مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الإسلام

زين الدين بن علي العاملي

الشهيد الثاني

المجلد التاسع

تحقيق ونشر

مؤسسة المعارف الإسلامية



٤٠

مسالك الأفهام

إلى تنقيح

شرائع الإسلام

تأليف

زين الدين بن علي العاملي (قدس سره)

« الشهيد الثاني » (٩١١ ـ ٩٦٥ هـ)

الجزء التاسع

تحقيق ونشر

مؤسسة المعارف الإسلامية

شهيد ثانى، زين الدين على، ٩١١ - ٩٦٦ ق . شارح .
مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الإسلام (محقق حلى) / تاليف زين الدين بن على العاملى «شهيد ثاني» ؛ تحقيق مؤسسة المعارف الاسلاميه - قم ١٤١٣ ق.
١٦ ج - (بنياد معارف اسلامى - ٤٠)
ISBN : 978 - 964 -7777 - 37 - 7 (ج٩) ISBN : 978 - 964 - 6289 - 34 - 5 (دوره)
چهارم : ١٤٢٩ ق. = ١٣٨٧
فهرستنويسى بر اساس اطلاعات فيپا . عربى - كتابنامه.
١- محقق حلى، جعفر بن حسن ، ٦٠٢ - ٦٧٦ ق. شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام - نقد وتفسير . ٢ . فقه جعفرى - - قرن ٧ ق. الف. محقق حلى ، جعفر بن حسن ، ٦٠٢ - ٦٧٦ ق . شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام .شرح . ب. بنياد معارف اسلامى . ج. عنوان.
د. شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، شرح.
BP ١٨٢ / ٣ م ش ٤ . ٢٥٥ ٢٩٧ / ٣٤٢ ش ش / ش ٣٣١ م
كتابخانه ملى ايران - محل نگهدارى ١٦٨٤ - م *

٤٠

اسم الكتاب : مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ج٩
تأليف زين الدين بن علي العاملي «الشهيد الثاني».
تحقيق ونشر : مؤسسة المعارف الإسلامية
الطبعة : الرابعة ١٤٢٩ هـ. ق
العدد : ١٥٠٠
المطبعة : عترت
رقم الايداع الدولي : ٩٧٨ - ٩٦٤ - ٧٧٧٧ - ٣٧ - ٧
ISBN : 978 - 964 - 7777 - 37 - 7

حقوق الطبع محفوظة لمؤسسة المعارف الإسلامية

قم المقدسة ـ تلفون : ٠٩١٢٧٤٨٨٢٩٨- ٧٧٣٢٠٠٩ ص ب ٧٦٨ / ٣٧١٨٥
www.maarcf islami .com
E-mail :info@maarefislami.com




شبكة الفكر
alfeker.net

القسم الثالث

في الإيقاعات ، وهي أحد عشر كتاباً

كتاب الطـلاق

كتاب الطـلاق

والنظر في الأركان والأقسام واللواحق.

وأركانه: أربعة

الركن الأول: في المطلّق. ويعتبر فيه شروط أربعة:

الأول : البلوغ .

فلا اعتبار بعبارة الصبيّ قبل بلوغه عشراً. وفيمن بلغ عشراً عاقلاً وطلّق للسنّة رواية بالجواز فيها ضعف.

قوله: «الطلاق....الخ».

الطلاق ـ لغةً ـ حلّ القيد، ويطلق على الإرسال والترك، يقال: ناقة طالق أي: مرسلة ترعى حيث تشاء، وطلّقت القوم : إذا تركتهم[1]. وشرعاً : إزالة قيد النكاح بصيغة طالق وشبهها. ويقال: طلّق الرجل امرأته تطليقاً، وطلقت هي تطلق طلاقاً، فهي طالق وطالقة[2]. وعن الأخفش أنه لا يقال: طلقت بـالضمّ[3]. وفـي ديوان الأدب[4] أنه لغة.

قوله: «فلا اعتبار بعبارة الصبيّ.....الخ».

الرواية التي أشار إليها رواها ابن فضّال، عن ابن بكير ، عن أبي عـبدالله عليه السلام قال: «يجوز طلاق الصبيّ إذا بلغ عشر سنين»[5]. وضعفها بالرجلين

(١ و ٢ و ٣) لسان العرب ١٠: ٢٢٦.

(٤) لم نجده فيه.

(٥) التهذيب ٨: ٧٥ ح ٢٥٤، الاستبصار ٣: ٣٠٢ ح ١٠٧٢.

. . . . . .

المذكورين، فإنهما فطحيّان، ومع ذلك عمل بمضمونها الشيخان[١] وجماعة[٢] من المتقدّمين. وقد روى في معناها ابن أبي عمير في الحسن مرسلاً عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «يجوز طلاق الصبيّ إذا بلغ عشر سنين»[٣].

وروى ابن بكير جواز طلاقه غير مقيّد بالعشر أيضاً عنه عليه السلام قال: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، ووصيّته وصدقته وإن لم يحتلم»[٤]. وفي معناها موقوفة سماعة قال: «سألته عن طلاق الغلام ولم يحتلم وصدقته، قال: إذا طلّق للسنّة ووضع الصدقة في موضعها وحقّها فلا بأس، وهو جائز»[٥] وعمل بمضمونها ابن الجنيد[٦] فلم يقيّد بالعشر. ولم يعتبر المصنف خلافه، بل اقتصر على نقل القول المشهور.

والأصحّ عدم صحّته مطلقاً، لضعف المستند، ومخالفته للأُصول الشرعيّة وأكثر الأُمّة. مع أنه قد روى أبو الصبّاح الكناني بطريق قريب إلى الصحّة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ليس طلاق الصبيّ بشيء»[٧]. وروى أبو بصير عنه عليه

---

(١) لم نجده في باب الطلاق من المقنعة. نعم، حكم في باب الوصيّة (٦٦٧) بصحّة وصيّة الصبيّ إذا بلغ عشر سنين، وربما استظهر منه صحّة سائر تصرّفاته. النهاية: ٥١٨.

(٢) راجع المهذّب ٢: ٢٨٨، الوسيلة: ٣٢٣.

(٣) الكافي ٦: ١٢٤ ح ٥ وفيه: لا يجوز، الوسائل ١٥: ٣٢٤ ب (٣٢) من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٢.

(٤) الكافي ٦: ١٢٤ ح ٤، التهذيب ٨: ٧٦ ح ٢٥٧، الاستبصار ٣: ٣٠٣ ح ١٠٧٥، الوسائل الباب المتقدّم ح ٥، وفي الكافي والوسائل: لا يجوز.

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

(٦) انظر المختلف: ٥٨٩.

(٧) في هامش «و»: «الطريق صحيح إلا أنّ فيه محمد بن الفضيل، وهو مشترك، والظاهر أنه الثقة. منه رحمه الله». لاحظ الكافي ٦: ١٢٤ ح ٢، التهذيب ٨: ٧٦ ح ٢٥٦، الاستبصار ٣: ٣٠٣ ح ١٠٧٤، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

ولو طلّق وليّه لم يصحّ، لاختصاص الطلاق بمالك البضع، وتوقّع زوال حجره غالباً.

ولو بلغ فاسد العقل طلّق وليّه، مع مراعاة الغبطة. ومنع منه قوم. وهو بعيد.

السلام قال:« لا يجوز طلاق الصبيّ ولا السكران»[١]. وهذا مذهب ابن إدريس[٢] والمتأخّرين[٣].

قوله: «ولو طلّق وليّه....الخ».

أشار بالتعليل الأول إلى الرواية عنه صلّى الله عليه وآله وسلّم قال: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»[٤] والمبتدأ منحصر في خبره، وهو يقتضي انحصار وقوع الطلاق المعتبر في الزوج المستحقّ للوصف. وبقوله: «وتوقّع زوال حجره» إلى بيان الفرق بينه وبين المجنون، حيث يجوز للوليّ أن يطلّق عنه مع المصلحة بخلاف الصبيّ، لأن الصبيّ لحجره أمد يتوقّع زواله بالبلوغ غالباً، بخلاف المجنون، فإنه لا أمد له. وقيّد بالغلبة لجواز بلوغه فاسد العقل، فيجوز طلاقه عنه حينئذٍ مع المصلحة، كما سيأتي.

قوله: «ولو بلغ فاسد....الخ».

المشهور بين الأصحاب المتقدّمين منهم والمتأخّرين ـ ومنهم الشيخ

---

(١) الكافي ٦: ١٢٤ ح ٣، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.

(٢) السرائر ٢: ٦٦٤.

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

(٤) سنن ابن ماجة 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.

. . . . . .

في النهايـة[١] وابن الجنيد[٢] وابن بابويه[٣] وأتباع[٤] الشيخ والمتأخّرون[٥] ـ جواز طلاق الوليّ عن المجنون المطبق مع الغبطة، لأن مصلحة المجنون منوطة بالوليّ عنه، لتعذّر إسنادها إليه، وعدم توقّع زوال عذره، فلو لم يجعل للوليّ هذا التصرّف لزم تضرّر المجنون بتقدير استغنائه عن الزوجة وكون مـصلحته فـي مـفارقتها، والضرر منفيّ بالآية[٦] والرواية[٧]، بخلاف الطفل، لأن نكاحه منوط بـالمصلحة، وعذره متوقّع الزوال. ولصحيحة أبي خالد القمّاط قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل الأحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليّه عليه ؟ قال: ولم لا يطلّق هو ؟ قلت: لا يؤمن إن هو طلّق أن يقول غداً لم أطلّق، أو لا يحسن أن يطلّق . قال: ما أرى وليّه إلا بمنزلة السلطان»[٨].

وروى الصدوق عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن طلاق المعتوه الزائل العقل أيجوز ؟ قال: لا»[٩]. وعن أبي بصير عنه عليه السلام : «أنه سئل عن المعتوه يجوز طلاقه ؟ فقال: ما هو ؟ فقلت: الأحمق الذاهب العقل، فقال: نعم»[١٠]. ثم قال ابن بابويه: يعني إذا طلّق عنه وليّه، فأما أن يطلّق هو فلا، لما

---

(١) النهاية : ٥١٨ ـ ٥١٩.

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف : ٥٨٩.

(٣) المقنع : ١١٩.

(٤) راجع المهذب ٢ : ٢٨٨، الوسيلة : ٣٢٣.

(٥) راجع الجامع للشرائع : ٤٦٦، قواعد الأحكام ٢ : ٦٠، إيضاح الفوائد ٣ : ٢٩٢.

(٦) الحج: ٧٨.

(٧) لاحظ الوسائل ١٧ : ٣٤١ ب «١٢» من أبواب إحياء الموات ح ٣، ٤، ٥.

(٨) الكافي ٦ : ١٢٥ ح ١، التهذيب ٨ : ٧٥ ح ٢٥٣، الاستبصار ٣ : ٣٠٢ ح ١٠٧١، الوسائل ١٥ : ٣٢٩ ب (٣٥) من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه ح ١.

(٩ و ١٠) الفقيه ٣ : ٣٢٦ ح ١٥٧٦، ١٥٧٧.

. . . . . .

رواه صفوان بن يحيى عن أبي خالد القمّاط قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل يعرف رأيه مرّة وينكره أُخرى، يجوز طلاق وليّه عنه؟ فقال: ما له هو لا يطلّق ؟ قال: قلت: لا يعرف حدّالطلاق ، ولا يؤمن عليه إن طلّق اليوم أن يقول غداً لم أطلّق، فقال: ما أراه إلّا بمنزلة الامام، يعني الولي»[١].

وفي الاحتجاج بهذه الأخبار نظر، لأن جعل الولي بمنزلة الإمام أو السلطان لا يدلّ على جواز طلاقه عنه. ولأن متن الحديثين لا يخلو من قصور، لأن السائل وصف الزوج بكونه ذاهب العقل، ثم يقول له الإمام: ما له لا يطلّق ؟ مع الاجماع على أن المجنون ليس له مباشرة الطلاق ولا أهليّة التصرّف، ثم يعلّل السائل عدم طلاقه بكونه ينكر الطلاق أو لا يعرف حدوده، ثم يجيبه بكون الولي بمنزلة السلطان. وكلّ هذا يضعّف الاحتجاج بها.

والدليل الأول من غير الأخبار بمجرّده لا يصلح حجّة في ذلك إلا مع تحقّق الضرر ليمكن الاحتجاج بخبر الإضرار، لا بمجرّد ما ادّعوه من الجواز مع الغبطة.

وأيضاً فهذه الأخبار ليس فيها تقييد باشتراط طلاقه بالمصلحة والغبطة للمجنون. ومن ثم ذهب ابن إدريس[٢] إلى عدم الجواز، وقبله الشيخ في الخلاف[٣]، محتجّاً بإجماع الفرقة، وبأصالة بقاء العقد وصحّته، وبقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «الطلاق لمن أخذ بالساق»[٤] والزوج هو الذي له ذلك دون

(١) الفقيه ٣: ٣٢٦ ح ١٥٧٨.

(٢) السرائر ٢: ٦٧٣، ٦٩٤.

(٣) الخلاف ٤: ٤٤٢ مسألة (٢٩).

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

. . . . . .

غيره.

وزاد ابن إدريس الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿فإن طلّقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾[١] فأضاف الطلاق إلى الزوج، فمن جعله لغيره يحتاج إلى دليل. وذكر حديث الساق، ثم أورد على نفسه: إن هذا والٍ عليه وناظر في مصالحه، فله فعل ما يشاء ممّا هو راجع إلى مصالحه. وأجاب بالمعارضة بالصبي، فإنه لا يطلّق عنه وليّه مع كونه ناظراً في مصالحه. وبأن الطلاق شرطه مقارنة نيّة المطلّق الذي هو الزوج ، وهو مفقود في المجنون.

ولقد تمالأ[٢] عليه في المختلف[٣]، وزاد في تضعيف كلامه بما لا يحتمله، وبالغ في إنكاره عليه، مع سبق الشيخ إلى ذلك، ودعواه الإجماع عليه، مع مخالفته هو نفسه في ذلك في النهاية[٤] وكتابي الأخبار[٥].

والعجب هنا أن الشيخ فخر الدين ادّعى في شرحه[٦] الإجماع على جواز طلاق الولي عن المجنون المطبق، مع دعوى الشيخ الإجماع على عدمه وموافقة ابن إدريس له.

والحقّ أن الإجماعين ممنوعان. وتكلّف الاستناد في مثل ذلك على معلوميّة نسب المخالف في الحكم مشترك بين معظم الأحكام الشرعيّة. ومع هذا

---

(١) البقرة: ٢٣٠.

(٢) في النسخ الخطّية والحجريّتين: تمالى، وفي «م»: مال، والصحيح ما أثبتناه.

(٣) المختلف: ٥٨٩.

(٤) النهاية: ٥١٨ ـ ٥١٩.

(٥) التهذيب ٨: ٧٥، الاستبصار ٣: ٣٠٢.

(٦) إيضاح الفوائد ٣: ٢٩٢.

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

ولا يطلّق الوليّ عن السكران، لأن زوال عذره غالب، فهو كالنائم. ويطلّق عن المجنون. ولو لم يكن له وليّ طلّق عنه السلطان أو من نصبه للنظر في ذلك .

كلّه فاعتمادنا على العمل بالمشهور من الجواز.

والجواب عن حجّة المانع بمنع الإجماع. والأصالة مقطوعة بالطلاق الصادر من الولي المراعي للمصلحة أو الدافع للضرر، النافذ تصرّفه فيما فيه مصلحته من غير الطلاق، واستثناؤه ليس بجيّد. والخبر[1] ـ مع تسليم سنده ـ لا ينافي ذلك، لأن طلاق الولي كطلاقه، كما يجوز طلاق الوكيل بالإجماع، إذ لم يوجب أحد إيقاع الطلاق مباشرة لأجل ذلك. وينبغي أن يجعل دلالته على عدم جواز طلاق الفضولي ونحوه. والكلام في دلالة الآية[2] كالخبر. واشتراط نيّة المطلّق يعتبر في مباشرته كالوكيل، وتجعل نيّته كنيّة الزوج.

قوله: «فلا يصحّ....الخ».

لا خلاف في عدم صحّة طلاق من ذكر مباشرة. ويدلّ عليه ـ مع الإجماع ـ أنه مشروط بالقصد، ولا قصد لهؤلاء. ويدلّ عليه ـ مع ذلك ـ أخبار كثيرة، منها رواية الحلبي قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن طلاق السكران وعتقه، قال:

---

(١) راجع ص: ١٣، هامش (٤).

(٢) البقرة: ٢٣٠.

. . . . . .

لا يجوز»[١]. وسأل زكريّا بن آدم الرضا عليه السلام عن طلاق السكران والصبيّ والمعتوه والمغلوب على عقله ومن لم يتزوّج بعد فقال: «لا يجوز»[٢] وغيرهما.

والمراد بالسكران من بلغ بتناول المسكر حدّاً يرفع قصده. وقد قال بعض الفضلاء[٣] في حدّه: إذا اختلط كلامه المنظوم وانكشف سرّه المكتوم. والمقصود أن يصير مثل المجنون الذي لا تنتظم أُموره، أما ما دام في ابتداء نشاطه فهو كالعاقل، وإذا سقط كالمغشيّ عليه فكالنائم والمغمى[٤] عليه، ولا اشتباه إذا بلغ هذا الحدّ. ولا يصحّ طلاق الوليّ عنه، كما لا يصحّ عن الصبيّ والنائم والمغمى عليه، لاشتراك الجميع في أن لهم أمداً يرتقب، بخلاف المجنون. والمراد به المطبق كما استفيد من أدلّة الجواز، فلو كان يعتريه أدواراً لم يجز الطلاق عنه حالة الدور، لأن ترقّب عقله أقرب من الصبيّ الممتنع الطلاق عنه. وإطلاق المصنف وجماعة[٥] المجنون منزّل عليه، ولو أرادوا العموم منعنا الحكم فيه.

والمراد بقوله: «ولو لم يكن له وليّ» الوليّ الخاص كالأب والجدّ، وإلّا فالسلطان وليّه على العموم، وكذا من نصبه.

---

(١) الكافي ٦: ١٢٦ ح ٤، التهذيب ٨: ٧٣ ح ٢٤٥، الوسائل ١٥: ٣٢٨ ب «٣٤» من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥.

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

(٣) راجع روضة الطالبين ٦: ٥٩.

(٤) في «ش»: أو المغمى.

(٥) لاحظ النهاية: ٥٠٩، إرشاد الأذهان ٢: ٤٢، اللمعة الدمشقيّة: ١٢٣.

الشرط الثالث: الاختيار. فلا يصحّ طلاق المكرَه. ولا يتحقّق الإكراه ما لم تكمل أُمور ثلاثة:

كون المكرِه قادراً على فعل ما توعّد به.

وغلبة الظنّ أنه يفعل ذلك مع امتناع المكرَه.

وأن يكون ما توعّد به مضرّاً بالمكرَه في خاصّة نفسه أو من يجري مجرى نفسه كالأب والولد، سواء كان ذلك الضرر قتلاً أو جرحاً أو شتماً أو ضرباً. ويختلف بحسب منازل المكرَهين في احتمال الإهانة. ولا يتحقّق الإكراه مع الضرر اليسير.

قوله: «الاختيار، فلا يصحّ....الخ».

التصرّفات القوليّة المحمول عليها بالإكراه باطلة عندنا وعند أكثر العلماء، سواء في ذلك الطلاق والنكاح والبيع وسائر المعاملات وغيرها. والأصل فيه وراء الإجماع قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «لا طلاق في إغلاق»[١] فسّره علماء[٢] الغريب بالإكراه ، وقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «رفع عن أُمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[٣] والمراد رفع أحكامه. وروى زرارة في الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن طلاق المكرَه وعتقه، فقال: ليس طلاقه بطلاق

---

(١) مسند أحمد ٦ : ٢٧٦ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٥٩ ح ٢٠٤٦ ، سنن أبي داود ٢ : ٢٥٨ ح ٢١٩٣ ، مسند أبي يعلى الموصلي ٧ : ٤٢١ ح ٨٨.

(٢) معالم السنن للخطّابي ٣ : ٢٤٢ ، غريب الحديث لابن الجوزي ٢ : ١٦١ ، النهاية لابن الأثير ٣ : ٣٧٩.

(٣) المصنف لابن أبي شيبة ٥ : ٤٩ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٥٩ ح ٢٠٤٥ ، علل الحديث ١ : ٤٣١ ح ١٢٩٦.

ولا عتقه بعتق»[١]. وروى عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سمعته يقول: لو أن رجلاً مسلماً مرّ بقوم ليسوا بسلطان فقهروه حتى يتخوّف على نفسه أن يعتق أو يطلّق ففعل لم يكن عليه شيء»[٢].

وقد جرت عادة الفقهاء بذكر حدّ الإكراه في هذا المحلّ، مع الاحتياج إليه فيما قبله من العقود وغيرها. وقد أشار المصنف إلى أُمور يتحقّق معها الإكراه، ويظهر من جملتها حدّه. وجملة ذلك أُمور ثلاثة: كون المكرِه غالباً قادراً على ما يهدّده به بولاية أو تغلّب، وكون المكرَه مغلوباً عاجزاً عن الدفع بفرار أو مقاومة أو استعانة بالغير. وأن يعلم أو يغلب [على][٣] ظنّه أنه لو امتنع ممّا يطلبه منه وقع به المكروه. وأن يكون ما توعّد به مضرّاً بالمكرَه في خاصّة نفسه أو من يجري مجرى نفسه من أبيه وولده وغيرهما، من قتل أو جرح أو ضرب شديد أو حبس أو شتم أو إهانة واستخفاف إذا كان المطلوب منه وجيهاً[٤] يغضّ ذلك منه. ويختلف الضرب والشتم وما يجري مجراهما من الإهانة باختلاف طبقات الناس وأحوالهم. أمّا التخويف بالقتل والقطع فلا يختلف.

ولم يذكر المصنف من وجوه الإكراه التوعّد بأخذ المال. والأصحّ تحقّقه به، واختلافه باختلاف حال الناس في اليسار وضدّه كالأخيرين، فإن منهم من يضرّ بحاله أخذ عشرة دراهم ومنهم من لا يضرّه أخذ مائة. ومن العلماء[٥] من جعل

---

(١) الكافي ٦: ١٢٧ ح ٢، الوسائل ١٥: ٣٣١ ب «٣٧» من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ١.

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

(٣) من «ش» وإحدى الحجريّتين.

(٤) في «ش»: وجهاً.

(٥) روضة الطالبين ٦: ٥٦.

المال من قبيل الأول، فلا يختلف الحال فيه باختلاف الناس، وجعل الكثير منه والقليل محقّقاً للإكراه. وما ذكرناه أظهر.

والعبارة الجامعة لذلك كلّه أنه حمل القادر على فعل أو توعّده بما يكون مضرّاً بالمحمول ظلماً، مع رجحان إيقاعه به لو لم يفعل مطلوبه وعجز[١] عن دفعه.

وتحرير المبحث يتمّ بأُمور:

الأول: يستثنى من الحكم ببطلان فعل المكرَه ما إذا كان الإكراه بحقّ، فإنه صحيح، كإكراه الحربي على الاسلام والمرتدّ، إذ لو لم يصحّ لما كان للإكراه عليه معنى. وله موارد كثيرة ذكرناها فيما سلف[٢] من هذا الكتاب. والعبارة الجامعة لها ـ مع السابقة ـ أن يقال: ما لا يلزمه في حال الطواعية لا يصحّ منه إذا أتى به مكرَهاً، وما يلزمه في حال الطواعية يصحّ مع الإكراه عليه.

ولا يخلو الحكم بإسلام الكافر مع إكراهه عليه من غموض من جهة المعنى وإن كان الحكم به ثابتاً من فعل النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم فما بعده، لأن كلمتي الشهادة نازلتان في الإعراب عمّا في الضمير منزلة الإقرار، والظاهر من حال المحمول عليه بالسيف أنه كاذب. لكن لعلّ الحكمة فيه أنه مع الانقياد ظاهراً وصحبة المسلمين والاطّلاع على دينهم يوجب له التصديق القلبي تدريجاً، فيكون الإقرار اللساني سبباً في التصديق القلبي.

الثاني: إنما يمنع[٣] وقوع الطلاق بالإكراه إذا لم يظهر ما يدلّ على اختياره.

---

(١) في «ش»: وعجزه.

(٢) في ج ٣: ١٥٧.

(٣) في «ح»: يمتنع.

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

فمنها: أن يكرهه على طلقة واحدة فيطلّق ثلاثاً، فإنه يشعر برغبته واتّساع صدره للطلاق، فيقع الجميع لا اثنتان، مع احتماله، لأن صيغته الأُولى يحكم عليها بالإكراه لعدم المعارض، فتلغو ويقع ما بعدها. ووجه وقوع الجميع أن إيقاع الأخيرتين قرينة اختياره في الأُولى.

ولو أوقع الثلاث بصيغة واحدة، فإن كان يعتقد عدم صحّة ما زاد على الواحدة بذلك فهو كما لو أوقع واحدة خاصّة، بل أولى، لأن التلفّظ بالثلاث على هذا الوجه مختلف في أنه يسدّ مسدّ الواحدة أم لا كما سيأتي[1]، فقد أتى بالمحمول عليه على أدنى مراتبه. وإن كان يعتقد وقوع الثلاث بهذا اللفظ كالمخالف وقع عليه الثلاث، لدلالته على الاختيار. ولا يحتمل هنا إلغاء واحدة كما احتمل في السابق المترتّب، لأنّ هذا لفظ واحد مخالف للمكره عليه ابتداءً فوقع صحيحاً، بخلاف الثلاث المترتّبة، فإن الأول منها عين المكره عليه.

ومنها: ما لو انعكس، بأن أكرهه على ثلاث طلقات فطلّق واحدة، فقيل تقع الواحدة، لأنها غير ما أكرهه عليه. والأقوى هنا عدم الوقوع، لأن الواحدة بعض ما أكرهه عليه، ولأنه قد يقصد دفع مكروهه بإجابته إلى بعض مطلوبه، ولا يقصد إيقاع الواحدة.

ومنها: لو أكرهه على طلاق زوجته فطلّق زوجتين، فإن وقع ذلك بلفظ

---

(١) في ص: ٢٩ ـ ٣١.

واحد ـ كما لو قال له: طلِّق زوجتك زينب، فقال لها ولفاطمة: أنتما طالقتان ـ وقع عليهما، لأن ذلك خلاف المكره عليه وقد عدل عنه إلى غيره فلا مانع من صحّته. وإن قال: زينب طالق وفاطمة طالق، طلّقت فاطمة ولم تطلّق زينب، لأنها مكره عليها بخلاف الأُخرى . ومنهم من لم يفصّل بين العبارتين وأطلق الحكم بوقوع الطلاق عليهما. والفرق متّجه.

ومنها: لو أكرهه على طلاق زوجتين فطلّق واحدة عكس السابقة، قيل: يقع. والوجه عدم الوقوع كما[1] قلناه فيما لو أكرهه على طلقات فطلّق واحدة.

ومنها: لو أكرهه على طلاق واحدة معيّنة فطلّق غيرها. ولا شبهة هنا في الوقوع، لأن ذلك مباين لما أكرهه عليه بكلّ وجه.

ومنها: ما لو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه لا على التعيين فطلّق واحدة بعينها، قيل: يقع الطلاق، لأنه مختار في تعيينها، ولأنه لمّا عدل عن الإبهام إلى التعيين فقد زاد على ما أكرهه عليه، لأن الإكراه على طلاق إحداهما لا على طلاق هذه، وطلاق هذه طلاق إحداهما مع زيادة، وقد تقرّر في الأُصول أن الأمر بالكلّي ليس أمراً بجزئيٍّ معيّن.

ويحتمل قويّاً عدم الوقوع، لأن متعلّق الإكراه وإن كان كلّياً لكنّه يتأدّى في ضمن طلاق كلّ واحدة بعينها وبطلاق واحدة غير معيّنة، فكلّ واحد من الأفراد داخل في المكره عليه ومدلول عليه بالتضمّن.

نعم، لو صرّح له بالحمل على طلاق واحدة مبهمة ـ بأن يقول: إحداكما طالق مثلاً ـ فعدل عنه إلى طلاق معيّنة فلا شبهة هنا في وقوع الطلاق على

---

(١) في «و»: لما.

. . . . . .

المعيّنة، لأنه غير المكره عليه جزماً.

ومنها: لو أكرهه على أن يطلّق بكناية من الكنايات فطلّق باللفظ الصريح، أو بالعكس عند القائل بصحّته، أو عدل من صريح مأمور به إلى صريح آخر، فإنه يقع الطلاق خصوصاً في الأول، لأنه قد حمله على طلاق فاسد فعدل إلى صحيح، وعند مجوّزه عدل إلى غير الصيغة المكره عليها.

الثالث: لا يعتبر في الحكم ببطلان طلاق المكره التورية وإن كان يحسنها عندنا، لأن المقتضي لعدم وقوعه هو الاكراه الموجب لعدم القصد إليه، فلا يختلف الحال بين التورية وعدمها. ولكن ينبغي التورية للقادر عليها، بأن ينوي بطلاق فاطمة المكره عليها غير زوجته ممّن يشاركها في الاسم، أو ينوي طلاقها من الوثاق، أو يعلّقه في نفسه بشرط. ولو كان جاهلاً بها، أو أصابته دهشة عند الإكراه ـ كسلّ السيف مثلاً ـ عذر إجماعاً.

الرابع: لو قصد المكرَه إيقاع الطلاق ففي وقوعه وجهان، من أن الإكراه أسقط أثر اللفظ ومجرّد النيّة لا تعمل، ومن حصول اللفظ والقصد. وهذا هو الأصحّ.

الخامس: لو قال: طلّق زوجتي وإلّا قتلتك، أو غير ذلك ممّا يتحقّق به الإكراه، فطلّق ففي وقوع الطلاق وجهان أصحّهما الوقوع، لأنه أبلغ في الإذن. ووجه المنع: أن الإكراه يسقط حكم اللفظ، فصار كما لو قال لمجنون: طلّقها، فطلّق. والفرق بينهما: أن عبارة المجنون مسلوبة أصلاً، بخلاف عبارة المكره، فإنّها مسلوبة لعارض[1] تخلّف القصد، فإذا كان الآمر قاصداً لم يقدح إكراه

(١) في «ح»: بعارض.

. . . . . .

المأمور.

السادس: لو أُكره الوكيل على الطلاق دون الموكّل ففي صحّته وجهان أيضاً، من تحقّق اختيار الموكّل المالك للتصرّف، ومن سلب عبارة المباشر.

السابع: لو توعّده بفعل مستقبل كقوله: إن لم تفعل لأقتلنّك أو أضربنّك غداً، ففي عدّه إكراهاً نظر، من حصول الخوف بإيقاع الضرر، ومن سلامته منه الآن، والتخلّص من الضرر يحصل بإيقاعه عند خوف وقوعه في الحال. وهذا قويّ[1]. نعم، لو كان محصّل الإكراه في الآجل، على أنه إن لم يفعل الآن أوقع به المكروه في الآجل وإن فعله ذلك الوقت، ورجّح وقوع المتوعّد به، اتّجه كونه إكراهاً، لشمول الحدّ له.

الثامن: لا يحصل الإكراه بأن يقول: طلّق امرأتك وإلّا قتلت نفسي أو كفرت أو تركت الصلاة ونحوها، ولا بأن يقول وليّ القصاص لمن هو عليه: طلّق امرأتك وإلّا اقتصصت منك، لأن ذلك حقّه فلا يعدّ استيفاؤه ضرراً بالمأمور.

التاسع: لو تلفّظ بالطلاق ثم قال: كنت مكرَهاً، وأنكرت المرأة، فإن كان هناك قرينة تدلّ على صدقه ـ بأن كان محبوساً، أو في يد متغلّب، ودلّت القرينة على صدقه ـ قبل قوله بيمينه، وإلّا فلا. ولو طلّق في المرض ثم قال: كنت مغشيّاً عليّ أو مسلوب القصد، لم يقبل قوله إلّا ببيّنة تقوم على أنه كان زائل العقل في ذلك الوقت، لأن الأصل في تصرّفات المكلّف الصحّة إلى أن يثبت خلافها. وإنما عدلنا في دعوى الإكراه عن ذلك بالقرائن، لظهورها وكثرة وقوعها ووضوح قرائنها، بخلاف المرض.

---

(١) في الحجريّتين: أقوى.

الشرط الرابع : القصد .

وهو شرط في الصحّة مع اشتراط النطق بالصريح. فلو لم ينو الطلاق لم يقع، كالساهي والنائم والغالط. ولو نسي أن له زوجة فقال: نسائي طوالق، أو: زوجتي طالق، ثم ذكر لم يقع به فرقة.

العاشر: جميع ما ذكرناه آتٍ في غير الطلاق من النكاح والبيع والعتق وسائر التصرّفات، ولكن جرت العادة بالبحث عنه هنا كما أسلفناه.

قوله: «القصد....الخ».

القصد معتبر في صحّة التصرّفات القوليّة من الطلاق وغيره إجماعاً. ويدلّ عليه في الطلاق بخصوصه صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق»[١] وقول الباقر عليه السلام: «لا طلاق على سنّة وعلى طهر من غير جماع إلا بنيّة. ولو أن رجلاً طلّق ولم ينو الطلاق لم يكن طلاقه طلاقاً»[٢]. والمراد به أن يكون قاصداً بلفظ الطلاق ـ مثلاً ـ معناه، ولا يكفي القصد إلى لفظه من غير قصد معناه.

ثم عدم القصد قد يكون متخلّفاً عنهما معاً، كالنائم تجري كلمة الطلاق على لسانه، ومثله السّاهي، وقد قال صلّى الله عليه وآله وسلّم : «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبيّ حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق»[٣]. ولو استيقظ النائم وقد جرى لفظ الطلاق على لسانه فقال: أجزت ذلك

---

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

(٢) الكافي ٦ : ٦٢ ح ٣ ، الوسائل ١٥ : ٢٨٣ ب (١٠) من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه ح ٨ ، وذكر ذيله في ص : ٢٨٥ ب (١١) ح ١ . وفيهما: إلّا ببيّنة .

(٣) مسند أحمد ٦ : ١٠٠ ـ ١٠١ ، سنن الدارمي ٢ : ١٧١ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٥٨ ح ٢٠٤١ ، سنن أبي داود ٤ : ١٤١ ح ٤٤٠٢ ـ ٤٤٠٣ ، مسند أبي يعلى ٧ : ٣٦٦ ح ٤٤ .

الطلاق أو أوقعته، فهو لغو.

وقد يكون القصد متخلّفاً عن المعنى دون اللفظ كالغالط، بأن سبق لسانه إلى لفظ الطلاق في محاورته وكان يريد أن يتكلّم بكلمة أُخرى، فإنه لا يقع طلاقه، لعدم القصد إلى معناه. وهل يقبل دعوى سبق اللسان ؟ ظاهر العبارة يدلّ عليه. ووجهه: أن ذلك أمر باطني لا يعلم إلا من قبله، فيرجع إليه فيه، ولأن الأصل عدم القصد. ويحتمل عدم القبول، لأن الأصل في الأفعال والأقوال الصادرة عن العاقل المختار وقوعها عن قصد. ويمكن حمل عدم الوقوع في كلام المصنف عليه في نفس الأمر لا في الظاهر، وأما في الظاهر فإن وجد قرينة تدلّ عليه قوي القبول وإلا فلا.

ومن هذا الباب ما لو نسي أن له زوجة فقال: نسائي طوالق، أو: زوجتي طالق، ثم ذكر بعد التلفّظ بذلك أن له زوجة، فإنه لا يقع في نفس الأمر، لأنه غير قاصد لطلاق زوجته من اللفظ أصلاً، وأما في الظاهر فيحكم عليه به. ويظهر من المصنف وأكثر الأصحاب قبول قوله في عدم القصد.

ولو كان اسم امرأته ما يقارب حروفه حروف طالق ك: طالب وطارق وطالع، فقال: أنت طالق، ثم قال: أردت أن أقول : طالب أو نحو ذلك فالتفّ الحرف بلساني، قبل قوله، لقوّة القرينة وظهورها هنا، بخلاف السابق.

ولو قال لها وهو يحلّ وثاقها عنها: أنت طالق، وقال: أردت : عن الوثاق، ففي قبول قوله ظاهراً وجهان كالسابق . ووجه المنع: أن التلفّظ بكلمة الطلاق كالمستنكر في حالة النكاح، فإذا نطق بها بعُد قبول التأويل.

وفي معنى الساهي من يحكي لفظ الغير، مثل أن يقول: قال فلان: زوجتي

ولو أوقع وقال: لم أقصد الطلاق قبل منه ظاهراً، وديِّن بنيّته باطناً وإن تأخّر تفسيره، ما لم تخرج من العدّة، لأنه إخبار عن نيّته.

طالق. وكذا الفقيه إذا كان يكرّر لفظ الطلاق في تصويره وتدريسه. ومن صور سبق اللسان ما إذا طهرت امرأته من الحيض أو ظنّ طهارتها فأراد أن يقول: أنت الآن طاهرة، فقال: طالقة.

قوله: «ولو أوقع...الخ».

إطلاقه القبول يشمل ما لو أوقع لفظاً صريحاً مجرّداً عن قرينة عدم القصد إلى الطلاق وغيره، وما إذا كانت المرأة في العدّة الرجعيّة والبائنة، وما لو صادقته المرأة على ذلك وعدمه. والوجه في الجميع ما أشار إليه من أن ذلك إخبار عن نيّته ، ولا يمكن الاطّلاع عليها إلا من قبله، فكان قوله مقبولاً كنظائره من الأُمور التي لا تعلم إلا من المخبر.

ويشكل ذلك على إطلاقه بما قدّمناه من أن الظاهر من حال العاقل المختار القصد إلى الفعل، فإخباره بخلافه منافٍ للظاهر. ولو كان الأصل مرجَّحاً عليه هنا لزم مثله في البيع وغيره من العقود والإيقاعات مع الاتّفاق على عدم قبول قوله فيه. واختصاص الطلاق بذلك مشكل، بل الأمر فيه أشدّ، لقول النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم : «ثلاثة جدّهنّ جدّ وهزلهنّ جدّ: النكاح والطلاق والرجعة»[1]. ولأن حقّ الغير متعلّق به فلا يقبل في حقّه.

ولو فرّق بين الطلاق وغيره من العقود ـ بأنّ القبول فيه مقيّد بالعدّة، وما

---

(١) سنن سعيد بن منصور ١ : ٣٦٩ ح ١٦٠٣، سنن ابن ماجة ١ : ٦٥٧ ح ٢٠٣٩ ، سنن أبي داود ٢ : ٢٥٩ ح ٢١٩٤ ، سنن الترمذي ٣ : ٤٩٠ ح ١١٨٤ ، شرح معاني الآثار للطحاوي ٣ : ٩٨ ، موضّح أوهام الجمع والتفريق للخطيب البغدادي ١ : ٣٤٣.

. . . . . .

دامت المرأة فيها فهي في علاقة الزوجيّة فلم تخرج عنه رأساً، بخلاف النكاح والبيع وغيرهما، فإن أمره يثبت بالعقد فلا يقبل من العاقد خلافه ـ لانتقض ذلك بالعدّة البائنة، فإن الزوجيّة زائلة معها بالكلّية، وإنّما فائدتها استبراء الرحم من أثر الزوج وذلك أمر خارج عن الزوجيّة، ومن ثمّ تثبت العدّة البائنة للوطء بالشبهة مع انتفاء الزوجيّة أصلاً.

وربّما خصّه بعضهم بوقوعه في العدّة الرجعيّة. وهو كالمستغنى عنه أيضاً، لأن الزوج له الرجعة في العدّة الرجعيّة بكلّ لفظ دلّ عليها، فدعواه عدم القصد حينئذٍ يقوم مقام الرجعة كما لو أنكر الطلاق، بل أقوى، لأن إنكار الطلاق قد يستند إلى عدم التفطّن إليه ولو ذكره لما رجع، بخلاف دعوى عدم القصد إليه، لأنه صريح في إرادة نقضه وعود الزوجيّة المقتضي للرجعيّة[1]، فقبول قوله حينئذٍ من حيث إنّه رجعة لا من حيث الرجوع إليه في القصد.

ويمكن أن يكون مستند حكمهم بذلك وتخصيص الطلاق بذلك رواية منصور بن يونس في الموثّق عن الكاظم عليه السلام في حديث طويل محصّله أنه طلّق امرأته ولم يكن له في طلاقها نيّة وإنما حمله عليه بعض أقاربه، فقال له عليه السلام: «ما بينك وبين الله فليس بشيء، ولكن إن قدّموك إلى السلطان أبانها منك»[2].

والأقوى عدم القبول إلا مع قيام القرينة على صدقه كالأمثلة السابقة، أو كونها في عدّة رجعيّة فيجعل ذلك بمنزلة الرجعة. نعم، لو صادقته الزوجة على

---

(١) في الحجريّتين: للرجعة.

(٢) الكافي ٦: ١٢٧ ح ٣، الوسائل ١٥: ٣٣٢ ب (٣٨) من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه ح ١.

وتجوز الوكالة في الطلاق للغائب إجماعاً، وللحاضر على الأصحّ.

ذلك لم يبعد القبول، لأن الحقّ منحصر فيهما فيديَّنان بما يتّفقان عليه، ويوكّل أمرهما إلى الله تعالى.

قوله: «وتجوز الوكالة...الخ».

القول بجواز الوكالة فيه مطلقاً هو المشهور بين الأصحاب. ويدلّ عليه صحيحة سعيد الأعرج عن الصادق عليه السلام : « في رجل جعل أمر امرأته إلى رجل فقال: اشهدوا أنّي قد جعلت أمر فلانة إلى فلان، فيطلّقها، أيجوز ذلك للرجل؟ قال : نعم»[١] وترك الاستفصال يفيد العموم، وغيرها من الأخبار[٢]. ولأنه فعل قابل للنيابة، إذ لا يتعلّق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر بعينه، ومن ثم وقع من الغائب إجماعاً فكذا من الحاضر، لاشتراكهما في المقتضي.

وذهب الشيخ[٣] وأتباعه[٤] إلى المنع من توكيل الحاضر فيه، استناداً إلى رواية زرارة عن الصادق عليه السلام قال: «لا تجوز الوكالة في الطلاق»[٥] فحملها الشيخ على الحاضر جمعاً بين الروايات وإلّا فلا دلالة لها على الاختصاص. وضعف سندها بجماعة يمنع من جعلها معارضة للصحيح وتخصيصه بها. وعلى قول الشيخ تتحقّق الغيبة بمفارقة مجلس الطلاق وإن كان في البلد .

---

(١) الكافي ٦: ١٢٩ ح ٢، التهذيب ٨: ٣٩ ح ١١٦، الاستبصار ٣: ٢٧٨ ح ٩٨٧، الوسائل ١٥: ٣٣٣ ب (٣٩) من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه ح ١.

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

(٣) النهاية: ٥١١.

(٤) راجع المهذب ٢: ٢٧٧، والوسيلة: ٣٢٣.

(٥) الكافي ٦: ١٣٠ ح ٦، التهذيب ٨: ٣٩ ح ١٢٠، الاستبصار ٣: ٢٧٩ ح ٩٩١، الوسائل ١٥ الباب المتقدّم ح ٥.

ولو وكّلها في طلاق نفسها، قال الشيخ : لا يصحّ . والوجه الجواز .

تفريع على الجواز

لو قال : طلّقي نفسك ثلاثاً ، فطلّقت واحدة ، قيل : يبطل ، وقيل : يقع واحدة . وكذا لو قال : طلّقي واحدة ، فطلّقت ثلاثاً ، قيل : يبطل ، وقيل : يقع واحدة ، وهو أشبه .

قوله : «ولو وكّلها ... الخ ».

ما دلّ على جواز النيابة فيه مطلقاً يشمل استنابتها كغيرها. واستند الشيخ[١] في تخصيصها بالمنع إلى أن القابل لا يكون فاعلاً ، وظاهر قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم : « الطلاق بيد من أخذ بالساق »[٢] فإنه يقتضي عدم صحّة التوكيل مطلقاً ، خرج منه غير المرأة بدليل من خارج فتبقى هي على أصل المنع.

ولا يخفى ضعف الدلالة ، فإن المغايرة بين القابل والفاعل يكفي فيه الاعتبار ، وهما مختلفان بالحيثيّة . والخبر ـ مع تسليمه ـ لا يفيد الحصر . وعلى تقدير تسليم إفادته فما أخرج غيرها من الوكلاء عنه يخرجها ، لتناوله لها . وأما الاستدلال على الجواز بتخيير النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم نساءه[٣] فضعيف ، لأن ذلك من خصائصه . وقد قيل يجب عليه طلاق من يختار مفارقتها . وقد تقدّم[٤] الكلام فيه .

قوله : « تفريع ... الخ ».

هنا مسألتان :

---

(١) راجع المبسوط ٥ : ٢٩ ، ولم نجد الاستدلال في باب الطلاق والوكالة منه، وكذا فيما لدينا من كتبه. نعم، احتجّ له في إيضاح الفوائد ٣ : ٢٩٣ .

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

(٣) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٣٥ ب «٤١» من أبواب مقدّمات الطلاق .

(٤) في ج٧ : ٧١ .

. . . . . .

الأُولى: لو قال : طلّقي نفسك ثلاثا ، فاقتصرت على واحدة ، هل تصحّ الواحدة أم تبطل ؟ قولان .

وتحرير المبحث : أنه إما أن يقصد بقوله « طلّقي ثلاثاً» الثلاث المرسلة بلفظ واحد، أو يريد بها الثلاث الصحيحة الشرعيّة . وعلى تقدير إرادة الأول: إما أن نقول إن الثلاث المرسلة تصحّ منها واحدة ، أو يبطل الجميع .

فإن أراد الأول وقلنا ببطلانه مطلقاً فلا شبهة في بطلان ما فعلته من الواحدة، لأنه وكّلها في طلاق فاسد فطلّقت طلاقاً صحيحاً.

وإن قلنا بصحّة واحدة منها احتمل أن تصحّ الواحدة التي أتت بها ، لأن قوله «طلّقي ثلاثاً» على هذا التقدير في قوّة : طلّقي نفسك واحدة، لأن المعتبر منها هو الواحدة. ولأن الواحدة مدلول عليها من الإذن في الثلاث تضمّناً ، فلا مانع من صحّتها.

ووجه البطلان : أن التوكيل وقع في المجموع من حيث هو مجموع ، والواحدة غيره. والوكالة تتبع غرض الموكّل ، وجاز تعلّق غرضه بهذه الصيغة[1] بعينها ، بل لو لم يعلم الغرض فالواجب اتّباع مدلول لفظه . وأيضاً فإن الصحيح من الثلاث واحدة على خلاف فيها ، والتي أتت بها طلقة صحيحة بالاجماع ، فلا تكون هي التي وكّل فيها. وهذا أقوى.

وإن قصد بقوله « طلّقي ثلاثاً » الطلاق الصحيح فوقوع الثلاث كذلك يتوقّف على تخلّل الرجعة بينها . فإن وكّلها في الرجعة ، أو قلنا إن التوكيل في الطلقات يستلزم التوكيل في الرجعة ، لأنها لا تكون صحيحة إلا بها ، فالتوكيل

---

(١) في «ح» : الصورة .

فيها يقتضي الإذن في تحصيل كلّ ما تتوقّف عليه الصحّة ، فطلّقت واحدة احتمل صحّتها ، لدخولها في ضمن ما وكّل فيه كما مرّ . ولأن صحّة الثلاث تتوقّف على سبق صحّة الواحدة ، فلو اشترطت صحّة الواحدة بوقوع الثلاث لزم الدور . ولأن الحكم بتوقّف الثانية على الرجوع في الأول يستلزم صحّة الأولى ، فإذا أوقعتها واقتصرت استصحب حكم الصحّة.ويحتمل البطلان ، لأن الموكّل فيه هو المجموع ولم يحصل . والغرض المتعلّق بالثلاث ـ وهو البينونة التامّة ـ لا يحصل بالواحدة.

ولو قلنا إن التوكيل في الطلاق لا يقتضي التوكيل في الرجعة ولم يصرّح بها لم يكن التوكيل في الثلاث صحيحاً ، فيحتمل قويّاً صحّته في الواحدة، إذ لا مانع منها، ويقع حينئذٍ منها لو أوقعتها ، وعدمه ، لأن التوكيل وقع في مجموع ولم يحصل.

والفرق بين الوكالة على هذا التقدير والوكالة في الثلاث المرسلة على القول بوقوع واحدة : أن الواحدة هناك وقعت في ضمن لفظ واحد لم يقع مدلوله ، وما وقع منه مختلف فيه ، بخلاف الموكّل فيه هنا ، فإنه أمور متعدّدة لابدّ على تقدير وقوعها صحيحة من صحّة كلّ واحدة منها قبل أن تقع الأخرى ، والواحدة صحيحة على كلّ تقدير.

الثانية : لو عكس فقال : طلّقي نفسك واحدة ، فطلّقت ثلاثاً ، فإن أوقعت الثلاث مرسلة وقلنا بصحّة الواحدة ففي صحّتها هنا وجهان : نعم ، لأنها فعلت ما وكّلها فيه ، لأن الفرض أنه لم يقع إلّا واحدة ، فكأنّها لم تطلّق إلّا واحدة كما أمرها ،و: لا،لأن الواحدة الموكّل فيها منفردة صحيحة بالاجماع ، بخلاف ما لو أوقعتها ، فإن فيها خلافاً ، فلا تكون فعلت ما وكّلها فيه .

ويمكن أن يقال : إن توكيلها في واحدة يقتضي إيقاع واحدة صحيحة أعمّ من أن تقع على وجه متّفق عليه أو مختلف فيه ، إذا كان الحاكم يحكم بصحّتها . ولا نسلّم أن توكيلها في طلقة واحدة يدلّ على إيقاعها منفردة ، بل على إيقاع واحدة في الجملة أعمّ من كونها منفردة أو مجامعة لغيرها ، فيكون ما فعلته من الواحدة في ضمن الثلاث المرسلة ـ حيث يحكم بصحّتها ـ فرداً من أفراد ما وكّلت فيه ، فيصحّ .

وإن أوقعت ثلاثاً متعاقبة فلا إشكال في صحّة واحدة وهي الأولى ، لأنها بإيقاعها قد امتثلت عين ما وكّلت فيه ، والباقي وقع فضولاً إن خلّلت بينها رجعتين وباطلة محضاً إن لم ترجع . وعلى التقديرين فالأخيرتان باطلتان، ولا يمنع بطلانهما من صحّة الأولى التي حكم بصحّتها وطابقت مقتضى الوكالة .

واعلم أن الشيخ فخر الدين[1] نزّل المسألتين على وقوع الطلقات الثلاث مرسلة، ولم يتعرّض لحكم المتعاقبة . وحكم بالبطلان في الصورتين ، للمخالفة في الأولى بإيقاع واحدة إجماعيّة مع كون الوكالة في واحدة مختلف فيها، والثانية بالعكس. وفي ترجيح المصنّف صحّة الواحدة في الثانية دون الأولى ما يؤذن بإرادة المرتّبة[2] ، إذ لا وجه للفصل بينهما على تقدير الإرسال.

---

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٢٩٣ ـ ٢٩٤.

(٢) في «و» : المترتّبة .

الركن الثاني : في المطلّقة . وشروطها أربعة[١]:

الأول : أن تكون زوجة . فلو طلّق الموطوءة بالملك لم يكن له حكم . وكذا لو طلّق أجنبيّة وإن تزوّجها . وكذا لو علّق الطلاق بالتزويج لم يصحّ ، سواء عيّن الزوجة كقوله : إن تزوّجت فلانة فهي طالق ، أو أطلق كقوله : كلّ من أتزوّجها .

قوله : « وشروطها أربعة ... الخ » .

لا منافاة بين قوله إنها أربعة وعدّه في التفصيل خمسة ، لأن الخامس ـ وهو التعيين ـ ذكره على وجه التنبيه على الخلاف فيه ثم اختار عدم كونه شرطاً ، فيرجع الأمر إلى الأربعة ، وكلامه في قوّة قوله : واشترط بعضهم خامساً . والأشبه عدم اشتراطه .

قوله : « أن تكون زوجة ... الخ » .

لمّا كان حلّ النكاح أمراً مستفاداً من الشرع متلقّىً في موضع الإذن كان زواله أيضاً موقوفاً على حكم الشارع به ، فما لم يعلم حكمه بالزوال فالحكم بالحلّ مستصحب . وقد ثبت بالنصّ[٢] والإجماع أن طلاق الزوجة الدائمة موجب لرفع نكاحها ، فإلحاق غيرها بها ـ من الأمة والأجنبيّة ـ غير صحيح . فإذا أوقعه على الموطوءة بالملك لم يفد حكماً ، وبقيت محلّلة بأصل الملك . وكذا لو أوقعه على أجنبيّة ، سواء علّقه بتزويجها أم لا .

---

(١) كذا في النسخة الخطّية المعتمدة من الشرائع ونسخة الشارح «قده»، وفي متن الجواهر والشرائع الحجريّة: خمسة. وسيأتي الشرط الخامس في ص : ٤٨ .

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

الثاني: أن يكون العقد دائماً . فلا يقع الطلاق بالأمة المحلَّلة ، ولا المستمتع بها ولو كانت حرّة .

وخالف فيه العامّة ، فحكم بعضهم[١] بوقوعه على الأجنبيّة وإن لم يعلّقه على تزويجها . وتظهر الفائدة في انتقاص عدد طلقاتها المحرِّمة على تقدير تزويجها . وآخرون[٢] جوّزوا تعليقه على نكاحها عامّة أو خاصّة على اختلاف آرائهم .

واحتجّ المانع منهم بما روي أن عبد الرحمن بن عوف قال : « دعتني أمي إلى قريب لها فراودتني في المهر ، فقلت : إن نكحتها فهي طالق ، ثم سألت النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم فقال : انكحها فإنه لا طلاق قبل النكاح »[٣] . وأخبار الأصحاب[٤] عن زين العابدين والباقر والصادق عليهم السلام به كثيرة .

قوله : « أن يكون العقد ... الخ » .

الحكم في هذين موضع وفاق . والتقريب فيه كما مرّ في السابقة . ولأن التحليل نوع إباحة ، فمتى شاء الزوج تركها بغير طلاق ، فلا حاجة إليه . والمتمتّع بها تبين بانقضاء المدّة وبإسقاطه لها كما مرّ[٥] . وقد روى محمد بن إسماعيل في الصحيح عن الرضا عليه السلام قال : « قلت : وتبين بغير طلاق ؟ قال : نعم »[٦] .

(١ و ٢) في هامش «و»: «المجوّز لوقوعه بالأجنبيّة مطلقاً أبو حنيفة، وكذا تعليقه بالنكاح مطلقاً. وجوّزه مالك بشرط أن يخصّص المرأة، أو عيّنها في نساءٍ محصورات كنساء قرية وقبيلة.منه رحمه الله» . لاحظ الإشراف على مذاهب العلماء ٤ : ١٨٥ ، حلية العلماء ٧ : ٨ ـ ٩ ، تحفة الفقهاء ٢ : ١٩٦ .

(٣) لم نظفر عليه في الصحاح وسائر الجوامع الحديثيّة للعامّة، أنظر سنن البيهقي ٧ : ٣١٨ ـ ٣٢١ ، وتلخيص الحبير ٣ : ٢١٢ ، ففيه ما يناسب المقام .

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

(٥) في ج ٧ : ٤٦١ .

(٦) الكافي ٥ : ٤٥٩ ذيل ح ٢ ، التهذيب ٧ : ٢٦٦ ح ١١٤٧ ، الاستبصار ٣ : ١٥١ ح ٥٥٣ ، الوسائل ١٤ : ٤٧٨ ب «٢٥» من أبواب المتعة ح ١ .

الثالث : أن تكون طاهراً من الحيض والنفاس . ويعتبر هذا في المدخول بها الحائل ، الحاضر زوجها .

والاعتماد على الاتّفاق وإلا فتعدّد الأسباب ممكن .

قوله : « أن تكون طاهراً ... الخ » .

اتّفق العلماء من الأصحاب وغيرهم على تحريم طلاق الحائض ، وفي معناها النّفساء . واستدلّوا عليه بقوله تعالى: ﴿ **إذا طلّقتم النساء فطلّقوهنّ لعدّتهنّ** ﴾[١] . قال النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم لمّا طلّق عبد الله بن عمر امرأته حائضاً لأبيه : « مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلّقها ، وإن شاء أمسكها ، فتلك العدّة التي أمر الله تعالى أن يطلّق لها النساء »[٢] وأراد به قوله تعالى : ﴿ **فطلّقوهنّ لعدّتهنّ** ﴾ .

واتّفق أصحابنا على بطلان الطلاق على تقدير وقوعه ، وأخبارهم به كثيرة، فمنها: صحيحة الحلبي قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يطلّق امرأته وهي حائض، قال: الطلاق على غير السنّة باطل »[٣] . وروى الفضلاء زرارة ، ومحمد بن مسلم ، وبكير، وبريد، وفضيل ، وإسماعيل الأزرق ، ومعمر بن يحيى ، عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام أنّهما قالا : « إذا طلّق الرجل في دم النفاس أو طلّقها بعدما يمسّها فليس طلاقه إيّاها بطلاق »[٤] .

واستثني من هذا العام ثلاثة : غير المدخول بها ، والغائب زوجها ، والحامل

---

(١) الطلاق : ١ .

(٢) مسند أحمد ٢ : ٦٣ ، صحيح البخاري ٧ : ٥٢، سنن ابن ماجة ١ : ٦٥١ ح ٢٠١٩ ، سنن أبي داود ٢ : ٢٥٥ ح ٢١٧٩ .

(٣) الكافي ٦ : ٥٨ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ٤٧ ح ١٤٤ ، الوسائل ١٥ : ٢٧٧ ب «٨» من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ٣ .

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

لا الغائب عنها مدّة يعلم انتقالها من القرء الذي وطئها فيه إلى آخر. فلو طلّقها وهما في بلد واحد، أو غائباً دون المدّة المعتبرة وكانت حائضاً أو نفساء، كان الطلاق باطلاً، علم بذلك أو لم يعلم.

أما لو انقضى من غيبته ما يعلم انتقالها فيه من طهر إلى آخر ثم طلّق صحّ ولو اتّفق في الحيض. وكذا لو خرج في طهر لم يقربها فيه جاز طلاقها مطلقاً.

وكذا لو طلّق التي لم يدخل بها وهي حائض كان جائزاً.

ومن فقهائنا[١] من قدّر المدّة التي يسوغ معها طلاق الغائب بشهر، عملاً برواية[٢] يعضدها الغالب في الحيض. ومنهم[٣] من قدّرها بثلاثة أشهر، عملاً برواية جميل[٤] عن أبي عبد الله عليه السلام. والمحصّل ما ذكرناه ولو زاد عن الأمد المذكور.

على القول بأنها تحيض، لصحيحة محمد بن مسلم وزرارة وغيرهما عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام قال: «خمس يطلّقهنّ أزواجهنّ متى شاؤا: الحامل المستبين حملها، والجارية التي لم تحض، والمرأة التي قعدت عن المحيض، والغائب عنها زوجها، والتي لم يدخل بها»[٥].

قوله: «لا الغائب عنها ... الخ».

قد عرفت أن طلاق الحائض إذا كان زوجها غائباً جائز في الجملة،

---

(١) راجع النهاية: ٥١٢، والوسيلة: ٣٢٠.

