «م» و في سائر النسخ و الحجريتين: لها.

٢- ٢) من «ش» و الحجريتين.

٣- ٣) المقنعه: ٥٣٧، النهاية: ٥٣٨.

٤- ٤) لاحظ المراسم: ١٦٥، المهذب ٢: ٣٣٨، السرائر ٢: ٧٣٦، الجامع للشرائع: ٤٧٣.

مات، فيحكم الحاكم بموته و يأمرها بالاعتداد كما يحكم به بمثل الشيعاء، لأن هذا البحث فى معناه. و لأنّ العده عدّه وفاه فلا وجه للطلاق و إلاّ لكانت عدّه طلاق.

و يؤيّدّه روايه سماعه (١) قال: سألته عن المفقود، و ذكر أنّها تعتدّ - بعد تطّبه من الامام أربع سنين - أربعة أشهر و عشرًا إذا لم يوجد له خبر، الحديث.

و ذهب جماعه من المتقدّمين (٢) و المتأخّرين (٣) إلى أنّ الحاكم بعد ذلك يطلّقها إن لم يكن له وليّ و إلاّ أمره بالطلاق، لدلاله الأخبار الكثيره عليه، كصحيحه عمر بن أذينه عن بريد بن معاويه العجلي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف تصنع امرأته؟ فقال: ما سكنت عنه و صبرت فخلّ عنها، و إن هى رفعت أمرها إلى الوالى أجّلها أربع سنين، ثمّ يكتب إلى الصقع الذى فقد فيه فيسأل عنه، فإنّ خبر عنه بحياء صبرت، و إن لم يخبر عنه بحياء حتى تمضى الأربع سنين دعا وليّ الزوج المفقود فقيل له: هل للمفقود مال؟ فإن كان له مال أنفق عليها حتى تعلم حياته من موته، و إن لم يكن له مال [قيل للولى] (٤) أنفق عليها، فإن فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوج ما أنفق عليها، و إن أبى أن ينفق عليها أجبره الوالى على أن يطلّق تطليقه فى استقبال العده و هى طاهر، فيصير طلاق الوليّ طلاق الزوج، فإن جاء زوجها قبل أن تنقضى عدّتها من يوم طلقها الوليّ

ص: ٢٨٥

-
- ١- ١) الكافى ١٤٨: ٦ ح ٤، التهذيب ٤٧٩: ٧ ح ١٩٢٣، الوسائل ٣٩٠: ١٤ ب (٤٤) من أبواب ما يحرم بالمصاهره و نحوها ح ٢.
 ٢- ٢) راجع المقنع: ١١٩، و الوسيله: ٣٢٤.
 ٣- ٣) راجع المختلف: ٥٩٢، الإيضاح ٣٥٦: ٣، التنقيح الرائع ٣٤٨: ٣، المهذب البارع ٤٩٦-٤٩٧.
 ٤- ٤) من هامش «و» بعنوان ظاهرا، و وردت فى مصادر الحديث.

فبدا له أن يراجعها فهي امرأته، و هي عنده على تطليقتين، و إن انقضت العده قبل أن يجيء و يراجع فقد حلت للأزواج، و لا سبيل للأول عليها» (١).

و روى الكليني في الحسن عن الحلبي عن الصادق عليه السلام: «أنه سئل عن المفقود، فقال: المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالي أو يكتب إلى الناحيه التي هو غائب فيها، فإن لم يوجد له فيها أثر أمر الوالي وليه أن ينفق عليها، فما أنفق عليها فهي امرأته، قال: فقلت: إنها تقول: أريد ما تريد النساء، قال:

ليس لها ذلك و لا كرامه، فإن لم ينفق عليها وليه أمره أن يطلقها و كان ذلك عليها طلاقاً» (٢).

و لأن الموت لم يثبت، و الأصل بقاء الزوجيه إلا بمزيل شرعي من موت أو طلاق، و الموت لم يثبت بذلك، إذ (٣) لم يشهد به أحد، فيبقى الطلاق و جاز دفعا للضرر و الحرج مضافا إلى النص.

و يظهر من هذه الأخبار أن العده عدّه الطلاق، إلا أن القائلين بالطلاق صرحوا بأن العده عدّه وفاه. و لا يخلو من إشكال. و روايه سماعه (٤) الداله عليها موقفه ضعيفه السند. و تظهر الفائدة في مقدار العده و في الحداد و النفقه.

إذا تقرّر ذلك فتفتح المسأله يتمّ بأمور:

الأول: لا فرق في المفقود بين من اتفق فقده في جوف البلد و في السفر

ص: ٢٨٤

١- (١) الكافي ١: ١٤٧ ح ٢، الفقيه ٣: ٣٥٤ ح ١٦٩٦، التهذيب ٧: ٤٧٩ ح ١٩٢٢، الوسائل ١٥: ٣٨٩ ب (٢٣) من أبواب أقسام الطلاق ح ١.

٢- (٢) الكافي ١: ١٤٧ ح ١، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

٣- (٣) في «ح» و الحجرتين: إذا.

٤- (٤) تقدّم ذكر مصادرها في الصفحه السابقه. هامش (١).

و فى القتال و ما إذا انكسرت سفينته و لم يعلم حاله، لشمول النصّ لذلك كلّه و حصول المعنى، و لا تكفى دلالة القرائن على موته بدون البحث، إلاّ- أن ينضمّ إليها إخبار من يتاخم قوله العلم بوفاته، فيحكم بها (1) حيثنذ من غير أن يتربّص به المدّه المذكوره. و لا- فرق حيثنذ بين أن يحكم الحاكم بموته و عدمه، بل إذا ثبت ذلك عندها جاز لها التزويج، و لم يجز لغيرها أن يتزوّجها إلاّ أن يثبت عنده ذلك أيضا. و لو حكم الحاكم بها كفى فى حقّ الزوجين بغير إشكال.

الثانى: لو فقد فى بلد مخصوص أو جهه مخصوصه بحيث دلّت القرائن على عدم انتقاله منها إلى غيرها كفى البحث عنه فى تلك البلد أو تلك الجهه، فإن لم يظهر خبره تربّص به أربع سنين من غير بحث، فإذا مضت فعل بها ما تقرّر من الطلاق أو الأمر بالاعتداد ثمّ تزوّجت إن شاءت. و كذا لو كان فقده فى جهتين أو ثلاث أو بلدان كذلك اقتصر على البحث عنه فيما حصل فيه الاشتباه.

الثالث: يتخيّر الحاكم بين إرسال رسول إلى الجهه التى يعتبر البحث عنه فيها، و بين البعث إلى حاكم تلك الجهه ليبحث عنه فيها كما ذكر فى الروايه. و يعتبر فى الرسول العداله ليركن إلى خبره حيث لا- يظهر. و لا- يشترط التعدّد، لأن ذلك من باب الخبر لا الشهاده و إلاّ لم تسمع، لأنها شهاده على النفى. و مثل هذا البحث لا يكون حصرا للنفى حتى يقال: إنه مجوّز للشهاده، و إنما هو استعلام و تفحص عنه ممّن يمكن معرفته له عادة، لا استقصاء كلّى.

الرابع: لو تعذّر البحث عنه من الحاكم- إما لعدمه أو لقصور يده- تعيّن عليها الصبر إلى أن يحكم بموته شرعا أو يظهر حاله بوجه من الوجوه، لأصالة

ص: ٢٨٧

بقاء الزوجية. و عليه يحمل ما روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «امرأه المفقود امرأته حتى يأتيها يقين موته أو طلاقه» (١). و عن عليّ عليه السلام أنه قال: «هذه امرأه ابتليت فلتصبر» (٢). و من العامه (٣) من أوجب ذلك مطلقا عملا بهاتين الروايتين.

الخامس: الحكم مختصّ بالزوجه فلا يتعدى إلى ميراثه و لا عتق أم ولده، و قوفا فيما خالف الأصل على مورده، فيتوقف (٤) ميراثه و ما يترتب على موته من عتق أم الولد و المدبر و الوصيّه و غيرها إلى أن تمضى مدّه لا يعيش مثله إليها عادة. و سيأتي (٥) إن شاء الله تعالى البحث فيه. و الفرق بين الزوجه و غيرها مع ما اشتهر من أن الفروج مبنيّه على الاحتياط - وراء النصّ الدالّ على الاختصاص - دفع الضرر الحاصل على المرأه بالصبر دون غيرها من الوراث و نحوهم، و أن للمرأه الخروج من النكاح بالجبّ و العنه لفوات الاستمتاع، و بالإعسار بالنفقه على قول لفوات المال، فلأن تخرج هاهنا و قد اجتمع الضرران أولى. و يدلّ على عدم الحكم بموته أنها لو صبرت بقيت الزوجية، فزوالها على تقدير عدمه لدفع الضرر خاصّه فيتقيّد بمورده.

السادس: إذا لم نقل بالطلاق يتوقف اعتدادها على أمر الحاكم لها بها، فلا تعتدّ بما مضى قبل حكمه، عملا بأصالة بقاء الزوجية إلى أن يثبت المزيل، و لا

ص: ٢٨٨

١-١ سنن الدارقطني ٣:٣١٢ ح ٢٥٥، سنن البيهقي ٧:٤٤٥.

٢-٢ المناقب لابن شهر آشوب ٢:٣٦٥.

٣-٣ الحاوي الكبير ١١:٣١٦-١١:٣١٧، المغني لابن قدامه ٩:١٣٤.

٤-٤ في «ح، ط، م»: فتوقف.

٥-٥ في السبب الثاني من لواحق أسباب منع الإرث من كتاب الفرائض.

و لو جاء زوجها،(١)وقد خرجت من العده و نكحت،فلا- سبيل له عليها.و إن جاء و هى فى العده فهو أملك بها.و إن خرجت من العده و لم تتزوج،فيه روايتان أشهرهما أنه لا سبيل له عليها.

ثبوت قبل أمره،كما لا تعتد بما مضى من المده قبل رفع أمرها إليه كمدّه العنه.

و يحتمل الاكتفاء بمضيها،لظاهر خبر سماعه (١)أنها تعتد بعد تطلبه أربع سنين.إلخ،ولإشعار الحال بالوفاه (٢)و دلالتة عليها.

السابع:لو أنفق عليها الولي أو الحاكم من ماله،ثمّ تبين تقدّم موته على زمن الإنفاق أو بعضه،فلا ضمان عليها و لا على المنفق للأمر به شرعا،ولأنها محبوسه لأجله،وقد كانت زوجه (٣)ظاهرا،و الحكم مبني على الظاهر.

قوله:«و لو جاء زوجها.إلخ».

إذا حضر المفقود بعد الحكم بوفاته ظاهرا فلا يخلو:إما أن يكون حضوره بعد أن اعتدت و تزوّجت بغيره،أو بعد العده و قبل التزويج،أو فى أثناء العده.ففى الأول لا- سبيل له عليها إجماعا،للحكم شرعا بينوتتها منه،و تعلق حقّ الزوج الثانى بها بحكم الشارع فلا يزال.و فى الأخير هو أحقّ بها إجماعا،لدلاله الأخبار السابقه (٤)عليه.و لأن الحكم باعتدادها كان مبنيًا على الظاهر،و قد تبين خلافه بظهور حياته فينتقض الحكم.و لأن المقصود من هذه الفرقة إزاله الضرر عنها و تمكينها من نكاح غيره،فإذا حضر الزوج زال الضرر فكان (٥)أولى بها.

ص: ٢٨٩

١- ١) تقدم ذكر مصادره فى ص: ٢٨٥،هامش (١).

٢- ٢) فى «م» و الحجرّيتين:بالفوات.

٣- ٣) فى «و،م» و الحجرّيتين:زوجته.

٤- ٤) فى ص: ٢٨٥-٢٨٦.

٥- ٥) فى «ش،م» و الحجرّيتين:و كان.

و أما إذا كان حضوره بعد انقضاء العدة و قبل التزويج ففي أولويته بها أقوال أشهرها ما اختاره المصنّف من أنه لا سبيل له عليها. و في الخبر الصحيح السابق تصريح (١) به. و كذا في روايه سماعه (٢)، لأنه قال فيها بعد ما نقلناه: «فإن قدم زوجها بعد انقضاء عدتها فليس له عليها رجعه، و إن قدم و هي في عدتها الأربعة أشهر و عشرا فهو أملك برجعته». و لأن الشارع حكم بالبينونه بانقضاء العدة، فعود سلطنه الزوج يحتاج إلى دليل. و بهذا قال الشيخ في المبسوط (٣) و أتباعه (٤) و الأكثر من المتقدمين و المتأخرين. و هو الأقوى.

و القول الثاني أنه أولى بها كما لو جاء و هي في العدة. ذهب إلى ذلك الشيخ في النهاية (٥) و الخلاف (٦)، و قواه فخر الدين (٧) من المتأخرين. و ادعى الشيخ أن به روايه، و تبعه المصنّف على ذلك، و لم نقف عليها بعد التتبع التام. و كذا قال جماعه ممن سبقنا (٨). و يمكن الاستدلال له بأنّها معتده في الظاهر، و قد ظهر بطلان الحكم بها.

و اختار العلامة في المختلف (٩) قولاً ثالثاً مفضلاً بأن العدة إن كانت بعد

ص: ٢٩٠

-
- ١- (١) في ص: ٢٨٥-٢٨٦.
 ٢- (٢) مرّ ذكر مصادرها في ص: ٢٨٥، هامش (١).
 ٣- (٣) المبسوط ٢٧٨:١، و لكن في ص: ٢٧٩ قوَى ردها إلى الزوج الأول إن لم تكن تزوّجت.
 ٤- (٤) راجع المراسم: ١٦٥، و الوسيله: ٣٢٤، و وافقه في السرائر ٧٣٧:٢.
 ٥- (٥) النهاية: ٥٣٨.
 ٦- (٦) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٣١٢:٢، مسأله (٣٤).
 ٧- (٧) إيضاح الفوائد ٣:٣٥٤.
 ٨- (٨) في هامش «و»: «ممن ذكر ذلك السيد جمال الدين بن طاوس صاحب البشري، و مصنف كشف الرموز. و غير المصنّف و الشيخ لم يتعرّض لدعوى الروايه. بخطه قدّس سرّه». لاحظ كشف الرموز ٢:٢٢٨.
 ٩- (٩) المختلف: ٥٩٢-٥٩٣.

طلاق الولي فلا- سبيل للزوج عليها، وإن كانت بأمر الحاكم من غير طلاق كان أملك بها. والفرق: أن الأول طلاق شرعي تعقبه العدة وقد خرجت، فلا سبيل للزوج في الرجوع عليها بعدها، وعليه دلّت الروايات (١). وأما الثاني فلأن أمرها بالاعتداد كان مبنيًا على الظنّ بوفاته، وقد ظهر بطلانه، فلا أثر لتلك العدة، والزوجيه باقية، لبطلان الحكم بالوفاه.

وفيه: أن ذلك لو تمّ لاقتضى أولويته وإن نكحت غيره بعد العدة، لاشتراكهما في المقتضى. وما ذكره فيه من الفرق- بأن الشارع قد حكم به ظاهراً ولم يلتفت إلى العقد الأول، بخلاف ما لو كان قبل التزويج- يضعف بأن حكم الشارع بالتزويج كحكمه بالعدة مبنيًا (٢) على الظاهر وقد ظهر خلافه. وعدم التفاته إلى العقد الأول مطلقاً ممنوع، بل مع بقاء الاشتباه أو ما هو أقوى منه، كما لو حكم بطلاق امرأه بشهود أو استناداً إلى قولها حيث يقبل فتزوجت بإذنه ثمّ ظهر فساد الدعوى، فإن النكاح الثاني ينقض وإن كان الشارع قد قطع التفاته حين النكاح عن الأول.

ثمّ تنبه لأمرين:

الأول: تعليق المصنّف الحكم على مجيء الزوج تبع فيه الرواية. ولا فرق بين مجيئه وعدمه في ذلك، وإنما المعتبر ظهور حياته في حاله المبحوث عنها، لأن الحكم باعتدادها للوفاه دليل على التفات الشارع إلى ظاهر حاله وأنه قد مات، فإذا تبين خلاف ذلك انتفى. ويحتمل ضعيفاً تعليق الحكم على مجيئه، نظراً

ص: ٢٩١

١- (١) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٨٩ ب «٢٣» من أبواب أقسام الطلاق ح ١، ٤.

٢- (٢) في الحجريتين: مبني.

الأول: لو نكحت بعد العدة ثم بان موت الزوج

الأول: لو نكحت بعد العدة (١) ثم بان موت الزوج، كان العقد الثاني صحيحا و لا- عده، سواء كان موته قبل العدة أو معها أو بعدها، لأن عقد الأول سقط اعتباره في نظر الشرع، فلا حكم لموته كما لا حكم لحياته.

إلى ظاهر الرواية، ولأن حكمه ذلك إزاله الضرر عنها، وهو لا يزول بظهور حياته في بلاد بعيده، خصوصا مع دلالة القرائن على عدم مجيئه أو عدم قدرته عليه، وللحكم بارتفاع الزوجية فلا يزول إلا بدليل. وليس في الأخبار ما يدل على حكمه مع عدم مجيئه [بالبينونه] (١) فيبقى على ما قد ثبت له من الحكم.

الثاني: ظاهر الأخبار أنه لو عاد و هي في العدة لا- يعود حكم الزوجية إلا- بالرجعه، لأنه قال في الخبر (٢) الصحيح: «فبدا له أن يراجعها فهي امرأته» وهو مناسب للحكم بصحة الطلاق، فإنه لا يزول إلا بالرجعه. وخبر سماعه (٣) مع عدم تضمنه الطلاق يدل على ذلك أيضا حيث قال: «فهو أملك برجعته». ويحتمل عود الزوجية إليه قهرا، لتبين بطلان الطلاق و الاعتداد بظهور حياته، لأنهما مبتتان على الظاهر من موته. وكلام الأصحاب موافق لهذا الاحتمال، لأنهم يعبرون بأنه أحق بها و أملك بها- كما عتبر المصنف- و نحو ذلك، مع قبولها للتأويل بما يوافق الأول.

قوله: «لو نكحت بعد العدة.. إلخ».

لما كان حكم الشارع لها بالاعتداد و البينونه بها قاطعا للنكاح السابق

ص: ٢٩٢

١- ١) من «ش» و الحجريتين، و شطب عليها في «و» و الظاهر أنه زائده.

٢- ٢) راجع ص: ٢٨٥-٢٨٦.

٣- ٣) مر ذكر مصادره في ص: ٢٨٥، هامش (١).

الثاني: لا نفقه على الغائب (١) في زمن العدة و لو حضر قبل انقضائها، نظرا إلى حكم الحاكم بالفرقة. و فيه تردد.

فاعتبار ما حكم به ثابت، سواء تبين بعد ذلك موته أم لا، و سواء كان تبين موته قبل العدة أو فيها أو بعدها، استصحابا لما قد ثبت بحكم الشرع، و ما خرج عن ذلك من الحكم بكونه أحقّ بها لو ظهر في العدة جاء بدليل خارج، فيبقى غيره على الأصل.

و ربما قيل ببطان العدة لو ظهر موته فيها أو بعدها قبل الترويج بناء على أنه لو ظهر حينئذ كان أحقّ [بها] (١) لأن الحكم بالعدة و البينونة كان مبتدئا على الظاهر، و مستند حكم الحاكم الاجتهاد و قد تبين خطؤه، فعليها تجديد عدّه الوفاة بعد بلوغها الخبر كغيرها. بل يحتمل وجوب العدة ثانيا و إن نكحت، لما ذكر.

و سقوط حقّ الأول منها لو حضر و قد تزوّجت لا- ينفي الاعتداد منه لو مات. و هذا قول لبعض الشافعيّ (٢). و المذهب هو الأول. و المصنّف تبه بما ذكره من الحكم على خلافه.

قوله: «لا نفقه على الغائب. إلخ».

وجه عدم النفقه أن العدة عدّه وفاه و هي لا تستتبع النفقه، و إلا فمجرد حكم الحاكم بالفرقة- كما علّل به المصنّف- لا يوجب سقوطها، لأن حكمه بها يحصل بالطلاق الرجعي مع بقائها. و لو علّل بإرادته فرقه لا يلحقها الرجوع انتقض هنا بما لو ظهر في العدة.

و المصنّف تردد في الحكم ممّا ذكرناه، و من أنها في حكم الزوجه ما دامت

ص: ٢٩٣

١- ١) من «م» و الحجريّتين.

٢- ٢) الحاوي الكبير ٣٢٥: ١١-٣٢٦، روضه الطالبين ٣٨١: ٦.

[الثالث: لو طلقها الزوج أو ظاهرها أو اتفق في زمان العده صح]

الثالث: لو طلقها الزوج (١) أو ظاهرها [ها] أو اتفق في زمان العده صح، لأن العصمه باقيه. و لو اتفق بعد العده لم يقع، لانقطاع العصمه.

في العده، فتجب لها النفقه لو حضر قبل انقضائها، فلو لا أنها زوجه لما صح له ذلك إلا بعقد جديد، و خصوصا على القول بأن الولي يطلقها، لأن الظاهر أن الطلاق رجعي لما ظهر من الروايات (١) أنه يراجعها إذا حضر، و الطلاق الرجعي لا يسقط النفقه. و لأنها محبوسه عليه في هذه الحاله فناسب وجوب نفقتها حال العده.

و لو كان حضوره بعد انقضاء العده فأولى بعدم الوجوب، للحكم بالبينونه.

و يحتمل وجوب قضاء نفقه زمن العده و إن انقضت، لأن نفقه الزوجه تقضى، و قد ظهر الزوج زمانها فلم تكن عده وفاه حقيقه. و لو قلنا بأنه أحق بها بعد العده احتمل وجوب النفقه لما بعد العده أيضا، لما ذكر. و الأقوى عدم وجوبها مطلقا.

قوله: «لو طلقها الزوج. إلخ».

لمّا كانت هذه الأحكام مشروطه بوقوعها على الزوجه أو المطلقه رجعيًا، فأوقعها الغائب عليها ثم حضر، نظر إن كانت وقت إيقاعها في زمان العده وقعت، لأنها حينئذ في حكم الزوجه، و من ثم كان أملك بها لو حضر فيها. و إن وقعت بعدها تبين بطلانها، لوقوعها على الأجنبيّه.

و هذا يتم في غير الطلاق. أما فيه فإن قلنا بأن الحاكم يأمرها بالاعتداد بغير طلاق اتجه الحكم فيه أيضا، لوقوعه حينئذ بالزوجه في نفس الأمر. و إن قلنا إنه يطلقها أشكل صحه الطلاق بدون الرجعه، لأنه لا يقع عندنا كذلك و إن كان

ص: ٢٩٤

١- ١) لاحظ الوسائل ١٤: ٣٩٠ ب (٤٤) من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٢، و ج ١٥: ٣٨٩ ب (٢٣) من أبواب أقسام الطلاق ح ١.

الرابع: إذا أتت بولد بعد مضيّ ستّة أشهر من دخول الثاني لحق به

الرابع: إذا أتت بولد (١) بعد مضيّ ستّة أشهر من دخول الثاني لحق به.

و لو ادّعاه الأول، و ذكر أنه وطئها سرّاً، لم يلتفت إلى دعواه. و قال الشيخ:

يقرع بينهما. و هو بعيد.

الطلاق رجعيّاً، خصوصاً على ما يظهر من الأخبار (١) أن عودها إليه مع حضوره في العده يتوقّف على الرجعه. و لو قلنا بعودها إليه بدونها و تبين بطلان الطلاق بحضوره كما تبين بطلان الاعتداد توجهه [صحّحه] (٢) وقوع الطلاق بها كما يقع الظهار. و مثله الإيلاء.

قوله: «إذا أتت بولد. إلخ».

إذا تزوّجت بعد الاعتداد و أتت بولد في زمان يمكن أن يكون من الثاني ثمّ حضر المفقود و لم يدّع الولد فهو للثاني، لأنه بمضيّ أربع سنين يتحقّق براءة الرحم من المفقود. و إن ادّعاه سئل عن جهه ادّعائه، فإن قال: إنه ولدى لأن زوجتي ولدته على فراشي، تبيّننا بطلان هذه الجهه، لأن الولد لا يبقى في الرحم هذه المدّة. و إن قال: قدمت عليها في خلال هذه المدّة و أصبتها، و كان ما يقوله ممكناً، قال الشيخ (٣): أقرع بينه و بين الثاني فيه، لأنها فراش لهما و إن كان فراش الأول قد زال، كما لو طلقها فتزوّجت و أتت بولد يمكن إلحاقه بهما، فإنه يقرع بينهما فيه على ما سبق (٤) من قوله رحمه الله. و الأقوى ما اختاره المصنّف من الحكم به للثاني مطلقاً، لأنها فراش له الآن حقيقه، و فراش الأول قد زال، و الولد

ص: ٢٩٥

١-١) تقدّم ذكر مصادرها في الصفحة السابقه.

٢-٢) من «و» فقط.

٣-٣) المبسوط ٢٨١: ٥.

٤-٤) في ج ٣٨٢: ٨، هامش (٢ و ٣).

الخامس: لا يرثها الزوج (١) لو ماتت بعد العده، وكذا لا ترثه. والتردد لو مات أحدهما في العده. والأشبه الإرث.

للفراش. ومثله القول في المسأله المبنى عليها. وقد تقدمت (١).

قوله: «لا يرثها الزوج.. إلخ».

إذا مات المفقود أو زوجته بعد الحكم بالفرقه، فإما أن يكون موته في أثناء العده، أو بعدها، قبل التزويج، أو بعده. ففي الأخير لا توارث بينهما قطعا، لانقطاع عصمه النكاح رأسا، لما عرفت من أنه لو حضر و قد تزوجت فلا سبيل له عليها.

و كذا لو كان ذلك بعد العده بناء على انتفاء سبيله عنها بينونها بانقضاء العده.

و على القول بأنه لو حضر حينئذ كان أحقّ بها يحتمل ثبوت التوارث، لظهور كونه موجودا في تلك الحال المقتضى لبقاء الزوجيه في نفس الأمر، و كونه أحقّ بها على تقدير ظهوره دليل على أن الحكم بالبينونه مبنى على الظاهر و مستمرّ مع الاشتباه لا مع ظهور الحال. و الأقوى عدم الإرث و إن قلنا بذلك، لأن الشارع حكم بانقطاع العصمه بينهما بانقضاء العده، و حكمه بكونه أولى بها على تقدير حضوره لدليل خارج لا يقتضى الحكم [شرعا] (٢) في غيره، بل يبقى على أصل النفي (٣) الحاصل بانقضاء العده الموجب لرفع التوارث شرعا.

و أما لو مات أحدهما و هي في العده ففي ثبوت الإرث قولان: أحدهما العدم، لأن العده عدّه الوفاة، و هي تقتضى نفى الإرث. و الأقوى ما اختاره المصنّف من ثبوته حينئذ، لبقاء حكم الزوجيه بما قد علم. و لأن العده في حكم الرجعيه كما قد عرفت، و هي لا تقطع التوارث بين الزوجين. و جعلها عدّه وفاه مبنى على

ص: ٢٩٦

١- ١) في ج ٣٨١: ٨-٣٨٢.

٢- ٢) من «ش» فقط.

٣- ٣) كذا في «ط، و» و الحجرّيتين، و في «ح، ش، م»: اليقين.

الفصل السادس فى عدد الإمام و الاستبراء (١) الظاهر و على وجه الاحتياط، و إلا لم يجمع الطلاق، فإذا تبين خلاف الظاهر رجع حكم الطلاق الرجعى أو (١) الزوجية من رأس.

قوله: «فى عدد الإمام و الاستبراء».

الاستبراء لغه طلب البراءه. و شرعا: التبرص بالمرأه مدّه بسبب ملك اليمين حدوثا أو زوالا، لبراءه الرحم، أو تعبدا. هذا هو الأصل فيه، و إلا فقد يجب الاستبراء بغير ذلك كأن وطئ أمه غيره بشبهه. و خص بهذا الاسم لأن التبرص مقدّر بما يدل على البراءه من غير تكرّر و تعدّد فيه، بخلاف التبرص الواجب بسبب النكاح، فإنه مأخوذ من العدد لما يقع فيه من تعدّد الأقرء أو الشهور، فخصّ باسم العدّه.

و الأصل فى الاستبراء ما روى أنه صلّى الله عليه و آله و سلّم قال فى سبايا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع، و لا حائل حتى تحيض» (٢). و يخالف العدّه حيث اعتبر بالحيض و اعتبرت هى بالطهر، لأن الأقرء تتكرّر فى العدّه فتعرف بتخلّل الحيض براءه الرحم، و هاهنا لا تتكرّر فيعتمد الحيض. و إنما ألحقت أم الولد بالحرّه فى الاعتداد من موت مولاه و عتقه لها دون غيرها من الإمام لأن استبراء أم الولد قضاء حقّ السيّد فأشبهه العدّه التى هى قضاء حقّ الزوج. و لأن الاستبراء فيها لاستباحه النكاح كالحرّه، و عند حدوث الملك لحلّ (٣) الوطاء

ص: ٢٩٧

١- ١) فى «ش»: و الزوجية.

٢- ٢) مسند أحمد ٣: ٦٢، سنن الدارمى ٢: ١٧١، سنن أبى داود ٢: ٢٤٨ ح ٢١٥٧، التمهيد لابن عبد البر ١٤٣، ١٤١: ٣.

٣- ٣) كذا فى «و» و فى سائر النسخ و الحجريتين: يحلّ.

عدّه الأمه فى الطلاق (١) مع الدخول قرءان، و هما طهران. و قيل:

حيضتان. و الأول أشهر.

و أقلّ زمان تنقضى به عدّتها ثلاثه عشر يوما و لحظتان. و البحث فى اللحظه الثانيه كما فى الحرّه.

و إن كانت لا تحيض و هى فى سنّ من تحيض اعتدّت بشهر و نصف، سواء كانت تحت حرّ أو عبد.

فيعتبر فيه ما يستعقب (١) الحّلّ و هو الحيض.

قوله: «عدّه الأمه فى الطلاق. إلخ».

عدّه الأمه على النصف من عدّه الحرّه جريا على الأصول المقرّره من أن كلّ عدد يؤثّر الرقّ فيه بالنقصان يكون الرقيق على النصف ممّا عليه الحرّ، كالحدود و عدد المنكوحات و القسم، إلا أن القرء لا يتبعّض فكمل كالطلاق. و وجه عدم تبعّضه أن القرء مفسّر إما بالانتقال أو بالطهر بين الدمين، و الانتقال ليس شيئا يتبعّض، و الطهر بين الدمين إنما يظهر نصفه إذا ظهر كلّه بعود الدم فلا بدّ من الانتظار إلى أن يعود الدم، و هذا بخلاف الاعتداد بالأشهر، فإنها تقبل التنصيف، فتعدّ بنصف عدّه الحرّه و هو شهر و نصف.

و الأصل فيه -بعد الإجماع عليه- ما روى عنه صلّى الله عليه و آله و سلّم أنه قال: «يطلق العبد طلقتين و تعدّ الأمه بقرائن» (٢). و روى زراره فى الحسن عن أبى جعفر عليه السلام قال: «سألته عن حرّ تحتة أمه أو عبد تحتة حرّه كم طلاقها

ص: ٢٩٨

١- ١) فى «م»: يسوق.

٢- ٢) راجع سنن ابن ماجه ١: ٦٧٢، سنن الدارقطنى ٤: ٣٩ ح ١١٣، سنن البيهقى ٧: ٤٢٥ - ٧: ٤٢٦.

و كم عدتها؟ فقال: السنه في النساء في الطلاق، فإن كانت حره فطلاقها ثلاث و عدتها ثلاثه أقرأء، و إن كان حرّ تحتة أمه فطلاقها تطليقتان و عدتها قرءان» (١).

و قد ظهر من الروايه أنه لا فرق في الأمه بين كونها تحت حرّ أو عبد، و كذلك لا فرق فيها بين القنّ و المدبره و المكاتبه و أمّ الولد إذا زوّجها مولاهما فطلقها الزوج.

و لو وطئت أمه بنكاح فاسد أو بشبهه اعتدت بقرائن كما في الطلاق عن النكاح الصحيح. و المبعّضه كالحره عندنا تغليباً لجانب الحرّيه. و لو كانت الأمه حاملاً اعتدت من الطلاق و ما في معناه بوضعه كالحره.

إذا تقرّر ذلك فأقلّ ما تنقضى به عدّه الأمه ذات الأقرء ثلاثه عشر يوماً و لحظتان، بأن يأتيها الدم بعد طلاقها بلحظه، ثمّ تحيض ثلاثاً، ثمّ تطهر عشراً، ثمّ ترى الدم الثاني لحظه، و هذه اللحظه دالّه على انقضاء العدّه بتمام الطهر، فالعدّه حقيقه ثلاثه عشر يوماً و لحظه، و الأخيره دالّه على انقضائها لا- جزء منها كما مرّ (٢) في الحره. و يمكن انقضاء عدتها بأقلّ من ذلك، كما إذا طلقها بعد الوضع و قبل رؤيتها دم النفاس بلحظه، ثمّ رأته لحظه و انقطع، و طهرت عشراً و جاءها دم الحيض، فتتنقضى عدتها برؤيته، و ذلك عشره أيام و لحظتان، و لو اعتبرنا لحظه الدلاله (٣) زادت لحظه اخرى.

و اعلم أن الكلام في الشهر حيث تعتدّ به كما سبق (٤) في الحره، فإن قارن

ص: ٢٩٩

١- ١) الكافي ١: ١٦٧ ح ٦، التهذيب ١: ١٣٤ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٣٥ ح ١١٩٢، الوسائل ١٥: ٤٦٩ ب (٤٠) من أبواب العدد ح ١.

٢- ٢) في ص: ٢٢٥.

٣- ٣) في «ح»: و لو اعتبر باللحظه الدالّه، و في «م»: اعتبرنا باللحظه الدالّه.

٤- ٤) في ص: ٢٥١.

و لو أعتقت ثم طَلقت (١) فعدَّتْها عدَّة الحرِّه. و كذا لو طَلقت طلاقاً رجعيّاً، ثمَّ أعتقت في العدَّة، أكملت عدَّة الحرِّه. و لو كانت بائناً أتمَّت عدَّة الأمه.

الطلاق الهلال اكتفت بشهر هلالى - ثمَّ أم نقص - و أكملته بخمسه عشر يوماً. و إن طَلقتها في أثناء الشهر فعدَّتْها خمسه و أربعون يوماً. و قد اختلفت عباراتهم في ذلك، فمنهم من عبَّر بشهر و نصف كالمصنف، و منهم (١) من عبَّر بخمسه و أربعين يوماً و أطلق. و المعتمد ما ذكرناه من التفصيل.

قوله: «و لو أعتقت ثمَّ طَلقت.. إلخ».

إذا أعتقت الأمه ثمَّ طَلقت، فإن وقع الطلاق بعد (٢) انقضاء العدَّة فعليها الاعتداد بعدَّة الحرِّه مطلقاً، لأنها صارت حرِّه قبل الحكم عليها بالعدَّة. و إن وقع الطلاق [١] في أثناء العدَّة، فإن كانت رجعيِّه أكملت عدَّة الحرِّه، لأن الرجعيِّه بمنزله الزوجه، فكأنه طَلقها و هى حرِّه. و إن كانت بائنه أكملت عدَّة الأمه، لأنها صارت أجنبيِّه قبل الطلاق و طرأت الحرِّيه بعد الحكم عليها بعدَّة الإمام، فلا يتغيَّر الواجب.

و اعلم أن الروايات في ذلك مختلفه، ففي صحيحه جميل عن أبى عبد الله عليه السلام في أمه كانت تحت رجل فطَلقها ثمَّ أعتقت قال: «تعدَّد عدَّة الحرِّه» (٣).

ص: ٣٠٠

١- ١) راجع الكافي في الفقه: ٣١٢، الوسيله: ٣٢٧، السرائر ٧٣٢: ٢، الجامع للشرائع: ٤٧٠.

٢- ٢) في «ط»: قبل.

٣- ٤) التهذيب ١٣٥: ٨ ح ٤٦٩، الاستبصار ٣٣٥: ٣ ح ١١٩٥، الوسائل ٤٨٣: ١٥ ب (٥٠) من أبواب العدد ح ٣.

و عدّه الذمّيّه كالحزّه (١) فى الطلاق و الوفاء. و فى روايه تعتدّ عدّه الأمه.

و هى شاذّه.

و فى روايه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «إذا طلق الرجل المملوكه فاعتدّت بعض عدّتها منه ثمّ أعتقت فإنها تعتدّ عدّه المملوكه» (١).

و الجمع بينهما (٢) بحمل الأول على الرجعى و الثانى على البائن، لمناسبه الحكم، و حذرا من أطراح بعضها، و لوجود التفصيل فى روايه أبى أيوب الخزاز عن مهزم عن أبى عبد الله عليه السلام فى أمه تحت حرّ طلقها على طهر بغير جماع تطليقه ثمّ أعتقت بعد ما طلقها بثلاثين يوما و لم تنقض عدّتها، فقال: «إذا أعتقت قبل أن تنقضى عدّتها اعتدّت عدّه الحزّه من اليوم الذى طلقها، و له عليها الرجعه قبل انقضاء العدّه، فإن طلقها تطليقتين واحده بعد واحده ثمّ أعتقت قبل انقضاء عدّتها فلا رجعه له عليها، و عدّتها عدّه الأمه» (٣).

قوله: «و عدّه الذمّيّه كالحزّه. إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن عدّه الذمّيّه الحزّه كعدّه المسلمه الحزّه، لعموم (٤) الأدلّه المتناول للمسلمه و غيرها. و روى يعقوب السراج فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: النصرانيه مات عنها زوجها و هو نصرانى ما عدّتها؟

ص: ٣٠١

١- ١) الفقيه ٣: ٣٥١ ح ١٦٧٩، التهذيب ٨: ١٣٥ ح ٤٧٠، الاستبصار ٣: ٣٣٥ ح ١١٩٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.

٢- ٢) فى «ح، ش، و»: بينها.

٣- ٣) التهذيب ٨: ١٣٥ ح ٤٧١، الاستبصار ٣: ٣٣٦ ح ١١٩٧، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

٤- ٤) كإطلاق الآيه ٢٢٨ و ٢٣٤ من سوره البقره، و عموم الأحاديث لاحظ الوسائل ١٥: ٤٢١ ب «١٢» من أبواب العدد، و ٤٥١ ب «٣٠».

و عدّه الأمه من الوفاه (١) شهران و خمسه أيام. و لو كانت حاملا اعتدّت بأبعد الأجلين. و لو كانت أم ولد لمولاها كانت عدّتها أربعة أشهر و عشرا.

قال: عدّه الحرّه المسلمه أربعة أشهر و عشرا» (١). و لكن ورد في روايه (٢) زراره ما يدلّ على أنها كالأمه. و نقله العلامة (٣) عن بعض الأصحاب، و لم نعلم (٤) قائله. و ما ذكره المصنّف من نسبه الخلاف إلى الروايه أولى.

و الروايه رواها الكليني في الصحيح عن زراره عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن نصرانيه كانت تحت نصراني فطلقها هل عليها عدّه مثل عدّه المسلمه؟ فقال: لا- إلى قوله: -قلت: فما عدّتها إن أراد المسلم أن يتزوجها؟ قال: عدّتها عدّه الأمه حيضتان أو خمسه و أربعون يوما» (٥) الحديث. و حملت الروايه على أنها مملوكه، إذ لم ينصّ على أنها حرّه.

و اعلم أن فائده إلحاقها بالأمه في الطلاق واضح. و أما في الوفاه فلا تظهر إلّا على تقدير كون عدّه الأمه فيها على نصف عدّه الحرّه. و سيأتي (٦) الخلاف فيه.

قوله: «و عدّه الأمه من الوفاه.. إلخ».

اختلف الأصحاب في مقدار عدّه الأمه إذا كانت مزوّجه فمات زوجها مع اتّفاقهم على أنها على نصف عدّه الحرّه في الطلاق، فذهب الأكثر منهم إلى أنها في

ص: ٣٠٢

١- ١) الكافي ١٧٥: ٦ ح ٣، التهذيب ١٥٨: ٨ ح ٥٤٨، الوسائل ٤٧٨: ١٥ ب «٤٥» من أبواب العدد ح ٢.

٢- ٢) الكافي ١٧٤: ٦ ح ١، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٧٣: ٢.

٤- ٤) في «ش، و»: يعلم.

٥- ٥) الكافي ١٧٤: ٦ ح ١، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

٦- ٦) في المسأله التاليه.

الوفاه على النصف من عدّه الحرّه أيضا، فهي شهران و خمسة أيام، وهو الذى قطع به المصنّف من غير أن ينقل خلافا، لما رواه محمد بن مسلم فى الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «الأمه إذا توفى عنها زوجها فعدّتها شهران و خمسة أيام» (١). و فى الصحيح عن الحلبي عنه عليه السلام قال: «عدّه الأمه إذا توفى عنها زوجها شهران و خمسة أيام» (٢). و فى الصحيح عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام إلى أن قال: «فإن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحرّه شهران و خمسة أيام» [١]. و غير ذلك من الأخبار الكثيره. و لأن الرقيّه مناط التنصيف فى مطلق العقوبه و خصوصيّه الاعتداد كما فى الطلاق، فناسب أن يكون فى الوفاه كذلك.

و قال الصدوق (٣) و ابن إدريس (٤): عدّتها أربعة أشهر و عشره أيام، لعموم قوله تعالى وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذُرُونَ أَرْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ (٥) الآيه. و خصوص صحيحه زراره عن الباقر عليه السلام قال: «إن الأمه و الحرّه كلتاها إذا مات عنها زوجها فى العدّه سواء، إلا أن الحرّه تحدّد و الأمه لا تحدّد» (٦).

ص: ٣٠٣

١- ١) التهذيب ١: ١٥٤ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٤٧ ح ١٢٣٩، الوسائل ١٥: ٤٧٣ ب (٤٢) من أبواب العدد ح ٩.

٢- ٢) التهذيب ١: ١٥٤ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٤٦ ح ١٢٣٨، الوسائل الباب المتقدّم ح ٨.

٣- ٤) المقنع: ١٢١.

٤- ٥) السرائر ٢: ٧٣٥.

٥- ٦) البقره: ٢٣٤.

٦- ٧) الكافي ٦: ١٧٠ ح ١، التهذيب ٨: ١٥٣ ح ٥٢٩، الاستبصار ٣: ٣٤٧ ح ١٢٤١، الوسائل ١٥: ٤٧٢ ب (٤٢) من أبواب العدد ح ٢. و فى المصادر: كليهما.

و صحيحه زراره عنه عليه السلام إلى أن قال: «يا زراره كلّ النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرّه كانت أو أمه أو على أَى وجه كان النكاح منه متعه أو تزويجا أو ملك يمين فالعدّه أربعة أشهر و عشرة» (١).

و أجيب عن الآيه بأنها عامّه و تلك الأخبار خاصّه، و القرآن يجوز تخصيصه بالسّنّه. و عن الأخبار بأنها قد تعارضت فيجب الجمع بينها بحمل الأخبار الأولى على غير أم الولد إذا كان قد زوّجها المولى بغيره فمات زوجها، و الأخبار الدالّه على التسويه بينها و بين الحرّه على أم الولد من موت زوجها.

و يؤيّد ما ذكر من التفصيل صحيحه سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأّمه إذا طلّقت ما عدّتها؟ قال: حيضتان أو شهران. قلت: فإن توفّي عنها زوجها، فقال: إن عليّا عليه السلام قال فى أمهات الأولاد: لا يتزوّجن حتى يعتدّن أربعة أشهر و عشرة و هنّ إماء» (٢). و صحيحه وهب بن عبد ربّه عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل كانت له أم ولد فزوّجها من رجل فأولدها غلاما، ثمّ إن الرجل مات فرجعت إلى سيّدها، إله أن يطأها؟ قال: تعتدّ من الزوج أربعة أشهر و عشرة ثمّ يطؤها بالملك بغير نكاح» (٣).

و هذا الجواب يرجع إلى اختيار قول ثالث بالتفصيل، و هو الذى اختاره

ص: ٣٠٤

١- (١) الفقيه ٣: ٢٩٦ ح ١٤٠٨، التهذيب ٨: ١٥٧ ح ٥٤٥، الاستبصار ٣: ٣٥٠ ح ١٢٥٢، الوسائل ١٥: ٤٨٤ ب (٥٢) من أبواب العدد ح ٢.

٢- (٢) الكافي ٦: ١٧٠ ح ٢، التهذيب ٨: ١٥٣ ح ٥٣٠، الاستبصار ٣: ٣٤٨ ح ١٢٤٣، الوسائل ١٥: ٤٧٢ ب (٤٢) من أبواب العدد ح ١.

٣- (٣) الكافي ٦: ١٧٢ ح ١٠، التهذيب ٨: ١٥٣ ح ٥٣١، الاستبصار ٣: ٣٤٨ ح ١٢٤٤، الوسائل: الباب المتقدّم ح ٣.

الشيخ (١) وأتباعه (٢) والمصنف و باقي المتأخرين (٣). و أما أكثر المتقدمين - كالمفيد (٤) و سلار (٥) و ابن أبي عقيل (٦) و ابن الجنيد (٧) - فاختاروا الأول مطلقا.

هذا كله إذا لم تكن حاملا، و إلا اعتدت بأبعد الأجلين من وضع الحمل و ما قيل به من المدّه. و هو موضع وفاق. و إنما الخلاف في خصوصيّة المدّه التي تعتبر مع وضع الحمل.

و اعلم أن سياق العبارة يقتضى كون الحكم في الأمه المزوجه لا- المنكوحه مطلقا. و حينئذ فقوله: «و لو كانت أم ولد لمولاه. إلخ» المراد به إذا كانت أم ولد له قد زوجها لغيره فمات الزوج. و أما إذا كان الميت المولى، فإن كانت مزوجه لم تعتد من موت المولى إجماعا. و إن لم تكن مزوجه ففي اعتدادها من موت المولى عدّه الحرّه، أم لا- عدّه عليها بل يكفي استبراؤها لمن انتقلت إليه إذا أراد وطأها، قولان ذهب إلى الأول منهما جماعه منهم الشيخ (٨)، و أبو الصلاح (٩)، و ابن حمزه (١٠)، و العلامه في موضع من التحرير (١١)، و الشهيد في

ص: ٣٠٥

١- (١) النهاية: ٥٣٦.

٢- (٢) فقه القرآن ١٧٣:٢-١٧٤، غنيه النزوع و إصباح الشيعه (ضمن سلسله الينابيع الفقهيّه) ٢٥٦:٢٠ و ٢٩٣-٢٩٤.

٣- (٣) لاحظ الإرشاد ٢:٤٩، قواعد الأحكام ٢:٧٣، اللعه دمشقيّه: ١٢٥.

٤- (٤) المقنعه: ٥٣٤-٥٣٥.

٥- (٥) المراسم: ١٦٥.

٦- (٦) حكاه عنهما العلامه في المختلف: ٦١١.

٧- (٧) حكاه عنهما العلامه في المختلف: ٦١١.

٨- (٨) المبسوط ٥:٢٨٤ حيث نسبه إلى روايه الأصحاب من دون تعليق.

٩- (٩) الكافي: ٣١٣.

١٠- (١٠) الوسيله: ٣٢٩، ٣٢٨.

١١- (١١) التحرير ٢:٩٦.

اللمعه (١). و استدلل له فى المختلف (٢) بموثقه إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام -قال: «سألته عن الأمه يموت سيدها، قال: تعتدّ عدّه المتوفى عنها زوجها» (٣). و قال ابن إدريس (٤): لا عدّه عليها من موت مولاها، لأنها ليست زوجته، و حكم العدّه مختصّ بالزوجه، و الأصل براءة الذمه من التكليف بذلك.

و نفى عنه فى المختلف (٥) البأس.

و لو كانت الأمه موطوءه للمولى ثمّ مات عنها فظاهر الأكثر هنا أنه لا عدّه عليها، بل تستبرئ بحيضه كغيرها من الإماء المنتقله من مالك إلى آخر. و ذهب الشيخ فى كتابى (٦) الأخبار إلى أنها تعتدّ من موت المولى كالحرّه، سواء كانت أم ولد أم لا. و استدلل عليه بروايه زراره عن أبى جعفر عليه السلام: «فى الأمه إذا غشيها سيدها ثمّ أعتقها فإن عدّتها ثلاث حيض، فإن مات عنها فأربعه أشهر و عشرًا» (٧) و بموثقه إسحاق بن عمّار السابقه، و بحسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: يكون الرجل تحته السريه فيعتقها، فقال: لا يصلح أن تنكح حتى تنقضى ثلاثه أشهر، و إن توفى عنها مولاها فعدّتها أربعه أشهر

ص: ٣٠٦

١- ١) اللمعه الدمشقيه: ١٢٥.

٢- ٢) المختلف: ٦١١.

٣- ٣) الكافي ٦: ١٧١ ح ٢، التهذيب ٨: ١٥٥ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٤٩ ح ١٢٤٩، الوسائل ١٥: ٤٧٢ ب (٤٢) من أبواب العدد ح ٤.

٤- ٤) السرائر ٣: ٧٣٥.

٥- ٥) المختلف: ٦١١.

٦- ٦) التهذيب ٨: ١٥٥ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٥٠ ح ١٢٥٠.

٧- ٧) الكافي ٦: ١٧١ ح ١، التهذيب ٨: ١٥٥ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٤٩ ح ١٢٤٨، الوسائل ١٥: ٤٧٥ ب (٤٣) من أبواب العدد ح ٥.

و لو طَلَّقها الزوج (١) رجعيه، ثمَّ مات و هي في العده، استأنفت عدّه الحرّه. و لو لم تكن أم ولد استأنفت للوفاه عدّه الأمه. و لو كان الطلاق بائنا أتمّت عدّه الطلاق حسب.

و عشاء (١).

و العجب مع كثره هذه الأخبار و جوده أسنادها أنه لم يوافق الشيخ على مضمونها أحد، و خصّوا أم الولد بالحكم، مع أنه لا دليل عليها بخصوصها.

و أعجب منه تخصيصه في المختلف الاستدلال على حكم أم الولد بموثقه إسحاق، مع أنها تدلّ على أن حكم الأمه الموطوءه مطلقا كذلك، و مع هذا فغيرها من الأخبار التي ذكرناها يوافقها في الدلاله، مع أن فيها ما هو أجود سندا.

و سيأتي (٢) أن المصنّف و غيره أوجبوا عدّه الحرّه على الأمه المدبّره بما هو أقلّ مستندا (٣) ممّا ذكرناه هنا.

قوله: «و لو طَلَّقها الزوج. إلخ».

هذا متفرّع (٤) على الحكم السابق، و هو أن أم الولد تعتدّ لوفاه زوجها عدّه الحرّه. و لا يتغيّر هذا الحكم بطلاقها رجعيًا إذا مات في العده الرجعيه، لأنها بمنزله الزوجه، كما لو مات زوج الحرّه المطلقه و هي في العده الرجعيه، فإنها تستأنف عدّه الوفاه. و لو لم تكن الأمه المزوّجه أم ولد و قد طَلَّقها، فشرعت في عدّه الأمه للطلاق، ثمَّ مات الزوج في العده، استأنفت عدّه الوفاه المقرّره للأمه كما لو مات و هي في عصمته. و لو كان الطلاق بائنا أتمّت عدّه الطلاق خاصّه كالحرّه إذا

ص: ٣٠٧

١-١) الكافي ١٧١:٦ ح ٣، التهذيب ١٥٦:٨ ح ٥٤٠، الاستبصار ٣٤٩:٣ ح ١٢٥٠، الوسائل ١٥:٤٧٥ ب (٤٣) من أبواب العدد ح ١.

٢-٢) في الصفحه التاليه.

٣-٣) في الحجرّيتين: سندا.

٤-٤) في «ط»: تفريع.

و لو مات زوج (١) الأمه، ثمّ أعتقت، أتّمت عدّه الحرّه، تغليبا لجانب الحرّيه.

و لو كان المولى (٢) يطؤها، ثمّ دبّرها، اعتدّت بعد وفاته بأربعة أشهر و عشره أيام.

و لو أعتقها في حياته اعتدّت بثلاثه أقرء.

طلّقت بائنا ثمّ مات في العدّه، لانقطاع العصمه بينهما. و هو واضح.

قوله: «و لو مات زوج. إلخ».

هذا الحكم ذكره الشيخ (١) و أتباعه (٢) و منهم المصنّف من بعده. و توجيهه:

أنها بعد العتق مأوره بإكمال عدّه الوفاء، و قد صارت حرّه فلا تكون مخاطبه بحكم الأمه، فيجب عليها إكمال عدّه الحرّه نظرا إلى حالها حين الخطاب، و لا ينظر إلى ابتداء الخطاب بالعدّه، فإنها كلّ يوم مخاطبه بحكمها، و هو معنى قوله:

«تغليبا لجانب الحرّيه».

قوله: «و لو كان المولى.. إلخ».

مستند الحكم روايه داود الرقي عن الصادق عليه السلام: «في الأمه المدبّره إذا مات مولاها أن عدّتها أربعة أشهر و عشرا من يوم يموت سيدها إذا كان سيدها يطؤها. قيل له: فالرجل يعتق مملوكه قبل موته بساعه أو بيوم ثمّ يموت، فقال: هذه تعتدّ بثلاث حيض أو ثلاثه قروء من يوم أعتقها سيدها» (٣). و روى

ص: ٣٠٨

١-١) النهاية: ٥٣٦.

٢-٢) الكافي في الفقه: ٣١٣، إصباح الشيعه (ضمن سلسله الينايع الفقهيّه) ٢٩٤: ٢٠.

٣-٣) الكافي ١٧٢: ٦ ح ٨، التهذيب ١٥٦: ٨ ح ٥٤٢، الاستبصار ٣٤٩: ٣ ح ١٢٤٧، الوسائل ٤٧٥: ١٥ ب (٤٣) من أبواب العدد ح ٧.

الحلبى فى الحسن عنه عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يكون تحته السرىه فيعتقها، فقال، لا يصلح لها أن تنكح حتى تنقضى عدتها ثلاثة أشهر، وإن توفي عنها مولاهما فعدتها أربعة أشهر و عشرة» (١).

و نازع ابن إدريس (٢) فى الأمرين:

أما الأول فلأن من جعل عتقها بعد موته لا يصدق عليها أنها زوجته، و العده مختصه بها كما تدل عليه الآية. (٣).

و أما الثانى فلأن المعتقه غير مطلقه فلا يلزمها عدّه المطلقه، و العده أمر شرعى يحتاج فى إثباته إلى دليل شرعى، و هو منتف.

و جوابه أنه منتف على أصله، و أما على أصول الأصحاب فقد عرفت المستند. و داود الرقى و إن كان فيه كلام إلا أن توثيقه أرجح كما حقق فى فنه، فالروايه صحيحه. و هى مشتمله على الحكيمين. و الأخرى مؤيده للثانى، و دالّله على حكم ذات الشهر، كما دلّت الأولى على حكم ذات الأقراء. و قد تقدّم فى الأخبار (٤) السابقه ما يدل على الحكم الثانى أيضا. و يؤيدهما معا أنها لا يمكنها أن تتزوج فى الحال، لوجوب مراعاة جانب المائز للحزه و الأمه، فلا بدّ لها من مدّه، و ليست أمه حتى يلحقها حكم الاستبراء، و إنما هى حرّه فألحقت بالحرائر، و عدّتهنّ فى الأمرين ما ذكر.

ص: ٣٠٩

١-١) تقدّم ذكر مصادره فى ص: ٣٠٧، هامش (١).

٢-٢) السرائر ٢: ٧٤٤.

٣-٣) البقره: ٢٣٤.

٤-٤) كروايه زراره المذكوره فى ص: ٣٠٦.

و كلّ من يجب (١) استبراؤها إذا ملكت بالبيع، يجب استبراؤها لو ملكت بغيره، من استغنام أو صلح أو ميراث أو غير ذلك. و من يسقط استبراؤها هناك يسقط في الأقسام الأخر.

و لو كان الإنسان (٢) زوجه فابتاعها بطل نكاحه، و حلّ وطؤها من غير استبراء.

قوله: «و كلّ من يجب. إلخ».

قد تقدّم البحث في هذه المسألة مستوفى في النكاح (١) و البيع (٢)، و من يفتقر إلى الاستبراء و من لا يفتقر إليه، و تحقيق الخلاف في ذلك، و في اختصاصه بالبيع أو عمومه لكلّ ملك زائل أو حادث، فلا وجه للإعادة في الإفاده.

قوله: «و لو كان للإنسان. إلخ».

أما بطلان النكاح فلأنها قد صارت مملوكة و هي تستباح بملك اليمين فيبطل العقد، لأن البضع لا يستباح بسبيين، لأن التفصيل في الآيه (٣) يقطع الاشتراك. و قد تقدّم البحث فيه أيضا في النكاح (٤). و أما عدم وجوب استبرائها فلأن المقصود منه مراعاة حقّ المائين الزائل و الحادث و هما لواحد.

و تبّه بذلك على خلاف بعض العامّة (٥) حيث أوجب الاستبراء، لتبدّل جهه الحلّ و تجدد الملك، و لتمييز الولد في النكاح عن الولد بملك اليمين، لأنه في النكاح ينعقد مملوكا ثمّ يعتق بالملك و في ملك اليمين ينعقد حرّا. و هذا الأصل

ص: ٣١٠

١- ١) في ج ٧٨: ٨-٨٦.

٢- ٢) في ج ٣٨٥: ٣-٣٨٧.

٣- ٣) المؤمنون: ٦.

٤- ٤) في ج ٢٩: ٨.

٥- ٥) الوجيز ١٠٣: ٢، روضه الطالبين ٤٠٥: ٦.

و لو ابتاع المملوك (١) أمه و استبرأها كفى ذلك فى حقّ المولى لو أراد وطأها.

و إذا كاتب الإنسان (٢) أمته حرم عليه وطؤها، فإن انفسخت الكتابه حلّت، و لا- يجب الاستبراء. و كذا لو ارتدّ المولى أو المملوكه، ثمّ عاد المرتدّ، لم يجب الاستبراء.

و لو طلقت الأمه بعد الدخول لم يجوز للمولى الوطء إلاّ بعد الاعتداد، و تكفى العده عن الاستبراء.

و لو ابتاع حربيه فاستبرأها، فأسلمت، لم يجب استبراء ثان.

و كذا لو ابتاعها و استبرأها محرماً بالحجّ كفى ذلك فى استحلال وطئها إذا أحلّ.

عندنا ممنوع، و مطلق تبدل الملك غير موجب له.

قوله: «و لو ابتاع المملوك.. إلخ».

لما كان المعتر من الاستبراء ترك وطئها فى المدّه المعتره ليحصل الفرق بين المأين لم يفترق الحال بين استبراء المالك لها و غيره، و من ثمّ لو أخبر البائع باستبرائها و كان ثقّه قبل، و استبراء المملوك من هذا القبيل.

و يشترط علم المولى به، أو كون المملوك ثقّه ليقبل خبره كغيره من المخبرين به.

قوله: «و إذا كاتب الإنسان.. إلخ».

هنا مسائل تتعلّق بتبدل الملك و يترتب عليه حكم الاستبراء:

الاولى: لو كاتب جاريتيه حرم عليه وطؤها، لأن الكتابه تقتضى نقلها عن

ملكه و إن كان مترلزلا، سواء جعلناها بيعا للمملوك من نفسه أم عتقا بشرط. فإذا فسخت الكتابه لعجزها لم يلزمها الاستبراء، لما ذكرناه من أن الغرض الفرق بين الماعين المحترمين و هما من واحد هنا، لأنه لا يحلّ لها التزويج بغيره زمن الكتابه كما سيأتى (١)، و المفروض عدم وطئها حالها لغيره. و لبعض العامه (٢) هنا قول بوجوب استبرائها، لأنه زال ملك الاستمتاع بها و صارت إلى حاله لو وطئها لاستحقت المهر ثم عاد الملك، فأشبهه ما إذا باعها ثم اشتراها. و الفرق بين الأمرين واضح، لأنها بالبيع تباح للمشترى، بخلاف الكتابه. و مطلق تبدل الملك لا يوجب الاستبراء.

الثانيه: إذا حرمت على السيد بارتداده أو ارتدادها ثم أسلم أو أسلمت لم يجب الاستبراء، لما ذكرناه من الوجه [فى] (٣) السابق من عدم تعدد الماع الموجب للاستبراء، خلافا لبعض الشافعيه (٤) حيث أوجب بناء على زوال ملكه بالردّه ثم عوده إليه بالإسلام، فعليه الاستبراء. و الأصل هنا كالسابق. و لا بدّ من تقييد ارتداده بكونه عن مله ليتصوّر عود ملكها إليه بعوده إلى الإسلام، فلو كان عن فطره انتقل ملكها إلى الوارث. و يأتى فى عودها إليه -على تقدير قبول توبته- ما يعتبر فى نقل الملك عنه ثم عوده إليه من اشتراط عدم وطء غيره و لو

ص: ٣١٢

١- ١) فى كتاب المكاتبه المسأله الثانيه من أحكام المكاتب.

٢- ٢) الحاوى الكبير ١١: ٣٥٢، الوجيز ٢: ١٠٣، روضه الطالبين ٦: ٤٠٤، جواهر العقود ٢: ١٩٦.

٣- ٣) سقطت من (و، م).

٤- ٤) الحاوى الكبير ١١: ٣٥٢، حليه العلماء ٧: ٣٦١، روضه الطالبين ٦: ٤٠٤، جواهر العقود ٢: ١٩٦.

.....
ياخبار الثقه.

الثالثه: لو زوج المولى أمته ثم طلقها الزوج بعد الدخول لم تحل للمولى إلا بعد الاعتداد، للفرق بين المأين المحترمين، و إن كان الملك بالنسبه إلى المولى لم يتبدل. لكن هنا تكفى العده عن الاستبراء، لحصول الغرض منها و زياده، فيدخل الأقل تحت الأكثر. و لو طلقها الزوج قبل الدخول حلت للمولى من غير استبراء، خلافا لبعض العامه (١) حيث أوجه، لزوال ملك الاستمتاع ثم عوده فكان كزوال الملك و عوده (٢).

الرابعه: لا- يشترط في صحه الاستبراء كون الأمه محلله للمولى لو لا- الاستبراء، بل يكتفى به و إن كانت محرّمه عليه بسبب آخر، لحصول الغرض المقصود منه و هو الفرق بين المأين، فإذا زال ذلك السبب المحرّم الموجود حال الاستبراء حلت للمولى بالاستبراء السابق. و تظهر الفائده فيما لو اشترى مجوسيه أو مرتده فمرت بها حيضه ثم أسلمت لم يجب استبراء ثان، و اعتد بما وقع في حاله كفرها، لحصول الغرض المقصود منه. و كذا لو استبرأها و هى محرّمه عليه بسبب الإحرام فأحل، خلافا لبعض الشافعيه (٣) حيث أوجب الاستبراء ثانيا، محتجا بأن الاستبراء لاستباحه الاستمتاع، و إنما تعتد (٤) منه بما يستعقب حل الاستمتاع و لم يحصل هنا.

ص: ٣١٣

١-١) الحاوى الكبير ١١:٣٥١، حليه العلماء ٧:٣٦١، المغنى لابن قدامه ٩:١٦٢-٩:١٦٣.

٢-٢) فى «ح، و»: ثم عوده.

٣-٣) المغنى لابن قدامه ٩:١٦٢، روضه الطالبين ٦:٤٠٨، جواهر العقود ٢:١٩٧.

٤-٤) كذا فى النسخ الخطيه، و لعل الصحيح: يعتد.