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

(٣) كابن الجنيد، راجع المختلف: ٥٨٧.

(٤) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٠٨ ب «٢٦» من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه ح ٧.

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

. . . . . .

للنصوص[١] الصحيحة والاجماع . ولكن اختلف الأصحاب في أنه هل يكفي في جوازه مجرّد الغيبة أم لابدّ معها من أمر آخر ؟ ومنشأ الاختلاف اختلاف الأخبار الواردة في ذلك، فإن منها ما هو مطلق[٢] في تجويزه له كالأخبار السابقة وغيرها ممّا هو في معناها، وبعضها[٣] مقيّد بمدّة . فذهب المفيد[٤] وعلي بن بابويه[٥] وابن أبي عقيل[٦] وأبو الصلاح[٧] وغيرهم[٨] إلى جواز طلاقها حيث لا يمكنه استعلام حالها من غير تربّص ، لما مرّ، ولصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : « سألته عن الرجل يطلّق امرأته وهو غائب، قال : يجوز طلاقه على كلّ حال ، وتعتدّ امرأته من يوم طلّقها »[٩] . وصحيحة إسماعيل الجعفي عن الباقر عليه السلام قال: «خمس يطلّقهنّ الرجل على كلّ حال : الحامل ، والتي لم يدخل بها زوجها ، والغائب عنها زوجها، والتي لم تحض ، والتي قد يئست من المحيض »[١٠] . وغيرهما[١١] من الأخبار.

(١ و ٢) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٠٥ ب «٢٥» من أبواب مقدّمات الطلاق .

(٣) لاحظ الهامش (٢ و ٤) في الصفحة السابقة .

(٤) المقنعة : ٥٢٦ .

(٥ و ٦) حكاه عنهما العلّامة في المختلف : ٥٨٧ .

(٧) الكافي في الفقه : ٣٠٦ .

(٨) راجع المراسم: ١٦١ .

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

(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 مقدّمات الطلاق وشرائطه ح ١ .

(١١) الوسائل ١٥ : ٣٠٥ ب «٢٥» من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه .

وذهب الشيخ في النهاية[١] وابن حمزة[٢] إلى اعتبار مضيّ شهر منذ غاب، لموثّقة إسحاق بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الغائب إذا أراد أن يطلّق امرأته تركها شهراً»[٣]. ولأن الحاضر يجب عليه استبراؤها مدّة تنتقل فيها من الطهر الذي واقعها فيه إلى غيره، وأقلّ ما يحصل ذلك في شهر غالباً، فإذا غاب ولم يعلم انتقالها واشتبه عليه حالها كان انتظاره هذه المدّة موجباً لانتقالها إلى طهر آخر بحسب الغالب في عادات النساء. والأخبار السابقة مطلقها يجب حمله على المقيّد حذراً من التنافي.

وذهب ابن الجنيد[٤] والعلّامة في المختلف[٥] إلى اعتبار مضيّ ثلاثة أشهر، لصحيحة جميل بن درّاج عن الصادق عليه السلام قال: «الرجل إذا خرج من منزله إلى السفر فليس له أن يطلّق حتى تمضي ثلاثة أشهر»[٦]. وروى إسحاق بن عمّار قال: «قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الغائب الذي يطلّق كم غيبته؟ قال: خمسة أشهر ستّة أشهر. قال: حدّ دون ذلك، قال: ثلاثة أشهر»[٧].

---

(١) النهاية: ٥١٢.

(٢) الوسيلة: ٣٢٠.

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

(٤ و ٥) راجع المختلف: ٥٨٧.

(٦) التهذيب ٨: ٦٢ ح ٢٠٣، الوسائل ١٥: ٣٠٨ ب «٢٦» من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه ح ٧.

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

وذهب المصنّف وأكثر المتأخّرين[١] ـ وقبلهم الشيخ في الاستبصار[٢] ـ إلى اعتبار مضيّ مدّة يعلم انتقالها من الطهر الذي واقعها فيه إلى آخر بحسب عادتها ، ولا تتقدّر بمدّة غير ذلك . وهو الذي جعله المصنّف المحصّل في المسألة. ووجه ذلك الجمع بين الأخبار ، بتنزيل اختلافها كذلك على اختلاف عادة النساء في الحيض، فمن علم من حال امرأته أنها تحيض في كلّ شهر حيضة جاز له أن يطلّق بعد شهر ، ومن يعلم أنها لا تحيض إلّا بعد كلّ ثلاثة أشهر أو خمسة لم يجز له أن يطلّقها إلّا بعد مضيّ هذه المدّة ، وهكذا .

وهذا القول لا بأس به ، لما فيه من الجمع بين الأخبار المعتبرة المختلفة ظاهراً، إلّا أنه لا يخلو من إشكال من حيث إن الأخبار المعتبرة الصحيحة بين مطلق في عدم التربّص ، ولا شيء من عادات النساء بمتروك أصلاً ، وبين مقيّد بثلاثة أشهر ، وهو مخالف للغالب من عادات النساء . وأيضاً فليس في هذه الأخبار سؤال عن واقعة مخصوصة حتى يتوجّه حملها على كون تلك المرأة معتادة بتلك العادة ، وإنما وقع السؤال في كلّ حديث عن مطلق النساء على وجه القاعدة الكلّية ، فحملها على العادات المختلفة بعيد . وحديث الشهر أقرب إلى الغالب إلّا أنه ليس كالسابق في وضوح السند.

وبالجملة فأظهر الأقوال من جهة النقل ما دلّ على اعتبار ثلاثة أشهر ، لصحّة روايته ، وحملِ الأحاديث المطلقة المشاركة لها في صحّة السند عليه جمعاً

---

(١) راجع السرائر ٢ : ٦٩٠، الارشاد ٢ : ٤٢ ، المقتصر : ٢٦٩ ، رسائل المحقّق الكركي ٢ : ٢١١ ـ ٢١٢.

(٢) الاستبصار ٣: ٢٩٥ ذيل ح ١٠٤٣.

بين المطلق والمقيّد . وهو مع ذلك موافق للحكم بالتربّص للمجهولة الحال وهي المسترابة والمرضع ، مع أن الغالب من حال الغائب عن زوجته أن يكون حالها مجـهولاً وحملها ممكناً في وقته ، ومع جهله بحالها تصير في معنى المسترابة . وهذا هو الأقوى ، إلّا أن يعلم عادة المرأة وانتقالها بحسبه مـن طـهر إلى آخـر فيكفي تربّصه ذلك المقدار كما في الحاضر ، لأن حكم الغائب أخفّ من حكمه شرعاً ، فمع إمكان إلحاقه به لا يزيد عليه، ومع الجهل يجب التربّص ثلاثة لمـا ذكرناه. وهذا اختيار الشيخ فخر الدين في شرحه[1]. وهو أيضاً جامع بين الأخبار مع زيادة في الاعتبار.

إذا تقرّر ذلك فنقول : إذا طلّق الغائب زوجته فلا يخلو : إما أن يطلّقها بعد مضيّ المدّة المعتبرة ، أو قبلها . وعلى التقديرين : إما أن يوافق فعله كونها جامعة لشرائطه في الواقع ، بأن يكون قد حاضت بعد طهر المواقعة وطهرت فوقع الطلاق حال الطهر ، أو لا يوافق ، بأن تبيّن وقوعه في طهر المواقعة أو حالة الحيض ، أو يستمرّ الاشتباه . وبيان الحكم ينتظم في مسائل:

الأُولى: أن يطلّقها مراعياً للمدّة المعتبرة ثم تظهر الموافقة ، بأن كانت قد انتقلت من طهر المواقعة إلى آخر . وهنا يصحّ الطلاق إجماعاً ، لاجتماع الشرائط المعتبرة في صحّته ظاهراً وفي نفس الأمر .

الثانية: أن يطلّقها كذلك ولكن ظهر بعد ذلك كونها حائضاً حال الطلاق . وهنا يصحّ الطلاق أيضاً ، لأن شرط صحّته للغائب مراعاة المدّة المـعتبرة وقـد

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٣٠٥.

حصل . والحيض هنا غير مانع ، لعدم العلم به ، وهو ممّا قد استثني من صور المنع من طلاق الحائض بالنصّ[١] والفتوى . وفي رواية أبي بصير : « قلت : الرجل يطلّق امرأته وهو غائب، فيعلم أنه يوم طلّقها كانت طامثاً ، قال : يجوز »[٢] . والمراد من هذه الرواية أنه لم يكن عالماً بالحيض حال الطلاق ثم علم ، لعطفه العلم على الطلاق بالفاء المفيدة للتعقيب. ولا خلاف في هذه الصورة أيضاً .

الثالثة : الصورة بحالها في أنه طلّق بعد المدّة المعتبرة ولكن ظهر بعد ذلك كونها باقية في طهر المواقعة لم تنتقل منه إلى حيض ولا إلى طهر آخر . وهو صحيح أيضاً كالسابقة ، لعين ما ذكر فيها ، وهو وقوعه على الوجه المعتبر شرعاً . ولأن الطلاق إذا حكم بصحّته في حالة الحيض بالنصّ[٣] والاجماع فلأن يحكم بصحّته في حالة الطهر أولى ، لما قد عرفت من أن شرط الطلاق في غير الغائب أمران : وقوعه في طهر ، وكون الطهر غير طهر المواقعة ، فإذا اتّفق وقوعه في حالة الحيض تخلّف الشرطان ، لعدم طهر آخر غير طهر المواقعة وعدم الخلوّ من الحيض ، وإذا اتّفق وقوعه في حالة الطهر فالمتخلّف شرط واحد وهو كون الطهر غير طهر المواقعة ، فإذا كان تخلّف الشرطين في الغائب غير مانع فتخلّف أحدهما أولى بعدم المنع .

وربما قيل[٤] هنا بعدم الوقوع ، لانتفاء شرط الصحّة وهو استبراء الرحم ،

(١ و ٣) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٠٥ ب «٢٥» من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه .

(٢) التهذيب ٨ : ٦٢ ح ٢٠١ ، الاستبصار ٣ : ٢٩٤ ح ١٠٤٠، الوسائل ١٥ : ٣٠٨ ب «٢٦» من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه ح ٦ .

(٤) أنظر رسائل المحقّق الكركي ٢ : ٢١٢ .

خرج منه حالة الحيض للرواية[١] فيبقى الباقي . وللمنع من وجود الشرط . وأن الإذن في الطلاق استناداً إلى الظنّ لا يقتضي الحكم بالصحّة إذا ظهر بطلان الظنّ .

وجوابه : أن الشرط المعتبر في استبراء الرحم للغائب إنما هو مراعاة المدّة المعتبرة وهو حاصل ، وموضع النصّ[٢] والفتوى ـ وهو حالة الحيض ـ منبّه عليه . وظهور بطلان الظنّ غير مؤثّر فيما حكم بصحّته .

والحاصل : أن الشرط المعتبر حاصل . والمانع ـ وهو ظهور الخطأ ـ غير معلوم المانعيّة ، وقد تخلّف فيما هو أولى بالحكم ـ أو مساوٍ ـ في المنع . وكون الحكمة في الانتظار المدّةَ المقرّرة هو استبراء الرحم غير لازم، لأنها مستنبطة لا منصوصة فلا يلزم اطّرادها ، وإنما المنصوص[٣] اعتبار انقضاء المدّة المعتبرة ، واستنبط معها[٤] الاكتفاء بظنّ الانتقال من طهر إلى آخر ، وكلاهما متحقّق.

الرابعة : أن يطلّقها مراعياً للمدّة المعتبرة ويستمرّ الاشتباه ، فلا يعلم كونها حائضاً حال الطلاق أو طاهراً طهر المواقعة أو غيره . وهنا يصحّ الطلاق قولاً واحداً ، لوجود المقتضي للصحّة ، وهو استبراؤها المدّة المعتبرة مع باقي الشرائط ، وانتفاء المانع ، إذ ليس ثَمّ إلا اشتباه الحال ، وهو غير صالح للمانعيّة . وكون انتقالها من طهر المواقعة إلى آخر شرطاً في صحّة الطلاق مخصوص بالحاضر ، وأما الشرط في الغائب فهو مضيّ المدّة المعتبرة مع عدم العلم بكونها

(١ و ٢) لاحظ الهامش (١) في الصفحة السابقة .

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

(٤) في إحدى الحجريّتين : منها .

حائضاً حال الطلاق أو باقية في طهر المواقعة ، فمتى انتفى العلم بذلك حصل الشرط .

الخامسة : أن يطلّقها قبل مضيّ المدّة المعتبرة ولكن ظهر بعد الطلاق وقوعه في طهر لم يقربها فيه . وفي صحّة الطلاق حينئذٍ وجهان ، من حصول شرط الصحّة في نفس الأمر وظهور الحال ، ومن عدم اجتماع الشرائط المعتبرة في الطلاق حال إيقاعه المقتضي لبطلانه . ويمكن أن يجعل ظهور اجتماع الشرائط بعد ذلك كاشفاً عن صحّته ، خصوصاً مع جهله ببطلان الطلاق من دون مراعاة الشرط ، لقصده حينئذٍ إلى طلاق صحيح ثم ظهر اجتماع شرائطه . والأظهر الصحّة .

السادسة : أن يطلّقها قبل الاستبراء وتبيّن عدم الانتقال ، أو يستمرّ الاشتباه، فيبطل الطلاق عند كلّ من اعتبر المدّة ، لوجود المقتضي للبطلان ، وهو عدم التربّص به المدّة المعتبرة ، وعدم انكشاف حصول ما يقتضي الصحّة ، بخلاف السابق .

السابعة : لو طلّقها بعد [انقضاء][1] المدّة المعتبرة ولكن اتّفق له مخبر يجوز الاعتماد عليه شرعاً بأنها حائض بسبب تغيّر عادتها ، ففي صحّة الطلاق حينئذٍ وجهان أجودهما العدم . وكذا لو أخبره ببقائها في طهر المواقعة ، أو بكونها حائضاً حيضاً آخر بعد الطهر المعتبر في صحّة الحيض ، لاشتراك الجميع في المقتضي للبطلان . وصحّة طلاقه غائباً مشروط بعدم الظنّ بحصول

---

(١) من الحجريّتين .

المانع .

الثامنة : لو كان خروج الزوج في طهر آخر غير طهر المواقعة صحّ طلاقها من غير تربّص ما لم يعلم كونها حائضاً . ولا يشترط هنا العلم أو الظنّ بعدم الحيض ، بخلاف ما سبق . والفرق : أن شرط الصحّة هنا موجود ، وهو استبراؤها بالانتقال من طهر إلى آخر ، وإنما الحيض بعد ذلك مانع من صحّة الطلاق ، ولا يشترط في الحكم بصحّة الفعل العلم بانتفاء موانعه ، بل يكفي عدم العلم بوجودها ، بخلاف السابق ، فإن شرط صحّة الطلاق مضيّ المدّة المعتبرة المشتملة على العلم بانتقالها من طهر إلى آخر ، والجهل بالشرط يقتضي الجهل بصحّة المشروط .

التاسعة : النفاس هنا كالحيض في المنع والاكتفاء بطهرها منه . فلو غاب وهي حامل ومضت مدّة يعلم بحسب حال الحمل وضعها وطهرها من النفاس جاز طلاقها ، كما لو انتقلت من الحيض . ويكفي في الحكم بالنفاس ظنّه المستند إلى عادتها وإن كان عدمها ممكناً كما قلناه في الحيض . ومثله ما لو كان حاضراً ووطئها قبل الوضع ، فإنه يكتفي بنفاسها في الاستبراء .

العاشرة : لو وطئها حاملاً ثم غاب وطلّق قبل مضيّ مدّة تلد فيها غالباً وتنفس فصادف الطلاق ولادتها وانقضاء نفاسها ، ففي صحّته الوجهان الماضيان[1] في الحيض . والحكم فيهما واحد .

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

---

(١) في الصفحة السابقة ، المسألة الخامسة .

الراجح الشامل للظنّ المستند إلى عادتها في الحيض والطهر والحمل . وينبّه عليه إطلاقهم العلم ثم ظهور خلافه ، كما قال المصنّف : « أما لو انقضى من غيبته ما يعلم انتقالها من طهر إلى آخر ثم طلّق صحّ ولو اتّفق في الحيض » . والمراد بقوله : « ولو اتّفق في الحيض » ما يشمل الحيض المتعقّب للطهر الذي جامعها فيه وغيره . ونبّه بقوله : « اتّفق» على أنه لم يكن معلوماً له حال الطلاق ، وإنما اتّفق ذلك في الواقع وإن انكشف بعد الطلاق.

وقوله : « وكذا لو خرج في طهر لم يقربها فيه جاز طلاقها مطلقاً » أي : سواء مضت مدّة يعلم انتقالها فيها من ذلك الطهر إلى آخر أم لا ، لكن بشرط أن لا يعلم أنها حائض كما نبّهنا عليه ، لأن الحيض مانع مطلقاً إلّا على تقدير وقوعه في نفس الأمر ولم يظهر في حقّ الغائب كما فصّلناه . فقوله : « مطلقاً » منزّل على ما ذكرناه لا على ما يشمل كونها حائضاً مع العلم به .

وقوله : « ولو زاد الأمد المذكور » يريد به ما لو كان عادتها أن تحيض في كلّ أربعة أشهر مرّة ، فإنه على ما اختاره من أن المعتبر في صحّة طلاق الغائب العلم بانتقالها من طهر إلى آخر يعتبر في صحّة طلاقها في هذه الصورة مضيّ الأربعة الأشهر ، كما يعتبر مضيّ المدّة القليلة لو كانت تحيض فيها ، وذلك أزيد ممّا ورد في النصوص[1] من اعتبار مضيّ ثلاثة أشهر.

وبقي في هذه المسألة مباحث شريفة حرّرناها في موضع آخر برسالة[2] مفردة من أراد استقصاء البحث فيها فليراجعها .

---

(١) لاحظ ص : ٣٦، هامش (٤).

(٢) طبعت ضمن مجموعة تضمّ عشرة مباحث.

ولو كان حاضراً وهو لا يصل إليها بحيث يعلم حيضها فهو بمنزلة الغائب .

قوله : «ولو كان حاضراً ... الخ » .

أقسام المطلّق بالنسبة إلى الحضور والغيبة وحكمهما أربعة ، ففي حكم الغائب الحاضرُ الذي لا يمكنه معرفة حالها ، وفي حكم الحاضر الغائبُ الذي يطّلع على حالها بورود الأخبار عليه ممّن يعتمد عليه في وقت الحاجة .

ويدلّ على حكم من هو بمنزلة الغائب صحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة سرّاً من أهلها وهي في منزل أهلها ، وقد أراد أن يطلّقها وليس يصل إليها فيعلم طمثها إذا طمثت ولا يعلم بطهرها إذا طهرت، قال : فقال : هذا مثل الغائب عنه أهله يطلّقها بالأهلّة والشهور. قلت : أرأيت إن كان يصل إليها الأحيان والأحيان لا يصل إليها فيعلم حالها كيف يطلّقها ؟ فقال : إذا مضى له شهر لا يصل إليها فيه يطلّقها إذا نظر إلى غرّة الشهر الآخر بشهود »[1] الحديث . وفي هذا الخبر دلالة على الاكتفاء في الغيبة بشهر . وهو صحيح السند أولى بالحجّة للقول من خبر[2] إسحاق بن عمّار .

وأنكر ابن إدريس[3] إلحاق غير الغائب به ، محتجّاً بأصالة بقاء الزوجيّة ، وبأن حمله عليه قياس . وقد عرفت أن مستنده الخبر الصحيح ، مع اشتراكهما في العلّة ، وهو يرفع الأصل، ولا يحوج إلى القياس .

---

(١) الكافي 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) تقدم ذكر مصادره في ص : ٣٨ ، هامش (٣) .

(٣) السرائر ٢ : ٦٨٦ ، ٦٨٧ .

الرابع: أن تكون مستبرأة ، فلو طلّقها في طهر واقعها فيه لم يقع طلاقه .

ويسقط اعتبار ذلك في اليائسة ، وفيمن لم تبلغ المحيض ، وفي الحامل، والمسترابة بشرط أن يمضي عليها ثلاثة أشهر لم تر دماً معتزلاً لها. ولو طلّق المسترابة قبل مضيّ ثلاثة أشهر من حين المواقعة لم يقع الطلاق .

قوله: « أن تكون مستبرأة ... الخ ».

قد تقدّم[١] ما يدلّ على اشتراط استبراء المرأة بالانتقال من الطهر الذي واقعها فيه إلى غيره في صحّة الطلاق ، وأن ذلك هو العدّة التي أمر الله تعالى بالطلاق لها في قوله : ﴿ فطلّقوهنّ لعدّتهنّ ﴾[٢] وعلى سقوط اعتبار ذلك في اليائسة والتي لم تبلغ المحيض والحامل بقوله عليه السلام : « خمس يطلّقن على كلّ حال »[٣] .

وأما المسترابة وهي[٤] التي في سنّ من تحيض ولا تحيض ، سواء كان لعارض من رضاع أو مرض أو خلقيّ[٥] . وأطلق عليها اسم الاسترابة تبعاً للنصّ[٦] وإلّا فقد يحصل لها مع انقطاع حيضها في هذا السنّ استرابة بالحمل وقد لا يحصل. ويدلّ على حكمها صحيحة إسماعيل بن سعد الأشعري قال : « سألت

---

(١) في ص : ٣٥ـ٣٦.

(٢) الطلاق : ١ .

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

(٤) كذا في النسخ، ولعلّ الصحيح: فهي .

(٥) كذا في النسخ والحجريّتين، وفي «ح» : خلع ، ولعلّ الصحيح: خلق.

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

الخامس : تعيين المطلّقة .

وهو أن يقول : فلانة طالق ، أو يشير إليها بما يرفع الاحتمال . فلو كان له واحدة فقال : زوجتي طالق ، صحّ ، لعدم الاحتمال . ولو كان له زوجتان أو زوجات فقال : زوجتي طالق ، فإن نوى معيّنة صحّ ، ويقبل تفسيره . وإن لم ينو قيل : يبطل الطلاق ، لعدم التعيين . وقيل : يصحّ وتستخرج بالقرعة . وهو أشبه .

الرضا عليه السلام عن المستريبة من المحيض كيف تطلّق ؟ قال : تطلّق بالشهور»[1] . وفي رواية أُخرى عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأة التي يستراب بها التي مثلها تحيض ومثلها لا تحيض وقد واقعها زوجها كيف يطلّقها ؟ قال : « يمسك عنها ثلاثة أشهر ثم يطلّقها»[2] .

ولا يلحق بالمستريبة من يعتاد الحيض في كلّ مدّة تزيد عن ثلاثة أشهر ، فإن تلك لا استرابة فيها ، بل هي من أقسام ذوات الحيض يجب استبراؤها بحيضة وإن توقّف على ستّة أشهر وأزيد .

قوله : « تعيين المطلّقة ... الخ » .

اختلف الأصحاب في أن تعيين المطلّقة بالنيّة هل هو شرط في صحّة الطلاق أم لا؟ فذهب جماعة ـ منهم المرتضى[3] ، والمفيد[4] ، وابن إدريس[5] ،

---

(١) التهذيب ٨ : ٦٨ ح ٢٢٥ ، الوسائل ١٥ : ٤١٤ ب (٤) من أبواب العدد ح ١٧ .

(٢) الكافي ٦ : ٩٧ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٦٩ ح ٢٢٨ ، الوسائل ١٥ : ٣٣٥ ب (٤٠) من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ١، مع اختلاف في اللفظ .

(٣) الانتصار : ١٣٩ .

(٤) المقنعة: ٥٢٥ .

(٥) السرائر ٢ : ٦٦٥ .

. . . . . .

والشيخ[١] في أحد قوليه، والمصنّف في أحدهما ، والعلّامة[٢] في أحدهما ، والشهيد[٣] في أحدهما، وجماعة[٤] آخرون ـ إلى اشتراطه إما لفظاً كقوله «فلانة» باسمها المميّز لها عن غيرها ، أو بالإشارة إليها الرافعة للاشتراك ، أو بذكر الزوجة حيث لا غيرها، أو نيّة كقوله «زوجتي» وله زوجات ونوى واحدة معيّنة . فلو لم يعيّن لفظاً ولا قصداً بطل، لأصالة بقاء النكاح فلا يزول إلّا بسبب معلوم السببيّة. ولأن الطلاق أمر معيّن فلابدّ له من محلّ معيّن، وحيث لا محلّ فلا طلاق.

وقال الشيخ في المبسوط[٥] : لا يشترط ، واختاره المصنّف هنا ، والعلّامة في أكثر كتبه[٦] ، والشهيد في الشرح[٧] ، لأصالة عدم الاشتراط ، وعموم مشروعيّة الطلاق . ومحلّ المبهم جاز أن يكون مبهماً ، وكما أن كلّ واحدة بخصوصها زوجة فإحداهما أيضاً زوجة ، فيصحّ طلاقها للعموم .

إذا تقرّر ذلك [فلو كان له زوجتان أو زوجات فقال : زوجتي طالق][٨] فحيث ينوي واحدة بعينها يؤمر بالتبيين على الفور ، لزوال الزوجيّة عنها ، ويمنع من الاستمتاع بهما إلى أن يبيّن . ولو أخّر أثم ، لأن الحقّ لهما في ذلك فعليه بيانه ،

---

(١) النهاية : ٥١٠ .

(٢) المختلف : ٥٩٣ ، ٥٩٤ .

(٣) اللمعة الدمشقيّة : ١٢٣ .

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

(٥) المبسوط ٥ : ٧٨ .

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

(٧) غاية المراد : ٢١٨ .

(٨) من إحدى الحجريّتين فقط .

إذ لم يعلم من غيره . ويحتمل الفرق بين البائن والرجعي ، لأن الرجعيّة بمنزلة الزوجة ، وله وطؤها بنيّة الرجوع والأُخرى على الحلّ .

وإن أرسل اللفظ ولم يرد واحدة بعينها وقلنا بصحّته فهل يرجع إلى تعيينه كالسابقة ، أو يقرع بينهما ؟ جزم المصنّف ـ رحمه الله ـ بالقرعة ، لأن المطلّقة مبهمة عنده كما هي مبهمة عندنا فتستخرج بالقرعة ، لأنها لكلّ أمر مشكل .

وقيل : يرجع إلى تعيينه هنا أيضاً ، لأن الطلاق بيده وقد أرسله بينهما ولم يتعلّق بإحداهما بخصوصها ، فيكون تعلّقه منوطاً به كأصله .

وتفترق المسألتان على الثاني ـ مع اشتراكهما في رجوع التعيين إليه ـ في أنه إذا بيّن في الأُولى فادّعت الأُخرى عليه أنّك عنيتني سمعت الدّعوى وأحلفته ، فإن نكل حلفت وطلّقتا ، بخلاف الثّانية ، فإنّ دعوى الأُخرى غير مسموعة ، لأنّه اختيار تشهٍّ ، وكأنّه طلّق واحدة ابتداءً .

ويشتركان أيضاً في وجوب الإنفاق عليهما إلى البيان أو التعيين وإن كانت إحداهما مطلّقة ، لأنهما محبوستان عنده حبس الزوجات ، والنفقة واجبة لكلّ واحدة قبل الطلاق فيستصحب . وإذا بيّن أو عيّن فلا يستردّ المصروف إلى المطلّقة ، لما ذكر .

ويفترقان في أن وقوع الطلاق يحصل في الأولى بصيغة الطّلاق المبهمة ، وتحتسب عدّة الّتي بيّن الطلاق فيها من وقت اللفظ . وأمّا إذا عيّن ولم يكن نوى من الابتداء معيّنة ففي وقوعه من وقت التلفّظ بالطّلاق ، أو من حين التّعيين ؟ وجهان :

أحدهما ـ وهو قول الشيخ[١] ـ : أنّه يقع من وقت التلفّظ ، لأنّه جزم بالطّلاق فلا يجوز تأخيره ، إلّا أن محلّه غير معيّن فيؤمر بالتّعيين . ولأنّ التّعيين يبيّن الّتي يختارها للنّكاح ، فيكون اندفاع نكاح الأُخرى باللّفظ السّابق ، كما أن التّعيين فيما إذا أسلم على أكثر من أربع لمّا تبيّن به من يختارها للنكاح كان اندفاع نكاح الأخريات بالاسلام السّابق.

والثّاني : أنّه من وقت التّعيين ، لأنّ الطّلاق لا ينزّل إلّا في محلّ معيّن . ويعبّر عن هذا الخلاف بأنّ التّعيين بيان موقع أو إيقاع ، أو بأنّ إرسال اللفظ المبهم إيقاع طلاق أو التزام طلاق في الذمّة .

ورجّح العلّامة في القواعد[٢] والتّحرير[٣] الثّاني . ويشكل عليه الحكم بتحريمهما عليه قبل التّعيين ، لعدم وقوع الطّلاق على واحدة حينئذٍ مع اتّفاقهم عليه . وفيما لو ماتتا أو إحداهما قبل التّعيين فلوارثها[٤] المطالبة به لتبيّن حكم الإرث ، ولا سبيل إلى إيقاع الطّلاق بعد الموت ، وإنّما يتّضح حكمه على الأول.

ولو وطىء واحدة منهما قبل التّعيين نظر فإن كان قد نوى واحدة بعينها فهي المطلّقة ، وقد تعيّنت بالنيّة المقترنة باللّفظ ، والوطء لا يكون بياناً لذلك التّعيين. وتبقى المطالبة بالبيان ، فإن بيّن الطّلاق في الموطوءة فعليه الحدّ إن كان الطّلاق بائناً ، والمهر لجهلها بأنّها المطلّقة . وإن بيّن في غير الموطوءة قبل . فلو ادّعت

---

(١) المبسوط ٥ : ٧٨.

(٢) قواعد الأحكام ٢ : ٦١.

(٣) تحرير الأحكام ٢ : ٥٣.

(٤) في الحجريّتين : فلوارثهما.

الموطوءة أنّه أرادها حلِّف ، فإن نكل وحلفت حكم بطلاقها ، وعليه المهر ، ولاحدّ للشبهة ، فإن الطلاق ثبت بظاهر اليمين.

ولو لم ينو واحدة بعينها فهل يكون الوطء تعييناً ؟ وجهان :

أحدهما : أن الوطء يعيّن الأُخرى للطلاق ، لأن الظاهر أنه إنما يطأ من تحلّ له، وصار كوطء الجارية المبيعة في زمن الخيار ، فإنه يكون فسخاً أو إجازة.

والثاني : أنه لا يكون تعييناً كما لا يكون بياناً . ولأن ملك النكاح لا يحصل بالفعل فلا يتدارك بالفعل . ويخالف وطء الجارية المبيعة بشرط الخيار ، فإن ملك اليمين يحصل بالفعل ابتداءً فجاز أن يتدارك بالفعل .

وربما بني الوجهان على أن الطلاق يقع عند اللفظ أو عند التعيين . فعلىالأول الوطء تعيين لا على الثاني ، لأن الفعل لا يصلح موقعاً .

ثم إن جعلنا الوطء تعييناً للطلاق في الأُخرى فلا مهر للموطوءة ، وإلّا فيطالب بالتعيين ، فإن عيّن الطلاق في الموطوءة وجب المهر إن قلنا بوقوع الطلاق عند اللفظ. وإن قلنا بوقوعه عند التعيين ففي وجوب المهر وجهان ، من أنها لم تكن مطلّقة وقته، ومن حصول ما له صلاحيّة التأثير ، ومن ثَمّ حرم الوطء قبل التعيين .

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

إحداهما : أن تموت الزوجتان أو إحداهما ويبقى الزوج ، فالمطالبة بحالها بالبيان أو التعيين لتبيين حال الميراث إن قلنا بوقوع الطلاق عند اللفظ ، وإلّا

أشكل، لاستحالة وقوعه بعد الموت . ولو ماتت إحداهما لم يتعيّن الطلاق للأُخرى. ويوقف له من تركة كلّ واحدة منهما أو من تركة الميّتة منهما ميراث زوج إلى أن يبيّن أو يعيّن. فإذا بيّن أو عيّن لم يرث من المطلّقة إن كان الطلاق بائناً ، سواء قلنا إن الطلاق عند اللفظ أو التعيين ، لأن الإيقاع سابق وإن كان الوقوع حينئذٍ ، مع احتماله على القول بوقوعه بالتعيين ، لموتها وهي زوجة . وأما الأُخرى فيرث منها .

ثم إن كان قد نوى معيّنة وبيّن ، فقال الورثة: هي التي أردتها للطلاق ولا إرث لك، فلهم تحليفه ، فإن حلف فذاك ، وإن نكل حلفوا وحرم ميراثها أيضاً باليمين المردودة. وإن لم ينو معيّنة وعيّن لم يتوجّه عليه لورثة الأُخرى دعوى، لأن التعيين يتعلّق باختياره.

ويتفرّع على النزاع في الأولى أنه إذا حلّفه ورثة الأُخرى التي عيّنها للنكاح أخذوا جميع المهر إن كان بعد الدخول ، وإن كان قبله أخذوا نصفه . وفي النصف الآخر وجهان، من اعترافه لهم به ، وانتفائه بكونها مطلّقة قبل الدخول بزعمهم. ولو كذّبه ورثة التي عيّنها للطلاق ، وغرضهم استقرار جميع المهر إذا كان قبل الدخول ، فلهم تحليفه، وهم مقرّون له بإرث لا يدّعيه ، ففيه ما في نصف المهر.

الحالة الثانية : أن يموت الزوج قبل البيان أو التعيين ، ففي قيام الوارث مقامه وجهان:

أحدهما : نعم ، كما يخلفه في سائر الحقوق كالردّ بالعيب وحقّ الشفعة وغيرهما، وكما يقوم مقامه في استلحاق النسب.

والثاني : المنع ، لأن حقوق النكاح لا تورث ، ولأنه إسقاط وإرث فلا يتمكّن الوارث منه ، كنفي النسب باللعان.

والأقوى[١] الفرق بين البيان والتعيين ، فيقبل في الأول مع دعواهم العلم بالحال دون الثاني ، لأن البيان إخبار وقد يعرفه الوارث قبل الموت ، والتعيين اختيار وشهوة فلا يخلفه الوارث فيه ، كما لو أسلم الكافر على أكثر من أربع ومات قبل الاختيار . وإن[٢] لم يدّع الوارث العلم فالأقوى القرعة . والفرق : ثبوت الطلاق في المنويّة واشتباهها فتتوجّه القرعة للاشكال ، بخلاف الثاني ، لعدم وقوع الطلاق قبل التعيين على واحدة ، سواء جعلنا وقوعه بعد التعيين باللفظ أو بالتّعيين ، فلا وجه للقرعة ، إذ لا إشكال . وفي القواعد[٣] حكم بالقرعة في الثانية أيضاً . وهو بعيد .

وممّا يتفرّع على ذلك أنه لو لم نقل بقيامه مقامه ، أو قال: لا أعلم ، ولم نقل بالقرعة ، أُوقف ميراث زوجة بينهما حتى يصطلحا أو تصطلح ورثتهما بعد موتهما . وإن ماتتا قبل موت الزوج أُوقف من تركتهما ميراث زوج ، فإن توسّط موته موتهما أُوقف من تركة الأولى ميراث زوج حتى يحصل الاصطلاح.

وإن قلنا يقوم مقامه ، فإن مات الزوج قبلهما فتعيين الوارث كتعيينه . وإن ماتت الزوجتان ثم مات الزوج ، فإذا بيّن الوارث إحداهما فلورثة الأُخرى تحليفه أنه لا يعلم أن مورّثه طلّق مورّثتهم . وإن توسّط موته موتهما وبيّن الوارث الطلاق

---

(١) في الحجريّتين : والأولى .

(٢) كذا في «و» وفي سائر النسخ والحجريّتين: فإن .

(٣) قواعد الأحكام ٢ : ٦٢ .

ولو قال : هذه طالق أو هذه ، قال الشيخ رحمه الله: يعيّن للطلاق من شاء . وربما قيل بالبطلان ، لعدم التعيين.

في الأُولى جرينا على قوله ولم يحلّفه ، لأنه يقرّ على نفسه ويضرّ بها . وإن بيّن الطلاق في الأُخرى فلوارث الأُولى تحليفه ، لأنه يروم الشركة في تركتها ، فيحلف أنه لا يعلم أن مورّثه طلّقها ، ولوارث الثانية تحليفه ، لأنه يروم حرمانه من ميراث الزوج ، فيحلف على البتّ أن مورّثه طلّقها ، لأن يمين الإثبات يكون على البتّ.

قوله: « ولو قال ... الخ ».

هذه المسألة متفرّعة على اشتراط تعيين المطلّقة وعدمه ، فإن اشترطناه بطل هنا، وسقط البحث . وإن جوّزناه قال الشيخ[1] يتخيّر في تعيين من شاء منهما، كما لو قال: إحداكما طالق ، لاشتراكهما في إيقاع الطلاق على واحدة منهما مبهمة.

وفيه نظر ، لأن الثانية لم يقع بها طلاق بصيغته الشرعيّة . ومجرّد عطفها على الأُولى غير كافٍ في تشريكها معها في الصّيغة . وسيأتي[2] استشكال المصنّف في نظير المسألة لذلك. ويتّجه على هذا أنّه إن عيّن الأولى للطلاق طلّقت ، وإن عيّن الثانية لم تطلّق ، لما ذكر. وإنّما يتمّ ما ذكره بغير إشكال لو قال: هذه طالق أو هذه طالق ، فإنّه يتّجه التّخيير في تعيين أيّتهما شاء على القول بعدم اشتراط التّعيين .

---

(١) المبسوط ٥ : ٧٧.

(٢) في الصفحة التالية .

ولو قال : هذه طالق أو هذه وهذه ، طلّقت الثالثة ، ويعيّن من شاء من الأُولى أو الثانية . ولو مات استخرجت واحدة بالقرعة .

وربما قيل بالاحتمال في الأُولى والأخيرتين جميعاً ، فيكون له أن يعيّن للطلاق الأُولى أو الأخيرتين معاً .

والإشكال في الكلّ ينشأ من عدم تعيين المطلّقة .

قوله : « لو قال هذه طالق ... الخ ».

إذا قال: هذه طالق أو هذه وهذه ، ولم نشترط التعيين واكتفينا في صحّة طلاق المعطوفة بتماميّة الصيغة في المعطوف عليها ، نظراً إلى تشاركهما في الحكم، فلا يخلو: إما أن يقصد بالثالثة العطف على الثانية ، أو على الأُولى وإن بعد ، أو على المطلّقة المبهمة وهي إحداهما ، أو يسرد الكلام سرداً بغير قصد واحد منهما[1].

ففي الأول يتخيّر بين الأُولى والأخيرتين ، بمعنى كون ما قبل «أو» قسماً وما بعده قسماً. فإن اختار الأُولى بطل في الأخيرتين . وإن اختار الثاني وقع عليهما وبطل في الأُولى خاصّة .

وفي الثاني بالعكس ، بمعنى أنه تصير الأولى والثالثة قسماً والثانية قسماً. فإن اختار الأولى للطلاق طلّقت الثالثة معها . وإن اختار الثانية طلّقت خاصّة . وهذا القسم وإن كان ضعيفاً من حيث العربيّة ، للبعد بين المعطوف والمعطوف عليه والفصل ، إلّا أنه مع قصده يصحّ.

وفي الثالث وهو أن يقصد عطف الثالثة على المطلّقة منهما تطلّق الثالثة قطعاً، ويتخيّر معها إحدى الأخيرتين إما الأولى أو الثانية . وهذا هو الذي اقتصر

---

(١) في «ح» : منها .

. . . . . .

على نقله المصنّف.

وإن أطلق ولم يقصد واحداً منها ـ والظاهر أنه مسألة الكتاب ـ إذ لا إشكال في اتّباع القصد، فقال الشيخ[١] تكون الثالثة معطوفة على إحداهما أعني المطلّقة، لأنه عدل من لفظ الشك إلى العطف فلا تشارك الثالثة في الشك، وتكون معطوفة على المبهمة. وقيل: تكون معطوفة على الثانية، لقربها. وهو اختيار ابن إدريس[٢]. ولا يخلو من قوّة. فعلى الأول تطلّق الثالثة، لأنها معطوفة على المطلّقة، ويقع الترديد بين الأُولى والثانية، كما ذكرناه مع التصريح بذلك. وعلى الثاني للثالثة حكم الثانية إن طلّقت طلّقت وإلّا فلا، فيكون الترديد بين الأُولى وحدها وبين مجموع الثانية والثالثة.

فإن مات قبل التعيين وقلنا بقيام القرعة مقام التعيين أقرع، واختلفت كيفيّة القرعة على القولين. فعلى قول الشيخ من أن الثالثة معطوفة على المطلّقة فالثالثة مطلّقة قطعاً، ويقرع بين الأُولى والثانية، فيكتب لهما رقعتان في كلّ واحدة اسم واحدة، فأيّتهما خرجت للطلاق تبعتها الثالثة. وعلى قول ابن إدريس يجتزى برقعتين أيضاً، فإن شاء أن يجعل في إحداهما الأُولى وفي الأُخرى الثانية ويجعل الثالثة تابعة للثانية في الحكم، فإن خرج للطلاق الأُولى تعيّنت الثانية والثالثة للزوجيّة، وإن خرج للطلاق الثانية تبعتها الثالثة وتعيّنت الأُولى للزوجيّة. وإن شاء أن يكتب اسم الثالثة مع الثانية في رقعتها، لأنها معها قسم.

---

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

(٢) لم نجده في السرائر، ونسبه إليه في إيضاح الفوائد ٣: ٢٩٥.

. . . . . .

واختار العلّامة[١] هنا قولاً ثالثاً ، وهو أنه مع عدم القصد تصير الثالثة محتملة للأمرين السابقين ، فتتوقّف القرعة حينئذٍ على ثلاث رقاع ، في إحداها اسم الأُولى ، وفي الأُخرى الثانية والثالثة ، وفي الثالثة اسم الثالثة ، ثم يخرج على الطلاق ، فإن خرجت الأُولى حكم بطلاقها وبقاء الثانية ، لكن تبقى الثالثة محتملة لمصاحبة كلّ منهما، فيحتاج إلى إخراج رقعة أخرى ليظهر بها أمر الثالثة ، فإن ظهرت الرقعة التي فيها اسمها حكم بأنها معطوفة على المطلّقة فطلّقت مع الأُولى، وإن خرجت الرقعة التي فيها الثانية والثالثة حكم بعطفها عليها ، وهي باقية على النكاح .

ولو خرج أولاً رقعة الثانية والثالثة حكم بطلاقهما معاً وبقاء الأُولى على النكاح، ولم يفتقر إلى إخراج غيرها .

وإن خرج أولاً رقعة الثالثة حكم بطلاقها ، وبقي الاشتباه بين الأُولى والثانية فيخرج أُخرى ، فإن خرجت الأُولى صحّ طلاقها وبقيت الثانية زوجة . وإن خرجت رقعة الثانية والثالثة حكم بطلاق الثانية أيضاً وبقيت الأُولى على النكاح .

وإنما كتبت الثانية والثالثة في رقعة لأنه كلّما طلّقت الثانية طلّقت الثالثة قطعاً، لأنها إما معطوفة عليها أو على المطلّقة ، وكلاهما حاصل مع خروج الثانية للطلاق فلا يتصوّر طلاق الثانية دون الثالثة ، فلذلك كتبت معها. واستحبّوا[٢] مع ذلك أن يوضع مع الرقاع رقعة خالية يسمّونها المبهِمة ـ بالكسر ـ ليزيد الإبهام في

---

(١) قواعد الأحكام ٢ : ٦١ .

(٢) في الحجريّتين : واستحسنوا .

ولو نظر إلى زوجته وأجنبيّة فقال : إحداكما طالق ، ثم قال: أردت الأجنبيّة، قبل . ولو كان له زوجة وجارة كلٌّ منهما سعدى فقال: سعدى طالق، ثم قال : أردت الجارة ، لم يقبل ، لأن « إحداكما » تصلح لهما ، وإيقاع الطلاق على الاسم يصرف إلى الزوجة . وفي الفرق نظر .

الرقاع في جميع صور القرعة .

واعلم أن الإشكال السابق[1] في صحّة طلاق الثانية آتٍ هنا فيها وفي الثالثة ، لعدم تمام صيغتهما المعتبرة شرعاً . والوجه عدم صحّة طلاقهما بذلك مطلقاً ، وتوقّف تصوير المسألة على قوله : أو هذه طالق وهذه طالق ، ونحو ذلك.

قوله: « ولو نظر إلى زوجته ....الخ ».

توجيه الفرق : أن « إحداكما » تتناولهما تناولاً واحداً ، ولم يوجد منه تصريح باسم زوجته، ولا وصف لها ولا إشارة بالطلاق إليها . وفي الثانية صرّح باسم زوجته،وهو وإن كان مشتركاً بينها وبين غيرها اشتراكاً لفظيّاً بحيث يصلح الخطاب لكلّ واحدة إلّا أن المشترك لا يحمل على معنييه معاً بل على أحدهما ، ويتخصّص بالقرينة ، وهي هنا موجودة في الزوجة ، لأن الطلاق من شأنه أن يتعلّق بالزوجة ، ولأن الأصل في أقوال المسلم حملها على الصحّة ، وذلك إنما يتمّ بانصرافه إلى الزوجة ، إذ لو انصرف إلى الأجنبيّة كان لغواً ، بخلاف «إحداكما» فإنه لكونه لفظاً متواطئاً صريح في إرادة الكلّي

---

(١) لاحظ ص: ٥٥.

ولو ظنّ أجنبيّةً زوجته فقال : أنت طالق ، لم تطلّق زوجته ، لأنه قصد المخاطبة .

الصالح لهما .

ووجه ما أشار إليه المصنف من النظر أن التسمية أيضاً محتملة . والأصل بقاء النكاح . وهو أخبر بقصده فيرجع فيه إليه. وعدم المواجهة بالطلاق لغير الزوجة مشترك بين الصيغتين . وهذا هو الذي اختاره الشيخ في المبسوط[١].

والمشهور ثبوت الفرق ، فإن القائل « إحداكما » لا يفهم أحد من كلامه تخصيص الزوجة ، بل إنما يفهم الترديد بينها وبين الأجنبيّة ، بخلاف الثاني ، فإنه لا يتبادر إلى الذهن من اللفظ المشترك إلّا زوجته فكان ذلك قرينة التخصيص ، فلا يقبل منه إرادة غيرها .

قوله : «ولو ظنّ أجنبيّةً ... الخ » .

المراد أنه قصد طلاق المخاطبة ليس إلّا ، وإن كان يعتقد[٢] أنها زوجته ، فلا تطلّق زوجته ، لعدم توجّه الخطاب إليها وإن نواها ، لأن النيّة مع عدم اللفظ المطابق لها غير كافٍ ، وإن كان اللفظ في نفسه صالحاً للزوجة ، إلّا أن الصارف عنها وقوعه بالصيغة الخاصّة وهو الخطاب الذي لا يصلح للزوجة ، لعدم كونها مخاطبة . ولو فرض أنه قصد زوجته دون المخاطبة صحّ وإن أتى بصيغة الخطاب ، كما سيأتي في المسألة الثانية.

---

(١) المبسوط ٥ : ٩٠ ، ولكنّه مثّل بالجارية لا الجارة .

(٢) في «ح» : بقيد ، وفي «و» : يقيّد ، وفي «ش ، م» : يفيد .

ولو كان له زوجتان : زينب وعمرة ، فقال : يـا زيـنب ، فـقالت عمرة: لبّيك، فقال: أنت طالق ، طلّقت المنويّة [لا المجيبة] . ولو قصد المجيبة ظنّاً أنها زينب، قال الشيخ : تطلّق زينب . وفيه إشكال ، لأنه وجّه الطلاق إلى المجيبة لظنّها زينب، فلم تطلّق المجيبة ، لعدم القصد ، ولا زينب، لتوجّه الخطاب إلى غيرها.

قوله: « ولو كان له ... الخ » .

إذا نادى إحدى زوجتيه ليواجهها بالطلاق أو قصده بعد ندائـها فأجـابته غير المناداة فواجهها بالطلاق ، فإما أن يقصد به المـجيبة مـع عـلمه أنـها غـير المناداة ، أو لا معه ، أو يقصد به المناداة من غير قـصد إلى المـجيبة مـع عـلمه بأنها غيرها، أو لا معه، أو يقصد بالطلاق المجيبة مقيّدة بكونها المناداة ، لظـنّه أنها هي .

فعلى الأول يقع الطلاق بالمجيبة بغير إشكال ، وكذا على الثاني ، لتطابق النيّة واللفظ.

وفي الثالث يقع بالمناداة بغير إشكال . ولا يقدح فيه صيغة الخطاب ، لأنه مع علمه بكونها غير حاضرة يصرف إلى الحاضر في الذهن . وكذا على الرابع ، لوجود المقتضي وانتفاء المانع ، إذ ليس إلّا إجابة تلك ، وهو غير صالح للمانعيّة ، إذ الاعتبار بالقصد مع عدم منافاة اللفظ له ، وهو هنا كذلك . وربما احتمل هـنا ضعيفاً أنها لا تطلّق من حيث إنه لم يذهب وهمه إلى المجيبة ، وقد وقع الطلاق على مشار إليها بقولـه أنت طـالـق ، والمخاطبة غير مقصودة والأُخـرى غـير مخاطبة . وقد عرفت جوابه .

والخلاف في الخامس ، وهو قصد طلاق المجيبة ظنّاً أنها المناداة ، فقال

الشيخ[١]: تطلّق المناداة ، لأنها هي المقصودة بالطلاق ، وقصد المجيبة وقع غلطاً ، وصيغة الخطاب غير مؤثّرة مع غيبة المقصودة ، لما مرّ . ولأن المناداة مقصودة بالقصد الأول والمجيبة مقصودة بالقصد الثاني . والأول أقوى .

واستشكل المصنّف ذلك من حيث إنه إنما قصد طلاق المجيبة مقيّدة بكونها المناداة ، فلم يتمّ شرط الطلاق في المجيبة لعدم قصدها ، ولا في المناداة لعدم توجّه الخطاب إليها ، كما علّل في خطاب الأجنبيّة ظانّاً أنها زوجته . ولأنه لمّا ظنّ أن المجيبة هي المناداة فقصدها بالطلاق قصداً محضاً يغلب الملفوظ به على المنوي ، لأنّ النيّة وقعت على هذه الملفوظ بها ، وأما المناداة فهي وإن كانت منويّة إلّا أنه قد وجد المنافي وهو تغيير النيّة إلى المجيبة ، فضعفت النيّة الأُولى فبطل الطلاق بها ، وبالمجيبة لأنها غير مقصودة بالقصد الأول.

وبما نبّه عليه المصنّف من البطلان بالإشكال أفتى العلّامة[٢] . وهو الوجه . ويحتمل طلاق المجيبة ، لأنها زوجة ومقصودة بقصد غالب . وقد ظهر جوابه من تعليل البطلان.

---

(١) المبسوط ٥ : ٩٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢ : ٦١.

الركن الثالث : في الصيغة

والأصل أن النكاح عصمة مستفادة من الشرع ، لا تقبل التقايل ، فيقف رفعها على موضع الإذن . فالصيغة المتلقّاة لإزالة قيد النكاح : أنت طالق ، أو فلانة ، أو هذه ، وما شاكلها من الألفاظ الدالّة على تعيين المطلّقة .

فلو قال : أنت الطلاق ، أو طلاق ، أو من المطلّقات ، لم يكن شيئاً ولو نوى به الطلاق . وكذا لو قال : [أنت] مطلّقة . وقال الشيخ ـ رحمه الله ـ : الأقوى أنه يقع إذا نوى الطلاق . وهو بعيد عن شبه الإنشاء .

قوله : « في الصيغة ... الخ » .

أشار بما ذكره من الأصل إلى تمهيد قاعدة يرجع إليها في صيغ الطلاق المعتبرة في إزالة النكاح ، لشدّة ما قد وقع من الاختلاف في تعيينها .

وحاصل الأصل في ذلك : أن النكاح بعد وقوعه وتحقّقه شرعاً يجب استصحاب حكمه والعمل بمقتضاه إلى أن يثبت المزيل له شرعاً ، فكلّ ما ادّعي أن له أثراً في إزالة قيد النكاح من الصيغ يعرض على قانون الشرع ، فإن دلّ منه دليل معتمد على كونه مزيلاً لذلك الحكم الذي قد ثبت استصحابه حكم له بالإزالة ، وما وقع الشك فيه يبقى النكاح معه على أصله . وقد ثبت بالنصّ[1] والاجماع أن قوله : « أنت طالق » مشيراً إلى شخص معيّن صريح فيه موجب لرفع النكاح ، فأما قوله : « أنت الطلاق أو طلاق » فإنه كناية لا صريح ، لأنهما مصدر والمصادر غير موضوعة للأعيان ، وإنما تستعمل فيها على سبيل التوسّع ،

---

(١) لاحظ الوسائل ١٥ : ٢٩٤ ب (١٦) من أبواب مقدّمات الطلاق .

والكنايات لا يستعملها الأصحاب في الطلاق .

وأما قوله : « أنت من المطلّقات » فإنه إخبار لا إنشاء ، لأن نقل الإخبار إلى الإنشاء على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على محلّ النصّ أو الوفاق ، وهما منتفيان هنا .

ومثله : أنت مطلّقة ، لكن في هذه قال الشيخ في المبسوط[١] إنه يقع بها الطلاق مع النيّة . وهو اعتراف بكونها كناية ، لأن الصريح لا يتوقّف على النيّة . ويلزمه القول في غيرها من الكنايات أو فيما أدّى معناها ، كقوله : من المطلّقات ، بل مع التعبير[٢] بالمصادر ، لأنها أبلغ وإن كانت مجازاً ، لأنهم يعدلون باللفظ إليه إذا أرادوا المبالغة ، كما قالوا في « عدل » إنه أبلغ من « عادل » ونحوه .

وردّه المصنّف بأنه بعيد عن شبه الإنشاء ، لأنه إخبار بوقوع الطلاق فيما مضى كما ذكرناه ، والإخبار غير الإنشاء .

وفيه نظر ، لأن المصنّف ـ على ما تكرّر منه فيما سبق[٣] مراراً ـ وغيره يجعلون اللفظ الماضي أنسب بالإنشاء ، بل قد جعله في النكاح[٤] صريحاً في الإنشاء ، [مع أنه خبر بوقوع النكاح فيما مضى][٥] فما الذي عدا فيما بدا ؟

وقولهم : « إن نقل الإخبار إلى الإنشاء على خلاف الأصل » مسلّم لكن يطالبون بالفارق بين المقامين والموجب لجعله منقولاً في تلك المواضع دون

---

(١) المبسوط ٥ : ٢٥ .

(٢) في «ح» والحجريّتين : التعبيين .

(٣) في ج ٣ : ١٥٢ ، وكذا في سائر العقود .

(٤) في ج ٧ : ٨٧ .

(٥) من الحجريّتين، ولم ترد في النسخ الخطيّة .

ولو قال : طلّقت فلانة ، قال [الشيخ] : لا يقع . وفيه إشكال ينشأ من وقوعه عند سؤاله : هل طلّقت امرأتك ؟ فيقول : نعم .

هذه، فإن جعلوه النصّ فهو ممنوع ، بل ورد في الطلاق ما هو أوسع كما ستراه[١].

وإن جعلوه الاجماع فالخلاف في المقامين موجود في صيغ كثيرة .

ثم تخصيص الشيخ الجواز ببعض الكنايات دون بعض أيضاً ليس بالوجه ، إذ لا فرق بين « أنت مطلّقة » الذي ادّعى وقوعه بها وبين قوله : من المطلّقات ، بل مع التعبير[٢] بالمصدر، لأنه وإن شاركهما في كونه كناية إلّا أنه أبلغ، وقد ذكر بعض العلماء[٣] أنه صريح.

قوله: « ولو قال : طلّقت فلانة ... الخ » .

ممّا اختلفوا في وقوع الطلاق به قوله : طلّقت فلانة ، فقال الشيخ[٤] : لا يقع به ، لما تقدّم من أنه إخبار لا إنشاء ، مع حكمه[٥] بأنه لو قال : « أنت مطلّقة » وقع مع النيّة ، فهلّا يكون هنا كذلك ، بل هذه أشبه بمااتّفقوا على وقوعه به في أبواب العقود من وقوعها بلفظ الماضي كـ « زوّجت وبعت » وغيرهما ممّا جعلوه صريحاً في معناه. ولعلّ ما هنا كذلك ، لأن « طلّقت » ألصق بحال من أنشأ طلاقها الآن من قوله : هي طالق .

والمصنّف ـ رحمه الله ـ استشكل القول بعدم وقوعه بقوله : «طلّقت

---

(١) في الصفحة التالية فيما ذكره من رواية السكوني .

(٢) في «ح ، م» والحجريّتين : التعيين .

(٣) حلية العلماء ٧ : ٣٣ .

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

(٥) المبسوط ٥ : ٢٥ .

فلانة » بوجه آخر ، وهو أن الشيخ[١] وغيره[٢] حكموا بوقوع الطلاق بقوله : « نعم » عند سؤاله : هل طلّقت امرأتك ؟ ووقوعه بذلك فرع وقوعه بقوله: طلّقتُ فلانة ، لأن قوله: « نعم » تابع للفظ السؤال ومقتضٍ لإعادته على سبيل الإنشاء ، فكأنّه قال: طلّقتُها ، فإذا وقع باللفظ الراجع إلى شيءٍ وهو فرعه لزم وقوعه باللفظ الأصلي المرجوع إليه وهو : طلّقتها .

وقول المصنف : « ينشأ من وقوعه عند سؤاله ....الخ » يقتضي اختياره وقوعه بذلك وأنه أمر مفروغ منه . وسيأتي[٣] حكمه به بخصوصه .

والأصل في وقوعه به رواية السكوني عن الصادق عليه السلام، عن أبيه ، عن عليّ عليه السلام : « في الرجل يقال له : هل طلّقت امرأتك ؟ فيقول : نعم . قال: قد طلّقها حينئذٍ»[٤] .

ولمانع أن يمنع من الأصل لضعف السند ، وإن جاز في الفرع ، لأنه صريح في الإنشاء في نظائره ، فلو عكس الحكم كان أولى ، إلّا أن الشيخ تبع النصّ كعادته وإن ضعف مستنده . ومع ذلك كان يلزمه الحكم في الفرع ، لما ذكره المصنف وما ذكرناه.

واعلم أن الخلاف في وقوعه إنشاءً كما يظهر من التعليل ، أما وقوعه إقراراً فلا شبهة فيه حيث لا تدلّ القرينة على إرادة الإنشاء وأنه[٥] لم يسبق منه غير

---

(١) المبسوط ٥ : ٥٢ ، النهاية : ٥١١ .

(٢) راجع المهذّب ٢ : ٢٧٨ ، والوسيلة: ٣٢٤ .

(٣) في ص : ٨٨ .

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

(٥) في «ح ، م» والحجريّتين : وإن .

ولا يقع الطلاق بالكناية ، ولا بغير العربيّة مع القدرة على التلفّظ باللفظة المخصوصة .

ذلك. وتظهر الفائدة فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن أوقعنا به الانشاء لزم ذلك شرعاً، وإن جعلناه إقراراً بنينا على الظاهر خاصّة ، وكان حكم المقرّ بالنسبة إلى نفس الأمر ـ حيث لم يقع غير ذلك ـ كأنّه لم يطلّق .

قوله : « ولا يقع الطلاق ... الخ » .