الفصل السابع فى اللواحق و فيه مسائل:

الاولى: لا يجوز لمن طلق رجعيًا أن يخرج الزوجه من بيته

الاولى: لا- يجوز لمن طلق (١) رجعيًا أن يخرج الزوجه من بيته إلا- أن تأتي بفاحشه، و هى أن تفعل ما يجب به الحد، فتخرج لإقامته. و أدنى ما تخرج له أن تؤذى أهله.

و يحرم عليها الخروج ما لم تضطرّ. و لو اضطرت إلى الخروج خرجت بعد انتصاف الليل، و عادت قبل الفجر.

قوله: «لا يجوز لمن طلق. إلخ».

المطلّقه رجعيه تستحقّ السكنى كما تستحقّ النفقه زمن العده، لقوله تعالى:

أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ (١) و قال تعالى لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ (٢). و المراد بيوت أزواجهنّ، و أضافه إليهنّ بملاسه السكنى. و إنما تستحقّ السكنى إذا استحققت النفقه، فلو كانت صغيره أو أمه غير مسلمه طول المدّه أو ناشزا زمن الزوجيه أو فى أثناء العده فلا سكنى لها، كما لا نفقه لها. و لو عادت إلى الطاعه فى العده عاد حقّ السكنى.

و كما يحرم عليه إخراجها من المسكن يحرم عليها هى الخروج أيضا و إن اتّفقا عليه، لدلاله الآيه على تحريمه من كلّ منهما، فلو اتّفقا على الخروج منعهما الحاكم منه، لأنّ فيه حقًا لله تعالى، كما أن فى العده حقًا له تعالى، بخلاف السكنى المستحقّه بالنكاح، فإن حقّها مختصّ بالزوجين.

ص: ٣١٤

١-١) الطلاق: ١، ٦.

٢-٢) الطلاق: ١، ٦.

و ذهب جماعه من الأصحاب-منهم أبو الصلاح (١) و العلامه فى التحرير (٢)- إلى تقييد التحريم بعدم اتّفاقهما عليه، فلو خرجت بإذنه جاز. و يدلّ عليه حسنه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا ينبغي للمطلّقه أن تخرج إلّا بإذن زوجها حتى تنقضى عدّتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر» (٣).

و الأجدود التحريم مطلقا عملا- بظاهر الآية. و يستثنى منه ما دلّت الآية على استثنائه، و هو أن تأتي بفاحشه ميّنه فيجوز إخراجها حينئذ. و قد اختلف فى تفسير الفاحشه، ف قيل: هي أن تفعل ما تستحقّ فيه الحدّ كالزنا. و هو الظاهر من إطلاق الفاحشه عرفا. و قيل: هي أعمّ من ذلك، حتى لو آذت أهل الزوج و استطالت عليهم بلسانها فهو فاحشه يجوز إخراجها لأجله. و هو المروى عن ابن عبيّاس (٤) فى تفسير الآية. و رواه الأصحاب عن الرضا عليه السلام بسندين (٥) مقطوعين. و احتجّ عليه الشيخ فى الخلاف (٦) بإجماع الفرقه، مع أنه فى النهايه (٧) اختار الأول و نسب الثانى إلى الروايه. و احتجّ أيضا بأن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم أخرج فاطمه بنت قيس لما بذت على بيت أحمائها و شتمتهم، فوردت

ص: ٣١٥

١- ١) الكافى فى الفقه: ٣١٢.

٢- ٢) التحرير ٧٥: ٢.

٣- ٣) الكافى ٨٩: ٦ ح ١، التهذيب ١١٦: ٨ ح ٤٠٢ و ١٣٠ ح ٤٤٩، الاستبصار ٣٣٣: ٣ ح ١١٨٤، الوسائل ٤٣٤: ١٥ ب (١٨) من أبواب العدد ح ١.

٤- ٤) مجمع البيان ٣٠٤: ٥، الدر المنثور ١٩٣: ٨، ذيل الآية ١ من سوره الطلاق.

٥- ٥) الكافى ٩٧: ٦ ح ١ و ٢، التهذيب ١٣١: ٨ ح ٤٥٥ و ٤٥٦، الوسائل ٤٣٩: ١٥ ب (٢٣) من أبواب العدد ح ١ و ٢.

٦- ٦) الخلاف ٣٠٩: ٢ مسأله (٢٣).

٧- ٧) النهايه: ٥٣٤.

الآية في ذلك. وفيه: أن المروى أن فاطمه بنت قيس كان زوجها قد بتّ طلاقها و لم يكن رجعيًا (١)، و بها احتج الجمهور (٢) على استحقاق البائن السكنى كالرجعيّ.

إذا تقرّر ذلك فنقول: حيث تخرج لإقامه الحدّ قيل: تعاد إلى المسكن بعد الفراغ، و قوفا فيما خالف الأصل على محلّ الضروره، فلا يثبت (٣) إلا فيه. و قيل:

لا- يجب ردّها إليه، لأن إخراجها مستثنى من النهي، فوجب ردّها يحتاج إلى دليل. و لأن إخراجها لو كان لمجرّد الحدّ لفرق فيه بين البرزه و المخدّره، فتخرج الأولى دون الثانية، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في بابه (٤). و في هذا قوّه.

و حيث تخرج لأذى أحمائها، أو لم نوجب في الأول إعادتها، ينقلها الزوج إلى منزل آخر، مراعيًا للأقرب إلى مسكن العده فالأقرب. و موضع النقل في الثاني ما إذا كانت الأحماء معها في دار واحده تسع لجمعهم، فلو كانت ضيقه لا تسع لهم و لها نقل الزوج الأحماء و ترك الدار لها. و لو كانت الأحماء في دار أخرى لم تنقل المعتده من دارها بالبذاه عليهم. و ربما قيل بجواز إخراجها بأذاها لهم و إن كانوا جيرانا، لإطلاق الآية (٥). و لو كانت في دار أبيها- لكون الزوج ساكنا معها- فطلّقها فيها فبذت على الأبوين، ففي جواز نقلها عنهم و جهان، من عموم الآية (٦).

ص: ٣١٦

١- ١) مسند الشافعي: ٣٠٢، مسند الحميدي ١: ١٧٦ ح ٣٦٣، سنن سعيد بن منصور ١: ٣٢٠ ح ١٣٥٧، مسند أحمد ٤: ٤١٥.

٢- ٢) راجع الحاوي الكبير ١١: ٢٤٧-١١: ٢٤٨، المغني لابن قدامه ٩: ٢٨٩.

٣- ٣) في «و»: تبيت.

٤- ٤) في المسأله السابعه عشر من النظر الثاني من كتاب القضاء.

٥- ٥) الطلاق: ١.

٦- ٦) الطلاق: ١.

و لا تخرج في حجه (١) مندوبه إلا بإذنه. و تخرج في الواجب و إن لم يأذن. و كذا فيما تضطر إليه و لا وصله لها إلا بالخروج.

المتناول لذلك حيث نقول بتفسيرها بالأعم، و من أن الوحشه لا تطول بينهم كما هي بينهما و بين الأحماء. نعم، لو كان أحماؤها في دار أبويها أيضا و بذت عليهم اخرجوا دونها، لأنها أحق بدار الأبوين، مع احتمال جواز إخراجها حينئذ، للعموم.

هذا، و تحريم إخراجها و خروجها مشروط بحاله الاختيار، فلو اضطرت إلى الخروج جاز، و وجب كونه بعد انتصاف الليل و تعود قبل الفجر، على ما ذكره المصنّف و جماعه (١). و هو في موقفه سماعه قال: «سألته عن المطلّقه أين تعتدّ؟ قال: في بيتها لا تخرج، فإن أرادت زيّاره خرجت بعد نصف الليل و لا تخرج نهارا» (٢). و إنما يعتبر ذلك حيث تتأدّى الضروره به، و إلا جاز الخروج مقدار ما تتأدّى الضروره من غير تقييد بالليل.

قوله: «و لا تخرج في حجه.. إلخ».

لَمّا كان جواز الخروج مقصورا على الضروره و لا ضروره إلى الحجه المندوبه لم يجز لها الخروج إليها. و كذا ما أشبهها من الزيارات. و في معناها الحجّ الواجب الموسّع كالنذر المطلق. و أما حجه الإسلام فيجوز لها أن تخرج إليها بناء على مذهبنا من أنها واجبه على الفور، و من جعلها على التراخي منعها من المبادره إليها فيها. و كذا يجوز لها الخروج لما تضطرّ إليه من حفظ المال و النفس

ص: ٣١٧

١-١) راجع المهدّب ٢:٣١٨، الجامع للشرائع: ٤٧٢، قواعد الأحكام ٢:٧٦.

٢-٢) الكافي ٦:٩٠ ح ٣، الفقيه ٣:٣٢٢ ح ١٥٦٤ و روايته مسنده عن أبي عبد الله عليه السلام و فيه: خرجت قبل نصف. و رجعت بعد نصف، التهذيب ٨:١٣٠ ح ٤٥٠، الاستبصار ٣:٣٣٣ ح ١١٨٥، الوسائل ١٥:٤٣٥ ب (١٩) من أبواب العدد ح ١.

و تخرج في العده (١) البائنه أين شاءت.

و نحوهما، كما لو لم تكن الدار حصينه و كانت تخاف من اللصوص، أو كانت بين قوم فسقه تخاف على نفسها منهم و لو على العرض، أو كانت تتأذى من الجيران أو من الأحماء تأذيا شديدا و لم يمكن إخراجهم عنها بأن كانوا في مسكن يملكونه و نحو ذلك.

و اعلم أنه يستفاد من قوله: «و لا- تخرج في حجه مندوبه إلا- بإذنه» أن المنع من خروجها مقيد بكونه بغير إذنه كما هو أحد القولين، أو يختص الحكم بالحج.

و يدل على جوازه بالإذن روايه معاويه بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سمعتة يقول: المطلقة تحج في عدتها إن طابت نفس زوجها» (١). و في روايه سماعه السالفه (٢): «ليس لها أن تحج حتى تنقضى عدتها». و طريق الجمع حمل النهي على ما لو لم يأذن.

قوله: «و تخرج في العده. إلخ».

مذهب أصحابنا أن حق السكنى للمطلقة مختص بالرجعيه دون البائن، للأصل، و لقوله تعالى بعد قوله لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لَا يَخْرُجْنَ .: لَعَلَّ اللَّهُ يُخْرِجْتُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا (٣) يعني الرجعه، و لأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ لم يجعل لفاطمه بنت قيس لَمَّا بَتَّهَا زوجها نفقه و لا سكنى و قال: «إنما النفقه و السكنى لمن يملك زوجها رجعتها بفرقه» (٤).

ص: ٣١٨

١- ١) الكافي ٩١: ٦ ح ١٢، التهذيب ١٣١: ٨ ح ٤٥٢، الاستبصار ٣٣٣: ٣ ح ١١٨٧، الوسائل ٤٣٩: ١٥ ب (٢٢) من أبواب العدد ح ٢.

٢- ٢) في الصفحة السابقه.

٣- ٣) الطلاق: ١.

٤- ٤) مسند الحميدى ١٧٦: ١ ح ٣٦٣، سنن سعيد بن منصور ٣٢٠: ١ ح ١٣٥٨، مسند أحمد ٤١٥: ٦، شرح معاني الآثار للطحاوى

٣: ٦٩.

والمعتمد من الدلالة على ذلك النقل المستفيض عن الأئمة عليهم السلام، منها صحيحه سعد بن أبي خلف قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن شيء من الطلاق، فقال: إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فقد بانت منه ساعه طلقها وملك نفسهها ولا سبيل له عليها وتذهب حيث شاءت ولا نفقه لها. قال: قلت له: أليس الله يقول لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ؟ قال: فقال: إنما عنى بذلك التي تطلق تطليقه بعد تطليقه فتلك التي لا تخرج ولا تخرج حتى تطلق الثالثة، فإذا طلقت الثالثة فقد بانت منه ولا نفقه لها» (١). و منها صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن المطلقة ثلاثاً إليها النفقه والسكنى؟ قال: أجبلى هي؟ قلت: لا، قال: فلا» (٢). وغيرهما من الأخبار الكثيرة.

و أما الآيه المذكوره فإنها وإن كانت محتمله لهما (٣) إلا أنها مخصوصه بالسنة، و بقرينه آخرها كما ذكرناه. و كذلك قوله تعالى أَشْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ (٤). و أما قصه فاطمه بنت قيس فقد روى الجمهور أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم لما آذت أحماءها بلسانها و استطالت عليهم، فدلالتها مرتفعه من البين، لاختلاف النقل فيها بالنسبه إلى

ص: ٣١٩

١- ١) الكافي ٩٠: ٥، التهذيب ١٣٢: ٨ ح ٤٥٨، الوسائل ٤٣٦: ١٥ ب (٢٠) من أبواب العدد ح ١.

٢- ٢) التهذيب ١٣٣: ٨ ح ٤٦٢، الاستبصار ٣٣٤: ٣ ح ١١٩١، الوسائل ٢٣٣: ١٥ ب (٨) من أبواب النفقات ح ٧.

٣- ٣) كذا في «ح، و» وفي «ش، ط، م»: لها.

٤- ٤) الطلاق: ٦.

الثانيه:نفقه الرجعيه لازمه (١)في زمان العده و كسوتها و مسكنها يوما فيوما،مسلمه كانت أو ذميه.أما الأمه،فإن أرسلها مولاها ليلا و نهارا فلها النفقه و السكنى،لوجود التمكين التام.و لو منعها ليلا أو نهارا فلا نفقه،لعدم التمكين[التام].

الحجّه على الخصم.

قوله:«نفقه الرجعيه لازمه.إلخ».

ما تقدّم كان حكم الإسكان،و يبين في هذه المسأله وجوب الإنفاق على الرجعيه مطلقا الذي من جملته الإسكان و الكسوه.و إنما خصّ الإسكان بالذكر للأمر فيه بخصوصه في الآيه (١)،و من ثمّ قال بعض العامه (٢)بوجوب الإسكان خاصّه للبائن،بخلاف النفقه،فإنها مختصّه بالرجعيه إجماعا.و شرط وجوبها لها اجتماع الشرائط المعبره فيها حال الزوجيه من الصلاحيه للاستمتاع و تسليم نفسها و غيره،لأن المطلقه رجعيه تبقى بحكم الزوجه،فيعتبر فيما يجب لها ما يعتبر في الزوجه.فلو كانت صغيره لا تحتل الجماع لم تستحقّ النفقه في العده، كما لا تستحقّها في النكاح.و كذا لو طلقها و هي ناشزه لم تستحقّ النفقه و السكنى في العده، كما لا تستحقّها في صلب النكاح،لتعدّيها.و كذا لو نشزت في العده و لو بالخروج من مسكنها بغير إذنه تسقط نفقتها و سكاها.و لو عادت إلى الطاعه عاد الاستحقاق.

و لو كانت أمه فقد مرّ (٣)أنه ليس على السيّد أن يسلمها ليلا و نهارا،بل له

ص:٣٢٠

١-١ (١) الطلاق:٤.

٢-٢ (٢) اختلاف العلماء:١٤٦-١٤٧،الوجيز للغزالي ١١٣:٢،حليه العلماء ٤١١:٧.

٣-٣ (٣) في ج ٣٣٥:٨.

و لا نفقه للبائن (١) و لا سكنى إلا أن تكون حاملا، فلها النفقه و السكنى حتى تضع.

أن يستخدمها نهارا و عليه أن يسلمها ليلا. و كذلك الحال في زمان العده. فإن سلمها ليلا و نهارا و رفع اليد عنها فلها النفقه و السكنى كما تستحقها و الحال هذه في صلب النكاح، و إن كان يستخدمها نهارا لم تستحق نفقه و لا سكنى، لكن لو سلمها ليلا فللزوجة أن يسكنها حاله فراغها من خدمه السيد لتحسينها، و يجب عليها حينئذ الاستقرار فيما يسكنها فيه إلى الصباح إلا مع الضروره كالحره.

قوله: «و لا نفقه للبائن. إلخ».

قد تقدم (١) القول في عدم وجوب النفقه للبائن، و في معناها أو من جملتها السكنى. و الغرض هنا استثناء الحامل من الحكم، فيجب الإنفاق عليها و إسكانها إلى أن تضع، لعموم قوله تعالى وَ إِن كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٢) الشامل للبائن و الرجعى، و صحيحه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته و هي حبلى، قال: «أجلها أن تضع حملها، و عليه نفقتها حتى تضع حملها» (٣). و في حسنه الحلبي السابقه (٤) حيث سأله عن نفقه البائن و سكرها فقال: «أحبلى هي؟ قلت: لا، قال: فلا» ما يتبته على ذلك.

و قد تقدم (٥) البحث في أن النفقه هل هي للحمل أو للحامل؟ و ما يترتب على

ص: ٣٢١

١-١) في ج ٤٤٩:٨-٤٥١.

٢-٢) الطلاق: ٦.

٣-٣) الكافي ١٠٣:٦ ح ٤، التهذيب ١٣٤:٨ ح ٤٦٤، الوسائل ٢٣٠:١٥ ب (٧) من أبواب النفقات ح ١.

٤-٤) في ص: ٣١٩.

٥-٥) في ج ٤٤٩:٨-٤٥١.

و تثبت العدة (١) مع الوطاء بالشبهه. و هل تثبت النفقه لو كانت حاملا؟ قال الشيخ: نعم. و فيه إشكال ينشأ من توهم اختصاص النفقه بالمطلقة الحامل دون غيرها من البائئات.

الأمرين من الأحكام.

قوله: «و تثبت العدة. إلخ».

هذه المسألة متفرّعه على أن النفقه على الحامل هل هي لها أو للحمل؟ فقال الشيخ (١): هي للحمل، فيجب على غير المطلقة إذا كانت حاملا. حيث يلحق الولد بالواطئ، لأن نفقه ولده واجبه عليه و إن لم تكن أمّه زوجته. و على القول بأنها للحامل فلا نفقه هنا، لأن الموطوءه للشبهه ليست زوجته. و قد تقدّم (٢) الكلام في توجيه القولين.

و المصنّف - رحمه الله - استشكل وجوب النفقه هنا تفريعا على كونها للحمل. و منشأ الاشكال ممّا ذكر، و من إمكان أن يقال: إن وجوب نفقه البائن على خلاف الأصل فيقتصر فيها على مورد النصّ (٣) و هو المطلقة الحامل، فلا يتعدّى إلى غيرها. و كون النفقه للحمل ليس المراد منه أنها عليه حقيقه، لأنه لا يحتاج إلى هذا الغذاء المخصوص و الكسوه و المسكن الخاص، و إنما المراد أنها تجب للحامل لأجله. و حينئذ فيختصّ بمورد النصّ و هو المطلقة، و قد تقدّم (٤) بعضه.

ص: ٣٢٢

١-١) المبسوط ٢٨:٦.

٢-٢) في ج ٤٥١:٨.

٣-٣) في الصفحة السابقه.

٤-٤) في الصفحة السابقه.

فروع فى سكنى المطلقة:

الأول: لو انهدم المسكن أو كان مستعاراً أو مستأجراً

الأول: لو انهدم المسكن (١) أو كان مستعاراً أو مستأجراً فانقضت المدّة جاز له إخراجها، و لها الخروج، لأنه إسكان غير سائغ. و لو طلّقت فى مسكن دون مستحقّها جاز لها الخروج عند الطلاق إلى مسكن يناسبها. و فيه تردّد.

قوله: «لو انهدم المسكن. إلخ».

قد عرفت أن على المطلقة ملازمه مسكن الطلاق مع الاختيار، فلو عرض له انهدام لا يقبل الإصلاح و هى ساكنه فيه جاز إخراجها إلى غيره. و كذا لو كان مستعاراً و رجع المعير فيها، أو مستأجراً و انقضت مدّة الإجاره. لكن فى هذين يجب على الزوج أن يطلبه من المالك و لو بأجره توصّيلاً إلى تحصيل الواجب بحسب الإمكان، فإن امتنع أو طلب أزيد من أجره المثل نقلها إلى مسكن آخر.

و أوجب جماعة (١) تحزّى الأقرب إلى المسكن المنتقل عنه فالأقرب اقتصاراً فى الخروج المشروط بالضروره على موردها. و هو حسن.

و متى نقلها ثمّ بذلك المنزل الأول مالكة ففى وجوب ردّها إليه وجهان، من أن جواز الخروج عنه مشروط بالضروره و قد زالت، و من سقوط اعتباره حيث أذن فى الخروج منه. و الغرض الذاتى منه ملازمه المرأه للمسكن من غير أن تخرج، و هو حاصل فى الثانى، و فى عودها إلى الأول منافاه للمقصود كانتقالها عنه. و المتّجه عدم وجوب إعادتها إليه.

و إنما يجب عليها الإقامة فى المسكن الذى طلّقت فيه إذا كان لائقاً بها عادة، فلو كان دون مستحقّها و كانت راضيه به زمن الزوجيّة لم يجب عليها الرضا

ص: ٣٢٣

به بعد الطلاق، بل لها المطالبه بمسكن يليق بها، كما أنه لو كان قد أسكنها زمن الزوجية في منزل رحب يزيد عن عاداتها فله نقلها منه بعد الطلاق إلى منزل يليق بها. و على القول بوجوب تحري الأقر ب فالأقرب لو كان المسكن خسيسا دون مسكن مثلها و أمكن جبره - بأن يضم إليه حجره من الدار أو مرفقا بحيث يصير به صالحا لمثلها - لم يجر إخراجها منه إلى غيره، لأن هذه الضميمة مع بقائها فيه أقرب إلى المقصود من مراعاة عدم الخروج.

و المصنّف تردّد في جواز خروجها إلى مسكن يليق بها إذا كانت وقت الطلاق في الأدون راضيه به. و وجه التردّد: ممّا ذكر، و من عموم (١) النهى عن إخراجهنّ من بيوتهنّ و عن خروجهنّ منه الشامل لموضع النزاع. و الوجه هو الأول.

و المعتبر فيما يليق بها منه ما تقدّم (٢) بحثه في باب النفقات، لكن يزيد هنا اعتبار انفرادها عن الزوج، فلو كان بيتا واحدا يليق بها لكن الزوج كان ساكنا معها قبل الطلاق و جب عليه الخروج عنها إن كان الطلاق بائنا حيث تجب لها السكنى، لتحريم الخلوه بالأجنبيّة. و إن كان الطلاق رجعيًا فظاهر الأصحاب عدم وجوب انفرادها، لأنّها بمنزله الزوجه. و يشكل بأن التمتع بها بالنظر و غيره إنما يجوز بتّيّه الرجعه لا - مطلقا، فهي بمنزله الأجنبيّة في أصل تحريمه و إن كان حكمه أضعف، فتكون الخلوه بها محرّمه كغيرها. و الأصل في تحريم الخلوه بالأجنبيّة قول النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: «لا يخلونّ رجل بامرأه فإن

ص: ٣٢٤

١- ١) الطلاق: ١.

٢- ٢) في ج ٨: ٤٦٠.

الثانى: لو طلقها ثم باع (١) المنزل، فإن كانت معتده بالأقراء لم يصح البيع، لأنها تستحق سكنى غير معلومه، فتتحقق الجهالة. و لو كانت معتده بالشهور صح، لارتفاع الجهالة.

ثالثهما الشيطان» (١). و هذه المسألة من المهمات، و لم يذكرها الأصحاب فى باب النكاح، و أشاروا إليها فى هذا الباب.

و المعتبر من الخلوه المحرمه أن لا- يكون معهما ثالث من ذكر أو أنثى بحيث يحتشم جانبه و لو زوجه أخرى أو جاريه أو محرم له. و ألحق بعضهم بخلوه الرجل بالمرأه خلوه الاثنتين فصاعدا بها دون خلوه الواحد بنسوه. و فرّقوا بين الأمرين بأن استحياء المرأه من المرأه أكثر من استحياء الرجل من الرجل.

و لا يخلو ذلك من نظر.

و حيث يحرم عليه مساكنتها و الخلوه بها يزول التحريم بسكنى كل واحد منهما فى بيت فى الدار الواحده بشرط تعدد المرافق، فلو كانت مرافق حجرتها- كالمطبخ و المستراح و البئر و المرقى إلى السطح- متّحده فى الدار لم يجز بدون الثالث، لأن التوارد على المرافق يفضى إلى الخلوه. و حكم السفلى و العلوى حكم الدار و الحجره. و لو كان البيت متّحدا لكّنه واسع فبنى بينهما حائلا- جاز إن كان ما يبقى لها سكنى مثلها. ثم إن جعل باب ما يسكنه خارجا عن مسكنها لم يفتقر إلى ثالث، و إن جعله فى مسكنها لم يجز إلاّ به، لإفضائه إلى الخلوه بها وقت المرور.

قوله: «لو طلقها ثم باع.. إلخ».

إذا باع الزوج الدار التى استحقت المطلقه سكتها، فإن كانت معتده

ص: ٣٢٥

١- ١) مسند الطيالسى: ٧، مسند الحميدى ١: ٢٠ ح ٣٢، مسند أحمد ١: ٢٦، مسند عبد بن حميد: ٣٧ ح ٢٣، مسند الشهاب للقضاعى ٢: ٩٠ ح ٩٤٦، سنن البيهقى ٧: ٩١.

بالأقراء أو بوضع الحمل لم يصحّ البيع ما لم تنقض العده، لأن مدّة الأقراء و الحمل مجهوله و إن كان لها عاده مستقيمه في الأقراء و الحمل، لأنّ تغير العاده أمر ممكن، فهو كما لو باع دارا و استثنى منفعتها مدّة مجهوله. و لو كانت تعتدّ بالأشهر فقد قطع المصنّف بجواز البيع معلّلا- بارتفاع الجهاله، كما لو باع الدار الموجوده مدّة معيّنه، لتعلّق حقّ الغير بالمنفعه مدّة مضبوطة. هذا حاصل ما ذكره من الفرق بين الأمرين.

و يشكل الحكم في كلّ منهما:

أما الأول فلأنّ الاختلاف الحاصل أو الممكن مع اعتيادها استقامه الحيض قدر يسير قد لا تضرّ جهالته حيث تكون المنفعه في زمانه تابعه للمعلوم، كما جوّزوا تبعيّه المجهول للمعلوم في البيع حيث يكون المجهول تابعا. نعم، هذا يجري على يقول من لا يصحّ بيع المجهول مطلقا، و المصنّف منهم كما تبّه عليه في باب (1)، فلذا أطلق هنا.

و أما الثاني فيمكن مساواته للأول في احتمال الجهاله، لأنّ المعتدّه بالأشهر قد تتوقّع الحيض في أثنائها فينتقل إليها كما سبق (2)، فيكون تقيد عدّتها بالأشهر غير معلوم. و هذا الاحتمال لا يزول عندنا، لأنّ الصغيره و اليائسه لا عدّه عليهما، و من هي في سنّ المحيض- بأن بلغت التسع و لم تكن يائسه- يمكن في كلّ وقت حيضها و إن لم يكن غالبا. و مع ذلك فيمكن طرؤ الموت في أثناء العده فتبطل و ترجع المنفعه إلى ملك الزوج إن كانت هي الميئه أو إلى ورثته إن كان

ص: ٣٢٤

١-١) في ج ١٧٥: ٣.

٢-٢) في ص: ٢٣٧.

الميت هو، فلا وثوق بخروج المنفعة عن ملكه مدة العدة. وبهذا يفرق بين بيع العين المؤجره مدة معلومه و بين بيع هذه الدار، لأن منافع العين المؤجره ملك للمستأجر، ألا ترى أنه لو مات كانت لورثته، بخلاف المعتدّه، فإنها لا تملك منفعة الدار، و لهذا لو ماتت كانت منافعها بقيه المده للزوج. و يمكن أن يلتزم هنا عود المنفعة إلى الزوج دون المشتري، و تكون المنفعة زمن العده مستثناه عن المشتري مطلقا. و يبقى الإشكال الأول.

و لو قلنا بصحة البيع لذات الأشهر فحاضرت في أثنائها و انتقلت عدتها إلى الأقرء، فإن انقضت عدتها بها في مقدار الأشهر أو أقل فلا اعتراض للمشتري.

و كان البحث في بقيه الأشهر- هل تنتقل منفعتها إلى المشتري أو إلى البائع؟- كما لو ماتت في أثنائها. و الأظهر انتقالها إلى البائع، لأنها كالمستثناه له مدة معلومه.

و لو انقضت (1) العده بالأقرء أكثر من الأشهر قدّمت الزوجه بالباقي، لسبق حقها. و في تخيير المشتري في الفسخ و الإمضاء حينئذ وجهان، من فوات بعض حقه فكان كتبعض الصفقه، و من قدومه على ذلك، فإنه كما يمكن بقاء استحقاقها طول المده باستمرارها على عدم الحيض يحتمل نقصانه عنها و زيادته بالتغير الطارئ. و تصحيح البيع للبناء على الغالب أو على أصاله عدم التغير لا يوجب تعيينه.

و الأقوى الفرق بين من يعلم بالحكم و غيره، فيتخير الثاني دون الأول، لأن خيار تبعض الصفقه مشروط بجهل ذي الخيار بما يقتضى التبعض.

و ربما استثنى من عدم صحه بيع المسكن- حيث لا نصحه- ما لو بيع

ص: ٣٢٧

الثالث: لو طلقها ثم حجر عليه الحاكم (١) قيل: هي أحق بالسكنى، لتقدم حقها على الغرماء. وقيل: تضرب مع الغرماء بمستحقها من أجره المثل. [و الأول أشبه]. أما لو حجر عليه ثم طلق كانت أسوه مع الغرماء، إذا لا مزيه [لها].

على المطلقة، لاستحقاقها حينئذ جميع المنفعة من حين الشراء وإن كان بعضه بالشراء وبعضه بالزوجيه، فإن ذلك لا يقدح، كما لو باع ما يملك وما لا يملك مع الجهل بقسط ما صح فيه البيع حالته. وقد تقدم البحث في نظير المسألة في كتاب السكنى (١) إذا بيع المسكن مدته معلومه أو مجهوله كالمقترن بالعمر، وحققنا القول فيه، فليراجع ثم.

قوله: «لو طلقها ثم حجر عليه الحاكم. إلخ».

إذا طلقها وهي في مسكن مملوك للزوج ثم أفلس وحجر عليه، فإن كان المسكن هو المستثنى له في الدين فلا اعتراض عليها بوجه، بل تبقى فيه إلى انقضاء العده ثم ترجع منفعتة إلى الزوج. وإن كان فاضلا عنه بحيث يباع في الدين بقى لها فيه حق السكنى مقدما على الغرماء، لتقدم حقها في العين عليهم، لأن حقهم لم يتعلق بأعيان أمواله إلا بعد الحجر. وكذا لو مات وعليه ديون، فتقدم به على الورثه، لأن حقها متعلق بعين المسكن كحق المكترى والمرتهن. ويأتي في جواز بيع الحاكم رقبته لأجل الدين ما مر (٢) من التفصيل في بيع المطلق له.

ص: ٣٢٨

١-١) في ج ٤٢٧: ٥.

٢-٢) في ص: ٣٢٥.

و القول بتقديمها على الغرماء هو المشهور بين الأصحاب و غيرهم، لم ينقل أحد فيه خلافاً، و لكن المصنّف نقل عن بعضهم أنها تضرب مع الغرماء بأجره المثل. و وجهه: أن حقّها فى السكنى تابع للزوجيّة السابقه، و لهذا كان مشروطاً بشروطها من بقائها على الطاعه و التمكين و غيره من الشرائط، فلا يكون حقّها أزيد من حقّ الزوجه، و الزوجه إنما تستحقّ السكنى يوماً فيوماً، و على تقدير الحجر عليه لا- تستحقّ السكنى إلا- يوم القسمة خاصّه، فإذا بقى من استحقاقها فى السكنى شىء ضربت به مع الغرماء (١) كالدين، لأنه متعلّق بذمّه الزوج و إن اختصّ برقبه المسكن الخاص.

و جوابه: أن حقّ الزوجه فى الإسكان و النفقه فى مقابله الاستمتاع، فكان متجدّداً بتجدّده، بخلاف حقّ المطلقة، فإنه ثابت بالطلاق لمجموع العده لا فى مقابله شىء و إن كان مشروطاً بشرائط نفقه الزوجه، و من ثمّ وجب لها فى البائن على بعض الوجوه.

هذا كلّه إذا تقدّم الطلاق على الحجر. أما لو حجر عليه أولاً ثمّ طلقها ضاربت بأجره المثل مع الغرماء، إذ لا مزيّة لها عليهم. و ليس ذلك كدين يحدث بعد الحجر لا يزاحم صاحبه الغرماء، لأنّ حقّها و إن كان حادثاً فهو مستند إلى سبب متقدّم و هو النكاح. و أيضاً فإنه حقّ يثبت لها بالطلاق من غير اختيارها، فأشبهه ما إذا أتلّف المفلس مالا على إنسان، فإنه يزاحم الغرماء.

ص: ٣٢٩

(١- ١) كذا فى هامش «و» بعنوان «ظاهراً» و هو الصحيح، و فيما لدينا من النسخ و الحجريتين: مع الورثه.

الرابع: لو طلقها في مسكن (١) لغيره استحقت السكنى في ذمته، فإن كان له غرماء ضربت مع الغرماء بأجره مثل سكنها. فإن كانت معتده بالأشهر فالقدر معلوم. وإن كانت معتده بالأقراء أو بالحمل ضربت مع الغرماء بأجره سكنى أقل الحمل أو أقل الأقراء، فإن اتفق وإلا أخذت نصيب الزائد. وكذا لو فسد الحمل قبل أقل المدّة رجعت عليها بالتفاوت.

قوله: «لو طلقها في مسكن. إلخ».

ما سبق حكم ما إذا كان المسكن ملكاً للزوج. أما لو طلقها وهي في مسكن لغيره بعاريه أو بأجره ضاربت بالأجره، سواء كان الطلاق قبل الحجر أم بعده، لأن حقها هنا مرسل غير متعلق بعين، بخلاف ما إذا كان المسكن له، فإنها تستحقه بخصوصه فتقدم به. وهذا الفرق يتم مع كون المسكن بإعارة مطلقاً أو بأجره المثل من غير عقد، أما لو كان قد استأجره مدّة معيّنه وأسكنها فيه لم يظهر الفرق بينه وبين ما يملك رقبته. وما يقال من تقديمها هنا بأقل المدّة أو غيره مشترك. واللائح من الفرق الذي ذكره - من كون السكنى في ذمته لا تتعلق بعين مخصوصه - اختصاصه بما لو لم يكن المسكن موجراً مدّة معيّنه، لأنه لو كان كذلك فطلقها فيه اختصت به ولم يجز إخراجها منه، لعدم المقتضى.

إذا تقرر ذلك فمتى وقعت الحاجة إلى المضاربه بالحصّه، فإن كانت ممّن تعتدّ بالأشهر فالقدر الذي تضارب به معلوم، لأنه أجره تمام ثلاثة أشهر. وإن كانت ممّن تعتدّ بالأقراء أو بوضع الحمل نظر إن لم يكن لها عادة في الأقراء أو في مدّة الحمل أخذت باليقين، فتضارب بأجره أقل مدّة يمكن انقضاء الأقراء فيها. وقد تقدّم (١) ما يعلم به الأقل. والحامل تضارب بأجره ما بقي من أقل مدّة

ص: ٣٣٠

للحمل و هي ستة أشهر من يوم العلق، لأن استحقاق الزيادة مشكوك فيه. وإن كان لها عادة غالبه فالأشهر أن حكمها كذلك. و لو قيل هنا بجواز الضرب بمقدار العادة الغالبة - وهي ما بقى من ثلاثه أشهر لذات الأقرء و تسعه أشهر للحامل - كان وجهها، لأن الأصل و الظاهر استمرار عاداتها.

و الفرق بين ما نحن فيه حيث بنينا المضاربه على الأخذ بالأقل أو بغالب العادة و لم نبن الأمر فى بيع المسكن على ذلك - بل قطع بالطلان إذا كانت تعتد بالأقرء أو بوضع الحمل - أنا و إن أخذنا بالظاهر هناك، فإن استحقاقها لجميع مدّة العدّه ثابت، و احتمال الزيادة و النقصان قائم، و بذلك تطرّق الجهل إلى المبيع، إذ لا يدري المشتري متى يستحق المنفعه، و الجهاله تمنع صحّه البيع، و هنا الجهاله تقع فى القسمه، فلا يدري أن ما أخذه كلّ واحد هو قدر حصّيته أم لا، و هي لا تمنع صحّه القسمه، و لهذا لو قسّم مال المفلس بين غرمائه فظهر غريم آخر لا تستأنف القسمه بل يرجع على كلّ واحد بالحصّه.

و إذا ضاربت بأجره مدّه و انقضت المدّه على وفق تلك المضاربه رجعت على المفلس بالباقي من الأجره عند يساره كباقي ديون الغرماء بعد المضاربه.

و لو امتدّت العدّه و زادت على مدّه المضاربه رجعت على الغرماء بأجرتها، لأنه تبيّن استحقاقها الزيادة، فأشبهه ما إذا ظهر غريم آخر. و لها أن ترجع به على المفلس إذا أيسر. و يحتمل عدم رجوعها على الغرماء بل على المفلس خاصه، لأننا قدرنا حقّها بما أعطيناها مع تجويز استحقاق الزيادة فلا يتغيّر الحكم، و يخالف الغريم الذى ظهر، فإننا لم نشعر بحاله أصلا. و ربما فرّق بعضهم بين الحامل و ذات الأقرء، فإن الحمل محسوس تقوم البيّنه عليه، و الأقرء لا تعرف

الخامس: لو مات فورث المسكن (١) جماعه لم يكن لهم قسمته إذا كان بقدر مسكنها إلا- بإذنها أو مع انقضاء عدتها، لأنها استحقت السكنى فيه على صفته.

و الوجه أنه لا سكنى لها بعد الوفاه ما لم تكن حاملا.

إلا- من قولها، فلو مكنت من الرجوع لم يؤمن أن تدعى تباعد الحيض طلبا للزيادة. و وجه المشهور: أنها مصدقه في ذلك شرعا، فيكون قولها كقيام البينه.

و متى ضاربت بالأجره استوجر بحصتها المنزل الذى وجبت فيه العده، فإن تعذر اعتبر القرب كما تقدم (١).

و لو فرض انقضاء العده قبل تمام المده التى بنت (٢) عليها المضاربه، لفساد الحمل حيث أجلها بالأقل أو عجّلت الأقرء حيث يعتبر الأغلب، ردّت الفضل على الغرماء و رجعت على الزوج المفلس بما تقتضيه المحاصه للمده التى انقضت العده فيها كما مرّ.

و اعلم أنه لا- فرق فى هذه المسائل بين أجره المسكن و النفقه، فتضارب الغرماء عند إفلاس الزوج بالنفقه و السكنى جميعا. بل المضاربه بالنفقه ثابتة على كلّ حال، بخلاف المسكن، فإنها قد تختصّ به، فلذلك أفردوه بالذكر. و القول فى كيفيه المضاربه و الرجوع على ما مضى.

قوله: «لو مات فورث المسكن. إلخ».

إذا مات الزوج فى خلال العده و قلنا بعدم سقوط حقّها من السكنى بموته،

ص: ٣٣٢

١- ١) فى ص: ٣٢٣.

٢- ٢) فى «ح»: تثبت، و فى «م»: تثبت.

إما مطلقا على ما يقتضيه كلام الشيخ (١)، أو مع كونها حاملا على قول، و كانت في مسكن مملوك للزوج، لم تقسّمه الورثة حتى تنقضى العده إلا بإذنها أو مع انقضاء عدتها، لسبق استحقاقها السكنى فيه على صفته من غير أن يقسم، كالدار التي آجرها جماعة من إنسان. هذا إذا ترتب على قسمتها تغيير صورتها بإقامه الحدود و الجدران. أما لو أرادوا التمييز بخطوط ترسم من غير نقض و بناء فلا مانع منه بناء على جعل القسمة إفراس حق، و أما من جعلها يباعا جاء فيه الحكم في بيع مسكن العده على ما مرّ (٢). و لو لم تكن حاملا أو قلنا إن المتوفى عنها لا سكنى لها مطلقا فلا مانع من قسمتها كغيرها من أمواله.

و اعلم أن تنزيل هذه المسألة على أصولنا على القولين مشكل. أما على القول بعدم استحقاق المتوفى عنها مطلقا فظاهر، لأن حق المطلقة بموت الزوج يسقط من السكنى و النفقه. و أما على القول بوجود نفقتها إذا كانت حاملا- كما ذهب إليه الشيخ (٣)- فإنما يجب من نصيب الحمل على ما صرح به الشيخ و الرواية (٤) التي هي مستند الحكم لا من مال الميت مطلقا، و الفرض في المسألة تعدد الوارث، و حينئذ فلا تتقدم بحق السكنى على إرثهم من المسكن، إذ لا حق لها في نصيبهم بل في نصيب الحمل منه خاصه، فلا يتم تقديمها بالمسكن مطلقا، و لا تفريع عدم جواز القسمة، بل غايته أن تطلب السكنى من حق ولدها كما تطلب النفقه، و ذلك لا ينحصر في مسكن الطلاق، و إنما هذا حكم مختص

ص: ٣٣٣

١- (١) المبسوط ٢٥٦: ٥.

٢- (٢) في ص: ٣٢٥.

٣- (٣) النهاية: ٥٣٧.

٤- (٤) لاحظ الوسائل ٢٣٦: ١٥ ب (١٠) من أبواب النفقات ح ١.

السادس: لو أمرها بالانتقال فنقلت رحلها و عيالها

السادس: لو أمرها بالانتقال (١) فنقلت رحلها و عيالها، ثم طَلقت و هي في الأول، اعتدَّت فيه.

و لو انتقلت و بقي عيالها و رحلها، ثم طَلقت، اعتدَّت في الثاني.

و لو انتقلت إلى الثاني، ثم رجعت إلى الأول لنقل متاعها، ثم طَلقت، اعتدَّت في الثاني، لأنه صار منزلها.

و لو خرجت من الأول فطلقت قبل الوصول إلى الثاني، اعتدَّت في الثاني، لأنها مأموره بالانتقال إليه.

بالمطلقة حيث تستحق ذلك على الزوج.

و الأصل في هذه المسألة أن مذهب بعض الشافعيه (١) وجوب السكنى في عدّه الوفاه كما تجب في غيرها من العدد البائنه و الرجعيه، و لا يخصّون الحكم بالرجعيه كما يذهب إليه أصحابنا، و جعلوا حقّ السكنى من التركه، و عليه يتفرّع ما ذكر هنا. فتابعهم الشيخ في عبارته من غير تقييد بما يناسب مذهبه. و قيدها المصنّف و العلامه (٢) بكونها حاملا. و ذلك يتم في استحقاق أصل السكنى لا في صفتها، للفرق بين سكنى المطلقة و المتوفى عنها الحامل على ما رأيت.

قوله: «لو أمرها بالانتقال.. إلخ».

قد عرفت أن من استحققت السكنى من المعتدات تسكن في المسكن الذي كانت فيه عند الطلاق إلا أن يمنع منه مانع. فلو انتقلت من مسكن إلى آخر ثم طلقها الزوج، فإن كان الانتقال بغير إذنه فعليها أن تعود إلى الأول مطلقا. و لو أذن

ص: ٣٣٤

١-١ (١) الحاوى الكبير ٢٥٨: ١١.

٢-٢ (٢) راجع تحرير الأحكام ٧٦: ٢.

لها بعد الانتقال فى أن تقيم فى المنتقله إليه كان كما لو انتقلت إليه بعد الطلاق بإذنه فإن جَوَزهنا جاز هنا و إلا فلا. و لو انتقلت بإذنه ثمّ طلق (١) اعتدّت فى المنتقله إليه، فإنّه المسكن عند الفراق. و إن خرجت من الأول و لم تصل إلى الثانى فطلّقها فالأصحّ أنها تعتدّ فى الثانى، لأنها مأوره بالمقام فيه ممنوعه من غيره.

و لا فرق بين كونه بعد الطلاق أقرب إليها من الأول و عدمه.

و الاعتبار فى الانتقال بالبدن لا بالأمتعه و الخدم، حتى لو كانت قد انتقلت إلى المسكن الثانى بنفسها و لم تنقل الرحل و الأمتعه فمسكنها الثانى، و لو نقلت الأمتعه و لم تنتقل هى فالمسكن الأول، كما أن حاضر المسجد من هو بمكّه لا من رحله و أمتعه بمكّه. و عند أبى حنيفه (٢) الاعتبار بالأمتعه لا بالبدن، فالحكم عنده على العكس.

و لو أذن لها فى الانتقال ثمّ طلقها قبل أن تخرج من المسكن لم يجر لها الخروج، لأنّ العده وجبت فيه. و لو انتقلت إلى المسكن الثانى ثمّ عادت إلى الأول لنقل متاع و غيره فطلّقها فالمسكن الثانى و تعتدّ فيه، و هو كما لو خرجت عن المسكن لحاجه فطلّقها و هى خارجه. هذا إذا كانت قد دخلت الثانى دخول قرار.

أما إذا لم تدخله على وجه القرار بل كانت متردّده بينهما و تنقل أمتعتها، فإنّ طلقها و هى فى المسكن الثانى اعتدّت فيه. و إن طلقها و هى فى الأول ففيه وجهان، و ظاهر العبارة اعتدادها فى الثانى مطلقا، إذ لم يقيد الحكم بكون الانتقال على وجه القرار.

ص: ٣٣٥

١- ١) فى «و»: طلّقت.

٢- ٢) راجع الحاوى الكبير ٢٥٩: ١١- ٢٦٠.

السابع: البدويّة تعتدّ في المنزل الذي طلّقت فيه

السابع: البدويّة تعتدّ (١) في المنزل الذي طلّقت فيه، فلو ارتحل النازلون به رحلت معهم، دفعا لضرر الانفراد. وإن بقي أهلها فيه أقامت معهم ما لم يتغلّب الخوف بالإقامه. ولو رحل أهلها وبقى من فيه منعه، فالأشبه جواز النقله، دفعا لضرر الوحشه بالانفراد.

الثامن: لو طلّقها في السفينه

الثامن: لو طلّقها في السفينه (٢)، فإن لم تكن مسكنا أسكنها حيث شاء، وإن كانت مسكنا اعتدّت فيها.

قوله: «البدويّة تعتدّ.. إلخ».

منزل البدويّة وبيتها من صوف و شعر كمنزل الحضريّة من طين و حجر، فإذا لزمتهما العدّه فيه فعليها ملازمته.

ثمّ إن كانت البدويّة من حيّ نازلين على ماء لا ينتقلون عنه و لا يطعنون إلّا لحاجه فهي كالحضريّة من كلّ وجه. وإن كانت من حيّ ينتقلون عنه، فإن ارتحلوا جميعا ارتحلت معهم للضروره. وإن ارتحل بعضهم نظر إن كان أهله ممّن.

لم يرتحل و في الذين لم يرتحلوا قوّه و عدد فليس لها الارتحال. وإن كان أهلها ممّن يرتحل و في الباقيين قوّه و عدد فوجهان: أحدهما أنه ليس لها الارتحال و تعتدّ هناك، لثبوتها، فتدخل في عموم قوله تعالى لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لا يَخْرُجَنَّ (١). و أصحّهما أنها تتخيّر بين أن تقيم و بين أن ترتحل، لأن مفارقه الأهل عسره موحشه، فتكون ضررا يستثنى معه المفارقه للمنزل.

قوله: «لو طلّقها في السفينه. إلخ».

إذا طلّقها و هي في السفينه، فإن ركبتها مسافره و لم تكن منزل أمثالها فهو كما لو طلّقها مسافره، فيسكنها حيث شاء بعد قضاء وطرها الضروري من السفر.

ص: ٣٣٦

التاسع: إذا سكنت في منزلها و لم تطالب بمسكن

التاسع: إذا سكنت في منزلها (١) و لم تطالب بمسكن فليس لها المطالبة بالأجره، لأن الظاهر منها المتطوع بالأجره. و كذا لو استأجرت مسكنا فسكنت فيه، لأنها تستحق السكنى حيث يسكنها لا حيث تتخير.

و إن كان مسكنا لها- بأن كان ملاحا و لا منزل له سوى السفينه- كانت السفينه في حقه بمنزله الدار للحضري. فإن اشتملت على بيوت متميزه المرافق اعتدت في بيت منها معتزله عن الزوج، و سكن الزوج بيتا آخر، و كانت كدار فيها حجر منفرده المرافق. و إن كانت صغيره نظر إن كان معها محترم (١) يدفع الخلوه المحرمه اعتدت فيها. و لو أمكن خروجه منها مع انتفاء الضرر بخروجه- بحيث يبقى فيها من يمكنه معالجتها- و جب، كما تقدم (٢) في البيت الواحد. و حيث تعتد خارجها يجب تحرى أقرب المنازل الصالحه لها إلى الشط، كما تقدم (٣) في ضروره الخروج من منزل الطلاق.

قوله: «إذا سكنت في منزلها. إلخ».

إذا طلقها و وجب عليه السكنى، فإن كانت في منزلها فخرجت منه إلى مسكنها بغير إذنه فلا إشكال في عدم استحقاقها عليه أجره المسكن، نوت الرجوع أم لم تنو. و إن كانت ساكنه من قبل في مسكنها- مسامحه له حال الزوجيه في المسكن، أو غير مسامحه- فطلقها و استمرت في مسكنها، فإن نوت التبرع فلا شبهه في عدم جواز رجوعها عليه بالأجره فيما بينها و بين الله تعالى.

و إن نوت الرجوع أو لم تنو شيئا ففي صيروره حق السكنى في ذمته كنفقه

ص: ٣٣٧

١- ١) في إحدى الحجريتين: محرم.

٢- ٢) في ص: ٣٢٤.

٣- ٣) في ص: ٣٢٣.

الزوجه و جواز مطالبتها بها، أو عدمه نظرا إلى ظاهر حالها من كونها متطوّعه بها، فلا يقبل منها دعوى تيه الرجوع، إذ لا رجوع لها لو لم تنو، و يحمل الإطلاق على التبرّع، و جهان جزم المصنّف بعدم رجوعها عملا بالظاهر.

و علّل أيضا بأنها بسكناها فى منزلها و عدم مطالبته مع تمكّنها من المطالبه تكون قاضيه لدينه بغير إذنه فلا ترجع، كمن قضى دين غيره بغير إذنه و لا إذن شرعى.

و يشكل بأن سكناها من جمله النفقات الواجبه، و هى على حدّ نفقه الزوجه التى تستقرّ فى الذمّه بفواتها و يجب قضاؤها، و لا يلزم من سكوتها أن تكون قاضيه دينه بغير إذنه، و إلاّ- لم تستحقّ نفقه إذا امتنع من الإنفاق عليها و هى زوجه فأنفقت على نفسها، فإنها حينئذ تكون قاضيه دينه بغير إذنه مع وجوب قضائها إجماعا. و دعوى كون الظاهر من حالها التبرّع متخلف فيما إذا صرّحت بقصد الرجوع، اللهم إلاّ- أن يجعل ذلك من قبيل نفقه الأقارب لا نفقه الزوجه، لخروجها عن الزوجيه، و أن الغرض من سكناها تحصين مائه على موجب نظره و احتياطه و لم يتحقّق، فكانت بذلك مشبهه لنفقه الأقارب التى غايتها المعونه لا المعاوضه.

و قد يفرّق أيضا بين السكنى و النفقه بأن السكنى لكفايه الوقت و قد مضى، و المرأه لا تملك المسكن و لها تملك الانتفاع به، و النفقه عين تملك و تثبت فى الذمّه.

و ينتقض هذا الفرق بكسوه الزوجه على القول الأصحّ من أنه إمتاع، و بسكناها، فإنه لا يستلزم عدم قضائهما لها.

المسأله الثالثه: لا نفقه للمتوفى عنها [زوجها] (١) و لو كانت حاملا.

و روى أنه ينفق عليها من نصيب الحمل. و فى الروايه بعد. و لها أن تبيت حيث شاءت.

و الأقوى ثبوت الأجره عليه ما لم تتبرع، لأن حقها ثابت لها فلا يسقط إلا بأدائه إليها أو إسقاطها صريحا أو علم التبرع. و كذا القول فيما لو استأجرت مسكنا فسكنت فيه، إلا أن اللازم هنا أجره مثل مسكن يصلح لها عادة لا أجره ما استأجرت. كل ذلك مع عدم خروجها بغير إذنه حيث يكون باذلا- لها السكنى. و لو رجعت مع امتناعه إلى الحاكم فأمرها بالاستئجار، أو تعذر و امتنع الزوج، فلا إشكال فى الثبوت.

و تعليقه عدم الاستحقاق بأنها إنما تستحق حيث يسكنها لا حيث تتخير لا يتم إلا مع بذله لها السكنى، أما مع سكوتها عنها فلا، و مع ذلك لا (١) يرد الأمر إلى تخييرها بل إلى حقها الكلى المستقر فى ذمته بفواته و إن لم تطالب به، و تخييرها فى المسكن على هذه الحاله لا يسقط حقها. نعم، لا يوجب أجره المسكن المعين، و نحن نقول بموجبه.

قوله: «لا نفقه للمتوفى عنها زوجها.. إلخ».

المشهور بين الأصحاب أن نفقه المعتده مختصه بالرجعيه و البائن الحامل. و أما المتوفى عنها فإن كانت حائلا فلا نفقه لها إجماعا. و إن كانت حاملا فلا نفقه لها فى مال المتوفى أيضا كذلك. و هل تجب فى نصيب الولد؟ اختلف الأصحاب فى ذلك بسبب اختلاف الروايات، فذهب الشيخ فى النهايه (٢).

ص: ٣٣٩

١- ١) فى «ش» و الحجريتين: فلا.

٢- ٢) النهايه: ٥٣٧.

و جماعه (١) من المتقدمين إلى الوجوب. و للشيخ (٢) قول آخر بعدمه، و هو مذهب المتأخرين (٣)، للأصل، و قوله صلى الله عليه و آله: «إنما النفقه للتي يملك زوجها رجعتها» (٤). و الحق بها المطلقة البائن بدليل خارجي فيبقى الباقي. و لحسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه قال: «الحلبي المتوفى عنها زوجها لا نفقه لها» (٥). و رواه أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: «في المرأه الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقه؟ قال: لا» (٦). و رواه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام: «في المرأه الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقه؟ قال: لا» (٧) و غيرها من الأخبار.

و احتج الأولون بصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال:

«المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من ماله» (٨) قال الشيخ (٩) -رحمه الله:-

ص: ٣٤٠

-
- ١-١) راجع الكافي في الفقه: ٣١٣، المهذب ٢: ٣١٩، الوسيط: ٣٢٩.
 ٢-٢) الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢: ٣٠٨ مسألة (٢٠)، المبسوط ٥: ٢٥١.
 ٣-٣) راجع السرائر ٢: ٧٣٨، قواعد الأحكام ٢: ٧٥، إيضاح الفوائد ٣: ٣٦٨-٣٦٩.
 ٤-٤) تقدم ذكر مصادره في ص: ٣١٨، هامش (٤).
 ٥-٥) الكافي ٦: ١١٤ ح ٣، التهذيب ٨: ١٥١ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٤٥ ح ١٢٢٩، الوسائل ١٥: ٢٣٤ ب (٩) من أبواب النفقات ح ١.
 ٦-٦) الكافي ٦: ١١٥ ح ٨، التهذيب ٨: ١٥٠ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٤٤ ح ١٢٢٨، الوسائل الباب المتقدم ح ٢.
 ٧-٧) الكافي ٦: ١١٥ ح ٩، التهذيب ٨: ١٥١ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٤٥ ح ١٢٣٠، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.
 ٨-٨) الكافي ٦: ١٢٠ ح ٤، التهذيب ٨: ١٥١ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٤٥ ح ١٢٣٢، الوسائل ١٥: ٢٣٥ ب (٩) من أبواب النفقات ح ٤.
 ٩-٩) التهذيب ٨: ١٥١ ح ٨، الاستبصار ٣: ٣٤٥ ح ١٢٣٢.

المسألة الرابعة: لو تزوّجت في العدة (١) لم يصحّ، و لم تنقطع عده الأول.

فإن لم يدخل [بها] الثاني فهي في عده الأول. و أو وطئها الثاني عالما بالتحريم فالحكم كذلك، حملت أو لم تحمل. و لو كان جاهلا و لم تحمل أتمت عده الأول، لأنها أسبق، و استأنفت أخرى للثاني على أشهر الروايتين.

الضمير في «ماله» راجع إلى الولد، لأن الحائل لا نفقه لها إجماعا، فالمراد الحامل، و إنما قلنا برجوع الضمير إلى الولد لما رواه أبو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: «المرأة الحبلى المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها» (١).

و المصنّف -رحمه الله- استبعد هذه الرواية من غير أن يستضعفها، لأن طريقها صحيح. و وجه البعد: أن ملك الحمل مشروط بانفصاله حيّا، فقبله لا مال له في الميراث و لا في غيره. مع أنها معارضة بصحيحه محمد بن مسلم أيضا عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن المتوفى عنها زوجها إلها نفقه؟ قال: لا، ينفق عليها من مالها» (٢). و ترك الاستفصال يفيد العموم.

و تبه بقوله: «و لها أن تبيت حيث شاءت» على خلاف بعض العامة (٣) حيث جعل سكنها من التركة و تعيينها إلى الوارث، حتى لو لم تكن تركه فعين الوارث لها مسكنا لم يكن لها الامتناع.

قوله: «و لو تزوّجت في العدة. إلخ».

لما كان العقد على ذات العدة باطلا، سواء علم بالحكم أم لم يعلم، فلا عده

ص: ٣٤١

١- ١) الكافي ١١٥: ٦ ح ١٠، التهذيب ١٥٢: ٨ ح ٥٢٦، الاستبصار ٣٤٥: ٣ ح ١٢٣٣، الوسائل ٢٣٦: ١٥ ب (٩) من أبواب النفقات ح ١.

٢- ٢) التهذيب ١٥٢: ٨ ح ٥٢٧، الاستبصار ٣٤٦: ٣ ح ١٢٣٤، الوسائل الباب المتقدّم ح ٦.

٣- ٣) الحاوي الكبير ٢٥٧: ١١-٢٥٨، الوجيز ١٠٢: ٢.

له من حيث العقد، لفساده. ثم إن وطئ العاقد و كان عالما فلا- عدّه أيضا، لأنه زان و لا- حرمة لمائه، فيكتفى بإكمال العدّه الأولى، سواء كانت عدّه طلاق أم وفاه أم غيرهما من أسبابها. و لو كان جاهلا فهو وطء شبهه يوجب العدّه أيضا، فتجتمع عليها عدّتان، فلا تتداخلان على أصحّ القولين، للأصل، و لأنهما حقان مقصودان كالدينين، فإن لم تحمل أتمت عدّه الأول لسبقها و استأنفت أخرى لوطء الشبهه بعد الفراغ من الأولى (١).

و الروايتان اللتان أشار إلى تعارضهما:

إحدهما روايه محمد بن مسلم قال: «قلت: المرأه الحبلى يتوفى عنها زوجها فتضع و تزوج قبل أن تعتدّ أربعه أشهر و عشرا، فقال: إن كان الذى تزوجها دخل بها فزق بينهما و لم تحلّ له أبدا، و اعتدّت بما بقى عليها من عدّه الأول، و استقبلت عدّه أرى من الآخر ثلاثه قروء، و إن لم يكن دخل بها فزق بينهما و أتمت باقى عدّتها، و هو خاطب من الخطاب» (٢). و هذه تؤيد الحكم بعدم التداخل و إن كانت موقوفه (٣).

و الروايه الأخرى الدالّه على تداخل العدّتين و الاكتفاء بواحد تامّه بعد و طء الأول رواها زراره فى الصحيح عن أبى جعفر عليه السلام فى امرأه تزوّجت

ص: ٣٤٢

١- ١) كذا فى «م» و هو الصحيح، و فى سائر النسخ الخطيه و الحجريتين: الثانيه، و فى هامش «و»: السابقه، بعنوان (ظاهرا).
٢- ٢) الكافى ٥: ٤٢٧ ح ٥، التهذيب ٧: ٣٠٧ ح ١٢٧٧، الاستبصار ٣: ١٨٧ ح ٣، الوسائل ١٤: ٣٤٤ ب (١٧) من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٢.
٣- ٣) هى موقوفه فى التهذيبيين دون الكافى.

قبل أن تنقضى عدتها، قال: «يفرق بينهما و تعتدّ عدّه واحده منهما جميعا» (١).

و روى زراره أيضا عن أبي جعفر عليه السلام فى امرأه فقدت زوجها أو نعى إليها فتزوّجت ثمّ قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال: «تعتدّ منهما جميعا ثلاثه أشهر عدّه واحده، وليس للآخر أن يتزوّجها أبدا» (٢). و روى أبو العيّاس عن أبي عبد الله عليه السلام فى المرأه تزوّج فى عدتها قال: «يفرق بينهما و تعتدّ عدّه واحده منهما جميعا» (٣).

فهذه الروايات كلّها دالّة على تداخل العدّتين، وهى أوضح إسنادا من السابقه، لكن عمل أكثر الأصحاب على عدم التداخل، فمن ثمّ جعلها المصنّف - رحمه الله - أشهر الروايتين. و الشيخ (٤) - رحمه الله - جمع بين الروايات (٥) بحمل هذه على عدم دخول الثانى، إذ ليس فيها تصريح بأنه دخل، بخلاف الأولى، فإنها صريحه فيه. و حكمه بتحريمها على الثانى مؤيّدا لا يدلّ على دخوله أيضا، لجواز استناد التحريم إلى علمه بالحال، فإنه يوجب التحريم وإن لم يدخل.

و فيه نظر، لأن قوله: «تعتدّ منهما جميعا» يدلّ على الدخول، إذ لولاه لكانت عدتها من الأول خاصه. و قد تقدّم البحث فى هذه المسأله فى أسباب

ص: ٣٤٣

-
- ١- ١) التهذيب ٧: ٣٠٨ ح ١٢٧٨، الاستبصار ٣: ١٨٨ ح ٦٨١، الوسائل الباب المتقدّم ح ١١.
 ٢- ٢) التهذيب ٧: ٣٠٨ ح ١٢٧٩، الاستبصار ٣: ١٨٨ ح ٦٨٢، الوسائل ١٤: ٣٤١ ب (١٦) من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٢.
 ٣- ٣) التهذيب ٧: ٣٠٨ ح ١٢٨٠، الاستبصار ٣: ١٨٨ ح ٦٨٣، الوسائل ١٤: ٣٤٧ ب (١٧) من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١٢.
 ٤- ٤) التهذيب ٧: ٣٠٨ ح ١٢٨٠، الاستبصار ٣: ١٨٨ ح ٦٨٣.
 ٥- ٥) فى «ح»: الروايتين.

و لو حملت و كان(١)[هناك] ما يدل على أنه للأول اعتدت بوضعه له، و للثاني بثلاثة أقرأ بعد وضعه. و إن كان هناك ما يدل على أنه للثاني اعتدت بوضعه له، و أكملت عدّه الأول بعد الوضع. و لو كان ما يدل على انتفائه عنهما أتمت بعد وضعه عدّه الأول، و استأنفت عدّه للأخير. و لو احتمل أن يكون منهما قيل: يقرع بينهما، و يكون الوضع عدّه لمن يلحق به. و فيه إشكال ينشأ من كونها فراشا للثاني بوطاء الشبهه، فيكون أحقّ به.

التحریم من كتاب النكاح (١)، و تقدّمت (٢) الإشارة إليها في هذا الكتاب مرّه أخرى، فليراجع بحثها فيهما.

قوله: «و لو حملت و كان. إلخ».