الكناية في الطلاق هي اللفظ المحتمل للطلاق وغيره كـ : أطلقتك ، وأنت خليّة ، وبريّة ، وبائن ، ونحو ذلك ، ويقابله الصّريح ، وهو مالا يحتمل ظاهره غير الطلاق. وهو عند العامّة[١] لفظ الطلاق والسّراح والفراق وما اشتقّ منها ، وأطبقوا[٢] على وقوعه بالكناية مع نيّة الطلاق . وأطبق أصحابنا على عدم وقوعه به مطلقاً ، يعني بجميع ألفاظ الكناية ، ولكن اختلفوا في كلمات مخصوصة هي من جملتها . وقد تقدّم[٣] بعضها ، وسيأتي[٤] منها بعض آخر . والفرق بينها وبين غيرها لا يخلو من تكلّف .

قوله : « ولا بغير العربيّة ... الخ » .

هذا هو المشهور بين المتأخّرين ومنهم ابن إدريس[٥] ، لأن اللفظ العربي هو الوارد في القرآن والمتكرّر في لسان أهل الشّرع . والأصل عصمة الفروج . واستصحاب حكم العقد إلى أن يثبت المزيل شرعاً .

---

(١) الحاوي الكبير ١٠ : ١٥٠ ، ١٥١ ، حلية العلماء ٧ : ٣١ .

(٢) الحاوي الكبير ١٠ : ١٥٩ ـ ١٦٠ ، روضة الطالبين ٦ : ٢٧ .

(٣) في ص : ٦٣ .

(٤) في ص : ٧٣ .

(٥) السرائر ٢ : ٦٧٦ .

ولا بالإشارة إلّا مع العجز عن النطق .

ويقع طلاق الأخرس بالإشارة الدالّة . وفي رواية[١]: يلقي عليها القناع، فيكون ذلك طلاقاً . وهي شاذّة .

وذهب الشيخ في النهاية[٢] وجماعة[٣] إلى الاجتزاء بما دلّ على قوله : « أنت طالق » من اللغات وإن قدر على العربيّة ، لأن المقصود بالذات هو المعاني والألفاظ وضعت للدلالة عليها ، وهو حاصل بأيّ لغة اتّفق ، لأن شهرة استعمالها في معناها عند أهل تلك اللغات شهرة العربيّة عند أهلها . ولرواية حفص عن أبيه ، عن علي عليه السلام قال : «كلّ طلاق بكلّ لسان فهو طلاق»[٤]. وهذه الرواية هي معتمد الشيخ مع ضعف سندها، وإلّا فما ذكروه من دلالة اللغات على المعنى المقصود آتٍ في غيره من العقود ولا يقولون به . وظاهرهم أنه حينئذٍ صريح لا كناية ، فلا يتوقّف على النيّة . وذهب بعض العامة[٥] إلى أنه كناية . ولا إشكال في الاجتزاء بالترجمة مع العجز عن العربيّة .

قوله : « ولا بالإشارة ... الخ ».

المعتبر من الطلاق ما وقع بالقول ، لأن ذلك هو المعهود من الشارع ، فلا يكفي الفعل ـ كالاشارة ـ من القادر على النطق إجماعاً ، لأصالة بقاء النكاح ، ولأن عدوله من العبارة إلى الاشارة يوهم أنه غير قاصد إليه . وبعض من جوّزه

---

(١) لاحظ الوسائل ١٥ : ٢٩٩ ب (١٩) من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه .

(٢) النهاية : ٥١١ .

(٣) راجع الوسيلة : ٣٢٤ .

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

(٥) راجع المغني لابن قدامة ٨ : ٢٦٨ ، روضة الطالبين ٦ : ٢٥ .

بالكناية جعل الاشارة للقادر كناية يقع بها مع النيّة ، لحصول الإفهام بها في الجملة .

ولو تعذّر النطق كفت الاشارة به كالأخرس ، كما يقع بها جميع العقود وعبارات العبادات والأقارير والدعاوي ، حتى لو أشار بالطلاق أو البيع أو غيرهما في الصلاة صحّ ولم تبطل الصلاة على الأصح . ويعتبر في صحّته بإشارته أن تكون مفهمة لمن يخالطه ويعرف إشارته إن لم يتّفق فهمها على العموم . ويعتبر فهم الشاهدين لها ، لقيامها مقام النطق .

ولو عرف الأخرس الكتابة كانت كتابته من جملة الاشارة ، بل أقوى ، لأنها أضبط وأدلّ على المراد . ولا يعتبر ضميمة الاشارة إليها ، بل يكفي أن يفهم أنه نوى به الطلاق . وقدّمها ابن إدريس[١] على الاشارة حيث يمكن ، لما ذكرناه من قوّتها . وتؤيّده رواية ابن أبي نصر قال : « سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عنده المرأة فصمت فلا يتكلّم ، قال : أخرس ؟ قلت : نعم . قال : فيعلم منه بغض لامرأته وكراهية لها ؟ قلت : نعم ، أيجوز له أن يطلّق عنه وليّه ؟ قال : لا، ولكن يكتب ويشهد على ذلك . قلت : أصلحك الله لا يكتب ولا يسمع كيف يطلّقها؟ قال : بالذي يعرف به من فعله مثل ما ذكرت من كراهته لهاأو بغضه لها »[٢].

واعتبر جماعة من الأصحاب ـ منهم الصدوقان[٣] ـ فيه إلقاء القناع على

---

(١) السرائر ٢ : ٦٧٨ .

(٢) الكافي ٦ : ١٢٨ 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 وشرائطه ح ١ .

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

ولا يقع الطلاق بالكتابة من الحاضر وهو قادر على التلفّظ . نعم ، لو عجز عن النطق فكتب ناوياً به الطلاق صحّ . وقيل : يقع بالكتابة إذا كان غائباً عن الزوجة . وليس بمعتمد .

المرأة يري أنها قد حرمت عليه ، لرواية السكوني عن الصادق عليه السلام : « قال : طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ثم يعتزلها »[١]. وكذا روى أبو بصير[٢] عن الصادق عليه السلام.

ومنهم[٣] من خيّر بين الاشارة وبين إلقاء القناع. ومنهم من جمع بينهما .

والحقّ الاكتفاء بالاشارة المفهمة ، وإلقاء القناع مع إفهامه ذلك من جملتها . وضعف سند الرواية يمنع من جعلها أصلاً . نعم ، مع إفادة إلقاء القناع إرادة الطلاق يدخل في أفراد الاشارة ، وتكون الرواية شاهداً.

قوله : « ولا يقع الطلاق ... الخ ».

اتّفق الأصحاب على عدم وقوع الطلاق بالكتابة للحاضر القادر على التلفّظ. واختلفوا في وقوعه من الغائب، فذهب الأكثر ـ ومنهم الشيخ في المبسوط[٤] والخلاف[٥] مدّعياً فيه الإجماع ـ إلى العدم أيضاً ، عملاً بالأصل واستصحاب حكم الزوجيّة إلى أن يثبت المزيل. وبأن الأسباب يتساوى فيها الحاضر والغائب ، ومن ثَمّ استويا في وقوعه باللفظ . ولحسنة زرارة قال: «قلت

---

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

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

(٣) في هامش «و» : «المخيِّر بينهما ابن حمزة، والجامع بينهما الشهيد في اللمعة. منه رحمه الله». لاحظ الوسيلة: ٣٢٤، واللمعة : ١٢٣.

(٤) المبسوط ٥ : ٢٨.

(٥) الخلاف ٤ : ٤٦٩ مسألة (٢٩).

. . . . . .

لأبي جعفرعليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته أو بعتق غلامه ثم بدا له فمحاه، قال: ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلّم به »[١].

وذهب الشيخ في النهاية[٢] وأتباعه[٣] إلى وقوعه من الغائب، لصحيحة أبي حمزة الثمالي قال: « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إلى امرأتي بطلاقها، أو اكتب إلى عبدي بعتقه، يكون ذلك طلاقاً أو عتقاً؟ قال: لا يكون طلاقاً ولا عتقاً حتى ينطق به لسانه أو يخطّه بيده وهو يريد الطلاق أو العتق، ويكون ذلك منه بالأهلّة والشهور، ويكون غائباً عن أهله »[٤].

وأجيب بحمله على حالة الاضطرار ويكون لفظة «أو» للتفصيل لا للتخيير.

وفيه نظر، لأن الرواية صريحة في أن المطلّق يقدر على التلفّظ، لأنه قال: «اكتب يا فلان إلى امرأتي بطلاقها... الخ » فلا وجه لحمله على حالة الاضطرار، لأن من قدر على هذا اللفظ قدر على قوله: هي طالق، ولا يمكن العذر بفقد شرط آخر، لأن الشرائط معتبرة في الكتابة كاللفظ. ومع ذلك ففي هذه الرواية ترجيح على السابقة بصحّة سندها، وبأنها مقيّدة بالنيّة والغيبة وتلك مطلقة فيهما فجاز كون منعه من وقوع الطلاق لعدم النيّة بالكتابة، أو لعدم العلم بالنيّة، أو تحمل على حالة الحضور جمعاً، على أنه مع ثبوت المرجّح لا ضرورة إلى الجميع.

---

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

(٢) النهاية: ٥١١.

(٣) راجع الوسيلة: ٣٢٣، إصباح الشيعة ضمن سلسلة الينابيع الفقهيّة ٢٠: ٢٨٢.

(٤) الكافي ٦: ٦٤ ح ١، الفقيه ٣: ٣٢٥ ح ١٥٧٢، التهذيب ٨: ٣٨ ح ١١٤، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣. وفي المصادر: سألت أبا جعفر عليه السلام.

وأما ما قيل من أن الغيبة والحضور لا تأثير لهما في السببيّة فهو مصادرة محضة، لأن الخصم يدّعي الفرق ، ويحتجّ عليه بالخبر الصحيح ، وهو الفارق بين الكتابة واللفظ المشترك في السببيّة بين الغائب والحاضر ، فكيف يـدّعى عـدم تأثير الغيبة والحضور؟ وبذلك انقطع الأصل الذي ادّعوه ، وتثبت سببيّة الطلاق.

وأما دعوى ترجيح الأُولى بموافقة الأصل والشهرة في العـمل فـفيه : أن الصحيح مقدّم على الحسن، فلا تعارض . ثم إن المـقيّد مـقدّم عـلى المـطلق ، والجمع بينهما واجب ، فلا تعارض. ثم إن الطلاق المدّعى وقوعه بالكتابة يدخل في عموم الطلاق ، والأصل فيه الصحّة. وأما الشهرة فحالها في الترجيح وعدمه معلوم .

وممّا يؤيّد الصحّة أن المقصود بالعبارة الدلالة على ما في النفس ، والكتابة أحد الخطابين كالكلام ، والانسان يعبّر عمّا في نفسه بالكتابة كما يعبّر بالعبارة . نعم ، هي أقصر مرتبة من اللفظ ، وأقرب إلى الاحتمال ، ومن ثَمّ منع من وقوع الطلاق بها للحاضر، لأنه مع الحضور لا حاجة إلى الكتابة ، بخلاف الغيبة ، للعادة الغالبة بها فيها.

واعلم أنه على [تقدير][1] القول بوقوعه بها يعتبر القصد بها إلى الطلاق ، وحضور شاهدين يريان الكتابة . وهل يشترط رؤيته حال الكـتابة ، أم تكـفي رؤيتهما لها بعدها، فيقع حين يريانها ؟ وجهان ، والأول لا يخلو مـن قـوّة ، لأن ابتداءها هو القائم مقام اللفظ لا استدامتها . وإنما تعلم النيّة بإقراره ، ولو شك فيها فالأصل عدمها . وحينئذٍ فتكون الكتابة كالكناية ، ومن ثَمّ ردّها الأصحاب مطلقاً

(١) من الحجريّتين .

ولو قال : [هذه] خليّة ، أو بريّة ، أو حبلك على غاربك، أو الحقي بأهلك ، أو بائن ، أو حرام، أو بتّة ، أو بتلة ، لم يكن شيئاً، نوى الطلاق أو لم ينوه .

اطّراداً للقاعدة، مع أنهم نقضوها في مواضع كما ترى .

ولا فرق في الغائب بين البعيد بمسافة القصر وعدمه ، مع احتمال شموله للغائب عن المجلس ، لعموم النصّ[1] . والأقوى اعتبار الغيبة عرفاً . ولتكن الكتابة للكلام المعتبر في صحّة الطلاق ، كقوله : فلانة طالق ، أو يكتب إليها : أنت طالق . ولو علّقه بشرط كقوله : إذا قرأت كتابي فأنت طالق ، فكتعليق اللفظ .

قوله : « ولو قال خليّة .... الخ ».

هذه الكلمات كلّها كنايات عن الطلاق وليست صريحة فيه ، لاحتمالها له ولغيره، فإنه يحتمل أن تكون خليّة من شيءٍ آخر غير النكاح ، أو بريّة كذلك ، إلى آخر الألفاظ ، فلذلك لم يقع بها الطلاق عند أصحابنا ، خلافاً للعامّة[2] أجمع حيث حكموا بوقوعه بها مع نيّته ، وإليه أشار بقوله : « نوى الطلاق أو لم ينوه » إذ لا خلاف في أنّه لو لم ينو بها الطلاق لم يقع، بخلاف اللفظ الصريح.وهذه النيّة أمر آخر غير القصد الذي تقدّم اعتباره في الصيغة الصريحة ، لأن المراد بالنيّة هنا قصد إيقاع الطلاق ، وهناك قصد لفظه لمعناه .

وتحقيق الفرق : أنه لمّا كان المعنى في اللفظ الصريح متّحداً اكتفي بقصد اللفظ للمعنى ، بمعنى كون المتلفَّظ قابلاً للقصد وإن لم يصرّح بالقصد ، ولهذا

---

(١) لاحظ الوسائل ١٥ : ٢٩١ ب « ١٤» من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ٣.

(٢) الحاوي الكبير ١٠ : ١٥٩ ـ ١٦٠ ، الاشراف على مذاهب العلماء ٤ : ١٦٨ ـ ١٦٩ ، روضة الطالبين ٦ : ٢٧ ، حلية العلماء ٧ : ٤٠٠ .

حكم عليه به بمجرّد سماع لفظه ، وإنما احترزوا باشتراط القصدعن مثل الساهي والنائم إذا أوقعا لفظاً صريحاً ، فإنه لا يعتدّ به ، لعدم القصد إلى مدلوله ، بخلاف الكناية ، فإن ألفاظها لمّا كانت مشتركة بين المقصود منها ـ وهو الطلاق ـ ونحوه لم يحمل عليه بمجرّد قصده إلى المعنى ، لاشتراكه ، بل لا بدّ من القصد إلى بعض معانيه وهو الطلاق مثلاً، وهذا القصد على خلاف الأصل ، لأنه تخصيص للّفظ المشترك بأحد معانيه ، فلا بدّ من العلم به وإلا لم يحكم عليه بالطلاق ولا غيره ، بخلاف الصريح ، فإن الأصل فيه إذا وقع من العاقل الخالي عن الموانع أن يكون قاصداً به مدلوله ، فهذا هو الفارق بين القصدين فتدبّره فإنه من مواضع الاشتباه على كثير.

واعلم أنه قد دلّ على عدم الاكتفاء ببعض هذه الألفاظ المعدودة في الكناية حسنة محمد بن مسلم أنه سأل أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لامرأته : أنت عليّ حرام، أو بائنة ، أو بتّة، أو بريّة، أو خليّة، قال : « هذا كلّه ليس بشيء »[1] .

ومعنى خليّة وبريّة أي : من الزوج . ومعنى حبلك على غاربك أي : خلّيت سبيلك كما يخلّى البعير في الصحراء وزمامه على غاربه ـ وهو ما تقدّم من الظهر وارتفع من العنق ـ ليرعى كيف شاء . والحقي ـ بكسر أوله وفتح ثالثه ، وقيل : عكسه ـ أي : الحقي بأهلك لأني طلّقتك . وبائن أي : مفارقة وحرام عليه الاستمتاع بها . وبتّة أي: مقطوعة الوصلة . وتنكير « البتّة » جوّزه الفرّاء[2] ،

(١) الكافي 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) لسان العرب ٢ : ٧.

ولو قال : اعتدّي ، ونوى به الطلاق قيل : يصحّ، وهي رواية الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام . ومنعه كثير ، وهو الأشبه .

والأكثر على أنه لا يستعمل إلّا معرّفاً باللام . وقال الجوهري: « تقول : لا أفعله بتّة ، أو لا أفعله البتّة ، لكلّ أمر لا رجعة فيه، ونصب على المصدر »[١]. وبتلة أي : متروكة النكاح .

قوله : «ولو قال :اعتدّي .....الخ ».

القائل بوقوعه بقوله: «اعتدّي» ابن الجنيد[٢] ، استناداً إلى حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الطلاق أن يقول لها: اعتدّي ، أويقول لها : أنت طالق »[٣] وحسنة محمد بن مسلم السابقة[٤] عن أبي جعفر عليه السلام ، وفيها ـ بعد قوله : هذا كلّه ليس بشيء ـ : « إنما الطلاق أن يقول لها في قبل العدّة بعدما تطهر من حيضها قبل أن يجامعها : أنت طالق أو اعتدّي، يريد بذلك الطلاق، ويشهد على ذلك رجلين عدلين ». وروى الشيخ في التهذيب عن علي بن الحسن الطاطري قال : « الذي أجمع عليه في الطلاق أن يقول : أنت طالق أو اعتدّي ، وذكر أنه قال لمحمد بن أبي حمزة : كيف يشهد على قوله: اعتدّي ؟ قال: يقول: اشهدوا اعتدّي »[٥] .

وأنت خبير بأن الأصحاب يثبتون الأحكام بما هو أدنى مرتبة من هذه

---

(١) الصحاح ١ : ٢٤٢ (مادّة : بتت) .

(٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٥٨٥ .

(٣) الكافي 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) في الصفحة السابقة .

(٥) التهذيب ٨ : ٣٧ ح ١١٠ .

الروايات وأضعف سنداً ، فكيف بالحسن الذي ليس في طريقه خارج عن الصحيح سوى إبراهيم بن هاشم ، وهو من أجلّ الأصحاب وأكبر الأعيان، وحديثه من أحسن مراتب الحسن ؟! ومع ذلك ليس لها معارض في قوّتها حتى يرجّح عليها بشيءٍ من وجوه المرجّحات .

نعم ، نقل الشيخ عن الحسن بن سماعة أنه قال : « ليس الطلاق إلّا كما روى ابن بكير بن أعين أن يقول لها وهي طاهر من غير جماع : أنت طالق ، وكلّ ما سوى ذلك فهو ملغى »[١].

ولا يخفى عليك أن هذا الكلام لا يصلح للمعارضة أصلاً ، لأنه من قول ابن بكير وحاله معلوم ، والراوي الحسن بن سماعة شيخ الواقفيّة ووجههم، فأين هذا من حديث[٢] سنده علي بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن ابن أبي عمير ، عن حمّاد ، عن الحلبي ، والثلاثة[٣] الأول عن عمر بن أُذينة ، عن محمد بن مسلم ؟!

ومن العجب عدول الشيخ ـ رحمه الله ـ عن مثل ذلك مع تعلّقه في وقوع الطلاق بقوله: «نعم» في جواب السؤال برواية[٤] السكوني ، وبوقوعه بغير العربيّة برواية[٥] حفص عن أبيه ، وهما عاميّان كالسكوني ، وتركه هذه الأخبار المعتبرة الأسناد .

---

(١) التهذيب ٨ : ٣٧ ح ١١٠ . وفيه: كما روى بكير بن أعين، ولم يكن فطحيّاً بل الفطحيّ ابنه، واعتراض الشارح قدّس سرّه مبتنٍ على نسخته، راجع الجواهر ٣٢ : ٦٧ .

(٢) لاحظ الصفحة السابقة، هامش (٣) .

(٣) لاحظ ص : ٧٤، هامش (١) .

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

(٥) مرّ ذكر مصادرها في ص : ٦٨ ، هامش (٤) .

وأعجب منه جمعه بينها وبين كلام ابن سماعة ـ حذراً من التنافي ـ بحمل الأخبار على أن يكون قد تقدّم قول الزوج « أنت طالق » ثم يقول: اعتدّي. قال: « لأن قوله لها: «اعتدّي» ليس له معنى، لأن لها أن تقول: من أيّ شيءٍ اعتدّ؟ فلابدّ أن يقول: اعتدّي لأنّي قد طلّقتك، فالاعتبار بالطلاق لا بهذا القول، إلّا أنه يكون هذا القول كالكاشف لها عن أنه لزمها حكم الطلاق، وكالموجب عليها ذلك. ولو تجرّد ذلك من غير أن يتقدّمه لفظ الطلاق لما كان به اعتبار على ما قاله ابن سماعة »[١]. هذا آخر كلام الشيخ.

ولا يخفى عليك ما في هذا الجمع والحمل، لأن مرجعه إلى أن الطلاق لا يقع إلّا بقوله: « أنت طالق » وأن « اعتدّي » إخبار عن سبق قوله: أنت طالق، والحال أن الامام عليه السلام في الخبرين[٢] جعل قوله: « أنت طالق » معطوفاً على « اعتدّي » أو معطوفاً عليه، ووقوع الطلاق بكلّ واحدة من الصيغتين صريحاً، فكيف يخصّ وقوعه بإحداهما ؟!

وقوله: « إنه لا معنى لقوله: اعتدّي » غير واضح، لأنه إذا جعل كناية عن الطلاق يكون دالّاً على إنشاء الطلاق به، فإذا قالت له: من أيّ شيءٍ اعتدّ؟ يقول لها: إن قولي: «اعتدّي» طلاق، غايته أنها ما فهمت مراده من قوله: اعتدّي، فسؤالها عنه لا يوجب أن لا يكون لها معنى مع جعل الشارع معناه الطلاق، ويكون ذلك كسؤالها له بعد قوله: «أنت طالق» بقولها: عن أيّ شيءٍ طالق ؟ [فيقول: طالق][٣] عن وثاق الجلوس في البيت، أو وثاق النكاح،

---

(١) التهذيب ٨: ٣٧ ذيل ح ١١٠.

(٢) المتقدّمين في ص: ٧٥.

(٣) من الحجريّتين فقط.

. . . . . .

أو غير ذلك ؟

وأيضاً فقوله في رواية محمد بن مسلم : « أو اعتدّي يريد بذلك الطلاق » صريح في أنه كناية ، من حيث إنه قيّد وقوع الطلاق به بإرادة الطلاق ولم يـقيّد ذلك في قوله: «أنت طالق» لأنه لفظ صريح ، وهذا شأن الكنايات عند من يوقع بها الطلاق ، فإنه يشترط فيه النيّة دون الصريح .

ولا يقال : إنه يمكن حمله على التقيّة حيث إنه مذهب جميع العامّة[١] ، لأن في الخبر ما ينافي ذلك ، وهو قوله : « إنه لا يقع الطلاق بقوله : أنت حـرام، أو بائنة، أو بتّة ، أو بتلة ، أو خليّة » فإن الطلاق يقع عند المخالف بجميع ذلك مع النيّة ، فلا يمكن حمل آخره على التقيّة مع منافاة أوّله لها .

نعم ، يمكن أن يقال : إن حكمه بوقوع الطلاق بقوله: « اعتدّي » مع النيّة ـ وهو كناية قطعاً ـ يدلّ على وقوعه بغيره من الكنايات التي هي أوضح معنىً من قوله: « اعتدّي» مثل قـوله : أنت مـطلّقة ، أو طـلّقتك ، أو مـن المـطلّقات ، أو مسرّحة، أو سرّحتك ، أو مفارقة ، أو فـارقتك ، أو مـن المسـرّحات ، أو مـن المفارقات،إلىغير ذلك من الكنايات التي هي أوضح دلالة على الطلاق من قوله: اعتـدّي ، بل قيل : إن الفراق والسراح وما اشتقّ منهما ومن الطلاق صـريح لا كناية ، لورودها في القرآن مراداً بها الطلاق كقوله تعالى : ﴿ وسرّحوهنّ سراحاً جميـلاً ﴾[٢] ﴿أو تسـريح بإحسـان ﴾[٣] ﴿أو فارقوهنّ بمعروف ﴾[٤] ﴿ وإن يتفرّقا

---

(١) لاحظ ص : ٧٣، هامش (٢) .

(٢) الأحزاب : ٤٩ .

(٣) البقرة : ٢٢٩ .

(٤) الطلاق : ٢ .

. . . . . .

يغن الله كلّاً من سعته ﴾[١] . فوقوع الطلاق بقوله: « اعتدّي» يدلّ بمفهوم الموافقة على وقوعه بجميع هذه الألفاظ وما في معناها ، وتبقى الكنايات التي لا تدخل في مفهوم الموافقة ـ بل إما مساوية لقوله: « اعتدّي » أو أخفى ـ مردودة، لعدم الدليل ، ومنها قوله في الخبر : « خليّة ، وبريّة ، وبتّة ، وبتلة » ونحوها. وحينئذٍ نكون قد أعملنا جميع الأخبار المعتبرة مؤيّداً بعموم الآيات والأخبار الدالّة على الطلاق من غير تقييد بصيغة . ولا يضرّنا مفهوم الحصر في قوله[٢] : « إنما الطلاق أن يقول : أنت طالق » لوجهين :

أحدهما : أن الحصر في الصيغتين بطريق المطابقة ، وفي غيرها بطريق الالتزام ، فلا منافاة .

والثاني : إمكان حمله على مجرّد التأكيد بقرينة قوله في رواية[٣] الحلبي : «الطلاق أن يقول لها » من غير أداة الحصر . ولا يرد على هذا حصر المبتدأ في خبره ، لأن ذلك غير مطّرد كما هو محقّق في محلّه . وقد وقع استعمال « إنما » في الكلام الفصيح مجرّداً عن الحصر ، وتقدّم مثله في أخبار[٤] . ولو قيل بهذا القول لكان في غاية القوّة. وتوهّم أنه خلاف الاجماع قد تكلّمنا عليه غير مرّة .

---

(١) النساء : ١٣٠.

(٢) في حسنة محمد بن مسلم المتقدّمة في ص : ٧٥، هامش (٤) .

(٣) المتقدّمة في ص : ٧٥، هامش (٣) .

(٤) في هامش «و» : «منها في باب العيب قوله في رواية صحيحة : «إنما يردّ المرأة... الخ» مع عدم انحصار ردّها فيما ذكر. منه قدّس سرّه» ، لاحظ ج ٨ : ١١٩ ، وفي المصادر: إنما يردّ النكاح .

ولو خيّرها وقصد الطلاق ، فإن اختارته أو سكتت ولو لحظة فلا حكم . وإن اختارت نفسها في الحال قيل : تقع الفرقة بائنة ، وقيل : تقع رجعيّة ، وقيل : لا حكم له ، وعليه الأكثر .

قوله : « ولو خيّرها وقصد ... الخ » .

اتّفق علماء الاسلام ممّن عدا الأصحاب على جواز تفويض الزوج أمر الطلاق إلى المرأة وتخييرها في نفسها ناوياً به الطلاق ، ووقوع الطلاق لو اختارت نفسها، وكون ذلك بمنزلة توكيلها في الطلاق ، وجعل التخيير كناية عنه أو تمليكاً لها نفسها. والأصل فيه أن النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم خيّر[١] نساءه بين المقام معه وبين مفارقته لمّا نزل قوله تعالى: ﴿ يا أيّها النبي قل لأزواجك ...﴾[٢] الآية والتي بعدها .

وأما الأصحاب فاختلفوا ، فذهب جماعة ـ منهم ابن الجنيد[٣] ، وابن أبي عقيل[٤] ، والسيّد المرتضى[٥] ، وظاهر ابني بابويه[٦] ـ إلى وقوعه بـه أيـضاً إذا اختارت نفسها بعد تخييره لها على الفور مع اجتماع شرائط الطلاق من الاستبراء وسماع الشاهدين ذلك وغيره. وذهب الأكثر ـ ومنهم الشيخ[٧] والمتأخّرون[٨] ـ

---

(١) الكافي ٦ : ١٣٦، ١٣٧ ح ٢ و ٣ ، الفقيه ٣ : ٣٣٤، ٣٣٥ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٨٧ ح ٢٩٩ و ٣٠٠ ، الاستبصار ٣ : ٣١٢ ح ١١١١ و ١١١٢ ، الوسائل ١٥ : ٣٣٥ ب (٤١) من أبواب مقدمات الطلاق ، وراجع مجمع البيان ٤ : ٣٥٢ ، ذيل الآية ٢٨ من سورة الأحزاب .

(٢) الأحزاب : ٢٨ ـ ٢٩ .

(٣ و ٤) حكاه عنهما العلّامة في المختلف : ٥٨٤ .

(٥) رسائل الشريف المرتضى ١ : ٢٤١ .

(٦) المقنع : ١١٦ ، ١١٧ ، وحكاه عن أبيه في رسالته إليه في الفقيه ٣ : ٣٣٤ .

(٧) الخلاف ٤ : ٤٧٠ ، مسألة (٣١) ، المبسوط ٥ : ٣٠ .

(٨) السرائر ٢ : ٦٧٦ ، المختلف : ٥٨٤ ، إيضاح الفوائد ٣ : ٣٠٩ .

. . . . . .

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

ووجه الخلاف اختلاف الروايات الدالّة على القولين ، إلّا أن أكثرها وأوضحها سنداً ما دلّ على الوقوع ، أورد الشيخ في التهذيب منها ستّة أخبار أكثرها من الموثّق وفيها الحسن أو الصحيح ، وذكر أنه ذكر طرفاً من الأخبار الدالّة على الوقوع به ، فمنها صحيحة حمران قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : المخيّرة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهم ، لأن العصمة قد بانت منها ساعة كان ذلك منها ومن الزوج»[١] . وموثّقة محمد بن مسلم وزرارة عن أحدهما عليهما السلام قال : « لا خيار إلّا على طهر من غير جماع بشهود »[٢] . ورواية زرارة أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قلت له : رجل خيّر امرأته ، فقال : إنما الخيار لهما ما داما في مجلسهما ، فإذا تفرّقا فلا خيار لها »[٣] الحديث .

وحجّة المانع أربع روايات بعضها ضعيف السند وبعضها من الموثّق ، منها رواية العيص بن القاسم عن الصادق عليه السلام قال : « سألته عن رجل خيّر امرأته فاختارت نفسها بانت منه ؟ قال : لا إنما هذا شيء كان لرسول الله صلّى الله

---

(١) في هامش «و»: «طريق رواية حمران صحيح إليه، وأما هو نفسه فمشكور من غير توثيق، فهي من الحسن، لكن الجماعة وصفوها بالصحّة نظراً إلى ما ذكرناه، وهو أحد معنيي الصحيح كما حقّق في محلّه. منه رحمه الله» . التهذيب ٨ : ٩٠ ح ٣٠٧ ، الاستبصار ٣ : ٣١٤ ح ١١٩ ، الوسائل ١٥ : ٣٣٨ ب (٤١) من أبواب مقدّمات الطلاق ح ١١ .

(٢) التهذيب ٨ : ٨٩ ح ٣٠٤ ، الاستبصار ٣ : ٣١٣ ح ١١١٦ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٨ .

(٣) التهذيب ٨ : ٩٠ ح ٣٠٨ ، الاستبصار ٣ : ٣١٤ ح ١١٢٠ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٢ .

عليه وآله وسلّم خاصّة أمر بذلك ففعل ، ولو اخترن أنفسهنّ لطلّقن وهو قول الله تعالى : ﴿ قل لأزواجك إن كنتنّ تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أُمتّعكنّ وأُسرّحكنّ سراحاً جميلاً ﴾[1]». ورواية محمد بن مسلم قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إنّي سمعت أباك يقول : إن رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم خيّر نساءه فاخترن الله ورسوله ، فلم يمسكهنّ على طلاق ، ولو اخترن أنفسهنّ لبنّ. فقال : إن هذا حديث كان يرويه أبي عن عائشة وما للناس والخيار ؟ إنما هذا شيء خصّ الله به رسوله صلّى الله عليه وآله وسلّم »[2] .

وأجاب المانعون عن الأخبار الدالّة على الوقوع بحملها على التقيّة . ولو نظروا إلى أنها أكثر وأوضح سنداً وأظهر دلالة لكان أجود . ووجه الأول واضح . والثاني أن فيها الصحيح أو الحسن والموثّق ، وليس فيها ضعيف ، بخلاف أخبار المنع ، فإن فيها الضعيف والمرسل والمجهول . وأما الثالث فلأن نفي البينونة في الأول أعمّ من نفي الوقوع ، لجواز وقوعه رجعيّاً ، فلا دلالة له على منعه مطلقاً ، فإذا حملت أخبار الوقوع على كونه رجعيّاً لم يتعارض على تقدير أن تكون مكافئة فكيف وحالها ما رأيت .

وأما حمل العلّامة في المختلف[3] لأخبار الوقوع على ما إذا طلّقت بعد التخيير فغير سديد ، لأن ذلك يقتضي كون تخييرها وكالة ، ومعها لا يشترط فيه

---

(١) الكافي ٦ : ١٣٧ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ٨٧ ح ٢٩٩ ، الاستبصار ٣ : ٣١٢ ح ١١١١ ، الوسائل ١٥ : ٣٣٦ ب (٤١) من أبواب مقدمات الطلاق ح ٤ . والآية في سورة الأحزاب : ٢٨ .

(٢) الكافي ٦ : ١٣٦ ح ٢ ، التهذيب ٨ : ٨٨ ح ٣٠٠ ، الاستبصار ٣ : ٣١٢ ح ١١١٢ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣ .

(٣) المختلف : ٥٨٤ .

وقوعه في المجلس ولا على الفور ، خلاف ما دلّت عليه تلك الأخبار . وهـذا واضح .

إذا تقرّر ذلك فاعلم أن القائلين بوقوعه به اختلفوا في أنه هل يقع طلاقاً رجعيّاً، أو بائناً ؟ فقال ابن أبي عقيل[١] يقع رجـعيّاً ، لروايـة زرارة السـابقة[٢] عن أبي جعفرعليه السلام وفـي آخـرها: « قـلت : أصـلحك الله فـإن طـلّقت نفسها ثلاثاً قبل أن يتفرّقا من مجلسهما ، قال: لا يكون أكثر من واحدة ، وهـو أحقّ برجعتها قبل أن تنقضي عدّتها ، فقد خيّر رسول الله صـلّى الله عـليه وآله وسلّم نساءه فاخترنه ، فكان ذلك طلاقاً . فقلت له : لو اخترن أنـفسهنّ لبـنّ ؟ قال: فقال : ما ظنّك برسول الله صلّى الله عليه وآله وسـلّم لو اخـترن أنـفسهنّ أكان يمسكهنّ ؟ » .

وقيل : تكون بائنة ، لرواية زرارة عن أحدهما عليهما السلام قال : « إذا اختارت نفسها فهي تطليقة بائنة ، وهو خاطب من الخطّاب »[٣] وروايـة يـزيد الكناسي عن الباقر عليه السلام قال : « لا ترث المخيّرة من زوجها شـيئاً فـي عدّتها ، لأن العصمة قد انقطعت فيما بينها وبين زوجها من ساعتها ، فلا رجعة له عليها ، ولا ميراث بينهما »[٤] .

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

---

(١) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٥٨٥ .

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

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

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

وإلّا كان رجعيّاً »[١] . وفيه جمع بين الأخبار . ويمكن الجمع بينها بحمل البائن على تخيير من لا عدّة لها كغير المدخول بها واليائسة ، والرجعي على ما[٢] لها عدّة رجعيّة ، لأن التخيير جائز للجميع على القول به .

وبقي هنا أمور يتوقّف عليها المبحث :

الأول : مقتضى النصوص وفتوى المجوّزين أن الطلاق يحصل بقولها : اخترت نفسي، أو اخترت الفراق ، أو الطلاق ، أو نحو ذلك ممّا يدلّ على إرادته . وفي الاكتفاء بقولها: اخترت ، مجرّداً بقصد الطلاق وجهان ، من أنه كناية فيقع بالنيّة ، ومن كونه أعمّ من اختيار الفراق ، بخلاف قولها: اخترت نفسي ، ونحوه ، فإن فيه إشعاراً بالفراق وإن احتمل غيره ، فكان كناية يقع بالنيّة . فإن قلنا بوقوعه حينئذٍ صدّقت في دعواها إرادة الفراق وإن كذّبها الزوج ، لأن ذلك لا يعلم إلّا من قبلها .

ولو قالت : اخترت الأزواج ، فكاختيار نفسها ، لأنها لا تصلح للأزواج إلّا بمفارقته. ويحتمل عدم وقوعه بذلك ، لأن الزوج من جملة الأزواج ، وهي لا تصلح إلّا لواحد ، فهو كما لو قالت : اخترتك . وفيه : أن الكناية محتملة ، وإنما تفيد مع النيّة ، والفرض كونها حاصلة هنا ، واللفظ ظاهر في إرادة الفراق .

الثاني : مقتضى الرواية اشتراط وقوع الاختيار من المرأة في المجلس . وبمضمونها أفتى ابن أبي عقيل ، فقال : « والخيار عند آل الرّسول عليهم السلام أن يخيّر الرجل امرأته ويجعل أمرها إليها في أن تختار نفسها أو تختاره بشهادة

---

(١) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٥٨٥ .

(٢) كذا في النسخ الخطّيّة والحجريّتين، ولعلّ الصحيح : مَنْ .

شاهدين في قبل عدّتها، فإن اختارت نفسها في المجلس فهي تطليقة واحدة»[١]. ومقتضى إطلاقه أنه لا فرق بين طول المجلس وقصره، ولا بين تخلّل كلام أجنبي بين التخيير والاختيار وعدمه.

ويشكل بأنه إن جعل بمنزلة عقد التمليك لم تكن العبرة بالمجلس بل بالمقارنة[٢]. وإن جعل بمنزلة التوكيل لم يكن المجلس أيضاً معتبراً، بل يجوز مع التراخي. ولكن مقتضى الرواية أنه حكم برأسه، وللمجلس فيه أثراً. ويمكن أن يجعل المجلس كناية عن اتّصال قبولها بتخييره، فيعتبر الاتّصال العرفي، والمجلس كناية عنه.

وبهذا صرّح ابن الجنيد فقال: «وإذا أراد الرجل أن يخيّر امرأته اعتزلها شهراً، وكان على طهر من غير جماع في مثل الحال التي لو أراد أن يطلّقها فيه طلّقها، ثم خيّرها فقال لها: قد خيّرتك وقد جعلت أمرك إليك. ويجب أن يكون ذلك بشهادة. فإن اختارت نفسها من غير أن تتشاغل بحديث من قول أو فعل كان يمكنها أن لا تفعله صحّ اختيارها. وإن اختارت بعد فعلها ذلك لم يكن اختيارها ماضياً»[٣]. وهذا مبنيّ على أنه بمنزلة التمليك، فيعتبر فيه اتّصال الإيجاب بالقبول.

ويمكن الجمع بجعل المجلس غير قادح في الاتّصال المعتبر، كما لا يقدح الفصل القليل والتنفّس والسعال. وقد تقدّم[٤] في النكاح أن الفصل بما يكون من

(١ و ٣) حكاه عنهما العلّامة في المختلف: ٥٨٤.

(٢) كذا في «ح، ط» وفي «ش، و، م» والحجريّتين: بالمفارقة.

(٤) في ج ٧: ٩١.

متعلّقات العقد لا يقدح ، 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 تتخيّر بلفظه أو ما أدّى معناه ، أما لو كان مراده من التخيير توكيلها في الطلاق إن شاءت ، كان ذلك جائزاً بغير خلاف عند من جوّز وكالة المرأة فيه ، ولم يشترط المقارنة بين الايجاب والقبول كغيره من الوكالات ، وكان فرضها حينئذٍ إيقاعه بلفظ الطلاق المعهود وما أدّاه . والعامّة[١] لم يفرّقوا بين قوله : « اختاري نفسك» وبين قوله:« طلّقي نفسك» في أنّه تمليك للطلاق أو توكيل فيه ، وأنه يتأدّى باختيارها الفراق بلفظ الطلاق وبلفظ الاختيار وما أدّى معناهما ، بناءً 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 وسماع شاهدين نطقهما وغير ذلك . وهل يكفي سماعهما نطقها خاصّة ، أو يعتبر سماعهما نطقهما معاً ؟ ظاهر الرواية[٢] والفتوى الأول[٣] ، وأن الفراق يقع بمجموع الأمرين ، فيعتبر سماعهما من الشاهدين . وينزّل حينئذٍ منزلة الخلع حيث يقع البذل [والكراهية][٤] من جانبها والطلاق من جانبه ، وإن اختلفا في كون الطلاق

---

(١) أُنظر الحاوي الكبير ١٠ : ١٧٢ ـ ١٧٣ ، الوجيز ٢ : ٥٥ ـ ٥٦ ، روضة الطالبين ٦ : ٤٥ و ٤٧.

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

(٣) كذا في النسخ والحجريّتين، ولعلّه سهو من قلمه الشريف قدّس سرّه ، والصحيح : الثاني ، راجع الحدائق ٢٥ : ٢٢٩.

(٤) من الحجريّتين فقط.

. . . . . .

هنا من جانبها . ويحتمل الاكتفاء بسماع اختيارها ، لأن الفراق إنما حصل به ، ولهذا لو ردّته أو اختارته لم يقع ، فيكون ذلك بمنزلة تفويض الطلاق إليها ، فلا يشترط إلّا سماع ما دلّ على الطلاق ، لا سماع ما هو بمنزلة الوكالة فيه .

الخامس : يجوز له الرجوع في التخيير ما لم تتخيّر مطلقاً . وهو الظاهر من رواية[١] زرارة : « إنما الخيار لهما ما داما في مجلسهما » . ولأنه إن كان تمليكاً فالرجوع فيه قبل القبول جائز ، وإن كان توكيلاً فكذلك بطريق أولى .

ومقتضى قوله : « إن الخيار لهما ماداما في المجلس » جواز فسخه لكلّ منهما في المجلس وإن وقع التخيير من كلّ منهما . وهو يشكل من جانبها مطلقاً ، إذ لا خيار لها في الطلاق مطلقاً ، ومن جانبه لو كان بائناً ، إلّا أن الأمر فيه أسهل ، لإمكان تخصيصه بالرجعي . وهذا يؤيّد كون المجلس كناية عن زمان الإيجاب والقبول ، أعني تخييره لها واختيارها ، فإذا انقضى ذلك فقد انقضى المجلس الذي هو عبارة عنهما ، فليس لها الاختيار حينئذٍ . وهو واضح .

السادس : قال ابن الجنيد : «لو جعل الاختيار إلى وقت بعينه فاختارت قبله جاز اختيارها ، وإن اختارت بعده لم يجز »[٢] .

وهذا القول يشكل على إطلاقه باشتراطه اتّصال اختيارها بقوله ، فلا يناسبه توقيته بمدّة تزيد على ذلك ، إلّا أن يتكلّف توقيته بمدّة يسيرة لا تنافيه ، بحيث يمكن فيه فرض وقوع اختيارها أو بعضه خارج الوقت المحدود مع مراعاة الاتّصال . ولا يخلو من تكلّف . نعم ، من جعله توكيلاً جوّز توقيته بمدّة

---

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

(٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٥٨٤ .

ولو قيل : هل طلّقت فلانة ؟ فقال : نعم ، وقع الطلاق .

مخصوصة ، ومنع من اختيارها بعدها ، كما لو وكّلها في الطلاق في وقت معيّن. وجوّز حينئذٍ تراخي جوابها إلى آخر المدّة ، بخلاف ما إذا جعل تمليكاً.

قوله : « ولو قيل ... الخ » .

المراد أنه يقع إنشاءً كما نبّه عليه سابقاً[١] . وبهذا صرّح الشيخ في النهاية[٢] وأتباعه[٣]. والمستند رواية السكوني عن الصادق عليه السلام ، عن أبيه ، عن عليّ عليه السلام : « في الرجل يقال له : طلّقت امرأتك ؟ فيقول : نعم ، فقال : قد طلّقها حينئذٍ »[٤] . ولأن قوله : «نعم» صريح في إعادة السؤال على سبيل الانشاء ، والصريح في الصريح صريح . ولأن «نعم» في الجواب تابع للفظ السؤال ، فإذا كان صريحاً كان الجواب صريحاً فيما السؤال صريح فيه . ولهذا إذا قيل لزيد : في ذمّتك مائة ، فقال : نعم ، كان إقراراً وحكم عليه بها.

ويشكل بضعف السّند ، وبأنه لا يلزم من تضمّن «نعم» مقتضى السؤال أن يكون بمنزلة لفظه . ولأن الأصل ممنوع على ما مرّ[٥] ، فإنه لو قال : طلّقت فلانة ، لا يقع عند الجماعة[٦] ، فكذا ما دلّ عليه . ولأن صحّته كذلك تقتضي صحّة سائر العقود به ، وهم لا يقولون به . وإنما خصّوا الطلاق بالرواية لا بما تكلّف من الجواب ، ومن ثم لم يجيزوا البيع والنكاح وغيرهما بذلك . والرواية ضعيفة ،

(١ و ٥) في ص : ٦٥ ـ ٦٦.

(٢) النهاية : ٥١١.

(٣) راجع المهذّب ٢ : ٢٧٨ ، الوسيلة : ٣٢٣ ـ ٣٢٤.

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

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

. . . . . .

فالقول بالمنع في الجميع أوضح ، وإن جوّزنا وقوعه بقوله: «طلّقت فلانة» للفرق بين الملفوظ والمقدّر في صيغ العقود والإيقاعات.

واحتجّ العلّامة[١] وغيره[٢] للمنع برواية البزنطي في جامعه عن محمد بن سماعة ، عن محمد بن مسلم ، عن الباقر عليه السلام في رجل قال لامرأته : أنت عليّ حرام ، أو بائنة، أو بتّة، أو خليّة ، أو بريّة ، فقال : «هذا ليس بشيء ، إنما الطلاق أن يقول لها في قبل عدّتها قبل أن يجامعها : أنت طالق ، ويشهد على ذلك رجلين عدلين »[٣]. وهذه الرواية أوضح دلالة على تخصيص « أنت طالق » من بين الصيغ المتنازع في وقوعه بها . وهي سالمة من إضافة ما تقدّم[٤] في رواية محمد بن مسلم أيضاً: «أو يقول لها: اعتدّي».

ولو صحّت لكانت أجود في الدلالة على نفي تلك الأقوال ، مع أن راوي الخبر ـ وهو محمد بن مسلم ـ روى الزيادة وهي قوله : « أو اعتدّي » .

واعلم أنّا حيث لا نحكم بوقوع الطلاق به إنشاءً لا نوقعه إقراراً إذا علمنا أنه لم يقع منه غيره ، أما مع الشك فيحكم بكونه إقراراً ، إلّا أن ذلك خارج عن موضع النزاع . وأطلق ابن إدريس[٥] كونه إقراراً بطلاق شرعي . وقيّده العلّامة[٦]

(١ و ٦) المختلف : ٥٨٥ .

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

(٣) لاحظ الوسائل ١٥ : ٢٩٥ ب «١٦» من أبواب مقدّمات الطلاق ذيل ح ٣ ، وفيه: أنت طالق أو اعتدّي، وراجع أيضاً الكافي ٦ : ١٣٥ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٤٠ ح ١٢٢ ، الاستبصار ٣ : ٢٧٧ ح ١ ، وفيه أيضاً: أو اعتدّي .

(٤) في ص : ٧٥ .

(٥) السرائر ٢ : ٦٧٦ .

ولو قيل : هل فارقت ، أو خلّيت ، أو أبنت ؟ فقال : نعم ، لم يكن شيئاً .

ويشترط في الصيغة تجريدها عن الشرط والصفة في قول مشهور ، لم أقف فيه على مخالف منّا .

بقصد الإقرار ، فيقبل منه ويديّن بنيّته . ولا إشكال مع القصد ، إنما الكلام مع الجهل بحاله. والوجه ما قلناه من الحكم بكونه إقراراً إلّا مع العلم بانتفاء سابق . ويرجع في ذلك إلى القرائن المفيدة لكونه يريد الإنشاء أو الإقرار . وحيث يحكم عليه بالإقرار ـ بأن لم يصحّحه إنشاءً ، ولم يدلّ دليل على نفي الإقرار ـ لو ادّعى إرادة الإنشاء بذلك فالأجود قبول قوله.

قوله: « ولو قيل ... الخ » .

وذلك لأن «نعم» غايتها أن تفيد جعل ما ذكر في لفظ السؤال إنشاءً ، وذلك غير كافٍ في إنشاء الطلاق لو صرّح به ، لأنه كناية عن الطلاق ولم نقل بوقوعه به فكيف مع الإتيان بلفظ يدلّ عليه خاصّة ؟ ويأتي عند القائل بوقوعه بالكناية مطلقاً مع النيّة صحّته هنا مع نيّته لو أقمنا «نعم» مقام «طلّقتُ» .

قوله: « ويشترط في الصيغة ... الخ » .

نبّه بقوله : « على قول مشهور » على ضعف مستنده ، فإنه ليس عليه نصّ ، وإنما أوردوا عليه أدلّة ظاهريّة ، كقولهم : إن النكاح أمر ثابت متحقّق فلا يزول إلّا بسبب متحقّق ، ووقوعه مع الشرط مشكوك فيه . وقولهم : إنه مع عدم الشرط إجماعي، ولا دليل على صحّته بالشرط. ونحو ذلك . فإن هذا كلّه يندفع بعموم الأدلّة الدالّة على ثبوت حكم الطلاق حيث يقع ، أعمّ من كونه منجّزاً ومعلّقاً على شرط .

وقول المصنّف « لم أقف فيه على مخالف » يخرج به عن دعوى الإجماع عليه ، فإن عدم الوقوف على المخالف لا يكفي في تحقّق الإجماع الذي يصير حجّة من حيث دخول المعصوم في جملة أقوالهم ، لجواز أن يكون هناك قائل بوقوعه كذلك ولم يقف المصنّف على قوله . ومن الأصحاب من اعتدّ بمثل ذلك في ثبوت الاجماع وحجّيته ، بل صرّح ابن إدريس[١] هنا بثبوت الاجماع.

وما ذكره المصنّف أسدّ وأسلم من التحكّمات في الدعاوي. وسيأتي[٢] أن الظهار يصحّ تعليقه على الشرط ، وبه نصوص[٣] تفيده ، وذلك يؤنس بقبول مثل هذه الأحكام التعليق في الجملة . واختلفوا في وقوع الايلاء معلّقاً، ومن جوّزه ـ كالشيخ[٤] والعلّامة في المختلف[٥] ـ احتجّ عليه بعموم[٦] القرآن الدالّ على وقوعه من غير تقييد ، السالم عن المعارض . وهذا الدليل وارد هنا . وعموم « المؤمنون عند شروطهم»[٧] يشمل الجميع.

وفي تعليقه حكمة لا تحصل بالمنجّز ، فإن المرأة قد تخالف الرجل في بعض مقاصده فتفعل ما يكرهه وتمتنع عمّا يرغب فيه ، ويكره الرجل طلاقها من حيث إنه أبغض المباحات إلى الله تعالى ، ومن حيث إنه يرجو موافقتها فيحتاج إلى تعليق الطلاق بفعل ما يكرهه أو ترك ما يريده ، فإما أن تمتنع وتفعل فيحصل

---

(١) السرائر ٢ : ٦٩٥ ـ ٦٩٦ .

(٢) في ص : ٤٧٦ .

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

(٤) المبسوط ٥ : ١١٧ .

(٥) المختلف : ٦٠٥ .

(٦) البقرة : ٢٢٦ .

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

ولو فسّر الطلقة باثنتين أو ثلاث ، قيل : يبطل الطلاق . وقيل : تقع واحدة بقوله: طالق ، ويلغو التفسير . وهو أشهر الروايتين .

غرضه ، أو تخالف فتكون هي المختارة للطلاق . وقد تقدّم[١] في خبر من علّق طلاق امرأة على تزويجها وسؤاله النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم فأجابه بأنه « لا طلاق قبل النكاح » ولم يجبه بأن الطلاق المعلّق على شرط باطل .

والمراد بالشرط المعلّق عليه هو ما يحتمل وقوعه وعدمه ، كدخول الدار ، وبالصفة مالابدّ من وقوعه عادة ، كطلوع الشمس .

قوله : « ولو فسّر الطلقة ... الخ » .

اتّفق الأصحاب على أن الطلاق بالعدد بلفظ واحد ـ كالثلاث ـ لا يقع مجموعه، وأنه يشترط لوقوع العدد تخلّل الرجعة . ولكن اختلفوا في أنه هل يقع باطلاً من رأس، أو يقع منه واحدة ويلغو الزائد ؟ فذهب الأكثر ـ ومنهم الشيخ[٢]، وتلميذه القاضي[٣] ، والمرتضى[٤] في أحد قوليه ، وابن إدريس[٥] ، والمصنّف ، وباقي المتأخّرين[٦] ـ إلى الثاني ، لوجود المقتضي ، وعدم صلاحيّة التفسير للمانعيّة ، مع انحصارها فيه ، لتأكّد الطلاق به . والواحدة موجودة في الثلاث ، ضرورة تركّبها عنها وعن وحدتين . والمنافاة بين الكلّ والجزء منتفٍ . ولأن الواحدة تحصل بقوله : فلانة طالق ، وقوله «ثلاثاً» هو الملغى، لفقد شرط صحّة

---

(١) في ص : ٣٤: هامش (٣) .

(٢) النهاية : ٥١٢ ، المبسوط ٥ : ٦ ، الخلاف ٤ : ٤٥٠ مسألة (٣) .

(٣) المهذّب ٢ : ٢٧٩ .

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

(٥) السرائر ٢ : ٦٧٨ .

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

الزائد عن الواحدة وهو الرجعة . وبه مع ذلك روايات كثيرة، منها صحيحة جميل بن درّاج عن أحدهما عليهما السلام : « أنه سئل عن الذي طلّق في حال طهر في مجلس ثلاثاً ، قال: هي واحدة »[١] . وصحيحة الحلبي وعمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « الطلاق ثلاثاً في غير عدّة إن كانت على طهر فواحدة، وإن لم تكن على طهر فليس بشيءٍ»[٢].وفي معناهما كثير .

وذهب المرتضى[٣] في القول الآخر وابن أبي عقيل[٤] وابن حمزة[٥] إلى الأول ، لصحيحة أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : « من طلّق ثلاثاً في مجلس فليس بشيء ، من خالف كتاب الله ردّ إلى كتاب الله »[٦] .

وأجيب بالقول بموجبها ، فإنّا نقول إن الثلاث ليس بشيء ، وهو لا ينافي وقوع الواحدة ، فإنها أمر آخر غير الثلاث .

وحملها الشيخ[٧] على الوقوع في الحيض ، بقرينة ذكر طلاق ابن عمر ، وكان قد طلّق امرأته في الحيض . وتؤيّده صحيحة الحلبي عن الصادق عليه

---

(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، وفيما عدا الاستبصار: عن جميل عن زرارة عن أحدهما عليهما السلام .

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

(٣) رسائل الشريف المرتضى ١ : ٢٤٠ مسألة (٥٣) . وكلامه في الانتصار: ١٣٤ أيضاً يشعر بعدم الوقوع، ولكنّه في نفس المسألة في ص : ١٣٧ صرّح بوقوع واحدة منها .

(٤) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٥٨٦ .

(٥) الوسيلة : ٣٢٢ .

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

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

السلام قال : «مَن طلّق امرأته ثلاثاً في مجلس وهي حائض فليس بشيء ، وقد ردّ رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم طلاق ابن عمر إذ طلّق امرأته ثلاثاً وهي حائض »[١] والمطلق يحمل على المقيّد .

واحتجّوا أيضاً بأن المقصود غير واقع ، والصالح للوقوع غير مقصود ، لأنه غير مريد للواحدة المقيّدة بقيد الوحدة . وأجيب عنه بأن قصد الثلاث يستلزم قصد كلّ واحدة .

وأورد شيخنا الشهيد ـ رحمه الله ـ على الاستدلال بالروايات الأول : « أن السؤال عمّن طلّق ثلاثاً في مجلس ، وهو أعمّ من أن يكون تلفّظ بالثلاث أو تلفّظ لكلّ واحدة مرّة، والثاني لا نزاع فيه ، فلم قلتم إنه غير مراد ؟ وبتقدير عدم تعيّنه للإرادة يكون أعمّ من كلّ واحد، والعام لا يستلزم الخاص »[٢] .

وجوابه : أن لنا الاستدلال بعمومه الشامل للقسمين ، فإن «مَنْ» من صيغ العموم فيتناول من طلّق ثلاثاً مرسلة وبثلاثة ألفاظ ، وقد حكم على هذا العام بوقوع واحدة فيتناول بعمومه موضع النزاع كما هو شأن كلّ عام . وعدم استلزام العام للخاص أمر آخر غير دلالة الحكم على العام الحكم على كلّ واحد من أفراده .

واعلم أنه قد وردت أخبار[٣] كثيرة بوقوع الثلاث بكلمة واحدة كما يذهب إليه العامّة ، وفي طريقها ضعف ، فلذلك أعرض عنها الأصحاب . وروى ابن أبي

---

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

(٢) غاية المراد : ٢١٨ .

(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 .

ولو كان المطلّق مخالفاً يعتقد الثلاث لزمته .

عمير عن أبي أيّوب الخزّاز قال : « كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فجاء رجل فسأله فقال : رجل طلّق امرأته ثلاثاً ، فقال : بانت منه . قال : فذهب ثم جاء رجل آخر من أصحابنا فقال : رجل طلّق امرأته ثلاثاً ، فقال : تطليقة . وجاء آخر فقال : رجل طلّق امرأته ثلاثاً ، فقال: ليس بشيء . ثم نظر إليّ فقال : هو ما ترى . قال : قلت : كيف هذا ؟ قال : فقال : هذا يرى أن من طلّق امرأته ثلاثاً حرمت عليه ، وأنا أرى أن من طلّق امرأته على السنّة ثلاثاً فقد بانت منه ، ورجل طلّق امرأته ثلاثاً وهي على طهر فإنما هي واحدة ، ورجل طلّق امرأته على غير طهر فليس بشيء »[١]. وفي هذا الخبر إشارة إلى الجمع بين الأخبار السابقة[٢].

قوله : « ولو كان المطلّق ... الخ » .

هكذا وردت النصوص[٣] عن أئمة الهدى عليهم السلام، وقد تقدّم[٤] بعضها. وروى إبراهيم بن محمد الهمداني في الصحيح قال : «كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام مع بعض أصحابنا فأتاني الجواب بخطّه عليه السلام : فهمت ما ذكرت من أمر ابنتك فزوّجها ، فأصلح لك ما تحبّ صلاحه . فأما ما ذكرت من حنثه بطلاقها غير مرّة فانظر يرحمك الله فإن كان ممّن يتولّانا ويقول بقولنا فلا

---

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

(٢) في هامش «و» : «فرع: لو قال: أنت طالق بعدد كلّ شعر على جسد إبليس، هل يحكم عليه بوقوع طلقة من حيث إنه مريد لفعل الطلاق ويلغى العدد كالثلاث ؟ يحتمل ذلك. وقال بعض الفضلاء: لا يقع شيء، لأنّا لا ندري على جسده شعر أم لا ؟ والأصل عدمه، وهو لم يقصد الأصل إلّا مقيّداً بمشكوك فيه. منه رحمه الله» .

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

(٤) لاحظ الهامش (١) هنا .

ولو قال : أنت طالق للسنّة ، صحّ ، إذا كانت طاهراً . وكذا لو قال : للبدعة . ولو قيل : لا يقع ، كان حسناً . لأن البدعي لا يقع عندنا ، والآخر غير مراد .