ما تقدّم من تقديم عدّه الأول حكم ما إذا لم تحمل، أما إذا حملت قدّمت عدّه الحمل منه، سابقا كان الحمل أم لاحقا، فإن عدّه الحمل لا تقبل التأخير. فإن كان الحمل من الأول ثمّ وطئت بالشبهه، فإذا وضعت انقضت العدّه الأولى، و تعتدّ بالأقراء للثاني إن اتّفتت و إلّا- فبالأشهر. و إن كان الحمل للثاني- و يعلم بوضعه لما زاد عن أكثر الحمل من وطاء الأول، و لما بينه و بين الأقلّ من وطاء الثاني- اعتدت بوضعه للثاني، و أكملت عدّه الأول بعد ذلك.

ثمّ إن كانت الأولى بالأشهر فواضح. و إن كانت بالأقراء و عرض وطاء الثاني في أثناء القرء لم يحتسب قرءا، بل تكمله بعد الوضع إلى أن يبتدئ النفاس إن تأخر عن الولادة. و لو اتّصل بها سقط اعتبار ما سبق من الطهر

ص: ٣٤٤

١-١) في ج ٣٣٨: ٧.

٢-٢) في ص: ٣١٣.

و احتسب بما بعد النفاس و إن طال زمانه، لأنها قد ابتدأت العده بالأقراء فلا ترجع إلى الأشهر لو فرض مضى ثلاثة بعد النفاس طهرا بسبب الرضاعة. نعم، لو فرض بلوغها بعد الولادة سنّ اليأس أتت العده الأولى بالأشهر كما سبق (1) نظيره.

و لو فرض انتفاء الحمل عنهما- بأن ولدته لأكثر من مدّه الحمل من وطء الأول، و لأقلّ من ستّه أشهر من وطء الثاني- لم يعتبر زمن الحمل من العديتين، و أكملت الأولى بعد الوضع بالأقراء أو الأشهر على حسبها (2)، و اعتدّت بعدها للأخير كذلك.

و لو احتمل أن يكون منهما- كما لو ولدته فيما بين أقلّ الحمل و أقصاه بالنسبه إليهما- انقضت إحدى العديتين بوضعه على كلّ حال، و اعتدّت بعد ذلك للآخر. ثمّ إن الحق بالأول استأنفت عدّه كامله للثاني بعد الوضع، و إن الحق بالثاني أكملت عدّه الأول كما لو كان الحمل للثاني ابتداء. و لكن إذا احتمل كونه منهما بمن يلحق منهما قولان:

أحدهما: أنه يقرع بينهما فيه، لأنها فراش لكلّ منهما في وقت إمكان حمله، فأشكل أمره، و القرعه لكلّ أمر مشكل. و لا فرق في ذلك بين أن يتداعياه و عدمه. و هذا القول للشيخ (3) رحمه الله.

و الثاني- و هو الذي اختاره الأكثر-: أنه للثاني، لأنها فراش له بالفعل، و الأول فراشه قد انقضى، و صاحب الفراش الثابت بالفعل حال الحمل أولى، لقوله

ص: ٣٤٥

١- ١) في ص: ٢٤٦.

٢- ٢) في «م» و إحدى الحجريتين: حسبهما.

٣- ٣) المبسوط ٢٤٦: ٥- ٢٤٧.

صلى الله عليه وآله وسلم: «الولد للفراش» (١). وهذا أقوى.

ثم تتبّه لأمر:

الأول: قول المصنّف: «لو تزوّجت في العده.. إلخ» يشمل عده الطلاق و الوفاة و غيرهما، حتى عده الوطء للشبهه فتجتمع عدتان لها. و الحكم في الجميع صحيح، لكن مع الحمل لا يتم قوله: «إنها تعتدّ بوضعه للأول» في عده الوفاة، لما عرفت من أن المعتبر فيها أبعد الأجلين، فيحتاج مع ذلك إلى تأويل كون الوضع سببا ناقصا في الانقضاء، أو على تقدير كونه أبعد الأجلين، أو يحتاج معه إلى اعتبار تمام الأمرين بضرب من النظر.

الثاني: يفهم من قوله: «و لم تنقطع عده الأول.. إلخ» أن زمن زوجيه الثاني ظاهرا و وطئه محسوب من عده الأول و إن كانت فراشا للثاني. و لا يخلو من إشكال، لأن الفراش ينافي الاعتداد المعتبر لبراءة الرحم، خصوصا زمن الوطء بالفعل. و لو قيل بأن مدّه كونها فراشا للثاني - و هو من حين العقد إلى حين العلم بالحال - لا يعتبر من عده الأول كان وجهها. و لو فرض كون وطء الشبهه بغير عقد فالمستثنى من العده على هذا الوجه زمن الوطء فيبنى على العده السابقه كما عرفت من ذلك الأمر. و يظهر كونها فراشا للثاني مع جهله - و إن كان العقد فاسدا - من تعليل إلحاق الولد به، بل من ترجيحه على الأول بكونه فراشا بالفعل. نعم، لو قيل بأنها لا تصير فراشا إلا بالوطء خاصه و إن وقع عقد - لفساده شرعا - أتجه

ص: ٣٤٦

١ - ١) الكافي ٥: ٤٩١ ح ٢ و ٣، الخصال ١: ٢١٣ ح ٣٥، الفقيه ٣: ٢٨٥ ح ١٣٥٨، الاستبصار ٣: ٣٦٧ ح ١٣١٥، الوسائل ١٤: ٥٦٨ ح ١٤٧٣، من أبواب نكاح العبيد و الإماماء ح ٣، و انظر سنن أبي داود ٢: ٢٨٢ ح ٢٢٧٣، سنن سعيد بن منصور ١: ١٢٥ ح ٤٢٧.

أيضا. أما نفى فراشيتها مطلقا كما ذكره في التحرير (١) معللا به عدم قطع العده مطلقا فغير واضح.

الثالث: حيث تكون عده الأول رجعيه فله الرجعه في عدته، سواء اتصلت أم انقطعت. فلو تخللها الحمل من الثاني فله الرجعه في زمان إكمالها [العده] (٢) بعد الحمل لا زمان الحمل، لأنها حينئذ ليست في عده رجعيه. و على تقدير اتصالها و تأخر عده و طء الشبهه يجوز له الرجوع و لا- يمنع (٣) من عده الشبهه، بل تعجلها، لأنها تشرع فيها من حين رجوعه، لانقطاع العده، الأولى التي كانت هي المانع من اعتدادها للثاني. و قد تقدم (٤) تحقيق ذلك فليراجع ثم.

الرابع: قد تكون إحدى العدتين بالأقراء و الأخرى بالأشهر، كما لو طلقها الأول و مضى عليها (٥) قرءان-مثلا- ثم وطئت بالشبهه و لم تحمل، فإنها تكمل الأولى بالأقراء، فلو فرض انقطاع دمها في زمن الثانيه ثلاثه أشهر اعتبرت بالأشهر.

و لو فرض بلوغها سنّ اليأس بعد الحكم عليها بالاعتداد من الثاني و قبل الفراغ من عده الأول- بأن بقي لها منها قرء- أكملت عده الأول بشهر، و اعتدت للثاني بثلاثه أشهر و إن كانت يائسه في جميع وقتها، لسبق وجوبها قبل اليأس كما سبق وجوب إكمال الأولى قبله. و لا يأتي عندنا اعتداد اليائسه بجميع العده في

ص: ٣٤٧

١- ١) تحرير الأحكام ٢: ٧٢.

٢- ٢) من إحدى الحجريتين.

٣- ٣) في «ح»: تمتنع، و في «و»: تمتنع.

٤- ٤) في ص: ٢٦٣-٢٦٥.

٥- ٥) في «و»: عليه.

زمن اليأس إلاّ- هنا. لو اعتبرنا زمن استفراش الثاني لها قاطعا لعدّه الأول فاستدام فراشه إلى أن بلغت سنّ اليأس ثمّ فرّق بينهما أكملت عدّه الأول بالأشهر أيضا ثمّ اعتدّت للثاني بها.

الخامس: لو كان الطلاق رجعيًا فمات أحدهما في زمن العدّه ورثه الآخر وإن كان في المدّه المتأخّره منها. فلو كان الميّت هو المطلق وجبت عليها عدّه الوفاه. و في تقديمها على عدّه الشبهه لو كانت متأخّره عن عدّه الطلاق وجهان، من قوّه عدّه الوفاه بكونها للزوج فهي مستنده إلى عقد لازم، بخلاف عدّه الشبهه، و من سبق سببّه عدّه الشبهه على عدّه الوفاه.

و لو مات في عدّه الواطئ و لمّا تكمل عدّه المطلق ففي ثبوت التوارث بينهما نظر، و من أنها حينئذ بمنزله الأجنبيّه، و من عدم تخلّصها من عدّته حتى قيل بجواز رجعتها في زمن الحمل لو كان عدّه للثاني حيث يكون الطلاق رجعيًا، لبقاء العدّه الرجعيّه و إن انقطعت بالحمل، و لكن لا يجوز له الوطاء إلى أن تضع.

و بالجملة: فصيروتها أجنبيّه من المطلق مطلقا ممنوع. و القول بثبوت التوارث و عدّه الوفاه لا يخلو من قوّه، فتعتدّ للوفاه بعد وضع الولد الملحق بالواطئ، و تنقطع العدّه الرجعيّه كما لو مات في أثنائها.

السادس: قد عرفت أن الرجعيّه تستحقّ النفقه في العدّه، و أن البائنه لا- تستحقّها إلاّ- إذا كانت حاملا، و أن تلك النفقه هل هي للحامل أو للحمل؟ و أن المعتدّه عن وطاء الشبهه لا- نفقه لها على الواطئ إلاّ- إذا كانت حاملا و قلنا إن النفقه للحمل، و كذا المتوفّى عنها زوجها، على الخلاف فيهما.

إذا تقرّرت هذه الجمل فنفتتها في زمن الحمل على المطلق مطلقا و في غير

الخامسة: تعتدّ زوجته الحاضر من حين الطلاق أو الوفاء

الخامسة: تعتدّ زوجته الحاضر (١) من حين الطلاق أو الوفاء. و تعتدّ من الغائب في الطلاق من وقت الوقوع، و في الوفاء من حين البلوغ، و لو أخبر غير العدل، لكن لا تنكح إلا مع الثبوت، و فائدته الاجتزاء بتلك العدّه.

و لو علمت الطلاق و لم تعلم الوقت اعتدّت عند البلوغ.

زمانه من عدّته الرجعيه، سواء اتّصلت أم تفرّقت. و أما عدّه الشبهه، فإن كانت بغير حمل فلا نفقه لها فيها على الزوج و لا على الواطئ، لأنها على تقدير عدم الحمل تكون متأخره عن عدّه الزوج، فتكون بائه من الزوج فلا نفقه عليه، و هي منفيه عن الواطئ لما تقدّم (١).

و أما مع الحمل من الواطئ الموجب لقطع عدّه الزوج و تأخر باقيها إلى بعد الوضع ففي وجوبها على الزوج، لأنها لم تخرج عن عدّته الرجعيه، لأننا نفرضها كذلك، أو وجوبها عليه حيث يجوز له الرجعه في زمان الحمل و إن لم نجوز الوطاء، لأنها حينئذ في حكم الرجعيه، أو على الواطئ بناء على وجوبها للحمل، أو عليهما بمعنى أنه يجب على كلّ واحد نفقه تامّه، لوجود السبب في كلّ منهما، أو انتفائها عنهما معاً، لأنها ليست حينئذ في عدّه رجعيه، و واطئ الشبهه لا زوجيه له توجب النفقه، و لا نقول إنها للحمل، أو نقول إنها له بشرط كون الحامل زوجه، خمسّه أوجه أجودها الأخير.

قوله: «تعتدّ زوجته الحاضر. إلخ».

ما ذكره من الفرق بين المطلّق و المتوفّي بالنسبه إلى وقت اعتداد الزوجه هو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه الشيخان (٢) و أكثر المتقدّمين و جميع

ص: ٣٤٩

١- ١) في الصفحه السابقه، و انظر أيضا ص: ٣٢٢.

٢- ٢) المقنعه: ٥٣٥، الخلاف (طبعه كوشانپور) ٢: ٣٠٥ مسأله (١١).

و مستنده الأخبار المستفيضه الصحيحه الداله على ذلك، كصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «إذا طلق الرجل المرأة و هو غائب فلا تعلم إلا بعد ذلك بسنه أو أكثر أو أقل، فإذا علمت تزوجت و لم تعتد، و المتوفى عنها زوجها و هو غائب تعتد يوم يبلغها و هو كان قد مات قبل ذلك بسنه أو سنتين» (١).

و صحيحه زراره عن الباقر عليه السلام قال: «إن مات عنها-يعنى: و هو غائب- فقامت البيئه على موته فعدتها من يوم يأتيها الخبر أربعة أشهر و عشر، لأن عليها أن تحد عليه فى الموت» (٢) الحديث. و صحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «إذا طلق الرجل و هو غائب فليشهد على ذلك، فإذا مضى ثلاثه أقرأ من ذلك اليوم فقد انقضت عدتها» (٣). و فى معناها حسنه البنزطى عن أبى الحسن عليه السلام قال: «المتوفى عنها زوجها تعتد حين يبلغها، لأنها تريد أن تحد له» (٤) و غيرها من الأخبار. و فيه إشاره إلى الفرق بينهما بأن المتوفى عنها زوجها عليها الحداد و هو لا يحصل قبل بلوغ الخبر، بخلاف المطلقة، فإن المقصود منها

١- ١) التهذيب ٨: ١٦٤ ح ٥٦٩، الاستبصار ٣: ٣٥٥ ح ١٢٧٢، الوسائل ١٥: ٤٤٥ ب «٢٧» من أبواب العدد ح ١، و ذيله فى ب «٢٨» ح ٨.

٢- ٢) الكافي ٦: ١١٢ ح ٦، التهذيب ٨: ١٦٣ ح ٥٦٦، الاستبصار ٣: ٣٥٤ ح ١٢٦٩، الوسائل ١٥: ٤٤٩ ب «٢٩» من أبواب العدد ح ١.
٣- ٣) الكافي ٦: ١١١ ح ٥، التهذيب ٨: ١٦٢ ح ٥٦١، الاستبصار ٣: ٣٥٣ ح ١٢٦٤، الوسائل ١٥: ٤٤٣ ب «٢٦» من أبواب العدد ح ١، و فى المصادر: قال لى أبو جعفر عليه السلام.

٤- ٤) الكافي ٦: ١١٣ ح ٧، التهذيب ٨: ١٦٣ ح ٥٦٥، الاستبصار ٣: ٣٥٤ ح ١٢٦٨، الوسائل ١٥: ٤٤٧ ب «٢٨» من أبواب العدد ح ٤.

براءه الرحم و هو يحصل بمضى المدّه علمت بالحال أم لم تعلم.

و يشكل الحكم على هذا التعليل فى الأمه حيث لا نوجب عليها الحداد، فإن مقتضاه مساواتها للمطلقه، لعدم المقتضى لجعل عدتها من حين بلوغ الخبر.

و يمكن القول بمساواتها للحره هنا نظرا إلى إطلاق كثير من الأخبار (١) اعتداد المتوفى عنها زوجها من حين بلوغ الخبر الشامل لها. و التعليل فى الأحكام الشرعيه ضبطا للقواعد الكليه لا يعتبر فيه وجوده فى جميع أفرادها الجزئيه كحكمه العده و غيرها من الأحكام. و قد تبيننا على هذا البحث غير مره. و يمكن أن يكون من حكمه جعل العده من حين بلوغ الخبر - وراء الإحداد - إظهار التفجع لموت الزوج و الحزن، و هو يتحقق فى الحره و الأمه. و أيضا فإننا و إن لم نوجب إحداد الأمه لكن نقول باستحبابه، و ذلك كاف فى الأمر بالعده عند بلوغ الخبر.

و وراء هذا القول المشهور للأصحاب أقوال آخر:

منها: قول ابن الجنيّد (٢) بالتسويه بينهما فى الاعتداد من حين الموت و الطلاق إن علمت الوقت، و إلا - حين يبلغها فيهما. و حجته: عموم قوله تعالى:

و الْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ (٣) و قوله تعالى فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ (٤) و قوله تعالى وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذُرُونَ أَرْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا (٥) الدال بظاهره على التسويه بينهما فى التربص و كونه من حين الطلاق و الوفاء، لتعليق الحكم على وصفهن بالتطبيق و الوفاء عنهن

ص: ٣٥١

١ - ١) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٤٦ ب (٢٨) من أبواب العدد ح ٢، ٣، ٤، ٦ و غيرها.

٢ - ٢) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٦١٤.

٣ - ٣) البقره: ٢٢٨ و ٢٣٤.

٤ - ٤) الطلاق: ٤.

٥ - ٥) البقره: ٢٢٨ و ٢٣٤.

الحاصل من حينهما. و خصوص صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال:

«قلت له: امرأه بلغها في زوجها بعد سنه أو نحو ذلك، قال: فقال: إن كانت حبلى فأجلها أن تضع حملها، فإن كانت ليست بحبلى فقد مضت عدتها إذا قامت لها البيئه أنه مات في يوم كذا و كذا، وإن لم يكن لها بيئه فلتعتد من يوم سمعت» (١).

و روايه الحسن بن زياد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المطلقه يطلّقها زوجها فلا تعلم إلا بعد سنه، و المتوفى عنها زوجها فلا تعلم بموته إلا بعد سنه، قال: إن جاء شاهدان عدلان فلا تعتدان و إلا تعتدان» (٢).

و يمكن على هذا [القول] (٣) أن يجمع بين الأخبار بحمل السابقه على الاستحباب حذرا من أطراح هذين و فيهما الصحيح. و يؤيده ورود خبر آخر بالفرق بين المدّه القليله و الكثيره على تقدير الوفاء، فتعتد من حين الوفاء في الأول دون الثاني، و هو صحيحه منصور بن حازم قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في المرأة يموت زوجها أو يطلّقها و هو غائب، قال: إن كان مسيره أيام فمن يوم يموت زوجها تعتد، و إن كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر، لأنها لا بد من أن تحد له» (٤). و بمضمونه أفتى الشيخ في التهذيب (٥). و هو القول الثالث في المسأله.

ص: ٣٥٢

١- ١) التهذيب ٨:١٦٤ ح ٥٧١، الاستبصار ٣:٣٥٥ ح ١٢٧٤، الوسائل ١٥:٤٤٨ ب (٢٨) من أبواب العدد ح ١٠.

٢- ٢) التهذيب ٨:١٦٤ ح ٥٧٠، الاستبصار ٣:٣٥٥ ح ١٢٧٣، الوسائل الباب المتقدّم ح ٩.

٣- ٣) من «ش» فقط.

٤- ٤) التهذيب ٨:١٦٥ ح ٥٧٢، الاستبصار ٣:٣٥٦ ح ١٢٧٥، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٢.

٥- ٥) التهذيب ٨:١٦٥.

و اختلاف هذه الأخبار المعتبره الأسناد يؤذن بجواز العمل بكلّ منها- و ذلك فيما يقتضى التحديد-على وجه الاستحباب و الاحتياط. و هذا أجود من جواب الشيخ عن الخبرين الأخيرين بشذوذهما و مخالفتهما لتلك الأخبار الكثيره فيطرحان، أو على أن الراوى و هم فسمع حكم المطلقه فظنّ أنه حكم المتوفى عنها زوجها. نعم، لو تحقّق التعارض و لم يمكن الجمع أمكن ترجيح الأخبار السابقه بكثرتها و كون بعضها معلّلا و المعلل مقدّم على غيره عند التعارض كما حقّق فى محلّه.

و بقى فى المسأله قول رابع لأبى الصلاح (1)، و هو أنها تعتدّ حين بلوغ الخبر مطلقا، محتجّجا بأن العده من عبادات النساء، و افتقار العباده إلى نيه تتعلّق بابتدائها.

و فى هذا القول-مع شذوذه-أطراح الأخبار من جميع الجهات. و نمنع كون مثل هذا من العبادات المتوقّفه على النيه، بل من العبادات مطلقا.

بقى فى المسأله أمور:

الأول: لا فرق فى جواز الاعتداد بعده الوفاه مع بلوغها خبر موته بين كون المخبر ممّا (2) يفيد قوله ظنّ الموت و عدمه، و لا بين الصغير و الكبير، و الذكر و الاثنى، لصدق كونه مخبرا و مبلغا للخبر و نحو ذلك ممّا ذكر فى الأخبار. فإذا اعتدّت على هذا الوجه توقّف جواز تزويجها على ثبوت موته بالبينه أو الشيع و إن تأخّر عن العده زمانا طويلا. و أما الطلاق فالمعتبر فى خبره ما يثبت به فى أى وقت اتّفق. ثمّ إن مضت مدّه بقدر العده من حين ثبوت الطلاق جاز لها النكاح

ص: ٣٥٣

١-١ (١) الكافى فى الفقه: ٣١٣.

٢-٢ (٢) كذا فى النسخ الخطيه، و لعلّ الأولى: ممّن.

و إلا انتظرت تمامها.

الثانى: لو بادرت فنكحت بالخبر قبل ثبوته وقع العقد باطلا ظاهرا. ثم إن تبين بعد ذلك موته قبل العقد و تمام العده قبله ظهر صحته فى نفس الأمر، و لم يفتقر إلى تجديده. و لا فرق مع ظهور وقوعه بعد العده بين كونه عالما بتحريم الفعل قبله و عدمه، و إن أثم فى الأول. و لو فرض دخول الزوج الثانى قبل العلم بالحال و الحكم بالتحريم ظاهرا ثم انكشف وقوعه بعد الموت و الطلاق و تمام العده لم تحرم عليه بذلك و إن كان قد سبق الحكم به ظاهرا، لتبين فساد السبب المقتضى للتحريم.

الثالث: إنما تعتد عند بلوغ خبر الطلاق- حيث تجهل وقته- على تقدير الجهل به بكل وجه بحيث يحتمل وقوعه قبل الخبر بغير فصل، أما لو فرض العلم بتقدمه مدّه- كما لو كان الزوج فى بلاد بعيدة يتوقف بلوغ الخبر على قطع المسافه بينها و بينه- حكم بتقدمه فى أقل زمان يمكن فيه مجيء الخبر، و يختلف ذلك بقرب البلاد و بعدها و سرعه حركه المخبر و بطئها. و بالجمله فكل وقت يعلم تقدم الطلاق عليه يحتسب من العده. و إنما أطلق المصنّف مع الجهل بالوقت الاعتداد من وقت الطلاق لإطلاق الحكم به فى حسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يطلق امرأته و هو غائب عنها من أى يوم تعتد؟ فقال: إن قامت لها بينه عدل أنها طلقت فى يوم معلوم فلتعتد من يوم طلقت، و إن لم تحفظ فى أى يوم و أى شهر فلتعتد من يوم يبلغها» (1). و لا تنافى

ص: ٣٥٤

السادسه: إذا طلقها بعد الدخول (١)، ثم راجع في العده، ثم طلق قبل المسيس، لزمها استئناف عده، لبطلان الأولى بالرجعه.

و لو خالعتها بعد الرجعه قال الشيخ (١) هنا: الأقوى أنه لا عده. و هو بعيد، لأنه خلع عن عقد تعقبه الدخول.

أما لو خالعتها بعد الدخول و تزوجها في العده و طلقها قبل الدخول لم تلزمها العده، لأن العده الأولى بطلت بالفراش، و العقد الثاني لم يحصل معه دخول. و قيل: تلزمها العده، لأنها لم تكمل العده الأولى. و الأول أشبه.

هذه الروايه ما ذكرناه من التقييد، لأن من كان زوجها بعيدا عنها بمسافه تعلم تقدّم الطلاق عن بعض الأيام و الشهور و إن جهلت يوم وقوعه أو شهره في الجملة، و الروايه مقتيده بعدم العلم بذلك أصلا.

قوله: «إذا طلقها بعد الدخول. إلخ».

إذا طلقها طلاقا رجعيًا ثم راجعها انقضت العده بالرجعه و عادت إلى النكاح الأول المجامع للدخول، و صارت كأنها لم تطلق بالنسبه إلى كونها الآن منكوحه و مدخولا بها، و إن بقى للطلاق السابق أثر ما من حيث عده في الطلقات الثلاث المحرّمه. فإذا طلقها بعد هذه الرجعه قبل المسيس لزمها استئناف العده، لأنها بالرجعه عادت إلى النكاح الذي مسّ بها فيه، فالطلاق الثاني طلاق عن نكاح وجد فيه المسيس، سواء كان الطلاق الثاني بائنا أم رجعيًا، لا اشتراكهما في المقتضى للعده و هو كونه طلاقا عن نكاح وجد فيه الوطء. و في معنى الطلاق البائن الخلع، سواء جعلناه طلاقا أم لا، لمشاركته للطلاق في اعتبار العده إذا وقع بمدخول بها.

ص: ٣٥٥

و فى هذا الأخير قول للشيخ فى المبسوط [١] بعدم العده للخلع بناء على أن الطلاق بطل إيجابه العده بالرجعه، و لم يمسه بها فى النكاح المستجد و الحل المستحدث، فأشبه ما إذا أبانها ثم جدد نكاحها و طلاقها.

و هو يضعف بأن الرجعه إنما أبطلت العده المسببه عن الطلاق بسبب عود الفراش السابق، و هو مقتضى لصيرورتها مدخولا بها، و خلع المدخول بها يوجب العده، و لم يتجدد نكاح آخر لم يمسه بها فيه، و إنما عاد النكاح الممسوس فيه، بخلاف ما إذا أبانها ثم جدد نكاحها، لارتفاع حكم النكاح الأول بالبينونه، و النكاح بعده غير الأول، فإذا طلقها بعده فقد وقع بغير مدخول بها فى ذلك النكاح.

هذا كله إذا كان الطلاق الأول رجعيًا. أما إذا كان بائنًا- كما إذا خالعتها بعد الدخول ثم تزوجها فى العده ثم طلقها قبل الدخول- لم تلزمها هنا العده، لأن العقد الثانى لم يعد الفراش الأول و إنما أحدث فراشا آخر، و العده الأولى بطلت بالفراش المتجدد و لم يحصل فيه دخول، فإذا طلقها حينئذ فقد صدق أنها مطلقة عن نكاح غير مدخول بها فيه، فتدخل تحت عموم قوله تعالى ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عده تعتدونها (١).

و القول بلزوم العده للقاضى فى المهذب (٢) محتجًا بما أشار إليه المصنف

ص: ٣٥٦

١- ٢) الأحزاب: ٤٩.

٢- ٣) المهذب ٢: ٣٢٢.

السابعة:وطء الشبهه(١)يسقط معه الحدّ،و تجب العده.و لو كانت المرأه عالمه بالتحريم و جهل الواطئ لحق به النسب،و وجبت له العده، و تحدّ المرأه،و لا مهر.

و لو كانت الموطوءه أمه لحق[به]الولد،و على الواطئ قيمته لمولاه حين سقط و مهر الأمه.و قيل:العشر إن كانت بكرًا،و نصف العشر إن كانت ثيبًا.و هو المرويّ.

من أنها لم تكمل العده الأولى و قد انقطعت بالفراش الثاني فيجب العود إليها بعد الطلاق.

و ضعفه واضح ممّا بيّنناه،و إنما يجب تجديد[العده لو وطئ بعد تجديد] (١)العقد عليها ثانيًا،لأن هذا نكاح جديد لا يرتبط بحكم السابق.

قوله:«وطء الشبهه..إلخ».

الشبهه فى الوطء إن وقعت من الطرفين فالولد لهما،و عليها العده،و لها مهر المثل إن كانت حرّه.و إن اختصّت بأحدهما لحق به النسب و وجبت العده عليها، سواء كانت هى المختصّه بالشبهه أم هو،مراعاه لحقّ الوطء الصحيح من طرف المشتبه عليه،و يختصّ الحدّ بالعالم منهما.ثمّ إن كانت هى العالمه فلا مهر لها و إلاّ ثبت.

و لو كانت الموطوءه أمه و كانا جاهلين لحق به الولد،و عليه قيمته لمولاه حين سقط حيًا،لأنه عوض منفعتها الفائتة بالحمل و عقر الأمه.و إن كانت عالمه دونه فكذلك،إلاّ أن فى ثبوت المهر لمولاهنا هنا خلافا من حيث إنها بغيّ،و كونه

ص:٣٥٧

الثامنة: إذا طلقها بائنا (١) ثم وطئها لشبهه قيل: تتداخل العدتان، لأنهما لواحد. وهو حسن، حاملا كانت أو حائلا.

لمولاها ولا تزُرُ وازرّة وزر أخرى (١). وقد تقدّم (٢) البحث فيه مرارا.

وإن كان هو العالم دونها فعليه الحدّ، والولد رقّ لمولاها، وعليه العقر (٣).

وحيث يثبت لها المهر فهل هو مهر المثل، لأنه عوض البضع شرعا حيث لا مقدّر، أم هو عشر قيمتها إن كانت بكرا و نصفه إن كانت ثيبا؟ قولان المروى (٤) منهما صحيحا هو الثاني. وقد تقدّم البحث في هذا كله في نكاح (٥) الإماء.

قوله: «إذا طلقها بائنا.. إلخ».

إذا اجتمعت على المرأة عدتان، فإما أن تكونا لشخص واحد أو لشخصين.

والثاني تقدّم (٦) البحث في بعض أقسامه، وسيأتي (٧) بعض آخر. والأول إن كانتا من جنس واحد - بأن طلق زوجته و شرعت في العده بالأقراء أو بالأشهر ثم وطئها في العده جاهلا - تتداخلت العدتان على أصحّ القولين، لأنهما لواحد. وقال الشيخ (٨) وابن إدريس (٩): لا تتداخل العدتان عليها مطلقا بل تأتي بكلّ منهما على

ص: ٣٥٨

-
- ١- (١) الأنعام: ١٦٤.
 - ٢- (٢) في ج ١٣: ٨-١٥.
 - ٣- (٣) في «م»: المهر.
 - ٤- (٤) الكافي ٤: ٤٠٤ ح ١، التهذيب ٧: ٤٢٢ ح ١٦٩٠ و ٣٤٩ ح ١٤٢٦، الاستبصار ٣: ٢١٦ ح ٧٨٧، الوسائل ١٤: ٥٧٧ ح ١٤ (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
 - ٥- (٥) في ج ١٣: ٨-١٥.
 - ٦- (٦) في ص: ٣٤١ و ٣٤٤.
 - ٧- (٧) في ص: ٣٦٠.
 - ٨- (٨) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٣١١ مسألة (٣١).
 - ٩- (٩) السرائر ٢: ٧٤٨.

الكمال، لأنهما حقان مختلفان. و هو حق مع تحقق الاختلاف، و هو منتف مع كونهما لواحد، لحصول الغرض بالواحد. و قد تقدّم (١) في الأخبار الصحيحة ما يدلّ على تداخلهما مع اختلاف الشخص فمع اتّحاده أولى.

و معنى التداخل أنه يدخل الأقلّ منهما تحت الأكثر، فلو كانتا بالأقراء أو الأشهر استأنفت العده من حين الوطء و دخل باقى العده الأولى فى الثانية. و على تقدير كون الأولى رجعيه يجوز له الرجعه فى تلك البقيه لا بعدها. و يجوز تجديد النكاح فى تلك البقيه و بعدها إذا لم يكن عدد الطلاق مستوفى.

و إن كانت العدتان من جنسين بأن كانت إحداهما بالحمل و الأخرى بالأقراء-إما بأن طلقها و هى حائل ثمّ وطئها فى الأقراء و أحبلها، أو بأن طلقها و هى حامل ثمّ وطئها قبل أن تضع-فعلى ما اختاره المصنّف من التداخل تدخل العده الأخرى فى الحمل، لأنهما من شخص واحد فأشبهها المتجانسين، فتنقضى العدتان جميعا بالوضع. و له الرجعه فى الطلاق الرجعى إلى أن تضع إن كانت عده الطلاق بالحمل و طراً الوطء. و إن كانت عده الطلاق بالأقراء و حدث الحمل من الوطء ففى الاكتفاء بالوضع عنهما نظر، من أنها فى عده الطلاق و إن وجبت عده أخرى، و الوضع يوجب براءة الرحم من ماء الواطئ و الزوج مطلقاً، و من أن مقتضى القواعد الماضيه حيث ابتدأت عده الطلاق بالأقراء أن لا- تكمل بغيرها (٢)، فتكون حينئذ العده بالأقراء هى الأ- كثر، فتدخل عده الحمل فيها لا- بالعكس. هذا إذا قلنا إن الحامل لا تحيض أو اتفق لها ذلك، فيتوقف الانقضاء على إكمال الأقراء

ص: ٣٥٩

١- ١) فى ص: ٣٤٢-٣٤٣.

٢- ٢) فى «ش، ط»: لغيرها.

التاسعة: إذا نكحت في العدة الرجعية و حملت من الثاني

التاسعة: إذا نكحت في العدة (١) الرجعية و حملت من الثاني اعتدت بالوضع من الثاني و أكملت عده الأول بعد الوضع، و كان للأول الرجوع في تلك العدة دون زمان الحمل.

بعد الوضع كما لو لم يحكم بالتداخل. و مثله ما لو كان وطء الشبهه عارضا على عده الحمل و قد بقي للوضع أقل من ثلاثه أشهر، لأن الأكثر حينئذ هو عده الشبهه. و لو فرض رؤيتها الدم زمن الحمل أمكن الجمع بين العديتين و الاكتفاء بالوضع عنهما على تقدير مضي الأقرء حاله الحمل. و بالجمله لا بد من مراعاة أكثر العديتين عند اجتماعهما حيث نحكم بالتداخل.

قوله: «إذا نكحت في العدة.. إلخ».

هذا من جملة أقسام ما لو اجتمعت عدتان من شخصين و كانت إحداها عده طلاق و الأخرى عده وطء شبهه. و قد تقدم (١) منه حكم ما لو كان المتقدم وطء الشبهه، و هذا حكم ما لو كان المتقدم عده الطلاق. و الحكم فيهما واحد، و هو عدم تداخل العديتين على أصح القولين.

ثم إن لم يكن هناك حمل أكملت عده الطلاق بالأقرء أو الأشهر لتقدمها و قوتها ثم اعتدت للثاني بعد الفراغ منها. و إن حصل هناك حمل فإن كان من الأول فكالأول، و إن كان من الثاني قدمت عدته لأنها لا تقبل التأخر (٢) و أكملت عده الأول بعد الوضع، فإن كانت بالأقرء اعتدت النفاس أيضا و أكملتها بعدها إن بقي منها شيء. و لا فرق في ذلك بين العدة الرجعية و البائنه، إلا أن الرجعية يجوز للزوج الرجوع فيها، سواء تقدمت أم تأخرت، لأن ذلك من مقتضاها شرعا.

ص: ٣٦٠

١- ١) في ص: ٢٦٢.

٢- ٢) في «و»: التأخير.

ثم إن كانت متقدّمة على عدّه الشبهه فرجع فيها ابتدأت عدّه الشبهه بعد الرجوع، ولا يجوز له الوطاء إلى أن تنقضى العدّه الثانيه. وقد تقدّم (1) ذلك. وإن كان المتقدّم هو عدّه الشبهه- كما لو ظهر منه حمل- فللزواج الرجوع في بقيه عدّته بعد الوضع دون زمان الحمل، لأنها حينئذ غير معتدّه منه. وربما قيل بجواز الرجوع في زمن الحمل أيضا، لأنها لم تخرج بعد عن عدّته الرجعيه، لكن لا يجوز الوطاء إلى أن تخرج عدّه الشبهه. والأصحّ الأول.

و لو كانت عدّه الطلاق بائه فالكلام في جواز تزويجها في العدّه كالقول في جواز الرجوع. وقد تقدّم (2). و سيأتي البحث في هذه المسائل في مواضع متفرّقه.

ص: ٣٤١

١- ١) في ص: ٢٦٤.

٢- ٢) في ص: ٢٦٤.

كتاب الخلع و المباره

اشاره

كتاب الخلع و المباره

ص: ٣٦٣

كتاب الخلع و المباره (١) كتاب الخلع و المباره الخلع بضم الخاء مأخوذ من الخلع بفتحها و هو النزاع، لأن كلاً من الزوجين لباس الآخر قال تعالى هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ (١) و كأنه بمفارقة الآخر نزاع لباسه. و الأصل فيه قبل الإجماع آيه فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا (٢) و قوله تعالى فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقيِمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (٣). و من السنه ما روى عن ابن عباس -رضى الله عنه- قال: «جاءت امرأه ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين و لا- خلق إلا- أنى أخاف الكفر، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: تردّين عليه حديثه؟ قالت: نعم، فردّت عليه الحديثه و طلقها تطلقه» (٤). و فى روايه: «فتخالعا (٥) عليها». و نقل أنه أول خلع جرى فى الإسلام (٦).

و المباره بالهمز، و قد تقلب ألفاء، و أصلها المفارقة، قال الجوهرى: «تقول:

بارأت شريكى إذا فارقته، و بارأ الرجل امرأته» (٧).

ص: ٣٤٥

١- (١) البقره: ١٨٧.

٢- (٢) النساء: ٤.

٣- (٣) البقره: ٢٢٩.

٤- (٤) صحيح البخارى ٧: ٦٠، سنن النسائى ٦: ١٦٩، سنن البيهقى ٧: ٣١٢-٧: ٣١٣، مصابيح السنه للبعوى ٢: ٤٥٣ ح ٢٤٤٣.

٥- (٥) كذا فى النسخ الخطيه، و فى الحجرّيتين: فخالعها، و لم نجدها باللفظ الأول، راجع تلخيص الحبير ٣: ٢٠٤.

٦- (٦) مجمع البيان ١: ٣٢٩ ذيل آيه ٢٢٨ من سوره البقره، و راجع مسند أحمد ٤: ٣، تلخيص الحبير ٣: ٢٠٤.

٧- (٧) الصحاح ١: ٣٦.

كتاب الخلع و النظر فى الصيغه و الفديه و الشرائط و الأحكام.

أما الصيغه (١) فأن يقول: خلعتك على كذا، أو فلانه مختلعه على كذا.

و هل يقع بمجردة؟ المروى: نعم. و قال الشيخ: لا يقع حتى يتبع بالطلاق.

و المراد [منهما] (١) هنا إبانها بعوض مقصود لازم لجهه الزوج. و يفترقان باختصاص الخلع بكراهتها له خاصه، و المباره باشتراكهما فى الكراهه و فى أمور آخر تأتى.

و اعلم أن الفرقه الحاصله على العوض تاره تكون بلفظ الخلع أو المباره فيلحقها حكمها، و تاره تكون بلفظ الطلاق فتكون طلاقا بعوض ليس بخلع، لكن جرت العاده بالبحث عنه فى كتاب الخلع، لمناسبته له فى كونه إبانه بعوض لكأنه يخالفه فى بعض الأحكام، فإنه طلاق محض تلحقه أحكام الطلاق بأسرها و يزيد عليه العوض، و له أحكام تخصه زياده على أصل الطلاق سيأتى (٢) إن شاء الله تعالى بيانها.

ثمّ الخلع يجرى بين اثنين، و فيه عوض و معوّض، و له صيغه خاصه يعقد بها. و هو معاوضه، لاشتماله على افتدائها البضع بالمال، فيلحقه أحكامها من اشتراط وقوعها بين اثنين و لو بالقوه و صيغه صريحه فيه و أحكام تترتب عليه، و قد عقدها المصنّف فى أربعه مباحث.

قوله: «أما الصيغه. إلخ».

لما كان الخلع من العقود أو الإيقاعات المفيده لإبانه الزوجه على وجه مخصوص فلا بدّ له من صيغه تدلّ عليه مفيده للإنشاء كنظائره من العقود أو

١- ١) من «د» و الحجرّيتين.

٢- ٢) فى ص: ٣٧٤.

الإيقاعات. و اللفظ الصريح فيه قوله: خلعتك أو خالعتك على كذا، أو: أنت أو فلانه مختلعه على كذا. أما الأولان فواقعان بصيغته الماضى التى هى صريحه فى الإنشاء على ما تقرّر و تكرر. و أما الأخيران فلأنهما و إن لم يكونا باللفظ الماضى لكنهما يفيدان الإنشاء، بل هما أصرح فيه من الماضى المفتقر فى دلالته على الإنشاء إلى النقل إليه. و لكن مثل هذا لم يلتزمه الأصحاب فى جميع العقود اللانزمه، بل أمرهم فيه مضطرب من غير قاعده يرجع إليها و لا دلالة عليه من النصوص توجبها. و قد تقدّم (1) فى النكاح و الطلاق ما يخالف هذا و أنه لا يقع بقوله: «أنت مطلقه» و نحوه، و اعتمدوا فى التزامه على خبر لا يوجب ذلك الحصر كما بيّناه، و لو جوزوا فى جميع الأبواب الألفاظ المفيدة للمطلوب صريحا من غير حصر كان أولى.

إذا تقرّر ذلك فهل يكفى فى وقوعه من جانب الزوج الإتيان بهذه الصيغه و نحوها، أم لا بدّ من إتباعه بلفظ يفيد الطلاق كقوله بعد ذلك: فأنت طالق، أو فهى طالق؟ قولان مشهوران للأصحاب منشؤهما اختلاف الروايات ظاهرا، و الذى دلّت عليه الأخبار (2) الصحيحه و النصوص الكثيره و ذهب إليه محققوا الأصحاب - كالمرتضى (3)، و شيخه المفيد (4)، و شيخ الصدوق (5)، و أكثر المتقدّمين و المتأخّرين - هو الأول.

ص: ٣٦٧

١- ١) فى ج ٨٧: ٧، و هنا ص: ٦٣.

٢- ٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٩١ ب (٣) من أبواب الخلع و المبارأه ح ١٠، ٩، ٨، ٤، ٣، ٢.

٣- ٣) الناصريات ضمن الجوامع الفقهيّه: ٢٥٠.

٤- ٤) المقنعه: ٥٢٨-٥٢٩.

٥- ٥) المقنع: ١١٧.

و يدلّ عليه من الروايات صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تفادى زوجها أو تخلع منه بشهاده شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك، أو هي امرأته ما لم يتبعها بطلاق؟ فقال: تبين منه وإن شاءت أن يردّ إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت.

فقلت: إنه قد روى أنها لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق، قال: ليس ذلك إذا خلع.

فقلت: تبين منه؟ فقال: نعم» (١). و صحيحه الحلبي أن الصادق عليه السلام قال:

«خلعها طلاقها» (٢). و حسنه الحلبي أيضا عنه عليه السلام إلى أن قال: «و كان الخلع تطليقه» (٣). و حسنه محمد بن مسلم عنه عليه السلام و فيه: «و كانت تطليقه بغير طلاق يتبعها، و كانت بائنا بذلك» (٤). و غيرها من الأخبار.

و قال الشيخ -رحمه الله-: لا يقع بمجرّده، و نقله عن جماعه من المتقدّمين (٥). و احتجّ على ذلك بروايه في طريقها ابن فضال و إبراهيم بن أبي سمال و موسى بن بكر عن الكاظم عليه السلام قال: «المختلعه يتبعها الطلاق ما دامت في عدّه» (٦).

ص: ٣٤٨

١- (١) الكافي ١٤٣: ٦ ح ٧، التهذيب ٩٨: ٨ ح ٣٣٢، الاستبصار ٣١٨: ٣ ح ١١٣٢، الوسائل ٤٩٢: ١٥ ب (٣) من أبواب الخلع و المباره ح ٩.

٢- (٢) الفقيه ٣٣٨: ٣ ح ١٦٣١، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.

٣- (٣) الكافي ١٣٩: ٦ ح ١، التهذيب ٩٥: ٨ ح ٣٢٢، الاستبصار ٣١٥: ٣ ح ١١٢١، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

٤- (٤) الكافي ١٤٠: ٦ ح ٣، التهذيب ٩٥: ٨ ح ٣٢٤، الاستبصار ٣١٥: ٣ ح ١١٢٣، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣.

٥- (٥) الخلاف ٤٢٢: ٤ مسألة (٣)، المبسوط ٣٤٤: ٤.

٦- (٦) التهذيب ٩٧: ٨ ح ٣٢٩، الاستبصار ٣١٧: ٣ ح ١١٢٩.

و لا- يخفى أن الراوى الأول فطحي و الآخران واقفيان ضعيفان، فكيف تعارض الأخبار الصحيحة الكثيره؟! او مع ذلك فما تدلّ عليه من جواز إتباعها الطلاق ما دامت في العده لا يقولون به، لأنهم يعتبرون إتباعه له بغير فصل، فما تدلّ عليه لا يقولون به و ما يقولون به لا- تدلّ عليه. و أيضا ليس فيها أن إتباعه بالطلاق متعين بحيث يقع بدونه لاغيا، و جاز حمل إتباعه به على وجه الأكملية.

و يتبه على ذلك قوله عليه السلام في عده أخبار: «و لو كان الأمر إلينا لم يكن الطلاق إلا للعده» (١) فإن ذلك محمول على الأكملية، للإجماع على جواز الطلاق لغير العده.

و الشيخ (٢)- رحمه الله- حمل تلك الأخبار على التقيّه، و استشهد عليه بقوله عليه السلام: «و لو كان الأمر إلينا. إلخ». و هذا الحمل إنما يتجه لو وجد لها معارض يصلح للاعتماد، و هو منتف من ذلك الجانب كما علمت. و من العجب أن تطرح تلك الأخبار الكثيره الصريحه الدلاله [على ذلك] (٣) لأجل هذا الخبر الضعيف الذي لا يدلّ على المطلوب. و أعجب منه موافقه الشهيد- رحمه الله- له في اللمعه (٤) مع جلالته و اطلاعه على نقد الأحاديث و سير الأدلّه، مضافا إلى ذهاب محققى الأصحاب إليه.

ثمّ تتبه لأمر:

ص: ٣٦٩

١- ١) التهذيب ٨:٩٦ ذيل ح ٣٢٦، الاستبصار ٣:٣١٦ ذيل ح ١١٢٥، الوسائل ١٥:٤٩١ ب(٣) من أبواب الخلع و المبارأه ح ٢٠٦، ٨.

٢- ٢) التهذيب ٨:٩٨ ذيل ح ٣٣٠، الاستبصار ٣:٣١٨ ذيل ح ١١٣٢.

٣- ٣) من الحجرّيتين.

٤- ٤) اللمعه الدمشقيه: ١٢٧.

الأول: جعل المصنّف صيغه الخلع «خلعتك. إلخ» من غير أن يذكر ما يدلّ على طلبها ذلك أو قبولها يقتضى أن الخلع منحصر فى لفظه و لا مدخل للفظها فى حقيقته و إن كان مشروطاً، فيكون الخلع حينئذ من باب الإيقاعات حيث تتمّ صيغته بواحد.

و صرّح العلامة (١) و غيره (٢) باعتبار قبولها أو سبق سؤالها ذلك، و أنّه يشترط التطابق بينهما و عدم تخلّل زمان معتدّ به كما يعتبر ذلك بين الإيجاب و القبول.

و هذا هو الأ-جود. و حينئذ فيلحق بباب العقود، إلّا- أن ما يعتبر من جانبها لا ينحصر فى لفظ بل ما دلّ على طلب الإبانة بعوض معلوم، و لا وقوعه بلفظ الماضى و ما فى معناه، بل لو وقع بصيغه الأمر كقولها: اخلعنى بكذا، أو طلقنى بكذا، أو نحو ذلك، كفى. و لعلّ مثل ذلك هو الموجب لجعل المصنّف الخلع عبارته عن قول الزوج ذلك، لأنّه هو اللفظ الذى يعتبر مراعاته بما يعتبر فى ألفاظ العقود و الإيقاعات اللازمه. و لا يخفى ما فيه. و لعلّ السرّ فى الفرق بين الصيغتين منه و منها أنّه من جانبه لازم فلا بدّ له من صيغه خاصّه كنظائره من العقود و الإيقاعات اللازمه، و من جانبها جائز، لأنّ الواقع من جانبها هو بذل المال، و يجوز لها الرجوع فيه، فيلحقه من طرفها حكم العقود الجائزه من عدم افتقارها إلى لفظ مخصوص. و ما يعرض للزومه من جانبه من الجواز بعد رجوعها فهو حكم متأخّر عن وقت إيقاع الصيغه، فلا يعتبر ما كان لازماً حينئذ.

الثانى: قد علم ممّا قرّناه أن حقيقته الخلع هو قول الزوج ذلك، لأنّه هو

ص: ٣٧٠

١- ١) قواعد الأحكام ٢: ٧٩.

٢- ٢) راجع الوسيله: ٣٣١، رساله صيغ العقود و الإيقاعات ضمن رسائل المحقّق الكركى ١: ٢٠١. و ربما يظهر أيضاً من المراسم: ١٦٢.

الموجب لبينوتتها، أو هو مع سؤال المرأة أو قبولها كما سيأتي (١) تحقيقه، لأن السبب لا يتم إلا بهما فيكون مركبا منهما. و يمكن مع ذلك أن يجعل سؤالها شرطا في صحته، و ماهيته منحصره في لفظ الزوج، لأنه هو الخالع للباسها حقيقه. و أما جعل الخلع هو بذل المرأة لزوجها مالا فديه لنفسها- كما عرّفه به في التحرير (٢)- ففي غايه الرداءه كما لا يخفى. و على تقدير جعله مركبا من اللفظين يعرّف بأنه إزاله قيد النكاح بعوض مقصود لازم لجهه الزوج مستند إلى كراهه المرأة للزوج دونه، فإن الإبانه المذكوره لا تتحقّق إلا باللفظين منهما. و يمكن أن يكون وجه جعل المصنّف الخلع هو قول الزوج ذلك ما في الأخبار (٣) السابقه و غيرها أنه طلاق و الطلاق منحصر في لفظ الزوج، و إن توقّف على أمر آخر من جهتها يجعل شرطا فيه لا جزءا منه. و لعلّ هذا أجود.

الثالث: وقع في عباره الروايه الصحيحه ما حكيناه من قوله: «ليس ذلك إذا خلع» بضمّ العين، و هو الموجود في نسخ التهذيب (٤). و الصواب إثبات الألف، لأنه خبر «ليس» فيكون منصوبا. و أما ما تكلف لها شيخنا الشهيد في شرح الإرشاد (٥) من كون اسم «ليس» ضمير الشأن فلا يناسب التركيب و لا يدفع الفساد، إذ لا يصلح الباقي للخبريه مفردا و لا جمله. و ذكر أنه وجده بخطّ بعض الأفاضل

ص: ٣٧١

-
- ١- ١) في ص: ٣٧٦.
 ٢- ٢) تحرير الأحكام ٥٧: ٢.
 ٣- ٣) في ص: ٣٦٨، و لاحظ أيضا الوسائل ١٥: ٤٩٢ ب «٣» من أبواب الخلع و المباراه ح ٨، ١١، ١٠.
 ٤- ٤) التهذيب ٩٨: ٨ ح ٣٣٢.
 ٥- ٥) غايه المراد: ٢٢١.

و لا يقع ب:فاديتك،(١)مجردا عن لفظ الطلاق،و لا فاسختك، و لا أبنتك،و لا بتتك،و لا بالتقابل.

مضبوطا«إذا خلع»بفتح الخاء و اللام و العين بجعله فعلا ماضيا،و استحسنة.

و ليس بشيء أيضا،لأن المسؤول عنه هو الخلع و أنه هل يتبع بطلاق أم لا؟فيبقى التقدير:ليس ذلك الخلع الذى يتبع بالطلاق إذا خلع،و هو تركيب ردىء.و نقل عن بعض نسخ التهذيب أن فيها«خلعا»بالألف على القانون العربى.و هو الصواب.و مثل هذا السهو وقع فى التهذيب كثيرا فى نسخه الأصل،فلا وجه لمثل هذا الالتزام و التكلّف.

قوله:«و لا يقع ب:فاديتك..إلخ».

إنما لم يقع بهذه الألفاظ لأنها ليست صريحه فيه،و إنما هى كنايات عنه و هو لا يقع عندنا بالكنايات كالطلاق،تمسّكا بالزوجيه إلى أن يرد دليل يثبت به زوالها شرعا.

و خالف فى ذلك العامه (١)فأوقعوه بجميع ذلك،و جعلوها كنايات تتوقّف على التيه.و بعضهم (٢)جعل اللفظتين الأولتين صريحتين فيه،لورود الأولى فى قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به (٣).و لأن الثانيه أشدّ دلالة على حقيقته من لفظ الخلع بناء على أنه فسخ لا طلاق،و على تقدير كونه طلاقا فهو كناية قطعا.

و يضعف الأول بأن مجرد وروده فى القرآن أعّم من كونه صريحا،و لأنه لم

ص:٣٧٢

١- (١) حليه العلماء ٥٤٢:٦، الحاوى الكبير ٣٢:١٠-٣٣، الوجيز ٤١:٢.

٢- (٢) الحاوى الكبير ٣٣:١٠، المغنى لابن قدامه ١٨٢:٨.

٣- (٣) البقره:٢٢٩.

و بتقدير الاجتزاء(١) بلفظ الخلع هل يكون فسخا أو طلاقا؟ قال المرتضى: هو طلاق. و هو المروى. و قال الشيخ-رحمه الله-: الأولى أن يقال: فسخ. و هو تخريج. فمن قال هو فسخ لم يعتد به في عدد الطلقات.

يتكرر و لا شاع في لسان حمله الشرع، فلم يلحق بالصريح. و مثله ورود الإمساك (١) في الرجعه و التسريح (٢) في الطلاق و فكّ الرقبه (٣) في العتق، فإنها إطلاقات خفيه لا تظهر في تلك المعاني إلا بانضمام القرائن.

قوله: «و بتقدير الاجتزاء.. إلخ».

هذا الخلاف متفرّع على الخلاف السابق، فإننا إن اعتبرنا إتباعه بالطلاق فالمعتبر في رفع النكاح هو الطلاق و إضافه الخلع إليه قليله الفائدة، لأن تملك المال يحصل بالطلاق في مقابله العوض، بل بتبته مع سؤال المرأة. و إن قلنا بوقوعه مجردا فهل يكون فسخا، أو طلاقا بمعنى عدّه في الطلقات؟ قال المرتضى (٤) و ابن الجنيد (٥) و أكثر المتأخرين هو طلاق، لما روى أن النبي صلّى الله عليه و آله ليّا خلع عنده ثابت بن قيس امرأته قال: «هي واحده» (٦). و للتصريح به في الأخبار السابقه (٧) التي استدللنا بها على عدم اشتراط إتباعه بالطلاق حيث جعله نفسه طلاقا. و في روايه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: «و كانت- يعنى المختلفه- على تطليقتين باقيتين، و كان الخلع تطليقه» (٨). و لأن الفسخ لا

ص: ٣٧٣

١- (١) البقره: ٢٢٩.

٢- (٢) البقره: ٢٢٩.

٣- (٣) البلد: ١٣.

٤- (٤) الناصريات (ضمن الجوامع الفقهيّه): ٢٥٠.

٥- (٥) حكاه عنه العلامه في المختلف: ٥٩٥.

٦- (٦) المراسيل لأبي داود السجستاني: ٢٠٠ ح ٢٣٦.

٧- (٧) في ص: ٣٦٨.

٨- (٨) الكافي ١٤١: ٦ ح ٥، التهذيب ٩٦: ٨ ح ٣٢٦، الاستبصار ٣١٦: ٣ ح ١٢٥، الوسائل ٤٩١: ١٥٣ من أبواب الخلع و المباره

ذيل ح ٢.

و يقع الطلاق مع الفديه (١) بائنا، و إن انفرد عن لفظ الخلع.

يملكه الزوجان بالتراضي، بخلاف الطلاق، إذ ليس هناك قسم آخر. و لأنه فرقه لا يملكها غير الزوج، و الفسخ يملكه كل منهما.

و قال الشيخ (١) تخريجا على القول بتجرده: إنه فسخ، لأنه ليس بلفظ الطلاق، و هو لا يقع عندنا بالكنايات. و لأنه لو كان طلاقا لكان رابعا في قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به (٢) لأن قبله الأطلاق مرتان و بعده فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره (٣) فذكر تطليقتين و الخلع و تطليقه بعدها. و لأنه فرقه خلت عن صريح الطلاق و ثبته فكان فسخا كسائر الفسوخ.

و الأصح الأول، للنصوص (٤) الصحيحة الصريحة فيه مؤيده بغيرها. و يتفرع على ذلك عدّه في الطلقات الثلاثة المحرّمه، فعلى القول بأنه فسخ لا يعدّ فيها، و يجوز تجديد النكاح و الخلع من غير حصر و لا احتياج إلى محلل في الثالث، و بخلاف ذلك لو قيل إنه طلاق.

قوله: «و يقع الطلاق مع الفديه.. إلخ».

إذا وقع الطلاق مع الفديه -سواء كان بلفظ الخلع و قلنا إنه طلاق أو اتبع به، أم بلفظ الطلاق و جعله بعوض -فإنه يقع بائنا لا رجعيًا، للنصوص (٥) الدالّه عليه.

و قد تقدّم (٦) بعضها. و وجهه -وراء النصّ -أنه حينئذ معاوضه محضه من الجانبين

ص: ٣٧٤

١- ١) الخلاف ٤:٢٢٢-٤:٢٢٤ مسألة (٣).

٢- ٢) البقره: ٢٢٩.

٣- ٣) البقره: ٢٣٠.

٤- ٤) الوسائل ١٥:٤٩٠ ب «٣» من كتاب الخلع و المبارأه.

٥- ٥) لاحظ الوسائل ١٥:٤٩٠ ب (٣) من كتاب الخلع و المبارأه.

٦- ٦) في ص: ٣٦٨.

الأول: لو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها

الأول: لو طلبت منه طلاقاً (١) بعوض فخلعها مجرداً عن لفظ الطلاق لم يقع على القولين.

و لو طلبت خلعاً بعوض فطلّق به لم يلزم البذل على القول بوقوع الخلع بمجرد فسخها، و يلزم على القول بأنه طلاق أو أنه يفترق إلى الطلاق.

أو شبيهه بها كالبيع و النكاح، و من ثمّ اشترط وروده على عوض النكاح أو عوض جديد، و اشترط فيه قبولها باللفظ من غير فصل و تطابق اللفظين، فلو قالت:

خالعني بخمسين، فخلعها بمائه لم يصحّ، كما لو باعه بمائه فقبل بخمسين.

و الأصل في عقود المعاوضات اللزوم، لعموم الآية (١) و قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «المؤمنون عند شروطهم» (٢). و يستثنى من ذلك ما إذا رجعت في البذل، فإنه ينقلب رجعيّاً. و سيأتي (٣) البحث فيه.

و اعلم أنه مع اشتراك الخلع و الطلاق بعوض في هذا الحكم يفترقان بأن الخلع مختصّ بحاله كراهه الزوجه له خاصّه، كما انفردت المبارأه بكون الكراهه منهما و اشتراط كون العوض بقدر ما وصل إليها منه، بخلاف الطلاق بالعوض، فإنه لا يشترط فيه شيء من ذلك، فكان التعبير به مع إفادته المقصود من الخلع أولى، خصوصاً مع اشتباه حالهما في الكراهه أو اختلافهما فيها.

قوله: «لو طلبت منه طلاقاً.. إلخ».

إنما لم يقع في الأول لأنه لم يأت بما طلبت فلا يستحقّ بما بذلك لأجله،

ص: ٣٧٥

١- (١) المائدة: ١.

٢- (٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

٣- (٣) في ص: ٤٢٣.

الثانى: لو ابتداء فقال: (١) أنت طالق بألف، أو: عليك ألف، صحَّ الطلاق رجعيًا، و لم يلزمها الألف و لو تبرّعت بعد ذلك بضمانها، لأنه ضمان ما لم يجب. و لو دفعتها إليه كانت هبه مستأنفه، و لا تصير الطلقه بدفعها بائنه.

لأنها إنما طلبت الطلاق و هو أمر تقع به السينونه و ترتفع به الزوجية إجماعاً، و يقع به نقصان الطلاق فيكون جزءاً من المحرّم، بخلاف الخلع، لما قد عرفت من الخلاف فيه، فإننا إن قلنا إنه فسخ فكونه خلاف ما طلبته واضح، و إن جعلناه طلاقاً فهو طلاق مختلف فيه و ما طلبته لا خلاف فيه، فظهر أنه خلاف مطلوبها على القولين.

و أما فى الثانى- و هو ما لو طلبت منه خلعاً فطلق به- فإن جعلنا الخلع فسحاً فطلق لم يلزم البذل، لأنه لم يأت بما طلبت، و يقع الطلاق رجعيًا، إذ لا مانع من صحته كذلك، فإنه غير مشروط بالعوض و لا بالتماسها أو رضاها. و إن جعلنا الخلع طلاقاً أو مفتقراً إلى الطلاق و أتبعه به لزم البذل، لإتيانه بما التمسته و زياده كما علم من السابقه.

و اعلم أن الخلع لا- يتحقّق عندنا إلاّ- بعوض، فقوله: «لو طلبت منه خلعاً بعوض» أراد به عوضاً معيّنًا ذكرته كألف- مثلاً- احترازاً ممّا لو أطلقت فقالت:

«خالعنى» و لم تذكر العوض، فإنه لا يستحقّ عليها عوضاً بإيقاعه الخلع إلاّ إذا عيّن فيه عوضاً و قبلته بعد ذلك إن قلنا بالاكتفاء بقبولها.

قوله: «لو ابتداء فقال: إلخ».

يعتبر فى صيغه الخلع وقوعها على وجه المعاوضه بينه و بين الزوجه، و يتحقّق ذلك بأحد أمرين:

تقدّم سؤالها ذلك بعوض معيّن كقولها: طلقنى بألف، أو اخلعنى بألف،

فيجيبها على ذلك. و يكفي في ظهور المعاوضه حينئذ إتيانه بالطلاق أو الخلع مقرونا بذلك العوض و مجردا عنه مع نيته، كقوله: أنت طالق بالألف، أو عليها، أو على العوض المذكور، أو خلعتك عليها، أو بها، أو أنت طالق، أو مختلعه مجردا ناويا به كونه بذلك العوض، لظهور المعاوضه [فيه] (١) مع تقدم ذكره من جانب الزوجه، كما لو قال: بعني كذا بكذا فقال: بعثك.

و الثاني: ابتداءه به مصرّحا بذكر العوض كقوله: أنت طالق بألف، أو خلعتك بألف، أو عليها، و نحو ذلك، مع قبولها بعده بغير فصل يعتدّ به كغيره من المعاوضات.

فلو تخلف الأمران معا- بأن ابتدأت السؤال بغير عوض كقولها: طلقني، أو خالعتني، فأجابها كذلك، أو أجابها بعوض و لم يجدد القبول في محلّه، أو ابتدأ ذاكرا للعوض صريحا و لم يحصل منها القبول كذلك، أو أتى بلفظ لا يدلّ على العوض مع عدم تقدم سؤالها به و إن قبلت- لم يلزم العوض، بل إن كان قد أتى بلفظ الطلاق وقع رجعيّا و إن أتى بالخلع بطل.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا ابتدأ الزوج فقال: أنت طالق و عليك ألف، أو: ولى عليك ألف، وقع الطلاق بغير عوض و لم تلزم الألف، لأنها صيغه إخبار لا صيغه التزام، إذ لم يسبقه استيجاب يدلّ عليه، و لم يجعله عوضا، بل جعله جمله معطوفه على الطلاق فلا يتأثر بها و تلغو في نفسها، كما لو قال: أنت طالق و عليك حجّ، و إن قبلت، لأنّ قبولها إنما وقع رضى بما فعل و لم يقع منه ما يقتضى المعاوضه، بخلاف ما إذا كانت قد قالت: طلقني و لك على ألف، أو: و على ألف، فأجابها

ص: ٣٧٧

بذلك، لوقوع الالتزام منها و هو الذى يتعلّق بها و الزوج ينفرد بالطلاق، فإذا لم يأت بصيغته المعاوضه حمل كلامه على ما ينفرد به و كفاه نيته، حتى لو أطلق و قال:

أنت طالق، عقيب سؤالها بالعوض كفى ذلك و لزمها المال، لتحقق المعاوضه و وقوعها من جانب من وظيفته التزامه فيها (١)، و وقوع الجزاء منه به.

و لو ابتداء فقال: أنت طالق بألف، أو على ألف، أو خالعتك على ألف، أو بألف، فقد وقعت صيغته المعاوضه من جانبه، فإن لحقها القبول منها فى محلّه صحّ و لزم المال، و إن تقدّم مع ذلك سؤالها به فقد تمّت المعاوضه من الجانبين.

و ممّا قرناه يظهر الفرق بين الصيغتين اللتين أتى بهما المصنّف و جعلهما غير ملزمتين للمال، فإن عدم لزومه فى الأولى مشروط بعدم لحوق القبول منها، إذ الفرض كونها غير ملتتمسه منه ذلك، بخلاف الثانية، فإنها لا توجب التزام المال، سواء قبلت أم لا، لعدم دلالتها على المعاوضه وضعا و إن قصده، إذ لا بدّ من التعبير باللفظ الدالّ على المعنى المطلوب كغيره من المعاوضات.

و على هذا فقولته: «لم يلزمها الألف و إن تبرّعت بعد ذلك بضمانها» يتمّ فى الأمرين على تقدير عدم قبولها ذلك كما هو ظاهر العبارة، لأنه لم يذكر ما يدلّ على قبولها لذلك، و تبرّعها بالمال أمر آخر غير القبول المعتبر. و لا فرق حينئذ بين أن لا يقع قبول أصلا أو يقع متراخيا عن لفظ الزوج. و لو فرض أنها قبلت صحّ فى الأولى دون الثانية.

و الشيخ فى المبسوط (٢) فزق بين العبارتين، فحكم فى الثانية بما ذكره

ص: ٣٧٨

١ - ١) فى «ط»: منها.

٢ - ٢) المبسوط ٣٥٩: ٤.

المصنّف معلّلاً بما ذكره، و حكم في الأولى بصحّته مع قبولها. و هو حسن.

و العلّامه تبع المصنّف في العبارتين و أجمل الحكم في الأمرين، مع أنه قال في القواعد قبل ذكر ذلك: «و لو قال: خالعتك على كذا فلا بدّ من القبول إن لم يسبق السؤال» (1) و ذلك يدلّ على صحّحه البذل في الأولى هنا إذا لحقها القبول، إذ لا فرق بين قوله: «علّي كذا» و «بكذا» بل الباء أقعد في تحقيق المعاوضه، فإنها هنا باء العوض. و الوجه في عدم الصحّحه في الأولى من المذكور ثانيا ما ذكرناه من عدم وقوع القبول المعتبر من جانب المرأه و إن وقع منها لفظ الضمان، فإنه لا يعدّ قبولا بل إتيانا بلفظ فاسد الوضع هنا حيث إنه ضمان ما لم يجب.

و بهذا يندفع ما أورده شيخنا الشهيد في بعض حواشيه على القواعد من استشكله الجمع بين عبارتيه، حيث دلّت الأولى على صحّحه الخلع إذا ابتدأ الزوج بقوله: خالعتك على كذا، و لحقه القبول، و دلّت الثانيه على عدم الصحّحه حيث قال:

«لو ابتدأ فقال: أنت طالق بألف، صحّ الطلاق رجعيًا و لم يلزمها الألف و إن تبرّعت بعد ذلك بضمانها» (2). قال: «إلا أن يراد بالثاني التراخي فالإشكال أقلّ».

و لا- يخفى عليك أنه ليس في عبارته الثانيه ما يدلّ على وقوع القبول منها لا على الفور و لا على التراخي، و إنما ذكر تبرّعها بدفع الألف أو بضمانها و هو أمر مباين للقبول.

نعم، قد يتوهم من عدم حكمهم بصحّحه البذل في المسألتين كون الوجه فيه عدم تقدّم طلبها على إيقاعه الصيغه، و يجعل تقدّمه شرطاً على كلّ حال، نظراً إلى أن الخلع أو الطلاق إذا تقدّم على طلبها بالعوض تكون فيه شائبه التعليق، من

ص: ٣٧٩

١- ١) قواعد الأحكام ٧٩: ٢.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٨٠: ٢.

حيث إن وقوع الطلاق يترتب على قبول المال أو بذله، كما يترتب الطلاق المعلق بالشرط عليه، بخلاف ما إذا تقدّم طلبها، فإن الواقع حينئذ يصير معاوضه منجزه تشبه الجعالة، لأنها تبذل المال في مقابله ما يستقل (١) به الزوج و هو الطلاق، فإذا أتى به وقع موقعه و حصل غرضها، كما أن في الجعالة يبذل الجاعل المال في مقابله ما يستقل (٢) به، فإذا فعله وقع موقعه و حصل الغرض من غير تعليق.

و جوابه: أن الصيغه الأولى و إن اشتملت على شائبه التعليق لكن لفظها خال عنه، و مجرد المعنى إنما هو مقتضى المعاوضه فلا يقدح، كما يقال ذلك في كل معاوضه، فإن من ابتدأ البيع فقال: بعتك بكذا، معناه: أنك إن أعطيتني العوض المعين ملكتك المعوض، و ذلك لا يقدح في صحه البيع، بخلاف ما لو صرح بالشرط المذكور في متن العقد. و بالجملة فهذا الشرط المفهوم من اللفظ هو مقتضى الخلع أو الطلاق بالعوض و غير مصرح به، فلا يقدح بحال.

بقي في المسأله مباحث:

الأول: قول المصنّف: «و لو تبرعت بعد ذلك بضمانها» تبع فيه الشيخ في المبسوط (٣)، و إطلاق الضمان على التزامها ذلك متجوز (٤)، لأن حقيقه الضمان التزام ما في ذمه الغير، و هنا الألف غير ثابتة في ذمه أحد، و لو ثبتت لثبتت في ذمتها، فلا معنى لضمانها لها. و إنما المراد من الضمان هنا غايته و هو التزامها لها في الذمه في الجملة، و ذلك لا يصح أيضا شرعا، لا لأنه ضمان ما لم يجب كما علل. فإن ضمان ما لم يجب المانع من صحه الضمان المراد به ضمان شخص ما لا عن آخر

ص: ٣٨٠

١- ١) في «م» و الحجريّتين: يستقبل.

٢- ٢) في «م» و الحجريّتين: يستقبل.

٣- ٣) المبسوط ٣: ٣٥٨.

٤- ٤) في «م»: تجوز.

لم يجب المال في ذمّه ذلك المضمون، و الضامن هنا هو المضمون، بل المراد أن التزامها لها بعد قوله ذلك على الوجه الذي فصّلناه لا يوجب لزومها لها، لأن ضمانها كذلك ليس من الأسباب المشغله للذمّه بما ليس فيها، و لو فرض دفعها إليه على هذا الوجه كان ابتداء عطيه يعتبر في صحّتها و لزومها ما يعتبر في العطيه.

و يظهر من المبسوط (١) أن المراد بضمانها في هذه الصورة قبولها، و جعله ضمانا من حيث اشتماله على الرضا بالتزام المال. و عتبر في المسأله الأولى - و هي قوله: أنت طالق على ألف - بأنها إذا ضمنت وقع الطلاق، و علّله بأن ضمانها وقع جوابا لكلامه. و توجيه عدم صحّحه الضمان على هذا في الصيغه الثانيه أنها لم تشتمل على جعل الألف عوضا، بل جعلها كلاما مستأنفا كما مرّ (٢)، فإذا قبلتها على هذا الوجه كان قبول ما ليس بلازم و لا مرتبط بالطلاق الذي شرّع جعله بعوض، فكان قبولها لذلك التزاما لما لم يجب و إن وقع مقارنا، بخلاف ضمانها في الأولى يعنى (٣) قبولها، فإنها دأله على جعل الألف عوضا و شرطا في الطلاق، فإذا قبلته على هذا الوجه لزم.

الثاني: قد عرفت من تعليل المسألتين أن المانع من صحّحه العبارة الأولى - و هي قوله: أنت طالق بألف - إما عدم تقدّم سؤالها أو عدم القبول بعده، و أن المانع من صحّحه الثانيه - و هي قوله: و عليك ألف - عدم تقدّم سؤالها، لكونها غير صالحه بنفسها للمعاوضه.

و يتفرّع على ذلك ما لو قال الرجل بعد قبولها: قصدت في الثاني العوض،

ص: ٣٨١

١ - ١) المبسوط ٣٥٨: ٤.

٢ - ٢) في ص: ٣٧٧.

٣ - ٣) في «ق، م» و الحجريّتين: بغير.

و أردت بقولي: و لى عليك ألف، ما يعنيه القائل بقوله: طَلَّقْتِكَ على ألف، فإنه لا- يصدّق، لأنّ ذلك خلاف مدلول اللفظ، فلا يكفى قصده فى لزوم العوض. و لو وافقته المرأة فوجهان، من أن اللفظ لا يصلح للالتزام، فلا يؤثر مصادقتها على قصده، و من أن الحقّ عليها، و من الجائز أن يريد: لى عليك ألف عوضاً عنه، و نحو ذلك. و الأ-جود الأول. و يتفرّع على الوجهين ما لو أنكرت، فإنها تحلف على نفي العلم بقصده ذلك على الثانى دون الأول، لأنها لو أقرت لم يؤثر.

و لو ادّعى أنه كان جواباً لاستدعائها و قولها: طَلَّقْنِي بألف، فإن وافقته لزمها الألف لا من حيث قوله: «و عليك ألف» بل لسبق الاستدعاء، فإنه لو اقتصر معه على قوله: «أنت طالق» لزمها الألف. و إن أنكرت فالقول قولها، فإن حلفت فلا شىء عليها و وقع الطلاق بائناً، لا اعترافه بذلك، و إنما أضاف إليه دعواه عليها العوض.

الثالث: لو قال: أنت طالق على أن عليك ألف، فإن كان قد سبق منها التماسه بذلك و وقع، لأنه أدلّ على الالتزام بالعوض من الثانى. و إن لم يسبق التماس و قبلت ففى إلحاقه بالأولى أو الثانى و جهان، من توهم ظهورها فى إرادته العوض، و من كونها صيغته شرط فى الطلاق، بمعنى كونه قد علّق طلاقها على شرط و هو أن يكون عليها ألف لا على وجه المعاوضه. و الأقوى الأول، لما ذكرناه من ظهور إرادته العوض، و كون الشرط أن يكون عليها ألف إذا التزمتها عوضاً عن الطلاق، فإذا قبلت وقع الطلاق و لزم العوض.

و فى المبسوط (1) ساوى بين هذه الصيغ و الصيغ الأولى، و حكم بصحّه

ص: ٣٨٢

الطلاق و لزوم المال مع قبولها، و جعل ضمانها كناية عنه. و علل الصّحّ بأنه قد علّق طلاقها بشرط أن يكون عليها ألف، و إنما يكون عليها ألف لضمانها ذلك، فإذا ضمن وقع الطلاق، لأن الصّفة قد وجدت إذا كان ضمانها جواباً لكلامه.

و محصّل كلامه: أن هذا الشرط لا يقدح في الصّحّ، و إنما هو بمنزلة القيد و الصّفة لإيقاع الطلاق، فهو - كما أشرنا إليه سابقاً (١) - صيغه منجزه فيها شائبه الشرط من حيث تقييده الطلاق بقصد العوض. و يظهر منه أنها إذا لم تقبل لا يقع الطلاق رجعيًا، فإنه قال: «إذا ضمننت وقع الطلاق» و مقتضى الشرط أنه لا يقع بدون الضمان أعنى القبول. قال: «و الفرق بين قوله: أنت طالق على أن عليك ألفًا، و بين قوله: أنت طالق و عليك ألف، هو أنه إذا قال: و عليك ألف، لم يجعل الطلاق معلقًا به، و إنما عطف به بعد وقوع الطلاق مجرّدًا عن عوض، فلهذا وقع الطلاق و لم يجب عليها شيء، و ليس كذلك قوله: على أن لي عليك ألفًا، لأنه ربط الطلاق بالألف و علّقه به، و جعل الصّفة فيه حصول الألف عليها، فلهذا لم يقع الطلاق إلا بضمانها» انتهى. و هذا أيضًا صريح في أن الطلاق لا يقع بدون ضمانها رجعيًا في هذه الصورة، و جعل الحكم فيما إذا قال: «أنت طالق على ألف» مثل ذلك.

الرابع: المراد بقوله: «صحّ الطلاق رجعيًا» حيث لا يلزم العوض على تقدير كونها ذات عدّه تقبل الرجعه، فلو كانت المطلّقه كذلك غير مدخول بها أو صغيره أو يائسه لم يكن الطلاق رجعيًا كما لا يخفى. و كذا لو كان هذا الطلاق ثالثًا، فإنه لا يلزم من عدم لزوم البذل كونه رجعيًا. و قد عبّر بوقوع الطلاق على هذا التقدير

ص: ٣٨٣

الثالث: إذا قالت: طلقني بألف (١)، كان الجواب على الفور، فإن تأخر لم يستحقّ عوضاً، و كان الطلاق رجعيًا.

رجعيًا الشيخ (١)، و تبعه عليه المصنّف و غيره (٢). و ليس على إطلاقه كما لا يخفى.

و من هنا يتوجّه أيضا الفرق بين الصيغتين المذكورتين، و أن الحكم بكون الطلاق يقع رجعيًا لا يتمّ إلا على تقدير قوله: و عليك ألف، حيث لم يربط العوض بالطلاق، أما إذا ربطه به و جعله عوضاً بقوله: على ألف، أو على أن عليك ألفاً، أشكل - مع عدم قبولها - وقوع الطلاق حيث لم يقصده مجرداً خصوصاً مع كونه غير رجعي، فإن الحكم بصحّته يوجب لزومه له مع كونه لم يقصده أصلاً بدون العوض، فالحكم بطلانه لو لم تقبل المرأة المال و تلتزمه - كما ذكره الشيخ (٣) - في غايه القوّه، بخلاف قوله: و عليك ألف، فإنه قد قدم على الطلاق مجرداً و عطف عليه التزام ما لا يلزم، فلا يقدر فواته في صحّته كما قد تقرّر.

قوله: «إذا قالت: طلقني بألف. إلخ».

قد تقرّر أنّ الخلع يشبه عقود المعاوضات أو هو من جملتها، لاشتمالها على افتداء البضع بعوض مخصوص، و هو يقتضى لفظاً دالاً على إرادتها بذل ما جعله عوضاً، و لفظاً منه يدلّ على إبانته بذلك، فكان ذلك كالإيجاب و القبول في العقود اللازمه و لو من طرف واحد، فإن ذلك لازم من طرفه إلى أن ترجع في البذل. فلا بدّ من وقوعها متعاقبين بحيث يدلّ على أن أحدهما جواب للآخر و التزام به. فإن تقدّم التماسها فقالت: طلقني بألف مثلاً، اعتبر كون جوابه لها على الفور بحيث لا يتخلّلها زمان طويل و لا كلام أجنبي يوجب رفع ارتباط

ص: ٣٨٤

١ - ١) المبسوط ٣: ٣٥٩.

٢ - ٢) راجع الجامع للشرائع: ٤٧٧، قواعد الأحكام ٢: ٧٩ - ٨٠.

٣ - ٣) المبسوط ٣: ٣٥٩.

أحدهما بالآخر. وإن تقدّم لفظه فقال: خالعتك على ألف مثلاً اعتبر التزامها للألف و قبولها لها عقيب كلامه كذلك. و متى حصل التراخي بينهما طويلاً- على الوجه الذي بيّناه لم يستحقّ عوضاً، و وقع الطلاق رجعيًا، بمعنى كونه صحيحاً خالياً عن العوض. فإن كانت ذات عدّه يجوز الرجوع فيها كان رجعيًا و إلا فلا كما قرّناه سابقاً. و على تقدير كونه بائناً فالتقصير مستند إليه حيث أوقع الطلاق باختياره على وجه لا يسلم له العوض.

و ظاهر كلامه- كغيره- أنه لا فرق في ذلك بين العالم بالحال و الجاهل.

و هو يتمّ بغير إشكال على تقدير كون الطلاق رجعيًا كما أطلقه. أما لو كان بائناً- كطلاق غير المدخول بها مع تصريحه بقصد العوض و لم يتعقّب قبولها على الفور- فالحكم بصحّحه الطلاق على هذا الوجه بغير عوض لا- يخلو من إشكال، لعدم القصد إليه. نعم، يتّجه كلامه على إطلاقه على تقدير أن تقول: طلقني بألف، فتراخي ثمّ يقول: أنت طالق، و لا يذكر العوض، فإنه حينئذٍ طلاق مجرّد عن العوض، فلا- يبعد القول بنفوذه كذلك. أما مع تصريحه بالعوض و جهله بالحال و تعدّر الرجعه فهو محلّ إشكال. و ما وقفت هنا لأحد من المعتمدين على شيء يعتدّ به.

و اعلم أنه لا فرق مع تقدّم سؤالها بين قولها: طلقني أو خالعتني بكذا، أو على كذا، أو على أن على كذا، أو على أن أعطيك كذا. و في معناها: إن طلقنتي، أو: إذا طلقنتي، أو: متى ما طلقنتي فلك كذا، بخلاف قول الرجل: متى (1) ما أعطيتني كذا، أو: إن أعطيتني، أو غير ذلك من أدوات الشرط، فإنه لا يقع. و لا فرق

ص: ٣٨٥

النظر الثاني في الفديه كل ما صحّ (١) أن يكون مهرا صحّ [أن يكون] فداء في الخلع. ولا تقدير فيه، بل يجوز و لو كان زائدا عمّا وصل إليها من مهر وغيره.

في جميع ذلك بين أن يعيد الرجل ذكر المال بعد صيغه الخلع أو الطلاق و عدمه، لانصراف الجواب إلى السؤال، كما إذا قال البائع: بعث بكذا، فقال: اشتريت، و اقتصر عليه، فإنه يكفي.

و لو قالت: طلقني و لك علي ألف، فقال: أنت طالق، صحّ ذلك و لزمها الألف، لأن هذه الصيغه تصلح للالتزام كما قال تعالى وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ (١) و الإتيان بها عقيب سؤال الطلاق قرينه دالّ عليه، بخلاف ما إذا قال الزوج: أنت طالق و لى عليك كذا، فإنه لا يصلح للالتزام المال كما مرّ. و يحتمل تساويهما في عدم الالتزام، نظرا إلى أن قولها: «و لك علي كذا» بالوعد أشبه منه بالالتزام. و على هذا فإن اقتصر على قوله: أنت طالق، وقع الطلاق رجعيًا بشرطه. و إن قال: أنت طالق علي ألف، أو بها، و نحوه، افتقر إلى قبولها بعده. و هذا أحوط و إن كان الأول أقوى.

قوله: «كل ما صحّ.. إلخ».

عوض الخلع سبيله سبيل المهر فلا- يتقدّر، و يجوز أن يكون قليلا- و كثيرا، عينا و دينا، بعد أن يكون متمولا- مع سائر شروط الأعيان كالقدره على التسليم و استقرار الملك و غيرهما. و لا يتقدّر في جانب الكثره بما وصل إليها من مهر و غيره، بخلاف عوض المباره. و الأصل في الفرق- قبل الإجماع- عموم قوله

ص: ٣٨٦

و إذا كان غائبا(١) فلا بدّ من ذكر جنسه و وصفه و قدره. و يكفي في الحاضر المشاهده. و ينصرف الإطلاق إلى غالب نقد البلد، و مع التعيين إلى ما عيّن. و لو خالعهما على ألف و لم يذكر المراد و لا قصد فسد الخلع.

تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به (١) و حسنه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام إلى أن قال: «إذا فعلت ذلك حلّ له ما أخذ منها» (٢). و في روايه سماعه: «إذا هي اختلعت فهي بائن، و له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه» (٣).

و لأن الكراهه لما كانت منها ناسب أن يجوز طلب ما شاء عوضا عن الخلع، بخلاف ما إذا اشتركا في الكراهه.

قوله: «و إذا كان غائبا.. إلخ».

هنا مسائل:

الأولى: يشترط العلم بالعوض لا- من كلّ وجه بل كونه بحيث يمكن تسليمه و يرفع معظم الغرر. فإن كان غائبا فلا بدّ من ذكر جنسه، ككونه فضّه أو ذهباً أو ثوب قطن أو كتّان، و وصفه إن اختلفت أوصافه و اختلفت قيمته باختلافها، و قدره كقفيز حنطه موصوفه بصفاتهما التي يختلف بها الثمن، و نحو ذلك. و إن كان حاضرا اعتبر ضبطه إما بالوصف و القدر أو بالمشاهده و إن لم يعلم مقدار وزنه أو كيله أو ذرعه، لاغتفار ذلك في المهر، فيكتفى به فيما ناسبه في المعنى. و على هذا فلو بذلت له مالها في ذمتها من المهر أو الأعمّ منه و من غيره و لم يعلم قدره لم يصحّ، لأن هذا من الغائب الذي يعتبر معرفه مقداره. و لو

ص: ٣٨٧

١- ١) البقره: ٢٢٩.

٢- ٢) الكافي ١٤٠: ٦ ح ٣، التهذيب ٩٥: ٨ ح ٣٢٤، الاستبصار ٣: ٣١٥ ح ١١٢٣، الوسائل ٤٨٨: ١٥ ب «١» من أبواب الخلع و المباره ح ٤، و ص: ٤٩٤ ب «٤» ح ٤.

٣- ٣) الكافي ١٤٠: ٦ ح ٢، التهذيب ٩٥: ٨ ح ٣٢٣، الاستبصار ٣: ٣١٥ ح ١١٢٢، الوسائل ٤٨٨: ١٥ ب «١» من أبواب الخلع و المباره ح ٤، و ص: ٤٩٤ ب «٤» ح ٤.

أحضرت له أمتعته مشاهدته لهما و بذلتها له صحَّ و إن لم يعلم مقدار قيمتها. و حيث يعتبر العلم بالقدر أو الوصف أو المشاهدة فالمعتبر فيه علمهما معا، فلا تكفى معرفه أحدهما دون الآخر، لأن المعامله واقعته من الطرفين.

الثانيه: إذا بذلت له مائه دينار أو مائه درهم صحَّ و انصرف إلى الموجود في نقد البلد ذلك الوقت إن اتَّحد. و لو تعدَّد و كان هناك نقد غالب حمل عليه، لأن المعاملات تنزل على النقد الغالب، و الخلع فيما يرجع إلى المال كسائر المعاملات.

و لا فرق [١] في الغالب بين كونه ناقص الوزن عن الدراهم الشرعيه و زائده، و لا بين كونه مغشوشا و خالصا. و لو تعدَّد و لم يكن فيها غالب و جب التعيين، و بطل مع الإطلاق كغيره من المعاوضات، لاستحاله الترجيح من غير مرجح. و لو كان هناك غالب أو نقد متَّحد فعينا غيره صحَّ، لأن المرجع في ذلك إليهما كما لو بذلت غير النقد.

الثالثه: لو خالعهما على ألف و أطلق و لم يذكر المراد منها جنسا و لا وصفا و لا قصده في التيه لم يصحَّ، للجهاله، و للاشتراك المانع من الحمل على بعضها دون بعض. و إن قصدت بها معينا جنسا و وصفا كمائه دينار و وافقها على قصدها صحَّ و لزمها ما قصدها، و إن لم يجز ذلك في غيره من المعاوضات كالبيع، لأن المقصود أن يكون العوض معلوما عند المتعاقدين، فإذا توافقا على شيء بالتية كان كما لو توافقا بالنطق. هذا هو الذي اختاره المصنّف و العلامه (١) و قبلهما الشيخ في

ص: ٣٨٨

و لو كان الفداء(١) ممّا لا يملكه المسلم-كالخمر-فسد الخلع. و قيل:

يكون رجعيًا. و هو حقّ إن اتبع بالطلاق، و إلاّ كان البطلان أحقّ.

و لو خالعهما على خلّ فبان خمرا صحّ، و كان له بقدره خلّ.

المبسوط (١)، و هو الذى يقتضيه قوله: «و لا قصد بطل الخلع» فإن مفهومه صحّته مع قصده. و سيأتى (٢) فى مسائل النزاع ما يتّبه عليه أيضا.

و يحتمل فساد الخلع بإهمال ذكر الجنس و الوصف و إن قصدها، كما لا يصحّ ذلك فى غيره من عقود المعاوضات.

و على المشهور فلو قالت: بذلت لك مالى فى ذمتك، أو ما عندى، أو ما أعطيتنى من الأسباب، و نحو ذلك، مع علمهما بقدره و وصفه صحّ، و لو وقع البيع على مثل ذلك لم يصحّ، بل لا بدّ فيه من التلفّظ بما يعتبر تعيينه من الجنس و الوصف و القدر، و هذا من الأمور المحتملة فى هذا الباب من الغرر دون غيره من المعاوضات المحضه. و قد سبق (٣) فى باب المهر ما يتّبه على لمّيته.

قوله: «و لو كان الفداء.. إلخ».

قد تقدّم (٤) أن شرط الفديه أن يكون مالا مملوكا للمرأة، لأنه عوض عن حقّ البضع فلا بدّ من صلاحيته للمعاوضه. فلو بذلت له خمرا أو خنزيرا، فإن كان عالما بالحال فسد الخلع، لأنّ العوض جزء ماهيته عندنا، فلا يتحقّق بدون العوض، و هو منتف هنا.

ص: ٣٨٩

١- (١) المبسوط ٣٤٩:٤.

٢- (٢) فى ص: ٤٤٧.

٣- (٣) فى ج ١٧٠:٨.

٤- (٤) فى ص: ٣٨٦.

قال الشيخ (١): ويقع طلاقاً رجعيًا، لاشتماله على أمرين: الطلاق و العوض، فإذا بطل أحدهما يبقى الآخر كما لو اختلت إحدى الشرائط كما سبق.

و ردّه المصنّف بأنه مع الاقتصار على الخلع لا يتحقّق صحّحه الطلاق مع فساد العوض، لأن الخلع الذى يقوم مقام الطلاق أو هو الطلاق ليس إلّا- اللفظ الدالّ على الإبانة بالعوض، فبدونه لا يكون خلعا، فلا يتحقّق رفع الزوجيّة بائنا و لا رجعيًا، وإنما يتمّ إذا أتبعه بالطلاق ليكونا أمرين متغايرين لا يلزم من فساد أحدهما فساد الآخر، فيفسد حينئذ الخلع، لفوات العوض، و يبقى الطلاق المتعقّب له رجعيًا، لبطلان العوض الموجب لكونه بائنا. و هذا أقوى (٢).

و إن كان جاهلا بعدم ماليّته- كما لو ظنّه خللا فبان خمرًا، أو عبدا فظهر حرًا- فقد حكم المصنّف بصحّته كما لو أمهرها ذلك فظهر كذلك، لأن تراضيهما على المقدار من الجزئى المعين الذى يظنّان كونه متموّلا يقتضى الرضا بالكلّى المنطبق عليه، لأن الجزئى مستلزم له، فالرضا به يستلزم الرضا بالكلّى، فإذا فات الجزئى لمانع صلاحيّته للملك بقى الكلّى. و لأنه أقرب إلى المعقود عليه.

و لم ينقلوا هنا قولاً- فى فساده، و لا- وجوب قيمته عند مستحليّه كما ذكروه فى المهر، مع أن الاحتمال قائم فيه، أما الأول فلفقد شرط صحّته و هو كونه مملوكًا. و الجهل به لا يقتضى الصحّحه كما لو تبين فقد شرطه (٣) فى بعض أركان العقد. و أما الثانى فلأن قيمه الشىء أقرب إليه عند تعدّره. و لأن المقصود من المعين ماليّته، فمع تعدّرها يصار إلى قيمه، لأنه لا- مثل له فى شرع الإسلام، فكان

ص: ٣٩٠

١- (١) المبسوط ٣: ٣٥٨.

٢- (٢) فى «و»: قوئى.

٣- (٣) فى «و»: شرط.

و لو خالغ على حمل (١) الدائنه أو الجاربه لم يصحّ.

كتعدّر المثل فى المثلئ حيث يجب، فإنه ينتقل إلى قيمته. و لو ظهر مستحقًا لغيره فالحكم فيه مع العلم و الجهل كما فصلّ.

قوله: «و لو خالغ على حمل.. إلخ».

لا- فرق فى ذلك بين كونه موجودا فى بطنها بالفعل و عدمه، كما لو خالغها على ما تحملها فى المستقبل، لا اشتراكهما فى الجهالة المانع، و زياده الثانئ بكونه معدوما.

و خالف فى ذلك بعض العامه (١) فجوز الخلع فى الموضعين، و اغتفر الجهالة فى الأول، و جعل الثانئ كالوصئيه. و الأول محتمل، لا احتمال هذا العقد من الغرر بما يقارب ذلك. أما الثانئ فلا، إذ لا- عوض أصلا، و لا- وثوق بالمتجدد، بخلاف الموجود، فإن له مائئه تقبل المعاوضه و لو بالتبعئيه فى عقد يحتمل الغرر.

و مثله ما لو خالغها على ما فى كفّها، فإنه لا يصحّ عندنا، سواء علم أن فى كفّها شيئًا متمولًا و جهل مقداره أو عينه أو لم يعلم. و من أجاز الأول صحّحه هنا مع العلم بوجود شئ فى كفّها يصلح للعوض، أو ظهور وجوده فيه. فإن لم يظهر فيه شئ ففى وجوب مهر المثل كما لو ظهر فساد العوض، أو وقوع الطلاق رجعيًا، أو لزوم ثلاثه دراهم، لأن المقبوض فى الكفّ ثلاثه أصابع، و هى ما عدا الإبهام و المسبّحه، فيجب قدره من النقد الغالب، أو جه أبعدها الأخير.

ص: ٣٩١

(١- ١) حليه العلماء ٥٥٢:٦، المغنى لابن قدامه ١٩٠:٨، روضه الطالبين ٦٩٣:٥، كفايه الأخيار ٥٠:٢.

و يصح بذل الفداء (١) منها، و من و كيلها، و ممن يضمنه بإذنها. و هل يصح من المتبرع؟ فيه تردد. و الأشبه المنع.

قوله: «و يصح بذل الفداء.. إلخ».

الأصل فى الفداء المبذول فى هذا الباب أن يكون من المرأه لنسبته إليها فى قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما اقتدت به (١). و بذل و كيلها فى معنى بذلها، لأنه يبذله من مالها بإذنها. و كذا بذله ممن يضمنه فى ذمته بإذنها، فيقول للزوج:

طلّق زوجتك على مائه و على ضمانها. و الفرق بينه و بين الوكيل: أن الوكيل يبذل من مالها بإذنها، و هذا يبذل من ماله بإذنها ليرجع عليها بما يبذله بعد ذلك، فهو فى معنى الوكيل الذى يدفع العوض عن الموكل من ماله ليرجع به عليه، فدفعه له بمنزله إقراضه لها و إن كان بصورة الضمان.

و أما بذله من المتبرع عنها بأن يقول للزوج: طلق امرأتك بمائه من مالى بحيث يكون عوضا للخلع، ففى صحته قولان أظهرهما بين الأصحاب- و هو الذى اختاره المصنّف و الشهيد (٢) و غيرهما (٣) من الأصحاب-العدم، فلا يملك الزوج البذل، و لا يقع الطلاق إن لم يتبع به، لأن الخلع من عقود المعاوضات، فلا- يجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوض، كالبيع لو قال: بعتك كذا بمائه فى ذمه فلان. و لأنه تعالى أضاف الفديه إليها فى الآية المتقدمه، و ألحق بها بذل الوكيل و الضامن بإذنها، فبقى المتبرع على أصل المنع. و لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل. و القول بالصحة لا يعلم قائله من الأصحاب، لكنّه مذهب جميع من

ص: ٣٩٢

١- (١) البقره: ٢٢٩.

٢- (٢) اللعه الدمشقيه: ١٢٧.

٣- (٣) راجع المبسوط ٤: ٣٦٥، إرشاد الأذهان ٢: ٥٢، إيضاح الفوائد ٣: ٣٨٧.

خالفنا (١) من الفقهاء إلا من شدّ منهم.

و مبنى القولين على أن الخلع فداء (٢)، أو معاوضه، أو على أنه طلاق أو فسخ. فعلى الأولين يصحّ من الأجنبي، لجواز الافتداء منه و بذلك مال له ليطلقها، كما يصحّ التزام المال ليعتق عبده، وقد يتعلّق به غرض بأن كان ظالماً بالإمساك و تعدّز إزاله يده بالحجّه، أو كان يسىء العشره و يمنع الحقوق فأراد المختلّع تخليصها. و على تقدير كونه طلاقاً فالطلاق يستقلّ به الزوج فجاز أن يسأله الأجنبي على مال، كما إذا قال: ألق متاعك فى البحر و على كذا. و على القول بأنه معاوضه فقد تقدّم ما يدلّ على منعه. و كذا على القول بأنه فسخ، فإنّ الفسخ من غير علّه لا ينفرد به الرجل، فلا يصحّ طلبه منه. و يرجّح جانب الفداء الآيه (٣) الدالّه عليه، إلا أن مفهوم خطابها اختصاصها بها، لكن مفهوم الخطاب ليس بحجّه.

و موضع الخلاف ما إذا قصد الخلع بالمال المبدول ليرتّب عليه أحكام الخلع من وقوع الفراق بائناً- إلا أن يرجع البازل- و وقوع اللفظين متلا- حقين كغيره من عقود المعاوضات، أما لو وقع ذلك من الأجنبي على وجه الجعالة فلا إشكال فى الصحّه، لأنه عمل محلّل يتعلّق به غرض صحيح للعقلاء، فتصحّ الجعالة عليه، و لا يلحقها حينئذ حكم الخلع، فلا يشترط فورّيّه الجواب، و لا يقع بائناً من حيث العوض، بخلاف خلع الأجنبي، فإنه كخلع الزوجه فى الألفاظ و الأحكام، فله أن يرجع فى البذل ما دامت فى العده، فللزوجه حينئذ أن يرجع فى

ص: ٣٩٣

١- ١) انظر الحاوى الكبير ٨٠: ١٠، المغنى لابن قدامه ٨: ٢١٩، روضه الطالبين ٥: ٧٢٤.

٢- ٢) فى «و»: افتداء.

٣- ٣) البقره: ٢٢٩.

الطلاق. و ليس للزوجه هنا رجوع فى البذل، لأنها لا تملكه، بخلاف ما لو كان الباذل و كيلها أو الضامن له عنها، فإن أمر الرجوع فيهما بيدها.

و يتفرّع على جوازه أيضا من الأجنبي ما لو قال الزوج: هي طالق بألف فى ذمتك فقبل، فإنه يلزم كالزوجه، بخلاف ما لو قال: هي طالق و عليك ألف.

و على تقدير كونه و كيلا من جانب الزوجه يتخير بين أن يخلع استقلالاً و بين أن يكون نائبا عنها، فإن صرح بالاستقلال فذلك، و إن صرح بالوكالة فالزوج يطالب الزوجه بالمال. و إن لم يصرح و نوى الوكالة كان الخلع لها لكن تتعلّق العهده به ظاهرا، فيطالب بالعموض ثمّ هو يرجع على الزوجه. و على هذا فيجوز أن يوكل الأجنبي الزوجه حتى تختلع عنه. و حينئذ فتتخير الزوجه بين أن تختلع استقلالاً أو بالوكالة كما لو كان هو و كيلا.

و قول الزوجه للأجنبي: «سل زوجي يطلّقنى على كذا» توكيل، سواء قالت: «على» أم لم تقل. و قول الأجنبي لها: «سلى زوجك يطلّقك على كذا» يحتمل الأمرين، فإن لم يقل: «على» لم يكن توكيلا، فلو اختلعت كان المال عليها. و إن قال: «على» كان توكيلا، فإن أضافت إليه أو نوت ثبت على الأجنبي.

و لو قال أجنبي لأجنبي: «سل فلانا يطلّق زوجته بكذا» كقوله للزوجه:

«سلى زوجك» فيفرّق بين أن يقول: «على» أو لا يقول.

و لو اختلع الأجنبي و أضاف العقد إليها مصرّحا بالوكالة ثمّ بان أنه كاذب لم يقطع الطلاق على القولين، لأنه مرتبط بالمال، و هو لم يلتزمه فى نفسه، و كذب فى إضافه الالتزام إليها، فأشبهه ما إذا كان الخطاب معها فلم تقبل.

أما لو قال: طَلَّقَهَا (١) على ألف من مالها و علىِّ ضمانها، أو: علىِّ عبدها هذا و علىِّ ضمانه، صحَّ، فإن لم ترض بدفع البذل صحَّ الخلع و ضمن المتبرِّع. و فيه تردّد.

و لو خالعت في مرض (٢) الموت صحَّ، و إن بذلت أكثر من الثلث، و كان من الأصل. و فيه قول: أن الزائد عن مهر المثل من الثلث. و هو أشبه.

قوله: «أما لو قال: طَلَّقَهَا.. إلخ».

هذه من شعوب بذل الأجنبي لكنّه يختصّ عنه بكون البذل من مالها بغير إذنها، فيشابه الأجنبي من حيث التبرُّع، و يشابه الوكيل من حيث جعله ذلك من مالها، و منهما يتفرّع الإشكال، إذ يحتمل الصحّ، لأن الفديه من مالها فلم يخرج عن وضع الخلع، غاية ما في الباب أنها إذا لم تجز ذلك يلزمه الضمان نظرا إلى الترامه ذلك. و يحتمل العدم، لأن مرجعه إلى التبرُّع حيث لا تجيز بذل مالها. و لأن ضمانه لذلك ضمان ما لم يجب فلا يصحّ، لكن قد ورد صحّ ضمان ما لم يجب في مواضع لمسيس الحاجه ك: ألق متاعك في البحر و علىِّ ضمانه، حذرا من غرق السفينه، و قد تمسّ الحاجه هنا إلى مثل ذلك. و عدم الصحّ لا يخلو من قوّه.

قوله: «و لو خالعت في مرض.. إلخ».

لَمَّا كان تصرّف المريض في مرض الموت مقصورا على ثلث ماله حيث يكون متبرّعا به، و كان (١) مهر المثل هو عوض البضع شرعا كقيمته المثل في المقومات - و من ثمّ لو تصرّف فيه متصرّف على وجه يضمّنه، كوطء الشبهه و المكره، يجب عليه مهر المثل - فبذلها فديه للطلاق يتقدّر (٢) نفوذها من الأصل

ص: ٣٩٥

١- ١) كذا في «د» و إحدى الحجريّتين، و في سائر النسخ الخطّيه: فكان.

٢- ٢) كذا في «و»، و في نسخه بدل «د»: فيتقدّر، و في سائر النسخ الخطّيه و الحجريّتين: فيتعدّر.

بمهر المثل، لأن العائد إليها البضع فيعتبر قيمته شرعاً، كما لو اشترت شيئاً بثمن مثله، فإن بذلت أكثر من ذلك كان مقدار مهر المثل من الأصل و الزائد من الثلث.

هذا هو المشهور بين الأصحاب و المعمول به بينهم، ذكر ذلك الشيخ في المبسوط (١) و لم ينقل فيه هذا القول و تبعه الباقر (٢). نعم، نقل قولاً [١] أن الجميع يعتبر من الثلث، لأن العائد إليها غير متمول بالنسبة إلى الورثة، و الحجر على المريض إنما هو لحقّ الورثة. و هو قول موجه. و المصنّف -رحمه الله- نقل هنا قولاً (٣) أن الجميع يكون من الأصل و إن زاد عن الثلث. و هو قول نادر غير موجه.

و الأقوى العمل على المشهور.

و عليه، فلو كان مهر مثلها أربعين ديناراً فبذلت مائة مستوعبه صحّ للزوج ستون، أربعون في مقابله مهر المثل، و عشرون بالمحاباه هي ثلث باقى التركة، و يرجع إلى الورثة أربعون ضعف ما نفذت فيه المحاباه. هذا إذا لم تبرأ من مرضها، و لو برئت لزم الجميع كباقي المنجزات.

و أما مرض الزوج فلا- يؤثّر في الخلع، بل يصحّ خلعه في مرض الموت و إن كان بدون مهر المثل، لأن البضع لا يبقى للوارث و إن لم يجر خلع، فلا وجه للاعتبار من الثلث. و لأنه لو طلقها بغير عوض في مرض الموت لا يعتبر فيه

ص: ٣٩٤

١-١) المبسوط ٤:٣٧٠.

٢-٢) التحرير ٢:٦٠، حاشية المحقق الكركي على الشرائع: ٤٠٨.

٣-٤) راجع جواهر الفقه: ١٧٩ مسألة (٦٣٥)، فقه القرآن للراوندى ٢:٢٠٧.

و لو كان الفداء (١) رضاع ولده صحّ مشروطا بتعيين المدّة. وكذا لو طلقها على نفقته بشرط تعيين القدر الذى يحتاج إليه من المأكل والكسوة والمدّة. ولو مات قبل المدّة كان للمطلق استيفاء ما بقى، فإن كان رضاعا رجع بأجره مثله، وإن كان إنفاقا رجع بمثل ما كان يحتاج إليه فى تلك المدّة مثلا أو قيمه. ولا يجب عليها دفعه دفعه، بل إدرازا فى المدّة كما كان يستحقّ عليها لو بقى.

البضع (١) من الثلث، فكذا إذا نقص عن مهر المثل.

قوله: «و لو كان الفداء.. إلخ».

عوض الخلع كما يجوز أن يكون عينا يجوز أن يكون منفعه. ويشترط فى المنفعه أن تكون معلومه مستجمعه للشرائط المذكوره فى الإجاره. فإذا خالع زوجته على إرضاع ولده مدّة معلومه جاز. وكذا لو خالعها على حضانتها، سواء كان الولد منها أم من غيرها. والكلام فى الجمع بينهما واستتباع أحدهما الآخر إذا أفرد كالكلام فى الإجاره. وكذا يجوز جعل النفقه عوضا مضافه إلى الرضاع، كما لو جعلها بعد مدّته أو منفرده، فيعتبر تعيين ما ينفق عليه كلّ يوم من الإدام والطعام، وما يكسوه فى كلّ فصل أو سنه، أو يضبط المؤنه فى جملة السنه، و توصف بالأوصاف المشروطه فى السلم. ثمّ الزوج فى الطعام والشراب مخيّر بين أن يستوفى بنفسه و يصرفه إلى الولد و بين أن يأمرها بالصرف إليه.

ثمّ الولد إن عاش إلى استيفاء العين و المنفعه فذاك، وإن خرج زهيذا و فضل من المقدّر شىء فهو للزوج، وإن كان رغيبا و احتاج إلى زياده فهو على الزوج.

و إن مات قبل تمام المدّة انفسخ العقد فيما بقى منها دون ما مضى، فيستوفى الزوج

ص: ٣٩٧

(١ - ١) فى «م»: الوضع.

و لو تلف العوض (١) قبل القبض لم يبطل استحقاقه، و لزمها مثله أو قيمته إن لم يكن مثلًا.

الطعام و الكسوره لما بقى، و يرجع بأجره مثل الرضاع و الحضانه فيها. و امتناع الولد من الارتضاع و التقام الثدي كالموت. و حيث يرجع بأجره الرضاع أو بقيمه النفقه أو مثلها فهل يتعجل الاستحقاق، أو يكون منجما كما كان فيه؟ و جهان أصحهما الثاني، لأن الواجب كان حكمه كذلك. و وجه الأول: أن التدرج كان بحسب حاله (١) الصبى و قد زالت.

قوله: «و لو تلف العوض. إلخ».

أما عدم البطلان بتلف العين (٢) فلاصله الصحه، و بطلان البيع بذلك خرج بنص (٣) خاص، فيبقى الباقي على أصل الصحه. و أما ضمانها له بالمثل أو القيمه فلعوم قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٤) و يدها آخذه للعين و لم تؤدها إلى مالكها، فتكون ضامنه لها بمثلها إن كانت مثليه أو قيمتها يوم التلف إن كانت قيمته. و لا فرق في ذلك بين تلفه باختيارها أو بآفه من الله سبحانه أو بإتلاف أجنبي، لكن في الثالث يتخير الزوج بين الرجوع عليها و على الأجنبي، فإن رجع عليها رجعت على الأجنبي إن أتلفه على وجه مضمون.

ص: ٣٩٨

١- ١) في نسخه بدل «ق»: حاجه.

٢- ٢) في «و»: المعين.

٣- ٣) الكافي ٥: ١٧١ ح ١٢، التهذيب ٧: ٢١ ح ٨٩ و ٢٣٠ ح ١٠٠٣، الوسائل ١٢: ٣٥٨ ب «١٠» من أبواب الخيار ح ١.

٤- ٤) عوالي اللئالى ١: ٢٢٤، مستدرک الوسائل ٧: ١٤ ب «١» من كتاب الوديعه ح ١٢. مسند أحمد ٥: ١٢، سنن أبى داود ٣: ٢٩٦ ح

و لو خالعتها بعوض (١) موصوف، فإن وجود ما دفعته على الوصف، وإلا كان له ردّه و المطالبه بما وصف.

و لو كان معينا (٢) فبان معينا ردّه و طالب بمثله أو قيمته، و إن شاء أمسكه مع الأرش.

و كذا لو خالعتها على عبد على أنه حبشيّ فبان زنجيّا، أو ثوب على أنه نقى فبان أسمر.

أما لو خالعتها على أنه إبريسم فبان كئانا صحّ الخلع، و له قيمه الإبريسم، و ليس له إمساك الكئان، لاختلاف الجنس.

قوله: «و لو خالعتها بعوض.. إلخ».

و ذلك لأن الموصوف أمر كلى لا ينحصر فيما دفعته، و إنما يتأدى به الأمر الكلى الثابت فى الذمه على تقدير مطابقته له، فإذا ظهر بخلافه فله ردّه و المطالبه بما وصف، لأنّه حقّه. و يفهم من قوله: «فله ردّه» أن له الرضا به أيضا. و هو يتم مع كونه موافقا فى الجنس و ناقصا فى الوصف ليكون الفئات متمحّضا لحقّه، أو مع كونها عالمه بحاله، أما لو كانت جاهله به و هو زائد عن الموصوف و لو من وجه أو مغاير له لم يملكه بقبوله بدون رضاها، لأنه غير الحقّ، فيتوقّف تعينه عوضا على تراضيهما به.

قوله: «و لو كان معينا.. إلخ».

إذا كان العوض معينا فظهر معينا فله الأرش، لأنه نقص حدث قبل القبض فكان مضمونا عليها كما تضمن الجملة. و ذكر المصنّف و غيره أن له ردّه و المطالبه بمثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا، لأن فوات الجزء الموجب للعيب أو

الوصف (١) كتبعض الصفقه، فيتخير بين ردّه و أخذ عوضه و بين إبقائه مع أرشه.

و هذا بخلاف البيع، فإنه مع ردّه لا يرجع إلى عوضه، بل يوجب انفساخ البيع.

و الفرق أن الطلاق المترتب على العوض قد وقع قبل الردّ، والأصل فيه اللزوم، و ليس هو كغيره من عقود المعاوضات القابله للتفاسخ مطلقاً، بل يقف فسخه على أمور خاصّه بدليل خاصّ لا مطلقاً، فلا وسيله إلاّ إلى تحصيل المطلوب من العوض بما ذكر.

و مثله ما لو خالعهها على عبد معين على أنه من جنس خاصّ فبان من غيره، لأن الفاتت الوصف الموجب للعيب على تقدير كونه أنقص، و أما الجنس و هو كونه عبداً فواحد. و كذا لو خالعهها على ثوب على أنه نقى اللون فظهر أسمر، لاشتراك الجميع فى أصل الجنس، و الاختلاف فى الأوصاف الموجبه لاختلاف قيمه، فينجبر بالأرّش أو البدل.

أما لو بذلت له شيئاً فظهر من خلاف جنس المعين - كما لو خالعهها على أن الثوب إبريسم فظهر قطناً أو كتّاناً - لم يثبت الأرّش، لفوات الحقيقه بأسرها، بل له قيمه ما عيّناه، لأنها أقرب إلى حقيقته. و لا يبطل الخلع، لوجود العوض فيه فى الجملة. و ليس للزوج إمساك الثوب المخالف لجنس ما عيّناه، كما لو عقد (٢) على عين فبانّت غيرها، لأن اختلاف الأجناس كاختلاف الأعيان، مع احتمال البطلان هنا، لتبين عدم وجود العوض الذى عيّناه، بخلاف ما لو فاتت صفته خاصّه، و لكنّهم نظروا إلى وجود المائيه للمبذول فى الجملة، و فوات الجنس يجبر بالقيمه

ص: ٤٠٠

١-١) فى «ط، و»: للوصف.

٢-٢) فى الحجر يتين: عقدت.

و لو دفعت ألفا(١)وقالت:طلّقتني بها متى شئت،لم يصحّ البذل.و لو طلقّ كان رجعيًا،و الألف لها.

كما يجبر بها فوات الوصف.و للنظر في هذه المطالب مجال إن لم تكن إجماعية، إذ لا نصّ فيها،و إنما هي أحكام اجتهادية.و لو قيل في فوات الوصف يتعيّن أخذه بالأرش كان حسنا.

قوله:«و لو دفعت ألفا..إلخ».

وجه البطلان أن المعتبر في البذل الصحيح كونه في مقابله الطلاق الواقع على الفور،فإذا جعلته في مقابله الواقع مطلقا فكأنّها قد جعلته في مقابله طلاق باطل،فيبطل البذل.و علّله الشيخ في المبسوط (١)بأنه سلف في طلاق،و بأنه عوض على مجهول.

و في الكلّ نظر،لأن هذه الصيغة كما تناولت الطلاق الباطل مع التراخي تناولت الفوري بعد هذه الصيغة،فلا يلزم من بطلان التراخي و لا من اشتمالها على الباطل و غيره بطلان مدلولها أجمع.و كذا القول في كونه سلفا في طلاق،لأن المشيئة تشمل ما لو أوقعه في الحال.و أما كونه عوضا على مجهول فظاهر المنع.

نعم،لو قيل-بأن اللفظ يتمّ بقولها مع دفع الألف:طلّقتني بها،و يكون قولها:«متى شئت»مانعا من الفوريّ المعتبره في الجواب،فيكون البطلان مستندا إلى تخلّل كلام لا يتعلّق بالعقد-أممكن،إلا أن منع مثل هذا لا يخلو من نظر.

ثمّ على تقدير بطلان البذل إن كان الواقع خلعا بطل من رأس.و إن كان طلاقا وقع رجعيًا من حيث خلوه من البذل.و يأتي فيه ما تقدّم (٢)من الإشكال

ص:٤٠١

١-١) المبسوط ٣٦١:٤.

٢-٢) في ص:٣٨٥.

و لو خالغ اثنتين (١) بفديه واحده صحّ، و كانت بينهما بالسويّه. و لو قالتا: طلقنا بألف، فطلق واحده، كان له النصف. و لو عقب بطلاق الأخرى كان رجعيًا، و لا عوض له، لتأخر الجواب عن الاستدعاء المقتضى للتعجيل.

على تقدير كونه بائنا بغير هذا الاعتبار و جهل المطلق بالحال.

قوله: «و لو خالغ اثنتين.. إلخ».

إذا خالغ اثنتين فصاعدا على عوض معيّن فالأظهر عندنا الصحّ، لأن العوض -و هو المجموع- معلوم في مقابله جملة معلومه. و لا عبره بجهاله ما يخصّ كلّ واحده على تقدير التقسيط، لأن ذلك أمر متجدّد وراء الصفقة الواقعه في العقد، كما لا يقدر في الصحّ بيع جملة من الأمتعه بثمن واحد معلوم و إن جوّز ظهور بعضها مستحقًا، فلو فرض عروض ذلك و احتيج إلى التقسيط لا يقدر في صحّ البيع السابق.

و هل يقسّط في الخلع على رؤوسها أو على مهر المثل؟ وجهان اختار الشيخ (١) و المصنّف و الأكثر الأول، لأن البذل ذكر في مقابلهما.

و وجه توزيعه على مهر أمثالهما أن ذلك هو الملحوظ في قيمه البضع حيث يفتقر إلى تقويمه، و من ثمّ اعتبر في خلع المريضه مهر مثلها، كما إذا باع عبيدا صفقه واحده، فإن الثمن يوزّع على قيمه العبيد حيث يحتاج إلى التوزيع، فإن استوت المهور استوين فيه، و إن تفاوتت تفاوتت.

و توقّف في المختلف (٢) بين الوجهين. و له وجه. و أغرب القاضى (٣) ابن

ص: ٤٠٢

١- ١) المبسوط ٣٦٣: ٤.

٢- ٢) المختلف: ٥٩٦.

٣- ٣) المهذب ٢٧٢: ٢.

البزاج حيث جعل العوض مقسوما عليهما على قدر ما تزوجهما به من المهر.

ولعله تجوز به في اعتبار مهر المثل، كما أطلق المتقدمون الأرش أنه تفاوت ما بين قيمه العين صحيحه و معيبه، و أرادوا نسبه ذلك من الثمن لا نفس التفاوت حذرا من اجتماع العوض و المعوض لو احد، بل الزيادة عليهما.

هذا إذا قالتا: طلقنا بألف أو خالعا بها، ففعل ذلك بهما. ومثله ما لو ابتدأهما بذلك فقبلتا. أما لو قالتا: طلقنا بألف، فطلق واحد خاصه كان له النصف بناء على قسمه المال بينهما بالسويّه. و على القول الآخر يلزمها حصّتها من المسمى إذا وزّع على مهر مثلها. و لا- يضرّ اختلاف السؤال و الإيقاع، لأن كل واحد مقصوده بنفسها منفرده، كما لو قال رجلان: ردّ عبدنا بكذا، فردّ أحدهما دون الآخر. و هذا بخلاف ما لو قالت الواحده: طلقني ثلاثا بألف مثلا، فطلق واحد، لأنّ المرأه الواحده يتعلّق غرضها بالعدد. و قد ينقدح إرادته كلّ واحد طلاقهما معا و لا- تريد الانفراد، فلا يكون الاقتصار على إحداهما مطابقا للسؤال، لكن ظاهرهم عدم الالتفات إلى هذا الاحتمال، لأنه خلاف الظاهر.

و في التحرير (1) استشكل في ثبوت النصف لو اقتصر على طلاق الواحده.

و وجهه ما ذكرناه.

و فرّق بعضهم (2) بين هذه الصوره و بين ما لو ابتدأهما فقال: خالعتكما بألف، أو: أنتما طالقتان بكذا، فقبلت إحداهما وحدها، فإنه لا يقع هنا شيء، لأن القبول لم يوافق الجواب، كما لو قال: بعتكما هذا العبد بألف، فقال أحدهما: قبلت.

ص: ٤٠٣

١-١) تحرير الأحكام ٢:٦٠.

٢-٢) راجع الوجيز ٢:٤٢-٤٣، روضه الطالبين ٥:٦٨٨.

و لو خلعتها على عين (١) فبانت مستحقّه، قيل: يبطل الخلع. و لو قيل:

يصحّ و تكون له قيمه أو المثل إن كان مثلياً، كان حسناً.

و الفرق لا يخلو من نظر.

ثمّ على تقدير وقوعه على واحده منهما لو عقب بطلاق الأخرى لم يستحقّ العوض، لتأخّر الجواب عن الاستدعاء، و وقع الطلاق رجعيًا من هذه الحيثية، كما تقدّم (١).

قوله: «و لو خالعتها على عين.. إلخ».

القول بطلان الخلع للشيخ في المبسوط (٢)، نظراً إلى أن العوض لازم لماهيته، و بطلان اللازم يستلزم بطلان الملزوم. و لأن الطلاق بغير عوض غير مقصود، و بالعوض غير صحيح، و القيمة غير مراده.

و وجه ما اختاره المصنّف من الصحّة و لزوم المثل أو القيمة: أن المعاوضه هنا ليست حقيقته كما في البيع، و الأصل في العقود الصحّة، فلا يؤثر بطلان [غير] (٣) العوض في بطلانه، و فواته ينجبر بضمانها مثله إن كان مثلياً و قيمته إن لم يكن كذلك. و الأقوى الأول.

و نبه بقوله: «فبانت مستحقّه» على أنه لو كان عالماً باستحقاقها ابتداءً بطل الخلع، لأنه لم يقصد إلى عقد صحيح، بخلاف ما إذا جهل. و على التقديرين فلو أتبعه بالطلاق وقع رجعيًا كما سلف (٤) غير مرّه.

ص: ٤٠٤

١-١) في ص: ٤٠١.

٢-٢) المبسوط ٤: ٣٤٤.

٣-٣) من «ق، ط، م» و الحجرّيتين، و شطب عليها في «د، و» و لعلّها تصحيف: عين، راجع إيضاح الفوائد ٣: ٣٨٦.

٤-٤) في ص: ٤٠١ و ٤٠٢.

و يصحّ البذل من الأمه،(١) فإن أذن مولاهما انصرف الإطلاق إلى الافتداء بمهر المثل. و لو بذلت زياده عنه، قيل: يصحّ، و تكون لازمه لذمتها تتبع بها بعد العتق و اليسار، و تتبع بأصل البذل مع عدم الإذن. و لو بذلت عينا فأجاز المولى صحّ الخلع و البذل، و إلا صحّ الخلع دون البذل، و لزمها قيمته أو مثله تتبع به بعد العتق.

قوله: «و يصحّ البذل من الأمه.. إلخ».

يشترط في قابل الخلع و باذل المال أن يكون مطلق التصرف فيه صحيح الالتزام. و المحجورون أنواع ذكر المصنّف بعضها، فمنهم المحجور بسبب الرقّ، فإذا كانت الزوجه المختلعه أمه لم يخل: إما أن تختلع بغير إذن السيد، أو بإذنه. فإن اختلعت بإذنه فإما أن يبين العوض، أو يطلق الإذن. فإن بينه نظر إن كان عينا من أعيان ماله نفذ الخلع، و استحقّ الزوج تلك العين. و إن قدر دينا بأن قال: اختلعي نفسك بألف مثلاً، ففعلت، تعلق الإذن بالألف بذمه المولى، أو بكسبها إن كان لها كسب، أو ما في يدها إن كان مأذوناً لها في تجاره، كمهر العبد في النكاح المأذون فيه. و لو لم تكن ذات كسب و لا ذات يد تعلق بذمتها تتبع به بعد العتق و اليسار. و قد تقدّم (١) البحث فيه، و أن الأقوى تعلقه بذمه المولى مطلقاً. و إن زادت على ما قدر قيل: يصحّ، و تكون لازمه لذمتها تتبع به إذا أعتقت و أيسرت، إذ لا سبيل إلى نفوذه، لكونه بغير إذن المولى، و لا إلى البطلان، لأن ذمتها قابله للتعلق.

و إن أطلق فقال: اختلعي بما شئت، اختلعت بمهر المثل، و الزيادة عليه - إن

ص: ٤٠٥

فرضت-كالزيادة على المأذون فيه يتعلّق بدمّتها.

و إن اختلعت بغير إذنه نظر إن اختلعت بعين مال السيّد فالخلع على عين مستحقّه، فعلى ما اختاره المصنّف يلزمها مثله أو قيمته تتبع به. و على الآخر يبطل، و يقع الطلاق رجعيًا إن اتبع به، خصوصًا مع علم الزوج أن المال للسيّد، و أنه لا إذن منه فلا يكون طامعًا في شيء. و إن اختلعت على دين حصلت بينونه، و تبعت به بعد العتق و اليسار. و الفرق بين الدّين و العين المبدولة بغير إذنه:

أنه مع الدّين يكون قد أقدم على ثبوت العوض في دّمّتها و هي قابله له و إن لم يكن معجّلاً بخلاف العين، لانحصار العوض فيها، فإذا لم تصحّ توجّه بطلانه، لخلوّه عن العوض إن لم نقل بلزوم بدله (1) لها فيلحق بالدّين. و لا يخفى ضعفه.

فرع لو اختلع السيّد أمته التي هي تحت حرّ أو مكاتب على رقبتها ففي صحّته و جهان:

أحدهما: أنه تحصل الفرقه و يرجع إلى قيمتها، لأنه خلع على بذل لم يسلم له، فإن البذل هو تملك الرقبه، و فرقته الطلاق و تملك الرقبه لا يجتمعان، فإذا لم يسلم البذل أشبه ما إذا خالعه على خمر أو مغصوب.

و الثاني: أنه لا يصحّ الخلع أصلاً، لأنه لو حصلت الفرقه لقارنها ملك الرقبه، فإن العوضين يتساوقان. و الملك في المنكوحه يمنع وقوع الطلاق. و لعلّ هذا أجود.

ص: ٤٠٦

و يصحّ بذل المكاتبه (١) المطلقة، و لا اعتراض للمولى. و أما المشروطه فكالقنّ.

النظر الثالث: في الشرائط

النظر الثالث: في الشرائط و يعتبر في الخالع شروط أربعه: البلوغ.. و كمال العقل..

و الاختيار.. و القصد.

قوله: «و يصحّ من المكاتبه.. إلخ».

أما [حكم] (١) مساواه المشروطه للقنّ فواضح، لأنها لا- تخلص من محض الرقّ إلا بأداء جميع المال، فهى قبله بحكم القنّ. و أما المطلقة فقد أطلق الشيخ (٢) في المبسوط بأن بذلها صحيح من غير اعتراض للمولى، و تبعه عليه المصنّف و الجماعة (٣). و لا يخلو من إشكال، لما سيأتى في الكتابه (٤) من أن المكاتب مطلقا ممنوع من التصرف المنافى للاكتساب و مسوّغ فيه، من غير فرق بين المطلق و المشروط. و ما تبدله (٥) من المال فى مقابله البضع إن كان اكتسابا- من حيث إنّ العائد إليها البضع- فيبقى صحته فيهما مقيدا بكون المبذول بقدر مهر المثل، و إن كان غير اكتساب- كما هو الظاهر- لم يصحّ فيهما. و لو قيل بأن اختلاص المكاتبه مطلقا كاختلاص الأمه كان وجهها، لكن لا أعلم به قائلا من أصحابنا، فينبغى التوقّف إلى أن يظهر الحال أو وجه الفرق الذى ادّعوه.

ص: ٤٠٧

١- (١) من «د» و الحجرّيتين.

٢- (٢) المبسوط ٣٦٦-٤:٣٦٧.

٣- (٣) راجع القواعد ٢:٧٩، و اللمعه: ١٢٧.

٤- (٤) فى المسأله الثانيه من أحكام المكاتب.

٥- (٥) فيما لدينا من النسخ الخطيه و الحجرّيتين: ببذله، و الصحيح ما أثبتناه.

فلا يقع مع الصغر، ولا مع الجنون، (١) ولا مع الإكراه، (٢) ولا مع السكر، ولا مع الغضب الرافع للقصد.

و لو خالغ وليّ الطفل (٣) بعوض صحّ إن لم يكن طلاقاً، وبطل مع القول بكونه طلاقاً.

قوله: «و لا مع الجنون».

أى: الجنون حاله إيقاعه الخلع، سواء كان مطبقاً أم أدواراً. وكذا القول فى غيره من الموارد. والمعتبر من الجنون ما يزول معه العقل، و يعلم باختلال نظم الكلام و مخالفه الأفعال لأفعال العقلاء.

قوله: «و لا مع الإكراه.. إلخ».