طلاق عليه ، لأنه لم يأت أمراً جهله ، وإن كان ممّن لا يتولّانا ولا يقول بقولنا فاختلعها منه ، فإنه إنما نوى الفراق بعينه »[١] . وروى علي بن أبي حمزة أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن المطلّقة على غير السنّة أيتزوّجها الرجل ؟ فقال : « ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم ، وتزوّجوهم فلا بأس بذلك »[٢] وروى عبد الأعلى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن الرجل يطلّق امرأته ثلاثاً ، قال : إن كان مستخفّاً بالطلاق ألزمته ذلك »[٣] . وغير ذلك من الأخبار[٤] .

ولا فرق في الحكم على المخالف بوقوع ما يعتقده من الطلاق بين الثلاث وغيرها ممّا لا يجتمع شرائطه عندنا ويقع عندهم ، كتعليقه على الشرط ، ووقوعه بغير إشهاد ، ومع الحيض ، وباليمين ، وبالكناية مع النيّة ، وغير ذلك من الأحكام التي يلتزمها . وظاهر الأصحاب الاتّفاق على الحكم .

قوله : « ولو قال : أنت طالق للسنّة ... الخ » .

لمّا كان الطلاق البدعي لا يقع عندنا كان تفسير الطلاق به في قوّة التفسير بالطلاق الفاسد ، فكأنه قال : أنت طالق طلاقاً باطلاً ، فقال الشيخ في الخلاف : «

---

(١) التهذيب ٨ : ٥٧ ح ١٨٦ ، الاستبصار ٣ : ٢٩١ ح ١٠٢٧ ، الوسائل ١٥ : ٣٢٠ ب (٣٠) من أبواب مقدّمات الطلاق ح ١ .

(٢) التهذيب ٨ : ٥٨ ح ١٩٠ ، الاستبصار ٣ : ٢٩٢ ح ١٠٣١ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٥ .

(٣) التهذيب ٨ : ٥٩ ح ١٩١ ، الاستبصار ٣ : ٢٩٢ ح ١٠٣٣ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٧ .

(٤) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٢٠ ب « ٣٠ » من أبواب مقدّمات الطلاق .

يصحّ الطلاق بقوله : أنت طالق ، وتلغو الضميمة »[١] . والوجه ما اختاره المصنّف من البطلان ، لأن هذا اللفظ مصرّح بأنه لا يريد بطلاقه إلّا الباطل ، فلا يكون الطلاق المجرّد عن الضميمة مراداً ، ولا المراد واقعاً ، فيبطل . ومثله القول في كلّ ضميمة منافية للصحّة متّصلة باللفظ كقوله : طلاقاً محرّماً وفاسداً ، ونحو ذلك . وهو اختيار الشيخ في موضع آخر من الخلاف[٢] .

والفرق بين قوله : للبدعة ، وقوله : ثلاثاً ، مع اشتراكهما في البدعيّة : أن البدعيّة في الثلاث لاحقة للجملة لا لكلّ واحد من أفرادها ، ومن ثَمّ حكمنا بعدم وقوع الثلاث البدعيّة وأجزنا الواحدة ، لأنها ليست بدعة ، بخلاف : أنت طالق للبدعة ، فإن الحكم هنا على طلقة واحدة موصوفة بالمبطل ، فلم يبق للصحّة محلّ . والعامّة[٣] لمّا حكموا بصحّة الطلاق البدعي مع الاثم لم تكن هذه الضميمة عندهم منافية للصحّة ، فيقع صحيحاً مقيّداً بها ، فإن كانت المرأة على حالة يكون طلاقها بدعة ـ كما لو كانت حائضاً ـ وقع الطلاق في الحال ، وإلّا توقّف على اتّصافها بها ، ولا يضرّ التعليق عندهم .

وينبغي تقييد البطلان عندنا بكون المطلّق عالماً بالحكم ، فلو لم يكن عالماً ببطلان الطلاق البدعي لم يبطل مطلقاً ، بل ينظر إن أراد به المنجّز وقع في الحال ، وإن أراد المعلّق على وصف البدعة بطل مطلقاً ، لأن المعلّق لا يشترط في الحكم ببطلانه العلم به ، بخلاف وصف البدعة .

---

(١) الخلاف ٤ : ٤٥٥ مسألة (٨) .

(٢) الخلاف ٤ : ٤٥٨ مسألة (١٥) .

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ١٠ : ١١٥ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٢٣٨ .

إذا قال : أنت طالق في هذه الساعة إن كان الطلاق يقع بك ، قال الشيخ رحمه الله : لا يصحّ ، لتعليقه على الشرط . وهو حقّ إن كان المطلّق لا يعلم. أما لو كان يعلمها على الوصف الذي يقع معه الطلاق ينبغي القول بالصحّة ، لأن ذلك ليس بشرط ، بل أشبه بالوصف وإن كان بلفظ الشرط .

قوله : « إذا قال ... الخ » .

وجه البطلان الذي حكم به الشيخ النظر إلى صورة الشرط ، فإن الأصحاب لمّا حكموا ببطلان الطلاق المعلّق على الشرط شمل ذلك كلّ ما كان مشتملاً عليه ، ولا شبهة في أن قوله : « إن كان الطلاق يقع بك » شرط لغة وعرفاً ، فيدخل في العموم.

وردّه المصنّف ـ رحمه الله ـ بأن التعليق على الشرط باطل[1] لا من حيث اشتماله على الشرط مطلقاً بل من حيث عدم تنجيزه وإيقاعه في الحال ، والتنجيز لا ينافيه مطلق الشرط، بل الشرط الذي لا يعلم وقوعه حال الطلاق ، فإذا علم أنها حال الطلاق جامعة لشرائط صحّته ـ من الخلوّ من الحيض ، وكونها في طهر لم يقربها فيه ـ 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 ، وكذا القول في كلّ شرط يعلم وقوعه حالته ، كقوله : إن كان اليوم الجمعة فأنت طالق ، وهو عالم بأنه [يوم][2] الجمعة ، فإن الطلاق يقع ، لأن الشرط حينئذٍ في قوّة الوصف ، فكأنّه قال : أنت طالق في هذا الوقت الذي يقع

---

(١) في «ش ، و» : ما بطل من .

(٢) من الحجريّتين .

ولو قال : أنت طالق أعدل طلاق ، أو أكمله ، أو أحسنه ، أو أقبحه ، أو أحسنه وأقبحه ، صحّ ، ولم تضرّ الضمائم . وكذا لو قال : ملء مكّة ، أو ملء الدنيا .

فيه الطلاق بك ، وقوله: « إن كان اليوم الجمعة » في قوّة : أنت طالق في هذا اليوم الذي يقع الطلاق فيه ، وذلك غير منافٍ له .

قوله: « ولو قال: أنت طالق ..... الخ » .

وجه عدم قدح الضمائم أنها غير منافية ، لأن وصف الطلاق الصحيح بالعدل والكمال والحسن والقبح أمر اعتباري ، فقد يعتبر المطلّق كون الفراق مصلحة تامّة ـ لسوء خلقها وعشرتها ونحوه ـ فيصفه بصفات الكمال من العدل والحسن وغيرهما بالنسبة إلى حاله ، وقد يصفه بصفات القبح بالنسبة إليها ، وقد يصفه بجمعه للشرائط المعتبرة فيه على وجه كامل بالأكمليّة ، أو بعدم أخذ شيءٍ منها أو عدم منافرتها أو منافرة أهلها أو بواسطة تماميّة شرائطه فيصفه بالأحسنيّة ، ويمكن لذلك أن يصفه بالأقبحيّة من حيث إنه لم يبق فيه شبهة ، أو بهما معاً لذلك ، أو لغير ذلك من الاعتبارات التي لا تنافي صحّته ، فيتمّ الطلاق بقوله : أنت طالق ، ولا تضرّ الضمائم .

والعامّة[1] نزّلوا أوصاف الحسن على طلاق السنّة ، وأوصاف القبح على طلاق البدعة ، وجعلوه كما لو قال : أنت طالق للسنّة أو للبدعة ، فيقع فيهما ، ولكن بشرط كونها صالحة لذلك الطلاق وقت إيقاعه ، وإلّا كان معلّقاً على حصول الوصف . ولو فسّره بخلاف ذلك قبل .

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ١٠ : ١٤٠ ـ ١٤١ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٢٥٣ ـ ٢٥٤ ، روضة الطالبين للنووي ٦ : ١٤ ـ ١٥ .

ولو قال : لرضا فلان ، فإن عنى الشرط بطل ، وإن عنى الغرض لم يبطل . وكذا لو قال : إن دخلت الدار ـ بكسر الهمزة ـ لم يصحّ . ولو فتحها صحّ إن عرف الفرق فقصده .

وأما قوله : ملء مكّة ، أو [ملء][1] الدنيا ، أو البيت ، أو الصحراء ، فإن ذلك كلّه يقع على وجه المبالغة والتجوّز في تفخيم شأنه ، وإن كان الطلاق ليس بجسم يشغل المكان ويملؤه ، فلا يكون منافياً .

وقد تنقدح في هذا الأخير المنافاة ، لأنّه وصف الطلاق بوصف لا يمكن حصوله للطلاق ، لأنه لا يقبله ، فيكون وصفاً منافياً لصحّته كقوله : طلاقاً آثماً ، أو بدعيّاً .

ويضعّف بالفرق بين الوصف المبطل والوصف المجامع له عرفاً على وجه المبالغة ، غايته أنه مجاز ، وذلك غير قادح في أصله .

قوله : « ولو قال : لرضا فلان ... الخ » .

إذا قال : أنت طالق لرضا فلان ، فظاهره التعليل برضاه أي : أن علّة طلاقه لها كونه رضا لفلان ، ومع ذلك يحتمل أن يكون شرطاً أي : إن رضي. فإن قصد الأول وقع الطلاق ، لأنه منجّز غايته أن الباعث عليه رضا فلان ، فلا تقدح الضميمة ، إذ لا بدّ من باعث عليه من رضا فلان وغيره ، وضميمة البواعث غير منافية له . وإن قصد التعليق لم يقع بناءً على بطلان المعلّق على الشرط . ولا إشكال فيهما مع القصد . أما إذا لم يعلم ما قصد ففي حمله على أيّهما وجهان ، من ظهوره في الغرض فيحمل عليه ، ومن الشك في وقوعه بشرطه ، لاحتمال الصيغة

---

(١) من إحدى الحجريّتين .

ولو قال : أنا منك طالق ، لم يصحّ ، لأنه ليس محلّاً للطلاق.

الأمرين ، فلا يقع . والأول أظهر .

ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ـ بكسر الهمزة من « إن » ـ لم يصحّ ، لأنه صريح في التعليق على شرط . وإن فتحها صحّ ، لأنه يكون تعليلاً بتقدير اللام ، و « أن» مصدريّة هي وما بعدها في معنى مصدر هو الدخول ، والمعنى : لدخولك الدار ، كما في قوله تعالى : ﴿ **أن كان ذا مالٍ وبنين** ﴾[١] . ولا فرق بين كونه[٢] في ذلك صادقاً وكاذباً . هذا إذا عرف الفرق بين الأمرين وقصده ، ولو لم يعرفه ففي حمله على أيّهما وجهان ، والأظهر هنا التعليق ، لأن الظاهر قصده له وأنه لا يفرّق بين « إن » و « أن » . ولو كان عارفاً واشتبه قصده فالأمران متكافئان .

قوله : « ولو قال : أنا منك طالق ... الخ » .

الظاهر من دليل الكتاب والسنّة أن المرأة محلّ النكاح والطلاق ، قال تعالى : ﴿ **وإذا طلّقتم النساء** ﴾[٣] ﴿ **وإن طلّقتموهنّ** ﴾[٤] ﴿ **والمطلّقات يتربّصن** ﴾[٥] فيعتبر في صحّة الطلاق تعليقه بمحلّه ، فلو قال : أنا منك طالق ، لم يقع ، لأنه خصّص الطلاق بغير محلّه فيمتنع الصرف إليه .

وللعامّة[٦] في ذلك خلاف ، فمنهم من وافقنا على ذلك ، ومنهم من جعله

---

(١) القلم : ١٤ .

(٢) في «ح» : ولا فرق في ذلك بين كونه صادقاً ...

(٣ و ٤ و ٥) البقرة : ٢٣١ ، ٢٣٧ ، ٢٢٨ .

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ١٠ : ١٥٧ ـ ١٥٨ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٢٧٩ ، روضة الطالبين للنووي ٦ : ٦٣ ـ ٦٤ .

ولو قال : أنت طالق نصف طلقة ، أو ربع طلقة ، أو سدس طلقة ، لم يقع ، لأنه لم يقصد الطلقة .

كناية فيقع به مع نيّته . ووجّهوه بأن النكاح يقوم بالزوجين جميعاً ، ومن به قوام النكاح يجوز إضافة الطلاق إليه من مالكه كالزوجة ، وبأن الزوج محلّ النكاح كالزوجة ، وأنه معقود عليه في حقّها .

ويضعّف بأنه لو كان كذلك لم نفتقر إضافة الطلاق إليه إلى النيّة كإضافة الطلاق إليها ، وبأنها لا تستحقّ من بدن زوجها ومنافعه شيئاً ، وإنما المستحقّ الزوج .

قوله : « ولو قال : أنت طالق ... [1] الخ » .

وجه عدم الوقوع ما أشار إليه المصنّف من أن الطلاق لا يقع إلّا إذا كان تامّاً ، فإذا قصد بعضه ـ سواء كان معيّناً كنصف طلقة ، أو مبهماً كجزءٍ وسهم منها ـ لم يقع ، لأنه لم يقصد الطلقة التي هي أقلّ ما يقع وتحصل بها البينونة .

وخالف في ذلك العامّة[2] ، فحكموا بوقوعه بجميع الأجزاء ، ويكون المراد واحدة ، إما بإلغاء الضميمة ، أو بطريق السراية إلى الباقي .

ويضعّف الأول بأن الضميمة إنما تلغى إذا لم تكن منافية . وإرادة البعض تنافي الحمل على الكلّ . والسراية تحكّم .

---

(١) سقطت التعليقة تماماً من «ش» وإحدى الحجريّتين.

(٢) الإشراف على مذاهب العلماء ٤ : ١٩٦ ، الحاوي الكبير ١٠ : ٢٤٤ ، الوجيز للغزالي ٢ : ٦٠ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٤١٨ ، روضة الطالبين للنووي ٦ : ٧٨ ـ ٧٩ .

ولو قال : أنت طالق، ثم قال : أردت أن أقول : طاهر ، قبل منه ظاهراً، وديِّن في الباطن بنيّته .

ولو قال : يدك طالق ، أو رجلك ، لم يقع . وكذا لو قال : رأسك ، أو صدرك، أو وجهك . وكذا لو قال : ثلثك ، أو نصفك ، أو ثلثاك .

قوله : « ولو قال : أنت طالق ... الخ » .

وجه القبول كون الغلط في مثل ذلك محتملاً ، لتقارب حروف الكلمتين والتفاف اللسان فيه ، والمرجع إلى قصده ولا يعلم إلّا من قبله ، فيرجع إليه فيه ظاهراً ، ويديّن في الباطن بنيّته ، بمعنى أنّه لا يحلّ له فيما بينه وبين الله تعالى إلّا مع صدقه فيما ادّعاه، وإن كنّا في الظاهر نقبل ذلك منه . ثم إن وافقته المرأة أو سكتت فلا يمين عليه. ولو كذّبته توقّف تقديم قوله على اليمين .

قوله : « ولو قال : يدك طالق ، أو رجلك ... الخ » .

محلّ الطلاق ذات الزوجة ، واللفظ المطابق لها : أنت ، أو هذه ، أو زوجتي، أو فلانة، وما شاكل ذلك . وأما الأجزاء فظاهر الأصحاب الاتّفاق على أنه لا يقع بتعليقه بها، سواء كانت معيّنة كيدها ورجلها ورأسها أم مبهمة كنصفها . وظاهرهم عدم الفرق بين الجزء الذي يعبّر به عن الجملة كالوجه وغيره . ولم يذكروا حكم ما إذا علّق بجملة البدن كقوله : بدنك ، وجسدك ، وشخصك ، وجثّتك ، مع أنهم ذكروا خلافاً في وقوع العتق بذلك ، بناءً على أنه المفهوم عرفاً من الذات ، وإن كان للتحقيق العقلي حكم آخر، وينبغي أن يكون هنا كذلك .

والعامّة[1] أطبقوا على وقوعه معلّقاً بجميع الأجزاء كما يقع العتق كذلك ،

---

(١) الإشراف على مذاهب العلماء ٤ : ١٩٧ ، الكافي لابن عبد البرّ ٢ : ٥٨٠ ، الحاوي الكبير ١٠ : ٢٤١ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٤١٧ .

ولو قال : أنت طالق قبل طلقة ، أو بعدها ، أو قبلها ، أو معها ، لم يقع شيء، سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن . ولو قيل : يقع طلقة واحدة بقوله : طالق مع طلقة، أو بعدها ، أو عليها ، ولا يقع لو قال : قبلها طلقة ، أو بعد طلقة ، كان حسناً.

ثم يسري إلى المجموع كما يسري العتق إليه بالنصّ[1] ، لجامع اشتراكهما في زوال الملك بالصريح والكناية . والمصنّف نبّه بالأمثلة على خلافهم .

قوله: « ولو قال: أنت طالق قبل طلقة ... الخ » .

وجه البطلان في الجميع أنه لم يقصد الطلاق مطلقاً ، وإنما[2] قصد طلاقاً موصوفاً بكونه : قبل ، أو بعد ، أو مع طلاق آخر ، فلا يقع الموصوف ، لعدم صحّة المتعدّد بلفظ واحد عندنا ، بل لابدّ من تخلّل الرجعة . وغير الموصوف بذلك ـ وهو الطلقة الواحدة ـ غير مقصود ، لأن الكلام جملة واحدة .

والأقوى ما اختاره المصنّف من التفصيل ، وهو الصحّة مع قوله : قبل طلقة، أو بعدها ، أو معها ، أو عليها ، والبطلان مع قوله : قبلها ، أو بعد طلقة .

أما الأول فلأن القصد إلى الاثنتين يقتضي القصد إلى الواحدة ، فإذا بطلت الثانية لفقدشرطها تبقى الأُولى ، لعدم المقتضي له ، إذ ليس إلّا توهّم كونه لم يقصد إلّا الطلاق الموصوف بذلك ، وهو ممنوع ، بل هو قاصد إلى كلّ واحد منهما ، فتقع الواحدة بقوله : أنت طالق، وتلغو الضميمة ، كما لو قال : أنت طالق ثلاثاً ، أو اثنتين .

---

(١) لاحظ الوسائل ١٦ : ٦٣ ب « ٦٤» من أبواب العتق ، وسنن البيهقي ١٠ : ٢٧٣ ـ ٢٧٤ .

(٢) في الحجريّتين : بل إنما .

ولو قال : أنت طالق نصفي طلقة ، أو : ثلاثة أثلاث طلقة ، قال الشيخ[١] ـ رحمه الله ـ : لا يقع . ولو قيل : يقع [واحدة] بقوله : أنت طالق ، وتلغو الضمائم ، إذ ليست رافعة للقصد ، كان حسناً . ولا كذا لو قال : نصف طلقتين .

وأما البطلان في الثاني فلأنه شرط في الطلقة الملفوظة كونها واقعة بعد طلقة أو أن يكون قبلها طلقة ، ولم يقع ذلك ، فكأنّه قد علّق الطلاق الملفوظ على أمر لم يقع . ولأنه قصد طلاقاً باطلاً ، لأن الطلاق المسبوق بآخر هو طلاق المطلّقة من غير رجعة ، وهو باطل، بخلاف شرطه أن يكون بعده أو معه ، فإن الطلاق الواحد لا مانع منه ، وإنما المانع من المنضمّ إليه .

ونبّه بقوله : « سواء كان مدخولاً بها أو لم تكن » على خلاف العامّة[٢]، حيث حكموا بوقوع واحدة مطلقاً ، ووقوع الاثنين إن كان مدخولاً بها ، لأن غيرالمدخول بها تبين بالواحدة فلا تقبل الطلقة الأُخرى ، سواء كانت هي المصرّحة أم المنضمّة ، بخلاف المدخول بها ، فإنها تقبل المتعدّد مطلقاً .

قوله: « ولو قال : أنت طالق ... الخ » .

وجه ما اختاره الشيخ من عدم الوقوع مع تجزئته : أن الطلاق أمر واحد لا يقبل التجزئة ، فإذا تلفّظ بطلاق يتجزّأ فكأنّه قصد إلى طلاق غير صحيح ، فتكون

---

(١) راجع المبسوط ٥ : ٥٧ ، ولكن فيه: نصف تطليقة، ولعلّه تصحيف «نصفي» سيّما بملاحظة قوله: لأنّ الطلقة نصفان. ولم نعثر على غيره في سائر كتبه .

(٢) الوجيز للغزالي ٢ : ٦٠، المغني لابن قدامة ٨ : ٤٠٢ ، روضة الطالبين ٦ : ٧٥.

الضميمة منافية ، كما لو قال : نصف طلقة .

وقول المصنّف : « إنه يقع بقوله : طالق ، وتلغو الضمائم » إنما يتمّ إذا كانت الضميمة غير منافية ، أما المنافية فالمصنّف قد وافق على بطلان الطلاق بها غير مرّة[١]، وكأنّه يدفع المنافاة بذلك ، من حيث إن نصفي طلقة وثلاثة أثلاث طلقة في معنى طلقة واحدة، فلذلك لا يجعلها منافية . لكن لا يخلو من إشكال ، لما ذكرناه من عدم قبول الطلاق لذلك .

وهذا بخلاف ما لو قال : نصف طلقتين ، فإنه لا يقع وإن قلنا بوقوعه بقوله : نصفي طلقة ، لأن نصفي الواحدة عبارة عن تمامها ، بخلاف نصف الاثنتين ، فإنه أعمّ من كونها واحدة أو نصف كلّ واحدة منهما ، فلا يكون اللفظ دالاًّ على إرادة طلقة كاملة [صريحاً أو مطابقة أو حقيقة][٢] .

ولو قيل بوقوعه بذلك أيضاً معلّلاً بما ذكره المصنّف في الأول ـ بتمام اللفظ بقوله: أنت طالق ، وتلغو الضميمة ، إذ ليست رافعة للقصد ـ أمكن . ووجهه : أنها إنما ترفع القصد إلى الطلاق الكامل مع إرادة نصف كلّ واحد من الاثنين ، أما مع صلاحيّته لذلك وللواحد عرفاً فلا ، وإن كان بحسب التحقيق لا يدلّ عليه .

والشافعيّة[٣] مع قولهم بأنه لو قال: « أنت طالق نصف طلقة » تقع واحدة اختلفوا في أنه إذا قال: « نصف طلقتين » هل تقع واحدة أو اثنتان ؟ نظراً إلى ما ذكرناه من أن نصف الاثنتين عرفاً واحدة ، ومن أنه حقيقة نصف كلّ واحـــدة ، فيكون بمنزلة ما لو قال : نصف طلقة ونصف طلقة ، فإنه يقع اثنتان .

---

(١) لاحظ ص : ٩٦ و ١٠٢ .

(٢) من الحجريّتين فقط .

(٣) الوجيز للغزالي ٢ : ٦٠ ـ ٦١ ، الحاوي الكبير للماوردي ١٠ : ٢٤٤ و ٢٤٦ ، روضة الطالبين ٦ : ٧٩ .

فرع

قال الشيخ[١] ـ رحمه الله ـ : إذا قال لأربع : أوقعت بينكنّ أربع طلقات، وقع بكلّ واحدة طلقة . وفيه إشكال ، لأنه اطّراح للصيغة المشترطة .

قوله : « قال الشيخ ... الخ » .

وجه ما ذهب إليه الشيخ : أن إيقاع أربع طلقات عليهنّ يقتضي أن يكون قد أوقع على كلّ واحدة طلقة ، وقد وقع ذلك بصيغة الماضي الدالّة على الإنشاء كما ذكر في النكاح وغيره ، فيقع . ولكن فيه عدول عن الصيغة المشترطة وهي قوله : طالق. والشيخ وإن لم يلتزم الصيغة إلّا أنه وقف معها في مواضع كما عرفته فيما سلف[٢].

والأصل في هذا أن الشيخ جرى في المبسوط مع الشافعيّة في فروعهم ، ومن جملتها أنه لو قال لأربع: أوقعت بينكنّ طلقة ، قالوا : يقع بكلّ واحدة طلقة ، لأن كلّ واحدة يخصّها منها ربع ويسري إلى الباقي ، وهم لا يلتزمون في الطلاق لفظاً خاصّاً. وقالوا لو قال لهنّ: أوقعت بينكنّ أربع طلقات ، وقع بكلّ واحدة واحدة أيضاً ، لأنه يكون قد أوقع بكلّ واحدة طلاقاً تامّاً . فوافقهم الشيخ على هذا القسم ، نظراً منه إلى أن المعتبر عندنا وقوع طلقة تامّة ، وخالفهم في الأول . وبقي الكلام معه من حيث الصيغة الخاصّة ، وقد خالفها في تجويزه الطلاق بقوله: أنت مطلّقة[٣] ، وبقوله: يا مطلّقة[٤] بالنداء،

---

(١) المبسوط ٥ : ٥٨ .

(٢) لاحظ ص : ٧٦ ـ ٧٧ .

(٣) لاحظ ص : ٦٣ .

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

ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلّا ثلاثاً ، صحّت واحدة إن نوى بالأول الطلاق ، وبطل الاستثناء .

وبقوله: « نعم »[١] في جواب السؤال عن طلاقها وغير ذلك ، فليكن هذا منه ، ولعلّه أقوى منه دلالة وألصق بصيغة الإنشاء . والمصنّف لمّا ردّ ذلك كلّه في غير ما ورد عليه النصّ واتّبع المتّفق عليه لزمه مثله هنا . نعم ، لو وقع ذلك على وجه الإقرار حكم بطلاق الأربع .

قوله : « ولو قال : أنت طالق ... الخ » .

لمّا كانت الثلاث المرسلة إنما تقع منها واحدة عند المصنّف كان قوله: « أنت طالق ثلاثاً » موجباً لوقوع واحدة وإلغاء الباقي ، فإذا عقّبه بالاستثناء المستغرق يكون الاستثناء لاغياً كما في غيره من صيغ الأقارير ونحوها ، فتبقى الواحدة بحالها . وأولى منه بالصحّة ما لو قال : ثلاثاً إلّا اثنتين ، أو إلّا واحدة .

ونبّه بذلك على خلاف العامّة[٢] القائلين بوقوع الثلاث لولا الاستثناء ، فإنهم يحكمون مع الاستثناء بصحّته مراعىً بقواعده المقرّرة[٣]، فيبطلون المستغرق ويثبتون الثلاث ، والباقي بعد الاستثناء غير المستغرق كواحدة بقوله: إلّا اثنتين ، واثنتين بقوله: إلّا واحدة وهكذا .

وقول المصنّف : « إن نوى بالأول الطلاق » لا خصوصيّة له بهذه المسألة ، لأن القصد معتبر في جميع الصيغ . وليس هذه كالكناية المفتقرة إلى نيّة زائدة كما

---

(١) لاحظ ص : ٨٨ .

(٢) الحاوي الكبير ١٠ : ٢٤٨ و ٢٥٠ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٣١٣ ، روضة الطالبين ٦ : ٨٣ و ٨٥ .

(٣) في « ح ، ط ، و » : المشهورة .

ولو قال : أنت طالق غير طالق ، فإن نوى الرجعة صحّ ، لأن إنكار الطلاق رجعة ، وإن أراد النقض حكم بالطلقة .

ولو قال : طلقة إلّا طلقة ، لغا الاستثناء ، وحكم بالطلقة بقوله : طالق .

سبق[١] ، بل هي من الألفاظ الصريحة . نعم ، اعتبر القائلون بصحّة الاستثناء أن يكون قصده مقترناً بأول اللفظ ، فلو بدا له الاستثناء بعد تمام المستثنى منه لم يؤثّر الاستثناء ، لوقوعه بعد لحوق الطلاق ، فيلغو .

قوله : « ولو قال : أنت طالق ... الخ » .

إذا قال : أنت طالق غير طالق ، فإن كان الطلاق رجعيّاً ، وقصد الرجعة بقوله : غير طالق ، وقلنا إن إنكار الطلاق رجعة ، صحّ الطلاق والرجوع . وإن أراد النقض بجعل «غير» بمنزلة «إلّا» كان كالاستثناء المستغرق ، فيبطل النقض وتصحّ الواحدة . وكذا لو كان بائناً ، أو لم نقل إن إنكار الطلاق يفيد الرجعة . وسيأتي[٢] الكلام فيه .

ولو قال : طلقة إلّا طلقة ، فهو استثناء مستغرق ، فيبطل الاستثناء لاستغراقه ، وتقع[٣] الطلقة بغير إشكال ، إذ لا فرق في بطلان الاستثناء المستغرق بين تعدّد أفراد المستثنى منه واتّحادها .

---

(١) في ص : ٦٣ ـ ٦٤ ، وغيرهما .

(٢) في ص : ١٨٦ .

(٣) في «ح» : وتصحّ .

ولو قال : زينب طالق ، ثم قال : أردت عمرة ، وهما زوجتان ، قبل.

ولو قال : زينب طالق بل عمرة ، طلّقتا جميعاً ، لأن كلّ واحدة منهما مقصودة في وقت التلفّظ باسمها . وفيه إشكال ينشأ من اعتبار النطق بالصيغة.

قوله : « ولو قال : زينب ... الخ » .

وجه القبول ـ مع كونه رجوعاً عمّا ثبت ظاهراً من الحكم بطلاق زينب ـ أن المرجع في تعيين المطلّقة إلى قصده ، والاسم كاشف عنه ، والغلط فيه ممكن ، ولا 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 كـ: طاهر وطالق وطارق ونحوها .

وقيّد بكونهما زوجتين ليحترز عمّا لو ادّعى قصد أجنبيّة وغلط في تسمية زوجته ، فإنه لا يقبل ، لأن ذلك خلاف الظاهر ، فإن الأصل في الطلاق أن يواجه به الزوجة أو يعلّق بها ، فدعواه إرادة الأجنبيّة غير مسموعة .

قوله : « ولو قال : زينب طالق ... الخ » .

وجه الحكم بطلاقهما وقوع الصيغة تامّة في المعطوف عليها ، والأُخرى معطوفة عليها ، فيقتضي اشتراكهما في الحكم المذكور ، بمعنى أنه يقدّر في المعطوف مثل حكم المعطوف عليه ، فتكون الصيغة في « عمرة » في حكم المذكورة .

والمصنّف استشكل ذلك من حيث إن المعتبر في الطلاق النطق بالصيغة تامّة ، ولا يكفي تقديرها وإن اكتفي به في إثبات الحكم الذي لا يتوقّف على

الركن الرابع: الإشهاد

ولابدّ من حضور شاهدين يسمعان الإنشاء ، سواء قال لهما: اشهدا، أو لم يقل . وسماعهما التلفّظ شرط في صحّة الطلاق ، حتى لو تجرّد عن الشهادة لم يقع ، ولو كملت شروطه الأُخر .

صيغة مخصوصة، بل على مجرّد الدلالة على معناه .

ولا فرق في ذلك بين كون الثانية معطوفة بالواو و « بل » لاشتراكهما في المقتضي للفساد ، وهو عدم تماميّة الصيغة في المعطوفة .

وربّما فرّق بينهما وحكم بصحّته في المعطوفة بالواو ، نظراً إلى أن الواو تقتضي الجمع بين المعطوف والمعطوف عليه ، فيكون قوله: « طالق » في الأول مراداً في الثانية، بخلاف المعطوفة بـ« بل » لأنّها تفيد الإضراب عن الأُولى وإثباته للمعطوفة ، وإذا بطل حكم « طالق » في الأُولى لم يكن مؤثّراً في الثانية .

والأقوى توقّف الثانية على الصيغة التامّة مطلقاً ، وإلّا اختصّ الطلاق بالأُولى. نعم، لو وقع ذلك على وجه الإقرار حكم بطلاقهما ، لأنه أقرّ بطلاق المذكورة أولاً ثم رجع مستدركاً وأقرّ بطلاق الثانية ، فلا يقبل رجوعه عن الأول ، ويؤاخذ بالثاني ، كما لو قال : له عليّ درهم بل دينار .

قوله: « ولابدّ من حضور ... الخ » .

أجمع الأصحاب على أن الإشهاد شرط في صحّة الطلاق . ويدلّ عليه ـ وراء الاجماع ـ قوله تعالى بعد ذكر الطلاق : ﴿وأشهدوا ذوي عدلٍ منكم﴾[1] الآية ، وإن كانت محتملة للإشهاد على الرجعة لقربها إلّا أن الأخبار خصّصته به ، روى محمد بن مسلم وزرارة في الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال : «إن . .

---

(١) الطلاق : ٢ .

الطلاق لا يكون بغير شهود »[١]. وروى أبو الصبّاح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « من طلّق بغير شهود فليس بشيء »[٢]. وعن محمد بن مسلم قال : « قدم رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام بالكوفة فقال : إنّي طلّقت امرأتي بعد ما طهرت من محيضها قبل أن أجامعها ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : أشهدت رجلين ذوي عدل كما أمرك الله ؟ فقال : لا ، فقال : اذهب فإن طلاقك ليس بشيء »[٣]. والأخبار في ذلك مستفيضة.

والمعتبر سماع الشاهدين لإنشاء الطلاق، سواء قال لهما: «اشهدا» أم لا ، لأن الشهادة لا يشترط في ثبوتها في نفسها طلبها من الشهود . وفي حسنة ابن أبي نصر قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل كانت له امرأة طهرت من محيضها فجاء إلى جماعة فقال : فلانة طالق ، يقع عليها الطلاق ولم يقل : اشهدوا ؟ قال : نعم »[٤] . ومثله روى صفوان بن يحيى[٥] في الحسن عنه عليه السلام .

وكما يعتبر سماعهما الإنشاء إذا كان لفظاً تعتبر رؤيتهما إشارة الأخرس وكتابة العاجز أو الغائب ، لعموم قوله تعالى : ﴿ وأشهدوا ﴾ الشامل للسماع

---

(١) الكافي ٦ : ٧٣ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ٤٢ ح ١٢٨ ، الوسائل ١٥ : ٣٧١ ب (١٣) من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ٣.

(٢) الكافي ٦ : ٦٠ ح ١٣ ، التهذيب ٨ : ٤٨ ح ١٥٠ ، الوسائل ١٥ : ٢٨٣ ب (١٠) من أبواب مقدمات الطلاق ح ٦.

(٣) الكافي ٦ : ٦٠ ح ١٤ ، التهذيب ٨ : ٤٨ ح ١٥١ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٧.

(٤) الكافي ٦ : ٧٢ ح ٣ ، التهذيب ٨ : ٤٩ ح ١٥٤ ، الوسائل ١٥ : ٣٠٢ ب (٢١) من أبواب مقدمات الطلاق ح ١.

(٥) الكافي ٦ : ٧٢ ح ٤ ، التهذيب ٨ : ٤٩ ح ١٥٥ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

وكذا لا يقع بشاهد واحد ولو كان عدلاً ، ولا بشهادة فاسقين ، بل لابدّ من حضور شاهدين ظاهرهما العدالة . ومن فقهائنا من اقتصر على اعتبار الاسلام فيهما . والأول أظهر .

والرؤية . وتعبير المصنّف بالسماع مبنيّ على الغالب من وقوعه باللفظ .

قوله : « وكذا لا يقع بشاهد ... » .

لمّا كان الحكم بالصحّة معلّقاً على الشاهدين العدلين ـ كما صرّحت به النصوص[١] من الكتاب والسنّة ـ لم يكن العدل الواحد كافياً ولا الفاسقان ، لفوات العدد المعتبر في الأول والوصف في الثاني .

وهل المعتبر في العدالة هنا ظهورها بترك المعاصي والقيام بالواجبات مع الايمان الخاص كما اعتبر في غيره من الشهادات ، أم يكفي الاسلام وإن انتفى الايمان الخاص والعدالة بالمعنى المشهور ؟ الأشهر الأول ، لأن الظاهر من الآية اعتبار أمر آخر مع الاسلام ، لقوله: ﴿ ذوي عدلٍ منكم ﴾ فإن الخطاب للمسلمين، فيستفاد اعتبار إسلام الشاهدين من قوله: «منكم » ويبقى الوصف بالعدالة زائداً ، فلابدّ من مراعاته . إلّا أنه لا يتعيّن اعتبار العلم بما ذكروه من الملكة المقرّرة في الشهادة وغيرها، لجواز إرادة من لا يظهر فسقه ، إذ لا واسطة بين العدل والفاسق ، ولا يصحّ الحكم على المجهول بالفسق . وإلى هذا ذهب جمع من أصحابنا منهم ابن الجنيد[٢] والشيخ[٣] في أحد قوليه . وأما المصنف وباقي المتأخّرين فهم على أصلهم في العدالة المعتبرة في الشهادة.

---

(١) راجع ص : ١١١ ـ ١١٢ .

(٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٧١٧ .

(٣) المبسوط ٨ : ٢١٧ .

والقول بالاكتفاء فيهما هنا بالاسلام للشيخ في النهاية[١] وجماعة منهم القطب الراوندي[٢]، إما بناءً على أن الأصل في المسلم العدالة ، أو لخصوص رواية أحمد بن أبي نصر البزنطي الحسنة قال : « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طلّق امرأته بعدما غشيها بشهادة عدلين ، قال : ليس هذا طلاقاً . فقلت : جعلت فداك كيف طلاق السنّة؟ فقال: يطلّقها 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 طلّق على طهر من غير جماع بشاهد وامرأتين ، فقال : لا تجوز شهادة النساء في الطلاق ، وقد تجوز شهادتهنّ مع غيرهنّ في الدم إذا حضرنه . فقلت : فإن أشهد رجلين ناصبيّين على الطلاق أيكون طلاقاً ؟ فقال : من ولد على الفطرة أجيزت شهادته على الطلاق بعد أن تعرف منه خيراً »[٣] .

وهذه الرواية واضحة الأسناد والدلالة على الاكتفاء بشهادة المسلم في الطلاق. ولا يرد أن قوله : « بعد أن تعرف منه خيراً » ينافي ذلك ، لأن الخير قد يعرف من المؤمن وغيره، وهو نكرة في سياق الاثبات لا يقتضي العموم ، فلا ينافيه ـ مع معرفة الخير منه بالذي أظهره من الشهادتين والصلاة والصيام وغيرها من أركان الاسلام ـ أن يعلم منه ما يخالف الاعتقاد الصحيح ، لصدق معرفة الخير منه معه . وفي الخبر ـ مع تصديره باشتراط شهادة عدلين ثم اكتفاؤه بما ذكر ـ تنبيه علىأن العدالة هي الاسلام ، فإذا أُضيف إلى ذلك أن لا يظهر الفسق كان

---

(١) النهاية : ٥١٠.

(٢) فقه القرآن ٢ : ١٦٥.

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

. . . . . .

أولى .

إذا تقرّر ذلك فالمعتبر شهادة شاهدين خارجين عن المطلّق . ثم إن كان هو الزوج فواضح. وإن كان وكيله ففي الاكتفاء به عن أحدهما وجهان ، من تحقّق اثنين خارجين عن المطلّق ، ومن أن الوكيل نائب عن الزوج ، فهو بحكم المطلّق ، فلابدّ من اثنين خارجين عنهما . وفيه : أن أحدهما ـ أعني : الزوج والوكيل ـ خارج ، لأن اللفظ لا يقوم باثنين ، فأيّهما اعتبر اعتبرت شهادة الآخر.

ويتفرّع على المشهور من اعتبار عدالة الشاهدين بمعنى ملكة التقوى والمروءة أن المعتبر ثبوتها ظاهراً لا في نفس الأمر ، لأنه لا يطّلع عليه إلّا الله والشاهد ، فلو اعتبر ذلك في حقّ غيرهما لزم التكليف بما لا يطاق . وحينئذٍ فلا يقدح فسقهما في نفس الأمر في صحّة الطلاق مع ظهور عدالتهما . ولا يشترط حكم الحاكم بها ، بل ظهورها عند المطلّق ومن يترتّب على [1] الطلاق حكماً .

وهل يقدح فسقهما في نفس الأمر بالنسبة إليهما حتى لا يصحّ لأحدهما أن يتزوّج بها ، أم لا ، نظراً إلى حصول شرط الطلاق ، وهو العدالة ظاهراً ؟ وجهان . وكذا لو علم الزوج فسقهما مع ظهور عدالتهما ، ففي الحكم بوقوع الطلاق بالنسبة إليه ـ حتى تسقط عنه حقوق الزوجيّة ويستبيح أُختها والخامسة ـ الوجهان . والحكم بصحّته فيهما لا يخلو من قوّة .

---

(١) في «ش» : عليه .

ولو شهد أحدهما بالانشاء، ثم شهد الآخر به بانفراده، لم يقع الطلاق. أما لو شهدا بالإقرار لم يشترط الاجتماع. ولو شهد أحدهما بالإنشاء والآخر بالإقرار لم يقبل.

قوله: « ولو شهد أحدهما ... الخ ».

لمّا كان سماع الشاهدين شرطاً في صحّة الطلاق ـ كغيره من الشروط المعتبرة فيه ـ كان المعتبر اجتماعهما في السماع على الإنشاء الواحد، فلو تعدّد الإنشاء وسمع كلّ واحد شاهداً[1] لم يقع، لفقد شرط الصحّة في كلّ منهما. وأولى بعدم الوقوع ما لو سمع الإنشاء شاهد واحد ثم أقرّ به عند آخر، أو لم يسمع الإنشاء شاهد ثم أشهدهما على الإقرار، لإن الإقرار إخبار عمّا وقع سابقاً، فإذا لم يصحّ السابق لفقد شرطه لم يصحّ الإقرار. هذا إذا علم استناد الإقرار به إلى ما أوقعه منه بغير إشهاد، أما لو أطلق الإقرار به سمع وصحّت الشهادة عليه وحكم 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 الإشهاد، وإنما المعتبر ثبوته شرعاً، وهو يحصل مع تعدّده وشهادة كلّ واحد على واحد من الإقرارين، لأن مؤدّاهما واحد، كما لو أقرّ بغيره من الحقوق.

ويدلّ على اشتراط سماع الشاهدين إنشاء الطلاق الواحد حسنة أحمد بن أبي نصر قال: « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل طلّق امرأته على طهر من غير جماع وأشهد اليوم رجلاً ثم مكث خمسة أيام ثم أشهد آخر، فقال: إنما أمر أن يشهدا جميعاً »[2].

---

(١) في إحدى الحجريّتين: إنشاءً.

(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.

ولا تقبل شهادة النساء في الطلاق لا منفردات ولا منضمّات إلى الرجال .

ولا ينافي ذلك ما رواه محمد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح عن الرضا عليه السلام قال : « سألته عن تفريق الشاهدين في الطلاق فقال : نعم ، وتعتدّ من أول الشّاهدين . وقال : لا يجوز حتى يشهدا جميعاً »[١] . لأن هذا محمول على تفريقهما في أداء الشّهادة لا في تحمّلها جمعاً . ويؤيّده قوله : «وتعتدّ من أول الشاهدين » لأنه يكون قد وقع بهما ، فإذا شهد أولهما بوقت كان الآخر شاهداً به كذلك وإن تأخّر في الأداء . وقوله: « لا يجوز حتى يشهدا جميعاً » يجوز أن يريد به ما ذكرناه من الاشارة إلى أن الشرط تحمّلهما الشهادة جميعاً أي: مجتمعين في وقت واحد ، فيكون ذلك استدراكاً لما يتوهّم من خلافه في أول الكلام . وهذا هو الظاهر . وأن يريد أنه لا يثبت حتى يشهدا جميعاً بوقوعه منه ، لأن الطلاق لا يثبت إلّا بشاهدين .

قوله: « ولا تقبل شهادة ... الخ » .

قد تقدّم[٢] ما يدلّ من الأخبار على أن شهادة النساء لا تقبل في الطلاق، وإنما تعتبر شهادة عدلين ذكرين . ويدلّ عليه أيضاً قوله تعالى : ﴿ وأشهدوا ذوي عدلٍ منكم ﴾[٣] فإنه يدلّ على اعتبار ذكوريّتهما ، لأنه حقيقة فيه ، ودخول الإناث بالتبعيّة على خلاف الأصل ، والأخبار[٤] قد بيّنت المراد من الآية

---

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

(٢) في ص : ١١٤ ، هامش (٣) .

(٣) الطلاق : ٢ .

(٤) لاحظ الوسائل ١٨ : ٢٥٨ ب « ٢٤» من أبواب الشهادات ح ٢ ، ٤ ، ٥ وغيرها.

ولو طلّق ولم يشهد ثم أشهد كان الأول لغواً ، ووقع حين الإشهاد إذا أتى باللفظ المعتبر في الإنشاء .

وخصّصت[١] ذلك . والخناثى بحكم النساء في الشهادة .

قوله : « ولو طلّق ولم يشهد ... الخ » .

المراد أنه أتى باللفظ المعتبر في الطلاق قاصداً به إنشاءه ، فلو قصد الإخبار لم يقع وإن أتى باللفظ المعتبر في الإنشاء ، كقوله : اشهد أن فلانة طالق ،قاصداً الاشهاد لا الإنشاء . والمايز حينئذٍ بين العبارتين القصد ، ويمكن علم الشاهدين به بإخباره عنه وبالقرائن الدالّة على أحدهما .

والأصل في هذه المسألة صحيحة أحمد بن محمد قال : « سألته عن الطلاق ، فقال : على طهر ، وكان علي عليه السلام يقول : لا طلاق إلّا بالشهود ، فقال له رجل : فإن طلّقها ولم يشهد ثم أشهد بعد ذلك بأيام فمتى تعتدّ ؟ قال : من اليوم الذي أشهد فيه على الطلاق »[٢].

والمصنّف ـ رحمه الله ـ قيّد الرواية بقوله : « إذا أتى باللفظ المعتبر في الإنشاء ». وهو قيد حسن ، لأن الرواية قاصرة عن إفادة الحكم مطلقاً .

---

(١) في «ح ، ط» وإحدى الحجريّتين : وحقّقت .

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

النظر الثاني : في أقسام الطلاق

ولفظه يقع على البدعة والسنّة.

فالبدعة ثلاث : طلاق الحائض بعد الدخول مع حضور الزوج معها، ومع غيبته دون المدّة المشترطة . وكذا النفساء ، أو في طهر قربها فيه. وطلاق الثلاث من غير رجعة بينها . والكلّ عندنا باطل لا يقع معه الطلاق .

قوله : « ولفظه يقع ... الخ » .

المشهور في كلام الأصحاب وغيرهم[١] انقسام الطلاق إلى السنّي والبدعي. والمراد بالبدعي المحرّم إيقاعه نسبة إلى البدعة ، وهي تقابل السنّة النبويّة ، وبالسنّي ما يجوز بالمعنى الأعمّ نسبة إلى السنّة النبويّة ، ويعبّر عنه بالشرعي ، سواء كان مع ذلك واجباً كطلاق المؤلي والمظاهر ، فإنه يؤمر بعد المدّة بأن يفيء أو يطلّق، فالطلاق واجب تخييراً، أم محبوباً[٢] كالطلاق مع الشقاق وعدم رجاء الوفاق وإذا لم تكن عفيفة يخاف منها إفساد الفراش ، أم مكروهاً كالطلاق عند التيام الأخلاق وسلامة الحال، روي أنه صلّى الله عليه وآله وسلّم قال : « أبغض المباحات إلى الله تعالى الطلاق »[٣]. وعنه عليه السلام قال : « أيّما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس لم ترح رائحة الجنّة »[٤] .

---

(١) انظر الحاوي الكبير للماوردي ١٠ : ١١٤ ، الوجيز للغزالي ٢ : ٥٠ ، روضة الطالبين للنووي ٦ : ٣ .

(٢) في الحجريّتين : محتوماً .

(٣) سنن أبي داود ٢ : ٢٥٥ ح ٢١٧٨ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٥٠ ح ٢٠١٨ ، علل الحديث للرازي ١ : ٤٣١ ح ١٢٩٧ ، سنن البيهقي ٧ : ٣٢٢ ، تلخيص الحبير للعسقلاني ٣ : ٢٠٥ ح ١٥٩٠ .

(٤) المصنف لابن أبي شيبة ٥ : ٢٧١ ، مسند أحمد ٥ : ٢٧٧ ، سنن الدارمي ٢ : ١٦٢ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٦٢ ح ٢٠٥٥ ، سنن الترمذي ٣ : ٤٩٣ ح ١١٨٧ ، سنن البيهقي ٧ : ٣١٦ .

. . . . . .

وللتحريم أسباب ثلاثة :

أحدها : الحيض مع الدخول ، وحضور الزوج أو حكمه ، وكون المرأة حائلاً. وفي معناه النفاس .

وثانيها : عدم استبرائها بطهر آخر غير ما مسّها فيه. وهذان سببان للتحريم عند جميع العلماء .

وثالثها : طلاقها أزيد من واحدة بغير رجعة متخلّلة بين الطلقات ، أعمّ من إيقاعها بلفظ واحد أو مترتّبة . وتحريم هذا النوع مختصّ بمذهبنا. ووافقنا أبو حنيفة[١] ومالك[٢] في بدعيّة الجمع بين الطلقات بلفظ واحد . واتّفق الجمهور على صحّة طلاق البدعة مع الاثم . وأصحابنا على بطلانه إلّا فيما زاد على الواحد، فإنه مع وقوعه مترتّباً يقع واحد إجماعاً ، ومع وقوعه بلفظ واحد يقع واحد على ما سبق[٣] من الخلاف . وحكم المصنف ببطلان الجميع يظهر في الأولين، أما الأخير فالبطلان يتعلّق بالمجموع من حيث هو مجموع لا بكلّ واحد من أفراده ، لئلّا ينافي حكمه بصحّة الواحدة فيما سبق[٤] .

واعلم أن حكمهم ببطلان الطّلاق البدعي لا يلائم تقسيمهم الطّلاق إليه وإلى السنّي ، لأن مورد القسمة ينبغي أن يكون الطلاق الصحيح كما هو المستعمل في سائر الأحكام المقسمة ، وإنما يحسن تقسيمه إليهما عند العامّة القائلين بصحّته فيهما .

---

(١) حلية العلماء للشاشي ٧ : ٢٢ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٢٤١ ـ ٢٤٢ .

(٢) المدوّنة الكبرى لمالك ٢ : ٤١٩ ، بداية المجتهد لأبي الوليد القرطبي ٢ : ٦٤ .

(٣ و ٤) في ص : ٩٢ .

. . . . . .

ثم حصرهم الطلاق البدعي في الثلاثة المذكورة مع الحكم ببطلانها يقتضي كون الطلاق الباطل أعمّ من البدعي ، فإن طلاق من لم يشهد عليه شاهدين[١] ومن طلّق بالكناية[٢] وشبه ذلك خارج عن البدعة مع كونه باطلاً . وينبغي أن يكون الطلاق أزيد من مرّة مترتّباً بدون الرجعة من قسم الباطل لا من أقسام البدعة ، وتخصيص البدعة بالثلاث المرسلة التي يراها العامّة[٣] وحرّمها قوم منهم ، لأن الطلاق الثاني المترتّب يستند بطلانه إلى فقد شرط وهو تعلّقه بغير الزوجة ، وأما كون التلفّظ بالصيغة حينئذٍ محرّماً فلا دليل عليه . ومجرّد التشريع بذلك أو تقييده باعتقاد[٤] الشرعيّة[٥] يشترك فيه جميع الأقسام المحكوم ببطلانها خارجاً عن الثلاثة .

وبقي في عبارة المصنّف بحث آخر ، وهو أنه قيّد هنا بدعيّة طلاق الحائض بكونها مدخولاً بها والزوج حاضراً معها أو غائباً دون المدّة المشترطة ، ولم يذكر اشتراط كونها حائلاً كما صنع فيما سبق[٦] . وفي باب الحيض[٧] اقتصر على الشرطين أيضاً . وهو أجود من التقييد بكونها حائلاً أيضاً ، لأنه لا يرى جواز حيض الحامل فلا يفتقر إلى الاحتراز عنه . ولكنّه في شرائط الطلاق في

---

(١) في «ش ، و» والحجريّتين: شاهدان .

(٢) في «ش» : بالكتابة .

(٣) انظر مذاهبهم في الصفحة السابقة .

(٤) في «م» والحجريّتين : باعتبار .

(٥) في «ش ، م » والحجريّتين : المشروعيّة .

(٦) في ص : ٣٥ .

(٧) في ج ١ : ٦٥ .

والسنّة تنقسم أقساماً ثلاثة : بائن ، ورجعي ، وطلاق العدّة .

أول الكتاب[١] ذكره شرطاً وجرى فيه على مذهب غيره ، فلذلك كان ما هنا أجود.

قوله : « والسنّة تنقسم ... الخ » .

جعل طلاق العدّة قسيماً للرجعي غير جيّد ، لأن طلاق العدّة من جملة أقسام الرجعي وداخل فيه ، فلا يجعل قسيماً له المقتضي لخروجه عنه . وكان الأولى تقسيم طلاق السنّة إلى بائن ورجعي، ثم تقسيم الرجعي إلى طلاق العدّة وغيره، كما صنع في التحرير[٢]. وفي القواعد[٣] قسّم الطلاق الشرعي ـ وهو طلاق السنّة بالمعنى الأعمّ ـ إلى طلاق عدّة وسنّة بالمعنى الأخصّ . والمراد به أن يطلّق على الشرائط ثم يتركها حتى تخرج من العدّة ، سواء كانت العدّة رجعيّة أم بائنة ، ثم يتزوّجها بعقد جديد . وهذه القسمة وإن لم تكن متداخلة إلّا أنها غير حاصرة ، فإن الطلاق الشرعي أعمّ منهما . ثم بعد ذلك قسّمه إلى البائن والرجعي واقتصر عليهما . وهو جيّد . وكذلك فعل في الارشاد[٤]، إلّا أنه قدّم التقسيم إلى البائن والرجعي على السنّي والعدّي . والحكم فيهما واحد.

والتحقيق: أن الطلاق العدّي من أقسام الرجعي كما ذكرناه ، فلا يجعل قسيماً له. والطلاق السنّي بالمعنى الأخصّ بينه وبين كلّ واحد من البائن والرجعي عموم وخصوص من وجه . يختصّ البائن عنه بما إذا لم يتزوّجها بعد العدّة مع كونه بائناً ، ويختصّ السنّي عنه بما إذا كان رجعيّاً فلم يرجع وتزوّجها

---

(١) في ص : ٣٥.

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ٥٤.

(٣) قواعد الأحكام ٢ : ٦٤.

(٤) إرشاد الأذهان ٢ : ٤٤.

فالبائن : ما لا يصحّ للزوج معه الرجعة .

وهو ستّة : طلاق التي لم يدخل بها... واليائسة ... ومن لم تبلغ المحيض... والمختلعة والمبارئة ما لم ترجعا في البذل ... والمطلّقة ثلاثاً بينها رجعتان .

بعد العدّة، ويتصادقان فيما إذا كان الطلاق بائناً وتزوّجها بعد العدّة . ويختصّ العدّي عنه بما إذا رجع في العدّة ، ويختصّ السنّي عنه بما إذا كان الطلاق بائناً وتزوّج بعد العدّة ، ويتصادقان فيما إذا كان الطلاق رجعيّاً ولم يرجع فيه إلى أن انقضت العدّة ثم تزوّجها بعقد جديد . فالأجود في التقسيم أن يقسّم الطلاق السنّي إلى البائن والرجعي ، والقسمة حاصرة غير متداخلة . ويقسّم أيضاً إلى طلاق العدّة وطلاق السنّة بالمعنى الأخصّ وغيرهما ، لا أن يقتصر عليهما .

وما ذكرناه من أن الطلاق السنّي بالمعنى الأخص أعمّ من البائن والرجعي هو مدلول فتاوى الأصحاب أجمع ، وسيأتي[1] بيانه في عبارة المصنّف ، ولكن الظاهر من الأخبار[2] اختصاصه بالطلاق الرجعي ، وعلى هذا فيكون من أقسامه كطلاق العدّة .

قوله: « فالبائن ما لا يصحّ ... الخ » .

المعتبر في الدخول الموجب للعدّة القدر الموجب للغسل ، وهو غيبوبة الحشفة أو قدرها في قبل أو دبر . والمراد بمن لم تبلغ المحيض من لا يمكن حيضها ، وهي من نقص سنّها عن التسع ، فمن أكملتها تلزمها العدّة وإن لم تكن ممّن تحيض عادة .

---

(١) في ص : ١٢٧ و ١٢٩ ـ ١٣٠ .

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

والرجعي : هو الذي للمطلّق مراجعتها فيه ، سواء راجع أو لم يراجع.

وتقييد المختلعة وأُختها بمدّة لم ترجعا في البذل يقتضي أن عدّتها[١] قد تكون بائنة وقد تكون رجعيّة ، فتبتدىء على البينونة وتستمرّ كذلك إلى أن ترجع في البذل فتصير حينئذٍ رجعيّة إلى آخر العدّة ، سواء رجع أم لا ، وسواء علم برجوعها أم لا ، لأن العدّة الرجعيّة لا يشترط في تحقّقها علم الزوج بجواز الرجوع بل المعتبر جواز رجوعه شرعاً . وتظهر الفائدة فيما لو رجع المخالع بعد رجوعها وواقعها ثم طلّقها على الشرائط ، فيكون الطلاق حينئذٍ طلاق عدّة وإن كانت في الأصل بائنة ، فيترتّب عليه حكم الطلاق العدّي. وعلى هذا لا يضرّ أيضاً تقسيم الطلاق الرجعي إلى العدّي وغيره بسبب هذا الفرد الذي ابتدأت عدّته على البينونة، لأن جعله رجعيّاً عدّياً إنما هو بعد رجوعها في البذل ، وقد صار بذلك رجعيّاً كما قرّرناه. وللأصحاب خلاف في أن رجوع المخالع بعد رجوعها في البذل ووطيه هل يصيّر الطلاق طلاق عدّة أم لا ؟ لما ذكرناه من الوجه في الطرفين . والأقوى أنه حينئذٍ طلاق عدّة لاجتماع شرائطه.

قوله: « والرجعي : هو الذي ... الخ » .

المراد أن الطلاق الرجعي ما كان قابلاً للرجوع فيه شرعاً وإن لم يحصل الرجوع ، وذلك ما عدا الأقسام الستّة ، ومنه طلاق المختلعة بعد رجوعها في البذل ، فيكون طلاقها تارة من أقسام البائن وتارة من أقسام الرجعي .

---

(١) في «و» : عدّتهما.

وأما طلاق العدّة : فهو أن يطلّق على الشرائط ثم يراجعها قبل خروجها من عدّتها ويواقعها ثم يطلّقها في [طهر] غير طهر المواقعة، ثم يراجعها ويواقعها ثم يطلّقها في طهر آخر ، فإنها تحرم عليه حتى تنكح زوجاً غيره . فإن نكحت وخلت ، ثم تزوّجها فاعتمد ما اعتمده أولاً، حرمت في الثالثة حتى تنكح زوجاً غيره . فإن نكحت ثم خلت فنكحها ، ثم فعل كالأول ، حرمت في التاسعة تحريماً مؤبّداً . ولا يقع الطلاق للعدّة ما لم يطأها بعد المراجعة .

قوله: « وأما طلاق العدّة ... الخ » .

هذا هو القسم الثالث من أقسام الطلاق على ما اعتبره المصنّف من التقسيم. وفائدة ذكره من بين أقسام الطلاق الرجعي ما يترتّب عليه من الأحكام الخاصّة، وهي التحريم في التاسعة مؤبّداً ، والافتقار بعد كلّ ثلاث إلى المحلّل إجماعاً . وجملة ما يعتبر فيه مع الطلاق الرجوع في العدّة والمجامعة ثم الطلاق بعد ذلك في أيّ وقت شاء ممّا يصحّ فيه الطلاق .

وبهذه الكيفيّة وردت الأخبار الكثيرة الصحيحة ، فمنها صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال : « كلّ طلاق لا يكون على السنّة أو على طلاق العدّة فليس بشيءٍ ـ إلى أن قال ـ : وأما طلاق العدّة التي قال الله تعالى : ﴿ **فطلّقوهنّ لعدّتهنّ وأحصوا العدّة** ﴾ فإذا أراد الرجل منكم أن يطلّق امرأته طلاق العدّة فلينتظر بها حتى تحيض وتخرج من حيضها ثم يطلّقها تطليقة من غير جماع ويشهد شاهدين عدلين ، ويراجعها من يومه ذلك إن أحبّ أو بعد ذلك بأيّام قبل أن تحيض ويشهد على رجعتها ويواقعها ، وتكون معه حتى تحيض، فإذا حاضت وخرجت من حيضها طلّقها تطليقة أُخرى من غير جماع ويشهد على

ولو طلّقها قبل المواقعة صحّ ولم يكن للعدّة .

وكلّ امرأة استكملت الطلاق ثلاثاً حرمت حتى تنكح زوجاً غير المطلّق ، سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن ، راجعها أو تركها .

ذلك، ثم يراجعها أيضاً متى شاء قبل أن تحيض ويشهد على رجعتها ويواقعها ، وتكون معه إلى أن تحيض الحيضة الثالثة ، فإذا خرجت من حيضها طلّقها الثالثة بغير جماع ويشهد على ذلك ، فإذا فعل ذلك فقد بانت منه ولا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره »[١] .

قوله : « ولو طلّقها ـ إلى قوله ـ للعدّة » .

لأن شرط طلاق العدّة المواقعة بعد الرجعة ولم تحصل ، فيكون طلاق سنّة بالمعنى الأعمّ .

قوله : « وكلّ امرأة استكملت ... الخ » .

هذا هو المعروف في المذهب ، ودلّت عليه الأدلّة من الكتاب والسنّة[٢] ، قال الله تعالى : ﴿ فإن طلّقها ﴾ يعني : الثالثة ﴿فلا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره﴾[٣] وهو شامل بإطلاقه لطلاق العدّة وغيره . وفي بعض الأخبار[٤] أن طلاق السنّة بالمعنى الأخصّ لا يحرّم في الثالثة . وهو شاذّ . والمراد بقوله : « راجعها أو تركها » أي : تركها حتى انقضت عدّتها ثم تزوّجها بعقد جديد ثم طلّقها .

---

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

(٢) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٥٠ ب « ٣ » من أبواب أقسام الطلاق ، وص ٣٥٧ ب « ٤ » .

(٣) البقرة : ٢٣٠ . ونصّ الآية : ﴿ ...له من بعد حتى ... ﴾ .

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

مسائل ستّ :

الأُولى : إذا طلّقها فخرجت من العدّة ، ثم نكحها مستأنفاً ، ثم طلّقها وتركها حتى قضت العدّة ، ثم استأنف نكاحها ، ثم طلّقها ثالثة ، حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره ، فإذا فارقها واعتدّت جاز له مراجعتها . ولا تحرم هذه في التاسعة ، ولا يهدم استيفاء عدّتها تحريمها في الثالثة .

قوله : «إذا طلّقها فخرجت ... إلخ » .

هذا هو الطلاق المعبّر عنه بطلاق السنّة بالمعنى الأخصّ . وهو يشارك طلاق العدّة في تحريم الثالثة إلى أن تنكح زوجاً غيره ، ويفارقه في أن هذا لا يحرّم مؤبّداً مطلقاً . أما الثاني فهو محلّ وفاق ، ولا يوجد ما ينافيه .

وأما الأول فيدلّ عليه عموم قوله تعالى : ﴿ **فإن طلّقها فلا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره** ﴾ وخصوص رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن طلاق السنّة ، قال : طلاق السنّة إذا أراد أن يطلّق الرجل امرأته ثم يدعها إن كان قد دخل بها حتى تحيض ثم تطهر ، فإذا طهرت طلّقها واحدة بشهادة شاهدين ثم يتركها حتى تعتدّ ثلاثة قروء ، فإذا مضى ثلاثة قروء فقد بانت منه بواحدة ، وكان زوجها خاطباً من الخطّاب إن شاءت تزوّجته وإن شاءت لم تفعل. فإن تزوّجها بمهر جديد كانت عنده على ثنتين باقيتين وقد مضت الواحدة ، فإن هو طلّقها واحدة أُخرى على طهر بشهادة شاهدين ثم تركها حتى تمضي أقراؤها من قبل أن يراجعها فقد بانت باثنتين وملكت أمرها وحلّت للأزواج ، وكان زوجها خاطباً من الخطّاب إن شاءت تزوّجته وإن شاءت لم تفعل . فإن هو تزوّجها تزويجاً جديداً بمهر جديد كانت معه على واحدة باقية وقد مضت ثنتان ،

. . . . . .

فإن أراد أن يطلّقها طلاقاً لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره تركها حتى إذا حاضت وطهرت أشهد على طلاقها تطليقة واحدة ثم لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره »[١].

ونبّه بقوله : « ولا يهدم عدّتها تحريمها في الثالثة » على ما روي في شواذّ الأخبار عن عبد الله بن بكير ، عن زرارة قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : الطلاق الذي يحبّه الله والذي يطلّق الفقيه ـ وهو العدل بين المرأة والرجل ـ أن يطلّقها في استقبال الطهر بشهادة شاهدين وإرادة من القلب ، ثم يتركها حتى تمضي ثلاثة قروء ، فإذا رأت الدم في أول قطرة من الثالثة ـ وهي آخر القرء، لأن الأقراء هي الأطهار ـ فقد بانت منه ، وهي أملك بنفسها ، فإن شاءت تزوّجته وحلّت له بلا زوج . فإن فعل هذا بها مائة مرّة هدم ما قبله وحلّت بلا زوج . وإن راجعها قبل أن تملك نفسها ثم طلّقها ثلاث مرّات يراجعها ويطلّقها لم تحلّ له إلّا بزوج »[٢].

وهذه الرواية ـ مع شذوذها ـ رواها عبد الله بن بكير ، وهو فطحيّ المذهب لا يعتمد على روايته ، خصوصاً مع مخالفتها لغيرها[٣] بل للقرآن الكريم[٤] . ومع ذلك ففيها قادح آخر ، وهو أن عبد الله كان يفتي بمضمونها وروجع في أمرها

---

(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 وأحكامه ح ٣.

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

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

(٤) البقرة : ٢٣٠.

. . . . . .

فقال : هذا ممّا رزق الله من الرأي . قال الشيخ : « ومن هذه حالته يجوز أن يكون أسند ذلك إلى زرارة نصرة لمذهبه الذي كان أفتى به ، وأنه لمّا رأى أصحابه لا يقبلون ما يقوله برأيه أسنده إلى من رواه عن أبي جعفر عليه السلام، وليس عبد الله بن بكير معصوماً لا يجوز عليه هذا ، بل وقع منه من العدول عن اعتقاد مذهب الحقّ إلىاعتقاد مذهب الفطحيّة ما هو معروف من مذهبه ، والغلط في ذلك أعظم من إسناد فتيا يعتقد صحّته لشبهة إلى بعض أصحاب الأئمة . وإذا كان الأمر على ما قلناه لم يعترض بهذه الرواية ما ذكر في غيرها »[١].

والعجب مع هذا القدح العظيم من الشيخ في عبد الله بن بكير أنه قال في كتاب الرجال : « إن العصابة أجمعت على تصحيح ما يصحّ عنه ، وأقرّوا له بالفقه والثقة »[٢] . وذكره غيره[٣] من علماء الرجال كذلك .وهذا الخبر ممّا صحّ 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 زرارة ، والجميع ثقاة. وكيف كان فهو بالإعراض عنه حقيق ، لما ذكرناه من شذوذه ومخالفته للقرآن بل لسائر علماء الاسلام .

واعلم أن تعريف المصنّف وغيره لطلاق السنّة بالمعنى الأخصّ يقتضي اختصاصه بذات العدّة وأنّه يشمل العدّة البائنة والرجعيّة. وفي كثير من الأخبار[٥]

---

(١) التهذيب ٨: ٣٦ ذيل ح ١٠٧ .

(٢) اختيار معرفة الرجال : ٣٧٥ رقم ٧٠٥.

(٣) رجال العلّامة الحلّي : ١٠٦ ـ ١٠٧ .

(٤) التهذيب ٨: ٣٥ ح ١٠٧ .

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

الثانية : إذا طلّق الحامل وراجعها جاز له أن يطأها ويطلّقها ثانية للعدّة إجماعاً . وقيل : لا يجوز للسنّة . والجواز أشبه .

ـ كالذي أسلفناه[١] ـ ما يدلّ على اختصاصه بالعدّة الرجعيّة ثم لا يراجع فيها . والوجه لحوق أحكامه لكلّ طلاق لا يلحقه رجعة ، سواء كان ذلك لعدم العدّة أم لكونها بائنة أم لكونها رجعيّة ولم يرجع ، فإنه لا تحرم به التاسعة مؤبّداً، لاختصاص ذلك الحكم بطلاق العدّة ، ولصدق[٢] عدم الرجعة في جميع ما ذكرناه. وبقي للطلاق أقسام أُخر خارجة عن الأمرين يأتي[٣] الكلام فيها إن شاء الله تعالى .

وقول المصنّف : « فإذا فارقها واعتدّت جاز له مراجعتها » يريد به تزويجها بعقد جديد ، وأطلق عليه اسم المراجعة من حيث اللغة ، لأنه رجوع إلى النكاح الذي كان فعله سابقاً وإن لم يكن ذلك مراجعة اصطلاحاً .

قوله : « إذا طلّق الحامل ... الخ » .

اتّفق العلماء على جواز طلاق الحامل مرّة بشرائطها ، لوجود المقتضي وانتفاء المانع منه كغيرها. واختلف الأصحاب في جواز طلاقها ثانياً بسبب اختلاف الروايات في ذلك ، فذهب الصدوقان[٤] إلى المنع منه إلّا بعد مضيّ ثلاثة أشهر ، سواء في ذلك طلاق العدّة وغيره . وذهب ابن الجنيد[٥] إلى المنع من طلاق

---

(١) في ص : ١٢٦ ، هامش (١) .

(٢) في «ش ، و ، م» : ويصدق .

(٣) لاحظ ص : ١٣٦ و ١٥٣ .

(٤) المقنع : ١١٦ ، وحكاه العلّامة عن عليّ بن بابويه في المختلف: ٥٨٨ .

(٥) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٥٨٨ .

العدّة إلّا بعد شهر ، ولم يتعرّض لغيره . والشيخ[١] أطلق جواز الطلاق للعدّة، ومنع من طلاقها ثانياً للسنّة . وابن إدريس[٢] والمصنّف وباقي المتأخّرين[٣] جوّزوه بها مطلقاً كغيرها .

وأما الأخبار ففي كثير[٤] منها أن طلاق الحامل واحدة من غير فرق بين طلاق العدّة وغيره . وفي بعضها[٥] النهي عمّا زاد على واحدة كذلك . وفي بعض[٦] آخر التصريح بجواز تعدّده ثلاثاً وتحرم به أعمّ من كونه مع تخلّل الوطء وعدمه . وفي رابع[٧] بجواز تعدّده مصرّحاً بتخلّل الوطء المفيد لكونه طلاق عدّة. وفي خامس[٨] النهي عن الثاني بعد الوطء إلى أن يمضي شهر .

وقد اختلفوا في طريق الجمع بينها ، فابن الجنيد[٩] خصّص أخبار الجواز بطلاق العدّة ، نظراً إلى تصريح بعضها به ، وخصّ ذلك البعض بوقوع الطلاق بعد شهر جمعاً بينه وبين الرواية التي دلّت على النهي عنه قبله . ولم يتعرّض لطلاق السنّة ، إلّا أن مفهومه اختصاص الجواز بطلاق العدّة .

وأما الشيخ[١٠] فجمع بينها بحمل أخبار النهي عن الزائد عن واحد ـ وما في

---

(١) النهاية : ٥١٦ ـ ٥١٧ .

(٢) السرائر ٢ : ٦٨٨ ـ ٦٨٩ .

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

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

(٥) الوسائل الباب المتقدّم ح ٧ .

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

(٧) الوسائل الباب المتقدّم ح ٩ .

(٨) الوسائل الباب المتقدّم ح ١١ .

(٩) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٥٨٨ .

(١٠) التهذيب ٨ : ٧١ ذيل ح ٢٣٧ و ٢٣٨ .

معناه ـ على طلاق السنّة ، وأخبار الجواز على طلاق العدّة ، لتصريح بعضها به .

وفيه نظر ، لأن الأخبار الدالّة على جواز طلاقها متعدّداً[١] منها ما هو مطلق في الجواز كإطلاق الأخبار الأخرى في النهي ، كرواية إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام بطرق متعدّدة ومتون متقاربة منها : « سألته عن الحامل يطلّقها زوجها ثم يراجعها ثم يطلّقها ثم يراجعها ثم يطلّقها الثالثة ، قال : تبين منه ولا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره »[٢] . فهذه شاملة لطلاق العدّة وغيره ، بأن يراجعها ثم يطلّقها في طهر آخر أو فيما دونه ، وكلاهما خارجان عن العدّي والسنّي بالمعنى الأخصّ .

ومنها ما هو مصرّح بجواز تعدّده مع كونه ليس عدّياً ولا سنّياً كذلك ، كرواية إسحاق بن عمّار أيضاً عنه عليه السلام أنه سأله عن رجل طلّق امرأته وهي حامل ثم راجعها ثم طلّقها ثم راجعها ثم طلّقها الثالثة في يوم واحد تبين منه ؟ «قال : نعم »[٣]. فهذه صريحة في جواز تعدّد طلاقها للسنّة بالمعنى الأعمّ فكيف يجمع بينها بالمنع منه ؟ مع أن الأخبار الدالّة على كون الطلاق عدّياً ليس فيه ما يدلّ على اختصاصه به بل بمجرّد[٤] فرضه كما في رواية يزيد الكناسي قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن طلاق الحبلى ، فقال : يطلّقها واحدة للعدّة بالشهور والشهود. قلت : فله أن يراجعها ؟ قال : نعم ، وهي امرأته . قلت : فإن

---

(١) في «م» وهامش «و» والحجريّتين : متعدّدة .

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

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

(٤) في «ش» : مجرّد .

راجعها ومسّها ثم أراد أن يطلّقها تطليقة أُخرى ، قال : لا يطلّقها حتى يمضي لها بعدما مسّها شهر . قلت : فإن طلّقها ثانية وأشهد ثم راجعها وأشهد على رجعتها ومسّها ثم طلّقها التطليقة الثالثة وأشهد على طلاقها لكلّ عدّة شهر ، هل تبين منه كما تبين المطلّقة على العدّة التي لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره؟ قال: نعم. قلت : فما عدّتها ؟ قال : أن تضع ما في بطنها ثم قد حلّت للأزواج »[١] .

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

ثم ليس في كلامه تبيين مراده من الطلاق السنّي الذي منعه هل هو السنّي بالمعنى الأعمّ أو الأخصّ ؟ فإن أراد الأول ـ كما فهمه عنه بعضهم[٢] ـ ففيه أن في بعض ما ذكرناه من الروايات تصريحاً[٣] بجواز المتعدّد الذي ليس بعدّي وهو سنّي بالمعنى الأعمّ ، فكيف يجمع بينها بحمل أخبار النهي عن الزائد على السنّي ؟! وأيضاً فإن الطلاق العدّي سنّي بهذا المعنى ، فإطلاق المنع منه يتناول العدّي . وحمله علىأن المراد به ما عدا العدّي من أفراده خلاف الظاهر وخلاف ما يقتضيه الجمع .

---

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

(٢) في هامش «و» : «هو ابن فهد في المهذّب. بخطّه قدّس سرّه» . لاحظ المهذّب البارع ٣: ٤٧٤ .

(٣) فيما لدينا من النسخ الخطّية والحجريّتين: تصريح، والصحيح ما أثبتناه .

وإن أراد به السنّي بالمعنى الأخصّ ـ كما فهمه جلّ المتأخّرين ، ولأنه الظاهر من الاستعمال في النصوص ـ ففيه أن أخبار الجواز شاملة للعدّي وغيره كما بيّناه ، والسنّي بالمعنى الأخصّ لا يتحقّق في الحامل ، لأنه لا تصير كذلك إلّا بعد الوضع والعقد عليها ثانياً وحينئذٍ فلا تكون حاملاً ، والكلام في الطلاق الواقع بالحامل ثانياً .

ولا يمكن الحكم بتميّزه بالنيّة ، بمعنى أنه إذا نوى أن يطلّقها وهي حامل ولا يراجعها إلى أن تضع ثم يتزوّجها فيصير حينئذٍ منهيّاً عنه ، لأن النيّة لا تؤثّر بنفسها في تحقّق الطلاق العدّي والسنّي معاً ، بل يتوقّفان على شرط متأخّر عنهما ، وهو إما الرجعة في العدّة والوطء فيصير حينئذٍ الطلاق السابق عدّياً ، أو الصبر إلى أن تضع وتجديد العقد فيصير الطلاق الواقع بها حاملاً سنّياً ، وبعد الوضع لا تصير حاملاً ، ولا يظهر النهي عن طلاق الحامل كذلك .

إلّا أن يقال : إن تجديد نكاحها بعد الوضع يكون كاشفاً عن جعل الطلاق السابق سنّياً ، فيلحقه حينئذٍ النهي .

وهذا أيضاً في غاية البعد بل الفساد ، لأن خبر النهي إنّما دلّ عليه وهي حامل ، وهو رواية منصور الصّيقل عن أبي عبد الله عليه السلام : « في الرجل يطلّق امرأته وهي حبلى ، قال : يطلّقها . قلت : فيراجعها ؟ قال : نعم ، يراجعها . قلت : فإنه بدا له بعدما راجعها أن يطلّقها قال : لا حتى تضع »[1] فكيف يحمل هذا النهي على ما بعد الوضع ، مع أنه حال الحمل لا يحكم بكونه سنّياً أو عدّياً حتى

(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 وأحكامه ح ٧ .

. . . . . .

يقال يتعلّق به النهي أو الإذن . وأيضاً فإن طلاق العدّة الذي أذن فيه لا يظهر بمجرّد الطلاق ولا بالنيّة بل بالرجوع في العدّة والوطء ، فوقوع الطلاق مراعىً بذلك من غير أن يحكم بصحّته حال وقوعه وعدمه لا دليل عليه، بل هو دوريّ ، لأن جواز الرجعة متوقّف على صحّته ، فلو توقّفت صحّته عليها دار.

والحقّ الإعراض عن هذه التكلّفات التي لا يدلّ عليها دليل ، والرجوع إلى حكم الأصل من جواز طلاق الحامل كغيرها مطلقاً بشرائطه ، وعدم الالتفات إلى هذه الأخبار الضعيفة الأسناد المتناقضة الدلالة ، وما فيها من الصحيح ليس فيه ما ينافي الجواز ، أو حمل أخبار النهي عن الزائد على الكراهة ، وجعله قبل شهر آكد ، من غير أن يفرّق بين كون الواقع طلاق عدّة أو سنّة بمعنييه . وقد ظهر بذلك أن القول بجواز طلاقها مطلقاً هو الأقوى .

واعلم أنه قد ظهر أن القول بجواز طلاقها ثانياً للعدّة وفاقيّ في الجملة، لأن المتأخّرين جوّزوه مطلقاً ، والشيخ[١] خصّ الجواز به ، وابن الجنيد[٢] قيّده بوقوعه بعد شهر ، وابنا بابويه[٣] أطلقا جوازه بعد ثلاثة أشهر . وبذلك ظهر صحّة ما ادّعاه المصنّف من جوازه إجماعاً وإن كان بعضهم يشترط في صحّته شرطاً زائداً ، لأن ذلك لا ينافي الحكم بجوازه في الجملة . وبهذا يظهر أن ما قيل[٤] من أن دعوى المصنّف الاجماع مخصوصة بما بعد عصري الصدوقين وابن الجنيد لأنهما

(١ ـ ٣) لاحظ ص : ١٣٠ .

(٤) في هامش «و» : «القائل بذلك الشيخ جمال الدين بن فهد في المهذّب تبعاً لفخر الدين في شرحه. منه قدّس سرّه» . لاحظ إيضاح الفوائد ٣: ٣١٨، والمهذّب البارع ٣: ٤٧١ .

الثالثة : إذا طلّق الحائل ثم راجعها ، فإن واقعها وطلّقها في طهر آخر صحّ إجماعاً . وإن طلّقها في طهر آخر من غير مواقعة فيه روايتان إحداهما[١]: لا يقع الثاني أصلاً ، والأُخرى[٢]: يقع . وهو الأصحّ . ثم لو راجع وطلّقها ثالثاً في طهر آخر حرمت عليه . ومن فقهائنا مَن حمل الجواز على طلاق السنّة والمنع على طلاق العدّة . وهو تحكّم .

وكذا لو أوقع الطلاق بعد المراجعة وقبل المواقعة في الطهر الأول فيه روايتان[٣] أيضاً ، لكن هنا الأولى تفريق الطلقات على الأطهار إن لم يقع وطء.

مخالفان في جوازه [ضعيف][٤] لأنّك قد عرفت أنهما لا يخالفان في جوازه وإنما يشترطان فيه شرطاً آخر كما لا يخفى .

قوله : « إذا طلّق الحائل ... الخ » .

اعلم أن طلاق الحائل ثانياً لا يخلو : إما أن يقع بعد المواقعة الواقعة بعد الرجعة ، أو قبلها . والأول يصحّ إجماعاً . والثاني : إما أن يقع في طهر آخر غير الطّهر الذي طلّقها فيه ، أو فيه . وفي صحّة الطلاق في كلّ منهما قولان أظهرهما بين الأصحاب الصحّة . والمستند فيهما عموم ما دلّ على وقوع الطلاق بالزوجة مطلقاً من الكتاب والسنّة الشامل لموضع النزاع ، لأنها بعد الرجعة تصير زوجة . ولوجود المقتضي للصحّة ، وهو وقوع الطلاق من أهله في محلّه ، فإن محلّه

---

(١) لاحظها في ص : ١٣٨ ، هامش (٢) .

(٢) لاحظها في الصفحة التالية ، هامش (١ و ٢) .

(٣) لاحظها في ص : ١٤٢ هامش (٦) وص : ١٣٨ هامش (٢) .

(٤) من هامش «و» بعنوان «ظاهراً» وهو الصحيح، لكي يكون خبراً لـ«أن» . والعبارة في «ش» هكذا: وبهذا يظهر ما قيل إن....

المرأة الطاهر من الحيض المطلّقة في طهر لم يقربها فيه بجماع ، والأصل عدم اعتبار أمر آخر ، وانتفاء المانع ، إذ ليس إلّا عدم المواقعة بعد الرجعة ، وكون ذلك مانعاً يحتاج إلى دليل .

ويدلّ على الأول بخصوصه خصوص صحيحة عبد الحميد بن عواض ومحمد بن مسلم قالا : « سألنا أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلّق امرأته وأشهد على الرجعة ولم يجامع ، ثم طلّق في طهر آخر على السنّة ، أتثبت التطليقة الثانية وقد راجعها ولم يجامعها ؟ قال : نعم ، إذا هو أشهد على الرجعة ولم يجامع كانت التطليقة ثابتة »[١] . وصحيحة أحمد بن أبي نصر قال : « سألت الرضا عليه السلام عن رجل طلّق امرأته بشاهدين ثم راجعها ولم يجامعها بعد الرجعة حتى طهرت من حيضها ، ثم طلّقها على طهر بشاهدين ، أتقع عليها التطليقة الثانية وقد راجعها ولم يجامعها ؟ قال : نعم »[٢] .

وخالف في ذلك ابن أبي عقيل فقال : « لو طلّقها من غير جماع بتدنيس مواقعة بعد المراجعة لم يجز ذلك ، لأنه طلّقها من غير أن ينقضي الطهر الأول ، ولا ينقضي الطهر الأول إلّا بتدنيس المواقعة بعد المراجعة ، وإذا جاز أن يطلّق التطليقة الثانية بلا طهر جاز أن يطلّق كلّ تطليقة بلا طهر ، ولو جاز ذلك لما وضع الله الطهر »[٣] .

وإنما ذكرنا عبارته لاشتمالها على الاستدلال على حكمه ، وبه يظهر

(١ و ٢) التهذيب ٨ : ٤٥ ح ١٣٩ و ١٤٠ ، الاستبصار ٣ : ٢٨١ ح ٩٩٧ و ٩٩٨ ، وفيهما : كانت التطليقة ثانية ، الوسائل ١٥ : ٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ١ و ٢ .

(٣) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٥٩٢ .

ضعف قوله مع شذوذه ، فإنّا لا نسلّم أن الطهر لا ينقضي بدون المواقعة ، للقطع بأن تخلّل الحيض بين الطهرين يوجب انقضاء الطهر السابق ، سواء واقع فيه أم لا . ثم لا نسلّم اشتراط انقضاء الطهر في صحّة الطلاق ، وإنما الشرط انقضاء الطهر الذي واقعها فيه ، وهو منتفٍ هنا ، لأن الطلاق الأول وقع بعده في طهر آخر ، لأنّه الفرض ، فلا يشترط أمر آخر .

واحتجّوا له أيضاً ـ وإن لم يذكره ـ برواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : « المراجعة في الجماع وإلّا فإنما هي واحدة »[١] . ويمكن الاحتجاج له أيضاً بصحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج قال : « قال أبو عبد الله عليه السلام في الرجل يطلّق امرأته له أن يراجع ، وقال : لا يطلّق التطليقة الأُخرى حتى يمسّها »[٢] .

ووجه الاستدلال بهما وإن لم يذكر اشتراط طهر آخر مع المواقعة أن ذلك أمر معلوم من قواعد الطلاق لا خلاف فيه أن الطهر الذي حصلت فيه المواقعة لا يصحّ فيه الطلاق ، فاشتراط المواقعة بعد الرجعة يقتضي اشتراط طهر آخر لمن أراد الطلاق ثانياً .

وأجيب بأن الأخبار قد تعارضت ظاهراً فلا بدّ من الجمع بينها . وقد جمع الشيخ في كتابي[٣] الحديث بينها بحمل النهي عن تكرار الطلاق بدون تخلّل

---

(١) الكافي ٦ : ٧٣ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٤٤ ح ١٣٥ ، الاستبصار ٣ : ٢٨٠ ح ٩٩٤ ، الوسائل ١٥ : ٣٧٦ ب « ١٧ » من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ١ .

(٢) الكافي ٦ : ٧٣ ح ٢ ، التهذيب ٨ : ٤٤ ح ١٣٤ ، الاستبصار ٣ : ٢٨٠ ح ٩٩٣ ، الوسائل ١٥ : ٣٧٦ ب « ١٧ » من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ٢ .

(٣) التهذيب ٨ : ٤٦ ذيل ح ١٤١ ، الاستبصار ٣ : ٢٨٢ ذيل ح ٩٩٩ .

الوطء على طلاق العدّة ، لأنه مشروط بالرجعة والوطء ، وحمل أخبار الجواز على طلاق السنّة بالمعنى الأعمّ .

والمصنّف ـ رحمه الله ـ نسب هذا الجمع إلى التحكّم . ووجهه : أن كلّاً من الأخبار ورد في الرجل يطلّق على الوجه المذكور ويجيب الامام عليه السلام بالجواز أو النهي من غير استفصال فيفيد العموم من الطرفين . ولأن شرط الطلاق العدّي الوطء بعده وبعد الرجعة منه في العدّة ، وهاهنا شرط في جواز الطلاق ثانياً سبق الوطء ، وسبقه ليس بشرط في طلاق العدّة إنما الشرط تأخّره ، فيلزم الشيخ أخذ غير الشرط مكانه . على أن رواية أبي بصير معارضة بصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن الرجعة بغير جماع تكون رجعة ؟ قال : نعم »[١].

وللشيخ أن يجيب بأن الباعث على الجمع التعارض ، فلا يضرّه عمومها من الطرفين على تقدير تسليمه ، لأن تخصيص العام لأجل الجمع جائز [و][٢] خير من اطّراح أحد الجانبين . والوطء الذي جعل معتبراً في الطلاق ثانياً يجعل الطلاق السابق عدّياً ، وليس الحكم مختصّاً بالطلاق الثاني بل بهما معاً ، بمعنى أن من أراد طلاق المرأة للعدّة أزيد من مرّة فليس له ذلك ولا[٣] يتحقّق إلّا بالمراجعة والوطء ثم الطلاق ليصير الأول طلاق عدّة ، وإذا أراد الطلاق كذلك ثالثاً لم يكن له ذلك إلّا بعد الرجعة والوطء ليصير الثاني عدّياً أيضاً ويصير الثالث بحكمها

---

(١) التهذيب ٨ : ٤٥ ح ١٣٨، الاستبصار ٣ : ٢٨١ ح ٩٩٦ ، الوسائل ١٥ : ٣٧٨ ب «١٨» من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ٢ .

(٢) من إحدى الحجريّتين فقط .

(٣) في «ح ، ش» : فلا .

لتحرم في الثالثة عليه قطعاً ، بخلاف ما لو طلّقها على غير هذا الوجه ، فإن فيه أخباراً[١] كثيرة تؤذن بعدم التحريم تقدّم[٢] بعضها وذكر الشيخ في التهذيب[٣] منها جملة متفرّقة في مواضع .

ويؤيّد هذا التأويل قوله في رواية محمد بن مسلم : « ثم طلّق في طهر آخر على السنّة »[٤] فإنه صريح في إرادة طلاق السنّة المقابل لطلاق العدّة في اصطلاحهم وإن كان أعمّ منه بحسب الواقع .

ويؤيّد إرادة العدّي الذي يوجب التحريم بغير إشكال رواية المعلّى بن خنيس عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « الذي يطلّق ثم يراجع ثم يطلّق فلا يكون بين الطلاق والطلاق جماع فتلك تحلّ له قبل أن تزوّج زوجاً غيره، والتي لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره هي التي تجامع فيما بين الطلاق والطلاق»[٥]. وهذا الخبر هو الذي جعله الشيخ موجباً للجمع بينها بما ذكره .

ويؤيّده أيضاً رواية أبي بصير في الحسن قال : « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الطلاق الذي لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره ، فقال : أخبرك بما صنعت أنا بامرأة كانت عندي فأردت أن أطلّقها فتركتها حتى طمثت وطهرت طلّقتها من غير جماع وأشهدت على ذلك شاهدين ، ثم تركتها حتى إذا كادت أن

---

(١) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق .

(٢) في ص : ١٢٨ ، هامش (٢) .

(٣) التهذيب ٨ : ٦٥ ، ٦٦ .

(٤) التهذيب ٨ : ٤٥ ح ١٣٩، الاستبصار ٣ : ٢٨١ ح ٩٩٧ ، الوسائل ١٥ : ٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ١ .

(٥) التهذيب ٨ : ٤٦ ح ١٤٢، الاستبصار ٣ : ٢٨٤ ح ١٠٠٣ ، الوسائل ١٥ : ٣٧٩ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ٣ .

تنقضي عدّتها راجعتها ودخلت بها وتركتها حتى طمثت وطهرت ثم طلّقتها على طهر من غير جماع بشاهدين ، ثم تركتها حتى إذا كان قبل أن تنقضي عدّتها راجعتها ودخلت بها حتى إذا طمثت وطهرت طلّقتها على طهر بغير جماع بشهود. وإنما فعلت ذلك لأنه لم يكن لي بها حاجة »[١]. وهذا صريح في أن من أراد طلاقها للعدّة يفعل كذلك فلا[٢] ينافي أن من لم يرد هذا النوع من الطلاق لا يجوز له، فتبقى الأخبار[٣] التي دلّت على جوازه لا معارض لها .

لكن يبقى في هذا الجواب أن في أخباره[٤] دلالة على أن غير طلاق العدّة لا يحرّم في الثالثة ، والشيخ وغيره من الأصحاب لا يقولون به ، وقد أنكره هو فيما سلف[٥] أشدّ إنكار ، وهنا ذكر هذه الأخبار لأجل الجمع ، ولم يتعرّض لما يلزم منها ، بل اقتصر على أنها مختصّة بطلاق العدّة . وهو جيّد لولا ما اشتملت عليه من الحكم الذي لا يطابق المذهب .

ولو جمع بينها بحمل أخبار النهي عن الطلاق ثانياً من غير جماع على الكراهة ، بمعنى استحباب توسّط الجماع بين الطلاقين ، والأخبار المجوّزة على أصل الإباحة مع إبقاء الطرفين على العموم ، كان أولى . ووجه أولويّة الجماع البعد عن مذهب المخالفين المجوّزين لتعدّد الطلاق كيف اتّفق ليصير

---

(١) الكافي ٦ : ٧٥ ح ١ ، التهذيب ٨ : ٤١ ح ١٢٥، الوسائل ١٥ : ٣٥٨ ب « ٤» من أبواب أقسام الطلاق ح ٣.

(٢) في «ش ،ط ، و» : ولا .

(٣) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق .

(٤) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٧٩ الباب المتقدّم ح ٣.

(٥) في ص : ١٢٩ .

الأمران على طرف[١] النقيض ، حيث إن ذلك معدود عند أصحابنا من طلاق البدعة كما سلف [٢]. ثم لو لم يظهر الوجه في الجمع لكان متعيّناً حذراً من اطّراح أحدهما[٣] رأساً ، أو الجمع بما لا يقتضيه أُصول المذهب كما جمع به الشيخ . والحمل على الجواز والاستحباب[٤] سالم عن ذلك وموجب لإعمال الجميع ، نظير ما ذكره المصنّف وغيره من أولويّة تفريق الطلقات على الأطهار .

فهذا ما يتعلّق بالقسم الأول من شقّي المسألة ، وهو إيقاع الطلاق في طهر آخر غير الذي طلّقها فيه أولاً .

وأمّا [القسم][٥] الثاني ـ وهو إيقاع الطلاق الثاني بعد المراجعة في الطهر الذي طلّقها فيه أولاً ـ فقد ذكر المصنّف وغيره أن فيه روايتين أيضاً :

إحداهما : رواية إسحاق بن عمّار عن أبي الحسن عليه السلام قال : « قلت له: رجل طلّق امرأته ثم راجعها بشهود ثم طلّقها ثم بدا له فراجعها ثم طلّقها بشهود تبين منه ؟ قال : نعم . قلت : كلّ ذلك في طهر واحد ، قال : تبين منه »[٦]. وهذه صريحة في الجواز .

والأُخرى رواية عبد الرحمن بن الحجّاج عن أبي عبد الله عليه السلام ـ

---

(١) في الحجريّتين : طرفي .

(٢) في ص : ١١٩ .

(٣) في «ح» : أحدها .

(٤) في « ش ، و» : أو الاستحباب .

(٥) من الحجريّتين .

(٦) التهذيب ٨ : ٩٢ ح ٣١٧ ، الاستبصار ٣ : ٢٨٢ ح ١٠٠٠ ، الوسائل ١٥ : ٣٧٩ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ٥ .

وهي التي سبقت[١] ـ وأنه لا يطلّقها ثانياً حتى يمسّها . ودلالتها على اعتبار طهر آخر بالالتزام كما ذكرناه ، حيث إن مسّها يوجب توقّف الطلاق على طهرآخر . وجعلها في مقابلة تلك الروايات الدالّة على عدم اعتبار المسّ أولى ، مع أن العلّامة في المختلف[٢] وولده في الشرح[٣] وغيرهما لم يذكروها هناك ، مع أنها أقوى دلالة على ذلك المطلوب ، وذكروها إحدى الروايتين هنا ، وفي الحقيقة هي تصلح للدلالة من الطرفين كما ذكرناه .

وفي قول المصنّف بعد نقل الروايتين في المسألة : « لكن الأولى هنا تفريق الطلقات على الأطهار » وقوله في المسألة السابقة إن وقوع الطلاق « هو الأصحّ » إشارة إلى الفرق بين الروايتين هنا وفي السابقة . وهو كذلك ، لأن الدالّ على صحّته في السابقة صحيحتان[٤] ، وعلى العدم رواية[٥] أبي بصير ، وهي ضعيفة سنداً ودلالة . أما الأول فلأن في طريقها عبد الكريم ، وهو مشترك بين الضعيف والثقة ، وكذلك أبو بصير كما حقّقناه سابقاً[٦] وإن كان المشهور خلافه . وأما الثاني فلأن دلالتها ظاهرة في أن المراجعة تتوقّف على الجماع لا الطلاق ، واشتراط المراجعة بالجماع منفيّ بالإجماع ، مع أنها معارضة بصحيحة عبد الحميد الطائي عن أبي جعفر عليه السلام قال : « سألته عن الرجعة بغير جماع تكون رجعة ؟

---

(١) في ص : ١٣٨ .

(٢) راجع المختلف : ٥٩٢ .

(٣) إيضاح الفوائد ٣ : ٣١٩ ، ٣٢٠ .

(٤) وهما صحيحتا محمد بن مسلم وأحمد بن أبي نصر ، لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ١ ، ٢ .

(٥) مرّ ذكر مصادرها في ص : ١٣٨ ، هامش (١) .

(٦) راجع ج ٨ : ٥٠ .

قال : نعم »[١] . ومثلها صحيحة[٢] محمد بن مسلم عنه عليه السلام . وأما خبر عبد الرحمن بن الحجّاج فهو وإن كان صحيحاً إلّا أنهم لم يتعرّضوا له في تلك المسألة وإنما ذكرناه نحن ، ومع ذلك فلا يعارض الصحيحتين . ويمكن الجمع بينهما بما ذكرناه ، وبأن هذا الخبر إنما دلّ على النهي عن الطلاق قبل المسيس ، والنهي بمجرّده لا يفيد البطلان في غير العبادات ، فلا تعارض ، فلذلك كان القول بجواز الطلاق من دون الوطء أصحّ.

وأما الثانية فالأمر فيها بالعكس ، فإن الخبر[٣] الدالّ على الجواز ليس من الصحيح لكنّه من الموثّق ، والصحيح[٤] أرجح منه ، فكان العمل بمقتضاه أولى، ولكنّه ليس بمتعيّن ، لأنه لا يدلّ على البطلان كما ذكرناه . ويمكن حمله على الكراهة، لمعارضة ما تقدّم له في المسألة الأُولى . وإذا حمل لأجلها على شيءٍ سقطت دلالته على الثانية ، وتبقى موثّقة[٥] إسحاق بن عمّار لا معارض لها. ويؤيّدها عموم ما دلّ على جواز تطليق الزوجة من الكتاب والسنّة ، فإن المراجَعة في مجلس الطلاق زوجة قطعاً ، ومع ذلك فلا قائل بالمنع من الطلاق في المسألتين سوى ابن أبي عقيل في الأُولى صريحاً وفي الثانية لزوماً، وهو غير قادح في الاجماع على الجانب الآخر على قواعد الأصحاب كما علم غير مرّة .

---

(١) التهذيب ٨ : ٤٤ ح ١٣٧، الاستبصار ٣ : ٢٨٠ ح ٩٩٥، الوسائل ١٥ : ٣٧٨ ب «١٨» من أبواب أقسام الطلاق ح ١.

(٢) التهذيب ٨ : ٤٥ ح ١٣٨، الاستبصار ٣ : ٢٨١ ح ٩٩٦، الوسائل ١٥ : ٣٧٨ ب «١٨» من أبواب أقسام الطلاق ح ٢.

(٣ و ٥) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٧٩ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ٥.

(٤) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٧٦ ب «١٧» من أبواب أقسام الطلاق ح ٢.

وأما موافقة الشيخ له في المنع من طلاق العدّة فغير قادح في المخالفة، لأن الطلاق المتعدّد الذي يجوّزه[١] في المجلس الواحد بتخلّل الرجعة لا يقول أحد إنه طلاق عدّة.

ثم تنبّه لأُمور:

الأول: إن ما ذكره المصنّف من قوله بعد نقل الروايتين:« والأولى .... إلخ » أجود من قول العلّامة في القواعد إنه يجوز تعدّد الطلاق في الطهر الأول« على أقوى الروايتين »[٢] لما عرفت من أن رواية الجواز ليست أقوى من رواية المنع، لأنها صحيحة وتلك موثّقة تعدّ من قسم الضعيف. وزاده ولده في الشرح إشكالاً بقوله: « وإنما كانت الأُولى أقوى من حيث السند، ومن حيث اعتضادها بعموم القرآن والأخبار الصحاح »[٣] فإن السند فيها أضعف قطعاً لا أقوى. وأما الدلالة فقد ذكرنا ما فيها.

الثاني: الأولويّة المذكورة من حيث دلالة الأخبار[٤] الصحيحة على جواز الطلاق بعد الطهر من غير جماع كما ذكرناه، بخلاف تعدّد الطلاق في الطهر الواحد، ومع ذلك ففيها دلالة على جواز الطلاق ثانياً في الطهر الأول، لأن «الأولى» لا تمنع من نقيضه. وقال فخر الدين أيضاً: إن وجه الأولويّة « ارتفاع الخلاف فيه »[٥]. ولا يخفى ما فيه، لأن الخلاف لا يرتفع بذلك، لما عرفت من أن ابن أبي عقيل لا يجوّز الطلاق إلّا بعد المواقعة، وليس الخلاف هنا إلّا معه،

---

(١) في «م»: نجوّزه.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٦٥.

(٣ و ٥) إيضاح الفوائد ٣: ٣٢٠.

(٤) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ١، ٢.

وأما الشيخ فلا يمنع من أصل الطلاق المتعدّد ، سواء تفرّقت على الأطهار أم لا ، وإنما يمنع من نوع خاصّ منها كما عرفت ، فليس الخلاف في المسألتين على وجه يتحقّق ثمرته إلّا مع ابن أبي عقيل ، ولا خروج من خلافه إلّا بالجماع بعد الرجعة ثم الطلاق في طهر آخر . وبهذا يظهر أن الأولويّة المحضة إنما هي تفريق الطلقات على الأطهار مع مراعاة الجماع بعد الرجعة كما حكاه الباقر عليه السلام عن فعله[١] .

الثالث : حيث يجوز الطلاق ثانياً في العدّة من غير وقاع تكون الطلقة رجعيّة أيضاً كالأُولى وإن كان واقعاً بعد الرجعة السابقة من غير مسيس ، لأن الرجعة ترفع أثر الطلاق السابق وتصير الزوجة مدخولاً بها كما كانت قبل الطلاق ، كما دلّت عليه الأخبار[٢] السابقة حيث جوّز طلاقها ثانياً وثالثاً مع تفريق الطلقات على الأطهار . والأخبار[٣] التي دلّت على اعتبار الوقاع ليست منافية لذلك ، لأنها جعلت الوقاع معتبراً في الطلاق الثاني لا في جواز الرجعة بعده وعدمها ، وإن كان جواز الرجعة مترتّباً على صحّة الطلاق إلّا أن ذلك أمر آخر غير الحكم بكون الطلاق بائناً أو رجعيّاً .

وإنما يرتفع حكم الدخول السابق بانقضاء العدّة في الرجعي أو بالطلاق البائن مطلقاً ، فإذا جدّد العقد عليها بعد ذلك اعتبر الدخول بعده في جعل الطلاق المتعقّب له رجعيّاً ، حتى لو فرض كون الطلاق بعوض وكانت بائنة قبل أن ترجع في البذل لم يزل حكم الزوجيّة ـ الذي منه كونه مدخولاً بها ـ إلى أن تنقضي

---

(١) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٥٨ ب «٤» من أبواب أقسام الطلاق ح ٣ .

(٢) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٧٨ ب «١٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ١ ، ٢ .

(٣) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٧٦ ب «١٧» من أبواب أقسام الطلاق .

أما لو وطىء لم يجز الطلاق إلّا في طهر ثانٍ إذا كانت المطلّقة ممّن يشترط فيها الاستبراء .

الرابعة : لو شكّ المطلّق في إيقاع الطلاق لم يلزمه الطلاق لرفع الشكّ ، وكان النكاح باقياً .

العدّة، فلو رجعت في البذل فرجع في الطلاق عاد حكمها السابق وصارت مدخولاً بها . وهذا ممّا لا خلاف فيه ولكنّه محلّ توهّم .

قوله : « أما لو وطىء ... الخ » .

قد سبق[1] أن التي لا يشترط فيها الاستبراء الصغيرة التي لا تبلغ المحيض واليائسة والحامل . وهذا الحكم منفيّ في اليائسة ، إذ لا عدّة لها ، فبقي الوصف مخرجاً للحامل والصغيرة . ويمكن فرضه في اليائسة ، بأن يتجدّد اليأس بعد الرجوع والوطء فيسقط اعتبار الطهر الثاني فيها أيضاً ، لعدم إمكانه .

قوله : « لو شكّ المطلّق ... الخ » .

إذا شكّ الرجل في طلاق امرأته لم يحكم بوقوع الطلاق ، لأن الأصل عدمه وبقاء النكاح ، كما أنه يستصحب أصل التحريم عند الشكّ في النكاح ، وأصل الطهارة عند الشكّ في الحدث ، وبالعكس .

ولو شكّ في عدده بعد علمه بأصله أخذ بالأقلّ واستصحب حكم الأصل في الزيادة كما يستصحب عند الشكّ في أصل الطلاق ، خلافاً لمالك[2] حيث ذهب هنا إلى الأخذ بالأكثر ، كما إذا تحقّق النجاسة في ثوبه ولم يعرف قدرها ، فإنه يأخذ بالأكثر ويغسل جميع ما يقع فيه الاشتباه ولو في جميع الثوب . وردّ

---

(١) في ص : ٤٧ .

(٢) المدوّنة الكبرى ٣ : ١٣ ، حلية العلماء ٧ : ١١١ ، ١١٢ ، الحاوي الكبير ١٠ : ٢٧٤ .

بالفرق بين الأمرين، فإنه ليس للنجاسة قدر معلوم حتى يستصحب أصل العدم فيما عداه ، وقد تيقّن النجاسة فيجب استصحابها إلى أن يتيقّن الطهارة، بخلاف ما هنا ، فإنّ قدر الطلاق من واحدة أو اثنتين معلوم فيستصحب أصل العدم فيما عداه. ووزان النجاسة في مسألتنا أن يتحقّقها في طرف من الثوب ويشكّ في إصابتها طرفاً آخر ، وحينئذٍ فلا يجب غسل الموضع المشكوك فيه .

ولو دار الشكّ بين طلاق امرأتين من نسائه وجب اجتنابهما إلى أن يتذكّر، لتحريم إحداهما قطعاً واشتباهها بمحصور ، حتى لو اشتبهت في الأربع وجب اجتنابهنّ ، وتكون مسألة الطلاق هنا كما قاله مالك في الأول على وزان النجاسة. وليس كذلك ما لو دار الاشتباه بين زوجتي رجلين ، بأن أرادا طلاقهما ولم يوقعا إلّا واحداً ثم اشتبهت المطلّقة وبدا لهما في طلاق الأُخرى، فإنّا لا نحكم بطلاق واحدة منهما ، بخلاف مالو اتّحد الشخص وتعدّدت المنكوحة . والفرق أن الشخص الواحد يمكن حمله على مقتضى الالتباس وربط بعض أمره ببعض ، والرجلان يمتنع الجمع بينهما في توجيه الخطاب . ومعلوم أن أحدهما لو انفرد بما قال لم يحكم بوقوع طلاقه، فيستحيل أن يتغيّر حكمه بمقالة تصدر من غيره . وهذا كما إذا سمعنا صوت حدث بين اثنين ثم قام كلّ واحد منهما إلى الصلاة لم يكن للآخر أن يعترض عليه ، ولو أن الواحد صلّى صلاتين وتيقّن الحدث في إحداهما ثم التبست عليه يؤمر بقضاء الصلاتين إن اختلفتا عدداً ، وإلّا فالعدد المطلق بينهما ، فعلم أنه إذا كان الشخص واحداً لم يمتنع توجيه الخطاب عليه بمؤاخذة تتعلّق بواقعتين .

واعلم أنه على تقدير عدم الحكم بالطلاق مع الشكّ في العين أو العدد لا

الخامسة : إذا طلّق غائباً ، ثم حضر ودخل بالزوجة،ثم ادّعى الطلاق، لم تقبل دعواه ولا بيّنته ، تنزيلاً لتصرّف المسلم على المشروع ، فكأنّه مكذّب لبيّنته . ولو كان أولد لحق به الولد .

يخفى طريق الورع والأخذ بالاحتياط في ذلك ، فينبغي[1] مع وقوع الشكّ في أصل الطلاق وهو رجعي والعدّة باقية أن يراجعها ليكون على يقين من الحلّ، وإن طاب نفساً بالإعراض عنها طلّقها ليحصل الحلّ لغيره يقيناً . ولو كان الشك في العدد بين اثنين وثلاث ينبغي أن لا ينكحها حتى تنكح زوجاً غيره . وإن كان الشك في أنه أوقع الثلاث أو لم يوقع شيئاً طلّقها ثلاثاً لتحلّ لغيره يقيناً ، أو أوقع واحدة ثم لا يرجع فيها ، إلى غير ذلك من صور الشك .

قوله : « إذا طلّق غائباً ... الخ » .

الأصل في هذه المسألة رواية سليمان بن خالد قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلّق امرأته وهو غائب وأشهد على طلاقها ثم قدم وأقام مع المرأة أشهراً لم يعلمها بطلاقها ، ثم إن المرأة ادّعت الحبل ، فقال الرجل: قد طلّقتك وأشهدت على طلاقك ، قال : يلزم الولد ولا يقبل قوله »[2].

ويؤيّدها ما ذكره المصنّف من أنه بفعله مكذّب لبيّنته فلا تسمع . وبأن تصرّف المسلم يبنى على الصحّة ، فإذا ادّعى بعد ذلك ما يخالفه لا يزول ما قد ثبت سابقاً .

ويشكل الأخير بأن تصرّفه إنما يحمل على المشروع حيث لا يعترف بما

---

(١) في الحجريّتين : فيتعيّن .

(٢) الكافي ٦ : ٨٠ ح ٥ ، التهذيب ٨ : ٦١ ح ١٩٧، الوسائل ١٥ : ٣٧٤ ب « ١٥» من أبواب أقسام الطلاق ح ٤ .

السادسة : إذا طلّق الغائب وأراد العقد على رابعة أو على أُخت الزوجة صبر تسعة أشهر ، لاحتمال كونها حاملاً . وربما قيل : سنة احتياطاً، نظراً إلى حمل المسترابة . ولو كان يعلم خلوّها من الحمل كفاه ثلاثة أقراء أو ثلاثة أشهر .

ينافيه ، ولهذا لو وجدناه يجامع امرأة واشتبه حالها لا يحكم عليه بالزنا، فإذا أقرّ أنه زانٍ يحكم عليه بمقتضاه .

وأما تكذيب فعله بيّنته فإنما يتمّ مع كونه هو الذي أقامها ، فلو قامت الشهادة حسبة وورّخت بما ينافي فعله قبلت وحكم بالبينونة . ويبقى في إلحاق الولد بهما أو بأحدهما ما قد علم من اعتبار العلم بالحال وعدمه . وهذا كلّه إذا كان الطلاق بائناً أو رجعيّاً وانقضت العدّة ، وإلّا قبل [قوله][1] وحسبت من الثلاث، فيكون الوطء رجعة .

قوله : « إذا طلّق الغائب ... الخ » .

وجوب التربّص تسعة أشهر ذكره الشيخ في النهاية[2] . والمستند حسنة حمّاد بن عثمان قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في رجل له أربع نسوة طلّق واحدة منهنّ وهو غائب عنهنّ متى يجوز له أن يتزوّج ؟ قال : بعد تسعة أشهر، وفيها أجلان فساد الحيض وفساد الحمل »[3] .

وعلى مدلول الرواية اقتصر ابن إدريس[4] فلم يعدِّ الحكم إلى التزويج

---

(١) من إحدى الحجريّتين .

(٢) النهاية : ٥١٨ .

(٣) الكافي ٦ : ٨٠ ح ٦ ، التهذيب ٨ : ٦٣ ح ٢٠٦ ، الوسائل ١٥ : ٤٧٩ ب «٤٧» من أبواب العدد ح ١ .

(٤) السرائر ٢ : ٦٩٢ .

بأُخت المطلّقة ، محتجّاً بأن ذلك قياس لا يجوز عندنا. وكذا التعليل المستنبط. وأوجب في تزويجه بالأخت أن يصبر إلى أن تنقضي عدّتها بحسب ما يعلمه من عادتها . وأراد بالعلم هنا ما سبق نظيره في العلم بانتقالها من طهر إلى آخر بحسب عادتها ، وهو الظنّ الغالب .

وردّ عليه في المختلف[1] بأنه لا فرق بين الأمرين ، وكما تحرم الخامسة كذا تحرم الأُخت في العدّة ، وكما أوجبنا الصبر تسعة أشهر في الخامسة استظهاراً كذا يجب في الأُخت . وبأن العلم بانقضاء العدّة يوجب جواز تزويج الخامسة كما يجوز تزويج الأُخت ، وإنما يجب الصبر مع الاشتباه .

ولابن إدريس أن يقول : إنه لم يلتزم بحكم الخامسة إلّا من حيث الاجماع الذي يفهمه في المسألة ونظائرها ، فلا يمكنه المخالفة ، ويرجع في غير المجمع عليه إلى حكم الدليل ، ولمّا لم يذكر الشيخ الأُخت تبعاً للرواية اقتصر ابن إدريس على موافقته في موضع الوفاق خاصّة ، فلا يضرّه ما ذكر من اشتراكهما في الموجب ، فإنه يمنع الاشتراك ، لأن ماذكروه من حكم الخامسة أمر مبنيّ على الاستظهار لا على الدليل القطعي ، فلا يلزم مثله فيما ناسبها .

وأما إيراده عليه بأنه مع العلم بانقضاء العدّة لا فرق بين الأمرين فليس بشيء ، لأن هذا الذي اعتبره إنما هو العلم بالمعنى الأعمّ ، وهو لا يدفع الاشتباه والحكم بالاستظهار في موضع النصّ .

ويؤيّد ما ذكره ابن إدريس من جواز الرجوع إلى ما يعلم من العادة

(١) المختلف : ٥٨٩ .

صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : « إذا طلّق الرجل امرأته وهو غائب فليشهد عند ذلك ، فإذا مضى ثلاثة أشهر فقد انقضت عدّتها »[١] . وهذه شاملة للأخت وغيرها. واعتبار الثلاثة أشهر مبنيّ على الغالب من أن كلّ شهر يحصل فيه حيضة للمرأة فتنقضي العدّة بثلاثة أشهر غالباً ، وهو كالظنّ الغالب بعادتها. ولو فرض اشتباه عادتها كانت الثلاثة الأشهر عدّة لمن في معناها وهي المسترابة . فالجمع بين هذه الرواية والسابقة يحصل بالاقتصار بالسابقة على ما دلّت عليه خاصّة والعمل في غيره بما دلّت عليه الثانية ، مع أن هذه أصحّ سنداً من الأُولى . وأما القول بالتربّص سنة فهو خارج عن الأمرين ، وقياس على عدّة المسترابة . وسيأتي[٢] ما فيها .

وبهذا القول عمل العلّامة في القواعد[٣] مقتصراً عليه ، وبالتسعة عمل في المختلف[٤] والتحرير[٥] مقتصراً عليها . والأقوى الاكتفاء بالتسعة وعدم الفرق بين تزويج الخامسة والأُخت . وموضع الاشتباه ما إذا كان الطلاق رجعيّاً ، فلو كان بائناً جاز تزويجها مطلقاً كما تقدّم[٦] في النكاح .

---

(١) التهذيب ٨ : ٦١ ح ١٩٩، الوسائل ١٥ : ٤٤٨ ب «٢٨» من أبواب العدد ح ١١ .

(٢) في ص : ٢٤٠ ـ ٢٤٦ .

(٣) قواعد الأحكام ٢ : ٦٥ .

(٤) المختلف : ٥٨٩ .

(٥) تحرير الأحكام ٢ : ٥٥ .

(٦) في ج ٧ : ٣٥٠ .

النظر الثالث : في اللواحق

وفيه مقاصد :

الأول : في طلاق المريض .

يكره للمريض أن يطلّق ، ولو طلّق صحّ . وهو يرث زوجته ما دامت في العدّة الرجعيّة ، ولا يرثها في البائن ولا بعد العدّة . وترثه هي ـ سواء كان طلاقها بائناً أو رجعيّاً ـ ما بين الطلاق وبين سنة ما لم تتزوّج أو يبرأ من مرضه الذي طلّقها فيه .

فلو برىء ثم مرض ثم مات لم ترثه إلّا في العدّة الرجعيّة .

قوله : « يكره للمريض ... الخ » .

طلاق المريض كطلاق الصحيح في الوقوع ولكن يزيد عنه بكراهته مطلقاً، واختصاص كراهة طلاق الصحيح بموارد مخصوصة كما سبق[١] . ووجه الكراهة النهي عنه في كثير من الأخبار ، بل إطلاق عدم جوازه ، روى زرارة في الحسن عن أحدهما عليهما السلام قال : « ليس للمريض أن يطلّق ،وله أن يتزوّج »[٢]. وروى عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « سألته عن المريض أله أن يطلّق امرأته في تلك الحال ؟ قال : لا »[٣] . ومثله روى عبيد بن زرارة[٤] عنه

---

(١) في ص : ١١٩ .

(٢) الكافي ٦ : ١٢٣ ح ١٢ ، التهذيب ٨ : ٧٧ ح ٢٦١، الوسائل ١٥ : ٣٨٣ ب « ٢١» من أبواب أقسام الطلاق ح ١ .

(٣) الكافي ٦ : ١٢١ ح ١ ،الفقيه ٣ : ٣٥٣ ح ١٦٨٩ ، التهذيب ٨ : ٧٧ ح ٢٥٩، الاستبصار ٣ : ٣٠٣ ح ١٠٧٨ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢ .

(٤) كذا في «م» وفي سائر النسخ الخطّية والحجريّتين: عبدالله بن زرارة، ولم نظفر له على رواية في الباب، انظر الكافي ٦ : ١٢٢ ح ٤ ، التهذيب ٨ : ٧٦ ح ٢٥٨، الاستبصار ٣ : ٣٠٣ ح ١٠٧٧ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣ .

عليه السلام. ووجه حملها على الكراهة الجمع بينها وبين ما دلّ على جوازه في أخبار[١] كثيرة يأتي[٢] بعضها.

ثم إن كان الطلاق رجعيّاً توارثا ما دامت في العدّة إجماعاً، لأن المطلّقة رجعيّاً بمنزلة الزوجة. وإن كان بائناً لم يرثها الزوج مطلقاً كالصحيح، وترثه هي في العدّة وبعدها ـ وكذا الرجعيّة بعدها ـ إلى سنة من حين الطلاق ما لم تتزوّج بغيره أو يبرأ من مرضه الذي طلّق فيه. هذا هو المشهور بين الأصحاب خصوصاً المتأخّرين منهم.