قد تقدّم تحقيق الإكراه و ما يتفرّع عليه فى الطلاق (١). و لو ظهرت قرينه الرضا بعد الإكراه بأن يخالف ما أكره عليه كمّيته أو كيفيته - بأن أكرهه على خلعها بمائه فخلعها بمائتين، أو بذهب فخلعها بفضّه، و نحو ذلك - لم يكن ذلك إكراهاً. و لو ادّعى الإكراه رجح إلى القرينه مع عدم البيّنه و إلاّ لم تقبل، لأصالة الصحّه.

قوله: «و لو خالغ وليّ الطفل.. إلخ».

إذا خالغ الوليّ زوجه الطفل، فإن جعلناه طلاقاً أن يفتقر إلى أن يتبع بالطلاق لم يصحّ مطلقاً، لما تقدّم (٢) من أن الوليّ ليس له أن يطلق عن الصبيّ و إن وجد مصلحه. و إن جعلناه فسخاً روعى فى صحّته المصلحه، لأنه حينئذ بمنزله

ص: ٤٠٨

١-١) فى ص: ١٧.

٢-٢) فى ص: ١١.

و يعتبر فى المختلعه أن تكون طاهرا طهرا لم يجامعها فيه، إذا كانت مدخولا بها، غير يائسه، و كان حاضرا معها، (١) و أن تكون الكراهيه (٢) من المرأه.

المعاوضه عنه، و هى جائزه معها. و لا فرق حينئذ بين خلعه بمهر المثل و أقل، لأن المصلحه هى المسوغه للفعل، و ليس على حدّ المعاوضات المحضه المائيه حتى يتقيد بمهر المثل، مع احتمالها، إلحاقا له بغيره من المعاوضات. و قد تقدّم (١) ما يرشد إليه.

قوله: «و يعتبر فى المختلعه - إلى قوله - حاضرا معها».

الضابط أنه يعتبر فيها ما يعتبر فى الطلاق و إن جعلناه فسحا، لقول الصادق عليه السلام: «لا اختلاع إلا على طهر من غير جماع» (٢). و كلّ خبر (٣) دلّ على أنه طلاق لزم منه اعتبار شرائطه.

قوله: «و أن تكون الكراهيه. إلخ».

مذهب الأصحاب أن الخلع مشروط بكراهه المرأه له، فلو خالعتها و أخلاقهما ملتئمته و لا - كراهه منها لم يقع. و أخبارهم به مستفيضه، منها حسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لا يحلّ خلعه حتى تقول لزوجها: و الله لا أبرّ لك قسما، و لا أطيع لك أمرا، و لا أغتسل لك من جنبه، و لأوطننّ فراشك، و لأؤذننّ عليه بغير إذنك، و قد كان الناس يرخّصون فيما دون هذا، فإذا قالت

ص: ٤٠٩

١ - ١) فى ص: ٣٩٥ - ٣٩٦.

٢ - ٢) التهذيب ٨: ١٠٠ ح ٣٣٦، الوسائل ١٥: ٤٩٧ ب «٦» من أبواب الخلع و المبارأه ح ٥.

٣ - ٣) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٩١ ب «٣» من أبواب الخلع و المبارأه ح ١١، ١٠، ٤، ٣، ٢، و غيرها.

المرأه ذلك لزوجهها حل له ما أخذ منها، و كانت عنده على تطليقتين» (١). و فى معناها أخبار (٢) كثيره.

و فى حديث جميله بنت عبد الله بن أبى زوجه ثابت بن قيس التى كانت أصل مشروعيه الخلع ما يدل على وروده فى كراهتها، لكنّه لا يدل على انحصار صحته فى تلك الحاله، بخلاف أخبارنا. و فى بعض ألفاظ (٣) حديثها أنها كانت تبغضه و كان يحبها، فأنت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: يا رسول الله: لا أنا و لا ثابت لا يجمع رأسى و رأسه شىء، و الله ما أعتب عليه فى دين و لا خلق، و لكنى أكره الكفر فى الإسلام، ما أطيقه بغضا، إنى رفعت جانب الخباء فرأيتَه أقبل فى عدّه، فإذا هو أشدّهم سوادا، و أخصرهم قامه، و أقبحهم وجهًا، فنزلت الآية، و هى قوله تعالى: «إِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ» (٤) و كان قد أصدقها حديقته، فقال ثابت: يا رسول الله تردّ على الحديقته، فقال: ما تقولين؟ فقالت: نعم و أزيدة، قال: لا، حديقته فقط، فاختلعت منه بها. و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا، حديقته فقط» موافقه لمطلوب الزوج لا للنهى عن بذل الزيادة.

ص: ٤١٠

-
- ١- (١) الكافى ٦: ١٣٩ ح ١، الفقيه ٣: ٣٣٨ ح ١٦٣١، التهذيب ٨: ٩٥ ح ٣٢٢، الاستبصار ٣: ٣١٥ ح ١١٢١، الوسائل ١٥: ٤٨٧ ب (١) من أبواب الخلع و المباره ح ٣، و ذيله فى ص: ٤٩١ ب (٣) ح ٢.
- ٢- (٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٨٧ ب (١) من أبواب الخلع و المباره.
- ٣- (٣) أنظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٣: ١٣٩، مجمع البيان ١: ٣٢٩ ذيل آيه ٢٢٨ من سوره البقره.
- ٤- (٤) البقره: ٢٢٩.

و لو قالت: لأدخلنّ (١) عليك من تكرهه، لم يجب [عليه] خلعهما، بل يستحبّ. وفيه روايه بالوجوب.

قوله: «و لو قالت: لأدخلنّ.. إلخ».

الأصحّ أن الخلع لا- يجب على الزوج مطلقا للأصل، ولأن الله تعالى رفع فيه الجناح الموهوم لكونه محرّما، ورفع الجناح يرفع التحريم، ولا يدلّ على ما سواه، بل يشعر بعدم رجحانه. وفي حسنه الحلبي السابقه (١) ونظائرها دلالة على إثبات حلّه مع كراهتها خاصّه.

و القول بوجوبه إذا قالت له ذلك للشيخ في النهاية (٢)، و تبعه تلميذه القاضي (٣) و جماعه (٤)، استنادا إلى أن ذلك منها منكر، و النهي عن المنكر واجب، و إنما يتمّ بالخلع، فيجب.

و جوابه: منع انحصار النهي في الخلع، بل تأديّه بالطلاق المجرد عن البذل أقرب إليه و أنسب بمقام غيره و النخوه من مراجعتها على بذل المال الحقير.

و يمكن أيضا تأديّه بالضرب و غيره ممّا يدفع به المنكر. و الأقوى حينئذ استحباب فراقها، أما كونه بطريق الخلع فغير واضح إلا من حيث جعله بعض أفراد الفرقه.

و قال في المختلف: «الظاهر أن مراد الشيخ بذلك شدّه الاستحباب» (٥). وفيه نظر لا يخفى.

ص: ٤١١

١- ١) في ص: ٤٠٩، و لاحظ أيضا الوسائل ١٥: ٤٨٨ ب «١» من أبواب الخلع و المبارأه ح ٥ و ٦ و غيرهما.

٢- ٢) النهاية: ٥٢٩.

٣- ٣) نقله عن كامله العلامه في المختلف: ٥٩٤.

٤- ٤) راجع الكافي في الفقه: ٣٠٧، فقه القرآن ٢: ١٩٣-١٩٤، الغنيه و إصباح الشيعه (ضمن سلسله الينابيع الفقهيه) ٢٥٠: ٢٠ و ٢٩٠.

٥- ٥) مختلف الشيعه: ٥٩٤.

و يصحّ خلع الحامل (١) مع رؤيه الدم كما يصحّ طلاقها و لو قيل: إنها تحيض. و كذا التي لم يدخل بها و لو كانت حائضا. و تخلع اليائسه و إن وطئها في طهر المخالعه.

و يعتبر في العقد (٢) حضور شاهدين دفعه، و لو افترقا لم يقع.

قوله: «و يصحّ خلع الحامل.. إلخ».

إذا جعلنا الخلع طلاقا فما يعتبر في الطلاق و يرخص فيه من طلاق الحائض في المواضع الثالثه آت هنا. و إن جعلناه فسخا يستتبع الطلاق فكذلك بطريق أولى، و إن لم نقل بافتقاره إلى الطلاق فغاياته إلحاقه به أما زيادته عليه في الشرائط فلا، إذ لا دليل عليه.

و خالف في ذلك بعض الأصحاب (١) فحكم بعدم جواز خلع الحامل إن قلنا إنها تحيض إلاّ في طهر آخر غير طهر المواقعه، بخلاف الطلاق. و يمكن الاحتجاج له بعموم الخبر (٢) السابق، مع القول بأنه فسخ لا طلاق فلا يلحقه ما دلّ على استثناء الحامل في الطلاق.

و كيف كان فالمذهب هو المشهور، و رجحان كونه طلاقا كاف في مشاركته له في الحكم.

قوله: «و يعتبر في العقد.. إلخ».

المراد سماعهما صيغه العقد، سواء، حضرا دفعه أم لا، و إن كانت العبارة غير مساعده. و التعبير بالعقد يشمل استدعاء المرأه و خلع الزوج. و بناؤه على القول بكونه طلاقا واضح. و على القول الآخر يمكن استفادته من عموم الأخبار (٣)

ص: ٤١٢

١- (١) لم نعثر عليه، و في نهايه المرام للعامل (٢: ١٣٧): أنه مجهول القائل.

٢- (٢) في ص: ٤٠٩، هامش (٢).

٣- (٣) لاحظ الهامش (١) في الصفحه التاليه.

و تجريده عن شرط. (١) الدالّٰه على اعتبار الشاهدين فيه. و لَمّا كانت ماهيته لا تتحقّق بدون الإيجاب الواقع منه و الاستدعاء منها أو القبول تناولهما الاشتراط.

و اعلم أن إثبات هذا المطلوب من النصوص على القول بكونه فسخا لا يخلو من إشكال [١]، و لعلّ الاستناد إلى الإجماع أسهل. قوله: «و تجريده عن شرط».

الكلام فى اشتراط تجريده عن الشرط كالكلام فى الطلاق من أنه مذهب الأصحاب و دليله غير صالح. و عموم الأدلّه (١) الدالّٰه على مشروعيته يتناول المشروط. و ورود النصّ (٢) بجواز تعليق الظهار على الشرط يؤنس بكونه غير مناف للصحة فى الجملة، إلّا أن الخلاف هنا غير متحقّق، فإن تمّ فهو الدليل.

ص: ٤١٣

١- ٢) البقره: ٢٢٩، و لاحظ الوسائل ١٥: ٤٨٧ ب «١» من أبواب الخلع و المبارأه.

٢- ٣) الوسائل ١٥: ٥٢٩ ب «١٦» من أبواب الظهار ح ١٢، ٧، ١ و غيرها.

و يصحّ الخلع (١) من المحجور عليه لتبذير أو فلس.

قوله: «و يصحّ الخلع.. إلخ».

المعتبر في المخالغ كونه ممن ينفذ طلاقه، فلا يصحّ خلع الصبى و المجنون، و يصحّ [١] من المحجور عليه للسفه و الفلس، سواء أذن الولى أم لم يأذن، و سواء كان العوض بقدر مهر المثل أم دونه، فإن ذلك لا يزيد على الطلاق مجاناً، و طلاقهما مجاناً نافذ. و لكن لا يجوز للمختلع تسليم المال إلى السفیه، بل إلى الولى. فإن سلّمه إلى السفیه و كان الخلع على عين أخذها الولى من يده. فإن تلفت في يد السفیه قبل علم الولى بالحال رجع على المختلع بمثلها أو قيمتها، لحصول التلف قبل قبض المستحقّ للقبض. و لو علم فتركها في يده حتى تلفت مع تمكّنه من قبضها ففي ضمان الولى أو الدافع وجهان، أجودهما الثانى، و إن أثم الولى بتركها في يده.

و إن كان الخلع على دين رجع الولى على المختلع بمثله، لأنه لم يجر قبض صحيح تحصل به البراءة، و يستردّ المختلع من السفیه ما سلّمه إليه. فإن تلف قبل ردّه ففي ضمانه له وجهان تقدّم في باب (١). و لا- ضمان هنا على الولى و إن أمكنه انتزاعه منه بغير إشكال، لأنه ليس عين الحقّ.

هذا كلّ إذا كان التسليم إلى السفیه بغير إذن الولى. فإن كان بإذنه ففي الاعتداد به وجهان، من أنه تسليم مأذون فيه ممن له الولاية فكان مبرئاً، و من الشكّ في نفوذ مثل هذه الإذن، إذ ليس للولى أن يفوض إلى السفیه الأمر في ماله،

ص: ٤١٤

١-٢) في ج ١٥٩: ٤-١٦٠.

و من الذمى (١) و الحربى. و لو كان البذل خمرا أو خنزيرا صحّ. و لو أسلما أو أحدهما قبل الإقباض ضمنت قيمه عند مستحليه.

إلا أن يفرض مراعاته له بحيث لا يخرج عن يده، فيتجه البراءة. و هذا التفصيل حسن. و أطلق فى القواعد (١) البراءة مع إذنه. و لا يخلو من إشكال.

قوله: «و من الذمى.. إلخ».

المعتبر فى العوض كونه قابلا لملك المتعاضين، فلا عبره بعدم قبول ملكيه غيرهما. فلو كان الزوجان ذميين صحّ بذلها له خمرا أو خنزيرا، لصحّه ملكهما عندهما. و أولى منهما الحربيان.

ثم إن تقابضا كافرين فلا كلام. و إن أسلما أو أحدهما قبل التقابض ضمنت قيمته عند مستحليه، لأنها أقرب شىء إليه، كما لو جرى العقد على عين فتعدّر تسليمها. و ينزل التعدّر الشرعى منزله الحسى، إذ لو كانت هى المسلمه امتنع منها إقباضه، و إن كان هو المسلم امتنع منه قبضه، و زالت مالهته، لكن له أخذ قيمته منها إلزاما لها بما تنتحلّه، فينزل تعدّر قبضه منزله المعدوم. و يحتمل سقوط حقه منه لو كان هو المسلم. و قد تقدّم (٢) نقل المصنّف له قولا فيما لو أسلمت قبل قبض المهر و كان خمرا.

و لو كان الإسلام قبل قبض البعض لحق كلّ جزء حكمه، فيجب بقدر الباقي من قيمه. و لو ترافعا إلينا قبل الإسلام و التقابض ألزمها (٣) الحاكم قيمه أيضا، لتعدّر حكم الحاكم بالأصل، كما تعدّر إقباض المسلم له و قبضه.

ص: ٤١٥

١-١) قواعد الأحكام ٢:٧٨.

٢-٢) فى ج ٨:٣٨٧، و لكن فيما لو أسلم الزوج قبل قبضها المهر.

٣-٣) فى «ق،م» و الحجريّتين: ألزمهما.

و الشرط إنما يبطل (١) إذا لم يقتضه العقد، فلو قال: فإن رجعت رجعت، لم يبطل بهذا الشرط، لأنه [من] مقتضى الخلع. و كذا لو شرطت هي الرجوع في الفديه.

قوله: «و الشرط إنما يبطل.. إلخ».

الضابط في كل شرط لا يصح تعليق العقد عليه هو الشرط الخارج عن مقتضى العقد، فلو شرط ما هو مقتضاه -بمعنى أن مضمونه يتناول العقد و إن لم يشرط- لم يضر، و كان ذلك بصورة الشرط لا بمعناه، كقوله:

إن رجعت في البذل رجعت في الطلاق، فإن ذلك أمر ثابت مترتب على صحه الخلع شرط أم لم يشرط. و كذا قولها: على أن لى الرجوع فيه في العده، و نحو ذلك.

و قد يشكل الحكم في كل منهما من حيث اشتمالهما -للاشتراط المذكور- على تخلل كلام بين الإيجاب و القبول في الأول على تقدير تأخر القبول، و تخلله بين الاستدعاء و الإيجاب في الثانى على تقدير تقدم الاستدعاء، و قد تقدم (١) اعتبار الفوريه بينهما، إلا- أن يدعى اغتفار مثل ذلك إما لقلته أو لكونه من مقتضيات العقد و لوازمه، فلا يضر ذكره و إن أوجب الفصل بين المقصود بالذات من اللفظين. و هذا الأخير هو الوجه. و كذا القول في تخلل الكلام الواقع من هذا القبيل بين الإيجاب و القبول و قد قدمنا الإشارة إلى مثله في النكاح (٢).

ص: ٤١٦

١-١) فى ص: ٣٨٤.

٢-٢) فى ج ٧:٩١ و ١٠٠-١٠١.

أما لو قال: خالعتك (١) إن شئت، لم يصحّ و لو شاءت، لأنه شرط ليس من مقتضاه. و كذا لو قال: [خالعتك] إن ضمنت لى ألفا، أو إن أعطيتنى [ألفا] و ما شاكلة. و كذا: متى، أو: مهما، أو: أى وقت، أو: أى حين.

قوله: «أما لو قال: خالعتك.. إلخ».

هذه جملة من أمثله الشرط المقتضى للبطلان عند الأصحاب. و ضابطه: أن يكون أمرا متوقّعا بعد الصيغه علّقت عليه يمكن وجوده و عدمه و إن أمكن وجوده بعدها بغير فصل، كما فى قوله: إن شئت، فقالت: شئت، مقارنا للإيجاب، أو: إن ضمنت لى ألفا، فقالت: ضمنتها، كذلك. و كذا فى تعلقه (١) على إعطائها بجميع تلك الأدوات.

و الفرق بينها و بين قوله: خالعتك بألف، من غير أن يتقدّم سؤالها-مع كونه فى المعنى مشروطا بقبولها الذى هو بمعنى الضمان على ما قرّر سابقا-: أن الصيغه فى نفسها هنا جازمه و إن توقّفت على شرط آخر، كتوقّف الإيجاب الجازم على القبول، و ذلك لا يقتضى جعله فى نفس اللفظ معلقا عليه، حتى لو قال فى البيع: بعتك بكذا، فقبل صحّ و إن كانت صحّته فى نفسه موقوفه على القبول، بخلاف ما لو قال: بعتك بكذا إن قبلت، فقال: قبلت، لوجود التعليق المنافى للجزم بالصيغه.

و فى هذه التعاليق أمر آخر زائد على تعليقه على القبول، و هو أن المشيّه المعلق عليها قد تقع مقارنه و قد تقع متأخّره، فيكون قد علّق اللفظ على أمر قد يقع مطابقا و قد لا- يقع، فيرجع إلى تعليقه على أمر مبطل من حيث هو كلى و إن كان بالنظر إلى بعض أفراده موافقا.

ص: ٤١٧

و فى التعليق على الإعتاء مانع آخرو، و هو أنه غير مشروط بكونه عوضا فى الخلع، بل متى حصل الإعتاء المملك كفى فى تأدى الشرط و إن لم يكن على وجه العوض، بل على قصد عدمه، و المال المعلق عليه صحه الخلع هو المجمعول عوضا، و من ثمّ صححوا قوله: خالعتك بألف، دون:

و عليك ألف، و نحوه.

و فى الحقيقة هذه الأحكام كلها راجعه إلى صور الشروط المرتبطه بالألفاظ، و إلا فالمعنى متحد. و إثبات الأحكام بمثل هذه الاعتبارات لا يخلو من تكلف.

و بقى البحث فى تعليق الاستدعاء على الشرط، و قد تقدّم (١) القول بجوازه.

و فى التحرير: «لو قالت: إن طلقتنى واحده فلك على ألف، فطلقها فالأقرب ثبوت الفديه» (٢). و هو تعليق محض، إلا أن يقال: بأن الاستدعاء يتوسّع فيه، و من ثمّ لم يختصّ بلفظ، بخلاف الخلع الواقع من الزوج، و فى الحقيقة كلّ لفظ يتقدّم منهما فهو معلق على الآخر، و من ثمّ قلنا إنه مع تأخير القبول من جانبها يكون فى الخلع شائبه الشرط، إلا أنهم اعتبروا فى نفس الخلع-الذى هو عباره عن اللفظ الواقع من الزوج-تجرّده عن صورته الشرط، بخلاف اللفظ الواقع منها. و لو جعلنا الخلع عباره عن العقد المركّب منهما أشكال الفرق. و على ما ذكره فى تعريف الخلع فى التحرير (٣) من أنه عباره عن بذل المرأه المال للزوج فديه لنفسها يقوى الإشكال، خصوصا فى حكمه الذى حكيناه عنه.

ص: ٤١٨

١-١) فى ص: ٤١٦.

٢-٢) تحرير الأحكام ٥٩: ٢، و فيه: فالوجه ثبوت.

٣-٣) تحرير الأحكام ٥٧: ٢.

النظر الرابع: في الأحكام.

و هي مسائل

و هي مسائل:

الأولى: لو أكرهها على الفديه

الأولى: لو أكرهها على الفديه (١) فعل حراما. و لو طلق به صحّ الطلاق، و لم تسلّم له الفديه، و كان له الرجعه.

الثانية: لو خالعا و الأخلاق ملتئمته لم يصحّ الخلع

الثانية: لو خالعا و الأخلاق (٢) ملتئمته لم يصحّ الخلع، و لا يملك الفديه.

و لو طلقها و الحال هذه بعوض لم يملك العوض، و صحّ الطلاق، و له الرجعه.

قوله: «لو أكرهها على الفديه.. إلخ».

يتحقّق إكراهه عليها بتوعّده إياها إن لم تبذلها بما لا تحتمله أو لا يليق بجانبها من ضرب و شتم و نحوه، لا بتقصيره في حقوقها الواجبه لها من القسم و النفقه فافتدت منه لذلك على الأقوى، إلّا أن يظهر لها أن ذلك طلبا لبذلها فيكون إكراهها، لصدق تعريفه عليه حينئذ. و قد تقدّم البحث في ذلك في باب الشقاق من النكاح (١). و لو حملها على ذلك بفعل ما لا يحرم عليه - كما غارتها - أو ترك ما لا - يجب فعله لم يعدّ ذلك إكراهها إجماعا. و حيث يتحقّق الإكراه على البذل، فإن كان الواقع خلعا بطل و إن قلنا إنه طلاق، فلا يكون رجعيًا، لأن ماهيته لا تتحقّق بدون صحّحه البذل عندنا. و إن كان طلاقا بعوض وقع رجعيًا من حيث فساد البذل. و لو كان بائنا من حيثيه أخرى بانت منه بغير عوض، و كان التقصير من جانبه.

قوله: «لو خالعا و الأخلاق.. إلخ».

أما بطلان الخلع فلما تقدّم من اشتراط صحّته بکراهتها له، فبدون الكراهه

يقع باطلا، لفقده شرطه. و التثام أخلاقهما كناية عن عدم [ظهور] (١) الكراهه، و إلا فإنها أمر نفسى يمكن مجامعتها لالتثام الأخلاق ظاهرا، بأن تكتم الكراهه و تحسن معه الخلق، و لكن لما كان ذلك على خلاف الغالب لم يعتبره، إذ ما يضمه الإنسان يظهر على فلتات لسانه و صفحات وجهه. و لو فرض عدم ظهور كراهتها مع وقوعها فى نفس الأمر لوجب الحكم بفساده، لأن العبره بظهور الشرط لا بحصوله فى نفس الأمر. و أما بالنسبه إليه فيما بينها و بين الله تعالى فيحتمل وقوعه فيلحقها حكم المطلقة بالنسبه إليها و إن كانت بالنسبه إليه زوجه. لكن الأقوى فساده مطلقا، لما تقرّر من دلالة النصوص (٢) على أن المعتبر إظهارها الكراهه بالقول.

هذا بالنسبه إلى الخلع. و أما الطلاق بعوض فمقتضى كلام المصنّف و الجماعه (٣) كونه كذلك، لاشتراكهما فى المعنى، بل عدّه فى المبسوط (٤) خلعا صريحا حيث قسّمه إلى واقع بصريح الطلاق و إلى واقع بغيره، و جعل الأول طلاقا و خلعا، و جعل الخلاف فى الثانى هل هو طلاق أم لا؟ و هذا إن كان إجماعا فهو الحجّه فى حكمه و إلا فلا يخلو من إشكال، لأن النصوص (٥) إنما دلّت على توقّف الخلع على الكراهه، و ظاهر حال الطلاق بعوض أنه مغاير له و إن شاركه فى بعض الأحكام.

ص: ٤٢٠

١- (١) من «ط» و هامش «ق» و الحجرّيتين فقط.

٢- (٢) الوسائل ١٥:٤٨٧ ب(١) من كتاب الخلع و المبارأه.

٣- (٣) راجع الجامع للشرائع: ٤٧٦، الإرشاد ٢:٥٢.

٤- (٤) المبسوط ٤:٣٤٤.

٥- (٥) الوسائل ١٥:٤٨٧ ب(١) من كتاب الخلع و المبارأه.

الثالثه: إذا أتت بالفاحشه (١) جاز عضلها لتفدى نفسها. وقيل: هو منسوخ. ولم يثبت.

قوله: «إذا أتت بالفاحشه.. إلخ».

الأصل فى هذه المسأله قوله تعالى وَ لَا تَعْضُوْهُنَّ لِتَذَهَبُوْا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ (١). وقضيه الاستثناء جواز عضلهن مع إتيانهن بفاحشه مبيئه ليفتدين أنفسهن. وأصل العضل التضيق و المنع، تقول:

أردت أمرا فعضلتني عنه أى: منعتني و ضيقت علىّ، و أعضل بى الأمر: إذا ضاق، قاله الهروى (٢) و غيره (٣). و المراد هنا مضارّه الزوجه المذكوره و سوء العشره معها ليضطرّها إلى الافتداء منه بمالها. و اختلف فى الفاحشه المستثناه بسببها، فقيل:

هى الزنا، و قيل: ما يوجب الحدّ مطلقا، و قيل: كلّ معصيه. و كون الحكم على خلاف الأصل ينبغى معه الاقتصار على محلّ الوفاق و هو الأول، لأنه ثابت على جميع الأقوال. و هذا العضل للافتداء فى معنى الإكراه عليه كما تقدّم، فلذلك كان حكمها على خلاف الأصل.

و قيل: إن هذه الآيه منسوخه بقوله تعالى الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ (٤). و إنه كان قبل نزول الحدود للرجل أن يعضل الزانيه لتفدى نفسها، فلما نزلت الحدود حرم أخذ المال بالإكراه.

و يضعف بعدم المنافاه بين الأمرين. و الأصل عدم النسخ، و الأكثر على عدمه.

ص: ٤٢١

١-١ (١) النساء: ١٩.

٢-٢ (٢) غريب الحديث للهروى ٢: ٤٤-٤٥.

٣-٣ (٣) النهايه لابن الأثير ٣: ٢٥٣-٢٥٤.

٤-٤ (٤) النور: ٢.

و على القول الأول فهل يتقيد جواز العضل ببذل قدر مخصوص كمقدار ما وصل إليها؟ ظاهر المصنّف و الأكثر عدمه، لإطلاقهم الجواز إلى أن تفتدى نفسها، لإطلاق الآيه، ولعدّهم هذا خلعا و هو غير مقيد.

و رجّح الشهيد فى بعض تحقیقاته تقييده بما وصل إليها منه من مهر و غيره، حذرا من الضرر العظيم، و استنادا إلى قوله (١) صلّى الله عليه و آله و سلّم لجميله بنت عبد الله بن أبى - و قد قالت: و أزيدة-: «لا- حدیقه فقط» و فى بعض ألفاظ الروايه (٢): «أما الزیاده فلا، و لكن حدیقه». و حمل كلام الأصحاب على غير صوره العضل، أو على ما إذا بذلت الزائد من قبل نفسها.

و فى الاحتجاج من الجانبين معا نظر، لأن الاستثناء فى الآيه وقع من إذهب الأزواج لبعض ما آتوهنّ لا بجميعه، و الاستثناء إخراج ما لولاه لدخل فى اللفظ، و الجميع غير داخل فيه، فإطلاق الاستثناء لا يفيد، فلا حجّه فيها للفريقين.

و أما الخبر فلا دلالة فيه أيضا على موضع النزاع، لأن المرأه المذكوره ليست من هذا الباب، و لا عضلها زوجها، و إنما كان يودّ لو رضيت عنه، و إنما هى الكارهه له على أصل قاعده الخلع كما أشرنا إليه سابقا. و تقييده صلّى الله عليه و آله و سلّم بالحدیقه لكون الزوج طلبها و إلا لجازت الزیاده إجماعا.

و أما حملة كلام الأصحاب بجواز أخذ الزیاده فى غير صوره العضل ففيه أنهم أطلقوا جواز أخذ الفديه مع العضل الشامل لأخذ الزائد، مع أنك قد عرفت أن التقييد بقدر ما أخذت منه لا دليل عليه من الآيه، و هو ظاهر، و لا من الخبر،

ص: ٤٢٢

١- ١) مجمع البيان ١: ٣٢٩ ذیل آیه ٢٢٨ من سوره البقره.

٢- ٢) سنن البيهقي ٧: ٣١٤.

الرابعة: إذا صحّ الخلع (١) فلا رجعه له، ولها الرجوع في الفديه ما دامت في العده، ومع رجوعها يرجع إن شاء.

لخروجه عن محلّ النزاع، وليس ذلك من باب الخلع ولا المبارأه لبيحث عن تقييده بذلك و شبهه.

و أما حديث الإضرار فحسن لكنّه غير مقيد بكون البذل بمقدار ما وصل إليها، بل بما يحصل معه الإضرار و عدمه.

و الأظهر الاقتصار في تقدير العضل على بعض ما وصل إليها مطلقا، عملا- بظاهر الآيه، و وقوفا فيما خالف الأصل على محلّ اليقين.

و اعلم أن القول الذي حكاه المصنّف من كون الآيه منسوخه تبع فيه الشيخ في المبسوط (١)، و هو قول بعض العامه (٢)، و أما أصحابنا فلا- نعرف ذلك لهم، و لم ينقله أحد من الأصحاب عنهم، و لكن الشيخ يحكى في المبسوط أقوالهم و يختار منها ما ترجح عنده، و قد نقل القول بكونها منسوخه بقوله: «و قيل» و هو ضعيف المستند.

قوله: «إذا صحّ الخلع.. إلخ».

متى صحّ الخلع فهو فرقه بائه، سواء جعلناه طلاقا أم فسخا، لأنها بذلت المال لتملك البضع، فلا- يكون للزوج ولا-يه الرجوع إليه، كما أن الزوج إذا بذل المال صداقا ليملك البضع لا يكون للمرأة ولا-يه الرجوع إلى البضع بغير سبب عارض يوجب كالعيب (٣). و قد صرح به في أخبار كثيره، منها صحيحه ابن بزيع

ص: ٤٢٣

١- ١) المبسوط ٤: ٣٤٣.

٢- ٢) جامع البيان للطبري ٤: ٢١١، الحاوى الكبير ٧: ١٠، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ٩٦.

٣- ٣) في «و» و نسخه بدل «ق، د»: كالعنن.

قال: «تبين منه و إن شاءت أن يردّ إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت» (١). و هي دالّة على الأمرين معا، أعنى: كونه بائنا و جواز رجوعها في البذل، فيرجع هو حينئذ في الطلاق. و المراد بقوله: «و تكون امرأته» أن طلاقها حينئذ يصير رجعيًا، و الرجعيّ بمنزله الزوجه، للإجماع على أنها لا تصير امرأته بمجرد رجوعها.

و يؤيّد به روايه أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المختلعه إن رجعت في شيء من الصلح يقول: لأرجعنّ في بضعك» (٢). فهذه صريحه في صيرورتها بعد رجوعها رجعيّ.

و ظاهر الخبرين تلازم الحكمين، فلو كانت العدة بائنه - كما لو كانت الطلقة ثالثة - لم يجز لها الرجوع في البذل، لعدم إمكان رجوعه في البضع. و يؤيّد به أن الخلع عقد معاوضه كما سلف (٣)، و الأصل في عقود المعاوضات أن لا يرجع أحدهما في عوضه مع عدم رجوع الآخر، سواء كان ذلك مفوضًا إليهما أم إلى أحدهما، لأنه على تقدير اختصاصه بأحدهما يترتب على رجوعه في عوضه رجوع العوض الآخر إلى صاحبه، فلو جوّزنا رجوعها هنا من دون أن نجوّز رجوعه كان ذلك على خلاف الأصول الممهّده. و أيضا فالدليل على رجوعها هو الخبران المتقدمان، و هما دالّان على إمكان رجوعه في البضع.

و إلى مثل هذا نظر ابن حمزه (٤)، فاشترط في جواز رجوعها تراضيهما معا

ص: ٤٢٤

١ - ١) التهذيب ٨: ٩٨ ح ٣٣٢، الاستبصار ٣: ٣١٨ ح ١١٣٢، الوسائل ١٥: ٤٩٢ ب «٣» من أبواب الخلع و المبارأه ح ٩.

٢ - ٢) التهذيب ٨: ١٠٠ ح ٣٣٧، الوسائل ١٥: ٤٩٩ ب «٧» من أبواب الخلع و المبارأه ح ٣.

٣ - ٣) في ص: ٣٧٤-٣٧٥.

٤ - ٤) الوسيله: ٣٣٢.

عليه، بناء على أنه عقد معاوضه فيعتبر في فسخه رضاهما. ونفى عن قوله في المختلف (١) البأس.

و الوجه اشتراط إمكان رجوعه في صحه رجوعها وإن لم يعتبر رضاه، إذ لا دليل على جواز رجوعها مطلقا. ودعوى الشهيد في الشرح (٢) الاتفاق على أن البذل غير لازم من جهتها في زمان العده إن تمّ فهو مقيد بذلك، لأن جواز رجوعها مع عدم جواز رجوعه موضع الخلاف فكيف يدعى الإجماع عليه؟!.

و ظاهر الشيخ (٣) و صريح العلامة (٤) التلازم بين صحه رجوعها و جواز رجوعه. و يتفرع على ذلك ما لو رجعت و لم يعلم حتى انقضت العده، فيحتمل صحه رجوعها حينئذ على القولين. أما على القول بعدم التلازم بين الرجوعين فظاهر. و أما على الآخر فلأن الشرط ثبوت رجوعه شرعا أعم من أن يرجع (٥) أم لا، و متى كانت العده رجعيه كان رجوعه جائزا، سواء (٦) علم أم لم يعلم، كما لو طلق رجعيًا و لم يعلم بجواز الرجوع فيها فترك إلى أن انقضت العده، فإن ذلك لا يخرج العده عن كونها رجعيه. و لأين رجعتها شرط في جواز رجوعه، و الشرط لا يتوقف وجوده على وجود المشروط بالفعل و إلا دار.

و وجه الاشتراط أنه لو صحّ رجوعها من غير علمه لزم الإضرار به بالعود

ص: ٤٢٥

١-١ (١) المختلف: ٥٩٥.

٢-٢ (٢) غايه المراد: ٢٢٣.

٣-٣ (٣) النهايه: ٥٢٩.

٤-٤ (٤) إرشاد الأذهان ٥٣: ٢.

٥-٥ (٥) في «ط، و»: ترجع.

٦-٦ (٦) في «و» بدل «سواء»: شرعا.

عليه بالبذل مع فوات البضع، وهو منقَى بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: «لا- ضرر و لا- ضرار» (١). ولأنها معاوضه يعتبر فيها علم المتعاضين كسائر المعاوضات.

و في الاستدلال من الجانبين نظر، أما الأول فلأن ظاهر الخبرين الدالين على جواز رجوعها كون الزوج عالماً به خصوصاً الثاني. و الدور إنما يلزم لو توقّف رجوعها على رجوعه بالفعل، أما إذا توقّف على جوازه بالقوّه بمعنى تمكّنه من الرجوع بعد رجوعها فلا، لأن مرجع الشرط حينئذ إلى كون العده رجعيّه و الزوج عالماً بالحال، و هذا لا يقدر تقدّمه في الوجود على صحّه رجعتها (٢).

و يجوز أن نجعلهما مقترنين بالزمان، فيكون دور معيّه، و هو غير محال.

و أما الضرر فيندفع بأنه قادر على دفعه بالرجعه في الأوقات المحتمله إلى آخر زمان العده. و بتقدير جهله بآخرها لا يمنع رجوعه في أوقات احتمالها، فإن طابق العده و سبق رجوعها صحّ و إلّا لغا، مع أن الضرر إذا حصل من قبل من يتوجّه عليه لا يقدر، و هو هنا كذلك حيث دخل على جواز رجوعها على هذا الوجه.

و أما حديث المعاوضه فلا يقدر، إذ ليست على قاعده واحده يجب أطرادها. و لأنه لو اختار عدم الرجوع بعد رجوعها وقعت المعاوضه خاليه من العوض الآخر.

ص: ٤٢٦

١ - ١) الكافي ٥: ٢٩٢ ح ٢ و ٦ و ٨، معاني الأخبار: ٢٨١، الفقيه ٣: ١٤٧ ح ٣، التهذيب ٧: ١٤٦ ح ٦٥١، الوسائل ١٧: ٣٤١ ح ١٢) من أبواب إحياء الموات ح ٣ و ٤، و انظر مسند الشافعي: ٢٢٤، المعجم الكبير للطبراني ٢: ٨٠ ح ١٣٨٧، سنن الدارقطني ٣: ٧٧ ح ٢٨٨، المستدرک للحاكم ٢: ٥٨.

٢ - ٢) في «د، م»: رجوعها.

إذا تقرّر ذلك فنقول: حيث ترجع المرأة في العوض تصير العدة رجعيّة، سواء رجعت أم لا- و هل يترتب عليها أحكام الرجعيّة مطلقاً، كوجوب النفقة و الإسكان و تجديد عده الوفاة لو مات فيها و نحو ذلك؟ وجهان، من أن جواز رجوعه يقتضى ذلك، إذا لا نعى بالعدة الرجعيّة إلا- ما يجوز للزوج الرجوع فيها، و من أنها ابتدأت على البينونة و سقوط هذه الأحكام، فعودها بعد ذلك يحتاج إلى دليل، و الأصل يقتضى استصحاب الحكم السابق، و لا يلزم من جواز رجوعه على هذا الوجه كونها رجعيّة مطلقاً، لجواز أن يراد بالرجعيّة ما يجوز للزوج الرجوع فيها مطلقاً كما هو الظاهر، و أما قبل رجوعها فلا شبهة في انتفاء أحكام الرجعيّة عنها.

و ممّا يتفرّع على ذلك جواز تزويجه أختها و رابعه، فأما بعد رجوعها فهو منتف، لأنها صارت حينئذ في حكم الزوجه كما صرح به في الخبر الصحيح (١).

و أما قبله ففي جوازه وجهان، من تحقّق البينونة حينئذ، و من أنه بتزلزله في حكم الرجعي، و لأنه على تقدير تقدّم ذلك ثم رجوعها يصير جامعا بين الأختين و أزيد من العدد الشرعي. فإن جوّزنا له فعل ذلك فهل لها الرجوع بعده؟ وجهان، من أنه حينئذ لا يمكنه الرجوع، و هو شرط في جواز رجوعها على ما مرّ (٢)، و من وجود المقتضى لرجوعها، و هو كونها في عده خلع، و المانع إنما جاء من قبله، و لم يثبت ذلك في حقّها، و لأن هذا العارض من قبله يمكنه إزالتها بأن يطلق الأخت و الرابعه بائنّه، فله الرجوع حينئذ، لزوال المانع.

ص: ٤٢٧

١- (١) الوسائل ١٥: ٤٩٢ ب «٣» من أبواب الخلع و المبارأة ح ٩.

٢- (٢) في ص: ٤٢٤-٤٢٥.

و القول بجواز تزويجه في الموضوعين قبل رجوعها لا يخلو من قوه. و يدل عليه-مضافا إلى ما سلف-صحيحه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أ يحلّ له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضى عدّه المختلعه؟ قال: نعم، قد برئت عصمتها منه، و ليس له عليها رجعه» (١). و هذه الروايه و إن لم تكن صريحه في تزويجها بالفعل، لأن الخطبه لا تستلزم العقد، إلا أنها ظاهره فيه، و تعليها مرشد إليه. و يترتب على الجواز حكم رجوعها قبل أن يطلقها بئنا و عدمه، و من اعتبر التلازم بين الأمرين لم يجوز رجوعها حينئذ إلا أن بينهما (٢) في العدّه. و كذا على قول ابن حمزه (٣) من اشتراط تراضيهما في جواز رجوعها.

بقي في المسأله بحث آخر، و هو أنها لو رجعت في البعض خاصه هل يصح الرجوع، و يترتب عليه صحه رجوعه؟ لم أقف فيه على شيء يعتد به. و فيه أوجه كلّ منها محتمل.

أحدها: جواز الرجوع، و يترتب عليه رجوعه. أما الأول فلما اتفق عليه الأصحاب من أن البذل غير لازم من جهتها، فكما يصح لها الرجوع في الجميع يصح في البعض، لأن الحق لها فلها إسقاط بعضه كما لها إسقاط الجميع، فإن عدم الرجوع في قوه الإسقاط، إذ لا يلزم منه رجوع [إلى] (٤) العوض الآخر، بل جوازه.

ص: ٤٢٨

١-١) الكافي ١٤٤: ٦ ح ٩، التهذيب ١٣٧: ٨ ح ٤٧٧، الوسائل ٥٠٤: ١٥ ب «١٢» من أبواب الخلع و المباره ح ١.

٢-٢) في «ط»: بيتهما، و في «م» و إحدى الحجريتين: بينها، و في الثانيه: بيتها.

٣-٣) انظر ص: ٤٢٤.

٤-٤) من «د، م» و إحدى الحجريتين.

و أما الثاني فلأنه مترتب على رجوعها و قد حصل. و في روايه أبي العباس ما يرشد إليهما، لأنه قال: «المختلعه إن رجعت في شيء من الصلح يقول: لأرجعن في بضعك» (١). و هو صريح في الاكتفاء بالبعض و ترتب رجوعه عليه.

و الثاني: المنع فيهما. أما الأول فلأن جوازه يقتضى صيروره الطلاق رجعيًا، و إنما يصير رجعيًا إذا لم يشتمل على عوض، و العوض باق في الجملة، إذ لا فرق فيه بين القليل و الكثير، و من ثمّ لو جعل ابتداء ذلك القدر الباقي بل أقلّ منه كفى في بينونه، فالجمع بين كون الطلاق رجعيًا و بقاء العوض في مقابله متنافيان. و في صحيحه ابن بزيع ما يرشد إليه، لأنه قال: «و إن شاءت أن يردّ إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت» (٢). و هي العمده في الباب، لصحتها، و ظاهرها اعتبار ردّ الجميع، لأن «ما» من صيغ العموم فلا يترتب الحكم بالبعض.

و ثالثها: جواز رجوعها دونه. أما الأول فلما تقرّر من أن البذل من جهتها جائز، ففتخّير في الرجوع. و أما الثاني فلأن بقاء شيء من العوض مانع من رجوعه، و هو حاصل هنا.

و أضعفها الأخير، لما يظهر من تلازم الأمرين حيث لا يكون المانع من قبله، و هو هنا ليس كذلك. و لأن هذا لو صحّ لزم الإضرار به، بأن ترجع في أكثر البذل و تبقى منه شيئًا يسيرا لتمنعه من الرجوع، و هو منفي (٣)، و لا وسيله له إلى إسقاطه، بخلاف ما تقدّم. و الوسط لا يخلو من قوه.

ص: ٤٢٩

١-١) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٤٢٤، هامش (٢).

٢-٢) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٤٢٤، هامش (١).

٣-٣) في حديث نفي الضرر، و مرّ ذكر مصادره في ص: ٤٢٦، هامش (١).

الخامسة: لو خالعتها و شرط (١) الرجعه لم يصح

الخامسة: لو خالعتها و شرط (١) الرجعه لم يصح. وكذا لو طلق بعوض.

السادسة: المختلعه لا يلحقها طلاق بعد الخلع

السادسة: المختلعه لا يلحقها (٢) طلاق بعد الخلع، لأن الثاني مشروط بالرجعه. نعم، لو رجعت في الفديه فرجع جاز استئناف الطلاق. قوله: «لو خالعتها و شرط.. إلخ».

لأن ذلك شرط مناف لمقتضى العقد و للمشروع، فإن من حكم الخلع و الطلاق بعوض أن يكون بائنا، فاشتراط الرجعه فيه يناهض موضوعه الشرعي، فلا- يكون اشتراطه سائغا، فيبطل و يترتب عليه بطلان الخلع. و أما الطلاق فينبغي أن يقع رجعيًا إن خلا من موجبات البينونه، و إلا أتجه بطلانه أيضا. وكذا لو اتبع الخلع بالطلاق.

و خالف في ذلك بعض الشافعيه (١)، فأبطل الشرط و حكم بالبينونه بمهر المثل، لأن الشرط جزء من العوض، فيفسد العوض، و تحصل البينونه بمهر المثل.

و لهم قول (٢) آخر بعدم الصحه و وقوع الطلاق رجعيًا، كما أشرنا إليه.

قوله: «المختلعه لا يلحقها.. إلخ».

عدم صحه طلاق المختلعه على أصولنا واضح، لأن شرطه أن يقع بالزوجه و هي بعد الخلع بائنه، سواء جعلناه طلاقا أم فسخا. نعم، لو رجعت في البذل فرجع في الخلع أو الطلاق فلا شبهه في جواز طلاقها حينئذ، لأنها صارت زوجه.

و تبه بأصل الحكم على خلاف [١] بعض العامه حيث جَوَز طلاق

ص: ٤٣٠

١- (١) الحاوى الكبير ١٤: ١٠، الوجيز ٤٤: ٢، روضه الطالبين ٦٩٩: ٥-٧٠٠، كفايه الأخيار ٥١: ٢.

٢- (٢) الحاوى الكبير ١٤: ١٠، الوجيز ٤٤: ٢، روضه الطالبين ٦٩٩: ٥-٧٠٠، كفايه الأخيار ٥١: ٢.

السابعة: إذا قالت: طَلَّقني (١) ثلاثا بألف، فطَلَّقها قال الشيخ: لا يصحّ، لأنه طلاق بشرط. و الوجه أنه طلاق في مقابله بذل، فلا يعدّ شرطا.

فإن قصدت الثلاث ولاء لم يصحّ البذل و إن طَلَّقها ثلاثا مرسلا، لأنه لم يفعل ما سألته. و قيل: يكون له الثلث، لوقوع الواحد.

أما لو قصدت الثلاث التي يتخللها رجعتان صحّ. فإن طَلَّق ثلاثا فله الألف. و إن طَلَّق واحده قيل: له ثلث الألف، لأنها جعلته في مقابله الثلاث، فافتضى تقسيط المقدار على الطلقات بالسويّة. و فيه تردّد، منشؤه جعل الجملة في مقابله الثلاث بما هي، فلا يقتضى التقسيط مع الانفراد.

المختلعه ما دامت في العده. و وافقنا أكثرهم على ما ذكرناه.

و كما لا- يصحّ طلاقها فكذا ظهارها و الإيلاء منها، لاشتراك الجميع في المقتضى و هو خروجها عن الزوجيّة، و هذه الأحكام معلّقه عليها.

قوله: «إذا قالت: طَلَّقني.. إلخ».

إذا قالت له: طَلَّقني ثلاثا بألف، أو على ألف، فلا يخلو: إما أن تريد الثلاث على الولاء، بمعنى أن يأتي بصيغه الطلاق ثلاث مرّات من غير أن يتخللها رجعه، أو تريد بها المرسله، و هي أن يقول لها: أنت طالق ثلاثا، أو تريد بها الثلاث التي يتخلل بينها رجعتان. فإن أرادت أحد المعنيين الأولين لم يصحّ، إذ لا يقع الثلاث الولاء شرعا، و لا المرسله كما سلف (١)، فيكون طلبا لباطل شرعا، و لا ينصرف إلى الواحد، لأن المقصود غيرها. و ربما احتمله بعضهم، حملا للبذل على الصحيح، فيكون له الألف. و هو ضعيف جدًا. لكن إن قلنا بوقوع واحده فيهما فهل يستحقّ

ص: ٤٣١

عليها شيئاً؟ الأظهر العدم، لأنه لم يحصل ما طلبت، فلا يستحق ما بذلت. و اختلف كلام الشيخ في المبسوط (١)، ففي موضعين منه أنه لا يستحق بالواحد شيئاً، وفي موضعين آخرين أنه يستحق الثلث.

و إن أرادت الثلاث التي يتخللها رجعتان قصداً أو صرّحت بذلك فقد قال المصنّف -رحمه الله-: يصحّ، و تبعه العلامة (٢) في كتبه.

و فيه إشكال من حيث إن وقوع الثلاث على هذا الوجه يستدعي تأخر الطلقتين الأخيرتين عن استدعائها بتخلل الأول بينهما و بتخلل الرجعتين، و ذلك مناف لعقد الخلع كما سلف (٣). و لأن البذل في مقابل الطلقات الثلاث، و رجوعه في كلّ واحد يتوقّف على رجوعها قبله في البذل، فإن لم يحصل لم تصحّ الطلقات، لكونها بائنه يتوقّف على رجوعها ثمّ رجوعه ليصحّ الطلاق المتعقب، و إن حصل لم يتحقّق استحقاقه الألف، لأن رجوعها في البذل يرفع استحقاقه له فلا يكمل له الألف في الثالث. و لو قيل بأن البذل في مقابله الثالثه خاصّه ليسلم من توقّفه على رجوعها لم تحصل الفوريّه بين طلبها و جوابه أصلاً.

و قد اختلفوا في الجواب عن هذين الإشكاليين، فمنهم من اعتبر الفوريّه في الطلاق الأول خاصّه و جعل الباقي من تتمّه المقصود، و اعتبر رجوعها في البذل بين الطلقات، لتوقّف ما طلبته عليه، و التزم توقّف ملكه للألف على الثالثه، لأن بها حصل ما طلبته فاستحقّ ما بذلته، فتكون الأوّلان شرطاً في استحقاق البذل على الثالثه لا جزءاً من المطلوب.

ص: ٤٣٢

١-١) المبسوط ٤:٣٤٧ و ٣٦١ و ٣٥٢.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢:٨١، إرشاد الأذهان ٢:٥٣، تحرير الأحكام ٢:٥٩.

٣-٣) في ص: ٣٨٤.

و منهم من جعل شرطها ذلك إذنا له و توكيلا- في الرجوع عنها في البذل، لاستلزام وقوع الثلاث على هذا الوجه تخلل الرجوع، فإذا بذلك عليه العوض فقد أذنت له في فعل ما تتوقف عليه صحّتها، فإذا طلق واحده جاز له الرجوع عنها في البذل لتصير رجعيه، ثم يرجع و يطلق، ثم يرجع في البذل كذلك ثم يرجع هو و يطلق.

و كلّ واحد من هذين الجوابين فاسد:

أما الأول فلأن رجوعها يمنع من ملكه للعوض المفروض في مقابله الطلقه المرجوع في عوضها، فلا يمكن الجمع بين كون الألف مبدوله في مقابله الثلاث ثم ثبوته في مقابله الأخيره، لأن ثبوته في مقابله الأخيره خاصه يقتضى كون الأولتين رجعيتين، فلا يفتقر إلى رجوعها في العوض. و أيضا فإن مقتضى لفظها كون العوض في مقابله المجموع لا الثالثه خاصه.

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

و الحقّ في الجواب عنهما أن نقول: إن البذل إنما وقع في مقابله المجموع من حيث هو مجموع، لا- في مقابله كلّ واحده من الثلاث على وجه التوزيع، و لا- في مقابله الثالثه خاصه. و حينئذ فلا يتحقّق استحقاقه العوض إلاّ بتمام الطلقات الثلاث، فالأولتان تقعان رجعيتين محضا، فله الرجوع فيهما من غير أن يتخلل رجوعها في العوض، فإذا تمت الثلاث استحقّق العوض بتمامه، لا في مقابله الثالثه

كما قيل، بل في مقابله المجموع من حيث هو مجموع. و صارت حينئذ بائنه بوجهين: كونها في مقابله عوض و كونها ثالثه، و الأولتان رجعتان، لعدم بذل عوض في مقابلهما من حيث إنهما مفردتان، بل من حيث إنهما جزء من المجموع، و ذلك لا يقتضى استحقاق شيء في مقابلتهما، فارتفع الإشكال الثاني.

و أما الأول فيرتفع بفوريه الطلاق الأول لاستدعائها و إتباعه بالباقي مع تخلل الرجعتين على الفور، لأن مجموع ذلك مطلوب [واحد] (١) و عقد واحد، فيكفى ترتب أوله على استدعائها و إن بعد الجزء الأخير، كما لا- يقدر بعد الجزء الأخير من [صيغه] (٢) الطلاق الواحد عن الاستدعاء، و هما مشتركان هنا في الوحده من حيث اتحاد المطلوب و كون البذل في مقابله، و إن افرقا بتعدد أحدهما في نفسه، فإن ذلك أمر آخر.

و هذا البحث كله إنما يتأتى على القول بجواز اجتماع الطلقات الثلاث في الطهر الواحد، فلو أوجنا تفريقها على الأطهار سقط التفريع. و في حكمه ما لو فرّق الطلقات على الأوقات و جعل بينها تراخيا مخرجا عما يعتبر في عقد الخلع، فلا يستحق شيئا و إن حصلت البيئونه، كما لا يستحق شيئا لو بذلت له شيئا في مقابله طلقه واحده فأوقعها متراخيه عن الاستدعاء بما يقدر فيه.

فهذا ما يتعلق بحكم المسأله على تقدير إيقاعه ثلاث طلقات على وفق ملتسمها، فأما إذا طلق واحده خاصه فهل يستحق في مقابلتها شيئا من الألف؟ قال في موضع من المبسوط (٣): إنه يستحق ثلث الألف، لأن جعل الألف في

ص: ٤٣٤

١- ١) من «ط،م» و الحجريتين فقط.

٢- ٢) من هامش «ق،و» فقط.

٣- ٣) المبسوط ٤: ٣٥٢ و ٣٦١.

مقابله عدد يقتضى تفريقه على آحاد ذلك العدد، وقد حصل ثلثه فيكون له ثلث الألف. و قال فى موضعين (١) آخرين: إنه لا يستحق شيئاً، وهو الذى يرشد إليه تردد المصنّف فى الحكم الأول، لأن البذل فى مقابله المجموع من حيث هو كما حقّقناه سابقاً (٢). و للمجموع حاله -و هى البيّنونه- لا تحصل لكل واحد من آحاده، فلا يستحق شيئاً. و هذا هو الأقوى. و عليهما يتفرّع ما لو طلق اثنتين، فيستحقّ الثلاثين على الأول دون الثانى، و لكنّهم لم يذكروا حكم هذا القسم.

بقى فى المسألة بحث يتعلّق بتحقيق محلّ النزاع فيما ادّعى الشيخ فيه أنه طلاق بشرط و بيان شرطيته. و تحريره: أن المصنّف نقل عن الشيخ أنها إذا قالت:

طلّقتى ثلاثاً بألف، فطلّقها لا يصحّ، لأنه طلاق بشرط. و تبعه على هذا النقل تلميذه العلّامة فى التحرير (٣). و الذى رأيناه من كلام الشيخ خلاف ذلك، و أنه نقل البطلان معلّلاً بالشرط فى كلام آخر يخالف ما نقله المصنّف فى اللفظ و المعنى، و هو أنه جعل مورد الشرط ما لو قالت: طلّقتى على أن لك على ألفاً، و هذا اللفظ هو المحتمل للشرط دون ما عبّر به المصنّف، لأن الباء صريحه فى العوض.

و لننقل عبارته الشيخ فى ذلك ثمّ نبين وجه الشرط فيما ذكر.

قال فى موضع من المبسوط (٤): «إذا قالت لزوجها: طلّقتى ثلاثاً بألف درهم، فقال لها: قد طلّقتك ثلاثاً بألف درهم، صحّ عند المخالف، و عندنا لا يصحّ، لأن الطلاق الثلاث لا يقع عندنا بلفظ واحد، و لا يجب أن نقول هاهنا إنها تقع واحده، لأنها إنما بذلت العوض فى الثلاث، فإذا لم تصحّ الثلاث وجب أن تبطل

ص: ٤٣٥

١- ١) راجع الهامش (٣) فى الصفحة السابقة.

٢- ٢) فى ص: ٤٣٣.

٣- ٣) تحرير الأحكام ٢: ٥٩.

٤- ٤) المبسوط ٤: ٣٤٧.

من أصله». ثم قال: «إذا قالت له: طلقني ثلاثا على أن لك على ألفا، فطلقها صحّ الخلع و لزمها الألف و انقطعت الرجعة، و عندنا لا يصحّ، لما قلناه، و لأنه طلاق بشرط».

و قال فى موضع (١) آخر: «إن قالت له: طلقني ثلاثا بألف، فطلقها ثلاثا فعليها الألف، و إن طلقها واحده أو اثنتين فعليها بالحصّه، و عندنا أنه لا يصحّ الطلاق أصلا، و قد مضى. و إن قالت له: طلقني ثلاثا على ألف، فالحكم فيه كما لو قالت: بألف. و قال قوم فى هذه: إن طلقها ثلاثا فله ألف، و إن طلقها أقلّ من ثلاث وقع الطلاق و لم يجب عليها ما سمى. و فصّل بينهما بأن قال: إذا قالت: «بألف» فهذه «باء» البذل، و البذل يقتضى أن يقسط على المبدل، كما لو باعه ثلاثه أعبد بألف، و إذا قال: «على ألف» علّق الطلاق الثلاث بشرط هي الألف، فإذا لم يوقع الثلاث لم يوجد الشرط، فلم يستحقّ شيئا». فهذا ما يتعلّق الغرض بنقله من عبارته.

و محصّيها: أن التعليل للبطلان بالشرط إنما هو على تقدير قولها «على أن» لا على تقدير قولها «بألف» لأن الباء للعوض و البذل لا للشرط بغير إشكال.

و مقتضى كلامه الأخير أن لفظه «على» مجرّده عن «أن» للعوض أيضا، و لكنّه نقل عن بعضهم أنها للشرط. فظهر أن ما نقله عنه المصنّف غير مطابق لعبارة. و قد تنبّه لذلك العلامة فى القواعد (٢)، فنقل فيها عن الشيخ أنها لو قالت: طلقني على أن لك على ألفا، لا يصحّ، لأنه طلاق بشرط، ثمّ قال: «و الوجه أنه طلاق فى مقابله عوض، فلا يعدّ شرطا». و هذا هو الصواب.

ص: ٤٣٦

١-١) المبسوط ٣٦١:٤-٣٦٢.

٢-٢) قواعد الأحكام ٢:٨١، و لكن بلفظ «قيل» و لم يصرح باسم الشيخ «قده».

و ملخص النزاع في أن قولها «على أن» يفيد الشرط أو لا: أنها استعملت في الشرط لغة حتى في القرآن في قوله تعالى قال له موسى هل أتبعك على أن تعلمن مما علمت رشداً (١) والأصل في الاستعمال الحقيقيه. وبهذا أخذ الشيخ (٢) رحمه الله.

و أجيب بمنع كونها فيما ذكر للشرط أيضاً، بل للعوض. والمراد: على أن تجعل تعويضى عن أتباعى لك تعليمى. و أوضح منه قوله تعالى فهل نجعل لك خزجاً على أن تجعل بيننا وبينهم سداً (٣) وقوله تعالى إننى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج (٤) فجعلها عوض البضع. و كثره استعمالها فى ذلك دليل الحقيقه، و الآخر محمول عليه حذرا من الاشتراك، أو محمول على المجاز، لأنه خير منه. و لأن أهل اللغة عدوا أدوات الشرط و لم يذكروا «على أن» فيها. و مثله القول فى «على» مجزده عن «أن». و هذا القول هو الأصح.

و قد ظهر من ذلك أيضاً أن موضع توهم الشرط هو ما لو قالت: «على» أو «على أن» لا ما إذا أتت بالباء، لأنها للعوض بغير إشكال.

و اعلم أنه لا فرق على قول الشيخ بين تعلق سؤالها بثلاث طلاقات أو بواحدة، و إن كان قد ذكر فى التمثيل التماس الثلاث، لأن المقتضى للشرط دخول ما ادعاه من أداته و هو «على أن» لا دخوله على الثلاث. و على هذا فلو قالت:

ص: ٤٣٧

١- ١) الكهف: ٦٦.

٢- ٢) المبسوط ٣٤٧: ٤.

٣- ٣) الكهف: ٩٤.

٤- ٤) القصص: ٢٧.

و لو كانت معه (١) على طلقه فقالت: طَلَّقَنِي ثلاثا بألف، فطَلَّق واحده كان له ثلث الألف.

و قيل: له الألف إن كانت عالمه، و الثلث إن كانت جاهله. و فيه إشكال.

طَلَّقَنِي واحده على أن لك على ألفا، فطَلَّقَهَا واحده جرى الخلاف في صحته و فساده من حيث الشرط، و إن كان صحيحا من حيث الوحده. و قد أسلفنا في أول الكتاب (١) ما يفيد أن شائبه الشرط في إيجابه الخلع إنما يظهر مع تأخر قبولها، أما مع تقدمه ففيه شائبه الجعالة لا الشرط، إلا مع الإتيان بالشرط الصريح، و هو نافع في هذا المبحث.

قوله: «و لو كانت مع.. إلخ».

إذا كان قد طَلَّقَهَا طَلَّقَتَيْن و بقيت معه على طلقه واحده ثم تبين منه فقالت:

طَلَّقَنِي ثلاثا بألف، فطَلَّقَهَا واحده بألف، ففي أصل استحقاقه عليها و مقداره أوجه:

أحدها: أن له ثلث الألف، لأنها جعلت الألف في مقابله عدد فيكون موزعا على آحاده، لما تقدم (٢) من أنه مع تقدم استدعائها تكون في المعاوضة شائبه الجعالة، و ذلك هو مقتضاها، كما لو كان يملك الثلاث فطَلَّق واحده.

و ثانيها: التفصيل: فإن كانت عالمه بأنه لم يبق إلا واحده استحق تمام الألف، لأنها إذا علمت الحال لا تبذل الألف إلا في مقابله تلك الواحده، و يكون غرضها تحقيق (٣) الحرمة الكبرى، و تعنى بقولها «طَلَّقَنِي ثلاثا»: كَمَل لي الثلاث.

و إن لم تعلم فله الثلث، لأنها لم تبذل الألف إلا في مقابله الثلاث، فوجب أن

ص: ٤٣٨

١- ١) في ص: ٣٧٩.

٢- ٢) في ص: ٣٨٠.

٣- ٣) في هامش «و»: تحقق ظ «أى ظاهرا».

يوزع. وهذا اختيار الشيخ في المبسوط (١).

و ثالثها: أنه يستحق الألف مطلقا، لأنه حصل بتلك التطليقة مقصود الثلاث و هو الحرمة الكبرى، فكأنها قالت: ابني بالثلاث طلقات. و رابعها: أنه لا يستحق شيئا مطلقا، لأنها إنما التمسث الثلاث بألف و لم تحصل، بل هو لا يملكها، فلا يمكنه إيقاعها عقيب طلبها. و التوزيع قد عرفت ضعفه. و اقتضاء الجعالة ذلك ممنوع. و كونها مع العلم بالحال قاصده للواحد ممنوع أيضا. نعم، لو فرض قصدتها ذلك فلا إشكال في لزوم الألف في مقابله الواحد، إلا أن ذلك خارج عن موضوع النزاع. و هذا الأخير هو الأقوى، إلا مع فرض قصدتها تكميل الثلاث.

و لو سألت الثلاث على هذا الوجه و هو يملك طلقتين فطلَّقها واحده فله ثلث الألف على الأول. و كذا على الثاني مع جهلها، و مع علمها فالنصف توزيعا للألف على الطلقتين. و لا- شيء له على الرابع. و الثالث منتف هنا. و إن طَلَّقها تطليقتين فعلى الأول يستحق ثلثي الألف. و على الثاني كذلك مع جهلها، و تمام الألف مع علمها. و على الثالث يستحق بهما الألف مطلقا. و على الرابع لا يستحق شيئا. و هو الأقوى.

و اعلم أن موضع النزاع ما إذا طَلَّقها في صورتين بتيه أن الطلقه أو الطلقتين في مقابله الألف، أو صرح بذلك، أو لم ينو شيئا، أما لو نوى بها أقل منها (٢) فلا إشكال في عدم استحقاقه تمام الألف، إلا على الاحتمال الذي يأتي في المسألة التالية.

ص: ٤٣٩

١- ١) المبسوط ٣٥٢: ٤.

٢- ٢) في «ط»: «منهما».

الثامنة: لو قالت: طَلَّقني واحده بألف، فطَلَّق ثلاثا ولاء

الثامنة: لو قالت: طَلَّقني (١) واحده بألف، فطَلَّق ثلاثا ولاء، وقعت واحده و له الألف.

و لو قالت: طَلَّقني واحده بألف، فقال: أنت طالق فطالق فطالق، طَلَّقت بالأولى و لغا الباقي.

فإن قال: الألف في مقابله الأولى فالألف له، و كانت الطلقة بائه.

و لو قال: في مقابله الثانيه، كانت الأولى رجعيه، و بطلت الثانيه و الفديه.

و لو قال: في مقابله الكل، قال الشيخ: وقعت الأولى، و له ثلث الألف. و فيه إشكال من حيث إيقاعه ما التمسته.

قوله: «لو قالت: طَلَّقني.. إلخ».

إذا قالت: طَلَّقني واحده، فطَلَّقها ثلاثا فلا يخلو: إما أن يوقعها مرسله، أو ولاء، أو متخلله يرجعتين. ففي الأول يستحق الألف مطلقا بناء على صحه واحده بقوله: أنت طالق، و إلغاء قوله: ثلاثا، فكأنه لم يطلق إلا واحده وفق ما التمسست. و لم يفرق الأصحاب هنا بين الجاهل بحكم الثلاث على هذا الوجه و أنه لا يقع إلا واحده و بين العالم. و لو قيل بالفرق و تخصيص الحكم المذكور بالعالم كان وجهها. و يبقى الكلام في الجاهل الذي يجوز وقوع الثلاث، فإن قصد الألف في مقابله الأولى فكذلك. و إن قصدها في مقابله غيرها أو مقابله الجميع توجه عدم لزوم الألف، لأنه لم يقصد تملكها في مقابله الطلاق الصحيح، بل علق تملكها على أمر لم يتم له، كما لو طَلَّقها ثلاثا ولاء و قصدها في مقابله غير الأولى.

و إن طَلَّقها ثلاثا ولاء فعندنا تقع الأولى خاصه. ثمَّ إن قصد كون الألف في مقابلتها استحقَّها و لغا الباقي.

و إن قصد كونها في مقابله الثانيه أو الثالثه وقعت الأولى رجعيه، لخلوّها عن العوض، و لم يستحقَّ شيئا من الألف، لجعلها في مقابله عمل باطل. و عند من صحَّح وقوع الجميع تكون السابقه على التي نوى العوض في مقابلتها رجعيه، و المقابله بالعوض بائنه. فإن كانت الثانيه لغت الثالثه، لا- من حيث عدم الرجعه، بل لأن الطلاق لا يقع بالبائن. و إن نواه في مقابله الثالثه فالأولتان رجعتان، و الثالثه بائنه. و منهم من وافقنا على عدم استحقاقه الألف متى لم ينوها في مقابله الأولى، بناء على أن الخلع لا يقع بالرجعيه.

و إن قصد كونها في مقابله الكلّ قال الشيخ في المبسوط (1): وقعت الأولى بثلاث الألف بناء على التوزيع على ما نواه، و تبطل الثانيه و الثالثه.

و استشكل المصنّف ذلك من حيث إنه قد أوقع ما التمسته- و هو الطلقه الصحيحه- فينبغي أن يستحقَّ ما بذلته في مقابلتها و إن نوى كونها في مقابله الجميع، لأن الخلع ليس معاوضه محضه حتى يبطل باختلاف الإيجاب و القبول في العوض، كما لو قال: بعتك هذه العبيد الثلاثه بألف، فقال: قبلت واحدا معينا منها بالألف، فإنه لا يصحّ قولاً واحداً.

و فيه: أنه و إن لم يكن معاوضه محضه لكنّه لما قصد كون الألف في مقابله الجميع فقد نوى فعل الأول بثلاث الألف فلا يستحقّ الجميع، لأن هذا الاستدعاء

ص: ٤٤١

يشبه الجعالة كما بيناه سابقا (١)، و مع بذل الجاعل عوضا معينا فعمل العامل بتيه التبرع أو بتيه الأقل لا يستحق الجميع، فكذا هنا. نعم، هذا يتم إذا لم ينو شيئا، فإنه حينئذ يكون قد فعل ما التمسته فيستحق ما بذلته، و يجعل جوابه بقوله: «أنت طالق» أو لا مطابقا لملتسمها، أما مع تيه جعله في مقابل الكل فلا.

و في المسألة وجه آخر يقابل ما استوجهه المصنّف، و هو عدم استحقاقه شيئا، لعدم مطابقه الجواب للسؤال، فإن بذلها الألف في مقابله طلقه و جوابه بجعلها في مقابله ثلاث كقولها: طلقني واحده بألف، فقال: أنت طالق بخمسائه. و مثله ما لو قال: أنت طالق بألف، فقبلت بخمسائه.

و الوجه هنا ما اختاره الشيخ، لأنه زاد خيرا، و لأنه قادر على إيقاعه بغير عوض فأولى أن يقدر على إيقاعه ببعض العوض المبدول. و اعلم أن الحكم بتوزيع الألف و ثبوت ثلثها في مقابله الأولى لا - ينافي عدم الحكم به في المسائل السابقة (٢)، للفرق بين الأمرين، فإن التوزيع الذي استضعفناه فيما لو أتى ببعض ما التمسته فإنه لا يوافق غرضها، بخلاف ما هنا، فإنه قد أتى بملتسمها، و إنما نوى به عوضا أقل مما بذلت فلذلك جعلنا له أقل بمقتضى التوزيع على مقصده، لأن ذلك في قوه التبرع بالزائد عن الثلث. و ليس كلما فعل ما التمسته يستحق عليها ما بذلته، فإنه لو نوى التبرع بالطلاق الملتمس بغير عوض لا على وجه الجواب المطابق لم يستحق شيئا، فكذا هنا بالنسبة إلى بعض العوض.

ص: ٤٤٢

١-١) انظر ص: ٣٧٩-٣٨٠.

٢-٢) انظر ص: ٤٣١.

التاسعة: إذا قال أبوها: طلقها و أنت برئ من صداقها، فطلق

التاسعة: إذا قال أبوها: (١) طلقها و أنت برئ من صداقها، فطلق، صحَّ الطلاق رجعيًا، و لم يلزمها الإبراء، و لا يضمنه الأب.

قوله: «إذا قال أبوها.. إلخ».

أبو الزوجه فى اختلاعها و طلاقها بعوض كالأجنبى، فإن اختلع بمال نفسه جاء فيه الخلاف السابق (١) فى المتبرع. و لا فرق بين أن تكون صغيره أو كبيره.

و إن اختلع بمالها و صرح بالاستقلال فهو كالاختلاع بالمال المغصوب و الطلاق به.

و إن اختلعها بالصداق، أو قال: طلقها و أنت برئ من صداقها، فطلقها، طلقت رجعيًا، و لم يبرأ من صداقها. و إن وقع خلعا بطل إن لم يتبع بالطلاق، و إلا - وقع رجعيًا أيضًا، لأنها إن كانت رشيده لم يملك أبوها التصرف فى مالها بغير إذنها، و إن كان يلى عليها بصغر أو سفه أو جنون لم يصح أيضًا، لأنه إنما يملك التصرف فيما لها فيه غبطه و حظّ و لا حظّ لها فى هذا، كما لو كان لها دين فأسقطه، و كإبراء الزوج من الصداق فلا ضمان على أبيها، لأنه لم يضمن على نفسه شيئًا، و يقع الطلاق رجعيًا، لأنه لم يسلم له العوض.

و لا - فرق فى ذلك بين إبرائه من جميع صداقها أو من بعضه و إن جؤزنا له العفو عن بعضه، لأن العفو أمر آخر غير جعله عوضًا عن الطلاق. و أيضًا فإن العفو عن البعض مشروط بوقوعه بعد الطلاق كما تشعر به الآية (٢)، و البراءه هنا تكون بنفس الطلاق فلا يقع.

ص: ٤٤٣

١ - ١) انظر ص: ٣٩٢.

٢ - ٢) البقره: ٢٣٧.

العاشرة: إذا وُكِّلت في خلعها مطلقا اقتضى خلعها بمهر المثل

العاشرة: إذا وُكِّلت في خلعها (١) مطلقا اقتضى خلعها بمهر المثل، نقدا بنقد البلد. وكذا الزوج إذا وُكِّلت في الخلع فأطلق.

فإن بذل وكيلها زياده عن مهر المثل بطل البذل، ووقع الطلاق رجعيًا، ولا يضمن الوكيل.

ولو خلعها وكيل الزوج بأقل من مهر المثل بطل الخلع. ولو طلق بذلك البذل لم يقع، لأنه فعل غير مأذون فيه.

قوله: «إذا وُكِّلت في خلعها.. إلخ».

عقد الخلع مميًا يجوز الوكاله فيه من طرف كل واحد من الزوج و الزوجه، كما يجوز التوكيل في البيع و النكاح و غيرهما، لأن غرض الشارع لا يتعلّق بإيقاعه من الزوجين مباشرة. ثمّ إما أن يقدر الموكّل قدرًا، أو يطلق. فإن قدر اقتصر الوكيل عليه. و لو زاد وكيل الزوج فقد زاد خيرا. وكذا إن نقص وكيلها عنه. و إن أطلق التوكيل فعلى وكيل الزوج أن يخالع بمهر المثل أو أكثر، و يعتبر كونه نقدا بنقد البلد، فإن خالف في القدر فنقصه أو جعله مؤجلا أو بغير النقد بطل البذل، و تبعه الخلع و الطلاق. و على وكيل الزوج أن يخالع به أو بأنقص منه نقدا بنقد البلد، فإن نقص أو جعله مؤجلا- فقد زاد خيرا، إلا أن يتعلّق غرضها بالحال. و إن خالف فخلعها بزياده عن مهر المثل بطل، و تبعه الخلع إن لم يتبعه الزوج بالطلاق أو كان طلاقا بعوض، و إلا صحّ و وقع رجعيًا.

و الفرق بين الطلاق الواقع من الزوج مع مخالفه وكيل الزوج و من وكيل الزوج مع مخالفته- حيث صحّ الأول رجعيًا دون الثاني-: أن الطلاق من الزوج وقع من مالك الطلاق، و له أن يطلق بعوض و غيره، فإن صحّ العوض كان بائنا، و إلا فهو رجعي من هذا الوجه، بخلاف طلاق وكيل الزوج حيث يخالف ما قيده

و يلحق بالأحكام مسائل النزاع، و هي ثلاث:

الأولى: إذا اتفقا في القدر، و اختلفا في الجنس

الأولى: إذا اتفقا في القدر، (١) و اختلفا في الجنس، فالقول قول المرأة.

له أو دلّ عليه الإطلاق شرعا، لأنه حينئذ طلاق غير مأذون فيه، لأن تصرّف الوكيل مقصور على الإذن، فإذا خالف وقع بغير الإذن، فكان باطلا.

و اعلم أن قول المصنّف فيما لو بذلك و كيلها زياده عن مهر المثل: «بطل البذل و وقع الطلاق رجعيًا» -مع أنه فرضه في الخلع لا في الطلاق بعوض- مبنيّ على ما لو أتبعه بالطلاق أو أراد بالخلع ما يشمل الطلاق بعوض، لما تقدّم (١) من جواز إطلاق الخلع عليه أيضا، و إلا فلو كان قد اقتصر على الخلع بالزائد - كما تقتضيه العبارة - لوجب أن يقع باطلا و لا يكون الطلاق رجعيًا و إن جعلنا الخلع طلاقا، لأن فساد الخلع يستلزم عدم تأثيره في الطلاق، بخلاف ما لو اتبع به أو كان طلاقا بعوض، فإنه لا يلزم من فساد العوض فساد الطلاق على أصحّ القولين. و ربما قيل هنا بفساد الطلاق أيضا بناء على أن العوض لم يسلم له، و إنما قصده بالعوض لا مجردا. و أما قوله في مخالفه و كيل الزوج بأقلّ من مهر المثل: «بطل الخلع، و لو طلق لم يقع» فعبارة فيه جيده وافية بالمطلوب. قوله: «إذا اتفقا في القدر.. إلخ».

إذا اتفقا على وقوع الطلاق بعوض مبذول من جانبها و لكن اختلفا في جنسه مع اتفاقهما على قدره، أو أنهما اتفقا على جنس مخصوص و تلفظا به و إنما وقع الاختلاف فيما عيّناه منه، فقالت: هو مائة درهم، فقال: بل مائة دينار

ص: ٤٤٥

١- ١) لم يصرّح بذلك فيما تقدّم، راجع ص: ٣٦٦ و ٣٧٠.

مثلاً، فقد قال المصنّف و قبله الشيخ (١) والأكثر: إن القول قول المرأة، لأنها منكره لما يدّعيه، والأصل عدم استحقاقه إياه. و هو مدّع فعليه البيّنه، و عليها اليمين، فتحلف يميناً جامعاً بين نفي ما يدّعيه و إثبات ما تدّعيه، فينتفى مدّعاؤه. و ليس له أخذ ما تدّعيه، لاعترافه بعدم استحقاقه إياه. نعم، لو أخذه على وجه المقاصه أتجه جوازه.

و يشكل هذا القول من رأس، لأن كلاّ منهما مدّع و مدّعى عليه و الآخر ينكر ما يدّعيه، و هذه قاعده التحالف في نظائره من عوض البيع و الإجاره و غيرهما. و إنما يتجه تقديم قول أحدهما إذا اتّفق قولهما على قدر و ادّعى الآخر الزيادة عليه و أنكرها الآخر، ليكون (٢) منكر الزيادة منكرًا بكلّ وجه و مدّعيها مدّعيًا، بخلاف صوره النزاع، لأن دعوى الذهب لا يجامع دعوى الفضة، و الإنكار من كلّ منهما لما يدّعيه الآخر متحقّق، فلو قيل -بأنهما يتحالفان و يسقط ما يدّعيانه بالفسخ أو الانفساخ، و يثبت مهر المثل إلا أن يزيد عمّا يدّعيه الزوج - كان حسناً. و لا يتوجّه هنا بطلان الخلع، لأنّفاقهما على صحّته، و إنما يرجع اختلافهما إلى ما يثبت من العوض. و يحتمل أن يثبت مع تحالفهما مهر المثل مطلقاً، لتساقط الدعويين بالتحالف، خصوصاً إذا كان الواجب منه مغايراً لما يدّعيه الزوج حتى لا يدخل في ضمن دعواه.

و لو انعكس الفرض بأن اتّفقا على الجنس و اختلفا في قدره - كما لو قال:

إنها بذلت ألف درهم، فقال: بل مائة درهم - قدّم قولها هنا قطعاً، لأن المائه

ص: ٤٤٦

١-١) الخلاف ٤:٤٤١ مسألة: ٢٧.

٢-٢) كذا في «و» و في سائر النسخ: فيكون.

الثانيه: لو اتفقا على ذكر القدر دون الجنس، و اختلفا في الإراده

الثانيه: لو اتفقا على (١) ذكر القدر دون الجنس، و اختلفا في الإراده، قيل: يبطل. و قيل: على الرجل البيئه. و هو أشبه.

قدر يتفان على ثبوته و إنما يختلفان في الزائد و هي تنكره فيقدم قولها في نفيه.

قوله: «لو اتفقا على.. الخ».

المراد أنهما اتفقا على ذكر القدر، و على عدم ذكر الجنس لفظا، و على أنهما أرادا جنسا معينا اتفقت إرادتهما عليه، و لكن الآن اختلفا في ذلك الجنس الذي أراده حاله العقد، بأن قالت له: طلقني بمائه فطلقها بها ثم قال: أردنا بها مائه دينار فقالت: بل مائه درهم، فقال المصنف و جماعه (١): القول قولها أيضا، لأن العقد صحيح في نفسه حيث اتفقا على إرادته جنس معين، و الإراده كافيته في صحته و إن لم يتلفظ بها. و حينئذ يرجع الاختلاف في الإراده إلى الاختلاف في الجنس المعين، فيرجع إليها فيه كالسابق. و لأن الاختلاف في إرادتها، و لا يطلع عليها إلا من قبلها.

و يشكل الأول بما ذكر في الأول من أن الاختلاف في الجنس لا يقتضى تقديم قولها، بل التحالف. و الثانى بأن الاختلاف يرجع إلى تعيين ما اتفقا عليه من الإراده لا إلى إرادتها وحدها، فإن المعتبر إرادتهما معا، و لا يكفى إرادتها وحدها، و إرادته كل منهما لا يطلع عليها إلا من قبله، فلو قيل بالتحالف هنا أيضا- لأن كلا منهما منكر لما يدعيه الآخر- كان وجها.

و قال الشيخ في المبسوط (٢): يبطل الخلع هنا، مع موافقته على تقديم

ص: ٤٤٧

١- (١) راجع قواعد الأحكام ٢: ٨٢، إيضاح الفوائد ٣: ٣٩٦، اللمعه الدمشقيه: ١٢٧.

٢- (٢) المبسوط ٤: ٣٤٩.

قولها فى السابق. و الفرق غير واضح. و ليس البطلان على قوله معللا بعدم ذكر الجنس لفظا، لأنه صرح فى المبسوط بعدم اشتراط ذكره لفظا، بل يكفى اتفاقهما على إرادته. فقال فيه: «إذا ذكرت القدر دون الجنس و النقد، فقالت: خالعى بألف، فقال: خالعتك بألف، فإن اتفقا على الإرادة و أنهما أرادا الدراهم أو الدينائر لزم الألف من غالب نقد البلد» (1). فبقى أن وجه البطلان فى هذه المسألة من جهة أخرى، و لعله صيروره البذل حينئذ مجهولا، و هو يقتضى الفساد عندنا.

لكن فى أن المجهوليه المانع هو الواقعه حاله العقد، و هما متفقان على عدمها، و إنما حصلت الجهاله بتنازعهما فى المراد، كما لو حصلت مع تنازعهما فيما عتناه باللفظ، فإنه لا يقتضى البطلان عنده.

و لو اتفقا على أنهما لم يريدوا جنسا من الأجناس حاله العقد بطل الخلع عندنا اتفاقا.

و لو كان اختلافهما فى أصل الإرادة مع اتفاقهما على عدم ذكر الجنس، فقال أحدهما: أردنا جنسا معينا، و قال الآخر: إننا لم نرد بل أطلقنا، رجع النزاع إلى دعوى الصحه و الفساد، و مقتضى القاعده المشهوره تقديم مدعى الصحه مع يمينه. و اختار فى التحرير (2) تقديم قول المرأه هنا، سواء كانت دعواها الإراده أم عدمها. و هو يتم مع دعواها التعيين، أما مع دعواها الإطلاق فمشكل، لأنها تدعى بطلان البذل، و إن كان أصل عدم التعيين موافقا لقولها.

ص: ٤٤٨

١- ١) راجع الهامش (٢) فى الصفحه السابقه.

٢- ٢) التحرير ٥٩: ٢.

الثالثة: لو قال: خالعتك (١) على ألف في ذمتك، فقالت: بل في ذمة زيد، فالبيّنه عليه، و اليمين عليها. و يسقط العوض مع يمينها، و لا يلزم زيда.

و كذا لو قالت: بل خالعتك فلان و العوض عليه.

أما لو قالت: خالعتك بكذا و ضمنه عني فلان، أو: يزنه عني فلان، لزمها الألف ما لم تكن بينه، لأنها دعوى محضه، و لا يثبت على فلان شيء بمجرد دعواها.

قوله: «لو قال: خالعتك.. إلخ».

هذه المسألة لبيان اختلافهما فيمن عليه العوض، و البحث فيها يقع في مواضع:

الأول: لو قال: خالعتك على ألف في ذمتك، فقالت: بل بألف في ذمة زيد، فقد قال المصنّف و قبله الشيخ في المبسوط (١): إن القول قولها بيمينها إن لم يكن له بينه، لأصالة براءة ذمتها من العوض. و لأن مرجع الدعوى إلى أنه يدعى شغل ذمتها و يعترف بكون الطلاق بائنا، و هي تنكر الأول، فيقبل قولها فيه، و يسقط عنها العوض بيمينها. و لا يلزم زيدا بمجرد دعواها، بل يتوقف على اعترافه بذلك، لأن الزوج لا يدعى عليه. و تبين منه بمجرد دعواه، لاستلزامه الإقرار بالبينونه على التقديرين. و على هذا القول عمل المتأخرين.

و قال ابن البرّاج [١]: بل القول قوله، و عليها البيّنه، لأن الأصل في مال

ص: ٤٤٩

الخلع أن يكون في ذمّه الزوجه. والقولان مطلقان غير منقّحين.

و التحقيق أن نقول:دعواها وقوع المخالعه منها على الألف في ذمّه زيد إما أن تكون بمعنى أن لها في ذمّه زيد ألفا فخالعته بها،أو بمعنى أنها خالعته بألف تثبت له في ذمّه زيد ابتداء من غير أن يكون لها عند زيد ألف.فإن أرادت المعنى الأول فلا يخلو:إما أن يوافقها الزوج على أن لها في ذمّه زيد ألفا،أو لا.و على تقدير عدم موافقته:إما أن يكون زيد مقرّا لها بالألف،أو لا.

فإن كان الزوج موافقا لها على ثبوت الألف في ذمّه زيد أو زيد مقرّا (1)بها (2)بني قبول قولها على أن العقد على دين في ذمّه الغير هل يجوز أم لا؟ و كلامهم هنا قد يؤذن بجوازه،لكن لم يتبها عليه في الفديه و شرائطها.و جوازه في البيع محلّ نظر،و أما هنا فلا- يبعد الجواز،للتوسّع في هذا العقد بما لا يتوسّع به في المعاوضه المحضه.فإن جوّزنا ذلك فالقول قولها،لا تفاقهما على خلع صحيح على التقديرين،و هو مع ذلك يدعى شغل ذمّتها بالعوض،و مجرّد الخلع أعمّ منه،و الأصل براءة ذمّتها منه.و إن لم نجوّز ذلك أو لم يكن زيد مقرّا بالحقّ و لم يعترف الزوج بثبوتها في ذمّته فالنزاع يرجع إلى صحّ الخلع و فساده،لأن دعواها يقتضى فساده حيث لم يسلم فيه العوض،و هو يدعى صحّته،و مقتضى القاعده المستمرّه تقديم قوله.

و إن أرادت بكونها في ذمّه زيد المعنى الثاني،و هو أنها خالعته بعوض لا يثبت في ذمّتها بل في ذمّه زيد ابتداء،فإن كان ذلك مع دعواها الوكاله عنه في

ص: ٤٥٠

١-١) كذا في هامش «و» بعنوان «ظاهرا» و لعلّه الصحيح،و في النسخ و الحجريتين:مقرّ.

٢-٢) في «ق»:لها.

الخلع و وافق بنى على جواز خلع الأجنبي المتبرع. و إن لم يدع ذلك أو لم يوافق فدعواها يرجع إلى فساد الخلع، و هو يدعى صحته، فيكون قوله مقدّما. و قد ظهر بذلك أن تقديم قولها فى هذه الصورة مطلقا غير جيد.

و الظاهر أن موضوع المسأله ما إذا وقع الخلع بدين لها فى ذمه زيد ليتصور بناء الصحه على التقديرين. و ربما تعارض على هذا التقدير الأصل و الظاهر، لأن الأصل براءة ذمتها و عدم التزامها بالمال، و الظاهر من المخالعه التزام العوض.

و على كل حال فهذه الصورة مفروضه فى اتفاهما على وقوع العقد بينهما لا- بينه و بين الأجنبي، لأن ذلك يأتى فى الصورة الثانيه.

الثانى: أن يدعى أنه خالعهما بألف فى ذمتها أيضا، فأنكرت وقوع العقد معها مطلقا و قالت: بل اختلعتنى فلان الأجنبي و المال عليه. و قد أطلق المصنّف تبعا للشيخ (1) تقديم قولها أيضا فى نفى العوض، لأصالة براءة ذمتها منه. و لا شىء للزوج على الأجنبي، لاعترافه بأن الخلع لم يجر معه. و تحصل البيئونه بقول الزوج.

و لا نقول: إنه أقرّ بعقد أنكرته المرأه و صدّقناها بيمينها فيلغو و يستمرّ النكاح، كما لو قال: بعثتك هذه العين بكذا، فأنكر صاحبه و قبلنا قوله بيمينه، فإن العين تبقى للمقرّ.

و ذلك: لأن الخلع يتضمّن إتلاف المعقود عليه و هو البضع، و البيع لا يتضمّن إتلاف المعقود عليه، ألا ترى أن البيع يفسخ بتعدّر العوض، و البيئونه لا ترتدّ، فإذا كان كذلك فإقراره بالخلع المتضمّن للإتلاف إقرار بالإتلاف فلا يردّ.

ص: ٤٥١

و نظيره من البيع أن يقول: بعتك عبدى هذا بكذا فأعتقته، و أنكر، فإننا (1) نصدّقه بيمينه و نحكم بعق العبد بإقراره. فهذا تحرير الحكم المذكور.

و هذا البحث إنما يتمّ إذا قلنا بأن خلع الأجنبي المتبرّع صحيح ليكونا متفقين على وقوع العقد صحيحاً، أما على ما يذهب إليه المصنّف (2) و الشيخ (3) بل الأكثر أشكال تقديم قولها، لأنها حينئذ تدعى فساد الخلع و هو يدعى صحته، فينبغى تقديم قوله. إلا أن يقال: إن مرجع اختلافهما إلى وقوع عقد المعاوضه معها، و هى تنكر ذلك، فيقدّم قولها، لأصالة عدم التزامها ذلك، كما لو ادعى أنه باعه شيئاً فأنكر و أضاف إلى ذلك دعوى بيعه من فلان، فإنه لا يسمع فى حقّ الغير، و يقدّم قوله فى نفيه عنه. و لا يخلو ذلك من نظر، و لا- ما بين المسألتين من الفرق. و على التقديرين يحكم عليه بالبينونه بمجرد دعواه، لا اعترافه بها، و إنما الكلام فى ثبوت العوض.

الثالث: أن يدعى عليها عوض الخلع، فتعترف بلزومه ابتداء لها و وقوع العقد معها، و لكن ادعت أنه قد ضمنه عنها فلان، أو أنها قالت: قبلت الخلع على أن يزن الألف عنى فلان. فهى فى صورتين مقرّره بالألف، و مدّعيه فى الأولى انتقالها إلى ذمّه غيرها، فلا يقبل فى حقّ المخالع و إن صادقها الضامن، لا اختلاف الناس فى وفاء الدّين سهوله و ضدّها، فلا- يلزم انتقال ماله بمجرد تصادقهما. و لو أنكر ذلك الغير الضمان فأولى. و أما الثانيه فأمرها واضح، لأنه كلام لا ينفعها، لأن مجرد ذلك لا يقطع المطالبه عنها. و كذا فى صوره الضمان لو قلنا بأنه ضمّ

ص: ٤٥٢

١- ١) فى «ق، و» و نسخه بدل «د»: فإنما.

٢- ٢) لاحظ ص: ٣٩٢.

٣- ٣) المبسوط ٤: ٣٦٥.

و أما المبرأه: (١) فهو أن يقول: بارأتك على كذا فأنت طالق. و هي ترتب على كراهيه كل واحد من الزوجين صاحبه.

و يشترط إتباعه بلفظ الطلاق، فلو اقتصر المبرأ على لفظ المبرأه لم يقع به فرقه.

و لو قال بدلا من «بارأتك»: فاسختك، أو أبتك، أو غيره من الألفاظ، صح إذا أتبعه بالطلاق، إذ المقتضى للفرقه التلفظ بالطلاق لا غير.

ذمه إلى ذمه.

و لا يخفى أن الحكم فى جميع ذلك مع عدم البيئه، أما معها فيثبت مقتضاها، سواء ترتب عليه صحه الخلع أم فساده.

قوله: «و أما المبرأه.. إلخ».

المبرأه طلاق بعوض مترتب على كراهه كل من الزوجين صاحبه.

و أصلها المفارقه. و لها أحكام تخصها، و أحكام تشترك مع الخلع فيها. فشرائط المخالعه و المخالعه و العوض مشتركه، فلذا اقتصرنا على قليل من أحكامها. و قد دل على اشتراطها بكراهه كل من الزوجين صاحبه روايه سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام و أبى الحسن عليه السلام قال: «سألته عن المبرأه كيف هي؟ قال:

يكون للمرأة على زوجها شىء من صداقها أو من غيره، و يكون قد أعطاها بعضه، و يكره كل واحد منهما صاحبه، فتقول المرأة: ما أخذت منك فهو لى و ما بقى عليك فهو لك، و أبارئك، فيقول لها الرجل: فإن أنت رجعت فى شىء مما تركت فأنا أحق ببضعك» (١). و دل على اشتراط كون المأخوذ بقدر المهر أو أقل

ص: ٤٥٣

١-١) الكافى ١٤٢: ٦ ح ١، التهذيب ١٠١: ٨ ح ٣٤٢، الوسائل ٥٠٠: ١٥ ب (٨) من أبواب الخلع و المبرأه ح ٣، و الروايه فيما عدا التهذيب مضمرة.

صحيحه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المبارئه تقول لزوجها: لك ما عليك و اتركني، و تجعل له من قبلها شيئاً فيتركها، إلا أنه يقول: إن ارتجعت في شيء فأنا أملكك ببضعك، فلا يحلّ لزوجها أن يأخذ منها إلا المهر فما دونه» (١).

و أما عدم وقوعها بمجرد بل يشترط إتباعها بالطلاق فهو المشهور بين الأصحاب، بل قال المصنّف (٢) و جماعه (٣): إنه إجماعي، فإن تمّ فهو الحجّجّه و إلا ففي الأخبار (٤) ما يدلّ على أنها لا تفتقر إلى الطلاق. و حملها الشيخ (٥) على التقيّه، كما حمل الأخبار الدالّه على عدم افتقار الخلع إليه. و ليس بجيّد، لأنّ المباره لا تستعملها العامه، و لا يعتبرون فيها ما يعتبره أصحابنا، بل يجعلونها من جمله كنايات الخلع أو الطلاق، فلا- وجه لحمل ما ورد من أحكامها على التقيّه، مع أنه لا معارض لها يعتدّ به من الأخبار، و إنما العمده على ما ادّعوه من الإجماع.

و حيث قلنا بافتقارها إلى الطلاق جاز أن يقع بغير لفظ المباره ممّا يدلّ عليه ك: فاسختك و أبتتک، و غيرهما من الألفاظ المفيدة لذلك، لأنّ الطلاق المتعقّب لها كاف في البيّنونه، و هذه الألفاظ مفيدة للفرقه بالعوض، فكلّ ما

ص: ٤٥٤

١- ١) الكافي ١٤٣: ٦ ح ٥، التهذيب ١٠٠: ٨ ح ٣٣٩، الوسائل ٥٠٠: ١٥ ب (٨) من أبواب الخلع و المباره ح ٤، و في المصادر: أو تجعل.

٢- ٢) في ص: ٤٥٧.

٣- ٣) راجع المبسوط ٣٧٣: ٤، السرائر ٧٢٣: ٢، القواعد ٨٣: ٢.

٤- ٤) الوسائل ٥٠١: ١٥ ب (٩) من أبواب الخلع و المباره ح ٣ و ٤.

٥- ٥) التهذيب ١٠٢: ٨ ذيل ح ٣٤٦، الاستبصار ٣١٩: ٣ ذيل ح ١١٣٧.

و لو اقتصر على (١) قوله: أنت طالق بكذا، صحّ و كان مباراه، إذ هي عبارته عن الطلاق بعوض مع منافاه بين الزوجين.

و يشترط في المبرئ (٢) و المبارئه ما شرط في المخالغ و المخالعه.

أضيف إلى الطلاق من اللفظ الدالّ على ذلك كفى.

قوله: «و لو اقتصر على.. إلخ».

قد عرفت فيما تقدّم (١) أن الطلاق بعوض أعمّ من الخلع و المباراه، فيصحّ التعبير به عن كلّ واحد منهما، و يتميّز عن الآخر بالقصد. فإذا كانت الكراهه منهما فقال: أنت طالق بكذا، بقصد المباراه، اشترط في صحّته شروط المباراه.

و إن كانت الكراهه منها و أراد الخلع بهذا اللفظ لحقه أحكام الخلع. و لو أتى به لا- بتيه أحدهما بل أراد مجزّد الطلاق بعوض، ففي اعتبار مراعاة حالهما في الكراهه منهما و منها و إلحاقه بما يقتضيه الحال فيلحقه شرائطه، أو صحّته مطلقاً، نظر، و ظاهر كلامهم انحصاره فيهما و اعتبار مراعاة الحال فيه. و عندى فيه نظر، و قد تقدّم (٢) الكلام على مثله في الخلع. و لو قيل بصحّته مطلقاً حيث لا- يقصد به أحدهما كان وجهها، لعموم الأدلّه على جواز الطلاق مطلقاً، و عدم وجود ما ينافى ذلك في خصوص البائن.

قوله: «و يشترط في المبرئ.. إلخ».

و كذا يشترط في الفديه و الصيغه و باقى الأحكام ما قرّر في الخلع.

ص: ٤٥٥

١-١) راجع ص: ٣٦٦.

٢-٢) راجع ص: ٤٢٠.

و تقع الطلقة (١) مع العوض بانه ليس للزوج معها رجوع، إلا أن ترجع الزوجه فى الفديه فيرجع ما دامت فى العده.

و للمرأة الرجوع فى الفديه ما لم تنقض عدتها.

قوله: «و تقع الطلقة.. إلخ».

هذا كله من الأحكام المشتركة بين الخلع و المبرأه. و تدلّ عليه فى المبرأه بخصوصها روايه زراره و محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «المبرأه تطليقه بانه و ليس فى شىء من ذلك رجعه» (١) و روى إسماعيل الجعفى عن أحدهما عليهما السلام قال: «المبرأه تطليقه بائن، و ليس فيها رجعه» (٢). و فى الأخبار (٣) السابقه ما يدلّ على جواز رجوعه متى رجعت، و أنه يشترط ذلك عليها، و هو شرط يقتضيه العقد كما مرّ (٤). و ما يترتب على رجوعها من اشتراط إعلامه و عدمه، و اشتراط رجوعه بخلوّه من الموانع و غير ذلك ممّا تقرّر فى الخلع آت هنا. و فى هذه الأخبار التى ذكرناها سابقا (٥) فى المبرأه ما يدلّ على جواز رجوعه فى الطلاق متى رجعت فى شىء من البذل و إن لم يكن جميعه، و تقدّم (٦) ما فيه فى الخلع.

ص: ٤٥٦

١- ١) التهذيب ١٠٢: ٨ ح ٣٤٤، الاستبصار ٣١٩: ٣ ح ١١٣٥.

٢- ٢) التهذيب ١٠١: ٨ ح ٣٤٣، الوسائل ٥٠١: ١٥ ب (٩) من أبواب الخلع و المبرأه ح ٢.

٣- ٣) فى ص: ٤٥٣.

٤- ٤) فى ص: ٤١٦.

٥- ٥) فى ص: ٤٥٤.

٦- ٦) فى ص: ٤٢٨-٤٢٩.

والمبارأة كالخلع،^(١) لكن المبارأة تترتب على كراهيه كل واحد من الزوجين صاحبه، و يترتب الخلع على كراهيه الزوجه.

و يأخذ في المبارأة بقدر ما وصل إليها منه، و لا تحل له الزيادة، و في الخلع جائز.

و تقف الفرقه في المبارأة على التلفظ بالطلاق اتفاقاً منّا، و في الخلع على الخلاف.

قوله: «و المبارأة كالخلع.. إلخ».

أشار بما ذكر إلى الفرق بين الخلع و المبارأة مع اشتراكهما في أصل الطلاق بعوض. و حاصله: أن الفرق يحصل بينهما بثلاثة أمور:

الأول ترتب الخلع على كراهه الزوجه، و المبارأة على كراهه كل منهما لصاحبه. و قد تقدّم [\(١\)](#) ما يدلّ عليه من النصوص.

و على هذا فلو اختصت الكراهه بها لم يصحّ الطلاق بلفظ المبارأة و إن أتبعها بالطلاق، لأن الخلع لا يقع بالكنايات. و لو انعكس فكانت الكراهه منهما و عبّر عن المبارأة بالخلع فالظاهر الجواز، لأن المبارأة تقع بالكنايات، و الخلع كناية واضحة في الفرقه المفهومه من المبارأة، و إتباعه بالطلاق يصحّحه.

الثاني: أن العوض في الخلع تصحّ زيادته عمّا وصل إليها من المهر، و في المبارأة يشترط كونه بقدره فما دون. و هذه الخاصيه مترتبه على الأولى، لأن الكراهه من الجانبين يناسبه عدم الزيادة في العوض، كما أن اختصاص الكراهه بها يناسبه جواز الزيادة.

ص: ٤٥٧

١-١) في ص: ٤٥٣، و لاحظ الوسائل ١٥:٥٠٠ ب(٨) من أبواب الخلع و المبارأة.

و يظهر من جماعه من الأصحاب-كالصدوقين (١) و ابن أبي عقيل (٢)-المنع من أخذ المثل في المبرأه، بل يقتصر على أقل منه. و هو في موقفه زرارته قال:

«المبرأه يؤخذ منها دون الصداق، و المختلعه يؤخذ منها ما شئت، و إنما صارت المبرأه يؤخذ منها دون المهر و المختلعه يؤخذ منها ما شاء لأن المختلعه تعتدى في الكلام و تتكلم بما لا يحل لها» (٣). و الروايه قاصره عن إفاده الحكم بالقطع، و معارضه بصحيحه أبي بصير السابقه (٤) و فيها: «و لا يحل لزوجه أن يأخذ منها إلا المهر فما دونه».

الثالث: أن الفرقه في الخلع لا يتوقف على الطلاق في أصح القولين كما عرفت، و في المبرأه تتوقف على التلفظ بالطلاق إجماعاً على ما ادعاه المصنف هنا و العلامه في كتبه (٥)، مع أن المصنف نسب القول بذلك في مختصره (٦) إلى قول مشهور مؤذنا بعدم تحقق الإجماع، و هو متأخر عن هذا الكتاب، و هو المناسب لتحقيق المصنف، فإنه لا يعتبر في الإجماع مثل هذه الشهره، كما نبه عليه في المعبر (٧) و نهى عن الاعتراض بذلك.

ص: ٤٥٨

-
- ١- ١) حكاها عنهما العلامه في المختلف: ٥٩٥، و راجع المقنع: ١١٧ و فيه المنع من أخذه أكثر من مهرها، الفقيه ٣: ٣٣٦ ح ١٦٢٤.
 - ٢- ٢) حكاها عنه العلامه في المختلف: ٥٩٥.
 - ٣- ٣) الكافي ٦: ١٤٢ ح ٢، التهذيب ٨: ١٠١ ح ٣٤٠، الوسائل ١٥: ٤٩٣ ب (٤) من أبواب الخلع و المبرأه ح ١.
 - ٤- ٤) في ص: ٤٥٤، هامش (١).
 - ٥- ٥) قواعد الأحكام ٢: ٨٣، مختلف الشيعة: ٥٩٦.
 - ٦- ٦) المختصر النافع: ٢٠٤.
 - ٧- ٧) المعبر ١: ٣١.

و الشيخ فى التهذيب (١) بعد أن ذكر روايات تدلّ على عدم اشتراط إتباعها بالطلاق-كروايه زراره و محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«المبارأه تطليقه بائن» و روايه حمران قال: «سمعت أبأ جعفر عليه السلام قال:

المبارأه تبين من ساعتها من غير طلاق» و روايه جميل بن درآج عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «المبارأه تكون من غير أن يتبعها طلاق»-قال: «إن اشتراط إتباع الطلاق لها قول جميع أصحابنا المحصّين من تقدّم منهم و من تأخّر» و حمل هذه الأخبار على التقية. و فى كلامه إيذان بخلاف فى ذلك، لأنه نسب القول إلى المحصّين من الأصحاب لا إليهم مطلقا.

و بالجمله فالأحكام التى رتبها الأصحاب على المبارأه لا- يخلو من إشكال. و النصوص عن إفادتها قاصره إما فى الدلاله أو السند. و ما ثبت فيه الإجماع منها فهو الحجّه، و إلا فللنظر فيه مجال يظهر لمن أعطى النظر حقّه فى ذلك.

ص: ٤٥٩

كتاب الظهار

اشاره

كتاب الظهار (١)

ص: ٤٦١

كتاب الظهر والنظر فيه يستدعى بيان أمور خمسة.

كتاب الظهر الظهر مأخوذ من الظهر، لأن صورته الأصلية أن يقول الرجل لزوجته:

أنت عليّ كظهر أمي، وخصّ الظهر لأنه موضع الركوب، والمرأه مركوب الزوج.

و كان طلاقاً في الجاهليّة كالإيلاء فغيّر الشرع حكمه إلى تحريمها بذلك و لزوم الكفّاره بالعود كما سيأتى (١).

و حقيقة الشرعيّة: تشبيه الزوج زوجته- و لو مطلقه رجعيه في العده- بمحرمه نسبا أو رضاعاً، قيل: أو مصاهره على ما سيأتى (٢) من الخلاف فيه.

و الأصل فيه قبل الإجماع آيه وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٣).

و روى (٤) أن أول من ظاهر في الإسلام أوس بن الصامت من زوجته خوله بنت ثعلبه على اختلاف في اسمها و نسبها، فأنت رسول الله صلى الله عليه و آله فاشتكت منه فأنزل الله تعالى قوله قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ .

الآيات (٥).

ص: ٤٦٣

١- (١) في ص: ٥٠٠.

٢- (٢) في ص: ٤٧٣.

٣- (٣) المجادله: ٣.

٤- (٤) الفقيه ٣: ٣٤٠ ح ١٦٤١، المحكم و المتشابه للسيد المرتضى: ٨٩، ٨٨، الوسائل ١٥: ٥٠٨ ب (١) من أبواب الظهر ح ٤، و انظر

جامع البيان للطبري ٣: ٢٨، ٢٨: ٢٧٧، النكت و العيون للمواردى ٥: ٤٨٧، أسباب النزول للواحدى: ٢٧٣.

٥- (٥) المجادله: ١-٤.

الأول: في الصيغه، وهو أن يقول: (١) أنت عليّ كظهر أمي. وكذا لو قال: هذه، أو ما شاكل ذلك من الألفاظ الدالّه على تمييزها. ولا عبره باختلاف ألفاظ الصفات، كقوله: أنت منّي، أو عندي.

و لو شَبَّهها بظهر إحدى المحرّمات نسبا أو رضاعا، كالأم أو الأخت، فيه روايتان أشهرهما الوقوع.

قوله: «و هو أن يقول.. إلخ».

موضع الوفاق و مورد النصّ (١) من صيغ الظهار قوله: أنت عليّ كظهر أمي، و في معناها: هذه، و ما شاكلها من الألفاظ الدالّه على تمييزها عن غيرها، ك:

فلانه باسمها و لقبها، و نحو ذلك. و في معنى «عليّ» غيرها من ألفاظ الصلوات ك:

منّي، و عندي، و لديّ. و كذا لو ترك الصلّه فقال: أنت كظهر أمي، كما لو قال:

أنت طالق، و لم يقل: منّي. و قد يفرّق بينه و بين الطلاق، إذ يحتمل صيغه الظهار مجرّده عن الصلّه كونها محرّمه على غيره حرمة ظهر أمّه عليه، بخلاف الطلاق، فإنه للإطلاق، و هي في حبسه دون حبس غيره. لكن الأشهر عدم الفرق. و في التحرير (٢) استشكل الوقوع مع حذف الصلّه. و وجهه ما ذكرناه.

و بقي هنا ألفاظ وقع الخلاف في وقوعه بها، فمنها ما لو شَبَّهها بظهر إحدى المحرّمات نسبا أو رضاعا، كالأم من الرضاع و الأخت منهما و العمّه و الخاله و بنت الأخ و بنت الأخت منهما. و في وقوعه بذلك قولان:

أحدهما - و هو الأشهر - الوقوع، لاشتراك الجميع في تحريم الظهر كالأم. و لصحيحه زواره قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الظهار فقال: هو

ص: ٤٤٤

١- (١) الوسائل ٥٠٦: ١٥ ب (١) من أبواب الظهار.

٢- (٢) التحرير ٦١: ٢.

عن كلّ ذى محرم، أمّ أو أخت أو عمّه أو خاله، ولا يكون الظهار فى يمين.

قلت: كيف؟ قال: يقول الرجل لامرأته و هى طاهر فى غير جماع: أنت علىّ حرام مثل ظهر أمّى أو أختى، و هو يريد بذلك الظهار»
 (١). و حسنه [١] جميل بن درّاج قال: «قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يقول لامرأته أنت علىّ كظهر عمّته أو خالته، قال: هو الظهار» (٢). و يدلّ على تناوله للمحرّمات من الرضاع قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»
 (٣) مضافاً إلى عموم قوله عليه السلام: «هو من كلّ ذى محرم». و لا اشتراك الجميع فى المنكر و قول الزور. و لأنّ حرمة الرضاع كحرمة النسب، و لذلك يسوّى بينهما فى جواز الخلوه بها.

و الثانى: لا يقع بغير الأمّ مطلقاً. و هو قول الشيخ فى الخلاف (٤) و ابن إدريس (٥)، عملاً بظاهر الآية (٦)، و صحيحه سيف التّمّار عن الصادق عليه السلام

ص: ٤٤٥

-
- ١- (١) الكافى ١٥٣:٦ ح ٣، الفقيه ٣٤٠:٣ ح ١٦٤٠، التهذيب ٩:٨ ح ٢٦، الوسائل ١٥:٥١١ ب (٤) من أبواب الظهار ح ١، و ذيله فى ص: ٥٠٩ ب (٢) ح ٢.
- ٢- (٣) الكافى ١٥٥:٦ ح ١٠، التهذيب ٩:٨ ح ٢٨، الوسائل ١٥:٥١١ ب (٤) من أبواب الظهار ح ٢.
- ٣- (٤) الوسائل ٢٨٠:١٤ ب (١) من أبواب ما يحرم بالرضاع.
- ٤- (٥) راجع الخلاف ٥٣١، ٤:٥٣٠ مسألة (١٠) و لكن يظهر منه التوقّف حيث ذكر قولين و لم يرجّح أحدهما.
- ٥- (٦) السرائر ٧٠٨:٢-٧٠٩.
- ٦- (٧) المجادله: ٣.

قال: «قلت له: الرجل يقول لامرأته: أنت على كظهر أختي أو عمّتي أو خالتي، فقال: إنما ذكر الله تعالى الأمّهات، وإن هذا لحرام» (١). وقوله عليه السلام: «إنما ذكر الله تعالى الأمّهات» يشعر أن الظهار لا يكون إلا بالأمّهات، لأنه حصر المذكورات في الظهار بالأمّهات، وللأصل، و ضعف التشبيه (٢)، لأن الرضاع مكتسب فلا يساوى النسب في القوّه، ولذلك لا يتعلّق به النفقه و الميراث و الولايه.

و جوابه: أن تخصيص الأم بالذكر في الآيه لا ينفي غيرها كما لا يدلّ على ثبوته، و نحن نشبته بالأخبار (٣) الصحيحه لا بالآيه. و عدم ذكر غير الأمّهات المحتجّ به في روايه سيف لا يدلّ على نفيه أيضا، مع أنه أجاب بالتحريم، و لعلّ السائل استفاد مقصوده منه، إذ ليس في السؤال ما يدلّ على موضع حاجته.

و أما ما قيل (٤): من أن الظهار سببه التشبيه بالنسب لا نفس النسب، فلا يلزم من كون التشبيه بالنسب سببا في التحريم كون التشبيه بالرضاع سببا فيه، فلا دلالة في قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» عليه.

ففيه: أن «من» في الخبر إما تعليليه مثلها في قوله تعالى مِمَّا حَطِثُوا عَلَيْهِمْ أَعْرَقُوا (٥) أو بمعنى الباء كما في قوله تعالى:

ص: ٤٦٦

١- (١) الكافي ١٥٧:٦ ح ١٨، التهذيب ١٠:٨ ح ٣٠، الوسائل ١٥:٥١١ ب (٤) من أبواب الظهار ح ٣.

٢- (٢) كذا في «ق»، و في «د، و، م»: النسبه، و في «ط» و الحجرّيتين و نسخه بدل «د»: التشبيه.

٣- (٣) مرّت في الصفحه السابقه، هامش (١ و ٢).

٤- (٤) إيضاح الفوائد ٣:٤٠٩.

٥- (٥) نوح: ٢٥.

يَنْظُرُونَ مِنْ طَرْفٍ خَفِيٍّ (١). و التقدير يحرم لأجل الرضاع أو بسببه ما يحرم لأجل النسب أو بسببه، و كلاهما مفيد للمطلوب، لأنَّ التحريم فى الظهار بسبب النسب ثابت فى الجملة إجماعاً، فيثبت بسبب الرضاع لذلك (٢).

ثم اعرف أشياء:

الأول: التشبيه بالجده للأب أو للأم محرّم إن قلنا بتحريمه بجميع المحرّمات نسبا، و إن قصّرناه على الأم ففى تعدّيه إلى الجده مطلقا وجهان، من أنها أم و من ثمّ حرمت بقوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ (٣) و الأصل فى الاستعمال الحقيقه، و لأن الجدّات لأب أمّهات ولدته، و يشاركن الأم فى حصول العتق و سقوط القصاص و لزوم النفقه، و من جواز سلبها عنها فيقال: ليست أمّى بل أم أبى و أم أمّى، و لقوله تعالى إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ (٤) و هى مفيدة للحصر، و لكن قد يدعى فى هذه كونها ولدته و لو بواسطة. و على ما اخترناه من تعدّى التحريم إلى غير الأم يتعدّى إلى الجده بطريق أولى، و إنما تظهر فائده الخلاف على القول بعدم التعدّى.

الثانى: ظاهر القائلين بالتعدّى إلى المحرّمات بالرضاع عدم الفرق بين من لم تزل محرّمه بالرضاع، كجده الرضاع التى أرضعت أباه و أمه و أخته من الرضاع المولوده بعد أن ارتضع، و بين من كانت تحلّ له ثمّ حرمت

ص: ٤٦٧

١- ١) الشورى: ٤٥.

٢- ٢) فى «ق»: كذلك.

٣- ٣) النساء: ٢٣.

٤- ٤) المجادل: ٢.

عليه، كالتى أرضعته فصارت أما و كأمها و بنتها المولده قبل أن ارتضع، فالتشبيه بالجميع يفيد التحريم، لعموم الأدله (1)، و إن كان القسم الأول أقوى تحريما من الثانى. و ربما فرّق بين الأمرين و خصّ التحريم بالقسم الأول، و عموم الأدله (2) يدفعه.

الثالث: قد يفهم من قول المصنّف: «و لو شبّهها بظهر إحدى المحرّمات نسبا أو رضاعا فيه روايتان» أن فى التعدى عن الأم قولين: أحدهما قصره على الأم مطلقا، و الثانى: تعدّيه إلى المحرّمات بالنسب و الرضاع مطلقا.

و ليس كذلك، بل الخلاف واقع فى التعدى إلى باقى المحرّمات نسبا مع القول بعدم التعدى إلى المحرّمات بالرضاع، و فى التعدى من الأم إلى الأم من الرضاع و إن لم يتعدّ إلى المحارم النسبى، و فى التعدى إلى المحرّمات بالرضاع على تقدير القول بثبوتها فى محرّمات النسب. و تلخيص الخلاف فى ذلك أنه يقع فى مواضع:

الأول: اقتصار الظهار على التشبيه بالأم النسبى.

الثانى: تعدّيه إلى الأم من الرضاع لا غير.

الثالث: إلحاق الجدّات بها لا غير.

الرابع: إلحاق محارم النسب بها لا غير.

الخامس: إلحاق محارم الرضاع بهنّ.

السادس: إلحاق محارم المصاهره أيضا و سيأتى (3).

ص: ٤٦٨

١-١) كعموم الحديثين المتقدمين فى ص: ١٢٩، هامش (١).

٢-٢) كعموم الحديثين المتقدمين فى ص: ١٢٩، هامش (٣).

٣-٣) فى ص: ٤٧٣.

و لو شَبَّهها بيد أمّه (١) أو شعرها أو بطنها، قيل: لا يقع، اقتصاراً على منطوق الآية. و بالوقوع روايه فيها ضعف.

أما لو شَبَّهها بغير أمّه بما عدا لفظه الظهر لم يقع قطعاً.

و لو قال: أنت كأمي، أو مثل أمي، قيل: يقع إن قصد به الظهر.

و فيه إشكال، منشؤه اختصاص الظهر بمورد الشرع، و التمسك في الحل بمقتضى العقد.

قوله: «و لو شَبَّهها بيد أمّه.. الخ».

اعلم أن النسبه الواقعة بين الزوجه و الأم أو ما في حكمها من المحارم بالتشبيه إما أن يكون بين جملة المشبه و جملة المشبه به، أو بين الجملة و غيره من الأجزاء، أو بين الجملة و الجملة، أو بين أجزاء المشبه و جملة المشبه به، أو بينه و بين ظهره، أو بينه و بين غيره من أجزائه. و على جميع التقادير: إما أن يكون المشبه به الأم، أو غيرها من المحارم. فالأقسام اثنا عشر، ذكر المصنّف بعضها، و نحن نشير إلى حكم الجميع.

الأول: أن يقع التشبيه بين جملة الزوجه و ظهر الأم، كقوله: أنت عليّ كظهر أمي. و هذا هو الظهار المدلول عليه بالنص (١) و الإجماع، و هو الأصل في مشروعته هذا الحكم. و قد تقدّم ما يدلّ عليه من الكتاب (٢) و السنّه. و لا فرق في هذا القسم بين الحكم على ذات الزوجه كقوله: أنت و ذاتك، و جملة هيكلها المحسوس كقوله: بدنك و جسدك و جسمك و جملتك و كلّك، لأن الحكم بالتحريم متعلّق بالبدن، و المفهوم عرفاً من الذات هو ذلك، و إن كان له عند آحاد المحقّقين معنى آخر لا يراد ذلك في التعليقات الشرعيّه المحموله على

ص: ٤٦٩

١ - ١) لاحظ: ٤٦٣.

٢ - ٢) لاحظ: ٤٦٤.

المفاهيم العرفية و ما فى معناها.

الثانى: أن يقع بين جملة الزوجه و جزء آخر من الأم غير الظهر، سواء كان ممّا لا يتم حياتها بدونها كوجهها و رأسها و بطنها، أم يتم بدونها كيدها، و سواء حلّت حياتها أم لا كشعرها. و فى وقوع الظهر كذلك قولان:

أحدهما: الوقوع. ذهب إليه الشيخ فى كتبه الثلاثة (١)، بل ادعى عليه فى الخلاف الإجماع، و تبعه عليه القاضى (٢)، و ابن حمزه (٣)، و قبله الصدوق فى المقنع (٤)، استناداً - مع شبهه دعوى الإجماع - إلى روايه سدير عن الصادق عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يقول لامرأته: أنت علىّ كشعر أمى أو ككفّها أو كبطنها أو كرجلها، قال: ما عنى به إن أراد به الظهر فهو الظهر» (٥).

الثانى - و هو الذى اختاره المرتضى، و جعله فى الانتصار (٦) ممّا انفردت به الإماميه، و تبعه عليه المتأخرون (٧) - عدم الوقوع، لأصالة الإباحه إلا ما خرج عنها بدليل أو إجماع - و هو الظهر - فيبقى الباقي على الأصل. و لأن الظهر مشتقّ من الظهر، فإذا علّق بغيره بطل الاسم المشتقّ منه. و لصحيحه زراره السابقه (٨) لمّا

ص: ٤٧٠

١ - ١) النهايه ٥٢٦، المبسوط ١٤٩:٥، الخلاف ٤:٥٣٠ مسألة: ٩.

٢ - ٢) المهذب ٢:٢٩٨.

٣ - ٣) الوسيله: ٣٣٤.

٤ - ٤) لم نجده فيه، و كذا نسبه إلى مقنعه العلامه فى المختلف: ٥٩٧.

٥ - ٥) التهذيب ١٠:٨ ح ٢٩، الوسائل ١٧:١٥ ب (٩) من أبواب الظهر ح ٢.

٦ - ٦) الانتصار: ١٤٢.

٧ - ٧) كشف الرموز ٢٤١:٢، مختلف الشيعه: ٥٩٧، إيضاح الفوائد ٢:٤٠٣، التنقيح الرائع ٣:٣٦٩، المهذب البارع ٥٢٤:٣.

٨ - ٨) فى ص: ٤٦٤-٤٦٥، هامش (١).

سأل الباقر عليه السلام عن كَيْفِيَّتِهِ قال: «يقول: أنت عليّ حرام مثل ظهر أُمِّي».

و مثلها روايه (1) جميل عن الصادق عليه السلام - وقد قال له: الرجل يقول لامرأته: أنت عليّ كظهر عمّته أو خالته -: «قال: هو الظهار». و هو يعطى المساواه، و كذا الجواب الأول بعد السؤال يعطى أن المعنى ذلك لا غير. و لأن اللفظ الصريح الظهار المشتقّ من الظهر، و صدق المشتقّ يستدعى صدق المشتقّ منه. و هذا هو الأقوى.

و الجواب عن حجّج الشيخ بمنع الإجماع فى موضع النزاع، و العجب فى معارضته لدعوى المرتضى ذلك، ما هذه إلا مجازفه فى الإجماع كما اتّفق ذلك لهما كثيرا. و أما الخبر فهو صريح فى المطلوب لكنّه ضعيف السند بجماعه، و هم سهل بن زياد، عن غياث بن إبراهيم، عن محمد بن سليمان، عن أبيه، عن سدير. و سهل ضعيف غال، و غياث بترى، و محمد بن سليمان ضعيف أو مشترك بينه و بين الثقه، فيسقط اعتباره، و كذلك أبوه، و حال سدير إلى الضعف أقرب منها إلى غيره، فسقط اعتبار الخبر.

الثالث: أن يشبّه الجملة بالجملة، كقوله: أنت عليّ كأُمِّي، أو بدنك أو جسمك عليّ كبدن أُمِّي أو جسمها، و نحو ذلك. و فى وقوعه به قولان مبنيان على السابق، فالشيخ (2) حكم بوقوعه، لأن صحّته مع تشبيهه بتلك الأجزاء يستلزم صحّته مع تشبيهها بنفسها بطريق أولى، لاشتغالها على تلك الأجزاء و زياده، و لاشتغال جملتها على ظهرها الذى هو مورد النصّ، فيدلّ عليه تضمّنا.

ص: ٤٧١

١-١) مرّ ذكر مصادرها فى ص: ٤٦٥، هامش (٣).

٢-٢) المبسوط ١٤٩: ٥.

و جوابه منع الأصل و الأولويّه، فإن الأسباب الشرعيّه لا- تقاس. و يمنع من دخول الظاهر في ضمن قوله: أنت، و جاز أن يكون لتخصيصه فائده باعته على الحكم.

و ذهب الأ-كثر إلى عدم الوقوع بذلك، لفوات الشرط، و هو التشبيه بالظهر، كما قد علم من السابق. و محلّ الخلاف ما إذا لم يقصد بذلك التشبيه بها في الكرامه و التعظيم و إلا لم يقع قولاً واحداً، لأن هذا اللفظ كناية فلا بدّ فيها من القصد إلى المراد.

الرابع: أن يشبّه بعض أجزاء الزوجه بجملة الأم، كقوله: يدل أو رأسك أو فرجك على كأمي. و فيه القولان السابقان، فالشيخ صحّحه (1)، لأنه مركّب من أمرين صحيحين، و هما تشبيه الجزء و التشبيه بالجزء. و كلاهما ممنوع. و قد تقدّم ما يدلّ عليه.

الخامس: أن يشبّه جزء الزوجه بظهر الأم، كقوله: يدك أو فرجك كظهر أمي. و هو صحيح أيضاً عند الشيخ (2) بطريق أولى. و الأصحّ العدم، لما ذكرناه في الثاني من الأصل و الدليل.

السادس: أن يشبّه الجزء بالجزء، كقوله: يدك على كيد أمي. و صحّحه الشيخ (3) أيضاً مع قصد الظهار. و دليله مركّب من السابق. و الأصحّ عدم الوقوع.

السابع: أن يقع بين الزوجه بصورها الستّ و غير الأم من المحارم. فإن وقع بين الجملة و الظهر مشبّها به فقد تقدّم (4) حكمه و أن الأقوى صحّته. و إن وقع

ص: ٤٧٢

١-١) المصدر السابق.

٢-٢) المصدر السابق.

٣-٣) المصدر السابق.

٤-٤) في ص: ٤٦٤-٤٦٥.

و لو شَبَّهَها بِمَحْرَمِه (١) بِالمصاهره تحريما مؤبدا، كأَمّ الزوجه، و بنت زوجته المدخول بها، و زوجة الأب و الابن، لم يقع به الظهار.
و كذا لو شَبَّهَها بأخت الزوجه أو عمّتها أو خالتها.

بينها و بين جزء من المحارم غير الظهر فقد قال المصنّف: إنه لا يقع قطعاً، و هو يؤذن بعدم الخلاف. و قال في المختلف (١): إن بعض علمائنا قال بوقوعه، و آخرين بعدمه. و كذا نقل الخلاف ابن إدريس (٢)، و إن كان الأصحّ عدم الوقوع.
و التقريب ما تقدّم (٣). و إن وقع بين الجملة و الجملة بغير لفظ الظهر فالقولان، و أولى بالوقوع هنا منه في السابق. و الأصحّ العدم. و كذا في باقى الصور بطريق أولى.

و اعلم أن هذه الأقسام الاثنى عشر تتركّب مع كلّ واحده من تلك الصور الستّ السابقه (٤)، و تتشعب منها صور كثيره لا تخفى مع حكمها عليك إذا لاحظت ما قرّرناه في الموضوعين.

قوله: «و لو شَبَّهَها بِمَحْرَمِه.. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، تمسّكاً باستصحاب الحلّ في غير موضع النصّ و الوفاق، و قد دلّت الآية (٥) على حكم تشبيهها بظهر الام،

ص: ٤٧٣

١- ١) المختلف: ٥٩٨.

٢- ٢) السرائر ٧١٠: ٢.

٣- ٣) في ص: ٤٧٠-٤٧١.

٤- ٤) في ص: ٤٦٨.

٥- ٥) المجادله: ٢.

و الروايات (١) على إحقاق المحرّمات من النسب و الرضاع، فيبقى الباقي على الأصل.

و ذهب فى المختلف (٢) إلى وقوعه إذا شبّهها بالمحرّمات على التأييد بالمصاهرة، محتجًا بمشاركتها لمحرّمات النسب و الرضاع فى العله.

و لا يخفى قصور الدليل، لأن العله المستنبطه لا تقتضى تعديه الحكم عنده. و نعم، يمكن الاحتجاج له بصحيحه زراره السابقه (٣) عن الباقر عليه السلام و فيها: «قال: هو من كلّ ذى محرم» فتدخل المحرّمات بالمصاهرة مؤيّدًا فى العموم. و لا ينافيه قوله بعد ذلك فى الروايه (٤): «إما أختا أو عمّه أو خاله» لأن تعداد الثلاثه للمثال لا للحصر، للإجماع على عدم انحصار ذى المحرم فى الثلاثه، و التمثيل بذى المحرم النسبى لا يفيد الحصر فيه. و فى هذا القول قوه.