وذهب جماعة ـ منهم الشيخ في النهاية[٣] ـ إلى ثبوت التوارث بينهما في العدّة مطلقاً، واختصاص الارث بعدها بالمرأة منه دون العكس إلى المدّة المذكورة.

وحجّة المشهور أن الطلاق البائن موجب لانقطاع العصمة منافٍ للميراث وقد حصل، خرج من ذلك إرثها منه بالنصّ والاجماع فيبقى الباقي. ولأن المقتضي لإرثها تهمته بمنعها من الإرث كما سيأتي[٤]، وهو منتفٍ من جانبه. ومن الأخبار موثّقة زرارة قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل يطلّق امرأته، قال: ترثه ويرثها مادامت له عليها رجعة»[٥]. وقيد الرجعة لا يصلح في ميراثها

---

(١) راجع الوسائل ١٥: ٣٨٤ ب «٢٢» من أبواب أقسام الطلاق.

(٢) في الصفحة التالية، هامش (١).

(٣) النهاية: ٥٠٩.

(٤) في ص: ١٥٧.

(٥) الكافي ٧: ١٣٤ ح ٢، التهذيب ٨: ٨١ ح ٢٧٧، الاستبصار ٣: ٣٠٨ ح ١٠٩٥، الوسائل ١٧: ٥٣٠ ب «١٣» من أبواب ميراث الأزواج ح ٤، وفيه: يرثها وترثه.

ولو قال : طلّقت في الصحّة ثلاثاً ، قُبِل منه ولم ترثه . والوجه أنه لا يقبل بالنسبة إليها .

إجماعاً ، لثبوته مطلقاً ، فيبقى في ميراثه ، وللقرب ، وإذا انتفى القيد انتفى الحكم تحقيقاً لفائدته . وحسنة الحلبي أنه سئل عن رجل يحضره الموت فيطلّق امرأته ، هل يجوز طلاقه؟ قال : «نعم ، وإن مات ورثته ، وإن ماتت لم يرثها »[١]. وليس ذلك في الرجعي ، لاتّفاقهما في الحكم ، فهو في البائن .

وحجّة الشيخ وأتباعه روايات[٢] تدلّ بظاهرها على ثبوت التوارث بينهما من غير تفصيل . والأخبار من الجانبين غير نقيّة ، والأولى الرجوع إلى حكم الأصل والوقوف على موضع الوفاق ، وهو دالّ على الأول .

قوله : « ولو قال : طلّقت ... الخ » .

وجه القبول : أن إقرار المريض بمالَه أن يفعله مقبول ـ كما مرّ في بابه[٣] ـ وإن كان على الوارث ، وينزّل ما أقرّ مريضاً بفعله حال الصحّة منزلة ما لو فعله حال الصحّة . ولأن الحكم معلّق على إنشائه الطلاق مريضاً بالنصّ[٤] ، والإقرار ليس بإنشاء . وحينئذٍ فلا ترثه ، لانتفاء المقتضي للارث مع البينونة وهو طلاقها مريضاً .

---

(١) الكافي ٦ : ١٢٣ 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) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٨٧ ب «٢٢» من أبواب أقسام الطلاق ح ١٢ و ١٣ ، وص ٤٦٤ ب «٣٦» من أبواب العدد ح ٢ و ٧ .

(٣) لم نجد التصريح بذلك في بابه ، راجع ج ٦ : ٣٠٤ وبعدها وكذا النظر الثاني من كتاب الإقرار .

(٤) لاحظ الهامش (١) هنا .

ولو قذفها وهو مريض فلاعنها وبانت باللعان لم ترثه ، لاختصاص الحكم بالطلاق .

ووجه ما اختاره المصنّف من عدم القبول بالنسبة إليها : أن المانع من ترتّب حكم البينونة مع طلاقه مريضاً هو التهمة بفراره به من إرثها ، وهو موجود مع الإقرار . وحينئذٍ فيلغو قيد الصحّة ويحكم عليه بالطلاق البائن وترثه إلى المدّة المذكورة ولا يرثها . ولا يخلو من إشكال ، للفرق بين الإقرار والإنشاء.

قوله : « ولو قذفها وهو مريض ... الخ » .

لمّا كان هذا الحكم ثابتاً مع الطلاق البائن على خلاف الأصل اقتصر فيه على مورده ، فلا يتعدّى إلى غيره من الأسباب التي تحصل بها البينونة في حال المرض ، كاللعان المسبَّب عن القذف في حال المرض ، لأنه قياس محض لا نقول به . وللعامّة[1] القائلين بالقياس مع اتّحاد العلّة هنا وجهان . ولو استند اللعان حال المرض إلى القذف حال الصحّة فلا خلاف في عدم الارث ، لانتفاء التهمة التي هي علّة الإلحاق بالطلاق . ومثله ما لو كان الفسخ لعيب في المرض ، وأولى بعدم الارث هنا ، لرجحان كون الفسخ بسبب العيب لا بالتهمة ، بخلاف القذف والطلاق . وتردّد فيه العلّامة في القواعد[2] ، ولا وجه له على أصله.

---

(١) الحاوي الكبير ١٠ : ٢٧٠ .

(٢) قواعد الأحكام ٢ : ٦٥ .

وهل التوريث لمكان التهمة ؟ قيل : نعم . والوجه تعلّق الحكم بالطلاق في المرض لا باعتبار التهمة .

وفي ثبوت الإرث مع سؤالها الطلاق تردّد أشبهه أنه لا إرث . وكذا لو خالعته أو بارأته .

قوله : « وهل التوريث ... الخ » .

اختلف الأصحاب في أن ثبوت الإرث للمطلّقة في المرض هل هو مترتّب على مجرّد الطلاق فيه ، أو معلّل بتهمته في إرادة حرمانها من الإرث فعوقب بنقيض قصده ، كما لو قتل مورِّثه استعجالاً للإرث ، فإنه يحرم الميراث ؟ فذهب الشيخ في كتابي[١] الفروع والأكثر إلى الأول ، لإطلاق النصوص[٢] بكون الطلاق في تلك الحالة مقتضياً لذلك ، ولأن العلّة مستنبطة لا منصوصة فلا تعتبر . وذهب في الاستبصار[٣] إلى الثاني ، لرواية زرعة عن سماعة قال : « سألته عن رجل طلّق امرأته وهو مريض ، قال : ترثه ما دامت في عدّتها ، وإن طلّقها في حال إضرار فهي ترثه إلى سنة ، فإن زاد على السنة يوم واحد لم ترثه »[٤] . وروى محمد بن القاسم الهاشمي قال : « سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لا ترث المختلعة والمبارئة والمستأمرة في طلاقها من الزوج شيئاً إذا كان منهنّ في مرض الزوج وإن مات ، لأن العصمة قد انقطعت منهنّ ومنه »[٥] . وهذه ظاهرة في اعتبار

---

(١) المبسوط ٥ : ٦٩ ، الخلاف ٤ : ٤٨٦ مسألة (٥٥) .

(٢) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٨٤ ب « ٢٢ » من أبواب أقسام الطلاق .

(٣) الاستبصار ٣ : ٣٠٦ ذيل ح ١٠٨٩ .

(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) التهذيب ٨ : ١٠٠ ح ٣٣٥ ، الوسائل ١٧ : ٥٣٥ ب « ١٥ » من أبواب ميراث الأزواج .

التهمة ، لأن المذكورات لا يتّهم المطلّق فيهنّ من حيث إن الطلاق مستند إلى مطالبتهنّ وبذل المال . والعلّة على هذا منصوصة ، وفيه مع ذلك الجمع بين الأخبار . ورجّحه العلّامة في المختلف[١] والارشاد[٢] . وفيه نظر ، لضعف طريق الخبرين وقطع الأول ، فلا يصلحان لإثبات الحكم .

إذا تقرّر ذلك فيتفرّع على القولين ما لو سألته الطلاق ، لانتفاء التهمة بسؤالها ، وما لو خالعها إن قلنا إن الخلع طلاق إذا[٣] تبع بالطلاق ، لاستناد السبب إليها ببذل المال فانتفت التهمة . ولو لم نجعله طلاقاً فأولى بعدم ثبوت الميراث ، لأن الحكم في النصّ معلّق على الطلاق إما مع التهمة أو بدونها ، وهما منتفيان مع الخلع . ولو سألته الطلاق فلم يجبها في الحال ثم طلّقها بعد ذلك تحقّقت التهمة . وكذا لو سألت طلاقاً رجعيّاً فطلّق بائناً ، أو علّقت السؤال بصفة فطلّق بدونها .

وكما لا يلحق بالطلاق غيره من أنواع الفسخ لا يلحق بالمرض ما أشبهه من الأحوال المخوفة على الأصحّ فيهما ، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين . وألحق ابن الجنيد[٤] الأسير غير الآمن على نفسه غالباً ، والمأخوذ للقَوَد أو لحدّ يخاف مثله عليه بالمرض . ونفى العلّامة[٥] عنه البأس . والأقوى المشهور . وأولى بعدم ترتّب الحكم ما لو كان الفرار[٦] بالفسخ من جهتها ، كما لو

---

(١) المختلف : ٥٨٣ .

(٢) الإرشاد ٢ : ٤٦٧ ـ ٤٦٨ .

(٣) في «ش» والحجريّتين : أو أتبع .

(٤ و ٥) لم نعثر عليهما .

(٦) في إحدى الحجريّتين : الفراق .

أرضعت زوجها الصغير في مرض موتها لينفسخ نكاحه فلا يرثها . ولبعض العامّة[١] هنا قول بإرثه قياساً على إرثها بفراره . وهو بعيد .

فرع : لو طلّق إحدى امرأتيه ونوى معيّنة ثم مرض مرض الموت فعيّن واحدة منهما قبل منه ولم ترث . ولو كان قد أبهم ابتداءً وعيّن في المرض واحدة بني على أن الطلاق يقع بالتعيين أو بيان لمحلّ الطلاق الواقع بالصيغة، فإن قلنا بالثاني لم ترث قطعاً ، وإن قلنا بالأول ورثت ، لوقوع الطلاق في المرض . ويحتمل على هذا القول عدم الارث ، لوجود سببه حال الصحّة وإن لم يتمّ إلّا في المرض .

ثم عد إلى عبارة المصنّف :

واعلم أنه اختار أولاً تعلّق الحكم بالطلاق لا باعتبار التهمة بقوله: « والوجه... الخ » ثم عطف عليه حكم ما لو سألته الطلاق أو خالعها أو بارأها بالواو وحكم فيه بعدم الارث ، وهو متفرّع على اعتبار التهمة التي قد نفاها أولاً، إذ لو جعلنا العلّة الطلاق في المرض مجرّداً لحكمنا بتوريث المذكورات كغيرهنّ من المطلّقات ، ورجوعه عن الأول مع اتّصال المسألتين بعيد . وكان حقّ المسألة الأخيرة تفريعها على السابقة بالفاء والحكم فيها بالارث . ويمكن التخلّص من الاشكال في الخلع بأن يكون الوجه فيه جعله فسخاً لا طلاقاً ، فنفي الارث فيه مع حكمه سابقاً بترتّب الحكم على الطلاق سهل . أما الحكم في الباقيتين فمشكل .

---

(١) روضة الطالبين : ٦ : ٦٩ .

فروع

الأول : لو طلّق الأمة مريضاً طلاقاً رجعيّاً فأُعتقت في العدّة ومات في مرضه ورثته في العدّة ، ولم ترثه بعدها ، لانتفاء التهمة وقت الطلاق . ولو قيل ترثه كان حسناً .

ولو طلّقها بائناً فكذلك . وقيل : لا ترث ، لأنه طلّقها في حال لم يكن لها أهليّة الارث .

وكذا لو طلّقها كتابيّة ثم أسلمت .

قوله : « لو طلّق الأمة ... الخ » .

هذه من المسائل المتفرّعة على أن المقتضي للميراث هل هو الطلاق في المرض مطلقاً ، أو هو مع قيد التهمة بالفرار من الارث ؟ فعلى الثاني لا إرث هنا ، لانتفاء التهمة ، لأن الأمة والكتابيّة لا ترث وقت الطلاق . وعلى الأول ترث ، لوجود المقتضي له وهو الطلاق في المرض ، وانتفاء المانع ، إذ ليس هناك إلّا كونهما غير وارثتين حال الطلاق ، وهو لا يصلح للمانعيّة ، لأن المعتبر استحقاق الارث حال الحكم به ، والمفروض أنها حينئذٍ حرّة مسلمة .

وقيل : لا ترث وإن انتفت التهمة ، لما أشار إليه المصنّف من أنه طلّقها في حال لم يكن لها أهليّة الارث ، والمفروض كون الطلاق بائناً ، فلم يصادف وقت الارث أهليّتها له للبينونة ، ولا وقت الطلاق لوجود المانع وهو الرقّ أو الكفر .

واستدلّ عليه فخر الدين[1] أيضاً بأن النكاح الحقيقي لم يوجب لهما الميراث فكيف الطلاق ؟!

وفيه نظر ، لمنع أن النكاح لا يوجب الميراث ، بل هو موجب له مطلقاً

---

(١) إيضاح الفوائد ٣ : ٣٢٢ .

الثاني : إذا ادّعت المطلّقة أن الميّت طلّقها في المرض ، وأنكر الوارث وزعم أن الطلاق في الصحّة ، فالقول قوله ، لتساوي الاحتمالين، وكون الأصل عدم الارث إلّا مع تحقّق السبب .

ولكن الكفر والرقّ مانعان من الارث ، إذ الاسلام والحرّية شرط فيه ، وتخلّف الحكم عن السبب لوجود مانع أو فقد شرط لا يقدح في سببيّته ، فإذا فقد المانع أو وجد الشرط عمل السبب عمله ، كما حقّق في الأُصول ، والأمر هنا كذلك. والأقوى ثبوت الارث مع زوال المانع في العدّة الرجعيّة ، وفي البائن مع زوال المانع قبل القسمة خاصّة .

واعلم أن ميل المصنّف هنا إلى ثبوت الارث رجوع إلى جعل الطلاق بمجرّده سبباً في الارث كما اختاره أولاً ، خلاف ما رجع إليه ثانياً ، وهذا عجيب منه .

قوله : « إذا ادّعت ... الخ » .

لمّا كان إرث المطلّقة ثابتاً[1] على خلاف الأصل ومتوقّفاً على شرط وهو وقوع طلاقها في مرض موت الزوج فلابدّ في الحكم بثبوته من العلم بسببه وإلّا فالأصل عدم إرثها. فإذا اتّفقت هي والوارث على كونها مطلّقة قبل موت الزوج ، وادّعت وقوع الطلاق في مرض موته وأنكر الوارث ، فقد حصل الشك في وجود [السبب][2] المقتضي للارث مع الاتّفاق على اتّصافها بالبينونة الموجبة لانتفائه ، فيقدّم قول الوارث ، لما ذكر من أصالة عدم إرث البائنة إلّا مع اتّصافها بوصف وهو كون طلاقها وقع في المرض ، ولم يثبت.

---

(١) في «ش ، م» : بائناً .

(٢) من الحجريّتين .

الثالث : لو طلّق أربعاً في مرضه ، وتزوّج أربعاً ودخل بهنّ ، ثم مات فيه ، كان الربع بينهنّ بالسويّة . ولو كان له ولد تساوين في الثمن .

وتعليل المصنّف الحكم بتقديم قول الوارث بـ« تساوي الاحتمالين » يعني وقوع الطلاق في المرض وعدمه لا يخلو من نظر ، لأنه إما أن يعلم له مرض مات فيه ، أو لا يعلم ذلك بأن احتمل موته فجأة . وفي الأول الأصل استمرار الزوجيّة إلى حين المرض ، والطلاق حادث فالأصل[1] عدم تقدّمه ، وذلك يقتضي ترجيح وقوعه في المرض بأصلين. ومع الوارث أصالة عدم إرث البائنة في حال الحياة إلّا مع العلم بسببه . وهنا الاحتمالان غير متساويين، وفي ترجيح قول الوارث نظر ، لما ذكر من معارضة الأصلين ، فإذا تساقط مع أصل يبقى المرجّح بالأصل الآخر .

وأما الثاني وهو أن لا يعلم له مرض مات فيه فترجيح قول الوارث واضح ، إذ لا معارض لأصله ، ومع ذلك فالاحتمالان غير متساويين أيضاً ، فينبغي ملاحظة ذلك .

قوله : « لو طلّق أربعاً ... الخ » .

وجه التقييد بالدخول بالجديدات ما سيأتي[2] إن شاء الله تعالى من أن نكاح المريض مشروط بالدخول ، فلو مات قبله فلا إرث للزوجة . وحينئذٍ فإذا دخل بالأربع ورثنه بالزوجيّة المقتضية له ، وورث المطلّقات أيضاً ، لكون طلاقهنّ في المرض المقتضي لثبوت الارث وإن خرجن عن الزوجيّة . ولمّا كان

---

(١) في «و» : والأصل .

(٢) في المسألة السادسة من المقصد الثاني من كتاب الفرائض .

المقصد الثاني : في ما يزول به تحريم الثلاث .

إذا وقعت الثلاث على الوجه المشترط حرمت المطلّقة حتى تنكح زوجاً غير المطلّق .

سبب الارث في الجميع الزوجيّة اشتركن في سهمها ـ وهو الربع أو الثمن ـ بالسويّة كاشتراك الزوجات الأربع فيه . ولا يرث ما زاد عن الأربع بالزوجيّة إلّا هنا .

قوله : « في ما يزول ... الخ » .

لا فرق بين وقوع الطلقات الثلاث في نكاح واحد وأكثر ، ولا بين كونه قبل الدخول وبعده . والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ **فإن طلّقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره** ﴾[١] والمراد الطلقة الثالثة . وروي أن امرأة رفاعة القُرَظي جاءت إلى النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم فقالت : «إنّي كنت عند رفاعة فطلّقني فبتّ طلاقي فتزوّجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، وإنما معه مثل هدبة الثوب ، فتبسّم رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم وقال : أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقي عسيلته ، ويذوق عسيلتك »[٢] .

والتحريم بالثلاث مشروط بكون الزوجة حرّة كما مرّ[٣] . وسيأتي[٤] التنبيه عليه بحكمه بتحريم الأمة باثنتين . وإنما أطلق الحكم تبعاً للآية الدالّة على التحريم بالثلاث ، وحملاً على الغالب والفرد الأشرف . والمعتق بعضها بحكم

---

(١) البقرة : ٢٣٠ .

(٢) مسند الشافعي : ١٩٢ ـ ١٩٣ ، مسند الحميدي ١ : ١١١ ح ٢٢٦ ، مسند اسحاق بن راهويه ٢ : ٢٠٨ ـ ٢٠٩ ، مسند أحمد ٦ : ٣٧ ، صحيح البخاري ٧ : ٥٥ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٢١ ح ١٩٣٢ .

(٣) في ج ٧ : ٣٥٣ .

(٤) في ص : ١٧٣ .

ويعتبر في زوال التحريم شروط أربعة :
أن يكون الزوج بالغاً . وفي المراهق تردّد أشبهه أنه لا يحلّل .

الحرّة هنا.

والمراد بـ « وقوع الثلاث على الوجه المشترط » وقوعها صحيحة ، إذ لا يشترط لتحريمها في الثالثة سوى ذلك ، بخلاف تحريمها في التاسعة ، فإنه مشروط بأمر زائد على الصحّة وهو كونها عدّية كما تقرّر .

ويجوز أن يريد بالوجه المشترط ما يشمل التقييد بكونها غير عدّية كما احتيج إليه في تقييد الآية[1] ، لأنه حكم بكون غاية التحريم على المطلّق ثلاثاً أن تنكح زوجاً غيره الشامل للثلاث الأُولى وغيرها ، ومع كون الطلاق عدّياً لا يغيّا التحريم في التاسعة ـ التي هي ثلاث بالنسبة إلى زوال حكم ما قبلها بالمحلّل ـ بنكاح غير المطلّق ، لاستمرار التحريم حينئذٍ . فيبقى[2] تقدير العبارة على هذا : إذا وقعت الثلاث على الوجه المشترط ـ وهو كونها صحيحة ، أو غير عدّية بالنسبة إلى الثلاث الثالثة ـ حرمت المطلّقة حتى تنكح زوجاً غيره. وفي القسم الثاني وهو كونها عدّية لا يتغيّا التحريم بذلك ، لتحريمها حينئذٍ مؤبّداً. وهذا الاعتبار أكثر فائدة .

قوله : « أن يكون الزوج بالغاً ... الخ » .

اتّفق الأصحاب على أن الصغير الذي لم يقارب البلوغ ولا يشتهي الجماع لا يحلّل . واختلفوا في المراهق ـ وهو المقارب للبلوغ بحيث يمكن بلوغه بغير

---

(١) البقرة : ٢٣٠ .

(٢) في «ح ، و» : فينبغي .

السنّ وهو ابن عشر سنين فصاعداً ـ هل يحلّل أم لا ؟ فذهب الشيخ في كتابي[١] الفروع وابن الجنيد[٢] إلى الاكتفاء به ، لعموم قوله تعالى : ﴿ **حتى تنكح زوجاً غيره** ﴾ الصادق بالصغير والكبير .

وذهب المصنّف وأكثر المتأخّرين[٣] إلى المنع ، لأن الصبي لا اعتبار بأفعاله لرفع القلم عنه . ولقول النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم في الخبر السابق[٤] : « حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته » والعسيلة لذّة الجماع على ما فسّره به أهل اللغة[٥] ، وقيل[٦]: الإنزال ، وكلاهما لا يتحقّق في غير البالغ. ولقول الرضا عليه السلام حين سئل عن رجل طلّق امرأته الطلاق الذي لا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره فتزوّجها غلام لم يحتلم قال : « لا حتى يبلغ »[٧].

وفيه نظر ، لأن رفع القلم عن الصبي لا ينافي اعتداد المكلّف بفعله وترتّب الأثر عليه ، كما يجب عليها الغسل بوطيه، وخصوصاً مع دخوله في إطلاق الآية . والمراهق له لذّة الجماع ، وكذلك المرأة تلتذّ به ، فيتناوله الخبر. والرواية الأخيرة

---

(١) المبسوط ٥ : ١٠٩ ـ ١١٠ ، الخلاف ٤ : ٥٠٤ ، مسألة (٨) .

(٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٥٩٤ .

(٣) راجع المختلف : ٥٩٤ ، إيضاح الفوائد ٣ : ٣٣٣ ، كنز العرفان ٢ : ٢٨٠ .

(٤) في ص : ١٦٣ ، هامش (٢) .

(٥) لسان العرب ١١ : ٤٤٥ ، الصحاح ٥ : ١٧٦٤ ، النهاية ٣ : ٢٣٧ ، غريب الحديث للخطّابي ١ : ٥٤٦ رقم (٢٠٤) .

(٦) راجع إيضاح الفوائد ٣ : ٣٣٤ ، الحاوي الكبير ١٠ : ٣٢٧ .

(٧) الكافي ٦ : ٧٦ ح ٦ ، التهذيب ٨ : ٣٣ ح ١٠٠ ، الاستبصار ٣ : ٢٧٤ ح ٩٧٥ ، الوسائل ١٥ : ٣٦٧ ب «٨» من أبواب أقسام الطلاق .

في طريقها[١] ضعف وجهالة فلا تصلح دليلاً ، ويمكن مع ذلك حملها على الأكمليّة . ولعلّ التخفيف في هذا الباب مطلوب ، لما فيه من الغضاضة والعار ، وإن كان النكاح مبنيّاً على الاحتياط .

واتّفق العامّة[٢] على الاكتفاء بالمراهق ، وإنما اختلفوا فيما دونه ، بل قيل إنّ الصحابة اتّفقوا عليه أيضاً . ولا فرق على القولين في المحلّل بين الحرّ والعبد والعاقل والمجنون .

ثم إن اعتبرنا البالغ وكان عاقلاً فأمر الطلاق إليه . وإن كان مجنوناً توقّف طلاق وليّه عنه على المصلحة كما مرّ[٣] .

ثم البالغ العاقل لا يوثق بطلاقه ، لأنه بيده ولا يصحّ اشتراطه عليه كما سبق[٤] ، فأسلم طريق في الباب وأدفعه للعار والغيرة أن تتزوّج من عبد مراهق ـ إن اكتفينا به ـ أو مكلّف ـ للزوج أو غيره ـ ويستدخل حشفته ثم يملّك ببيع أو هبة ويفسخ نكاحه ويحصل التحليل ، ويتعلّق بأصل آخر وهو إجبار العبد على النكاح ، وقد تقدّم[٥] البحث فيه ، فإن لم نجز امتنع ذلك . وإنما كان أسلم الطرق لأنه لا يوثق بطلاق الزوج ، والبالغ قد يحبلها فيطول الانتظار . وأما إنه أدفع للعار والغيرة فظاهر .

---

(١) في هامش «و» : «في طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف، وعلي بن أسباط وفيه خلاف، وعلي بن الفضل وهو مجهول. وهي مع ذلك مكاتبة ليست صريحة في أن القول من الإمام . منه رحمه الله» .

(٢) الحاوي الكبير ١٠ : ٣٢٩ ، حلية العلماء ٧ : ١٣٣ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٤٧٦ .

(٣) في ص : ١١ .

(٤) في ج ٧ : ٤١٩ .

(٥) في ج ٧ : ١٤٤ ـ ١٤٥ .

وأن يطأها في القبل وطئاً موجباً للغسل ... وأن يكون ذلك بالعقد لا بالملك ولا بالإباحة ... وأن يكون العقد دائماً لا متعة .

قوله : « وأن يطأها في القبل ... الخ » .

أشار بذلك إلى جملة من شرائط التحليل ، وهي أُمور خمسة :

الأول : أن يطأها المحلّل . فلا يكفي العقد المجرّد ولا الخلوة إجماعاً ، إلّا من سعيد بن المسيّب[١] حيث اكتفى بالعقد عملاً بظاهر قوله تعالى : ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ والنكاح حقيقة في العقد. وحجّة الباقين وراء الاجماع خبر العسيلة الدالّ على اشتراط الوطء ، وهو مرويّ[٢] من الجانبين ، مع أنه يمكن استفادته من الآية بحمل النكاح على الوطء على القول بأنه حقيقة فيه ، وأن العقد مستفاد من قوله تعالى : ﴿ زوجاً ﴾ .

الثاني : كونه في القبل . فلا يكفي الدبر ، وهو مستفاد أيضاً من ذوق العسيلة ، فإنه منتفٍ من الجانبين في غير القبل ، ولأنه المعهود. هذا إذا قلنا بجوازه وإلّا فلا إشكال في خروجه ، لأن الأحكام لا تتناوله .

الثالث : كون الوطء موجباً للغسل . وحدّه تغييب الحشفة أو قدرها من مقطوعها ، لأن ذلك هو مناط أحكام الوطء كلّها . والمعتبر في مقدار الحشفة من الباقي حشفة العضو المخصوص . ولو كان الباقي منه أقلّ من ذلك لم يحصل به

---

(١) راجع الإشراف على مذاهب العلماء ٤ : ١٩٩ ، ٢٠٠ ، أحكام القرآن للجصّاص ١ : ٣٩٠ ، ٣٩١ ، النكت والعيون للماوردي ١ : ٢٩٦ ، المحلّى لابن حزم ١٠ : ١٧٨ ، أحكام القرآن للكيا الهراسي ١ : ١٧٥ ، أحكام القرآن لابن العربي ١ : ١٩٨ .

(٢) الكافي ٦ : ٧٩ ح ٣ و ٤ و ٥ ، المجازات النبويّة : 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 ، وراجع ص : ١٦٣ ، هامش (٢) .

التحليل وإن أوقب[١] . ولو كانت بكراً فأقلّ الإصابة الاقتضاض بآلته ذلك المقدار. ولا فرق بين أن يحصل مع ذلك انتشار العضو وعدمه ، حتى لو حصل إدخال الحشفة بالاستعانة كفى على ما يقتضيه إطلاق النصّ والفتوى، مع احتمال العدم نظراً إلى جعل ذوق العسيلة غاية .

الرابع : أن يكون ذلك بالعقد لا بالملك ، لقوله تعالى ﴿ **حتى تنكح زوجاً غيره** ﴾ فإن النكاح حقيقة في العقد . ولو أريد به هنا الوطء ـ كما زعم بعضهم[٢] ـ لأمكن استفادته من لفظ « الزوج » فلا يكفي الوطء بملك اليمين ولا بالتحليل.

الخامس : كون العقد دائماً . فلا يكفي المتعة ، لمفهوم قوله تعالى: ﴿ **حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلّقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا** ﴾ والطلاق مختصّ بالدائم . وروى هشام بن سالم في الموثّق عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة ثم طلّقها فبانت ثم تزوّجها رجل آخر متعة هل تحلّ لزوجها الأول؟ قال : « لا حتى تدخل فيما خرجت منه »[٣] . وروى عبد الله بن مسكان عن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام مثله ، وزاد فيه قوله : « لأن الله تعالى يقول: فإن طلّقها فلا تحلّ له حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلّقها ، والمتعة ليس فيها طلاق »[٤].

---

(١) في «ش ، و» : أوعب .

(٢) راجع فقه القرآن للراوندي ٢ : ١٧٧ ، فقد فسّر النكاح بالجماع، مع أنه شرط في الصفحة التالية كون التحليل بالعقد .

(٣) التهذيب ٨ : ٣٣ ح ١٠٢، الاستبصار ٣ : ٢٧٤ ح ٩٧٧ ، الوسائل ١٥ : ٣٦٨ ب «٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ٣.

(٤) التهذيب ٨ : ٣٤ ح ١٠٣، الاستبصار ٣ : ٢٧٥ ح ٩٧٨ ، الوسائل ١٥ : ٣٦٩ ب «٩» من أبواب أقسام الطلاق ح ٤.

ومع استكمال الشرائط يزول تحريم الثلاث . وهل يهدم ما دون الثلاث ؟ فيه روايتان أشهرهما أنه يهدم . فلو طلّق مرّة ، فتزوّجت المطلّقة ، ثم تزوّج بها الأول ، بقيت معه على ثلاث مستأنفات ، وبطل حكم السابقة .

قوله : « ومع استكمال الشرائط ... الخ » .

المراد بهدم الطلقات السابقات أن الزوج إذا طلّق الزوجة طلقة أو طلقتين ثم خرجت من عدّته وتزوّجت بغيره تزويجاً يفيد التحليل على تقدير الحاجة إليه ثم طلّقها أو مات عنها ورجعت إلى الأول بعقد جديد بقيت معه على ثلاث طلقات كأنّه لم يطلّقها فيما سبق ، ولم تعدّ الطلقة السابقة ولا الطلقتان . ومن منع الهدم هنا عدّ الطلقة السابقة على نكاح الثاني والطلقتين من الثلاث ، وبقيت معه بعد تزويجه ثانياً على طلقتين أو طلقة كما كانت قبل أن تتزوّج بغيره ، فإذا أكملها ثلاثاً حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره . وعلى الأول لا اعتبار بما سبق ، ولا تحرم عليه إلّا بثلاث طلقات مستأنفات .

إذا تقرّر ذلك فقد اختلف الأصحاب وغيرهم من العلماء في هذه المسألة ، فذهب الشيخ[١] وأتباعه[٢] وابن إدريس[٣] والمصنّف وأكثر المتأخّرين[٤] إلى الأول . واستندوا في ذلك إلى رواية رفاعة بن موسى النخّاس قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام رجل طلّق امرأته تطليقة واحدة فتبين منه ، ثم تزوّجها آخر

(١) النهاية : ٥١٣ ، المبسوط ٥ : ٨١ ، الخلاف ٤ : ٤٨٨ مسألة (٥٩) .

(٢) راجع المهذّب ٢ : ٢٨٢ ، الوسيلة : ٣٢١ .

(٣) السرائر ٢ : ٦٦٨ .

(٤) راجع كشف الرموز ٢ : ٢٢١ ، الجامع للشرائع : ٤٦٧ ، المختلف : ٥٩٠ ، إيضاح الفوائد ٣ : ٣٣٢ ، ٣٣٣

فيطلّقها على السنّة فتبين منه ، ثم يتزوّجها الأول على كم هي عنده ؟ قال : على غير شيء. ثم قال : يا رفاعة كيف إذا طلّقها ثلاثاً ثم تزوّجها ثانية استقبل الطلاق، فإذا طلّقها واحدة كانت على اثنتين ؟!»[١]. وروى عبد الله بن عقيل بن أبي طالب قال : « اختلف رجلان في قضيّة عليّ عليه السلام وعمر في امرأة طلّقها زوجها تطليقة أو اثنتين فتزوّجها آخر فطلّقها أومات عنها فلمّا انقضت عدّتها تـزوّجها الأول ، فقال عمر : هي على ما بقي من الطلاق ، فقال عليّ عليه السلام: سبحان الله أيهدم ثلاثاً ولا يهدم واحدة ؟!»[٢].

وفي طريق الروايتين ضعف ، إلّا أن مضمونهما مشهور بين الأصحاب حتى‌إن المخالف غير معلوم .

ونقل عن بعض الأصحاب[٣] عدم الهدم . وحجّته قوله تعالى : ﴿ **الطلاق مرّتان** ﴾ إلى قوله ﴿ **فإن طلّقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره** ﴾[٤] الشامل لما لو تخلّل نكاح زوج قبل الثالثة وعدمه . وللروايات الصحيحة المستفيضة بذلك ، كصحيحة الحلبي قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلّق امرأته تطليقة واحدة ثم تركها حتى مضت عدّتها فتزوّجت زوجاً غيره، ثم مات الرجل أو طلّقها فراجعها زوجها الأول ، قال : هي على تطليقتين

---

(١) التهذيب ٨: ٣١ ح ٩٢، الاستبصار ٣: ٢٧٢ ح ٩٦٧، الوسائل ١٥: ٣٦٣ ب «٦» من أبواب أقسام الطلاق ح ٤.

(٢) التهذيب ٨: ٣٤ ح ١٠٦، الاستبصار ٣: ٢٧٥ ح ٩٨١، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣.

(٣) نقله ابن حمزة في الوسيلة: ٣٢١، وابن إدريس في السرائر ٢: ٦٦٨.

(٤) البقرة: ٢٢٩ ـ ٢٣٠.

. . . . . .

باقيتين »[١] .

وصحيحة منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام في امرأة طلّقها زوجها واحدة او اثنتين ثم تركها حتى تمضي عدّتها فتزوّجها غيره ، فيموت أو يطلّقها فيتزوّجها الأول قال : « هي عنده على ما هي عليه من الطلاق »[٢] . وصحيحة جميل بن درّاج[٣] عنه عليه السلام ، وإبراهيم بن عبد الحميد[٤] عن الكاظم عليه السلام : « قال : إذا طلّق الرجل المرأة فتزوّجت ثم طلّقها زوجها فتزوّجها الأول ، ثم طلّقها فتزوّجت رجلاً ثم طلّقها فتزوّجها الأول، ثم طلّقها هكذا ثلاثاً لا تحلّ له أبداً». وفي معناها غيرها[٥] ممّا هو صريح في عدم الهدم .

ويؤيّده أن الطلاق الأول والثاني لا يؤثّران في التحريم المحوج إلى زوج فالنكاح الثاني والدخول فيه لا يهدمانهما ، بخلاف ما إذا طلّقها ثلاثاً فنكحت زوجاً آخر ، لأن دخول الثاني أفاد حلّ النكاح ، ولا يمكن بناؤه على العقد الأول وهنا يمكن بناؤه عليه ، فبني كما لو عادت قبل أن تتزوّج . ولا يخفى عليك قوّة دليل هذا الجانب، كضعف[٦] مقابله، إلا أن عمل الأصحاب عليه، فلا سبيل إلى الخروج عنه.

---

(١) الكافي ٥ : ٤٢٦ ح ٥ ، التهذيب ٨ : ٣١ ح ٩٣، الاستبصار ٣ : ٢٧٣ ح ٩٦٨ ، الوسائل ١٥ : ٣٦٤ ب «٦» من أبواب أقسام الطلاق ح ٦ .

(٢) التهذيب ٨ : ٣٢ ح ٩٤، الاستبصار ٣ : ٢٧٣ ح ٩٦٩ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٩ .

(٣ و ٤) الكافي ٥ : ٤٢٨ ح ٧ و ١٣ ، الوسائل ١٤ : ٤٠٨ ب «١١» من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ٢ وذيله .

(٥) لاحظ الوسائل ١٥ : ٣٦٤ ب «٦» من أبواب أقسام الطلاق ح ٧، ٨، ١٠ .

(٦) في «و» وإحدى الحجريّتين : لضعف .

ولو طلّق الذمّية ثلاثاً فتزوّجت بعد العدّة ذمّياً ثم بانت منه وأسلمت حلّ للأول نكاحها بعقد مستأنف. وكذا كلّ مشرك.

والشيخ[١] ـ رحمه الله ـ حمل الروايات الدالّة على عدم الهدم على أحد أُمور ثلاثة: أن يكون الزوج لم يدخل بها، أو يكون غير بالغ، أو تكون متعة، فإن الثلاثة لا تحلّل ولا تهدم الأقلّ من الثلاث. وما أشبه هذا الحمل بأصل الحجّة.

وفي المختلف[٢] نفى البأس عن هذا الحمل، نظراً إلى اعتضاده بأصالة الإباحة، وأنه قد وردت أخبار[٣] صحاح في أن الخروج من العدّة يهدم طلاق الزوج نفسه فالأولى غيره، وإن كنّا لا نعمل بتلك الأخبار. ولا يخفى عليك ما في هذا كلّه من التكلّف. وفي التحرير[٤] تردّد في الحكم لذلك. وعذره واضح.

واعلم أن في نسبة المصنّف رواية الهدم إلى الأشهريّة إشارة إلى ما ذكرناه، فإن الجانب الآخر أصحّ طريقاً ولكن هذه أشهر بين الأصحاب. ولم ينسب المسألة إلى قولين لما أشرنا إليه من عدم تعيّن المخالف، فكان نسبته إلى الروايتين أولى.

قوله: «ولو طلّق الذمّية .... الخ».

الغرض من ذلك أن الاسلام ليس شرطاً في المحلّل، لإطلاق قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾[٥] فلو كان كافراً صحّ. ولا فرق بين كون مطلّق الذمّية مسلماً وكافراً. ويتصوّر طلاق المسلم للذمّية ثلاثاً على تقدير رجوعها في طلاقها

---

(١) التهذيب ٨: ٣٢ ذيل ح ٩٧، الاستبصار ٣: ٢٧٣ ذيل ح ٩٧٢.

(٢) المختلف: ٥٩٠.

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

(٤) تحرير الأحكام ٢: ٥٧.

(٥) البقرة: ٢٣٠.

والأمة إذا طلّقت مرّتين حرمت حتى تنكح زوجاً غيره، سواء كانت تحت حرّ أو عبد.

في العدّة، لأنه ليس ابتداء نكاح فلا يمنع منه، أو على القول بجواز نكاحها ابتداءً، أو على تقدير طلاقها مرّتين قبل إسلامه ووقوع الثالثة في الاسلام، فإذا حلّلها الذمّي صحّ نكاحه وأفاد تحليله الحلّ لزوجها المسلم إذا أسلمت أو جوّزنا للمسلم نكاح الكتابيّة ابتداءً. ولو كان الزوج كافراً وترافعوا إلينا حكمنا بحلّها له، سواء كان ذمّياً أم لا. وكذا لو أسلم الزوج وقد حلّلها كافر مثلها، لأن أنكحة الكفّار مقرَّةٌ على حالها كما تقدّم[1] في بابه.

قوله: «والأمة إذا طلّقت ....الخ».

الاعتبار في عدد الطلقات المحرّمة بدون المحلّل عندنا بالمرأة، فالحرّة تحرم بثلاث وإن كان زوجها عبداً، والأمة باثنتين وإن كان حرّاً. وعند بعض العامّة[2] أن الاعتبار بالرجل، فالحرّ لا تحرم عليه الزوجة بدون ثلاث وإن كانت أمة، والعبد تحرم عليه باثنتين وإن كانت حرّة.

لنا: قوله تعالى: ﴿**الطلاق مرّتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾[3] وهو للحرّة لقوله تعالى: ﴿**ولا يحلّ لكم أن تأخذوا ممّا آتيتموهنّ شيئاً**﴾[4] الآية، وليس الإيتاء للأمة بل لمولاها، والآية الثانية مبنيّة لمن تقع عليها الطلقات الثلاث. وعارضوا ذلك بقوله تعالى: ﴿**ولا يحلّ لكم أن تأخذوا**﴾ وهو خطاب للأزواج، والآخذ إنما هو الحرّ لا العبد. وأجيب بمنع كونه خطاباً للأزواج بل لمن

---

(١) في ج٧: ٣٦٥ و٣٦٩ وغيرهما.

(٢) اختلاف العلماء للمروزي: ١٣٩، الحاوي الكبير ١٠: ٣٠٤.

(٣ و ٤) البقرة: ٢٢٩.

ولا تحلّ للأول بوطء المولى. وكذا لا تحلّ لو ملكها المطلّق، لسبق التحريم على الملك.

الأداء من ماله الشامل للأزواج وغيرهم، بخلاف قوله تعالى: ﴿ آتيتموهنّ ﴾ فإن الضمير للنساء. ولقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «طلاق الأمة طلقتان وعدّتها حيضتان»[١]. ومن طريق الخاصّة صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «طلاق المرأة إذا كانت عند مملوك ثلاث تطليقات، وإذا كانت مملوكة تحت حرّ تطليقتان»[٢]. وصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «طلاق الحرّة إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، وطلاق الأمة إذا كانت تحت الحرّ تطليقتان»[٣]. وغير ذلك من الأخبار.

قوله: «ولا تحلّ للأول .... الخ».

قد عرفت أن شرط المحلّل كونه مالكاً للنكاح بعقد الدوام بدليل «الزوج والطلاق» في آية[٤] التحليل، فلا يكفي الوطء بملك اليمين. فإذا طلّقها الزوج طلاقاً محرِّماً لم تحلّ له بوطء المولى. وكذا لا يزول التحريم بملك المطلّق لها، عملاً باستصحاب الحرمة إلى أن يحصل المحلّل وهو وطء المحلّل المنفيّ هنا. وروى عبد الملك بن أعين قال: «سألته عن الرجل زوّج جاريته رجلاً فمكثت معه ما شاء ثم طلّقها ورجعت إلى مولاها فوطئها، أتحلّ لزوجها إذا أراد أن

---

(١) سنن سعيد بن منصور ١: ٣٠٣ ح ١٢٧٦، سنن الدارمي ٢: ١٧٠ ـ ١٧١، سنن ابن ماجة ١: ٦٧١ ح ٢٠٧٩، سنن أبي داود ٢: ٢٥٧ ـ ٢٥٨ ح ٢١٨٩، سنن الترمذي ٣: ٤٨٨ ح ١١٨٢.

(٢) التهذيب ٨: ٨٣ ح ٢٨١، الوسائل ١٥: ٣٩٣ ب «٢٥» من أبواب أقسام الطلاق ح ٣.

(٣) الفقيه ٣: ٣٥١ ح ١٦٧٧، التهذيب ٨: ٨٣ ح ٢٨٢، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.

(٤) البقرة: ٢٣٠.

ولو طلّقها مرّة ثم أُعتقت ثم تزوّجها أو راجعها بقيت معه على واحدة استصحاباً للحال الأُولى. فلو طلّقها أُخرى حرمت عليه حتى يحلّلها زوج.

يراجعها؟ قال: لا حتى تنكح زوجاً غيره»[١]. وروى بريد[٢] في الصحيح والحلبي[٣] عن أبي عبد الله عليه السلام: «في الأمة يطلّقها تطليقتين ثم يشتريها، هل يحلّ له أن يطأها؟ قال: لا حتى تنكح زوجاً غيره» وغيرهما من الأخبار الكثيرة. ويظهر من ابن الجنيد[٤] حلّها بالشراء، وفي بعض الأخبار[٥] ما يدلّ عليه. والمذهب هو الأول.

قوله: «ولو طلّقها مرّة .... الخ».

هذا الحكم ذكره الشيخ في النهاية[٦]، وتبعه عليه جماعة[٧] منهم المصنف والعلّامة[٨]. ومستنده صحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «المملوك إذا كان تحته مملوكة فطلّقها ثم أعتقها صاحبها كانت عنده

---

(١) التهذيب ٨: ٨٤ ح ٢٨٦، الاستبصار ٣: ٣٠٩ ح ١٠٩٩، الوسائل ١٥: ٣٩٦ ب «٢٧» من أبواب أقسام الطلاق ح ١.

(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) الكافي ٦: ١٧٣ ح ٢، التهذيب ٨: ٨٤ ح ٢٨٨، الاستبصار ٣: ٣٠٩ ح ١١٠١، الوسائل الباب المتقدّم ح ٥، مع اختلاف في بعض اللفظ.

(٤) راجع المختلف: ٥٩١.

(٥) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٩٥ ب «٢٦» من أبواب أقسام الطلاق ح ٤، ٨.

(٦) النهاية: ٥١٩.

(٧) راجع المهذّب ٢: ٢٨٨.

(٨) المختلف: ٥٩١، تحرير الأحكام ٢: ٥٥، قواعد الأحكام ٢: ٦٧.

على واحدة»[١]. وصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام: «في العبد تكون تحته الأمة فطلّقها تطليقة ثم أعتقا جميعاً، كانت عنده على تطليقة واحدة»[٢]! وغير ذلك من الروايات. ولأنه بعد الطلاق الأول قد تعلّق به حكم التحريم بعد طلقة أُخرى، فلا يسقط هذا الاعتبار بالإعتاق المتجدّد.

وقد تقدّم البحث على نظير هذه المسألة في نكاح[٣] المشركات إذا أسلم العبد وعنده أربع وأُعتق، وفي باب[٤] القسم بين الزوجات إذا أُعتقت الأمة في أثناء القسمة. ومضمونهما أنه متى كان العتق قبل استيفاء حقّ العبوديّة يلتحق بالأحرار في الحكم، وهو مخالف لما هنا، وذلك هو الموافق للظاهر كما تحقّق في موضعه. ومن ثَمّ ذهب ابن الجنيد[٥] هنا إلى أن الأمة إذا أُعتقت قبل وقوع الطلاق الثاني بها انتقل حكم طلاقها إلى حال الحرائر، ولم تحرم إلا بالثالثة. وهذا هو الموافق لما سلف إلا أنه لا سبيل هنا إلى ردّ الروايات الصحيحة.

وأما تعليلهم بأنه بعد الطلاق الأول قد تعلّق به حكم التحريم بعد طلقة أُخرى فليس بجيّد، لأن حكم التحريم لا يتعلّق قبل الطلاق الثاني على التقديرين، وإنمايتعلّق بعده على تقدير مصادفتها أمة إجراءً لحكم الاماء عليها، فإذا أُعتقت قبل الطلاق الثاني لم يصادف التحريم محلّاً وهو كونها أمة،

---

(١) التهذيب ٨: ٨٦ ح ٢٩٢، الاستبصار ٣: ٣١١ ح ١١٠٥، الوسائل ١٥: ٣٩٨ ب «٢٨» من أبواب أقسام الطلاق ح ٢.

(٢) الفقيه ٣: ٣٥٢ ح ١٦٨٤، التهذيب ٨: ٨٦ ح ٢٩٣، الاستبصار ٣: ٣١١ ح ١١٠٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣.

(٣) في ج ٧: ٣٨٠.

(٤) في ج ٨: ٣٢٤.

(٥) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٥٩١.

والخصيّ يحلّل المطلّقة ثلاثاً إذا وطىء، وحصلت فيه الشرائط. وفي رواية لا يحلّل.

ولو وطىء الفحل قبلاً فأكسل حلّت للأول، لتحقّق اللذّة منهما.

فيتوقّف على إكمال الثلاث. وكيف كان فالعمل بالمشهور متعيّن للروايات الصحيحة.

قوله: «والخصيّ يحلّل .... الخ».

لمّا كان تزويج الخصيّ صحيحاً ووطؤه ممكناً ـ لبقاء آلة الجماع ـ أمكن جعله محلّلاً، لصدق كونه زوجاً ناكحاً إلى غير ذلك من شرائطه. وفوات فائدة التولّد من جماعه لا يقدح هنا، لأن المعتبر مجرّد الوطء الموجب للغسل كما تقرّر، وهو حاصل. والرواية المذكورة بكونه لا يحلّل رواها الشيخ عن محمد بن مضارب قال: «سألت الرضا عليه السلام عن الخصيّ يحلّل قال: لا يحلّل»[1] وهي مطّرحة لضعف الطريق. والموجوء في معنى الخصيّ. أما المجبوب فإن بقي منه مقدار الحشفة صحّ تحليله وإلّا فلا. وقد تقدّم[2].

قوله: «ولو وطىء .... الخ».

الإكسال في الجماع عدم إنزال الماء معه، قال الجوهري: «أكسل الرجل في الجماع إذا خالط أهله ولم ينزل»[3]. والحاصل: أن إنزال الماء ليس بشرط في تحقّق التحليل، لصدق الجماع الموجب للغسل بدونه. وقول المصنف: «لتحقّق اللذّة منهما» إشارة إلى أن المعتبر الجماع الموجب للذّة كما ورد في

---

(١) التهذيب ٨: ٣٤ ح ١٠٤، الاستبصار ٣: ٢٧٥ ح ٩٧٩، الوسائل ١٥: ٣٦٩ ب «١٠» من أبواب أقسام الطلاق ح ١.

(٢) في ص: ١٦٧.

(٣) الصحاح ٥: ١٨١٠.

ولو تزوّجها المحلّل فارتدّ فوطئها في الردّة، لم تحلّ، لانفساخ عقده بالردّة.

الخبر النبوي: «حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته»[١] وهي لذّة الجماع، والأصل عدم اعتبار أمر آخر. ولا فرق في عدم اشتراط الإنزال بين الفحل وغيره، وإنما خصّه لأنه قابل لذلك دون الخصيّ.

قوله: «ولو تزوّجها المحلّل .... الخ».

المراد أنه ارتدّ قبل الدخول المفيد للتحليل ـ وهو الوطء في القبل ـ ووطىء في زمن العدّة[٢]، إذ لو كان الارتداد بعده لتحقّق التحليل بوطئه قبل الردّة. ووجه عدم الحلّ بوطيه حينئذٍ انفساخ العقد وإن بقي أثره بعوده إليها لو رجع في العدّة بالعقد السابق. وبهذا يفرّق بينه وبين سائر أسباب التحريم، فإنها لا توجب اختلال النكاح. ويتصوّر ثبوت العدّة مع عدم الدخول قبلاً بأن يكون قد وطئها في الدبر، فإنه لا يكفي في التحليل ويوجب العدّة. وكذا لو خلا بها عند جماعة[٣] من الأصحاب، فإنهم يوجبون بها العدّة ولا يكفي في التحليل. وألحق ابن الجنيد[٤] بالخلوة التذاذه بما ينزل به الماء. أما لو لم يحصل منه ما يوجب العدّة قبل الارتداد بانت منه به وصار كالأجنبي لا أثر لوطئه، وأغنى عن بيان حكمه ما سبق[٥] من اشتراط استناد الوطء إلى العقد. وكذا الحكم لو كان المرتدّ

---

(١) تقدّم ذكر مصادره في ص: ١٦٣، هامش (٢).

(٢) في «م» و هامش «و»: الردّة.

(٣) منهم ابن الجنيد، راجع المختلف: ٦١٩، وظاهر الصدوق في المقنع: ١٠٩، وحكاه الشيخ عن قوم من أصحابنا في الخلاف ٤: ٣٩٦ مسألة (٤٢) والمبسوط ٥: ٢٤٧.

(٤) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥٤٣.

(٥) في ص: ١٦٧.

الزوجة فوطئها في زمان ردّتها ثم رجعت إلى الاسلام.

وما نزّلنا به العبارة أجود ممّا فهمه العلّامة في التحرير بقوله: «إن هذا غير متصوّر، لأن الردّة إن كانت قبل الوطء انفسخ النكاح وصار وطء أجنبي لا يحلّل قطعاً، وإن كانت بعده حلّت بالأول»[١]. وأنت قد عرفت أن هناك قسماً ثالثاً فرضت فيه المسألة.

وأما ما تكلّفه بعضهم من أن المراد الوطء بعد الارتداد في غير عدّة، وأن الغرض الفرق بين الوطء الذي سبقه عقد ثم طرأ عليه الفسخ قبل الوطء، وبين الوطء الذي لم يسبقه عقد، وهو المستفاد ممّا سبق من اشتراط استناد الوطء إلى العقد، فإن الأول يصدق عليه أنه وطيء زوجته عند من لم يشترط بقاء المعنى المشتقّ منه في صحّة الاشتقاق كما هو مذهب الأصحاب، فإنّ المصنّف وغيره بهذا ليفرّق بين هذا الوطء والوطء الذي لم يصادف زوجته[٢] لا حقيقة ولا مجازاً.

فهذا التكلّف ليس بشيء، لأن الشرط السابق محصّله اشتراط استناد الوطء إلى العقد، فمتى لم يكن مستنداً إليه لم يؤثّر في الحلّ، سواء تجرّد عن العقد أصلاً أم كان بعده وبعد البينونة، وسواء كانت بردّة أم طلاق أم غيرهما من أسبابها. ولا وجه حينئذٍ لفرض المسألة في الارتداد بخصوصه. وعدم اشتراط بقاء المعنى في صحّة الاشتقاق لا يفيد هنا إجماعاً، كما يظهر ذلك فيمن عقد عليها دائماً ثم طلّقها قبل الدخول ووطئها بعد ذلك على وجه محلّل بأن كان لشبهة أم غير محلّل.

---

(١) تحرير الأحكام ٢: ٥٧.

(٢) في «ح»: زوجيّة.

فروع

الأول: لو انقضت مدّة فادّعت أنها تزوّجت وفارقها وقضت العدّة، وكان ذلك ممكناً في تلك المدّة، قيل: يقبل، لأن في جملة ذلك ما لا يعلم إلّا منها، كالوطء. وفي رواية إذا كانت ثقة صدّقت.

قوله: «لو انقضت مدّة .... الخ».

القول بقبول قولها مع إمكان صدقها مطلقاً هو المشهور بين الأصحاب وعليه العمل، لأنها مؤتمنة في انقضاء العدّة، والوطء ممّا لا يمكن إقامة البيّنة عليه، وربما مات الزوج أو تعذّر مصادقته بغيبة ونحوها، فلو لم يقبل منها ذلك لزم الاضرار بها والحرج المنفيّان [١].

والرواية التي أشار إليها هي صحيحة[٢] حمّاد عن أبي عبد الله عليه السلام: «عن رجل طلّق امرأته ثلاثاً فبانت منه فأراد مراجعتها فقال: إنّي أريد مراجعتك فتزوّجي زوجاً غيري فقالت: قد تزوّجت زوجاً غيرك وحلّلت لك نفسي، أيصدّق قولها ويراجعها، وكيف يصنع؟ قال: إذا كانت المرأة ثقة صدّقت في قولها»[٣]. والمراد بالثقة من تسكن النفس إلى خبرها وإن لم تكن متّصفة بالعدالة المعتبرة في قبول الشهادة. ويمكن حمل الرواية على استحباب مراعاة الثقة في قبول خبرها.

---

(١) كذا في هامش «و» بعنوان: ظاهراً، وهو الصحيح، وفي النسخ والحجريّتين: المنفيّين.

(٢) في هامش «و»: «الطريق صحيح إلى حمّاد، وأما هو فإنه مشترك بين الثقة وغيره، فلا تكون صحيحة مطلقاً. منه رحمه الله».

(٣) التهذيب ٨: ٣٤ ح ١٠٥، الاستبصار ٣: ٢٧٥ ح ٩٨٠، الوسائل ١٥: ٣٧٠ ب «١١» من أبواب أقسام الطلاق.

الثاني: إذا دخل المحلّل فادّعت الإصابة، فإن صدّقها حلّت للأول، وإن كذّبها قيل: يعمل الأول بما يغلب على ظنّه من صدقها أو صدق المحلّل. ولو قيل: يعمل بقولها على كلّ حال كان حسناً، لتعذّر إقامة البيّنة لما تدّعيه.

وكما يقبل قولها في حقّ المطلّق يقبل في حقّ غيره. وكذا الحكم في كلّ امرأة كانت مزوّجة وأخبرت بموته أو فراقه وانقضاء العدّة في وقت محتمل. ولا فرق بين أن تعيّن الزوج وعدمه،ولا بين إمكان استعلامه وعدمه، وإن كان طريق الورع غير خفيّ بسؤال المعلوم والتوقّف مع ظنّ كذبها.

ولو كذّبها المطلّق لم يكن له نكاحها. ولو قال بعد ذلك: تبيّنت صدقها لم يمنع من نكاحها، لأنه ربما انكشف له خلاف ما ظنّه.

ولو عيّنت الزوج فكذّبها في أصل النكاح احتمل تصديقُها في التحليل وإن لم يثبت عليه موجب الزوجيّة، لوجود المقتضي لقبول قولها مع عدم تكذيبه، وهو إمكان صدقها مع تعذّر إقامة البيّنة على جميع ما تدّعيه، ومجرّد إنكاره لا يمنع صدقها في نفس الأمر، وعدمُه نظراً إلى تقديم قوله لأنه منكر، واستصحاباً للأصل، ولإمكان إقامة البيّنة على أصل التزويج. وفيه: أنه لا منافاة بين الأمرين، لأنّا لا نقبل قولها إلّا في حقّها خاصّة. والأصل لو عارض لقدح في أصل دعواها مطلقاً.

قوله: «إذا دخل المحلّل .... الخ».

القول الأول للشيخ في المبسوط[1]. ووجهه: تعذّر إقامة البيّنة، والظنّ

---

(١) المبسوط ٥: ١١١.

الثالث: لو وطئها محرّماً كالوطء في الإحرام أو في الصوم الواجب، قيل: لا تحلّ، لأنه منهيّ عنه، فلم يكن مراداً للشارع. وقيل: تحلّ، لتحقّق النكاح المستند إلى العقد الصحيح.

مناط الأحكام الشرعيّة غالباً فيرجع إليه. والأقوى ما اختاره المصنّف، لما ذكره من تعذّر إقامة البيّنة، مع أنها تصدّق في شرطه ـ وهو انقضاء العدّة ـ فكذا في سببه، ولأنه لولاه لزم الحرج والضرر كما أشرنا[1] إليه سابقاً. وإنّما يقبل قولها فيما يتعلّق بها من حلّ النكاح ونحوه لا في حقّه، فلا يلزمه إلّا نصف المهر، حتى لو أنكر أصل العقد لم يلزمه المهر وإن قبل قولها في التزويج.

قوله: «لو وطئها محرّماً .... الخ».

إذا وطئها المحلِّل وطئاً محرَّماً ـ كوطئها في إحرام أحدهما، أو صوم أحدهما الواجب كرمضان، أو حيضها، أو على ظنّ أنها أجنبيّة، أو بعدما حرمت عليه بالظهار، أو في العدّة عن وطء شبهة وقع في نكاحه إيّاها، أو وطئها لدون تسع سنين ـ ففي إفادته الحلّ قولان:

أحدهما: العدم، ذهب إليه الشيخ[2] وابن الجنيد[3]، لأن الوطء المذكور منهيّ عنه فلا يكون مراداً للشارع حيث علّق عليه الحلّ بقوله تعالى: ﴿**حتى تنكح زوجاً غيره**﴾[4] وقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «حتى يذوق عسيلتك»[5] فإن

---

(١) في ص: ١٨٠.

(٢) المبسوط ٥: ١١٠، الخلاف ٤: ٥٠٤ مسألة (٩).

(٣) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٥٩٢.

(٤) البقرة: ٢٣٠.

(٥) مرّ ذكر مصادره في ص: ١٦٣، هامش (٢).

. . . . . .

المراد به الوطء المحلَّل، لأن الله ورسوله لا يبيحان المحرَّم. ولأن النهي يدلّ على فساد المنهيّ عنه فلا يترتّب عليه أثره. ولأن الإباحة تعلّقت بشرطين النكاح والوطء، وإذا كان النكاح محرَّماً لم يفد الحلّ للأول، فكذا الوطء.

ويضعّف بأن الوطء بالنسبة إلى حلّها للأول من قبيل الأسباب، والحال لا يفترق فيها بين إباحتها وعدمه. والآية والرواية لا تقتضيان إباحة الوطء بل تعليق الحلّ عليه، وأحدهما غير الآخر. ونمنع دلالة النهي على فساد غير العبادة. وإلحاق إباحة الوطء بإباحة النكاح قياس. ولأن النكاح إذا أُطلق لا يحمل إلّا على الصحيح وذلك يقتضي كونه جائزاً، بخلاف الوطء.

والثاني: الإباحة به، لتناول قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ له حيث جعل نهاية التحريم نكاح الغير وقد حصل، وهو أعمّ من المباح وغيره كما مرّ. وهذا هو الأقوى.

وفي إلحاق الوطء المحرَّم بعارض ضيق وقت الصلاة ونحوها بالأول وجهان، من اشتراكهما في المقتضي، ووجود الفارق حيث إن تحريم الوطء هنا ليس لكونه وطئاً بل لتضمّنه ترك الواجب، بخلاف المتنازع. والأقوى الفرق لو قيل به في الأول.

المقصد الثالث: في الرجعة.

تصحّ المراجعة نطقاً كقوله: راجعتك، وفعلاً كالوطء. ولو قبّل أو لامس بشهوة كان ذلك رجعة، ولم يفتقر استباحته إلى تقدّم الرجعة، لأنّها زوجة.

قوله: «في الرجعة ..... الخ».

هي ـ لغةً ـ المرّة من الرجوع. وشرعاً: ردّ المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدّة كما يؤخذ[١] ممّا سيأتي[٢]. ولو أردت بيان المرأة الرجعيّة قلت: هي المطلّقة بعد الدخول بلا عوض ولا استيفاء عدد. والأصل فيها قبل الاجماع قوله تعالى: ﴿وبعولتهنّ أحقّ بردّهنّ في ذلك﴾ أي: في العدّة ﴿إن أرادوا إصلاحاً﴾[٣] أي: رجعة، وقوله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾[٤] وقوله تعالى: ﴿وإذا طلّقتم النساء فبلغن أجلهنّ فأمسكوهنّ بمعروف﴾[٥] أي: قاربن بلوغ الأجل وهو انقضاء العدّة. وأما الأخبار[٦] فيها فكثيرة.

قوله: «تصحّ المراجعة .... الخ».

الرجعة تصحّ بالقول إجماعاً، أو بالفعل عندنا وعند بعض العامّة[٧].

والأول: إما صريح في معناها كقوله: راجعتك، ورجعتك، وارتجعتك،

---

(١) في «ح، ش، م»: يوجد.

(٢) في ص: ١٨٦.

(٣ ـ ٥) البقرة: ٢٢٨ و ٢٢٩ و ٢٣١. وفي النسخ وإحدى الحجريّتين تتمّة الآية الأخيرة: أو فارقوهنّ بمعروف، وتمامها في سورة البقرة: أو سرّحوهنّ بمعروف، ولعلّها اشتبهت عليه قدّس سرّه بالآية «٢» من سورة الطلاق.

(٦) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٤٨ ب «٢» من أبواب أقسام الطلاق، و ص ٣٧١ ب «١٣» و «١٤» وغيرها.

(٧) الحاوي الكبير ١٠: ٣١٠ ـ ٣١١، اللباب في شرح الكتاب ٣: ٥٤، المبسوط للسرخسي ٦: ٢١ ـ ٢٢.

مطلقاً. وأصرح منه إضافة قوله: إلى نكاحي، ونحوه. ودونه كقوله: رددتك، وأمسكتك، فقيل بالاكتفاء بهما أيضاً، لورودهما في القرآن كناية عنها في قوله تعالى: ﴿ وبعولتهنّ أحقّ بردّهنّ في ذلك ﴾[١] وقوله ﴿ فإمساك بمعروف ﴾[٢]. وقيل: إنهما كناية فيفتقران إلى نيّتها، لاحتمالهما غيرها كالامساك باليد أو في البيت ونحوه. وهو أولى. ودون ذلك كلّه: تزوّجتك، وأعدتك إلى النكاح، ورفعت تحريم نكاحك، وأعدت حلّه، ونحو ذلك. وفي الاكتفاء به قولان، من أن المعتبر في الرجعة ما يدلّ على إرادة النكاح وكلّ ذلك دالّ عليها، ولأنها تصحّ بالفعل فلا تعتبر صيغة معيّنة. وهذا أقوى[٣]. ووجه العدم: أن الأسباب الشرعيّة تتوقّف على وضع الشارع. وفيه: تضييق لم يثبت، والمعلوم توقّف أصلها لا اللفظ الدالّ عليها.

والثاني: كإشارة الأخرس وسيأتي[٤]، وكالوطء ومقدّماته من النظر والتقبيل واللمس بقصد الرجوع أو مع عدم قصد غيره، لدلالته على الرجعة كالقول، وربما كان أقوى منه. ولا تتوقّف إباحته على تقديم رجعة، لأنها زوجة فيباح الفعل بذلك وتحصل به الرجعة. ويشترط وقوعه بالقصد، فلو وقع سهواً أو بظنّ كونها الزوجة لم يفد الرجعة قطعاً.

ولو أوقعه بقصد عدم الرجعة أولا بقصدها إن اعتبرناه فعل حراماً، لانفساخ النكاح بالطلاق وإن كان رجعيّاً، لأن فائدة الرجعي جواز الرجوع فيها

(١ و ٢) البقرة: ٢٢٨ ـ ٢٢٩.

(٣) في «ح، ش، م»: قويّ.

(٤) في ص: ١٩٣.

ولو أنكر الطلاق كان ذلك رجعة، لأنه يتضمّن التمسّك بالزوجيّة.

لابقاؤه بحاله، وإلّا لم تَبِن بانقضاء العدّة، لكن لا حدّ عليه وإن كان عالماً بالتحريم، لعدم خروجها عن حكم الزوجة رأساً، ولقيام الشبهة، بل التعزير على فعل المحرّم إلّا مع الجهل بالتحريم.

ثم إن لم يراجعها فعليه مهر المثل، لظهور أنها بانت بالطلاق، إذ ليس هناك سبب غيره. وإن راجعها بعد ذلك ففي سقوطه وجهان، من وقوع الوطء في حال ظهور خلل النكاح وحصول الحيلولة بينهما، ومن ارتفاع الخلل أخيراً وعودها إلى صلب النكاح الأول، ومن ثم لو طلّقها بائناً[1] كان طلاق مدخول بها نظراً إلىالدخول الأول، ولأن الرجعة ـكما علم من تعريفها ـ بأنها[2] ردّ نكاح زال بطلاق يملك الزوج رفعه في العدّة.

ومثله ما لو ارتدّت المرأة بعد الدخول فوطئها الزوج في مدّة العدّة وعادت إلى الاسلام، أو أسلم أحد المجوسيّين أو الوثنيّين ووطئها ثم أسلم المتخلّف قبل انقضاء العدّة. وأولى هنا بعدم ثبوت المهر، لأن أثر الطلاق لا يرتفع بالرجعة بل يبقى نقصان العدد، فيكون ما بعد الرجعة وما قبل الطلاق بمثابة عقدين مختلفين، وأثر الردّة وتبديل الدين يرتفع بالاجتماع في الاسلام، فيكون الوطء مصادفاً للعقد الأول. ولو قيل بوجوب المهر هنا وبعدمه في تبديل الدين كان حسناً.

قوله: «ولو أنكر الطلاق .... الخ».

المشهور بين الأصحاب أن إنكار الطلاق من الأقوال المفيدة للرجعة،

---

(١) في «ح»: ثانياً.

(٢) وردت كلمة «بأنها» في النسخ الخطّية والحجريّتين، والظاهر أنها زائدة، راجع الجواهر ٣٢: ١٨٢.

. . . . . .

لدلالته على التمسّك بالزوجيّة، ولأنّه أبلغ من الرجعة بألفاظها المشتقّة منها وما في معناها، لدلالتها على رفعه في غير الماضي ودلالة الإنكار على رفعه مطلقاً. وهذا آتٍ في إنكار كلّ ما يجوز فيه الرجوع والفسخ من العقود. وقد تقدّم الخلاف في كونه رجوعاً في الوصيّة[1] من حيث إنه أعمّ من قصد الرجوع، ومن الجائز أن يكون الباعث على الإنكار عدم التفطّن إلى وقوع ما أنكره ولو ذكره لم يرجع. وظاهرهم الاتّفاق على كونه هنا رجوعاً، ولعلّ الوجه في اختصاصه بذلك ورود النصّ الصحيح به هنا دون غيره، فيبقى ما عداه على ما يقتضيه النظر، ففي رواية أبي ولّاد الصحيحة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن امرأة ادّعت على زوجها أنه طلّقها تطليقة وأشهد لها شهوداً على ذلك، ثم أنكر الزوج بعد ذلك، فقال: إن كان أنكر الطلاق قبل انقضاء العدّة فإن إنكاره الطلاق رجعة، وإن كان أنكر الطلاق بعد انقضاء العدّة فإن على الامام أن يفرّق بينهما»[2] الحديث.

وبهذا يندفع ما قيل: إن الرجعة مترتّبة على الطلاق وتابعة له، وإنكار المتبوع يقتضي إنكار التابع، فلا يكون رجعة وإلا لكان الشيء سبباً في النقيضين. لأن الشارع إذا جعل إنكار الطلاق رجعة فقد قطع التبعيّة المذكورة، أو يجعل الإنكار كناية عن الرجعة ولا يراد منه حقيقته، فإن المقصود حينئذٍ من إنكار الطلاق إعادة النكاح المتحقّق في الرجعة بكلّ لفظ دلّ

---

(١) لم نجده في كتاب الوصيّة، راجع ج ٦: ١٣٥ ـ ١٣٦.

(٢) الكافي ٦: ٧٤ ح ١، التهذيب ٨: ٤٢ ح ١٢٩، الوسائل ١٥: ٣٧٢ ب (١٤) من أبواب أقسام الطلاق.

ولا يجب الإشهاد في الرجعة، بل يستحبّ.

عليه وهذا منه.

قوله: «ولا يجب الإشهاد .... الخ».

الإشهاد على الرجعة غير واجب عندنا، للأصل، ولكن يستحبّ لحفظ الحقّ ودفع النزاع. ولأنه لا يقبل قوله فيها على بعض الوجوه ـ كما سيأتي[١] ـ وربما كان محقّاً. ولقول الباقر عليه السلام في حسنة محمد بن مسلم: «الطلاق لا يكون بغير شهود، والرجعة بغير شهود رجعة، ولكن يشهد فهو أفضل»[٢] وقول الصادق عليه السلام في حسنة الحلبي في الذي يراجع ولم يشهد: «قال: يشهد أحبّ إليّ، ولا أرى بالذي صنع بأساً»[٣].

وأوجبه بعض العامّة[٤] فيها للأمر به في قوله تعالى: ﴿ **وأشهدوا ذوي عدلٍ منكم** ﴾ بعد قوله: ﴿ **فأمسكوهنّ بمعروفٍ أو فارقوهنّ بمعروف** ﴾[٥] وليس الأمر متعلّقاً بقوله: ﴿ **فارقوهنّ** ﴾ إجماعاً، لأن المراد به ترك الرجعة وهو غير متوقّف على الإشهاد، فيكون للرجعة، لأنّها أقرب إليه من الطلاق. وقد تقدّم[٦] جملة من الروايات عن أئمّتنا عليهم السلام أن الأمر متعلّق بالطلاق وإن بعد. ومنهم[٧] من حكم بالاستحباب أيضاً، وحمل الأمر عليه كما في قوله تعالى:

---

(١) في ص: ١٩٧.

(٢) الكافي ٦: ٧٣ ح ٣، التهذيب ٨: ٤٢ ح ١٢٨، الوسائل ١٥: ٣٧١ ب (١٣) من أبواب أقسام الطلاق ح ٣.

(٣) الكافي ٦: ٧٢ ح ١، التهذيب ٨: ٤٢ ح ١٢٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

(٤) الحاوي الكبير ١٠: ٣١٩، حلية العلماء ٧: ١٢٧.

(٥) الطلاق: ٢.

(٦) في ص: ١١١.

(٧) الحاوي الكبير ١٠: ٣١٩، حلية العلماء ٧: ١٢٧، المغني لابن قدامة ٨: ٤٨٣.

ولو قال : راجعتك إذا شئتِ ، أو إن شئتِ ، لم يقع ولو قالت : شئت . وفيه تردّد .

ولو طلّقها رجعيّة فارتدّت فراجع لم يصحّ ، كما لا يصحّ ابتداء الزوجيّة . وفيه تردّد ينشأ من كون الرجعيّة زوجة . ولو أسلمت بعد ذلك استأنف الرجعة إن شاء .

﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾[١] .

قوله : « ولو قال : راجعتك ... الخ » .

القول بعدم جواز تعليق الرجعة على الشرط هو المشهور بين الأصحاب ، ذكره الشيخ في المبسوط[٢] وأتباعه[٣] والمتأخّرون[٤] . والمصنّف تردّد فيه ، من عدم الجزم بها حيث علّقها على الشرط ، وأنها إعادة للنكاح فلا يقبل التعليق كابتدائه ، ولأنها إيقاع فلا يقبله كالطلاق . ومن عموم قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «المؤمنون عند شروطهم »[٥] وأصالة الصحّة ، ويمنع من عدم الجزم مطلقاً ، أو من[٦] اشتراطه على خلاف هذا الوجه . والأشهر عدم الوقوع حتى عند من يجوّز[٧] تعليق الطلاق ، إلحاقاً لها بالنكاح .

قوله : « ولو طلّقها ... الخ » .

مبنى الحكم على أن الطلاق هل رفع حكم الزوجيّة رفعاً متزلزلاً يستقرّ

---

(١) البقرة : ٢٨٢ .

(٢) المبسوط ٥ : ١٠٦ .

(٣) راجع المهذّب ٢ : ٢٩٤ ، وإصباح الشيعة ضمن سلسلة الينابيع الفقهيّة ٢٠ : ٢٨٦ .

(٤) راجع القواعد ٢ : ٦٦ .

(٥) الوسائل ١٥ : ٣٠ ب (٢٠) من أبواب المهور ح ٤ .

(٦) في «ش» : ومن .

(٧) في «ح ، و» : حتى من مجوّز .

بانقضاء العدّة ، أو أن خروج العدّة تمام السبب في زوال الزوجيّة ؟ ويؤيّد الأول تحريم وطئها لغير الرجعة ، ووجوب المهر بوطئها على قول ، وتحريمها بـه إذا أكمل العدد. ويؤيّد الثاني عدم وجوب الحدّ بوطئها ، ووقـوع الظـهار واللـعان والإيلاء بها ، وجواز تغسيل الزوج لها وبالعكس ، فهي بمنزلة الزوجة. وإلى هذا أشار المصنّف بكونها زوجة. ولمّا كان ابتداء نكاح المرتدّة ممتنعاً بني على أن الرجعة هل هي نكاح مبتدأ، أو استدامة وإزالة لما كان طرأ عليه من السبب الذي لم يتمّ ؟

واحتجّ على عدم الجواز أيـضاً بأن الرجـوع تـمسّك بـعصم الكـوافـر ، وهو منهيّ عنه نهي فساد ، لقوله تعالى ﴿ ولا تمسكـوا بـعصم الكـوافـر ﴾[1] . وأن الرجعة إثبات لما صار بالقوّة بالفعل ، فإن الطلاق أزال قيد النكاح بـالفعل، والرجعة سبب فاعل لحصوله بالفعل ، فكان كالمبتدأ ، وشرط تحقّق الأثر مـن الفـاعل قـبول المـحلّ وبـالارتداد زال القـبول . وبأن المـقصود مـن الرجـعة الاستباحة، وهذه الرجعة لا تفيد الإبـاحة ، فـإنه لا يـجوز الاسـتمتاع بـها ولا الخلوة معها ما دامت مرتدّة. وبأنها جارية إلى البينونة وانـقطاع مـلك النكـاح، والرجعة لا تلائم حالها.

ويتفرّع على ذلك أيضاً ما لو طلّق المرتدّة في زمن العـدّة، فـإن جـعلنا النكاح مرتفعاً زمن العدّة لم يقع كما لا يقع بالأجنبيّة، وإلّا وقع. ويمكن الفرق بين الرجعة والطلاق بأن الطلاق محرّم للنكاح كالردّة فلا ينافي العدّة، فيقع مراعـىً برجوعها إلى الإسلام .

---

(١) الممتحنة : ١٠.

ولو كان عنده ذمّية فطلّقها رجعيّاً ثم راجعها في العدّة، قيل: لا يجوز، لأن الرجعة كالعقد المستأنف.

والوجه الجواز، لأنها لم تخرج عن زوجيّته، فهي كالمستدامة .

ولو طلّق وراجع، فأنكرت الدخول بها أولاً، وزعمت أنه لا عدّة عليها ولا رجعة، وادّعى هو الدخول، كان القول قولها مع يمينها، لأنها تدّعي الظاهر.

قوله: «ولو كان عنده ذمّية...الخ».

البحث في هذه كالسابقة، ويزيد هنا أنّ الذمّية لا تحرم استدامة نكاحها، فإذا لم نجعل الطلاق مزيلاً للنكاح الأول رأساً جازت الرجعة، بخلاف المرتدّة، لتحريم نكاحها حينئذٍ.

والأقوى جواز الرجعة هنا، لأن العائد بالرجعة هو النكاح الأول، فكان في حكم المستدام،وأثره لم يزل بالكلّية بل يتوقّف على انقضاء العدّة، ومن ثم جاز وطؤها بنيّة الرجعة بغير لفظ يدلّ عليه، ولا شيء ممّن ليست بزوجة يجوز وطؤها كذلك. ولأن النكاح لو زال لكان العائد بالرجعة إما الأول أو غيره، والأول يستلزم إعادة المعدوم، والثاني منتفٍ إجماعاً وإلّا لتوقّف على رضاها،فالنكاح الأول باقٍ غايته أنه متزلزل،واستدامته غير ممتنعة بالذمّية . هذا إذا منعنا ابتداء نكاحها وإلا سقط التفريع.

قوله: «ولو طلّق وراجع...الخ».

الأولى التعليل بأنها تدّعي ما يوافق الأصل، لأن الأصل عدم الدخول، وأما الظاهر فقد يتخلّف مع الخلوة حيث لا نجعلها موجبة للدخول. وعلى كلّ حال لا شبهة في تقديم قولها مع يمينها، فإذا حلفت بطلت رجعته في حقّها، ولا نفقة لها

ولا سكنى، ولا عدّة عليها، ولها أن تنكح في الحال، وليس له أن ينكح أُختها ولا أربعاً سواها [خاصّة][1] لاعترافه بأنها زوجة.

ولو كانت دعواه أنّي طلّقتها بعد الدخول فلي الرجعة فالحكم كذلك، إلّا أن نكاح أُختها هنا والأربع سواها متوقّف على مضيّ زمان تنقضي به عدّتها.

وعلى التقديرين فهو مقرّ لها بكمال المهر وهي لا تدّعي إلّا النصف، فإن كانت قد قبضت المهر فليس له مطالبتها بشيء، وإن لم تكن قبضته فليس لها إلّا أخذ النصف. فإذا أخذته ثم عادت واعترفت بالدخول فهل لها أخذ النصف الآخر، أم لابدّ من إقرار مستأنف من جهة الزوج؟ وجهان . وينبغي أن يأخذ الحاكم النصف الذي لا يدّعيه[2] الزوج من يده أو يدها، لأنه مال لا يدّعيه أحد وحفظ مثله وظيفة الحاكم.

ولو انعكس الحكم، فادّعت المرأة الدخول وأنكر الزوج فالقول قوله عملاً بالأصل. فإذا حلف فلا رجعة له، ولا سكنى ولا نفقة لها، وعليها العدّة، ويرجع عليها بنصف الصداق إن كانت قبضته، وإلّا رجعت هي بالنصف. ولو عادت وكذّبت نفسها لم تسقط العدّة. ولا فرق بين أن يكون الاختلاف في الدخول قبل جريان الخلوة وبعدها على الأقوى، وإن كانت الخلوة ترجّح جانب مَنْ يدّعي الدخول فيتعارض الأصل والظاهر ، لأن الأصل أقوى.

---

(١) من «ش ، م» والحجريّتين .

(٢) في «ح»: لا تدّعيه الزوجة.

ورجعة الأخرس بالإشارة الدالّة على المراجعة . وقيل: بأخذ القناع عن رأسها. وهو شاذّ.

وإذا ادّعت انقضاء العدّة بالحيض في زمان محتمل، فأنكر، فالقول قولها مع يمينها.

ولو ادّعت انقضاءها بالأشهر لم يقبل ، وكان القول قول الزوج، لأنّه اختلاف في زمان إيقاع الطلاق.

وكذا لو ادّعى الزوج الانقضاء، فالقول قولها، لأن الأصل بقاء الزوجيّة أولاً.

ولو كانت حاملاً فادّعت الوضع قبل قولها، ولم تكلّف إحضار الولد.

قوله: «ورجعة الأخرس...الخ».

رجعة الأخرس كغيرها من عقوده وإيقاعاته تكون بالإشارة المفهمة لها. وهذا هو المشهور بين الأصحاب. والقول بأنها تكون بأخذ القناع لابني بابويه[١]، أخذاً من طلاقه بوضع القناع على رأسها المرويّ[٢] تَمّ بطريق السكوني، فيكون ضدّ العلامة علامة الضدّ. والأصل ممنوع، والقياس باطل. نعم، لو أفاد ذلك الرجعة كان من جملة إشاراته الدالّة عليها لا[٣] أنه سبب برأسه.

قوله: «وإذا ادّعت انقضاء...الخ».

سيأتي[٤] أن العدّة تكون بالحيض وبوضع الحمل وبالأشهر، فإذا اختلفا بعد

---

(١) في «ح ، ط» : لابن بابويه، راجع المقنع: ١١٩ ، وحكاه عن والده في الفقيه ٣ : ٣٣٣ ذيل ح ١٦١٣ .

(٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٠٠ ب «١٩» من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٣.

(٣) في «ش ، ط» والحجريّتين : إلا .

(٤) في ص : ٢١٣ .

الطلاق فادّعت المرأة انقضاء العدّة لتمنعه من الرجعة وادّعى هو بقاءها، فإن كانت من ذوات الحيض وادّعت انقضاءها في زمان يحتمل انقضاؤها فيه شرعاً وإن بعد عادة فالقول قولها مع يمينها، لأن النساء مؤتمنات في أرحامهنّ وقد قال تعالى: ﴿ولا يحلّ لهنّ أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهنّ﴾[١] ولولا أن قولهنّ مقبول لم يأثمن بالكتمان، لأنه لا اعتبار بكتمانهنّ حينئذٍ نظير قوله تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة﴾.[٢] وروى زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام قال: «العدّة والحيض للنساء إذا ادّعت صدّقت».[٣] وسيأتي[٤] أن أقلّ المدّة المحتملة لانقضاء عدّة الحرّة بالحيض ستّة وعشرون يوماً ولحظتان. ولا فرق في ذلك بين مستقيمة الحيض والطهر زيادة على ذلك وغيرها، لعموم النصّ، وإمكان تغيّر العادة.

وينبغي استفصالها مع التهمة وسؤالها كيف الطهر والحيض؟ وفي بعض الأخبار[٥] أنه لا يقبل منها غير المعتاد إلّا بشهادة أربع من النساء المطّلعات على باطن أمرها. وقرّبه الشهيد في اللمعة[٦]. ولا بأس به مع التهمة وإن

---

(١) البقرة: ٢٢٨.

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) الكافي ٦: ١٠١ ح ١، التهذيب ٨: ١٦٥ ح ٥٧٥، الاستبصار ٣: ٣٥٦ ح ١٢٧٦، الوسائل ١٥: ٤٤١ ب (٢٤) من أبواب العدد ح ١.

(٤) في ص: ٢٢٥.

(٥) التهذيب ١: ٣٩٨ ح ١٢٤٢ و٦: ٢٧١ ح ٧٣٣، الاستبصار ١: ١٤٨ ح ٥١١ و ٣: ٣٥٦ ح ١٢٧٧، الوسائل ٢: ٥٩٦ ب (٤٧) من أبواب الحيض ح ٣، و١٨: ٢٦٦ ب (٢٤) من أبواب الشهادات ح ٣٧.

(٦) اللمعة الدمشقيّة: ١٢٤.

ضعف مأخذه[١].

وحيث لا يقبل منها [غير المعتاد][٢] إما لدعواها انقضاءها قبل وقت الإمكان، أو لكونه خلاف المعلوم من عادتها، فجاء وقت الإمكان نظر إن كذّبت نفسها أو قالت : غلطت، وابتدأت دعوى الانقضاء صدّقت بيمينها. وإن أصرّت على الدعوى الأُولى ففي تصديقها الآن وجهان، من فساد الدعوى الأُولىٰ فلا يترتّب عليها أثر ولم تدّع غيرها، ومن أن إصرارها عليها يتضمّن دعوى الانقضاء الآن والزمان زمان الإمكان.

وإن كانت من ذوات الحمل فادّعت وضعه صدّقت أيضاً بيمينها مع إمكانه، لما تقدّم . ويختلف الإمكان بحسب دعواها، فإن ادّعت ولادة ولد تامّ فأقلّ مدّة تصدَّق فيها ستّة أشهر ولحظتان من يوم النكاح، لحظة لإمكان الوطء ولحظة للولادة، فإن ادّعت أقلّ من ذلك لم تصدّق. وإن ادّعت سقطاً مصوّراً أو مضغة أو علقة اعتبر إمكانه عادة. وربما قيل: إنه مائة وعشرون يوماً ولحظتان في الأول، وثمانون يوماً ولحظتان في الثاني، وأربعون يوماً ولحظتان في الثالث، لقوله صلّى الله عليه وآله : «يجمع أحدكم في بطن أُمّه أربعون يوماً نطفة، وأربعون يوماً علقة،

---

(١) في هامش «و» : «لأنه رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام، عن أبيه عليه السلام أن عليّاً عليه السلام قال في امرأة ادّعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر، قال: كلّفوا نسوة من بطانتها أن حيضها كان فيما مضى على ما ادّعت، فإن شهدت صدّقت، وإلّا فهي كاذبة. والشيخ حملها على من كانت متّهمة بقرينة دعوى ثلاث حيض في شهر، فلو انتفت التهمة رجع إليها قطعاً. منه رحمه الله». لاحظ التهذيب ٨ : ١٦٦ ذيل ح ٥٧٦ ، الاستبصار ٣ : ٣٥٧ ذيل ح ١٢٧٧.

(٢) من «و» فقط .

ولو ادّعت الحمل، فأنكر الزوج، وأحضرت ولداً، فأنكر ولادتها له، فالقول قوله، لإمكان إقامة البيّنة بالولادة .

وأربعون يوماً مضغة، ثم تنفخ فيه الروح»[١]. وحيث قدّم قولها في ذلك لم تكلّف إحضار الولد، لعموم الأدلّة[٢]، ولجواز موته وتعذّر إحضاره.

وإن ادّعت الانقضاء بالأشهر فالقول قول الزوج مع يمينه، لأنّ هذا الاختلاف راجع في الحقيقة إلى وقت الطلاق والقول قوله فيه كما يقدّم قوله في أصله. ولأنّه مع دعوى بقاء العدّة يدّعي تأخّر الطلاق والأصل فيه معه، لأصالة عدم تقدّمه في الوقت الذي تدّعيه. هذا إذا لم يتّفقا على وقت الايقاع، وإلّا رجع إلى الحساب .

ولو انعكس الفرض فادّعت بقاء العدّة لتطالب بالنفقة، وادّعى الانقضاء، قدّم قولها في الجميع. أما في الأوّلين فظاهر. وأما في الأخير فلأن الأصل حينئذٍ معها، لأصالة عدم تقدّم الطلاق وبقاء الزوجيّة الثابتة[٣] أولاً إلى أن يظهر زوالها.

قوله: «ولو ادّعت الحمل....الخ».

ما تقدّم من تقديم قولها في الوضع حكم ما لو اتّفقا على الحمل وأنه منه، فيرجع إليها في ولادته، للآية[٤] والخبر[٥]. أما لو ادّعت الحمل والوضع وأنكره الزوج فالقول قوله، لأصالة عدم الحمل . ولا فرق في تقديم قوله بين أن تحضر ولداً وتدّعي ولادته وعدمه، لإمكان إقامتها البيّنة على ولادته، فلا يلحق به

---

(١) مسند الحميدي ١: ٦٩ ح ١٢٦، مسند أحمد ١: ٣٨٢، مع اختلاف في بعض اللفظ .

(٢ و ٥) كالتي تقدّمت في ص: ١٩٤، هامش (٣)، وانظر أيضاً الوسائل ١٥: ٤٤١ ب (٢٤) من أبواب العدد ح ٢ .

(٣) في «ح، ش، ط»: الثانية .

(٤) البقرة: ٢٢٨ .

وإذا ادّعت انقضاء العدّة، فادّعى الرجعة قبل ذلك، فالقول قول المرأة.

ولو راجعها، فادّعت بعد الرجعة انقضاء العدّة قبل الرجعة، فالقول قول الزوج، إذ الأصل صحّة الرجعة.

بمجرّد دعواها، لجواز التقاطها له، وإنما يلزمه الاعتراف بما يعلم ولادته على فراشه لا بما تدّعي المرأة ولادته كذلك. وحينئذٍ فلا يحكم بانقضاء العدّة بذلك، بل يفتقر إلى مضيّ مدّة الأقراء أو الأشهر، ويرجع إليها فيهما كالأول وإن كذِّبت في الآخر. ويأتي في إصرارها على هذه الدعوى مع مضيّ زمن يمكن فيه انقضاؤها بغيرها ما سبق .

قوله: «وإذا ادّعت انقضاء...الخ».

المراد في الأول: أنهما اتّفقا على انقضاء العدّة ولكن ادّعى الزوج الرجعة قبل انقضائها وأنكرت هي. ووجه تقديم قولها حينئذٍ: أن الأصل عدم تقدّم الرجعة في الوقت الذي يدّعيه.

وفي الثاني: أنهما اتّفقا على حصول الرجعة ولكن اختلفا في وقوعها في العدّة أو بعدها، فادّعى وقوعها فيها وأنكرت المرأة. وقد حكم المصنّف والعلّامة[1] تبعاً للشيخ[2] أن القول قول الزوج، لاتّفاقهما على حصول رجعة ثم هي تدّعي فسادها بوقوعها بعد العدّة وهو يدّعي صحّتها ومدّعي الصحّة مقدّم. ويؤيّد ذلك أصالة بقاء الزوجيّة، لأنها كانت مستمرّة في زمن العدّة الرجعيّة حيث

---

(١) قواعد الأحكام ٢ : ٦٦.

(٢) المبسوط ٥ : ١٠٧.

إنها [كانت][١] بحكم الزوجة، والأصل عدم زوال ذلك المعلوم.

ويشكل الفرق بين المسألتين، لأن تقديم قولها في الأول يوجب وقوع الرجعة فاسدة، لكونها بعد انقضاء العدّة، ومدّعي الصحّة مقدّم، غايته أن معها أصالة عدم تقدّمها لكن ذلك لا يعارض دعوى الصحّة لأنها أقوى، ومن ثمّ قدّم مدّعي العقد الصحيح والإيقاع الصحيح مع معارضة أصل عدم جمعه للشرائط وأصالة بقاء الملك على مالكه وغير ذلك من الأُصول. ولو نظر إلى أصالة عدم تقدّم ما هو حادث اتّجه تقديم قولها في الموضعين، لأصالة عدم تقدّم الرجعة فيهما.

ويمكن الفرق بين المسألتين بأن الزوجين في الثانية متّفقان على وقوع رجعة وإنما اختلافهما في صحّتها وفسادها، فلذلك قدّم [قول][٢] مدّعي الصحّة، بخلاف الأُولى، فإنّهما لم يتصادقا على الرجعة وإنّما ادّعاها الزوج في وقت ليس له إنشاؤها، فلا يقبل إقراره بها. وقوله في الأُولى: «فالقول قول المرأة» يريد به في عدم الرجعة قبل انقضاء العدّة أعمّ من وقوعها وعدمه أو في عدم الرجعة أصلاً، فيتمّ الفرق.

والتحقيق في هذه المسألة وراء هذا كلّه أن نقول: على تقدير اتّفاقهما على الرجعة في الجملة فهذا الاختلاف لا يخلو: إمّا أن يقع في عدّة يرجع إليها فيها كالعدّة بالحمل والأقراء، أو لا كالعدّة بالأشهر. ثمّ إما أن يتّفقا على وقت أحدهما ويختلفا في الآخر، أو يطلقا الدعوى مجرّدة عن التوقيت. ثمّ إما أن يكون هذا

---

(١) من الحجريّتين.

(٢) من «و» فقط.

. . . . . .

الاختلاف قبل أن تنكح زوجاً آخر، أو بعده. فهنا صور يظهر بتحريرها حكم المسألة.

الأُولى: أن يتّفقا على وقت انقضاء العدّة كيوم الجمعة، فقال الزوج: راجعت يوم الخميس، وقالت: بل راجعت يوم السبت، فالقول قولها مع يمينها. ولا فرق هنا بين العدد، لأن وقت انقضاء العدّة متّفق عليه والاختلاف في أنه هل راجع قبله؟ والأصل أنه ما راجع سابقاً ، لأن الرجعة أمر حادث والأصل عدم تقدّمها في كلّ وقت يحصل فيه الاختلاف. وأيضاً فالزوج يدّعي بعد انقطاع سلطنته أنه راجع قبله فلا يسمع قوله، كما لو ادّعى الوكيل بعد العزل أنه تصرّف قبله، أو الوليّ بعد زوال ولايته أنّه زوّج المولّى عليه أو باع ماله، ونحو ذلك.

وفي هذه الصورة وجهان آخران دون ما ذكرناه في القوّة:

أحدهما:تقديم قول الزوج، لأن الرجعة تتعلّق به وهو أعلم بفعله، ولأنه يستبقي النكاح فالأصل فيه معه.

ويضعّف الأول بأن الرجعة ممّا يمكن فيها إقامة البيّنة فلا يقبل فيها قول مدّعي الفعل، كاعتداد المرأة بالأشهر بخلاف عدّتها بما لا يمكن فيه إقامة البيّنة أو يتعسّر. والثاني بأن النكاح قد انقطع بانقضاء العدّة، وإنّما يدّعي هو إحداث سبب يقتضي بقاءه وهو الرجعة وهي تنكره والأصل عدمه.

وثانيهما: تقديم قول المبتدىء بالدعوى وقد صادقه الآخر فيها، فإذا قالت مثلاً: انقضت عدّتي يوم الجمعة، وصادقها الزوج وقال: رجعت يوم الخميس، فهي المصدّقة، لأن قولها في انقضاء العدّة مقبول متّفق عليه، وإذا حكم به لم يلتفت إلى ما يلحقه من دعوى الرجعة بعد ذلك. وإن قال الزوج أولاً: راجعتك يوم الخميس

. . . . . .

فهو المصدّق، لاستقلاله بالرجعة المتّفق عليها القاطعة للعدّة، وإذا صحّحنا الرجعة منه لم يعتبر قولها: إنّك راجعت يوم السبت . فإن تساوق كلامهما سقط هذا الوجه وبقي ما سبق. وهذا الوجه أضعف من السابق.

الثانية: أن يتّفقا على وقت الرجعة كيوم الجمعة وقالت: انقضت عدّتي يوم الخميس، وقال الزوج: بل يوم السبت، فالقول قول الزوج مع يمينه، لأن وقت الرجعة متّفق عليه، والأصل أن العدّة لم تنقض قبله.

وفي هذه الصورة الوجهان الآخران:

فالأول: تقديم قول المرأة مع يمينها، لأنها المصدَّقة في انقضاء العدّة، وقد ادّعت أنه انقضى قبل أن يراجع . وهذا الوجه أقوى حيث تكون العدّة ممّا يقبل قولها فيها بأن ترتّبت على الحيض أو الوضع، لأن الرجوع إليها في ذلك يقتضي ترتّب أثره عليه وأهمّه حكم الرجعة. ولو ترتّبت على الأشهر اتّجه تقديم قوله، لأصالة عدم انقضائها.

والثاني: تقديم قول السابق بالدعوى كما سبق.

الثالثة: أن لا يتّفقا على وقت أحدهما، بل يقتصر الزوج على أن الرجعة سابقة، والزوجة على أن انقضاء العدّة سابق. وهنا ينبغي أن يكون موضوع فتوى المصنّف وتوجيه ما علّل به الحكم في المسألتين. والوجه في الأُولى ما اختاره من تقديم قول الزوجة مطلقاً، لأن المفروض انقضاء العدّة قبل النزاع، والأصل عدم تقدّم الرجعة في وقت العدّة. ولا يقدح فيه كونها بعده[1] غير صحيحة، لأن القدر المتّفق عليه بينهما تلفّظه بالرجوع وأما اجتماع شرائطه المقتضية لعود

(١) في «و ، م» : بعدة .

. . . . . .

الزوجيّة فأمر خارج عن النزاع. والفرق بينه وبين تنازعهما في الصحّة والفساد لا يخلو من إشكال. وفي الثانية تقديم قولها مع كون العدّة ممّا يرجع إليها فيها، وقولهِ فيما إذا كانت بالأشهر لما ذكرناه. هذا كلّه إذا كان الاختلاف قبل أن تتزوّج بغيره.

الرابعة: أن يقع النزاع بعدما نكحت غيره. فإذا نكحت ثم جاء الأول وادّعى الرجعة ـ سواء عذّرهما في النكاح لجهلهما بالرجعة، أم نسبهما إلى الخيانة والتلبيس ـ نظر إن أقام عليها بيّنة فهي زوجة الأول، سواء دخل بها الثاني أم لم يدخل، ويجب لها مهر المثل على الثاني إن دخل بها.

وإن لم تكن بيّنة وأراد التحليف سمعت دعواه على كلّ منهما، فإن ادّعى عليها فأقرّت له بالرجعة لم يقبل إقرارها على الثاني. وفي غرمها للأول مهر المثل لتفويت البضع عليه قولان تقدّم البحث فيهما في النكاح[1]. وإن أنكرت فهل تحلَّف ؟ فيه وجهان مبنيّان على أنها هل تغرم له لو أقرّت أم لا ؟ فإن لم نقل بالغرم فلا وجه للتحليف، لأن الغرض منه الحمل على الإقرار ولا فائدة فيه. فإن قلنا بالتحليف فحلفت سقطت دعوى الزوج. وإن نكلت حلف وغرّمها مهر المثل، ولا يحكم ببطلان النكاح الثاني وإن جعلنا اليمين المردودة كالبيّنة ، لأنها إنما تكون كذلك في حقّ المتداعيين خاصّة. وربما احتمل بطلان النكاح على هذا التقدير لذلك. وهو ضعيف.

فإذا انقطعت الخصومة معها بقيت على الزوج الثاني.ثم إن أنكر صدِّق بيمينه، لأن العدّة قد انقضت، والنكاح وقع صحيحاً في الظاهر، والأصل عدم الرجعة. وإن نكل ردّت اليمين على المدّعي، فإن حلف حكم بارتفاع النكاح

---

(١) في ج ٧: ١١٠ ـ ١١١.

ولو ادّعى أنه راجع زوجته الأمة في العدّة، فصدّقته، فأنكر المولى وادّعى خروجها قبل الرجعة، فالقول قول الزوج.

وقيل : لا يكلّف اليمين، لتعلّق حقّ النكاح بالزوجين. وفيه تردّد.

الثاني، ولا تصير المرأة للأول بيمينه. ثم إن قلنا إن اليمين المردودة كالبيّنة فكأنّه لم يكن بينها وبين الثاني نكاح، فلا شيء لها عليه إلّا مهر المثل مع الدخول. وإن قلنا إنها كالإقرار فإقراره عليها غير مقبول، ولها كمال المسمّى إن كان بعد الدخول، ونصفه إن كان قبله. والأقوى ثبوت المسمّى كملاً مطلقاً وإن جعلناها كالبيّنة، لما ذكرناه من أنّها إنّما تكون كالبيّنة في حقّ المتنازعين خاصّة.

وإذا انقطعت الخصومة بينهما فله الدعوى على المرأة إن لم يكن سبق بها. ثم ينظر إن بقي النكاح الثاني ـ بأن حلف ـ فالحكم كما ذكر فيما إذا بدأ بها. وإن لم يبق ـ بأن أقرّ الثاني للأول بالرجعة، أو نكل فحلف الأول ـ فإن أقرّت المرأة سلِّمت إليه، وإلّا فهي المصدَّقة باليمين، فإن نكلت وحلف المدّعي سلِّمت إليه. ولها على الثاني مهر المثل إن جرى دخول، وإلّا فلا شيء عليه كما لو أقرّت بالرجعة. وكلّ موضع قلنا لا تسلّم المرأة إلى الأول لحقّ[1] الثاني ـ وذلك عند إقرارها، أو نكولها ويمين الأول ـ فإذا زال حقّ الثاني بموت وغيره سلِّمت إلى الأول، كما لو أقرّ بحرّية عبد في يد غيره ثم اشتراه فإنه يحكم عليه بحرّيته .

قوله: «ولو ادّعى أنه راجع...الخ».

القول بعدم تكليفه اليمين للشيخ في المبسوط[2] . ووجهه: ما أشار إليه المصنّف من أن الرجعة تفيد استباحة البضع وهو حقّ يتعلّق بالزوجين فقط، فمع

---

(١) في «ش ، م» : بحقّ .

(٢) المبسوط ٥ : ١٠٧ .

المقصد الرابع: في جواز استعمال الحيل.

يجوز التوصّل بالحيل المباحة دون المحرّمة في إسقاط ما لو لا الحيلة لثبت. ولو توصّل بالمحرّمة أثم وتمّت الحيلة .

فلو أن امرأة حملت ولدها على الزنا بامرأة لتمنع أباه من العقد عليها، أو بأمة يريد أن يتسرّى بها، فقد فعلت حراماً، وحرمت الموطوءة على قول مَنْ ينشر الحرمة بالزنا.

أما لو توصّل بالمحلّل ـ كما لو سبق الولد إلى العقد عليها في صورة الفرض ـ لم يأثم .

تصادقهما على صحّتها شرعاً لم يعتبر رضا المولى، ولا يفتقر إلى اليمين على الزوج للمرأة لمصادقتها، ولا للمولى لعدم اعتبار رضاه.

والمصنّف تردّد في ذلك التفاتاً إلى أن حقّ المولى إنما يسقط زمن الزوجيّة لا مع زوالها، وهو الآن يدّعي عود حقّه والزوج ينكره، فيتوجّه اليمين. وبهذا يظهر منع تعلّق الحقّ بالزوجين فقط، فإن ذلك إنما هو في زمن الزوجيّة، إذ قبلها الحقّ منحصر في المولى، وكذا بعدها، والنزاع هنا في ذلك، فالقول باليمين أجود. بل يحتمل تقديم قول المولى، لقيامه في ذلك مقام الزوجة، وقولها مقدّم على الوجه المتقدّم، فلا أقلّ من توجّه اليمين على الزوج.

قوله: «يجوز التوصّل بالحيل المباحة....الخ».

هذا باب واسع في جميع أبواب الفقه، والغرض منه التوصّل إلى تحصيل أسباب يترتّب عليها أحكام شرعيّة، وتلك الأسباب قد تكون محلّلة وقد تكون محرّمة، والغرض من تعليم الفقيه الأسباب المباحة، وأما المحرّمة فيذكرونها بالعرض ليعلم حكمها على تقدير وقوعها. فمن ذلك الحيل على إسقاط الربا

ولو ادّعي عليه دين قد برىء منه بإسقاط أو تسليم، فخشي من دعوى الإسقاط أن تنقلب اليمين إلى المدّعي، لعدم البيّنة، فأنكر الاستدانة وحلف، جاز بشرط أن يورّي ما يخرجه عن الكذب. وكذا لو خشي الحبس بدين يدّعى عليه فأنكر.

والشفعة، وهي مذكورة في بابهما[1]. وكذلك الحيل على التخلّص من الرضاع المحرِّم، ونحو ذلك.

وممّا ذكره هنا من الحيل المحلّلة ما إذا خافت المرأة من تزويج زوجها بامرأة معيّنة فحملت ولدها على العقد عليها قبله، أو شراء أمة فاشتراها كذلك ووطئها، تمّت الحيلة. ولو زنى بها وقلنا إن الزنا ينشر الحرمة سابقاً حرمت أيضاً على أبيه، وتمّت الحيلة المحرّمة.

ومن قبيل الحيلة المحرّمة ما لو كرهت المرأة زوجها وأرادت انفساخ العقد بينهما فارتدّت انفسخ النكاح، وبانت منه إن كان قبل الدخول، ولو كان بعده وقفت البينونة على انقضاء العدّة قبل رجوعها، فإن أصرّت إلى انقضائها بانت منه، فإذا رجعت بعد ذلك إلى الاسلام قبل وتمّت الحيلة .

قوله: «ولو ادّعي عليه دين...الخ».

التورية في الصورتين شرط في الإنكار والحلف، وهي في الحلف آكد. والمراد بالتورية أن يعدل بمدلول اللفظ إلى أمر غير ما يدلّ عليه ظاهراً، بأن يقول:ما استدنت منك ويقصد نفيها في مكان مخصوص أو زمان غير الذي كانت الاستدانة فيه، أو نوعاً من المال غير الذي وقع[2]، أو غير ذلك. وكذلك ينوي إذا حلف. وإنما جاز ذلك لمكان الضرورة، حيث إنه بريء من الدَّين في نفس الأمر

---

(١) راجع ج ٣: ٣٣٢، ولواحق المقصد الرابع من كتاب الشفعة .

(٢) في الحجريّتين: دفع .

والنيّة أبداً نيّة المدّعي إذا كان محقّاً، ونيّة الحالف إذا كان مظلوماً في الدعوى.

ولو أكرهه على اليمين أنه لا يفعل شيئاً محلّلاً، فحلف ونوى ما يخرج به عن الحنث جاز، مثل أن يورّي أنه لا يفعله بالشام، أو بخراسان، أو في السماء، أو تحت الأرض.

وغير مخاطب بأدائه مع الإعسار.

قوله: «والنيّة أبداً...الخ».

يعني[١] أن المدّعي إذا كان محقّاً فأنكر المدّعى عليه وحلف موريّاً بما يخرجه عن الكذب لم ينفعه ذلك، بل وقعت اليمين على طبق ما يريده المدّعي، وترتّب على المنكر الوعيد الذي ورد[٢] فيمن حلف بالله كاذباً، بخلاف ما إذا كان مظلوماً كالمثالين السابقين، فإن التورية تصرف اللفظ عن ظاهره وترفع عنه الإثم والكذب. وكذا القول في غير وقت اليمين من المحاورة الواقعة بينهما في الصورتين، فإن التورية تنفع المظلوم دون الظالم.

قوله: «ولو أكرهه على اليمين....الخ».

سيأتي في كتاب الأيمان[٣] أن المكرَه لا تنعقد يمينه، فإذا أكرهه على الحلف [على][٤] أن لا يفعل شيئاً له فعله جاز له فعله وإن لم يورّ. والمطابق من المثال أن يحمله[٥] على الحلف على ذلك لا على وجه الإكراه، فيورّي بما ذكر

---

(١) في «ح، و، م»: بمعنى.

(٢) لاحظ الوسائل ١٦: ١١٨ ب (٤) من أبواب كتاب الأيمان.

(٣) في الأمر الثاني من كتاب الأيمان.

(٤) من «ح، ش، ط».

(٥) في «و»: نحمله.

ولو أُجبر على الطلاق كرهاً فقال: زوجتي طالق، ونوى طلاقاً سالفاً، أو قال: نسائي طوالق، وعنى نساء الأقارب، جاز .

ولو أكره على اليمين أنه لم يفعل، فقال: ما فعلت كذا، وجعل «ما» موصولة لا نافية، صحّ .

ونحوه من المخصّصات الزمانيّة والمكانيّة والحاليّة، فيخرج به حينئذٍ عن الحنث وهو الإثم في مخالفة مقتضى اليمين .

قوله: «ولو أُجبر على الطلاق ....الخ».

الكلام في هذا المثال كالسابق، فإن طلاق المكرَه لا يقع وإن لم يورّ. وقد اتّفق مثل ذلك للعلّامة في كتبه[١]، وتنبّه له في التحرير[٢] فاستدرك الحكم بعدم وقوعه وإن لم ينو شيئاً كما ذكرناه.

قوله: «ولو أكره على اليمين...الخ».

الاشكال في هذا المثال كالسابق وزيادة أن الحلف على الماضي وهو غير منعقد عندنا، سواء جعل «ما» موصولة أو نافية .

واعلم أنه على تقدير الافتقار إلى العدول عن جعل «ما» نافية إلى جعلها موصولة إنما تظهر فائدته لمن لا يعرف العربيّة، أو مع عدم ظهور الإعراب في متعلّق اليمين بأن كان مقصوراً، أما لو ظهر فيه الإعراب وكان المحلوف له ممّن يفهم ذلك لم تظهر التورية، لأن متعلّق اليمين مع النفي منصوب ومع جعلها موصولة مرفوع خبر عنه، مثلاً لو اتّهمه بفعل شيءٍ بالأمس وحمله على اليمين فقال: ما فعلت بالأمس شيئاً، كانت «ما» نافية، ولو أراد جعلها موصولة فالعبارة

---

(١) قواعد الأحكام ٢ : ١٣٨ .

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ٥٧ .

ولو اضطرّ إلى الإجابة بـ«نعم» فقال: نعم، وعنى الإبل، أو قال: نعام، وعنى نعام البرّ، قصداً للتخلّص، لم يأثم.

الصحيحة أن يقول: ما فعلت شيء، فـ«ما» مبتدأ بمعنى الذي، و «فعلت» صلتها وعائدها محذوف وهو ضمير المفعول ، و «شيء» خبر عن الموصول المبتدأ، فلا يظهر العدول إلّا مع جهل مَنْ حمله على الحلف بالحال. ولو أراد التورية لكونه خبراً عن الفعل فيما مضى وقد وقع منه وأنكره لمصلحة ـ وهو معذور في الإنكار ـ فالتورية لأجل الخبر لا لأجل اليمين .

قوله: «ولو اضطرّ إلى الإجابة...الخ».

هذا أيضاً من ضروب التورية بأن يأتي باللفظ المشترك ويقصد من معانيه غير ما يراد منه في تلك المحاورة، فإنه يخرج بذلك عن الكذب وإن لم يكن يميناً.

ويستفاد من تقييده بالاضطرار ومن الأمثلة السابقة أن التورية لا تصحّ من غير ضرورة، لأن إطلاق اللفظ محمول على حقيقته المتبادرة منه، فصرفه إلى مجازه أو نحوه يوهم الكذب.

وقيل: تجوز التورية مطلقاً ما لم يكن ظالماً، لأن العدول عن الحقيقة سائغ، والقصد مخصّص. وهذا هو الأظهر، لكن ينبغي قصره على وجه المصلحة، كما روي عن بعض السلف الصالح أنه كان إذا ناداه أحد ولا يريد الاجتماع به يقول لجاريته: قولي له: اطلبه في المسجد، وكان آخر يخطّ دائرة في الأرض ويضع فيها إصبع الجارية ويقول لها: قولي له: ليس ها هنا واقصدي داخل الدائرة.

وكذا لو حلف: ما أخذ جملاً ولا ثوراً ولا عنزاً، وعنى بالجمل: السحاب، وبالثور: القطعة الكبيرة من الأقِط، وبالعنز: الأكَمَة، لم يحنث.

ولو اتّهم غيره في فعل فحلف: ليصدّقنّه، فطريق التخلّص أن يقول: فعلت ما فعلت، وأحدهما صدق.

قوله: «وكذا لو حلف...الخ».

هذا من أقسام التورية بصرف اللفظ المشترك إلى بعض معانيه التي هي خلاف الظاهر في تلك المحاورة. وهو قصد صحيح بطريق الحقيقة وإن كانت مرجوحة بحسب الاستعمال، حتى[١] لو فرض بلوغها حدّ المجاز ـ من حيث تبادر الذهن إلى غيرها ـ كان قصدها صارفاً عن الكذب، لأن استعمال المجاز أمر سائغ وإن كان إطلاق اللفظ لا يحمل عليه عند التجرّد عن القرينة، فإن المخصّص هنا هو النيّة فيما بينه وبين الله تعالى للسلامة من الكذب حيث لا يكون ظالماً في الدعوى عليه بذلك، وإلا لم تنفعه التورية كما مرّ[٢].

قوله: «ولو اتّهم غيره...الخ».

المراد أن المتّهم بالفعل حلف أنه يصدّق من اتّهمه به في ذلك ويبقي الأمر مبهماً، بأن اتّهمه في سرقة ـ مثلاً ـ فحلف المتّهم بالسرقة ليصدّقنّه في حال هذه السرقة، فيقول: «سرقت ما[٣] سرقت» فيبرّ من اليمين، لأنه صادق في أحد الخبرين. وهذا يتمّ إذا لم يقصد التعيين والتعريف، وإلا لم يبرّ بذلك بل بالصدق في ذكر أحدهما خاصّة. والظاهر من إطلاق اللفظ هو إرادة التعيين، فلا يكفي صدقه في أحد الإخبارين إلّا مع قصده ذلك.

---

(١) كذا في «ش، ح، و» وفي «ط، م»: حتى يلزم فرض، وفي الحجريّتين: حتى يلزم لو فرض.

(٢) في ص: ٢٠٥.

(٣) كذا في «ح، ش» وفي «ط، و، م» والحجريّتين: وما.

ولو حلف ليخبرنّه بما في الرمّانة من حبّة، فالمخرج أن يعدّ العدد الممكن فيها، فذلك وأمثاله سائغ.

قوله: «ولو حلف ليخبرنّه .... الخ».

المراد أنّه حلف ليخبرنّه بعدد حبّات الرمّانة قبل كسرها، وإلّا فلو أطلق أمكن البرّ بكسرها وعدّ ما فيها من الحبّات، ولم يفتقر إلى الحيلة. وهكذا عبّر به جماعة من الفضلاء لا كما أطلق المصنّف. ويمكن مع الإطلاق أن يتمّ المثال بالإخبار بذلك وإن كان له طريق آخر إلى التخلّص. وقد يتعيّن الطريق المذكور مع الإطلاق، لضيق الوقت الذي عيّنه للإخبار. وطريق التخلّص حينئذٍ أن يبتدئ من عدد يتيقّن أن الحبّات التي في الرمّانة لا تنقص عنه، ويذكر الأعداد بعدها على الولاء، بأن يقول: فيها مائة حبّة، مائة وواحدة، مائة واثنتان ..... وهكذا، إلى أن ينتهي إلى العدد الذي يتيقّن أنّه لا يزيد عليه، فيكون مخبراً عن ذلك العدد. ومثله ما لو حلف ليخبرنّه عن عدد ما في هذا البيت من الجوز، أو يكون قد أكل تمراً ـ مثلاً ـ لا يعلم قدره وحلف ليخبرنّه بعدد ما أكل، ونحو ذلك.

وفي هذا الفرض مناقشتان:

إحداهما: مثل ما تقدّم في السابق، وهو أن هذا إنما يكفي الاقتصار عليه حيث لا يقصد التعيين والتعريف، أما لو قصده لم يبرّ بهذا المقدار من الإخبار، لأنه لا[1] يحصل به التعريف. بل يحتمل قويّاً أن لا يكون الإطلاق منزّلاً عليه أيضاً إلّا مع قصده بالخصوص، لأنه خلاف الظاهر والمتبادر إلى الفهم.

والثانية: أنه قد تحقّق في الأُصول أن الخبر لا يشترط في تحقّقه الصدق، بل

---

(١) في «م» والحجريّتين: لأنه يحصل.

. . . . . .

لو أخبر خبراً كاذباً صدق عليه الخبريّة، لأن المراد منه القضيّة التي تحتمل الصدق والكذب. وعلى هذا لا يفتقر في البرّ من يمينه إلى تعداد ما ذكر، بل يكتفي بذكر أيّ عدد شاء لصدق الخبريّة، سواء كان مطابقاً للواقع أم لا، اللّهمّ إلا أن يقصد الخبر المطابق أو يكون الإطلاق متبادراً إليه فيتمّ ما ذكروه.

ويمكن تمثيل هذه الفروض في التعليقات التي تترتّب عليها الأحكام الشرعيّة كالطلاق عند العامّة والظهار عندنا، بل هي في ذلك أظهر من اليمين، لأن انعقاد اليمين بذلك مشروط بكونه راجحاً أو متساوي الطرفين، وقد لايتّفق في هذه الأمثلة ذلك، فلا تنعقد اليمين.

ومثاله في التعليقات أن يقول الرجل لزوجته: إن لم تصدّقيني في حال هذه السرقة، أو: إن لم تخبريني بعدد حبّات هذه الرمّانة قبل كسرها فأنت عليّ كظهر أُمي، ونحو ذلك. فطريق تخلّصها من الظهار إخباره بما ذكر من الطريق. وأشار بقوله: «فذلك وأمثاله سائغ» إلى أن فروع الباب لا تنحصر في ذلك. والضابط تحصيل الحيلة المخرجة من الكذب أو المحصّلة للمطلوب. وفروع الباب كثيرة فلنشر إلى بعضها للتمرين.

منها: لو قال لها: إن أكلت هذه الرمّانة فأنت عليّ كظهر أُمي. فطريق التخلّص على تقدير أن لا تترك أكلها أن تبقي منها حبّة فصاعداً، فيصدق عدم أكلها. ومثله لو قال: إن أكلت هذا الرغيف، فأبقت منه بقيّة تحسّ[1]. ولو أبقت فتاتاً يدقّ مدركه وقع، لصدق أكله نظراً إلى العرف. ويحتمل مثله في إبقاء حبّة

(١) في «ش» والحجريّتين: تحسن.

. . . . . .

واحدة من الرمّانة، إلّا أن العرف فيها غير منضبط، إذ يصدق قول مَنْ فعل ذلك: ما أكلت الرمّانة، بخلاف الفتات المذكور.

ومنها: ما لو قال لها وهي صاعدة في السلّم: إن نزلت فأنت عليّ كظهر أُمّي، وإن صعدت فأنت عليّ كظهر أُمي. فالحيلة في التخلّص بالطفرة إن أمكنها. وبالحمل[١] فيُصعد بها أو يُنزل، وينبغي أن يكون الحمل بغير أمرها. وبأن يضجع السلّم على الأرض وهي عليه فتقوم من موضعها. وبأن يكون بجنبه سلّم آخر فتنتقل إليه، وإن مضى في نصب سلّم آخر زمان وهي واقفة، إلّا أن يضيف إلى ذلك قوله: وإن وقفت في السلّم أيضاً فأنت عليّ كظهر أُمي، فيقع مع المكث لا مع المبادرة إلى ما سيق[٢].