أمّا من لا تحرم مؤيّدًا - كأخت الزوجه و بنت غير المدخول بها مميًا تحرم جمعًا خاصّه - فحكمها حكم الأجنبيّه فى جميع الأحكام، لأنّ تحريمها يزول بفراق الأم و الأخت، كما يحرم جميع نساء العالم على المتزوج أربعا، و تحلّ له كلّ واحد ممّن ليست محرّمه بغير ذلك على وجه التخيير بفراق واحد من الأربع. و أولى بعدم الوقوع تشبيها بعّمه الزوجه و خالتها، لأنّ تحريمهما ليس مؤبّدًا عينا و لا جمعًا مطلقًا، بل على وجه مخصوص كما لا يخفى.

ص: ٤٧٤

١-١) المذكوره فى ص: ٤٦٤.

٢-٢) المختلف: ٥٩٨.

٣-٣) المذكوره فى ص: ٤٦٥.

٤-٤) كذا فى النسخ المخطوطه و الحجرّيتين، و فى مصادر الروايه: «أم أو أخت أو».

و لو قال: كظهر أبي، أو أخي، أو عمي، لم يكن شيئاً. وكذا لو قالت هي: أنت عليّ كظهر أبي أو أمي. (١) و يشترط في وقوعه (٢) حضور عدلين يسمعان نطق المظاهر.

قوله: «و لو قال: كظهر- إلى قوله- أو أمي».

هذا الحكم محلّ وفاق، استصحاباً للحلّ في غير موضع النصّ، ولأن الرجل ليس محلّ الاستمتاع و لا في معرض الاستحلال. و نبه بذلك على خلاف بعض [١] العامّة حيث حكم بوقوع الظهار بالتشبيه بمحارم الرجال. و أما قول المرأة ذلك فلا يفيد التحريم، و لا يلزم به شيء إجماعاً، و إنما الحكم مختصّ بالرجال كالطلاق.

قوله: «و يشترط في وقوعه.. إلخ».

الظاهر من كلام الأصحاب الاتفاق على اشتراط سماع الشاهدين لصيغه الظهار كالطلاق. و هو في روايه حمران الحسنه عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«لا يكون ظهار إلا على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين» (١).

و أما اشتراط كونهما عدلين فلا دليل عليه إلا من عموم (٢) اشتراط العدالة في الشاهدين، و في إثبات الحكم هنا بمثل ذلك ما لا يخفى من الإشكال. و قد تقدّم (٣) في الطلاق روايه بالاجتزاء فيهما بالإسلام كما أطلق هنا.

ص: ٤٧٥

-
- ١- (٢) الكافي ١٥٣: ٦ ح ١، الفقيه ٣٤٥: ٣ ح ١٦٥٧، التهذيب ١٠: ٨ ح ٣٣، الوسائل ١٥: ٥٠٩ ب «٢» من أبواب الظهار ح ١.
٢- (٣) الطلاق: ٢، و لاحظ الوسائل ٢٨٨: ١٨ ب «٤١» من أبواب الشهادات.
٣- (٤) في ص: ١١٤، هامش (٣)، و لاحظ الروايه في الوسائل ٢٨٢: ١٥ ب «١٠» من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٤.

و لو جعله (١) يمينا لم يقع.

و لا يقع إلا منجزاً، (٢) فلو علّقه بانقضاء الشهر، أو دخول الجمعة، لم يقع على القول الأظهر. و قيل: يقع. و هو نادر.

و هل يقع في إضرار؟ قيل: لا. و فيه إشكال، منشؤه التمسك بالعموم (١).

و في وقوعه موقوفاً على الشرط تردّد أظهره الجواز.

قوله: «و لو جعله.. إلخ».

المراد بجعله يمينا جعله جزءاً على فعل أو ترك، قصداً للزجر عنه أو البعث على الفعل، سواء تعلّق به أو بها، كقوله: إن كلمت فلاناً، أو إن تركت الصلاة، فأنت على كظهر أمي. و هو مشارك للشرط في الصورة و مفارق له في المعنى، لأن المراد من الشرط مجرد التعليق، و في اليمين ما ذكرناه من الزجر أو البعث، و الفارق بينهما القصد. و إنما لم يقع مع جعله يمينا للنهي (٢) عن اليمين بغير الله، و لأن الله تعالى جعل كفّارته غير كفّاره اليمين. و في حسنه حمران (٣) السابقة قال: «لا يكون ظهار في يمين».

قوله: «و لا يقع إلا منجزاً.. إلخ».

إذا علّق الظهار على شرط، كأن يقول: إن دخلت الدار أو فعلت كذا فأنت على كظهر أمي، مريدا به مجرد التعليق، فهل يقع الظهار عند وجود الشرط أم لا؟ فيه قولان:

ص: ٤٧٦

١- (١) المجادل: ٢، و لاحظ الوسائل ١٥: ٥٠٦ ب «١» من أبواب الظهار.

٢- (٢) لاحظ الوسائل ١٦: ١٤١ ب «١٥» من أبواب الأيمان.

٣- (٣) في الصفحة السابقة هامش (٢)، و لاحظ الوسائل ١٥: ٥١٦ ب (٧) من أبواب الظهار ح ٢.

أحدهما- وهو الذى اختاره [١] المصنّف، وجعله قول الأكثر (١) و ما سواه نادرا-:العدم، لأصالة بقاء الحَلِّ، و الشكّ فى السبب، و لروايه القاسم بن محمد الزيات أنه قال للرضا عليه السلام: «إني قلت لامرأتى: أنت على كظهر أمى إن فعلت كذا و كذا، فقال: لا شيء عليك، و لا تعد» (٢). و «لا شيء» للعموم، لأنه نكره فى سياق نفي، فيلزم منه نفي الكفّاره اللازمه للظهار، و نفي اللازم يدلّ على نفي الملزوم. و فى معناها مرسله (٣) ابن بكير عن أبى الحسن عليه السلام. و روى ابن فضال مرسلا عن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون الظهار إلا على مثل موقع الطلاق» (٤) و الطلاق لا يقع معلقا على الشرط كما تقدّم (٥) فكذا الظهار.

ص: ٤٧٧

١- ٢) فى هامش «و»: الأظهر، بعنوان «ظاهرا».

٢- ٣) الكافى ١٥٨: ٦ ح ٢٤، التهذيب ١٣: ٨ ح ٤٢، الاستبصار ٢٦٠: ٣ ح ٩٣٣، الوسائل ٥٣٠: ١٥ ب (١٦) من أبواب الظهار ح ٤.

٣- ٤) الكافى ١٥٤: ٦ ح ٤، التهذيب ١٣: ٨ ح ٤٣، الاستبصار ٢٦١: ٣ ح ٩٣٤، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

٤- ٥) الكافى ١٥٤: ٦ ح ٥، التهذيب ١٣: ٨ ح ٤٤، الاستبصار ٢٦١: ٣ ح ٩٣٥، الوسائل الباب المتقدم ح ١٣.

٥- ٦) فى ص: ٩٠.

و القول بوقوعه معلّقاً للشيخ (١) و الصدوق (٢) و ابن حمزه (٣)، و اختاره المصنّف في النافع (٤) و العلامة (٥) و أكثر المتأخّرين (٦)، لصحيحه حريز عن الصادق عليه السلام قال: «الظهار ظهاران، فأحدهما أن يقول: أنت عليّ كظهر أمي ثمّ يسكت، فذلك الذي يكفّر قبل أن يواقع، فإذا قال: أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا ففعلت و جبت عليه الكفّاره حين الحنث» (٧). و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام قال: «الظهار على ضربين: أحدهما الكفّاره فيه قبل المواقعه، و الآخر بعده. و الذي يكفّر قبل الشروع فهو الذي يقول: أنت عليّ كظهر أمي، و لا- يقول: إن فعلت بك كذا و كذا. و الذي يكفّر بعد المواقعه هو الذي يقول: أنت عليّ كظهر أمي إن قربتك» (٨). و لعموم الآيات (٩) الدالّه على وقوع الظهار المتناوله لموضع النزاع. و عموم قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم:

«المؤمنون عند شروطهم» (١٠). و لموافقته للحكمه، فإن المرأه قد تخالف الرجل

ص: ٤٧٨

-
- ١- (١) النهايه: ٥٢٥، المبسوط ٥: ١٥٠، الخلاف ٤: ٥٣٥ مسأله ٢٠.
 ٢- (٢) المقنع: ١١٨-١١٩.
 ٣- (٣) الوسيله: ٣٣٤.
 ٤- (٤) المختصر النافع: ٢٠٥.
 ٥- (٥) مختلف الشيعه: ٥٩٨، قواعد الأحكام ٢: ٨٥.
 ٦- (٦) إيضاح الفوائد ٣: ٤١١، اللمعه دمشقيه: ١٢٨، المقتصر: ٢٨٩.
 ٧- (٧) التهذيب ٨: ١٢ ح ٣٩، الاستبصار ٣: ٢٥٩ ح ٩٢٩، الوسائل ١٥: ٥٣٠ ب (١٦) من أبواب الظهار ح ٧.
 ٨- (٨) الكافي ٦: ١٦٠ ح ٣٢، التهذيب ٨: ١٢ ح ٤٠، الاستبصار ٣: ٢٦٠ ح ٩٣٠، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.
 ٩- (٩) المجادل: ٢، ٤.
 ١٠- (١٠) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب (٢٠) من أبواب المهور ح ٤.

فى بعض مقاصده فتفعل ما يكرهه و تمتنع عمّا يرغب فيه و يكره الرجل طلاقها من حيث يرجو موافقتها فيحتاج إلى تعليق ما يكره بفعل ما تكرهه (١) أو ترك ما تريده (٢)، فأما أن تمتنع و تفعل (٣) فيحصل غرضه، أو تخالف فيكون ذلك جزاء معصيتها لضرر (٤) جاء من قبلها. و هذا القول هو الأقوى.

و الجواب عن حجة المانع ضعف طرق رواياته و بعدها عن الدلالة، فإن القاسم بن محمد مشترك بين الثقة و الضعيف، و الأخيرتان مرسلتان، و فى طريقهما ابن فضال و ابن بكير، و حالهما معلوم. مع أنه لم يذكر فى الخبر الأول أن الشرط المعلق عليه وجد، فجاز كون الحكم بعدم الكفار لذلك. و الأخير لا يدل على موضع النزاع. و الظاهر أنه يريد بموقع الطلاق الشرائط المعتبره فيه من الشاهدين و طهارتها من الحيض و انتقالها إلى غير طهر المواقعه و نحو ذلك. هذا إذا سلم اشتراط تجريد الطلاق عن الشرط.

و اعلم أن التنجيز الذى اعتبره المصنف و جعله موضع الخلاف يخرج به تعليقه على الشرط و هو ما يجوز وقوعه عند التعليق و عدمه، و الصفه و هو الأمر الذى لا بد من وقوعه عادة من غير احتمال تقدّم و لا تأخر، كطلوع الشمس و انقضاء الشهر و دخول الجمع، و مثل التعليق بمثالين مختصين بالصفه، و مقتضاه أن الخلاف واقع فى تعليقه بكلّ منهما. و وجهه: اشتراكهما فى المقتضى و هو التعليق.

ص: ٤٧٩

١- ١) فى «د، م» و الحجريتين: يكرهه.

٢- ٢) فى «د» و إحدى الحجريتين: يريده.

٣- ٣) فى «د»: أو تفعل.

٤- ٤) فى «د، م» و الحجريتين: و الضرر.

و لو قيد بمدّه (١) كأن يظاهر منها شهرا أو سنه، قال الشيخ: لا يقع.

و فيه إشكال مستند إلى عموم الآية.

و ربما قيل: إن قصرت المدّة عن زمان التبرّص لم يقع. و هو تخصيص للعموم بالحكم المخصوص. و فيه ضعف.

و ربما قيل الخلاف مختصّ بالشرط عملا بمدلول الأحاديث (١)، فإن متعلّقها الشرط، فتبقى الصفة على أصل المنع. و الأقوى جواز التعليق بالأمرين.

و ربما قيل: بأن الحكم بوقوعه معلقا على الشرط يستلزم وقوعه معلقا على الصفة بطريق أولى، لأن الصفة لازمه الوقوع، بخلاف الشرط، فإنه قد لا يقع، فيكون إرادته إيقاع الظهر في الأول أقوى.

و فيه: أن التعليق بالصفة أقوى، لأن الشرط يمكن وقوعه في الحال، و المعلق على زمان يستحيل وقوعه في زمان إيقاعه و إن تحتم وقوعه في الزمان المستقبل، فالمكلف لم يرد إيقاع الظهر في زمان إيقاعه على تقدير تعليقه على الصفة، بخلاف الشرط، فإن المقصود منه وقوع المشروط عند حصول الشرط، و هو ممكن الحصول في الحال.

و الحقّ أن مثل هذا لا يصلح لاختلاف الحكم، مع اشتراكهما في أصل التعليق، و عموم الأدلّة (٢).

قوله: «و لو قيد بمدّه.. إلخ».

إذا وقت الظهر فقال: أنت على كظهر أمي يوما أو شهرا أو إلى شهر أو

ص: ٤٨٠

١- ١) لاحظ الوسائل ١٥: ٥٢٩ ب «١٦» من أبواب الظهر تجد الأحاديث كلّها في الشرط.

٢- ٢) التي تحدّث عنها في ص: ٤٧٨.

سنه، ففي صحته أقوال أجودها أن صحيح، لعموم الآيه (١)، ولأنه منكر من القول و زور كالظهار المطلق. و أيضا فالمروى (٢) عن سلمه بن صخر الصحابي أنه كان قد ظاهر من امرأته حتى ينسلخ رمضان ثم وطئها في المدّه، فأمره النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بتحرير رقبه.

و الثاني: المنع، لأنه لم يؤيد التحريم، فأشبهه ما إذا شَبَّهها بامرأه لا تحرم عليه على التأييد. و لصحيحه سعيد الأعرج عن الكاظم عليه السلام: «في رجل ظاهر من امرأته يوما، قال: ليس عليه شيء» (٣).

و ثالثها: التفصيل، فإن زادت المدّه عن مدّه التربص على تقدير المرافعه وقع و إلا فلا، لأن الظهار يلزمه التربص مدّه ثلاثه أشهر من حين الترافع و عدم الطلاق، و هو يدلّ بالاقتضاء على أن مدّته تزيد عن ذلك و إلا لانتفى اللازم الدالّ على انتفاء الملزوم.

و إلى هذا التفصيل ذهب في المختلف [١]. و لا بأس به، و الروايه (٤) الصحيحه لا تنافيه، و إن كان القول بالجواز مطلقا لا يخلو من قوّه، و إلى ترجيحه

ص: ٤٨١

١-١) المجادله: ٢.

٢-٢) المصنّف للصنعاني ٤:٤٣١ ح ١١٥٢٨، مسند أحمد ٥:٤٣٦، سنن الدارمي ٢:١٦٣، سنن ابن ماجه ١:٦٦٥ ح ٢٠٦٢، سنن أبي داود ٢:٢٦٥ ح ٢٢١٣، سنن الترمذي ٥:٣٧٧ ح ٣٢٩٩، مستدرک الحاكم ٢:٢٠٣، سنن البيهقي ٧:٣٩٠.

٣-٣) التهذيب ٨:١٤ ح ٤٥، الاستبصار ٣:٢٦٢ ح ٩٣٦، الوسائل ١٥:٥٣١ ب (١٦) من أبواب الظهار ح ١٠، و في المصادر: «فوفي» بدل: يوما.

٤-٥) لاحظ الهامش (٣) هنا.

أشار المصنّف بقوله: «و هو تخصيص للعموم بالحكم المخصوص».

و بيانه: أن الدليل من الآيه عامّ للموقّت مطلقاً و المؤيّد، و الحكم بالتربّص تلك المدّه على تقدير المرافعه لا يوجب تخصيص العامّ، لأن المرافعه حكم من أحكام الظهار، و هي غير لازمه، فجاز أن لا ترافعه، فيحتاج إلى معرفه حكمه على هذا التقدير، و جاز أن لا يعلمها بإيقاعه و يريد معرفه حكمه مع الله تعالى.

و الحكم بتربّصها تلك المدّه على تقدير المرافعه محمول على ما لو كان مؤيّدًا أو موقّتًا بزياده عنها، فإذا قصرت كان حكمه تحريم العود إلى أن يكفّر من غير أن يتوقّف على المرافعه أو أن يفيدها فائده. و قوله في الخبر الصحيح: «ليس عليه شيء» لا ينافي ذلك، لأننا نقول: إن الظهار بمجردّه لا يوجب عليه شيئاً، و إنما تجب الكفّاره بالعود قبل انقضاء المدّه، و لما كانت مدّه اليوم قصيره فإذا صبر (١) حتى مضى ليس عليه شيء. و هو طريق للجمع (٢) بينه و بين عموم الآيه (٣) و خصوص الروايه (٤) الوارده في صحّته مع توقيته شهراً.

و جمله الروايه عن سلمه بن صخر قال:

كنت امرأ قد أوتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيري، فلما دخل رمضان ظهرت من امرأتي حتى ينسلخ رمضان، فرقا من أن أصيب في ليلتي شيئاً فأتابع في ذلك إلى أن يدركني النهار و لا أقدر على أن أنزع.

فبينما هي تخدمني من الليل إذ انكشف لي منها شيء فوثبت عليها، فلما

ص: ٤٨٢

١- ١) في «د، ق»: صبرت.

٢- ٢) في «د» و الحجرّيتين: الجمع.

٣- ٣) المجادله: ٢.

٤- ٤) مرّ ذكر مصادرها في الصفحه السابقه، هامش (٢).

أصبحت غدوت على قومي فأخبرتهم خبري، وقلت لهم: انطلقوا معي إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأخبروه بأمرى.

فقالوا: والله لا نفعل، نتخوف أن ينزل فينا قرآن، أو يقول فينا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مقاله يبقى علينا عارها، ولكن اذهب أنت و اصنع ما بدا لك.

فخرجت حتى أتيت النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأخبرته خبري، فقال لي: أنت بذاك؟ فقلت: أنا بذلك، فقال: أنت بذاك؟ فقلت: أنا بذاك، فقال: أنت بذاك؟ فقلت: نعم، ها أنا ذا فامض في حكم الله عز وجل، فأنا صابر له.

قال: أعتق رقبة. فضربت صفحة رقبتي بيدي و قلت: لا و الذي بعثك بالحق ما أصبحت أملك غيرها.

قال: فصم شهرين متتابعين.

فقال: قلت: يا رسول الله و هل أصابني ما أصابني إلا في الصوم؟ قال: فتصدق. قال: قلت: و الذي بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا وحشا ما لنا عشاء.

قال: اذهب إلى صاحب صدقه بنى زريق فقل له، فليدفعها إليك، فأطعم عنك و سقا من تمر ستين مسكينا، ثم استعن بسائره عليك و على عيالك.

قال: فرجعت إلى قومي فقلت: وجدت عندكم الضيق و سوء الرأي، و وجدت عند رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم السعه و البركه، و قد أمر لي

فروع لو قال: أنت طالق (١) كظهر أمي، وقع الطلاق و لغا الظهار، قصده أو لم يقصده.

و قال الشيخ، إن قصد الطلاق و الظهار صحّ إذا كانت الطلقة رجعيّة، فكأنّه قال: أنت طالق، أنت عليّ كظهر أمي.

و فيه تردّد، لأن التّيه لا تستقلّ بوقوع الظهار ما لم يكن اللفظ الصريح الذي لا احتمال فيه.

و كذا لو قال: أنت حرام كظهر أمي.

بصدقتكم فادفعوها إليّ، قال: فدفعوها إليّ.

و في روايه (١) أخرى أن النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ أعطاه مكتلا فيه خمسة عشر صاعا فقال: أطعمه ستين مسكينا، و ذلك لكلّ مسكين مدّ. و إنما أتينا على الروايه مع طولها لما تشتمل عليه من الفوائد و النكت.

قوله: «لو قال: أنت طالق.. إلخ».

هنا مسألان:

الأولى: إذا قال لامرأته: أنت طالق كظهر أمي، فله أحوال:

أحدها: أن لا ينوى شيئا، فيقع الطلاق، لا تيانه بلفظه الصريح، و لا يصحّ الظهار، لأن قوله: «كظهر أمي» لا استقلال له، و قد انقطع عن قوله «أنت» بالفاصل الحاصل بينهما فخرج عن الأصل، و صار الأصل فيه أن تكون جملته

ص: ٤٨٤

صفه للطلاق، فحيث لم يقصد به الظهار لا يقع، لأن ما عدا اللفظ الصريح لا يقع بدون التيه.

و ثانيها: أن يقصد بمجموع كلامه الطلاق وحده، و يجعل قوله: «كظهر أُمى» تأكيداً لتحريم الطلاق بمعنى: أنها طالق طلاقاً يصيرها كظهر أُمه بالفعل كالبائن أو بالقوه كالرجعي، فيقع الطلاق دون الظهار. و لا خلاف في هذين القسمين.

و ثالثها: أن يقصد بالجميع الظهار، فيحصل الطلاق أيضاً دون الظهار. أما حصول الطلاق فلفظه الصريح، و الصريح لا يقبل صرفه إلى غيره، حتى لو قال لزوجته: أنت طالق، ثم قال: أردت به من وثاق غيرى أو نحو ذلك، لم يسمع و حكم به عليه، بخلاف ما لو أتى بالكناية حتى يصححه بها، و الأصل في ذلك و نظائره أن اللفظ الصريح إذا وجد نفاذاً في موضوعه لا ينصرف إلى غيره بالتية.

و أما عدم حصول الظهار فلأن الطلاق لا ينصرف إلى الظهار، و الثانى ليس بصريح فى الظهار كما بيناه، و هو لم ينو به الظهار، و إنما نواه بالجميع. و يحتمل هنا لزوم الظهار أخذاً بإقراره.

و رابعها: أن يقصد الطلاق و الظهار جميعاً، نظر فإن قصدهما بمجموع كلامه حصل الطلاق دون الظهار أيضاً، لما تبين. و إن قصد الطلاق بقوله:

«أنت طالق» و الظهار بقوله: «كظهر أُمى» وقع الطلاق. ثم إن كانت تبين بالطلاق لم يصح الظهار قطعاً. و إن كانت رجعيه ففى صحه الظهار قولان:

أحدهما: وقوع الظهار أيضا، وهو قول الشيخ (1)، لأن كلمة الخطاب السابقة وإن صرفت أولا إلى الطلاق لكنّها تعود إلى الظهار أيضا مع التيه، ويصير كأنّه قال: أنت طالق أنت كظهر أمي.

و الثاني -و هو الأشهر-: عدم وقوع الظهار، لأن اللفظ ليس صريحا فيه بانقطاع الخطاب عنه. و التيه غير كافيه عندنا في وقوع ما ليس بصريح، وإنما يتوجه هذا عند من يعتدّ بالكنايات اعتمادا على التيه. بل بعض من اعتدّ بالكنايه ردّ هذا أيضا، بناء على ما ذكرناه من أنّا إذا استعملنا قوله «أنت طالق» في إيقاع الطلاق لم يبق إلا قوله: «كظهر أمي» وأنه لا يصلح كنايه، إذ لا خطاب فيه.

و أيضا فالأصل في هذا التركيب أن تكون الجملة الواقعة بعد النكره وصفا لها، فالعدول بها عن أصلها خلاف الصريح. و ليس هذا كتعدّد الخبر على المبتدأ الواحد، لأن ذلك حيث يصلح الثاني للخبريه بالوضع، و ليس كذلك هنا.

و الأصحّ عدم وقوع الظهار.

و لو عكس فقال: أنت كظهر أمي طالق، و قصدهما معا وقع الظهار، لصراحتة. و في وقوع الطلاق الوجهان، لأنه من التيه، و أنه ليس في لفظ الطلاق مخاطبه و لا - ما في معناها. و الشيخ على أصله من وقوعهما معا كالسابق. و لا - فرق هنا بين الطلاق البائن و الرجعي، لأن طلاق المظاهر منها صحيح على التقديرين، و إنما الشك من عدم صراحه الصيغه.

الثانيه: لو قال: أنت عليّ حرام كظهر أمي، قال المصنّف: لا يقع به

ص: ٤٨٦

الظهار، وهو قول الشيخ فى المبسوط (١)، سواء نواه أم لا. وهذا يخالف مذهب الشيخ فى المسأله السابقه، بل وقوع الظهار هنا أقوى، لأن المتخلل بين المسند و المسند إليه مؤكّد للحكم، بخلاف السابقه.

و حجّتهم: ما سبق من انصراف الخطاب إلى الكلمه الأولى و هى قوله «حرام» فيلغو، لأنها لا تقتضى الحكم بالظهار، و قوله «كظهر أمى» بقى خاليا عن المسند إليه لفظاً، و التيه غير كافيه، و من ثمّ عطف المصنّف الحكم على السابق تنبيهاً على اشتراكهما فى العله المقتضيه لعدم الوقوع.

و الأقوى وقوع الظهار هنا، لصحيحه زواره السابقه (٢) عن الباقر عليه السلام و قد سأله عن الظهار فقال: «يقول الرجل لامرأته: أنت على حرام مثل ظهر أمى» و هو نصّ فى الباب. و لأنّ قوله «حرام» تأكيد لغرضه فلا ينافيه، فإنّ قوله «أنت على كظهر أمى» لا بدّ له من القصد إلى معناه، و هو يستلزم القصد إلى التحريم، فإذا نطق به كان أولى. و العجب من تجوز الشيخ (٣) وقوعه بالكنايات و ما هو أبعد من هذه مع خلّوها من نصّ [صريح] (٤) يقتضى صحتها، و منعه من هذه الصيغه مع ورود النصّ الصحيح بها.

ص: ٤٨٧

١- ١) المبسوط ١٥١: ٥.

٢- ٢) فى ص: ٤٦٤-٤٦٥، هامش (١).

٣- ٣) المبسوط ١٤٩: ٥.

٤- ٤) من الحجرّيتين فقط.

و لو ظاهر إحدى زوجتيه (١) إن ظاهر ضربتها، ثم ظاهر الضربه، وقع الظهاران.

و لو ظاهرها إن ظاهر فلانه الأجنبية، و قصد النطق بلفظ الظهار، صحّ الظهار عند مواجهتها به. و إن قصد الظهار الشرعي لم يقع ظهار، و كذا لو قال: أجنبيّه.

و لو قال: فلانه، من غير وصف فتزوّجها و ظاهرها، قال الشيخ:

يقع الظهاران. و هو حسن.

الثاني: في المظاهر

الثاني: في المظاهر و يعتبر فيه البلوغ، و كمال العقل، و الاختيار، و القصد.

فلا يصحّ ظهار الطفل، و لا المجنون، و لا المكره، و لا فاقد القصد بالسكر أو الإغماء أو الغضب.

قوله: «و لو ظاهر إحدى زوجتيه.. إلخ».

هذا من فروع تعليق الظهار على الشرط، فإن صحّحناه فعلق ظهار إحدى زوجتيه على ظهاره من الأخرى صحّ، فإن ظاهر من المعلق عليها صار مظاهرا منهما جميعا، أما من إحداها فبالتنجيز، و أما الأخرى فبموجب التعليق.

و لو قال: إن ظاهرت من إحداكما، أو: أيكما ظاهرت منها، فالأخرى على كظهر أمي، ثمّ ظاهر من إحداها صار مظاهرا من الأخرى أيضا.

و لو علق ظهار زوجته على ظهار الأجنبية، فإن ذكر اسمها و جعل الأجنبية وصفا لم يكن منعقدا و إن خاطب الأجنبية بالظهار، لأن الظهار من

الأجنبيّ غير منعقد، إلا أن يريد التلّفظ بالظهار، فيصير بالتلفظ مظاهرا من زوجته، و يكون ذلك في قوّه تعليق ظهار زوجته بتكليمه فلانه الأجنبيّ. وكذا لو قال: إن ظاهرت أجنبيّ، من غير تعيين.

و لو نكح الأجنبيّ ثمّ ظاهر منها فهل يقع الظهار بالزوجه الأولى؟ وجهان، من أنه إذا نكحها خرجت عن كونها أجنبيّ، و من أن ظهارها تعلّق بظهار «فلانه» و ذكر الأجنبيّ في مثل ذلك للتعريف دون الشرط، كما لو قال: لا أدخل دار زيد هذه، فباعها زيد ثمّ دخلها، فإن في حنثه وجهين نظرا إلى ترجيح الإشاره أو الوصف.

و لو قال: إن ظاهرت من فلانه أجنبيّ -أو هي أجنبيّ- فأنت عليّ كظهر أمي، فسواء نكحها و ظاهر عنها أو خاطبها بلفظ الظهار قبل أن ينكحها لا يصير مظاهرا من زوجته التي علّق ظهارها، لأنه شرط وقوع الظهار في حال كونها أجنبيّ، و ما دامت أجنبيّ لا ينعقد ظهارها، و إذا انعقد لم تكن أجنبيّ، فكان التعليق بشيء محال، و هو كما إذا قال: إن بعث الخمر فأنت عليّ كظهر أمي، و أتى بلفظ البيع لا يقع الظهار، تنزيلا لألفاظ العقود على العقود الصحيحه، إلا أن يقصد الصورة.

و لو قال: «فلانه» من غير وصف بكونها أجنبيّ و لا -حاليه (1)-، و كانت أجنبيّ، صحّ التعليق و توقّف على ظهارها صحيحا، فإن تزوّجها و ظاهر منها وقع الظهاران، لحصول الشرط.

ص: ٤٨٩

١- ١) كذا في «د، و» و في «ق، ط» و الحجريّتين: خاليه. و حال الرجل: امرأته. راجع لسان العرب ١١: ١٩١ و ١٩٣.

و لو ظاهر و نوى الطلاق (١) لم يقع طلاق، لعدم اللفظ المعتبر، و لاظهار، لعدم القصد.

و نسبه هذا القول إلى الشيخ (١) تشعر بشبهه فيه غير أنه حسن كما ذكره المصنّف، لوجود المقتضى و انتفاء المانع، إذ ليس إلا كونها حال التعليق أجنبيّه، و ذلك لا يصلح للمانع، إذ لم يقيد تعليق الظهار بها بوقت.

و وجه الشبهه: أن الشرط - كما علمت من تعريفه - ما يجوز حصوله حال التعليق و عدمه، و ظهار الأجنبيّه حال التعليق غير صحيح، و مجرد الصورة غير مقصود، لأنه الفرض، فكان ذلك أشبه بالصفه المتأخره عن التعليق.

و الحقّ: أن ذلك لا يخرج عن أصل الشرطيّه، لأن المراد بتجويز وجوده بحسب ذاته مع قطع النظر عن الموانع الخارجيه المقتضيه لامتناعه حينئذ، و الأمر هنا كذلك، فإن ظهار «فلأنه» حينئذ ممكن بحسب ذاته، و إنما تخلف لفقد شرط من شروطه و هو كونها أجنبيّه، كما يتخلف لفقد غيره من الشروط التي لا يتيسر ذلك الوقت. و أيضا فاشترط إمكان حصول الشرط حال التعليق لا دليل عليه، و مفهوم الشرط متحقق على التقديرين لغه و عرفا.

قوله: «و لو ظاهر و نوى الطلاق.. إلخ».

بناء هذا الحكم على أصولنا المفيده لعدم وقوع الطلاق و الظهار بالكنائيات واضح. و تبّه به على خلاف العامّه (٢) حيث جوّزوا وقوع الطلاق بلفظ الظهار مع التيه، حتى لو قال: أنت طالق كظهر أمي، و نوى بقوله «كظهر أمي» الطلاق، وقع

ص: ٤٩٠

١ - ١) المبسوط ١٥٤: ٥.

٢ - ٢) الحاوى الكبير للماوردي ٤٣٦: ١٠ - ٤٣٧، روضه الطالبين ٢٤٢: ٦.

و يصحّ ظهار الخصي، (١) و المَجْبُوب، إن قلنا بتحريم ما عدا الوطء، مثل الملامسه.

و كذا يصحّ (٢) الظهار من الكافر. و منعه الشيخ التفاتا إلى تعذّر الكفّاره. و المعتمد ضعيف، لإمكانها بتقديم الإسلام. و يصحّ من العبد.

عليه طلاقان إن كان الأول رجعيًا.

قوله: «و يصحّ ظهار الخصي.. إلخ».

الخصي و المَجْبُوب إن بقي لهما ما يمكنهما به الجماع المتحقّق بإدخال الحشفه أو قدرها فظهارهما صحيح مطلقًا، لأنهما حينئذ في معنى الصحيح. و إن لم يمكنهما الإيلاج بنى وقوع ظهارهما على أن الظهار هل يختصّ تحريمه بالوطء، أو يشمل جميع الاستمتاع؟ و سيأتي (١) الكلام فيه. فإن حرّمنا الجميع صحّ ظهارهما أيضا، لبقاء فائده الظهار بالامتناع عن الاستمتاع غير الوطء. و إن قلنا باختصاصه بالوطء لم يقع منهما ظهار، لعدم فائدته. هذا كلّه إذا لم نشترط الدخول بالمظاهرة، و إلا لم يقع منهما مطلقًا، حيث لا يتحقّق منهما الدخول.

قوله: «و كذا يصحّ.. إلخ».

أصحّ القولين وقوع الظهار من كلّ زوج مكلف، مسلما كان أم كافرا، حرّا كان أم عبدا، لعموم قوله تعالى وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٢) و غيره من العمومات (٣).

ص: ٤٩١

١- ١) في ص: ٥٣٠.

٢- ٢) المجادله: ٣.

٣- ٣) كعموم الأحاديث و إطلاقها، لاحظ الوسائل ١٥: ٥٠٩ ب (٢) و (٣) من أبواب الظهار.

ثمَّ الكلام هنا في موضعين:

الأول: وقوعه من الكافر. وقد منعه الشيخ في كتابي (١) الفروع و ابن الجنيد (٢)، استنادا إلى أن من يصحَّ ظهاره تصحَّ الكفاره منه، لقوله تعالى:

وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ .. إلخ (٣) و الكافر لا تصحَّ منه الكفاره، لأنها عباده تفتقر إلى التيه. و لأن الظهار يفيد تحريما يصحَّ إزالته بالكفاره، فلا يتحقق في حق الكافر، فلا يترتب أثر الظهار عليه.

و أوجب بمنع عدم صححتها منه مطلقا، غايته توقفها على شرط و هو قادر عليه بالإسلام، كتكليف المسلم بالصلاه المتوقفه على شرط الطهاره و هو غير متطهر لكنه قادر على تحصيله.

و أورد: أن الذمى مقر على دينه، فحمله على الإسلام لذلك بعيد. و أن الخطاب بالعباده البدئيه لا يتوجه على الكافر الأصلي.

و أوجب بأن لا نحمل الذمى [الكافر] (٤) على الإسلام و لا نخاطبه بالصوم.

و لكن نقول: لا نمكنك من الوطء إلا هكذا، فإما أن تتركه أو تسلك (٥) طريق الحل.

الثاني: وقوعه من العبد. و هو مذهب علمائنا أجمع. و خالف فيه بعض

ص: ٤٩٢

١- (١) المبسوط ٥: ١٤٥، الخلاف ٤: ٥٢٥ مسألة (٢).

٢- (٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٩٧.

٣- (٣) المجادله: ٣.

٤- (٤) من الحجريتين فقط.

٥- (٥) كذا في «و» و في سائر النسخ: يتركه أو يسلك.

الثالث: في المظاهره و يشترط أن تكون منكوحه بالعقد. و لا يقع بالأجنبيه و لو علّقه على النكاح. (١) و أن تكون طاهرا (٢) طهرا لم يجامعها فيه، إذا كان زوجها حاضرا، و كانت مثلها تحيض. و لو كان غائبا صحّ. و كذا لو كان حاضرا، و هي يائسه، أو لم تبلغ.

العامة (١)، نظرا إلى أن لازم الظهار إيجاب تحرير الرقبه، و العبد لا يملكها.

و أوجب بأن وجوبها في الآيه مشروط بوجدانها، و قد قال تعالى فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا (٢) و العبد غير واجد فيلزمه الصوم.

قوله: «و يشترط أن تكون- إلى قوله- على النكاح».

هذا عندنا موضع وفاق. و الأصل فيه أن الله تعالى علّق الظهار على الأزواج فقال وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٣) فيبقى غيرهنّ على الأصل.

و خالف فيه بعض العامة (٤)، فصحّحه بالأجنبيه إذا علّقه بنكاحها، كما صحّحه كذلك في الطلاق.

قوله: «و أن تكون طاهرا.. إلخ».

هذا الشرط أيضا موضع وفاق بين علمائنا، و هو مختصّ بهم. و مستنده

ص: ٤٩٣

١- (١) الحاوى الكبير للماوردى ٤١٢: ١٠-١٣، حليه العلماء للشاشى ١٦١: ٧، المغنى لابن قدامه ٥٥٥: ٨.

٢- (٢) المجادله: ٤.

٣- (٣) المجادله: ٣.

٤- (٤) المغنى لابن قدامه ٥٧٨: ٨.

و في اشتراط (١) الدخول تردّد، و المروى اشتراطه، و القول الآخر مستنده التمسك بالعموم (١).

نصوصهم الصحيحه الدالّه عليه، كصحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام و قد سأله عن كيفيته قال: «يقول الرجل لامرأته و هي طاهر في غير جماع: أنت عليّ حرام كظهر أمي» (٢) و روايه حمران عنه عليه السلام: «لا- يكون ظهار إلا- على طهر بغير جماع بشهادة شاهدين مسلمين» (٣). و قول أبي عبد الله عليه السلام:

«لا يكون الظهار إلا على مثل موقع الطلاق» (٤).

قوله: «و في اشتراط.. إلخ».

اختلف الأصحاب في اشتراط الدخول بالمرأه و عدمه بالنسبه إلى صحّه الظهار، فذهب المفيد (٥) و المرتضى (٦) و ابن إدريس (٧) و جماعه (٨) إلى عدمه، لعموم الآيه. و ذهب الشيخ (٩) و الصدوق (١٠) و أكثر المتأخرين إلى الاشتراط،

ص: ٤٩٤

١- (١) المجادل: ٢.

٢- (٢) راجع الكافي ١٥٣: ٦ ح ٣، الفقيه ٣٤٠: ٣ ح ١٦٤٠، التهذيب ٩: ٨ ح ٢٦، الاستبصار ٢٥٨: ٣ ح ٩٢٤، الوسائل ٥٠٩: ١٥ ب (٢) من أبواب الظهار ح ٢.

٣- (٣) الكافي ١٥٣: ٦ ح ١، الفقيه ٣٤٥: ٣ ح ١٦٥٧، التهذيب ١٠: ٨ ح ٣٣، الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

٤- (٤) الكافي ١٥٤: ٦ ح ٥، الفقيه ٣٤٠: ٣ ح ١٦٣٩، التهذيب ١٣: ٨ ح ٤٤، الاستبصار ٣: ٢٦١ ح ٩٣٥، الوسائل ٥٣٢: ١٥ ب (١٦) من أبواب الظهار ح ١٣.

٥- (٥) المقنعه: ٥٢٤.

٦- (٦) لم نجده فيما لدينا من كتبه، و نسبه إليه ابن إدريس في السرائر ٧١٠: ٢.

٧- (٧) السرائر ٧١٠: ٢.

٨- (٨) إصباح الشيعة (ضمن سلسله الينايع الفقهيّه) ٢٨٧: ٢٠، و الغنيه (ضمن الجوامع الفقهيّه): ٥٥١.

٩- (٩) النهايه: ٥٢٦، المبسوط ١٤٦: ٥، الخلاف ٥٢٦: ٤ مسألة (٣).

١٠- (١٠) الهدايه: ٧١.

و هل يقع (١) بالمستمتع بها؟ فيه خلاف، والأظهر الوقوع.

لصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال في غير المدخول بها:

«لا يقع عليها إبلاء و لا ظهار» (١). و صحيحه الفضيل بن يسار أن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون ظهار و لا إبلاء حتى يدخل بها» (٢). و قد تقدّم (٣) في روايه حمران: «لا يكون ظهار إلا على طهر بعد جماع». و هذا هو الأصحّ. لتقديم الخاصّ على العامّ عند التعارض. و من قدّم العامّ نظر إلى أن خبر الواحد ليس بحجّه كما هو أصل المرتضى و ابن إدريس، أو أن عموم الكتاب لا يخصّ بخبر الواحد و إن علمنا به.

قوله: «و هل يقع.. إلخ».

القول بالوقوع مذهب الأكثر، لعموم الآيه (٤)، فإن المستمتع بها زوجته.

و القول بعدم الوقوع لابن إدريس (٥) و جماعه (٦)، نظرا إلى انتفاء لازم الظهار، فإن منه المرافعه المرتبه (٧) على الإخلال بالواجب من الوطاء و إلزامه بأحد الأمرين الفئه أو الطلاق، و هو ممتنع فيها، و إقامة هبه المدّه مقامه قياس، و انتفاء اللازم يدلّ على انتفاء الملزومات.

ص: ٤٩٥

-
- ١- ١) التهذيب ٨: ٢١ ح ٦٥، الوسائل ١٥: ٥١٦ ب (٨) من أبواب الظهار ح ٢، و فيه: عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام.
 - ١- ٢) الكافي ٦: ١٥٨ ح ٢١، الفقيه ٣: ٣٤٠ ح ١٦٣٨، التهذيب ٨: ٢١ ح ٦٦، الوسائل ١٥: ٥١٦ ب (٨) من أبواب الظهار ح ١.
 - ٣- ٣) في ص: ٤٧٥، هامش (٢).
 - ٤- ٤) المجادله: ٢.
 - ٥- ٥) السرائر ٢: ٧٠٩.
 - ٦- ٦) الهدايه: ٧١، و ابن الجنيد حكاه عنه العلامه في المختلف ٥: ٥٩٩.
 - ٧- ٧) في «ق، م»: المترتبه.

و فى الموطوءه(١)بالمملك تردّد،و المروىّ أنه يقع كما يقع بالحرّه.

و جوابه: أن هذه اللوازم مشروطه بزوجه يمكن فى حقّها ذلك،فلا- يلزم من انتفائها انتفاء جميع الأحكام التى أهمّها تحريم الاستمتاع من دون المرافعه.

و قد تقدّم (١)البحث فى ذلك فى بابها من النكاح.

قوله:«و فى الموطوءه..إلخ».

اختلف الأصحاب أيضا فى وقوعه بالأمه الموطوءه بملك اليمين و لو مدبره أو أم ولد،فذهب جماعه منهم الشيخ (٢)و ابن حمزه (٣)و جماعه (٤)[من] (٥)المتأخرين إلى الوقوع،و هو أصحّ القولين،لدخلها فى عموم وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِّنْ نِّسَائِهِمْ (٦)كدخلها فى قوله تعالى وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (٧)فحرّمت بذلك أم الموطوءه بالملك.و خصوص صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال:«و سألته عن الظهار على الحرّه و الأمه، فقال:نعم» (٨).و حسنه حفص بن البخترى عن الصادق و الكاظم عليهما السلام فى رجل كان له عشر جوار فظاهر منهنّ جميعا فقال:«عليه

ص: ٤٩٦

١- (١) فى ج ٤٦٤:٧.

٢- (٢) النهايه:٥٢٧،الخلاف ٤:٥٢٩ مسألة(٨).

٣- (٣) الوسيله:٣٣٥.

٤- (٤) كشف الرموز ٢:٢٤٥،مختلف الشيعة:٥٩٩،إيضاح ترددات الشرائع ٢:٤٠،المقتصر:٢٩١.

٥- (٥) من الحجريتين فقط.

٦- (٦) المجادله:٣.

٧- (٧) النساء:٢٣.

٨- (٨) الكافى ٦:١٥٦ ح ١٢،التهذيب ٨:١٧ ح ٥٣،الاستبصار ٣:٢٦٤ ح ٩٤٧،الوسائل ١٥:٥٢٠ ب(١١)من أبواب الظهار ح ٢.

عشر كفارات» (١). و موثقه إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام قال فى الرجل يظهر من جاريتة، قال: «الحزّه و الأمه فى هذا سواء» (٢).

و قال المفيد (٣) و المرتضى (٤) و ابن إدريس (٥) و جماعه (٦) من المتقدمين: لا يقع بها، لقوله عليه السلام فى الخبر السابق (٧): «لا يكون ظهار إلا على مثل موقع الطلاق». و لأن الظهار كان فى الجاهليه طلاقا كما سبق (٨)، و الطلاق لا يقع بها. و لأن المفهوم من «النساء» فى الآيه (٩) الزوجه. و الورود السبب فيها.

و لروايه حمزه بن حرمان عن الصادق عليه السلام فى من يظهر من أمته قال:

«يأتيها و ليس عليه شيء» (١٠). و للأصل.

و جوابه ضعف سند الأول، فلا يعارض الصحيح، و إنما جعلناه فى السابق شاهدا لا أصلا. و الثانى لا حجّه فيه، و قد نقل أنهم كانوا يظهرون من الأمه

ص: ٤٩٧

١ - ١) الكافى ١: ١٥٧ ح ٦، التهذيب ٨: ٢١ ح ٨٦، الاستبصار ٣: ٢٦٣ ح ٩٤٣، الوسائل الباب المتقدم ح ٣، و فى الكافى و الوسائل: عن أبى عبد الله أو أبى الحسن عليهما السلام.

٢ - ٢) الكافى ٦: ١٥٦ ح ١١، الفقيه ٣: ٣٤٦ ح ١٦٦٠، التهذيب ٨: ٢٤ ح ٧٦، الاستبصار ٣: ٢٦٤ ح ٩٤٥، الوسائل الباب المتقدم ح ١.
٣ - ٣) المقنع: ٥٢٤.

٤ - ٤) لم نجده فيما لدينا من كتبه، و نسبه إليه ابن إدريس فى السرائر ٢: ٧١٠.

٥ - ٥) السرائر ٢: ٧٠٩، ٧١٠.

٦ - ٦) الكافى فى الفقه: ٣٠٤، المهذب ٢: ٢٩٨، و الغنيه و إصباح الشيعة ضمن (سلسله الينايع الفقهيّه) ٢٠: ٢٤٥ و ٢٨٧.

٧ - ٧) فى ص: ٤٩٤، هامش (٤).

٨ - ٨) فى ص: ٤٦٣.

٩ - ٩) المجادله: ٢.

١٠ - ١١) التهذيب ٨: ١٠ ح ٣٢، الاستبصار ٣: ٢٦٤ ح ٩٤٨، الوسائل ١٥: ٥٢١ ب (١١) من أبواب الظهار ح ٦.

و مع الدخول يقع (١) و لو كان الوطاء دبراً، صغيره كانت أو كبيره، مجنونه أو عاقله.

و كذا يقع بالرتقاء و المريضة التي لا توطأ.

أيضاً، و يعتزل سيدها فراشها. و لأن الطلاق أيضا كان في الجاهلية، كما يتبّه عليه قول الأعشى (١). أيا جارتى بينى فإنك طالقه.. و منع الحمل على الزوجه مع وجود ما يصلح للأمه. و السبب ليس مخصّصا كما حقّق في الأصول.

و الروايه الأخيره ضعيفه السند أيضا، فلا تعارض الصحيح. و الأصل إنما يتمّ مع عدم وجود دليل مخرج عنه.

و اعلم أنه على القول بوقوعه بها يأتي فيها الخلاف السابق (٢) في اشتراط الدخول و عدمه، لتناول الروايات الدالّه عليه لها كما تناولت الحرّه. و توهم اختصاص ذلك الخلاف بالحرّه ضعيف جدّاً، بل باطل.

قوله: «و مع الدخول يقع.. إلخ».

وجهه: أن إطلاق الدخول يشمل الدبر كما تحقّق في باب المهر و غيره.

و إطلاق الحكم يتناول الصغيره و إن حرم الدخول بها، و الكبيره [و] (٣) المجنونه و العاقله، و الرتقاء على تقدير وطئها في الدبر، و المريضة التي لا توطأ حال الظهار مع وجوده قبله، لتحقّق (٤) الشرط. و لو لم نشترط الدخول فدخول الجميع أوضح. و يمكن بناء الحكم على ذلك القول، بقريته ذكر «المريضة التي لا توطأ» الشامل بإطلاقه للقبل و الدبر في سائر الأوقات، و إن لم تدخل الرتقاء في هذا

ص: ٤٩٨

١-١ (١) ديوان الأعشى: ١٢٢.

٢-٢ (٢) لاحظ ص: ٤٩٤.

٣-٣ (٣) من الحجرّتين.

٤-٤ (٤) في «ق، د، ط»: ليتحقّق.

الرابع: فى الأحكام و هى مسائل:

الأولى: الظهار محرّم

الأولى: الظهار محرّم (١)، لا تصافه بالمنكر. و قيل: لا عقاب فيه، لتعقيبه بالعفو.

العموم غالباً بالنظر إلى الدبر. و مثله إطلاق المصنّف (١) الحكم بصحّه ظهار الخصي و المحبوب اللذين لا يمكنهما الوطء، فإنه لا يتم مع القول باشتراط الدخول، فلا بدّ فى إطلاق هذه الأحكام من تكلف.

قوله: «الظهار محرّم.. إلخ».

لا خلاف بين العلماء فى تحريم الظهار، لوصفه بالمنكر فى قوله تعالى:

وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا (٢) و المنكر و الزور محرّمان.

ثمّ اختلفوا فقال بعضهم: إنّه يعفى عنه و لا يعاقب عليه فى الآخرة، لقوله تعالى بعد ذلك وَ إِنَّ اللَّهَ لَعَفُؤٌ غَفُورٌ (٣) فعقّبه بالعفو و هو يستلزم نفي العقاب.

و هذا القول ذكره بعض (٤) المفسّرين، و لم يثبت عن الأصحاب.

و فيه نظر، لأنه لا يلزم من وصفه تعالى بالعفو و الغفران تعلّقهما بهذا النوع من المعصية، و ذكره بعده لا يدلّ عليه، و نحن لا نشكّ فى أنّه تعالى عفوّ غفور، سواء عفا عن هذا الذنب الخاصّ أم لم يعف. نعم، تعقّبه له لا يخلو من باعث على الرجاء و الطمع فى عفو الله تعالى، إلا أنه لا يلزم منه وقوعه به بالفعل. و نظائره فى القرآن كثيرة، مثل قوله تعالى:

ص: ٤٩٩

١- ١) فى ص: ٤٩١.

٢- ٢) المجادلة: ٢.

٣- ٣) المجادلة: ٢.

٤- ٤) أنظر مجمع البيان ٥: ٢٤٧، تفسير البيضاوى ٥: ١٢١، كنز العرفان ٢: ٢٩٠، و نسبه فخر المحقّقين «قده» إلى بعض الأصحاب فى إيضاح الفوائد ٣: ٤١١.

الثانية: لا تجب الكفارة بالتلفظ

الثانية: لا تجب الكفارة (١) بالتلفظ، وإنما تجب بالعود، وهو إرادته الوطء.

و الأقرب أنه لا استقرار لها، بل معنى الوجوب تحريم الوطء حتى يكفر.

وَ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَ لَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَ كَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيماً (١) مع أنه لم يقل أحد بوجوب عفو عن هذا الذنب المذكور قبله، مع أن الوصف يصدق مع عفو عن بعض أفراده دون بعض، كما يصدق به في غيره، فلزوم العفو عنه مطلقاً غير لازم من الآيه.

و الحق أنه كغيره من الذنوب أمر عقابها راجع إلى مشيئته الله تعالى. و نسبه المصنّف ذلك إلى القيل مشعر بعدم ظهوره عنده، و الأمر كما ذكرناه.

قوله: «لا تجب الكفارة.. إلخ».

لا خلاف في أن الكفارة الواجبه في الظهار تتعلق بالعود، لقوله تعالى:

وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ (٢). لكن اختلفوا في المراد من العود، فمذهب أكثر أصحابنا أنه إرادته الوطء، لا مجرد إمساكهن في النكاح، و القول (٣) كناية عنه، و الإرادة مضمرة، مثلها في قوله تعالى فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ (٤) و إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا (٥) أي: أردت القراءه، و أردتم القيام، و استدلوا عليه بصحيحه أبي بصير قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفارة على المظاهر؟ قال: إذا أراد أن

ص: ٥٠٠

١-١ (١) الأحزاب: ٥.

٢-٢ (٢) المجادلة: ٣.

٣-٣ (٣) في «ق، م»: و العود.

٤-٤ (٤) النحل: ٩٨.

٥-٥ (٥) المائدة: ٦.

.....
يواقع» (١).

و قال ابن الجنيّد (٢): إن المراد به إمساكها في النكاح بقدر ما يمكنه مفارقتها فيه، محتجًا بأن العود للقول عبارته عن مخالفته، يقال: قال فلان قولًا ثم عاد فيه و عادله أي: خالفه و نقضه، و هو قريب من قولهم: عاد في هبته، و مقصود الظهار و معناه وصف المرأة بالتحريم، فكان بالإمساك عائداً.

و هذان القولان للعامّة أيضاً. و لهم قول ثالث أنه هو الوطء نفسه. و الأصحّ الأول.

و جواب الثاني أن حقيقه الظهار كما اعترفوا به تحريم المرأة عليه، و ذلك لا ينافي بقاءها في عصمته، فلا يكون إبقاؤها كذلك عوداً فيه، و إنما يظهر العود في قوله بإرادته فعل ما ينافيه، و ذلك بإرادته الاستمتاع أو به نفسه، لكن الثاني غير مراد هنا، لقوله فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا (٣) فجعل الكفّاره مرتبة على العود و جعلها قبل أن يتماسا، فدلّ على أن العود يتحقّق قبل الوطء. و بهذا يضعف القول الثالث.

و في الثاني أيضاً: أن قوله تعالى ثُمَّ يَعُودُونَ يقتضى التراخي بين الظهار و العود، لدلاله «ثمّ» عليه، و على قولهم لا يتحقّق التراخي على هذا الوجه. و لو قيل مثله في العزم-لجواز وقوعه بعد الظهار بلا فصل-لأمكن الجواب بجريانه على الغالب من أن المظاهر لا يقدم (٤) في الحال على مخالفه

ص: ٥٠١

١- ١) التهذيب ٨: ٢٠ ح ٦٤، الوسائل ١٥: ٥٢٧ ب (١٥) من أبواب الظهار ح ٦.

٢- ٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٠٠.

٣- ٣) المجادله: ٣.

٤- ٤) في «د، ق»: لا يعزم.

مقتضاه، وإنما يحصل ذلك منه بعد التروى.

إذا تقرّر ذلك فنقول: لا إشكال فى وجوبها بالعود، لكن هل هو وجوب مستقرّ، حتى لو عزم بعد ذلك على ترك وطئها أو طلقها قبل المسيس و بعد العود تبقى الكفّاره لانزومه له، أم استقرار الوجوب مشروط بالوطء بالفعل، بمعنى تحريم الوطء حتى يكفّر؟ المشهور بين الأصحاب الثانى، لصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها، قال: ليس عليه كفّاره. قلت: إن أراد أن يمسيها؟ قال: لا يمسيها حتى يكفّر» (1) فإن ظاهرها أن جواز المسّ متوقف على التكفير، فمتى لم يفعل لا يستقرّ عليه، وإنما يكون شرطاً فى جواز المسّ، وهو المراد من الوجوب غير المستقرّ لا الوجوب بالمعنى المتعارف.

وقيل: إن الوجوب يستقرّ بإرادته الوطء و إن لم يفعل، لأن الله تعالى ربّ وجوبها على العود بقوله «ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ» أى: فعليهم ذلك، والأصل بقاء هذا الوجوب المرتّب.

و جوابه: منع دلالتها على الوجوب مطلقاً، بل غايته أن يدلّ على توقّف التماس عليها، وذلك مطلوبنا. ولو سلّم الوجوب فالمراد به المقيّد بقبليته التماس، و القبليته من الأمور الإضافية لا يتحقّق بدون المتضايقين، فما لم يحصل التماس لا يثبت الوجوب، وذلك هو المراد من الوجوب غير المستقرّ.

فإن قيل: يلزم من هذا عدم وجوبها، لأن الواجب هو الذى لا يجوز تركه

ص: ٥٠٢

(١-١) التهذيب ١٨: ٨ ح ٥٦، الاستبصار ٣: ٢٦٥ ح ٩٤٩، الوسائل ١٥: ٥٢٧ ب (١٥) من أبواب الظهار ح ٤.

و لو وطئ(١) قبل الكفّاره لزمه كفّارتان. و لو كثر الوطء تكثر الكفّاره.

لا إلى بدل، و هذه الكفّاره قبل المسيس يجوز تركها مطلقا حيث يعزم على عدم المسيس إما مطلقا أو مع فعل ما يرفع الزوجيه. و يترتب على ذلك أنه لو أخرجها قبل المسيس لا تجزى، لأنه لم تجب، و لأنّ يّيه الوجوب بها (١) غير مطابقه.

و هذا المعنى الذى أطلقتموه عليه غير الوجوب المتعارف، بل هو بالشرط أشبه.

قلنا: الأمر كما ذكرت، و إطلاق الوجوب عليها بهذا المعنى مجازى، و قد تّبها عليه بقولهم: بمعنى تحريم الوطء حتى يكفر فهى حينئذ شرط فى جواز الوطء. و إطلاق الواجب على الشرط من حيث إنه لا بدّ منه فى صحّه المشروط مستعمل كثيرا [جدا] (٢) و منه وجوب الوضوء للصلاه المندوبه، و وجوب الترتيب فى الأذان، بمعنى الشرطيّه فيهما. و أما يّيه الوجوب بالكفّاره فجاز إطلاقها بهذا المعنى، لأنّ يّيه كلّ شىء بحسبه و لو لم نعتبر (٣) يّيه الوجه - كما حقّقناه فى أبواب العبادات، لعدم الدليل الناهض عليه - تخلّصا (٤) من الإشكال.

قوله: «و لو وطئ.. الخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب المتقدمين منهم و جميع المتأخرين.

و مستنده صحيحه الحلبي السابقه (٥) عن الصادق عليه السلام و فى آخرها:

ص: ٥٠٣

١ - ١) فى «م»: لها.

٢ - ٢) من «م» و الحجريّتين فقط.

٣ - ٣) فى «ق، ط»: يعتبر.

٤ - ٤) كذا فيما لدينا من النسخ المخطوطه، و العبارة نقلها فى الجواهر (٣٣: ١٣٣) و فيه: تخلّصنا، و عليه تكون «و لو» شرطيه لا و صليته.

٥ - ٥) فى الصفحه السابقه.

«قلت: إن أراد أن يمسيها؟ قال: لا- يمسيها حتى يكفر. قلت: فإن فعل فعليه شيء؟ قال: إي و الله إنه لآثم ظالم. قلت: عليه كفاره غير الأولى؟ قال: نعم يعتق أيضا رقبه». و صححه أبو بصير قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفاره على المظاهر؟ قال: إذا أراد أن يواقع. قال: قلت: فإن واقع قبل أن يكفر؟ قال: فقال: عليه كفاره أخرى» (١). و عن الحسن الصيقل عن الصادق عليه السلام قال: «قلت له: رجل ظاهر من امرأته فلم يف، قال: عليه الكفاره من قبل أن يتمسيها. قلت: فإنه أتاها قبل أن يكفر، قال: بنس ما صنع. قلت:

عليه شيء؟ قال: أساء و ظلم. و قلت: فيلزمه شيء؟ قال: رقبه أيضا» (٢).

و قال ابن الجنيد: «و المظاهر إذا أقام على إمساك زوجته بعد الظهر بالعقد الأول زمانا و إن قلّ فقد عاد لما قال، و لم يستحب له أن يطأ حتى يكفر. فإن وطئ لم يعاود الوطء ثانيا حتى يكفر. فإن فعل وجب عليه لكل و طء كفاره، إلا أن يكون ممن لا يجد العتق و لا- يقدر على الصيام و كفارته هي الإطعام، فإنه إن عاود إلى جماع ثان قبل الإطعام فالفقه لا يوجب عليه كفاره، لأن الله شرط في العتق و الصيام أن يكون قبل العود و لم يشترط ذلك في الإطعام. و الاختيار أن لا يعاود إلى جماع ثان حتى يتصدق» (٣).

و يدل على ما اختاره من عدم تعدد الكفاره أيضا صححه زراره قال:

«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل ظاهر ثم واقع قبل أن يكفر، فقال لي:

ص: ٥٠٤

١- ١) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٥٠١، هامش (١).

٢- ٢) التهذيب ١٨: ٨٠ ح ٥٧، الاستبصار ٢٦٥: ٣ ح ٩٥٠، الوسائل ٥٢٧: ١٥ ب (١٥) من أبواب الظهر ح ٥.

٣- ٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٠٢.

أو ليس هكذا يفعل الفقيه؟» (١). و حسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال:

«سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرّات، قال: يكفّر ثلاث مرّات. قلت:

فإن واقع قبل أن يكفّر؟ قال: يستغفر الله و يمسك حتى يكفّر» (٢). و روايه زراره عن أبي جعفر عليه السلام: «إن الرجل إذا ظاهر من امرأته ثمّ غشيها قبل أن يكفّر فإنما عليه كفّاره واحده، و يكفّ عنها حتى يكفّر» (٣). و ما تقدّم (٤) من حديث سلمه بن صخر و أمر النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم - بعد أن أخبره أنه واقع - بعق رقبة، و لو وجبت عليه كفّارتان لأمره بعق رقتين. و فى روايه (٥) أخرى عنه عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: «فى المظاهر يواقع قبل أن يكفّر، قال: كفّاره واحده».

و يمكن على هذا حمل الأخبار (٦) الواردة بتعدّد الكفّاره على الاستحباب جمعا بين الأخبار. مع أن فى تينك الروايتين (٧) رائحه الاستحباب، لأنه عليه

ص: ٥٠٥

-
- ١- ١) الكافى ٦: ١٥٩ ح ٣٠، التهذيب ٨: ٢٠ ح ٦٣، الاستبصار ٣: ٢٦٧ ح ٩٥٦، الوسائل ١٥: ٥٣٠ ب (١٦) من أبواب الظهار ح ٥.
 ٢- ٢) الكافى ٦: ١٥٦ ح ١٤، الفقيه ٣: ٣٤٣ ح ١٦٤٥، التهذيب ٨: ١٨ ح ٥٩، الاستبصار ٣: ٢٦٥ ح ٩٥٢، الوسائل ١٥: ٥٢٣ ب (١٣) من أبواب الظهار ح ٢، و ذيله فى ص: ٥٢٦ ب (١٥) ح ٢.
 ٣- ٣) التهذيب ٨: ٢٠ ح ٦٢، الاستبصار ٣: ٢٦٦ ح ٩٥٥، الوسائل ١٥: ٥٢٨ ب (١٥) من أبواب الظهار ح ٩.
 ٤- ٤) فى ص: ٤٨٢-٤٨٣.
 ٥- ٥) سنن ابن ماجه ١: ٦٦٦ ح ٢٠٦٤، سنن الترمذى ٣: ٥٠٢ ح ١١٩٨، سنن البيهقى ٧: ٣٨٦.
 ٦- ٦) لاحظ الوسائل ١٥: ٥٢٦ ب (١٥) من أبواب الظهار.
 ٧- ٧) المتقدّمين فى ص: ٥٠٣، هامش (٥)، و ص: ٥٠٤، هامش (٢).

السلام لم يصرح بأن عليه كفّاره أخرى إلا بعد مراجعات و عدول عن الجواب كما لا يخفى. إلا أن الروايه الأولى من الصحيح، و كذلك الثانيه، و ليس فى الباب صحيح غيرهما، فتأويلهما للجمع لا يخلو من إشكال.

و الشيخ حمل الروايات الدالّه على عدم تكزّر الكفّاره على من فعل ذلك جاهلاً، و استشهد عليه بصحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «الظهار لا يكون إلا على الحنث، فإذا حنث فليس له أن يواقعها حتى يكفّر، فإن جهل و فعل فإنما عليه كفّاره واحده» (١). و حمل الروايه (٢) الأولى منها على ما إذا كان الظهار مشروطاً بالمواقعه، فإن الكفّاره لا تجب إلا بعد الوطء، فلو أنه كفّر قبل الوطء لما كان مجزياً عمّا يجب عليه بعد الوطء، و لكان يلزمه كفّاره أخرى إذا وطئ، فثبت عليه السلام على أن المواقعه لمن هذا حكمه من أفعال الفقيه الذى يطلب الخلاص من وجوب كفّاره أخرى عليه، و ليس ذلك إلا بالمواقعه.

و لا يخفى عليك بعد هذه المحامل. و قول ابن الجنيد لا يخلو من قوّه، و فيه جمع بين الأخبار، إلا أن الأشهر خلافه. و حيث نقول بتعدّد الكفّاره فيستثنى منه ما لو فعل موجه نسياناً أو جهلاً، فإنه لا يتعدّد، لما سبق (٣)، و لرفع حكم الخطأ (٤) و النسيان.

ص: ٥٠٦

١- ١) التهذيب ٨: ١٩ ح ٦١، الاستبصار ٣: ٢٦٦ ح ٩٥٤، الوسائل ١٥: ٥٢٨ ب (١٥) من أبواب الظهار ح ٨.

٢- ٢) المذكوره فى ص: ٥٠٤-٥٠٥، هامش (١).

٣- ٣) لاحظ الهامش (١) هنا.

٤- ٤) لاحظ الوسائل ١١: ٢٩٥ ب «٥٦» من أبواب جهاد النفس.

[الثالثه: إذا طلقها بعد الظهر رجعيًا ثم راجعها

الثالثه: إذا طلقها [بعد الظهر] رجعيًا ثم راجعها (١) لم تحلّ له حتى يكفر. و لو خرجت من العده ثم تزوّجها و وطئها فلا كفّاره.

و كذا لو طلقها بائنا و تزوّجها في العده و وطئها.

و كذا لو ماتا أو مات أحدهما [أو ارتدا] أو ارتد أحدهما.

و أما تكرر الكفّاره بتكرر الوطء فيدلّ عليه الأخبار (١) الدالّه على تعدّد الكفّاره قبل الوطء الشامل لذلك. و خصوص حسنه أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «إذا واقع المرّه الثانيه قبل أن يكفر فعليه كفّاره أخرى، ليس في هذا اختلاف» (٢). و لأن كلّ واحد سبب لكفّاره، و الأصل عدم تداخل المسببات عند تعدّد الأسباب.

و قال ابن حمزه: «إن تكرر منه الوطء قبل التكفير الأول لم يلزمه غير واحده، و إن كفر عن الأول لزمته عن الثاني، و هكذا» (٣). و ما سبق حجّه عليه.

قوله: «إذا طلقها رجعيًا.. إلخ».

إذا طلق المظاهر طلاقاً رجعيًا ثم راجعها فلا خلاف في أنه يعود الظهر و أحكامه. فتحرم عليه بالظهر السابق، و تجب الكفّاره بالعود، و لا تجب بالرجعه مجردة، لأنها لا تستلزم العزم على الوطء.

و لو طلقها بائنا أو رجعيًا و تركها حتى بانت ثم جدّد نكاحها- و لو في العده إذا كان الطلاق بائناً- ففى عود الظهر قولان:

ص: ٥٠٧

١- ١) لاحظ الوسائل ١٥: ٥٢٦ ب (١٥) من أبواب الظهر ح ٢، ٣، ٧ و غيرها.

٢- ٢) الكافي ٦: ١٥٧ ح ١٧، التهذيب ٨: ١٨ ح ٥٨، الاستبصار ٣: ٢٦٥ ح ٩٥١، الوسائل ١٥: ٥٢٦ ب (١٥) من أبواب الظهر ح ١.

٣- ٣) الوسيله: ٣٣٥. و فيه: التكفير عن الأول.

أحدهما-و به قال المعظم:-أنه لا يعود، لأصالة البراءة، و الخروج عن العهد بالطلاق، و صيرورته كالأجنبي بعد خروج العده. و استباحه الوطء بعد ذلك ليس بالعقد الأول الذى لحقه التحريم بالظهار، بل بعقد لم يلحقه ظهار.

و لصيرورتها أجنبيّه قبل العقد الثانى، فكما لا يصحّ ابتداء الظهار بها لا يصحّ استدامته، لأن حكمه معلق بالزوجه. و لصحيحه بريد بن معاويه قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثمّ طلقها تطليقه، فقال: إذا هو طلقها تطليقه فقد بطل الظهار و هدم 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 يحلّ أجلها و تملك نفسها ثمّ تزوّجها بعد ذلك هل يلزمه الظهار من قبل أن يتماسا؟ قال: قد بان و ملكت نفسها» (١). و هذا نصّ فى الحكمين.

و ذهب أبو الصلاح (٢) و سائر (٣) إلى عود حكم الظهار بتزويجها و لو بعد العده البائنه، لعموم الآيه (٤)، و خصوص حسنه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام: «أنه سأله عن رجل ظاهر من امرأته ثمّ طلقها بعد ذلك بشهر أو بشهرين فتزوّجت، ثمّ طلقها الذى تزوّجها فراجعها الأول، هل عليه فيها الكفّاره للظهار

ص: ٥٠٨

-
- ١- (١) الكافى ١٦١: ٦ ح ٣٤، الفقيه ٣٤٢: ٣ ح ١٦٤٣، التهذيب ١٦: ٨ ح ٥١، الوسائل ١٥: ٥١٨ ب (١٠) من أبواب الظهار ح ٢. و فيما عدا الفقيه: عن يزيد الكناسى.
- ٢- (٢) الكافى فى الفقه: ٣٠٣-٣٠٤.
- ٣- (٣) المراسم: ١٦٠.
- ٤- (٤) المجادل: ٢.

الأول؟ قال: نعم، عتق رقبه أو صوم أو صدقه» (١).

و أوجب بمنع دلالة الآية على ذلك، لأن العود إلى استباحه ما حرّمه الظهار في عقد إنما يكون بإرادته الوطء في ذلك العقد. و حمل الشيخ (٢) الحديث على التقية. و فيه نظر، لأن العامه (٣) مختلفون في ذلك كالاخصه، فلا وجه للتقيه في أحد القولين. و حمله العلامة (٤) على فساد النكاح، لأنه عقب تزويجها بعد طلاقها بشهر أو شهرين فيكون قد وقع في العده فيكون باطلا. و استحسنة بعضهم (٥)، و أيده بأمرين: أحدهما: تعقيب التزويج بالفاء المقتضيه للفوريه، و ذلك يقتضى عدم الخروج من العده. و الثانى: أن حكاية الحديث تشعر به حيث قال: فراجعها الأول، و لم يقل: فترّوجها.

و لا يخفى عليك ما فى هذا التنزيل و التأييد، لأن إطلاق التزويج محمول على الصحيح، و الشهر و الشهران متخللان بين الظهار و الطلاق لا- بين الطلاق و التزويج. ثمّ تعقيب التزويج بالفاء يقتضى التعقيب و الفوريه بحسب الممكن لا- مطلقا، كما تبّهوا عليه بقولهم: تزوّج فلان فولد له، فإن المراد به وجود الولاده فى أول أوقات الإمكان، و ذلك بعد مضى مدّه الحمل، لا عقب التزويج بلا فصل، و كذلك قول القائل: دخلت بغداد فالبصره، و أمثال ذلك كثير. و المراد هنا أنه تزوّجها فى أول أوقات الإمكان شرعا، و هو انقضاء العده. هذا إذا سلّم

ص: ٥٠٩

١- (١) التهذيب ٨: ١٧ ح ٥٢، الوسائل ١٥: ٥١٩ ب (١٠) من أبواب الظهار ح ٩.

٢- (٢) التهذيب ٨: ١٧ ح ٥٢.

٣- (٣) أنظر المغنى لابن قدامه ٨: ٥٧٥.

٤- (٤) المختلف: ٦٠١.

٥- (٥) المهذب البارع ٣: ٥٣٦.

دالتها في مثل هذا المقام على الفوريه. و على تقدير تسليم وقوع الشهر و الشهرين بين التزويج و الطلاق فيمكن انقضاء العده بهما و بأقل منهما كما مر (١).

و أما قوله: «ثمّ طلقها فراجعها» فالكلام في «الفاء» كالكلام في الأولى، فإن المراجعه بعد الطلاق كناية عن التزويج، و أطلق عليه المراجعه من حيث كانت زوجه له أولاً فأقام ردها إلى النكاح بعقد جديد مقام الرجوع، و هو رجوع لغه، فحمله على الرجوع الشرعي و إبقاء العده الأولى في غايه السماجه و البعد. و لو حملت الكفاراه فيه على الاستحباب جمعا كان أولى، مع أن الأولى (٢) أرجح، لصححه سندها فكانت مقدّمه لو تحقّق التعارض.

و أما سقوط حكم الظهار مع موتها أو موت أحدهما فواضح. و أما مع الارتداد، فإن لم يشرط الدخول و كان الارتداد قبله انقطع النكاح ثمّ لا يعود الظهار مطلقاً. و إن كان بعد الدخول، فإن كان الارتداد من الرجل عن فطره بانته منه، و سقط الحكم في حقه، لعدم إمكان تزويجها عند من لا يقبل [منه] (٣) توبته. و على القول بالقبول و جواز تزويجه بعد ذلك يسقط حكم الظهار كما لو طلق بائناً بل هنا أقوى، لأنها تعتدّ عده الوفاء. و إن كان الارتداد من المرأة، أو كان ملياً و كان ذلك بعد الدخول-حيث اشترطناه في صحه الظهار-فالعده رجعيه، فيترتب حكمها من عوده مع العود في العده،

ص: ٥١٠

١-١) في ص: ٢٢٥.

٢-٢) و هي صحيحه بريد المتقدمه في ص: ٥٠٨، هامش (١).

٣-٣) من الحجرتين فقط.

الرابعه: لو ظاهر من زوجته (١) الأمه ثم ابتاعها فقد بطل العقد. و لو وطئها بالملك لم تجب [عليه] الكفاره.

و لو ابتاعها من مولاها غير الزوج ففسخ سقط حكم الظهار.

و لو تزوجها الزوج بعقد مستأنف لم تجب الكفاره.

و عدمه مع انقضائها قبل العود. و أما حكم المصنّف بأن ارتداد أحدهما يسقط الكفاره مطلقا فليس مطلقا.

قوله: «لو ظاهر من زوجته.. إلخ».

إذا كانت الزوجه المظاهر منها أمه فابتاعها الزوج المظاهر من مولاها بطل العقد، لما تقدّم (١) من أن البضع لا يستباح بسببين، و السبب الطارئ أقوى، و العقد لا يجامع ملك اليمين، فزال التحريم المترتب على العقد، و استباحها حينئذ بالملك، و كان ذلك كما لو طلقها و تزوجها بعد انقضاء العده، بل هنا أقوى، لاختلاف جنس السبب الذاهب و العائد، بخلاف من تزوجها بعد البيوننه، فإن السبب و إن تعدّد إلا أنه متّحد في الجنس و إن اختلف في الشخص.

و في معناه ما لو اشتراها غيره ثم فسخ النكاح و زوجته إياها بعقد مستأنف، و لا- تتوقّف صحه العقد على الاستبراء و لا الاعتداد، لأن الماء لواحد.

و مثله ما لو طلقها بائنا ثم تزوجها في العده. و بهذا تحصل الحيله على إسقاط حكم الظهار بغير تكفير.

و لو قلنا بوقوعه بملك اليمين فظاهر من أمته ثم باعها من غيره بطل حكم الظهار، فإن اشتراها منه لم يعد، كما لو طلق بائنا ثم تزوجها. و أولى منه ما لو أعتقها ثم تزوجها، لاختلاف السبب كما مرّ.

ص: ٥١١

الخامسه: إذا قال: (١) أنت [علي] كظهر أمي إن شاء زيد، فقال:

شئت، وقع على القول بدخول الشرط في الظهار. و لو قال: إن شاء الله، لم يقع ظهار [به].

فروع لو ظاهر من زوجته الأمه و عاد ثم قال لمالكها: أعتقها عن ظهاري، ففعل، وقع عتقها عن كفارتها و انفسخ النكاح بينهما، لأن إعتاقها عنه يتضمن تملكه كما سيأتي (١)، و إذا ملك زوجته انفسخ النكاح، و كذا لو أعتقها عنه باستدعائه عن كفاره أخرى.

و لو ملكها بعد ما ظاهر منها و عاد فانفسخ النكاح بينهما ثم أعتقها عن ظهاره منها جاز.

و لو آلى من زوجته الأمه و وطئها و لزمته الكفاره، فقال لسيدها: أعتقها عن كفاره عني (٢)، ففعل، جاز و انفسخ النكاح كالظهار.

و لو ظاهر من زوجته الذميه و عاد، ثم نقضت المرأه العهد فاسترقت، فملكها الزوج و أسلمت، فأعتقها عن كفاره ظهاره أو غيرها جاز.

قوله: «إذا قال.. إلخ».

هذا من فروع تعليق الظهار على الشرط، فإن صححناه صح هنا، و توقف وقوعه على حصول الشرط و هو المشيئه، فإن قال: شئت، وقع، لوجود المقتضى. و لا فرق بين تعليقه على مشيئتها و مشيئه غيرها، فلو قال: أنت علي كظهر أمي إن شئت، فقالت: شئت، وقع. و لو قالت: شئت إن شئت، لم يقع، لأن

ص: ٥١٢

١- ١) في ص: فروع العتق من المقصد الثالث من الكفارات.

٢- ٢) في «د، م» و الحجريتين: كفارتى.

المشيئه لا تقبل التعليق. وكذا القول في مشيئه الأجنبي. ولو قال: إن شئت و شاء فلان، توقّف وقوعه على مشيئتهما.

و لو علّقه على مشيئه صبي، فإن لم يكن مميّزا لم تعتبر مشيئته. وكذا المجنون. وفي المميّز وجهان، من سلب عبارته شرعا، وإمكان مشيئته عقلا، و قبول خبره في نظائر ذلك.

و لو علّقه على مشيئتها، فشاءت باللفظ كارهاه بالقلب، وقع ظاهرا. وفي وقوعه باطنا بالنسبه إليها وجهان، من أنه تعليق بلفظ المشيئه، و لو كان بالباطن لكان إذا علّق بمشيئه زيد لم يصدّق زيد في حقّها، و من ظهور عدم الشرط و هو المشيئه عندها.

و لو قال: أنت كظهر أمي إن شئت أو أبيت، فقضيّه اللفظ و وقوعه بأحد الأمرين: إما المشيئه أو الإباء، كما لو قال: إن قمت أو قعدت. و ربما دلّ العرف على إرادته منجزا، فإن انضبط قدّم و إلاّ - فالمعتبر مدلوله لغه. و لو قال: شئت أو أبيت، وقع في الحال قطعا، إذ لا تعليق هنا.

و لو كان تعليقه على مشيئه الله، فإن قصد به التبرّك كان كالمنجز. و إن قصد التعليق لم يقع، أما على رأى العدليّه فواضح، لأن الله تعالى لا يشأ الظهار، لكونه محرّما. و أما على رأى الأشعريّه فللجهل بحصول الشرط.

و لو عكس فقال: أنت كظهر أمي إن لم يشأ الله، وقع إن كان عدليا، لما ذكرناه من العله، فإن عدم مشيئه الله تعالى له معلومه. و قيده في القواعد (1) بكون

ص: ٥١٣

السادسه: لو ظاهر من أربع بلفظ واحد

السادسه: لو ظاهر من أربع (١) بلفظ واحد كان عليه عن كل واحد كفاره.

و لو ظاهر من واحده مرارا وجب عليه بكل مره كفاره، فرّق الظهار أو تابعه. و من فقهاثنا من فصل. و لو وطئها قبل التكفير لزمه عن كل وطء كفاره واحده.

المظاهر يعلم التحريم. و ليس بواضح، لحصول الشرط على التقديرين. و إن كان أشعريًا فوجهان أجودهما الوقوع مطلقا.

قوله: «لو ظاهر من أربع.. إلخ».

هنا مسألتان:

الأولى: إذا ظهر من أربع نسوه بكلمه واحده فقال: أنتنّ على كظهر أمي، صار مظاهرا منهنّ إجماعا. ثمّ إن فارقهنّ بما يرفع الظهار فلا كفاره. و إن عاد إليهنّ جمع فقولان:

أشهرهما أنه يلزمه عن كل واحد كفاره، لأنه وجد (١) الظهار و العود في حقهنّ جميعا، و لحسنه حفص بن البختري عن الصادق و الكاظم عليهما السلام:

«في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهنّ كلهنّ جميعا بكلام واحد، فقال: عليه عشر كفارات» (٢).

و الثاني: أنه لا يجب إلا كفاره واحده، و هو قول ابن الجنيّد (٣)، لأن الظهار

ص: ٥١٤

١- ١) في «د» و إحدى الحجريتين: أو جد.

٢- ٢) الكافي ١٥٧: ٦ ح ١٦، التهذيب ٨: ٢١ ح ٦٧، الاستبصار ٣: ٢٦٣ ح ٩٤٣، الوسائل ١٥: ٥٢٥ ب (١٤) من أبواب الظهار ح ١، و فيه و في الكافي: عن أبي عبد الله أو أبي الحسن عليهما السلام.

٣- ٣) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٦٠٢.

كلمه يقتضى مخالفتها الكفّاره، فإذا تعلقت بجماعه لم يقتض إلا- كفّاره واحده كاليمين. و لروايه غياث بن إبراهيم عن الصادق، عن أبيه، عن علي عليهم السلام فى رجل ظاهر من أربع نسوه قال: «عليه كفّاره واحده» (١).

و جوابه: ضعف سند الروايه. و إذا عملنا بالحسن كان مضمونه رافعا للتعليل الموجب للوحده، مع أنه معتضد بالشهره.

و ربما بنى الخلاف على أن المغلب فى الظهار مشابهه الطلاق أو الأيمان، فإن غلبنا مشابهه الطلاق لزمته أربع كفّارات، و لم يختلف الحال بين أن يظاهر بكلمه أو كلمات، كما لا يختلف الحال بين أن يطلقهنّ بكلمه أو كلمات. و إن غلبنا مشابهه الأيمان لم تجب إلا كفّاره واحده، كما لو حلف ألا يكلم جماعه فكلمهم. و الظهار ينزع إلى الأصليين.

فعلى الأشهر من وجوب أربع كفّارات و حصل العود فى بعضهنّ دون بعض وجبت الكفّاره بعدد من حصل فيها العود. و إن لم نوجب إلا كفّاره واحده كفى العود فى بعضهنّ لوجوب الكفّاره، حتى لو طلق ثلاثا وجبت الكفّاره للرابعه.

و يحتمل على هذا أن لا تجب، كما لو حلف أن لا يكلم جماعه لا تلزمه الكفّاره بتكليم بعضهم. و يمكن الفرق بينه و بين اليمين أن كفّاره اليمين إنما تجب بالحنث، و الحنث لا- يحصل إلا- بأن يكلم الجميع، و فى الظهار إنما وجبت الكفّاره لأنه بالإمساك خلاف قوله، و المخالفه تحصل بإمساك واحده كما تحصل بإمساك الجميع.

ص: ٥١٥

(١- ١) الفقيه ٣: ٣٤٥ ح ١٦٥٥، التهذيب ٨: ٢١ ح ٦٨، الاستبصار ٣: ٢٦٣ ح ٩٤٤، الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

و احترز بقوله: «ظاهر بلفظ واحد» عمّا لو ظاهر عنهنّ بأربعة ألفاظ، فإن الكفّاره تتعدّد بتعدّدهنّ بغير خلاف، لتعدّد الظهار لفظاً و معنى.

الثانية: لو ظاهر من واحده مرارا متعدّده ففي تعدّد الظهار أقوال:

أحدها- و هو الأشهر-: التعدّد مطلقاً، سواء اتّحد المجلس أم تعدّد، و سواء اتّحدت المشبّه بها أم اختلفت، لأن كلّ ظهار سبب تامّ موجب للكفّاره مع العود بالآية (١)، و تعدّد الأسباب يقتضى تعدّد المسبّبات، إلا- أن يدلّ دليل من خارج على التداخل أو الاتّحاد. و الصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرّات أو أكثر، قال: قال عليّ عليه السلام: مكان كلّ مرّه كفّاره» (٢). و حسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرّات، قال: يكفّر ثلاث مرّات» (٣). و مثله رواه أبى بصير (٤) عنه عليه السلام.

و ثانيها: تعدّدّها [مطلقاً] (٥) مع تراخي أحدهما عن الآخر أو تواليها من غير أن يقصد به التأكيد، و إلا فواحده. و هو قول الشيخ في المبسوط (٦)، و تبعه

ص: ٥١٦

١- ١) المجادله: ٣-٤.

٢- ٢) الكافي ١٥٦: ٦ ح ١٢، الفقيه ٣٤٣: ٣ ح ١٦٤٦، التهذيب ٢٢: ٨ ح ٧٠، الاستبصار ٣: ٢٦٢ ح ٩٣٨، الوسائل ٥٢٤: ١٥، ب(١٣) من أبواب الظهار ح ٤.

٣- ٣) الكافي ١٥٦: ٦ ح ١٤، الفقيه ٣٤٣: ٣ ح ١٦٤٥، التهذيب ١٨: ٨ ح ٥٩، الاستبصار ٣: ٢٦٥ ح ٩٥٢، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

٤- ٤) التهذيب ٢٢: ٨ ح ٧١، الاستبصار ٢٦٢: ٣ ح ٩٤٠، الوسائل الباب المتقدّم ذيل ح ٤.

٥- ٥) من «م» و الحجريّتين فقط.

٦- ٦) المبسوط ١٥٢: ٥.

ابن حمزه (١).

و ثالثها: التفصيل بتعدد المشبه بها- كالأم و الأخت- فتتعدد الكفارة، و اتحادها- كالأم- فتتحد و إن فرّق، إلا أن يتخلل التكفير فتتعدد.

و هو قول ابن الجنيد (٢)، محتجاً مع التعدد بأنهما حرمتان انتهكهما فيجب لكلّ واحده كفارة، و مع الاتحاد بأنه واحد، و الكفارة معلّقة على مطلق الظهار، و هو يتناول الواحد و الكثير، و بروايه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام: «فى رجل ظاهر من امرأته أربع مرّات فى مجلس واحد، قال: عليه كفارة واحده» [١].

و الشيخ (٣) حمل هذا الخبر على أن عليه كفارة واحده فى الجنس لا- تختلف كما تختلف الكفارات فيما عدا الظهار، و ليس المراد أن عليه كفارة واحده عن المرّات الكثيره.

و لا يخفى بعد هذا التأويل فى الغايه. و لو قيل بترجيح الأول (٤) لأنه أصحّ إسناداً و أكثر كان أولى.

ص: ٥١٧

١- (١) الوسيله: ٣٣٤.

٢- (٢) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٦٠١.

٣- (٤) التهذيب ٨: ٢٣ ذيل ح ٧٣، الاستبصار ٣: ٢٦٣ ذيل ح ٩٤٢.

٤- (٥) المذكور فى الصفحه السابقه.

بقي في المسأله أمور:

الأول: يظهر من قول المصنّف: «فرق الظهار أو تابعه، و من فقهائنا من فصل» أن منهم من فرّق بين ما لو تابع و فرّق، فحكم بتعدّد الكفّاره فى الثانى دون الأول. و فى روايه ابن الحجاج ما يرشد إليه، لأنه حكم باتّحاد الكفّاره مع اتّحاد المجلس، و تلك الأخبار الدالّه على تعدّدها مطلقه فتحمل على اختلاف المجلس جمعا بين الأخبار. و هذا قول موجّه بالنسبه إلى دلالة الأخبار و طريق الجمع بينها، إلا أنّا لم نقف على قائل به من أصحابنا. نعم، نقله الشيخ فى المبسوط (١) عن بعضهم، و مقتضى طريقته أنه من العامه لا من أصحابنا.

الثانى: إطلاق قول المصنّف بتعدّد الكفّاره يقتضى عدم الفرق بين ما إذا قصد بالثانى و ما بعده التأكيد للأول، و ما إذا قصد الظهار، أو أطلق. و هذا هو الظاهر من إطلاق جماعه (٢)، و المتبادر من مذهب العلّامه فى المختلف (٣)، لأنه أجاب عن حجّه الشيخ باتّحاد الظهار مع إرادته التأكيد بقوله: «و نمنع الوحده، فإن التأكيد غير المؤكّد، و المطلق موجود فى كلّ فرد، و هو يستلزم تعدّد المعلول بحسب تعدّد العلّه». لكنّه بعد ذلك - و بعد أن نقل عن الشيخ فى النهايه إطلاق القول بتعدّد الكفّاره، و عن المبسوط بعدم وجوبها مع قصد التأكيد على ذلك الوجه، و عن الخلاف (٤) قريبا منه - قال: «و الظاهر أنه غير مخالف لقوله فى النهايه، لأن قوله فى النهايه: و متى ظاهر من امرأته مرّه بعد أخرى، و تأكيد

ص: ٥١٨

١- ١) المبسوط ١٥٢: ٥.

٢- ٢) النهايه: ٥٢٦، المهذب ٢٩٩: ٢، الجامع للشرائع: ٤٨٣، قواعد الأحكام ٨٦: ٢.

٣- ٣) المختلف: ٦٠١-٦٠٢.

٤- ٤) الخلاف ٥٣٥: ٤ مسأله (١٩).

السابعة: إذا أطلق الظهار حرم عليه الوطء حتى يكفر

السابعة: إذا أطلق الظهار (١) حرم عليه الوطء حتى يكفر. ولو علّقه بشرط جاز الوطء ما لم يحصل الشرط. ولو وطئ قبله لم يكفر. ولو كان الوطء هو الشرط ثبت الظهار بعد فعله، ولا تستقرّ الكفّاره حتى يعود. وقيل: تجب بنفس الوطء. وهو بعيد.

الظهار ليس ظهاراً. وهذا يرشد إلى أن التأكيد لا يوجب التعدّد مطلقاً، وهو خلاف ما سبق منه و خلاف ما فصله الشيخ، فإنه قيد اتّحاد الكفّاره مع قصد التأكيد بما لو وقع الظهار متتابعاً، وأوجب مع التفريق تعدّدها مطلقاً. ويظهر من ولده في الشرح (١) أن موضع الخلاف ما إذا لم يقصد التأكيد. وهو يدلّ بإطلاقه على ما ذكره والده أخيراً. وبهذا صرّح في التحرير (٢). وهذا هو المعتمد.

الثالث: موضع الخلاف على تقدير الحكم باتّحاد الكفّاره مخصوص بما إذا لم يتخلّل التكفير، أما لو كفر من السابق ثمّ جدّد الظهار فلا شبهة في وجوب الكفّاره به، لأن حكم الأول قد سقط بالتكفير فلا يتوجّه الاجتزاء بتلك الكفّاره عن الظهار المتأخّر عنها، مع أنه سبب تامّ في إيجابها مع العود، والكفّاره المتقدّمة على سبب الوجوب لا تجزى قطعاً.

قوله: «إذا أطلق الظهار.. إلخ».

من حكم الظهار الصحيح تحريم الوطء إذا وجبت الكفّاره إلى أن يكفر، فلو وطئ قبل التكفير عصي و حرم عليه العود ثانياً إلى أن يكفر أيضاً، قال تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبِهِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا (٣).

ص: ٥١٩

١- ١) إيضاح الفوائد ٣: ٤٢٠.

٢- ٢) تحرير الأحكام ٢: ٦٢.

٣- ٣) المجادله: ٣.

ثمَّ إن كان الظهار مطلقاً غير معلق على شرط فوقوع الظهار يحصل بنفس الصيغه، ووجوب الكفّاره بالعود كما مرّ. وإن كان معلقاً على شرط فوقوعه مشروط بحصول ذلك الشرط قضيه للتعليق، فيجوز الوطء قبل حصوله، فإذا حصل وقع الظهار حينئذ، ولاحقه حكمه من تحريم الوطء و توقّف وجوب الكفّاره على العود بعد وقوعه. ولا فرق في ذلك بين كون الشرط وطئاً وغيره، لاشتراكهما في المقتضى. فعلى تقدير كونه وطئاً- كما لو قال: إن وطئتكَ فأنت عليّ كظهر أمي- جاز له وطؤها أول مرّه، فإذا وطئ انعقد الظهار، و توقّف وجوب الكفّاره على العزم على وطئها مرّه أخرى.

وقال الشيخ (1): إذا كان الشرط هو الوطء وجبت الكفّاره بنفس الوطء وإن كان ابتداءؤه جائزاً، بناء على أن الاستمرار وطء ثان. وعلى هذا فإنما يباح منه مسماه، وتجب الكفّاره ولو بالزرع بعد المسمّى.

وهو ضعيف، فإن الوطء أمر واحد عرفاً من ابتدائه إلى الزرع، والإطلاق محمول على العرف، والمشروط إنما يقع بعد وقوع الشرط لا قبله. نعم، لو نزع كاملاً ثمّ عاد وجبت الكفّاره وإن كان في حاله واحده.

ثمّ هنا مباحث و صور متفرّعه على التعليق يتدرّب بها على ما يرد من نظائرها، فإنها غير منحصره:

الأول: لو علّقه بفعل كقوله: إن دخلت دار فلان أو كلمته، وقع بعد الدخول و التكليم، سواء طال الزمان أم قصر، ولا يقع قبله كما قد عرفت.

و لو علّقه بنفى فعل كقوله: إن لم تدخل الدار، لم يقع إلا عند اليأس من

ص: ٥٢٠

الدخول، كأن مات أحدهما قبله، فيحكم بوقوعه قبيل الموت. و من هذا الباب ما لو قال: إن لم أتزوج عليك فأنت عليّ كظهر أمي، فإنها تصير مظاهرا عند اليأس و ذلك بالموت، فتبين أنه قبيل الموت صار مظاهرا، و لا كفاره عليه، لعدم العود بعده، لأن الموت عقيب صيرورته مظاهرا.

و لو علق النفي بـ «إذا» كقوله: إذا لم تدخل، وقع عند مضيّ زمن يمكن فيه ذلك الفعل من وقت التعليق فلم تفعل.

و الفرق بين الأداتين أن «إن» حرف شرط لا- إشعار له بالزمان، و «إذا» ظرف زمان كـ «متى» في التناول للأوقات، فإذا قيل: متى ألقاك، صحّ أن يقول:

متى شئت، أو: إذا شئت، و لا يصحّ: إن شئت. فقوله: إن لم تدخل الدار، معناه:

إن فاتك دخولها، و فواته بالموت. و قوله: إذا لم تدخل الدار، معناه: أيّ وقت فاتك الدخول، فيقع الظهار بمضيّ زمان يمكن فيه الدخول به.

و يحتمل وقوعه في الموضعين بمضيّ زمن يمكن فيه الفعل، للدلالة العرف عليه. و يقوى الاحتمال مع انضباطه بذلك. و في معنى «إذا»: متى و أيّ وقت.

الثاني: لو علقه بالحمل فقال: إن كنت حاملا فأنت كظهر أمي، فإن كان بها حمل ظاهر وقع في الحال، و إلا فإن ولدت لدون سته أشهر من [حين] (١) التعليق بأن وقوعه حين التعليق، لوجود الحمل حينئذ. و إن ولدت لأكثر من أقصى مدّة الحمل أو بينهما، و طئت بعد التعليق، و أمكن حدوثه به بأن كان بين الوطاء و الوضع سته 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

ص: ٥٢١

ففى وقوعه وجهان: من احتمال حدوثه بغير الوطء كاستدخال المنى، والأصل عدم تقدّمه، و من أن ذلك نادر، و الظاهر وجوده عند التعليق. و هذا هو الأقوى.

و قد تقدّم (١) نظيره فيما لو أوصى للحمل.

و لو قال: إن ولدت أنثى فأنت على كظهر أمى، فولدتها وقع حين الولادة.

و لو قال: إن كنت حاملا بها، تبين بولادتها وقوعه حين التعليق، و إن توقّف ظهوره على الولادة. و تظهر الفائده فى احتساب المدّه من حينه لو كان قد وقته بمدّه.

الثالث: لو علّقه بالحيض فقال: إن حضت حيضه فأنت كظهر أمى، لم يقع حتى ينقضى حيض تام. و لو قال: إن حضت، و اقتصر وقع إذا رأت دما محكوما بكونه حيضا، فإن كانت معتاده و رآته فى عاداتها وقع برؤيه الدم، و إلا فبمضىّ ثلاثه أيام. و على القول بتحريضها برؤيه الدم مطلقا أو مع ظنه يقع كذلك. و يحتمل توقّفه على ثلاثه مطلقا، إذ به يتحقّق أنه ليس بدم فساد. و الفرق بينه و بين العباده و التحريم: أن الظهار لا يقع إلا بيقين، و أحكام الحيض تثبت بالظاهر. و لو قال لها ذلك و هى حائض لم يقع إلا بحيضه مستأنفه.

و مهما قالت: حضت، فالقول قولها، بخلاف ما لو علّقه على دخولها الدار فقالت: دخلتها، فإنها تحتاج إلى البينه. و الفرق: عسر إقامه البينه على الحيض، و غايه غيرها (٢) مشاهده الدم، و ذلك لا يعرّف إذا لم تعرف عاداتها و أدوارها، فلعلّه دم فساد، فاكتفى الشارع فيه بقولها. و قد تقدّم (٣) فى الطلاق ما يدلّ عليه من

ص: ٥٢٢

١- ١) فى ج ١٩٠: ٦، و لكن فيما لو أوصى بالحمل.

٢- ٢) فى «ق»: عسرهما.

٣- ٣) فى ص ١٩٤، و لاحظ الوسائل ١٥: ٤٤١ ب (٢٤) من أبواب العدد.

النصّ. و مثله ما لو قال: إن أضمرت بغضى فأنت على كظهر أمى، فقالت:

أضمرت، فالقول قولها، لعسر الأطلاق، بخلاف الأفعال الظاهره كدخول الدار، لسهوله إقامه البينه عليها.

الرابع: لو تعدّد الشرط كقوله: إن دخلت دار زيد أو كلمته فأنت على كظهر أمى، وقع بأى واحد من الشرطين وجد، ثم لا يقع بالآخر شىء، لأنه ظهار واحد. وكذا لو قدّم الجزاء عليهما. وكذا لو قال: إن دخلت الدار و إن كلمت زيدا، أو قال: إن دخلت هذه الدار و إن دخلت الأخرى فأنت على كظهر أمى.

أما لو قال: إن دخلت دار فلان فأنت على كظهر أمى و إن كلمته فأنت كظهر أمى، أو: إن دخلت هذه الدار فأنت كظهر أمى و إن دخلت هذه الدار فأنت كظهر أمى، فوجد الشرطان وقع الظهاران، لتعدّد الشرط و الجزاء.

و لو قال: إن دخلت الدار و كلمت زيدا، فلا بدّ من وجودهما معا لوقوعه.

و لا فرق بين أن يتقدّم الكلام أو يتأخر، لأن الواو لمطلق الجمع على أصحّ القولين، و يجىء على قول من يجعلها للترتيب اشتراط أن يتقدّم الدخول على الكلام، كما لو قال: إن دخلت الدار ثمّ كلمته، أو قال: إن دخلت الدار فكلمته، فإنه يشترط جمعهما و تقديم الدخول فى وقوعه.

و لو قال: إن دخلت الدار، إن كلمت زيدا، فأنت على كظهر أمى، أو قدّم الجزاء عليهما، فلا بدّ منهما فى وقوعه. و يشترط تقدّم المذكور آخرا- و هو الكلام- على المذكور أولا و هو الدخول، لأنه جعل الكلام شرطا لتعلّق الظهار بالدخول، و يسمّى ذلك اعتراض الشرط على الشرط، و التعليق يقبل التعليق، كما أن التنجيز يقبله، نظير قوله تعالى:

لا يَنْفَعُكُمْ نُصِيحِي إِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَنْصَحَ لَكُمْ إِنْ كَانَ اللَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُغْوِيَكُمْ (١) والمعنى: إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم. وقيل: لا- يشترط الترتيب، ويقع الظهار بحصولهما كيف اتفق، لأنه ذكر صفتين من غير عاطف، فلا وجه لاعتبار الترتيب.

الخامس: لو علق الظهار على مخالفتها الأمر فقال: إن خالفت أمري فأنت كظهر أمي، ثم قال لها: لا تكلمي زيدا، أو لا تخرجي من الدار، فكلمته أو خرجت لم يقع الظهار، لأنها ما خالفت أمره، وإنما خالفت نهيه. ويحتمل الوقوع، نظرا إلى أنه يسمّى في العرف مخالفه أمره، و يقوى ذلك إن استقرّ العرف عليه، وإلا فالعبره بالمعنى المصطلح عليه.

و لو قال: إن خالفت نهىي فأنت كظهر أمي، ثم قال لها: قومي، فقعدت، ففي وقوعه أوجه مبنيّه على أن الأمر بالشىء هل هو نهى عن ضده مطلقا، أو ضده العام، أو ليس نهيا عنهما؟ فعلى الأول يقع الظهار بفعالها ما يخالف أمره دون الأخيرين. هذا كله إذا لم يدلّ العرف على شىء، وإلا عمل بمقتضاه مقدّما على القاعده الأصوليّه، لأن التعليقات تحمل على الأمور العرفيّه لا على القواعد الأصوليّه. هذا إذا انضبط العرف، وإلا رجع إلى الاصطلاح.

السادس: لو علقه بقذفها زيدا وقع بقذفها له حيا و ميتا، لأن قذف الميت كقذف الحي في الحكم، و سواء سمع المقذوف القذف أم لا، لصدقه في الحالين، بخلاف ما لو علقه بكلامه، فإنه لا يقع إلا أن يسمع كلامها. و لو منع من السماع لعارض كلغظ و ذهول و صمم فوجهان. و لو علقه بالضرب لم يقع بضربه ميتا.

ص: ٥٢٤

و فى اشتراط إيلامه به وجهان أجودهما العدم، لأنه أعمّ لغه و عرفا.

و لو قال: إن قذفته فى المسجد، اعتبر كونها فى المسجد دونه. و لو قال: إن ضربته فى المسجد، اعتبر كون المضروب فيه. و الفرق: أن قرينه الحال تشعر بأن المقصود الامتناع عمّا يهتك حرمة المساجد، و هتك الحرمة تكون بالقذف و القتل فى المسجد، و هو يحصل إذا كان القاذف فيه و القتل فيه.

السابع: لو علّقه بالرؤية فقال: إن رأيت فلانا فأنت على كظهر أمى، وقع برؤيتها له حيا و ميتا، مستيقظا و نائما. و يكفى رؤيه شىء من بدنه و إن قلّ. و لو كان كله مستورا لم يقع. و لا تكفى رؤيته فى المنام. و لو رأته فى ماء صاف لا يمنع الرؤية فالأصح وقوعه، لأن الماء المتخلّل بينهما كأجزاء الهواء بينهما، و لهذا لا تصحّ صلاه المستتر بالماء كذلك. و كذا لو رأته من وراء جسم شفاف كالزجاج. و لو نظرت فى المرآه أو الماء فرأته ففى وقوعه وجهان: من حصول الرؤية فى الجملة، و كون المرئى مثاله لا شخصه. و لو كانت المرآه عمياء، فإن عرض عماها بعد إيقاعه الصيغه لم يقع بحضورها عنده، لأن ذلك لا يعدّ رؤيه حقيقته. و إن كانت عمياء من حين إيقاعه احتمال كونه كذلك لما ذكر، و حمله على حضورها عنده، لأن الأعمى يقول عرفا: رأيت اليوم فلانا و يريد الحضور عنده. و الأقوى عدم وقوعه فيهما.

الثامن: لو علّقه بالمسّ وقع إذا مسّت شيئا من بدنه، حيا كان أم ميتا.

و يشترط كون الممسوس ممّا تحلّه الحياه، فلا يقع بمسّ الشعر و الظفر، إذ لا يقال لمن مسّها من إنسان: أنه مسّه، مع احتمالها. و فى اعتبار كون مسّها بباطن كفّها أو يعمّ سائر بدنها وجهان أجودهما الثانى. و الوجهان آتيان فى مسّ المحدث

للقرآن. نعم، يشترط كونه بما تحلّه الحياه من بدنّها، كما يشترط ذلك في الممسوس. و مثله يأتي في مسّ الميّت على الوجه الذي يوجب الغسل.

التاسع: لو قلنا بوقوعه معلّقا على الصفه كالشرط- كما هو أقوى القولين- فقال: أنت عليّ كظهر أمي في شهر كذا، وقع عند استهلال هلاله، لأن اسمه يتحقّق عند مجيء أول جزء منه، كما أنه لو علّق بدخول الدار فحصلت في أولها وقع و لم يعتبر توسّطها. و لو قال: في نهار شهر كذا، أو في أول يوم منه، وقع عند طلوع الفجر من اليوم الأول. و كذا لو قال: في يوم كذا.

و لو قال: في آخر الشهر، فأوجه، أصحّها وقوعه في آخر جزء منه، لأنه المفهوم من اللفظ. و الثاني: وقوعه في أول جزء من ليله السادس عشر، لأن النصف الثاني كلّه آخر الشهر. و الثالث: وقوعه في أول اليوم الآخر.

و لو قال: عند انتصافه، وقع عند غروب شمس اليوم الخامس عشر و إن كان الشهر ناقصا، لأنه المفهوم من إطلاق النصف. و يحتمل وقوعه في أول اليوم الخامس عشر، لأنه يسمّى النصف، و لهذا يقال: ليله النصف من شعبان مثلا.

العاشر: الأمر المعلّق عليه إن فعله فاعله عامدا أو كان الغرض مجرد التعليق عليه- كقدوم الحاج و السلطان و من لا يبالي بتعليقه- وقع الظهر عند حصول الشرط مطلقا. و إن كان الغرض منه المنع- كما لو قال: إن دخلت دار فلان أو كلمته، فكلمته ناسيه أو جاهله بالتعليق أو مجنونه أو مكرهه، أو علّق هو ذلك على فعله قاصدا منع نفسه منه- ففي وقوع وجهان، من وجود المعلّق به، و ليس النسيان و نحوه دافعا للوقوع، و من عموم قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم:

الثامنة: يحرم الوطء (١) على المظاهر ما لم يكفر، سواء كفر بالعتق أو الصيام أو الإطعام.

«إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه» (١) والمراد رفع المؤاخذه أو رفع الأحكام. و التفصيل متوجه نظرا إلى القصد.

قوله: «يحرم الوطء.. إلخ».

أما تحريم الوطء قبل العتق و الصيام فموضع وفاق بين المسلمين، لقوله تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا (٢) ثُمَّ قَالَ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا (٣).

و أما تحريمه قبل الإطعام على تقدير عجزه عن الأولين فالأكثر منا و من الجمهور عليه، لأن الله تعالى جعله بدلا عنهما بقوله عقيب ذلك فَمَنْ لَمْ يَسِدْ تَطْعَ فِإِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِينًا (٤) و البدل يجب مساواته للمبدل في الحكم، و المطلق محمول على المقيّد مع اتّحاد الواقعة. و لما روى أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ قال لرجل ظاهر من امرأته: «لا- تقربها حتى تكفر» (٥) و يروى: «اعتزلها حتى تكفر» (٦) و هو شامل للخصال الثلاث. و من طريق الخاصه ما تقدّم (٧) من صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يمسه حتى يكفر، فإن

ص: ٥٢٧

١- ١) تقدّم ذكر مصادره في ص: ١٧، هامش (٣).

٢- ٢) المجادله: ٣.

٣- ٣) المجادله: ٤.

٤- ٤) المجادله: ٤.

٥- ٥) التهذيب ١٩: ٨٠ ح ٦٠، الاستبصار ٣: ٧٦٦ ح ٩٥٣، الوسائل ١٥: ٥٢٧ ب (١٥) من أبواب الظهار ح ٧، و انظر أيضا سنن ابن ماجه ١: ٦٦٦ ح ٢٠٦٥، تلخيص الحبير للعسقلاني ٣: ٢٢١ ح ١٦١٥.

٦- ٦) الكافي ١٥٩: ٦ ح ٢٧، و انظر أيضا سنن أبي داود ٢: ٢٦٨ ح ٢٢٢١، سنن البيهقي ٧: ٣٨٦، تلخيص الحبير ٣: ٢٢١ ح ١٦١٥.

٧- ٧) في ص: ٥٠٣-٥٠٤.

و لو وطئها(١)[فى]خلال الصوم استأنف.و قال شاذّ منّا لا يبطل التتابع لو وطئ ليلاً.[و هو غلط][١].

فعل يعتق أيضا رقبه»و غيرها من الأخبار(١)الشامله للخصال الثلاث.

و قال ابن الجنيد(٢)منّا و بعض العامّه[٢]إنه إذا انتقل فرضه إلى الإطعام لم يحرم الوطء قبله،لأن الله تعالى شرط فى العتق و الصيام أن يكون قبل العود، و لم يشترط ذلك فى الإطعام.و قد تقدّم جوابه.

قوله:«و لو وطئها..إلخ».

قد عرفت أن الوطء موقوف على فعل الكفّاره الذى لا يتمّ إلا بالإتيان بها أجمع،فمتى وطئ فى خلال الصوم-سواء كان بعد أن صام شهرا و من الثانى يوما أم لا-فقد صدق عليه الوطء قبل أن يكفّر،فلا يحصل الامتثال بالإكمال على هذا الوجه،لأن المأمور به هو صيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماشأ.

و هذا الحكم لا يختصّ بالنهار،بل تحريم الوطء حاصل إلى أن يصوم

ص:٥٢٨

١-٢) لاحظ الوسائل ١٥:٥٢٦ ب(١٥) من كتاب الظهار.

٢-٣) حكاه عنه العلّامه فى المختلف:٦٠٢.

شهرين، سواء كان في حاله مجوّزه للتفريق كما لو صام شهرا و من الثانى يوما أم لا- كما لو كان أقلّ من ذلك، و سواء كان الجماع مفسدا للصوم كما لو وقع نهارا أم لا كما إذا وقع ليلا. و إلى هذا ذهب الأكثر.

و قال ابن إدريس (١): لا- يبطل التتابع بالوطف ليلا مطلقا، لأن التتابع عبارته عن إتباع (٢) صوم اللاحق للسابق من غير فارق، و هو متحقق و إن وطئ ليلا. و لا يستأنف الكفّاره، لأنه لم يبطل من الصوم شىء، و عليه إتمامه و كفّاره أخرى للوطف.

و ليس قوله بذلك البعيد. و غايه ما استدلّوا به أن يكون قد أتم بالوطف خلال الصوم كما يَأْتَمُّ به لو فعله قبل الشروع فى الكفّاره، و إيجابه كفّاره أخرى، أما وجوب استئناف هذه فلا- و قولهم: إن المأمور به صيام شهرين متتابعين قبل المسيس لا ينفعهم، لأن الاستيناف يوجب (٣) كون الشهرين واقعين بعد التماس، و إذا لم توجه (٤) كان بعض الشهرين قبل التماس، و هذا أقرب إلى ما هو مأمور به من الأولين. و إن سلّمنا لكن بمخالفته يحصل الإثم و الكفّاره كما لو وقع قبل الشروع، فإنه إذا صام بعده فقد صدق عليه أنه لم يأت بالمأمور به قبل أن يتماسا، و مع ذلك وقع مجزيا. و الأقوى مختار ابن إدريس، و وافقه العلامة فى

ص: ٥٢٩

١- ١) السرائر ٧١٤: ٢.

٢- ٢) كذا فى «و» و فى سائر النسخ: إيقاع.

٣- ٣) كذا فى «و» و إحدى الحجريتين، و لعله الصحيح، و فى سائر النسخ و الحجرية الثانية: لا يوجب.

٤- ٤) كذا فى إحدى الحجريتين، و فى النسخ الخطية: يوجبه.

و هل يحرم (١) عليه ما دون الوطء كالقبلة و الملامسه؟ قيل: نعم، لأنه مماسه. و فيه إشكال ينشأ من اختلاف التفسير.

القواعد (١) و الشهيد فى الدروس (٢).

قوله: «و هل يحرم.. إلخ».

اختلف العلماء فى القدر المحرّم منها المعبر عنه بالمسيس هل هو الوطء، أم جميع الاستمتاع المحرّمه على غير الزوج كالقبلة و اللمس بشهوه و غيرها؟ فقال بعضهم (٣) بالثانى (٤)، لأن المسيس فى قوله تعالى مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا (٥) حقيقه فى تلاقى الأبدان لغه، و الأصل عدم النقل و الاشتراك.

و قال بعضهم (٦) بالأول، لأن المسيس يطلق على الوطء فى قوله تعالى:

مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ (٧) و الأصل فى الإطلاق الحقيقه.

و أوجب باستلزامه النقل أو الاشتراك، إذ لا خلاف فى عموم معناه لغه، و جاز استعماله فى بعض أفراد مجازا، و هو أولى منهما، و كثيرا ما يعدل فى القرآن عما يستهجن التصريح به إلى المجاز لذلك. و لأن مقتضى تشبيهها بالأم كون تحريمها على حدّ تحريمها إلى أن يكفّر، و هو تناول لغير الوطء من

ص: ٥٣٠

١-١) قواعد الأحكام ٢:٨٥.

٢-٢) الدروس ٢:١٨٥.

٣-٣) المبسوط ١٥٥، ١٥٤:٥.

٤-٤) فيما لدينا من النسخ المخطوطه و الحجرّيتين: بالأول، و فيما يلى: بالثانى، و الصحيح ما أثبتناه، كما استظهره فى هامش «و».

٥-٥) المجادله: ٤.

٦-٦) السرائر ٧١١:٢، و قواه فى المختلف: ٦٠٠.

٧-٧) البقره: ٢٣٧.

التاسعة: إذا عجز المظاهر (١) عن الكفارة أو ما يقوم مقامها عدا الاستغفار قيل: تحرم عليه حتى يكفر. وقيل: يجزيه الاستغفار.

و هو أكثر.

ضروبه.

و يشكل بأن ذلك يقتضى تحريم النظر بشهوه، والآيه لا تدلّ عليه، و ظاهر بعض (١) الأصحاب أنه غير محرّم، لعدم الدليل عليه، و إنما الكلام فيما يدخل فى مفهوم التماس لغه من ضرور الاستمتاع. و بأنها لم تخرج عن ملك الاستمتاع بالظهار، فأشبه الصوم و الحيض. و استصحاب الحلّ فيما عدا موضع الوفاق هو (٢) الوجه.

و اعلم أن تحريم المرأه شرعا تاره يختصّ بالوطء كحاله الحيض و الصوم، و تاره يعمّ كحاله الإحرام و الاعتكاف، و تاره يقع فيه الاختلاف كحاله الاستبراء و الظهار و استمتاع المالك بالجاريه المرهونه. و من قسم العموم الاستمتاع بالمعتده، و المرتده، و الأمه المزوجه لغير المالك بالنسبه إليه، و المعتده عن وطء الشبهه فى صلب النكاح، و يلحق فى الصوم النظر و اللمس لمن يخشى الإنزال بالوطء فى التحريم.

قوله: «إذا عجز المظاهر.. إلخ».

المظاهر إن قدر على إحدى الخصال الثلاث لم يحلّ الوطء حتى يكفر إجماعا، و هو المعبر عنه فى كلام المصنّف بالكفاره، و إن عجز عن الثلاث فهل لها بدل يتوقّف عليه حلّ الوطء؟ قيل: نعم. و اختلفوا فى البدل، فقال الشيخ فى

ص: ٥٣١

١-١) التنقيح الرائع ٣:٣٨١.

٢-٢) فى «م»: و هو.

النهاية (١): إن للإطعام بدلا و هو صيام ثمانية عشر يوما، فإن عجز عنها حرم عليه وطؤها إلى أن يكفر.

و قال ابنا بابويه (٢): إنه مع العجز عن إطعام الستين يتصدق بما يطيق.

و قال ابن حمزه (٣): إذا عجز عن صوم شهرين متتابعين صام ثمانية عشر يوما، فإن عجز تصدق عن كل يوم بمدّين من طعام.

و قال ابن إدريس (٤): إذا عجز عن الخصال الثلاث فبدلها الاستغفار، و يكفي في حلّ الوطء، و لا يجب عليه قضاء الكفّاره بعد ذلك و إن قدر عليها.

و للشيخ (٥) قول آخر بذلك لكن تجب الكفّاره بعد قدره.

و ذهب جماعه-منهم الشيخ (٦) في قول ثالث، و المفيد (٧) و ابن الجنيد (٨) إلى أن الخصال الثلاث لا بدل لها أصلا، بل يحرم عليه وطؤها إلى أن يؤدى الواجب منها. و هذا هو الذى يقتضيه نصّ القرآن، و إثبات حكم غيره يحتاج إلى دليل صالح، و هو منقّى.

و يؤيده روايه (٩) سلمه بن صخر و أمر النبي صلى الله عليه و آله و سلم إياه

ص: ٥٣٢

١-١) النهاية: ٥٢٧.

٢-٢) المقنع: ١٠٨، و حكاه العلامة عن والد الصدوق فى المختلف: ٦٠٢.

٣-٣) الوسيله: ٣٥٤، ذكره فى مطلق الكفّارات، و فيه: بمدّ، و كذا فى نسخه «م» من المسالك.

٤-٤) السرائر ٧١٣: ٢.

٥-٥) الاستبصار ٥٦: ٤-٥٧.

٦-٦) التهذيب ١٥: ٨، النهاية: ٥٢٥، المبسوط ١٥٥: ٥.

٧-٧) المقنعه: ٥٢٤.

٨-٨) حكاه عنه العلامة فى المختلف: ٦٠٢.

٩-٩) المتقدّمه فى ص: ٤٨٢-٤٨٣.

بالخصال، وأمره مع إقراره بالعجز أن يأخذ من الصدقة و يكفّر، ولو كان الاستغفار للعاجز كافياً لأمره به، وكذا غيره من الأبدال. ورواه أبو بصير عن الصادق عليه السلام قال: «كُلٌّ من عجز عن الكفّارهِ التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك ممّا يجب على صاحبه فيه الكفّارهِ فالاستغفار له كفّارهِ ما خلا يمين الظهار، فإنه إذا لم يجد ما يكفّر به حرمت عليه أن يجامعها، و فرّق بينهما إلا أن ترضى المرأة أن يكون معها ولا يجامعها» (١).

و احتجّ في المختلف (٢) للاجتهاد بالاستغفار بعد العجز عن الخصال الثلاث بأصالة براءة الذمّة، وإباحة الوطء، وإيجاب الكفّارهِ مع العجز تكليف بغير المقدور فيكون مدفوعاً، وما رواه إسحاق بن عمّار في الموثّق عن الصادق عليه السلام: «إن الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفّارهِ فليستغفر ربّه و لينو أن لا يعود قبل أن يواقع ثمّ ليواقع و قد أجزأ ذلك عنه من الكفّارهِ، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفّر به يوماً من الأيام فليكفّر، و إن تصدّق بكفّه فأطعم نفسه و عياله فإنه يجزيه إذا كان محتاجاً، و إلاّ يجد ذلك فليستغفر الله ربّه و ينو أن لا يعود، فحسبه بذلك و الله كفّارهِ» (٣).

و جوابه: أن أصالة البراءة و إباحة الوطء انقطعاً بالظهار، فإنه حرّم الوطء بإجماع المسلمين و أوجب الكفّارهِ مع العود، فإسقاطهما بعد ذلك يحتاج إلى

ص: ٥٣٣

-
- ١- (١) الكافي ٧:٤٦١ ح ٥، التهذيب ٨:١٦ ح ٥٠، الاستبصار ٤:٥٦ ح ١٩٥، الوسائل ١٥:٥٥٤ ب(٦) من أبواب الكفّارات ح ١.
 ٢- (٢) المختلف: ٦٠٢.
 ٣- (٣) الكافي ٧:٤٦١ ح ٦، التهذيب ٨:٣٢٠ ح ١١٩٠، الاستبصار ٤:٥٦ ح ١٩٦، الوسائل ١٥:٥٥٥ ب(٦) من أبواب الكفّارات ح ٤.

دليل. و من العجب من هذا الفاضل مثل هذا الاستدلال.

و أما الروايه فدلالته لا تخلو من اضطراب، لتضمّن صدرها وجوب الكفّاره إذا قدر عليها بعد الاستغفار و آخرها عدمه. مع أن العمل بمضمونها موقوف على قبول الموثّق، خصوصا مع معارضه القرآن (١) و ما (٢) هو أقوى دلاله.

و العلّامه كالشيخ لا ينضبط مذهبه فى العمل بالروايه، و فى أصول الفقه اشترط فى الراوى الإيمان و العداله، و فى فروع الفقه له آراء متعدّده منها قبول الموثّق كما هنا، بل ما هو أدنى مرتبه منه.

و احتجّ الشيخ على إيجاب صوم ثمانية عشر يوما بدلا مع العجز عن الخصال بروايه وهيب بن حفص، عن أبى بصير، عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق و لا ما يتصدّق و لا يقوى على الصيام، قال: يصوم ثمانية عشر يوما لكلّ عشره مساكين ثلاثه أيام» (٣).

و جوابه ضعف السند بوهيب، و اشتراك أبى بصير. و أما ما قيل فى جوابه - إن إثبات بدل اللواجب بالآيه بنص متأخر يوجب النسخ - فضعيف على ما حقّق فى الأصول.

و بقيه الأقوال - خصوصا تفصيل ابن حمزه (٤) - ليس لها دليل معتدّ به. نعم،

ص: ٥٣٤

١ - ١) المجادل: ٣-٤.

٢ - ٢) كروايه أبى بصير المذكوره فى الصفحه السابقه.

٣ - ٣) التهذيب ٢٣: ٨ ح ٧٤، الوسائل ١٥: ٥٥٨ ب (٨) من أبواب الكفّارات. و فى «د، م» و التهذيب: وهب بن حفص.

٤ - ٤) الوسيله: ٣٥٤.

العاشرة: إن صبرت المظاهره فلا اعتراض

العاشرة: إن صبرت المظاهره (١) فلا- اعتراض. و إن رفعت أمرها إلى الحاكم خيره بين التكفير و الرجعه أو الطلاق، و أنظره ثلاثه أشهر من حين المرافعه. فإن انقضت المدّه و لم يختر أحدهما ضيق عليه في المطعم و المشرب حتى يختار أحدهما. و لا يجبره على الطلاق تضييقا، و لا يطلّق عنه.

و رد في كفّاره رمضان أنه مع العجز عن إطعام السّتين يتصدّق بما يطيق، رواه عبد الله بن سنان (١) في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام. و يؤيّده قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» (٢). و هو عامّ فيصلح حجّه للصدوقين.

و اعلم أن المراد بالاستغفار في هذا الباب و نظائره أن يقول: أستغفر الله، مقترنا بالتوبه التي هي الندم على فعل الذنب و العزم على ترك المعاوده إلى الذنب أبدا. و لا- يكفي اللفظ المجرد عن ذلك، و إنما جعله الشارع كاشفا عما في القلب كما جعل الإسلام باللفظ كاشفا عن القلب. و اللفظ كاف في البدئيه ظاهرا، و أما فيما بينه و بين الله تعالى فإن لم يقترن بالتوبه التي هي من الأمور الباطنه لم يترتب عليه أثر فيما بينه و بين الله تعالى، بل كان الوطء معه كالوطء قبل التكفير، فيجب عليه به كفّاره أخرى في نفس الأمر و إن لم يحكم عليه بها ظاهرا.

قوله: «إن صبرت المظاهره.. إلخ».

منفعه الوطء أو مطلق الاستمتاع المترتب تحريمه على الظهار مشتركه بين

ص: ٥٣٥

١- (١) الكافي ٤: ١٠٢ ح ٣، الفقيه ٢: ٧٢ ح ٣٠٨، التهذيب ٤: ٣٢١ ح ٩٨٤، الاستبصار ٢: ٩٦ ح ٣١٣، الوسائل ٧: ٢٨ ب (٨) من أبواب ما يمسك عنه الصائم ح ١.

٢- (٢) عوالي اللئالي ٤: ٥٨ ح ٢٠٦، مسند أحمد ٢: ٥٠٨، صحيح البخاري ٩: ١١٧، صحيح مسلم ٢: ٩٧٥ ح ٤١٢، سنن الدارقطني ٢: ٢٨١ ح ٢٠٤.

الزوجين، إلا- أن المظاهر أدخل الضرر على نفسه، فإذا أراد العود فوسيلته إلى الحلّ الكفّاره. و أما المرأة فإن صبرت فلا اعتراض لأحد، وليس له أن يحملها على المرافعه. و إن لم تصبر و رفعت أمرها إلى الحاكم خيّر بين العود و التكفير و بين الطلاق، فإن أبى منهما أنظره ثلاثه أشهر من حين المرافعه لينظر في أمره، فإذا انقضت المدّه و لم يختّر أحدهما حبسه و ضيق عليه في المطعم و المشرب، بأن يمنعه ممّا زاد على ما يسدّ الرمق و يشقّ معه الصبر إلى أن يختار أحد الأمرين. و لا يجبره على أحدهما عينا، بل يخيّر بينهما كما مرّ، لا- من حيث إن الطلاق الإجماعي لا يصحّ، لأن الإجماع يتحقّق على التقديرين، فإنه أحد الأمرين المحمول عليهما تخيرا، فهو محمول عليه في الجملة، بل لأن الشارع لم يجبره إلا كذلك، و لو أمر بإجباره على الطلاق بخصوصه لجاز كما صحّ الإجماع في مواضع (١) كثيره، و لم ينف صحّه الفعل.

و ظاهر الأصحاب الاتفاق على هذا الحكم. و الموجود فيه من الأخبار روايه أبي بصير قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته، قال: إن أتاها فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا، و إلا ترك ثلاثه أشهر، فإن فاء و إلا- أوقف حتى يسأل أ لك حاجه في امرأتك أو تطلقها؟ فإن فاء فليس عليه شيء، و هي امرأته، و إن طلق واحده فهو أملك برجعتها» (٢).

و في طريق الروايه ضعف. و في الحكم على إطلاقه إشكال، لشموله ما إذا

ص: ٥٣٦

١- ١) ذكر بعضها في ج ١٥٧: ٣.

٢- ٢) التهذيب ٨: ٢٤ ح ٨٠، الاستبصار ٣: ٢٥٥ ح ٩١٤، الوسائل ١٥: ٥٣٣ ب (١٨) من كتاب الطهار.

رافعته عقيب الظهر بغير فصل بحيث لا- يفوت الواجب لها من الوطاء بعد مضيّ المدّه المضروبه، فإن الواجب وطؤها في كلّ أربعه أشهر مرّه، وغيره من الحقوق لا يفوت بالظهار، أما إذا لم نحرم غير الوطاء فظاهر، و أما إذا حرّمناه فيبقى لها حقّ القسم على بعض الوجوه، وهو غير مناف للظهار. و في الروايه أمور آخر منافيه للقواعد.

تمّ المجلّد التاسع و لله الحمد، و يليه المجلّد العاشر بإذنه تعالى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان

الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