ومنها: ما إذا أكلا تمراً أو مشمشاً وخلط النوى ثم قال: إن لم تميّزي نوى ما أكلتُ عن نوى ما أكلتِ فأنت عليّ كظهر أُمي. أو خلطت دراهمها بدراهمه فقال: إن لم تميّزي دراهمك من دراهمي كذلك. فيحصل الخلاص عن ذلك بأن تبدّدها[٣] بحيث لايبقى منها اثنان، فإذا فعلت ذلك فقد ميّزت، إلا أن يريد التمييز الذي يحصل به التعيين والتنصيص[٤] كما تقدّم فلا يحصل الخلاص بذلك. وينبغي أن يحمل اللفظ عند الإطلاق على هذا، لأن المتبادر إلى الفهم عرفاً ذلك كما مرّ[٥]. وإنما يجتزأ بالحيلة الأولى مع إرادة المعنى

---

(١) في «و»: أو بالحمل.

(٢) كذا في «ش» ولعلّه الصحيح، وفي سائر النسخ والحجريّتين: سبق.

(٣) في «ط» والحجريّتين: تعدّدها.

(٤) في الحجريّتين: والتخصيص.

(٥) في ص: ٢٠٨.

. . . . . .

اللغوي أو إرادته بخصوصه.

ومنها: ما لو كان في فيها تمرة فقال لها الزوج: إن ابتلعتيها فأنت عليّ كظهر أُمي، وإن قذفتيها فأنت عليّ كظهر أُمّي، وإن أمسكتيها فأنت عليّ كظهر أُمي. فالحيلة في تخلّصها منها جميعاً بأن تأكل بعضها وتقذف بالبعض الآخر. ولو قال: إن أكلتيها فأنت عليّ كظهر أُمي، وإن لم تأكليها فأنت عليّ كظهر أُمي، لم تتخلّص بما ذكر من الحيلة. وفي التخلّص منه بالابتلاع وجهان، من حيث إنه يصدق أن يقال: ابتلع وما أكل، ومن عدم انضباط العرف.

ومنها: لو قال لها: كلّ كلمة كلّمتني بها إن لم أقل لك مثلها فأنت عليّ كظهر أُمي، فقالت له المرأة: أنت عليّ كظهر أُمي. فإن لم يقل ذلك وقع الظهار بالأول، وإن قاله وقع بالثاني. فطريق تخلّصه أن يقول لها: أنت تقولين: أنت عليّ كظهر أُمي، أو يقول ذلك مجرّداً عن «أنت تقولين» بغير قصد الظهار مصرّحاً بعدم القصد متّصلاً به.

ومنها: لو كان في يدها كوز ماء فقال: إن قلبت هذا الماء أو تركته أو شربته أو شربه غيرك فأنت عليّ كظهر أُمي. فيحصل الخلاص بأن تضع به خرقة فتبلّها به.

ومنها: لو كانت في ماءٍ راكد فقال لها: إن مكثت فيه أو خرجت منه فأنت عليّ كظهر أُمي. فالطريق أن يحملها إنسان في الحال. ولو كان الماء جارياً لم يقع، سواء مكثت أم خرجت، لأن ذلك الماء قد فارقها بجريانه، إلّا أن يدلّ العرف على إرادة ما يعمّ ذلك من الماء فيكون كالراكد. وقس على هذه الفروض ما يرد عليك بضرب من النظر مراعياً للعرف والوضع.

المقصد الخامس
في العِدد

والنظر في ذلك يستدعي فصولاً.

قوله: «المقصد الخامس في العدد ..... الخ».

هو جمع عدّة مأخوذ من العدد، لاشتماله عليه غالباً، والعدّة الاسم من الاعتداد، يقال: أنفذت عدّة كتب إلى جماعة، وقد يجعل مصدراً ويقول: اعتدّت المرأة اعتداداً ويقال: عدّة. وشرعاً: اسم لمدّة معدودة تتربّص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبّد، أو التفجّع على الزوج. وشرّعت صيانة للأنساب وتحصيناً لها من الاختلاط. والأصل فيها قبل الاجماع الآيات كقوله تعالى: ﴿**والمطلّقات يتربّصن بأنفسهنّ ثلاثة قروء**﴾[1] ﴿**وأُولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ**﴾[2] ﴿**والذين يتوفّون منكم ويذرون أزواجاً يتربّصن بأنفسهنّ أربعة أشهر وعشراً**﴾[3] وغير ذلك من الأدلّة[4].

واعلم أن المدّة المستدلّ بمضيّها على براءة الرحم تتعلّق تارة بالنكاح ووطء الشبهة وتشتهر باسم العدّة، وأُخرى بملك اليمين إما حصولاً في الابتداء أو زوالاً في الانتهاء وتشتهر باسم الاستبراء. والنوع الأول منه ما يتعلّق بفرقة بين الزوجين وهو حيّ كفرقة الطلاق واللعان والفسوخ، وتشمله عدّة الطلاق، لأنه أظهر أسباب الفراق، وحكم العدّة عن وطء الشبهة حكمها، وإلى ما يتعلّق بفرقة

---

(١) البقرة: ٢٢٨.

(٢) الطلاق: ٤.

(٣) البقرة: ٢٣٤.

(٤) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٢١ ب «١٢» «١٣» من أبواب العدد وغيرهما.

الأول

لا عدّة على مَنْ لم يدخل بها، سواء بانت بطلاق أو فسخ، عدا المتوفّى عنها زوجها، فإن العدّة تجب مع الوفاة ولو لم يدخل.

والدخول يتحقّق بإيلاج الحشفة وإن لم ينزل، ولو كان مقطوع الأنثيين، لتحقّق الدخول بالوطء. أما لو كان مقطوع الذكر سليم الأنثيين قيل: تجب العدّة، لإمكان الحمل بالمساحقة. وفيه تردّد، لأن العدّة تترتّب على الوطء. نعم، لو ظهر حمل اعتدّت منه بوضعه، لإمكان الإنزال.

تحصل بموت الزوج وهي عدّة الوفاة. وسنذكر[١] تفصيلها.

قوله: «لا عدّة على مَنْ ..... الخ».

إنما تجب العدّة في غير الوفاة بعد الدخول فلا تجب بدونه، قال تعالى: ﴿وإن طلّقتموهنّ من قبل أن تمسّوهنّ فما لكم عليهنّ من عدّة تعتدّونها﴾[٢]. ولمّا كان الأصل في هذه العلّة[٣] طلب براءة الرحم لم تجب بالفراق عن مطلق النكاح، بل اعتبر جريان سبب شغل[٤] الرحم ليحتاج إلى معرفة براءته.

ثم لا يعتبر تحقّق الشغل ولا توهّمه، فإن الإنزال ممّا يخفى ويختلف في حقّ الأشخاص بل في الشخص الواحد باعتبار ما يعرض له من الأحوال فيعسر تتبّعه ويقبح، فأعرض الشارع عنه واكتفى بسبب الشغل وهو الوطء، وناطه بتغيّب

---

(١) في «و»: وسيذكر.

(٢) الأحزاب: ٤٩. وفي الآية: ﴿ثم طلّقتموهنّ...﴾.

(٣) في إحدى الحجريّتين ونسخة بدل الثانية: العدّة.

(٤) في «ش، ط، م» والحجريّتين: يشغل.

. . . . . .

قدر الحشفة. وهذا صنعة في تعليق الأحكام بالمعاني الخفيّة، ألا ترى أن الاعتقاد الصحيح الذي هو المطلوب وبه تحصل النجاة لمّا كان أمراً خفيّاً ـ لكونه في الضمير ـ علّقت الأحكام بالكلمة الظاهرة، حتى لو توفّرت القرائن الدالّة على أن الباطن مخالف للظاهر ـ كما إذا أكره على الاسلام بالسيف ـ لا يبالى بها ويدار[١] الحكم على الكلمة، وأن[٢] مناط التكليف ـ وهو العقل والتمييز ـ لمّا كان خفيّاً يحصل بالتدريج ويختلف بالأشخاص والأحوال أعرض عن تتبّعه، ومعرفة كماله وعقله[٣] بالسنّ أو الاحتلام. وكما اكتفى في الترخّص بالسفر المخصوص وأعرض عن المشقّة التي هي الحكمة فيه.

إذا عرفت ذلك فالمعتبر من الوطء تغييب الحشفة أو قدرها من مقطوعها في قبل أو دبر. وفي حكمه دخول منيّه المحترم فرجاً، فيلحق به الولد إن فرض وتعتدّ بوضعه، وظاهر الأصحاب عدم وجوبها بدون الحمل هنا. فلو دخل الخصيّ بما ذكر وجبت العدّة وإن بعد احتمال المعلق[٤] منه، كما بعد في مدخل الحشفة بغير إنزال وإن كان فحلاً، لوجود المقتضي الذي جعله الشارع سبباً لها.

وأما المجبوب وهو مقطوع الذكر سليم الأُنثيين فلا يوجد منه الدخول، فلا يجب على زوجته إذا كانت حائلاً عدّة على أصحّ القولين، لانتفاء المقتضي لها

---

(١) في «ش، و»: ويدير، وفي «ط»: ومدار.

(٢) في «ح»: فإن.

(٣) في «م» والحجريّتين: وعلّقه.

(٤) كذا فيما لدينا من النسخ الخطّية والحجريّتين، ولعلّه تصحيف: العلق، يقال: علقت المرأة، إذا حبلت، أُنظر معجم مقاييس اللغة ٤: ١٣١.

ولا تجب العدّة بالخلوة منفردة عن الوطء على الأشهر. ولو خلا ثم اختلفا في الإصابة، فالقول قوله مع يمينه.

وهو الوطء. والقول بوجوب العدّة للشيخ في المبسوط[١] محتجّاً بإمكان المساحقة. وضعفه ظاهر، فإن مجرّد الإمكان غير كافٍ في الوطء الكامل فكيف في غيره؟! نعم، لو ظهر بها حمل لحقه الولد واعتدّت حينئذٍ بوضعه.

والممسوح الذي لم يبق له شيء لايتصوّر منه دخول، ولو أتت زوجته بولد لا يلحقه على الظاهر، فلا يجب على زوجته منه عدّة. وربما قيل: إن حكمه حكم المجبوب. وهو بعيد.

واعلم أنه لا فرق بين وطء الصبيّ القاصر عن سنّ من يصلح للولادة [له][٢] وغيره، لوجود المقتضي وهو الوطء الذي جعل مناطاً لها، كوطء الكبير بتغييب الحشفة خاصّة من غير إنزال، ويتغلّب جانب التعبّد هنا نظراً إلى تعليق الحكم بالوجه[٣] المنضبط.

قوله: «ولا تجب العدّة .... الخ».

قد تقدّم[٤] الكلام في ذلك وأن ابن الجنيد أوجبها بالخلوة وقدّم قول مدّعي الإصابة إذا لم يكن هناك ما يوجب تكذيبه. والعمل على المشهور فيهما تمسّكاً بأصالة العدم. ولا فرق في الخلوة بين التامّة وهي التي تكون في منزل الزوج وغيرها كالواقعة في منزل أهلها.

---

(١) المبسوط ٥ : ٢٣٨.

(٢) سقطت من «ط».

(٣) في الحجريّتين : بالوطء.

(٤) في ص : ١٧٨.

الفصل الثاني
في ذات الأقراء

وهي المستقيمة الحيض. وهذه تعتدّ بثلاثة أقراء، وهي الأطهار على أشهر الروايتين ، إذا كانت حرّة، سواء كانت تحت حرّ أو عبد.

قوله: «في ذات الأقراء ..... الخ».

القرء ـ بالفتح والضمّ ـ تجمع على أقراء وقروء وأقرؤ. وقال بعض أهل اللغة[١]: إنه بالفتح الطهر، ويجمع على فعول كحرب وحروب وضرب وضروب، والقرء بالضمّ الحيض، ويجمع على أقراء كقفل وأقفال[٢]. والأشهر عدم الفرق بين الضمّ والفتح، وأنه يقع على الحيض والطهر جميعاً بالاشتراك اللفظي أو المعنوي[٣]. والمراد في قوله صلّى الله عليه وآله وسلم لفاطمة بنت أبي حبيش: «دعي الصلاة أيّام أقرائك»[٤] الأول، كما أن الطهر هو المراد في قوله صلّى الله عليه وآله وسلم لابن عمر وقد طلّق امرأته في الحيض: «إنما السنّة أن تستقبل بها الطهر ثم تطلّقها في كلّ قرءٍ طلقة»[٥] وفي قول الأعشى[٦]:

مورّثةٍ عزّاً وفي الحيّ منعة ... لما ضاع فيها من قروء نسائكا

والكناية راجعة إلى الغزوة المذكورة في البيت السابق وهو قوله:

وفي كلّ عام أنت جاشم غزوة ... تشدّ لأقصاها عزيم عزائكا

---

(١) نقله عنه في روضة الطالبين ٦: ٣٤١، ولم نجده فيما لدينا من كتب اللغة.

(٢) في «ح، ش، م»: كفعل وأفعال.

(٣) في «ش، ط، م»: والمعنوي.

(٤) سنن الدارقطني ١: ٢١٢ ح ٣٦، سنن البيهقي ٧: ٤١٦.

(٥) السنن الكبرى للبيهقي ٨: ٣٣٠.

(٦) ديوان الأعشى: ١٣٢.

والذي يضيع في غيبة الزوج طهر المرأة أما الحيض فيستوي فيه حال الحضور والغيبة.

ويقال: أقرأت المرأة فهي مقرئ إذا حاضت، وأقرأت إذا طهرت. وقد قيل: إن اللفظين مأخوذان من قولهم: قرأت الطعام في الشدق وقرأت الماء في الحوض إذا جمعته، وقد تحذف الهمزة فتقول: قريت الماء. وزمان الطهر يجمع الدم في الرحم، وزمان الحيض يجمع شيئاً منه ويرسل شيئاً إلى أن يدفع الكلّ، فيحصل معنى الجمع فيهما.

وقيل: الأصل فيه الضمّ، يقال: ما قرأت فلانة جنيناً أي: لم يضمّ رحمها على ولد، ومنه سمّي القرآن قرآناً، لأنه يضمّ السور والآيات، وهو مقارب للجمع، إذ يجوز أن يقال فيه: جمع السور والآيات.

وقيل: أصله الوقت الذي يأتي فيه الشيء، يقال: أقرأت حاجتك إذا دنت، وأقرأت الريح إذا هبّت لوقتها، وأقرأت المرأة إذا دنى وقت حيضها أو طهرها.

ثم في كيفيّة وقوع الاسم عليهما أوجه:

أحدها: أنه حقيقة في الطهر مجاز في الحيض، فإن الطهر هو الذي يجمع الدم في الرحم ويحبسه. وقد قيل: إنه مأخوذ من قولهم: أقرأت النجوم إذا تأخّر مطرها، وأيّام الطهر هي التي يتأخّر فيها خروج الدم.

والثاني: عكسه، لأن المرأة لا تسمّى من ذوات الأقراء إلا إذا حاضت.

وثالثها: أنّه مشترك بينهما كسائر الأسماء المشتركة. وهو الأشهر. والحامل على أحد الأوّلين أن المجاز خير من الاشتراك. ويرجّح الأخير نصّ أهل اللغة[1]

---

(١) لسان العرب ١: ١٣٠، المصباح المنير للفيّومي ٢: ٥٠١.

. . . . . .

على ثبوت الاشتراك، ولا رجحان للمجاز عليه بعد ثبوته.

ثم إن جعلناه مأخوذاً من الانتقال أو الوقت أو الجمع فالاشتراك معنوي. وإن جعلناه مقولاً عليهما لاباعتبار ذلك، أو أن كلّ واحد باعتبار غير الآخر، فهو لفظي.

إذا تقرّر ذلك فنقول: اتّفق العلماء على أن أقراء العدّة [على][1] أحد الأمرين، واختلفوا في أيّهما المراد من الآية[2]، فذهب جماعة[3] من الفقهاء وأكثر أصحابنا إلى أنه الطهر، لقوله تعالى: ﴿ثلاثة قروء﴾ فأثبت الهاء في العدد وهو مختصّ بالمذكّر، والطهر مذكّر دون الحيض. ولقوله تعالى: ﴿فطلّقوهنّ لعدّتهنّ﴾[4] أي: في زمان عدّتهنّ، واللام بمعنى «في» كقوله تعالى: ﴿ونضع الموازين القسط ليوم القيامة﴾[5] أي: فيه، وحذف لفظ الزمان لأن العدّة تستعمل مصدراً والمصادر يعبّر بها عن الزمان، يقال: آتيك خفوق النجم، أي: زمان طلوعه وإشراقه، وفعلت كذا مقدم الحجيج أي: زمان قدومهم. وإذا كان المعنى: فطلّقوهنّ في زمان عدّتهنّ، كانت الآية إذناً في الطلاق في زمان العدّة، ومعلوم أن الطلاق في الحيض محرّم إجماعاً فينصرف الاذن إلى زمان الطهر.

وروي[6] عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلم أنّه قرأ: «لقُبُل عدّتهنّ» وقُبُل

---

(١) من «و» فقط.

(٢) البقرة: ٢٢٨.

(٣) مختصر المزني: ٢١٧، اختلاف العلماء للمروزي: ١٣٧، الإشراف على مذاهب العلماء ٤: ٣٠٥ـ٣٠٦، الحاوي الكبير للماوردي ١١: ١٦٥، الكافي لابن عبد البرّ ٢: ٦١٩.

(٤) الطلاق: ١.

(٥) الأنبياء: ٤٧.

(٦) تفسير القرآن للصنعاني ٢: ٢٩٦، النكت والعيون للماوردي ٦: ٢٩.

. . . . . .

الشيء أوّله، والطلاق المأذون فيه هو الطلاق في الطهر فيكون ذلك أول العدّة. وفي الحديث النبوي السابق[١] تصريح به. ومن طريق الخاصّة رواية زرارة[٢] ومحمد بن مسلم[٣] في الحسن عن الباقر عليه السلام قال: «القرء ما بين الحيضتين» وقال: «الأقراء هي الأطهار»[٤] وغيرهما من الأخبار[٥] الكثيرة، وهي الروايات التي ذكر المصنّف أنها أشهر الروايتين في ذلك وأراد بهما الجنس.

وقيل: إنّه الحيض، لقوله تعالى: ﴿**واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدّتهنّ ثلاثة أشهر**﴾[٦] فنقلها عمّا يئست منه إلى بدله والبدل غير المبدل، ولمّا كان اليأس من الحيض دلّ على أنه القرء. ولقوله صلّى الله عليه وآله وسلم للمرأة في الرواية السابقة: «دعي الصلاة أيّام أقرائك»[٧] والمراد به الحيض. ومن طريق الخاصّة رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «عدّة التي تحيض ثلاثة أقراء، وهي ثلاثة حيض»[٨]. ورواية أبي بصير قال: «التي تحيض ويستقيم حيضها ثلاثة أقراء، وهي ثلاثة حيض»[٩]. ورواية عبد الله بن ميمون عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه قال: قال عليّ عليه السلام:

---

(١) راجع ص: ٢١٧، هامش (٥).

(٢ ـ ٤) الكافي ٦: ٨٩ ح ٢ ـ ٤، التهذيب ٨: ١٢٢ ح ٤٢٣ ـ ٤٢٥، الاستبصار ٣: ٣٣٠ ح ١١٧٤ ـ ١١٧٥، الوسائل ١٥: ٤٢٤ ب (١٤) من أبواب العدد ح ١ ـ ٣.

(٥) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٢٤ ب (١٤) من أبواب العدد ح ٤، ٥، ٦، ٩.

(٦) الطلاق: ٤.

(٧) مرّ ذكر مصادرها في ص: ٢١٧، هامش (٤).

(٨ و ٩) التهذيب ٨: ١٢٦ ح ٤٣٤ و ٤٣٥، الاستبصار ٣: ٣٣٠ ح ١١٧١ و ١١٧٢، الوسائل ١٥: ٤٢٥ ب (١٤) من أبواب العدد ح ٧. وفي مصادر الرواية الأخيرة: عدّة التي...

. . . . . .

«إذا طلّق الرجل المرأة فهو أحقّ بها ما لم تغتسل من الثالثة»[١]. وغيرها من الروايات الكثيرة.

والأول أشهر بين الأصحاب. والشيخ[٢] حمل هذه على التقيّة. وهو بعيد، لأن العامّة مختلفون في ذلك، فلا وجه لتقيّة قوم دون قوم. وجمع المفيد[٣] ـ رحمه الله ـ بينهما بوجه أظهر ممّا ذكره الشيخ، وهو أنه إذا طلّقها في آخر طهرها اعتدّت بالحيض، وإن طلّقها في أوله اعتدّت بالأقراء التي هي الأطهار. واستوجهه الشيخ في التهذيب[٤]. وكيف كان فالمذهب هو الأول.

بقي تنقيح العبارة يتوقّف على أُمور:

الأول: هذه العدّة بالأقراء ثابتة للمطلّقة والمفسوخ نكاحها بسبب من قبلها أو قبله والموطوءة بشبهة، وكان على المصنّف التنبيه على ذلك، فإنه اقتصر على اعتدادها بما ذكر ولم يذكر سببه، وإن تعرّض[٥] في بعض المسائل للمطلّقة فإن ذلك غير كافٍ. وأيضاً فالأمر غير مختصّ بالطلاق، ولكن أشرنا فيما سبق[٦] إلى أنه ربما عنون البحث بعدّة الطلاق وأُلحق به باقي الأسباب. وسيأتي[٧] في ذات الشهور جعلها عدّة للطلاق والفسخ، وكان ينبغي تقديمه في أول هذا الفصل

---

(١) التهذيب ٨: ١٢٥ ح ٤٣٢، الاستبصار ٣: ٣٢٩ ح ١١٦٩، الوسائل ١٥: ٤٢٩ ب (١٥) من أبواب العدد ح ١٢.

(٢) التهذيب ٨: ١٢٦ ذيل ح ٤٣٥، الاستبصار ٣: ٣٣٠ ذيل ح ١١٧٢.

(٣) حكاه عنه الشيخ في التهذيب ٨: ١٢٧، ذيل ح ٤٣٨.

(٤) المصدر السابق.

(٥) في ص: ٢٢٣.

(٦) في ص: ٢١٣.

(٧) في ص: ٢٢٩.

. . . . . .

وإحالة الباقي عليه. ومع ذلك فما ذكره غير حاصر.

الثاني: إن جعلنا القرء الحيض فالمعتبر منه ما يحكم بعدده شرعاً من العادة للمعتادة حيث ينقطع عليها أو يتجاوز العشرة، والعدد الذي ينقطع عليه إن وقع في العشرة. وفي حكمه النفاس، فيعدّ قرءاً كالحيض. ويمكن فرضه فيما لو طلّقها بعد الوضع وقبل أن ترى دماً، فيحتسب النفاس قرءاً.

وإن جعلناه الطهر فالمراد به المدّة التي بين حيضتين، أو حيض ونفاس، أو نفاسين. ويمكن فرضه في نفاس حمل لا يعتبر وضعه في العدّة كأحد التوأمين إذا طلّقها بينهما قبل النفاس من الأول. وإنما يعتبر جميع المدّة في غير الطهر الأول، وفيما[1] إذا لم تبلغ المدّة ثلاثة أشهر، كما سيأتي[2].

الثالث: المراد بمستقيمة الحيض معتادته وقتاً وعدداً وإن استحيضت بعد ذلك، فإنّها ترجع في الحيض إلى عادتها المستقرّة وتجعل ما سواها طهراً. وفي حكمها معتادته وقتاً خاصّة، لأنها بحسب[3] أوّله مستقيمة العادة وإنما تلحق بالمضطربة في آخره، وحيث كان القرء هو الطهر فالمعتبر الدخول في حيض متيقّن ليعلم انقضاء الطهر الثالث، وهو يحصل في معتادة أوّله بحصوله فيه. أما معتادته عدداً خاصّة فكالمضطربة بالنسبة إلى الحكم به ابتداءً، وسيأتي[4] حكمها في العبارة.

الرابع: الاعتداد بثلاثة أقراء مختصّ بالحرّة، سواء كان مَنْ تعتدّ بسبب

---

(١) في «و، م»: فيما.

(٢) في ص: ٢٣٧.

(٣) في «ط، و»: تحسب.

(٤) في ص: ٢٢٤.

ولو طلّقها وحاضت بعد الطلاق بلحظة، احتسبت تلك اللحظة قرءاً ثم أكملت قرأين آخرين، فإذا رأت الدم الثالث فقد قضت العدّة.

وطئه حرّاً أم عبداً. وهو موضع وفاق. ولو كانت أمة فعدّتها قرءان، وسيأتي[١]. وفي إلحاق المعتق بعضها بالحرّة أو الأمة نظر، من تغليب الحرّية، وأصالة بقاء العدّة إلى أن يعلم الانتقال، وبقاء التحريم إلى أن يعلم الحلّ، ومن أصالة البراءة من الزائد، واستصحاب عدمه إلى أن يثبت الناقل بحرّيتها أجمع. ولم أقف فيه لأصحابنا على شيءٍ يعتدّ به. والشافعيّة[٢] جزموا بالثاني.

الخامس: لا فرق بين مجيء الحيض الموجب لانقضاء العدّة طبيعيّاً ـ وهو الذي ينوب كلّ شهر هلالي مرّة[٣] غالباً ـ وغيره، حتى لو استعجلته بالدواء في غير وقته المعتاد احتسب لها وانقضت به العدّة، للعموم[٤].

قوله: «ولو طلّقها وحاضت ..... الخ».

الوجه في احتساب ما بقي من الطهر الأول قرءاً النصّ، وهو كثير منه رواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «قلت له: أصلحك الله رجل طلّق امرأته على طهر من غير جماع بشهادة عدلين، فقال: إذا دخلت في الحيضة الثالثة فقد انقضت عدّتها وحلّت للأزواج»[٥]. ولا يمكن الحكم بانقضائها برؤية الدم في الثالثة إلا إذا جعلنا بقيّة الطهر قرءاً ثم يحتسب ما بين الحيضتين قرأين فتمّت الثلاثة بدخول

---

(١) في ص: ٢٩٨.

(٢) راجع روضة الطالبين ٦: ٣٤٣.

(٣) في «ش، و»: عادة.

(٤) البقرة: ٢٢٨، ولاحظ أيضاً الوسائل ١٥: ٤٢٥ ب «١٤» من أبواب العدد ح ٧، ٨.

(٥) الكافي ٦: ٨٦ ح ١، التهذيب ٨: ١٢٣ ح ٤٢٦، الاستبصار ٣: ٣٢٧ ح ١١٦٣، الوسائل ١٥: ٤٢٦ ب (١٥) من أبواب العدد ح ١.

هذا إذا كانت عادتها مستقرّة بالزمان. وإن اختلفت صبرت إلى انقضاء أقلّ الحيض، أخذاً بالاحتياط.

الحيضة الثالثة.

وأما ما قيل من أن الوجه فيه: أن بعض القرء مع قرأين تامّين يسمّى الجميع ثلاثة قروء، كما يقول القائل: خرجت من البلد لثلاث مضين مع وقوع خروجه في الثالثة، وقال تعالى: ﴿الحجّ أشهر معلومات﴾[1] والمراد شوّال وذو القعدة وبعض ذي الحجّة.

ففيه: أن ذلك مجاز لا يترتّب عليه الحكم الشرعي بمجرّده. ثم هو منقوض بما لو تمّ الأوّلان وأضيف إليهما بعض الثالث، بأن طلّقها قبل الحيض بلا فصل واتّصل بآخره، فإن القرء الأول إنما يحتسب بعد الحيض، فيكمل الأولان قرأين ويعتبر كمال الثالث إجماعاً، ولو اعتبر ما ذكر في هذا التعليل لأمكن بدخول الطهر الثالث. وأما إطلاق أشهر الحجّ على شهرين وبعض الثالث فهو عين المتنازع، وقد تقدّم[2] أن الأصحّ كون مجموع ذي الحجّة من أشهر الحجّ. وتظهر فائدته في استدراك بعض الأفعال فيه.

قوله: «هذا إذا كانت .... الخ».

هذا استدراك على قوله: إن العدّة تنقضي برؤية الدم الثالث، فإن ذلك إنما يتمّ إذا كانت عادتها مستقرّة بحيث يكون أوّل الحيض منضبطاً كما قرّرناه سابقاً[3]، وذلك في المعتادة وقتاً وعدداً وفي المعتادة وقتاً خاصّة، أما لو اختلفت

---

(١) البقرة: ١٩٧.

(٢) في ج ٢: ١٩٤.

(٣) راجع ص: ٢٢٢.

وأقلّ زمان تنقضي به العدّة ستّة وعشرون يوماً ولحظتان، لكن الأخيرة ليست من العدّة، وإنما هي دلالة على الخروج منها. وقال الشيخ رحمه الله: هي من العدّة، لأن الحكم بانقضاء العدّة موقوف على تحقّقها. والأوّل أحقّ.

عادتها ـ بأن لم تكن مستقرّة وقتاً، بل كانت تراه تارة في أول الشهر وتارة في وسطه وأُخرى في آخره مثلاً ـ فإنها بالنسبة إلى الحكم بأوّله كالمضطربة كما تقدّم تحقيقه في بابه[1]. وحينئذٍ فلا يحكم بانقضاء العدّة إلّا مع العلم بكونه حيضاً، وذلك بعد مضيّ ثلاثة أيّام من أوّله. هذا إذا أوجبنا عليها العبادة إلى أن تمضي ثلاثة أيّام. ولو حكمنا لها بالحيض من حين رؤية الدم إما مطلقاً أو مع ظنّه حكم بانقضاء العدّة برؤيته. ويمكن أن يريد المصنّف وجوب الصبر إلى مضيّ الثلاثة وإن حكمنا بتحيّضها من أوّله، لما ذكره من الأخذ بالاحتياط في العدّة، بخلاف ترك العبادة، فإن الأمر فيه أسهل وحقّ الله مبنيّ على التخفيف، بخلاف حقّ الآدمي[2]، وفي العدّة يجتمع الحقّان. ولكن هذا آتٍ في تحيّضها برؤيته، فإنه يشتمل على الحقّين أيضاً. وكيف كان فالاحتياط في العدّة أقوى.

واعلم أن قوله: «وإن اختلفت» يشمل ما عدا المعتادة وقتاً وعدداً معاً، فإنّ الاختلاف فيما عداها متحقّق. ولكن الأجود تقييد الاختلاف بكونه بواسطة الوقت، لما ذكرناه. وبقي حكم المبتدئة والمضطربة، وسيأتي[3] الكلام فيه.

قوله: «أقلّ زمان تنقضي ..... الخ».

حيث جعلنا الأقراء هي الأطهار، وكان تمام الطهر محسوباً بقرء، فأقلّ

---

(١) في ج ١: ٦٠.

(٢) في «ش، ط، م»: الآدميّين.

(٣) في ص: ٢٤٧.

. . . . . .

زمان يمكن فيه انقضاء العدّة ستّة وعشرون يوماً ولحظتان، وذلك بأن يكون الباقي من الطهر الذي طلّقت فيه لحظة بعد تمام صيغة الطلاق، ثم تحيض ثلاثة أيام، ثم تطهر عشرة، ثم تحيض ثلاثة، ثم تطهر عشرة، ثم تطعن في الدم الثالث المستقرّ عادة. وهذا مبنيّ على الغالب وإلّا فقد يتّفق أقلّ من ذلك، بأن يطلّقها بعد الولادة وقبل رؤية دم النفاس ـ وقد أسلفنا أنه محسوب هنا بحيضة وأقلّه لحظة ـ فإذا رأت بعد الطلاق بلحظة لحظة نفاساً، ثم انقطع عشرة، ثم رأت ثلاثة، ثم انقطع عشرة، ثم رأت الدم الثالث، انقضت عدّتها بذلك، وهو ثلاثة وعشرون يوماً وثلاث لحظات.

إذا تقرّر ذلك فقد اختلفوا فياللحظة الأخيرة هل هي من العدّة، أو دليل على انقضائها قبلها؟ فالأصحّ ـ وهو الذي اختاره المصنف ـ الثاني، لأن العدّة ثلاثة قروء وهيالأطهار، وبتمامها تتمّ العدّة، ولاشبهة في أنها تتمّ عند ابتداء الدم، وابتداؤه كاشف عن تمامها قبله وموجب لظهور آخره حيث إنه لاحدّ له بحسب الزمان، فلا يعدّ زمان الحيض من العدّة. وحينئذٍ فأقلّها بالحقيقة ستّة وعشرون يوماً ولحظة لا غير.

وقال الشيخ[1]: هي من العدّة، لتوقّف الانقضاء عليها، فكانت كغيرها من الأجزاء. وربما بني على أن القرء هو الانتقال من الطهر إلى الحيض، فيكون الحصول في الحيض من العدّة.

ويضعّف الأول بأنه لا يستلزم كونها منها، وإنما هي كاشفة عن سبق انتهاء الطهر الثالث الذي هو غاية العدّة. والثاني بما تحقّق من أن القرء هو الطهر لا

(١) المبسوط ٥: ٢٣٥ ـ ٢٣٦.

ولو طلّقها في الحيض لم يقع.

ولو وقع في الطهر، ثم حاضت مع انتهاء التلفّظ، بحيث لم يحصل زمان يتخلّل الطلاق والحيض، صحّ الطلاق، لوقوعه في الطهر المعتبر. ولم تعتدّ بذلك الطهر، لأنه لم يتعقّب الطلاق، وتفتقر إلى ثلاثة أقراء مستأنفة بعد الحيض.

الانتقال المذكور.

وتظهر فائدة التعليلين[1] فيما لو كانت غير مستقيمة الحيض فتوقّف ظهوره على مضيّ ثلاثة أيام، فيكون جملتها من العدّة كاللحظة على الأول، وكاشفة عن كون اللحظة الأُولى منها من العدّة خاصّة على الثاني، لأن مضيّ الثلاثة يوجب تحقّق الحيض من أولها، والانتقال يحصل بلحظة منها. وربما قيل: إن مجموع الثلاثة منها على التقديرين. وهو ضعف في ضعف.

وتظهر الفائدة في جواز الرجوع في اللحظة المذكورة أو الثلاثة، وفيما لو تزوّجت بغيره فيها، وفيما لو مات الزوج فيها. فعلى المختار يصحّ النكاح دون الرجعة وينتفي الإرث بالموت، وعلى قول الشيخ يثبت نقيض الأحكام.

قوله: «ولو طلّقها في الحيض ..... الخ».

قد عرفت أن المعتبر وقوع الطلاق في الطهر، وأن بقاء جزءٍ منه بعد الطلاق كافٍ في احتسابه قرءاً وإن قلّ. فإذا طلّق في الطهر، فإن بقي بعد الطلاق جزء من الطهر اجتمع الأمران صحّة الطلاق واحتساب الطهر. وإن اتّصل الحيض بالطلاق ـ بمعنى أنه بعد تمام صيغة الطلاق بغير فصل خرج الدم ـ حصل شرط الطلاق وهو وقوعه في الطهر فوقع صحيحاً، ولم يحتسب بذلك الطهر بل يعتبر ثلاثة أطهار بعد

---

(١) في «ط ،م» : التعليل .

فرع

لو اختلفا فقالت: كان قد بقي من الطهر جزء بعد الطلاق، وأنكر، فالقول قولها، لأنها أبصر بذلك، والمرجع في الحيض والطهر إليها.

الحيض وتبين بدخول الحيضة الرابعة.

وزعم بعض العامّة[١] أن الطلاق المقارن للحيض كالواقع فيه. والمصنف نبّه على خلافه وبيان فساده بقوله: «لوقوعه في الطهر المعتبر».

ولو صادف الحيض جزءاً[٢] من صيغة الطلاق انتفى الأمران وحكم ببطلانه، لوقوع بعضه في الحيض. وللشيخ في المبسوط[٣] في هذا المقام عبارة موهمة، وعليها مناقشات وأجوبة، ولا طائل تحت الجميع.

قوله: «لو اختلفا فقالت .... الخ».

إذا ادّعت بقاء جزءٍ من الطهر بعد الطلاق فقد ادّعت قصر العدّة، وإنكاره لذلك طلباً لطولها ليرجع فيها. والمذهب أن القول قولها في ذلك وإن كان معه أصالة بقاء العدّة واستصحاب حكم الزوجيّة، لأن المرجع في الحيض والطهر إليها، لما سلف من الآية[٤] والرواية[٥]، وهما مقدّمان على دليل الاستصحاب.

ويبقى الكلام في النفقة لبقيّة ما يدّعيه من مدّة العدّة وهي تنكره كما أسلفناه في نظيره[٦]. فإن كان قد دفعها إليها فليس له انتزاعها، لاعترافه بعدم

---

(١) راجع الأم للشافعي ٥: ٢١٠، الحاوي الكبير ١١: ١٧٤ ـ ١٧٥، وللاستزادة انظر المجموع ١٨: ١٣٧ ـ ١٣٨.

(٢) في «ش، م» والحجريّتين: جزء.

(٣) المبسوط ٥: ٢٣٤.

(٤ و ٥) لاحظ ص: ١٩٤، هامش (١ و ٣).

(٦) لاحظ ص: ١٩١ ـ ١٩٢.

الفصل الثالث

في ذات الشهور

[وهي] التي لا تحيض وهي في سنّ مَنْ تحيض، تعتدّ من الطلاق والفسخ مع الدخول بثلاثة أشهر، إذا كانت حرّة.

استحقاقه. وإن لم يكن دفعها لم يكن لها المطالبة به لذلك. ويحتمل جواز أخذها منها في الأول، لما تقدّم من أن شرط استحقاق المطلّقة رجعيّاً النفقة بقاؤها على الطاعة كالزوجة، وبادّعائها البينونة لا يتحقّق التمكين من طرفها، فلا تستحقّ نفقة على القولين، فله المطالبة بها حينئذٍ، ولا[1] تكون كالمال الذي لا يدّعيه أحد، لأن مالكه هنا معروف. ويمكن الفرق بين عدم التمكين المستند إلى دعوى البينونة وبينه على تقدير الاعتراف ببقاء العدّة بالنسبة إليه، لأنها بزعمها ليست ناشزاً في الأول، بخلاف الثاني. والأجود الأول.

قوله: «التي لا تحيض .... الخ».

لا فرق فيمن لا تحيض وهي في سنّ الحيض بين كون انقطاعه لطبيعة أو لعارض من حمل ورضاع ومرض وغيرها عندنا، فتعتدّ بثلاثة أشهر، لعموم قوله تعالى: ﴿**واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدّتهنّ ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن**﴾[2] أي: فعدّتهنّ كذلك. وشمل أيضاً مَنْ بلغت التسع وإن لم يكن مثلها تحيض عادة، لأن سنّ الحيض هو التسع كما مرّ في بابه[3] وإن لم تحض فيه عادة. ويدلّ عليه ـ مع عموم الآية ـ رواية الحلبي في الحسن عن أبي

---

(١) في «ح، ط»: فلا.

(٢) الطلاق: ٤.

(٣) في ج ١: ٥٦.

وفي اليائسة والتي لم تبلغ روايتان:
إحداهما: أنهما تعتدّان بثلاثة أشهر.
والأُخرى: لا عدّة عليهما. وهو الأشهر.

عبد الله عليه السلام قال: «عدّة المرأة التي لا تحيض والمستحاضة التي لا تطهر ثلاثة أشهر»[١]. وفي معناها[٢] غيرها. وفي معنى الطلاق والفسخ وطء الشبهة. وبالجملة ما عدا الوفاة ـ وما في معناها ـ من أنواع الفراق كذات[٣] الأقراء.

قوله: «وفي اليائسة والتي ..... الخ».

اختلف الأصحاب في [أن][٤] الصبيّة التي لم تبلغ التسع واليائسة إذا طلِّقت بعد الدخول ـ وإن كان قد فعل محرّماً في الأولى ـ أو فسخ نكاحها كذلك أووطئت بشبهة هل عليهما عدّة أم لا؟ فذهب الأكثر ـ ومنهم الشيخان[٥] والمصنّف والمتأخّرون[٦] ـ إلى عدم العدّة. وقال السيّد المرتضى[٧] وابن زهرة[٨]: عليهما العدّة.

والروايات مختلفة أيضاً، وأشهرها بينهم ما دلّ على انتفائها، فمنها حسنة

---

(١) الكافي ٦: ١٠٠ ح ٨، الفقيه ٣: ٣٣١ ح ١٦٠٥، التهذيب ٨: ١١٨ ح ٤٠٧، الاستبصار ٣: ٣٣٢ ح ١١٨٣، الوسائل ١٥: ٤١٢ ب (٤) من أبواب العدد ح ٧.

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

(٣) في «و» والحجريّتين: لذات.

(٤) من «ح» فقط.

(٥) المقنعة: ٥٣٢ و ٥٣٣، المبسوط ٥: ٢٣٩، الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٣٠١، مسألة (١)، النهاية: ٥٣٢ و ٥٣٥.

(٦) راجع الجامع للشرائع: ٤٧٠، الارشاد ٢: ٤٧، إيضاح الفوائد ٣: ٣٣٧، المقتصر: ٢٧٠.

(٧) الانتصار: ١٤٥ ـ ١٤٦.

(٨) الغنية ضمن سلسلة الينابيع الفقهيّة ٢٠: ٢٥٥.

. . . . . .

زرارة عن الصادق عليه السلام في الصبيّة التي لا تحيض مثلها والتي قد يئست من المحيض قال: «ليس عليهما عدّة وإن دخل بهما»[١]. وموثّقة عبد الرحمن بن الحجّاج عن الصادق عليه السلام قال: «ثلاثة يتزوّجن على كلّ حال: التي لم تحض ومثلها لا تحيض، قال: قلت: وما حدّها؟ قال: إذا أتى لها أقلّ من تسع سنين، والتي لم يدخل بها، والتي قد يئست من المحيض ومثلها لا تحيض، قلت: وما حدّها؟ قال: إذا كان لها خمسون سنة»[٢]. وصحيحة حمّاد بن عثمان قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التي يئست من المحيض والتي لا تحيض مثلها، قال: ليس عليها عدّة»[٣]. وحسنة محمد بن مسلم قال: «سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في التي يئست من المحيض يطلّقها زوجها قال: بانت منه ولا عدّة عليها»[٤]. وحسنة محمد بن مسلم أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال: «التي لا تحبل مثلها لا عدّة عليها»[٥].

ويؤيّده من جهة الاعتبار انتفاء الحكمة الباعثة على الاعتداد فيهما، وهو استعلام فراغ الرحم من الحمل، كما تنبّه عليه رواية محمد بن مسلم السابقة،

---

(١) الكافي ٦: ٨٥ ح ٢ وفيه: عن حمّاد بن عثمان عمّن رواه، التهذيب ٨: ١٣٧ ح ٤٧٩، الاستبصار ٣: ٣٣٧ ح ١٢٠٣، الوسائل ١٥: ٤٠٩ ب (٤) من أبواب العدد ح ٣.

(٢) الكافي ٦: ٨٥ ح ٤، التهذيب ٨: ١٣٧ ح ٤٧٨، الاستبصار ٣: ٣٣٧ ح ١٢٠٢، الوسائل ١٥: ٤٠٦ ب (٢) من أبواب العدد ح ٤.

(٣) التهذيب ٨: ٦٦ ح ٢١٨، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

(٤) الكافي ٦: ٨٥ ح ٥، الفقيه ٣: ٣٣١ ح ١٦٠٤، التهذيب ٨: ٦٧ ح ٢٢٠، الوسائل ١٥: ٤٠٨ ب «٣» من أبواب العدد ح ١.

(٥) الكافي ٦: ٨٥ ح ٣، التهذيب ٨: ٦٧ ح ٢٢١، الاستبصار ٣: ٣٣٨ ح ١٢٠٤، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

. . . . . .

وانتفاؤها عن غير المدخول بها، وهما في معناها.

احتجّ المرتضى[١] ـ رضي الله عنه ـ بقوله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدّتهنّ ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾[٢] قال: «وهذا صريح في أن الآيسات من المحيض واللائي لم يبلغن عدّتهنّ الأشهر على كلّ حال».

ثم أورد على نفسه بأن في الآية شرطاً وهو قوله تعالى: ﴿إن ارتبتم﴾ وهو منتفٍ عنهما.

وأجاب: بأن الشرط لا ينفع أصحابنا، لأنه غير مطابق لما يشترطونه، وإنما يكون نافعاً لهم لو قال تعالى: «إن كان مثلهنّ تحيض»[٣] في الآيسات، وفي اللائي لم يبلغن المحيض: «إذا كان مثلهنّ تحيض» وإذا لم يقل تعالى ذلك بل قال: ﴿إن ارتبتم﴾ وهو غير الشرط الذي شرطه أصحابنا فلا منفعة لهم به.

ولا يخلو قوله تعالى: ﴿إن ارتبتم﴾ من أن يراد به ما قاله جمهور المفسّرين وأهل العلم بالتأويل من أنه تعالى أراد به: إن كنتم مرتابين في عدّة هؤلاء النساء غير عالمين بمبلغها. ووجه المصير إلى هذا التأويل ما روي في سبب نزول هذه الآية أن أُبيّ بن كعب قال: يا رسول الله إن عدداً من عِدد النساء لم يذكر في الكتاب: الصغار والكبار وأُولات الأحمال، فأنزل الله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض﴾ إلى قوله: ﴿وأُولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ﴾[٤]

---

(١) الانتصار: ١٤٦ـ١٤٧.

(٢) الطلاق: ٤.

(٣) في المصدر: ....مثلهنّ لا تحيض.

(٤) مستدرك الحاكم ٢: ٤٩٢ـ٤٩٣، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٤١٤، الدرّ المنثور ٨: ٢٠١.

. . . . . .

فكان هذا دالاً على أن المراد بالارتياب ما ذكرناه لا الارتياب بأنها آيسة أو غير آيسة، لأنه تعالى قد قطع في الآية على اليأس من المحيض، والمشكوك في حالها والمرتاب في أنّها تحيض أو لا تحيض لا تكون آيسة.

ويدلّ أيضاً على أن المراد الارتياب في العدّة ومبلغها قوله: ﴿إن ارتبتم﴾ فإن المرجع في وقوع الحيض منها أو ارتفاعه إليها، وهي المصدَّقة على ما تخبر به فيه، ومعرفة الرجال به مبنيّة على إخبار النساء، فإذا أخبرت بأن حيضها قد ارتفع قطع عليه، ولا معنى للارتياب مع ذلك حيث إن المرجع فيه إليهنَّ. فلو كانت الريبة في الآية منصرفة إلى اليأس من المحيض لكان حقّه أن يقول: «إن ارتبن» لأن المرجع إليهنّ فيه، فلمّا قال: «إن ارتبتم» علم أنه يريد الارتياب في العدّة[1].

وأجيب بأن الريبة المشترطة عائدة إلى اليأس من المحيض وعدم المحيض، والقطع فيعلمه تعالى باليأس لا يستلزم انتفاء الريبة عندنا، لأنه تعالى علّام الغيوب. وسبب النزول لا يجب أن يكون عامّاً في الجميع، فجاز أن يقع السؤال عن الصغار والكبار اللاتي لم يحضن أو أيسن مع أن مثلهنّ تحيض، فإنه لا يمكن الحوالة في عدّتهنّ على الأقراء فوجب السؤال. وصرف الريبة إلى العدّة والعلم بقدرها غير مناسب، لأن الأحكام الشرعيّة قبل ورود الشرع بها غير معلومة، فلا يكون التعليم في هذه الصورة مشروطاً بالريبة دون غيرها، لعدم الأولويّة.

ثم لو كان المراد ما ذكره لقال: «إن جهلتم» ولم يقل: «إن ارتبتم» لأن سبب

---

(١) الانتصار: ١٤٦ـ١٤٧.

النزول كما ذكر يوجب ذلك، فإن أبيّاً لم يشك في عدّتهنّ وإنّما جهل حكمه. وإنما أتى بالضمير مذكّراً لكون الخطاب مع الرجال لقوله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم﴾ ولأن النساء يرجعن في تعرّف أحكامهنّ إلى رجالهنّ أو إلى العلماء فكان الخطاب لهم لا للنساء، لأنهنّ يأخذن الحكم مسلّماً.

والحقّ أن الآية محتملة للأمرين، والاستناد إليها في الحكم غير بيّن، وإن كانت الدلالة على مذهب المرتضى أوضح. والاعتماد في الحكم المشهور على الروايات[1] الكثيرة المعتبرة الأسناد، ووجوب الجمع بينها وبين الآية يعيّن المصير إلى ما ذكروه في الجواب ـ وإن كان خلاف الظاهر ـ مراعاة للجمع.

وأمّا الرواية الواردة بوجوب العدّة عليهما موافقة لمذهب المرتضى فهي رواية أبي‌بصير قال: «عدّة التي لم تبلغ المحيض ثلاثة أشهر، والتي قد قعدت عن المحيض ثلاثة أشهر»[2]. وهي موقوفة ضعيفة السند بجماعة من رواتها، فلا تصلح معارضاً للأخبار المتقدّمة. وقد أخطأ من نسب[3] إلى المرتضى الاحتجاج بالرواية، لأنه لا يعتبر الأخبار الصحيحة الواردة بطريق الآحاد فكيف بمثل هذه الرواية الواهية السند غير المسندة إلى إمام؟! وإنما استناده إلى الآية. نعم، هذه الرواية موافقة لمذهبه لأنّها تدخل في حجّته.

---

(١) مرّت عليك في ص: ٢٣٠ ـ ٢٣١.

(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) راجع التنقيح الرائع ٣: ٣٣٩ ـ ٣٤٠، المهذّب البارع ٣: ٤٨٩.

وحدّ اليأس أن تبلغ خمسين سنة. وقيل: في القرشيّة والنبطيّة ستّين سنة.

قوله: «وحدّ اليأس ..... الخ».

التحديد بالخمسين مطلقاً قول الشيخ في النهاية[١] وجماعة[٢] منهم المصنف رحمه الله. والمستند رواية عبد الرحمن بن الحجّاج السابقة عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت: وما حدّها ـ يعني اليائسة ـ؟ قال: إذا كان لها خمسون سنة»[٣]. ورواه أحمد بن محمد بن أبي نصر عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المرأة التي تيئس من المحيض حدّها خمسون سنة»[٤].

والقول بالتفصيل لابن بابويه[٥]، وتبعه عليه المتأخّرون[٦] بعد المصنّف رحمه الله. ومستنده صحيحة ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بلغت المرأة خمسين سنة لم تر حمرة إلا أن تكون امرأة من قريش»[٧].

وللمصنّف في باب الحيض[٨] من هذا الكتاب قول آخر، وهو أن حدّه

---

(١) النهاية: ٥١٦.

(٢) راجع المهذّب ٢: ٢٨٦، السرائر ١: ١٤٥ و٢: ٦٨٨.

(٣) تقدّم ذكر مصادرها في ص ٢٣١، هامش (٢).

(٤) الكافي ٣: ١٠٧ ح ٢، التهذيب ١: ٣٩٧ ح ١٢٣٥، الوسائل ٢: ٥٨٠ ب (٣١) من أبواب الحيض ح ٣.

(٥) راجع الفقيه ١: ٥١ ح ١٩٨.

(٦) لاحظ الجامع للشرائع: ٤٦٦، قواعد الأحكام ٢: ٦٨، اللمعة الدمشقيّة: ٥، جامع المقاصد ١: ٢٨٥ ـ ٢٨٦.

(٧) الكافي ٣: ١٠٧ ح ٣، التهذيب ١: ٣٩٧ ح ١٢٣٦، ورواه في الفقيه مرسلاً راجع الفقيه ١: ٥١ ح ١٩٨، الوسائل ٢: ٥٨١ ب (٣١) من أبواب الحيض ح ٧.

(٨) في ج ١: ٥٨.

. . . . . .

ستّون سنة مطلقاً. واختاره العلّامة في المنتهى[١]. وهو في رواية عبد الرحمن بن الحجّاج أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام: «قلت: متى تكون التي يئست من المحيض ومثلها لا تحيض؟ قال: إذا بلغت ستّين سنة فقد يئست من المحيض ومثلها لا تحيض»[٢].

وفي سند الروايات[٣] ضعف، والتفصيل جامع بينها إلا في النبطيّة، فإنّا لم نقف[٤] على رواية تدلّ على إلحاقها بالقرشيّة، لكن حكمها مشتهر بين الأصحاب وربّ مشهور لا أصل له. ويمكن ترجيح رواية الستّين باستصحاب حكم الحيض إلى أن يحصل الاتّفاق على عدمه، ورواية الخمسين بأصالة عدم سقوط الواجب من العبادات وغيرها من الأحكام في غير موضع اليقين وهو الحيض المتيقّن.

والمختار التفصيل بالخمسين مطلقاً في غير القرشيّة، لصحّة روايته، وإرسالها مقبول من ابن أبي عمير. والمراد بها المنتسبة بالأب إلى قريش وهو النضر بن كنانة، وهو الجدّ الثاني عشر للنبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم على أصحّ الأقوال، سمّي بذلك لجمعه القبائل، والتقرّش: التجمّع[٥]. وقيل[٦]: سمّي باسم دابّة في البحر عظيمة لا تذر شيئاً إلا أتت عليه تسمّى قريشاً لشدّتها وشوكتها. وقلّ من يضبط نسبه الآن إليها غير الهاشميّين، فمع اشتباه نسب المرأة الأصل عدم

---

(١) منتهى المطلب ١: ٩٦.

(٢) التهذيب ٧: ٤٦٩ ح ١٨٨١، الوسائل ١٥: ٤٠٩ ب (٣) من أبواب العدد ح ٥.

(٣) في «ح، ط، م»: الرواية.

(٤) ولكن يظهر من المقنعة وجود رواية مصرّحة بالالحاق، راجع المقنعة: ٥٣٢.

(٥ و ٦) لسان العرب ٦: ٣٣٤ ـ ٣٣٥.

ولو كان مثلها تحيض اعتدّت بثلاثة أشهر إجماعاً. وهذه تراعي الشهور والحيض، فإن سبقت الأطهار فقد خرجت [من] العدّة، وكذا إن سبقت الشهور.

كونها من قريش.

قوله: «ولوكان مثلها تحيض ..... الخ».

اعلم أن الأصل في عدّة الحائل الأقراء، لقوله تعالى: ﴿والمطلّقات يتربّصن بأنفسهنّ ثلاثة قروء﴾[١]. وشرط اعتدادها بالأشهر فقدها كما ينبّه عليه قوله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض﴾ إلى قوله: ﴿واللائي لم يحضن﴾[٢]. ولا يشترط في اعتدادها بالأشهر يأسها من الحيض عندنا، بل متى انقطع عنها ثلاثة أشهر فصاعداً اعتدّت بالأشهر كما يتّفق ذلك للمرضع والمريضة، لقول الباقر عليه السلام في حسنة زرارة: «أمران أيّهما سبق بانت المطلّقة: المسترابة تستريب الحيض إن مرّت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانت منه، وإن مرّت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بانت بالحيض»[٣].

والمراد من قول المصنّف: «وهذه تراعي الشهور والحيض .... الخ» أن مع سبق الأشهر بغير حيض أصلاً تعتدّ بالأشهر، ومع مضيّ ثلاثة أطهار قبل مضيّ ثلاثة أشهر خالية من الحيض تعتدّ بالأطهار. أما لو فرض رؤيتها في الثلاثة أشهر حيضاً ولو مرّة واحدة لم تعتدّ بالأشهر بل بالأطهار إن تكرّر لها ذلك، بأن كانت

---

(١) البقرة: ٢٢٨.

(٢) الطلاق: ٤.

(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 كلّ ثلاثة أشهر مرّة. ولو فرض أن حيضها إنما يكون فيما زاد على ثلاثة أشهر ولو ساعة وطلّقت في أول الطهر فمضت الثلاثة من غير أن ترى الدم فيها اعتدّت بالأشهر. وإلى هذا أشار في الرواية بقوله: «إن مرّت ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانت منه».

وقوله: «وإن مرّت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بانت بالحيض» قال ابن أبي عمير: «قال جميل: تفسير ذلك ـ يعني ما ورد في خبر زرارة ـ إن مرّت بها ثلاثة أشهر إلّا يوماً فحاضت ثم مرّ بها ثلاثة أشهر إلّا يوماً فحاضت فهذه تعتدّ بالحيض على هذا الوجه ولا تعتدّ بالشهور، وإن مرّت بها ثلاثة أشهر بيض لم تحض فيها فقد بانت»[١].

ويشكل على هذا ما لو كانت عادتها أن تحيض في كلّ أربعة أشهر ـ مثلاً ـ مرّة، فإنّه على تقدير طلاقها في أول الطهر أو ما قاربه بحيث يبقى لها منه ثلاثة أشهر بعد الطلاق تنقضي عدّتها بالأشهر كما تقرّر، لكن لو فرض طلاقها في وقت لا يبقى من الطهر ثلاثة أشهر تامّة كان اللازم من ذلك اعتدادها بالأقراء، فربما صارت عدّتها سنة وأكثر على تقدير وقوع الطلاق في وقت لا يتمّ بعده ثلاثة أشهر بيضاً، والاجتزاء[٢] بالثلاثة على تقدير سلامتها، فتختلف العدّة باختلاف وقت الطلاق الواقع بمجرّد الاختيار[٣] مع كون المرأة من ذوات العادة المستقرّة في الحيض.

---

(١) راجع المصادر في الهامش المتقدّم.

(٢) في «م»: وإلّا اجتزأ.

(٣) في «ط، و، م»: الاخبار، وفي هامش «و» أن في النسخ: الاختيار.

. . . . . .

ويقوى الاشكال لو كانت لا ترى الدم إلّا في كلّ سنة أو أزيد مرّة، فإن عدّتها بالأشهر على المعروف في النصّ والفتوى، ومع هذا فيلزم ممّا ذكروه هنا من القاعدة أنه لو طلّقها في وقت لا يسلم بعد الطلاق لها ثلاثة أشهر طهراً أن تعتدّ بالأقراء وإن طال زمانها، وهذا بعيد ومنافٍ لما قالوه من أن أطول عدّة تفرض عدّة المسترابة وهي سنة أو تزيد ثلاثة أشهر كما سيأتي[١].

ولو قيل بالاكتفاء بثلاثة أشهر ـ إما مطلقاً أو بيضاً ـ هنا كما لو خلت من الحيض ابتداءً كان حسناً. وقد ذكر المصنّف[٢] والعلّامة[٣] في كتبه أن من كانت لا تحيض إلّا في كلّ خمسة أشهر أو ستّة أشهر عدّتها بالأشهر وأطلق. وزاد في التحرير[٤] أنها متى كانت لا تحيض في كلّ ثلاثة أشهر فصاعداً تعتدّ بالأشهر ولم تعتدّ بعروض الحيض في أثنائها كما فرضناه. وروى محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليهما السلام أنه قال في التي تحيض في كلّ ثلاثة أشهر مرّة أو في ستّة أو في سبعة، والمستحاضة، والتي لم تبلغ المحيض، والتي تحيض مرّة وترتفع مرّة، والتي لا تطمع في الولد، والتي قد ارتفع حيضها وزعمت أنها لم تيأس، والتي ترى الصفرة من حيض ليس بمستقيم، فذكر: «أن عدّة هؤلاء كلّهنّ ثلاثة أشهر»[٥]. وهي تؤيّد ما ذكرناه.

---

(١) في الصفحة التالية.

(٢) في ص: ٢٥٠.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٦٩، ارشاد الأذهان ٢: ٤٧.

(٤) تحرير الأحكام ٢: ٧١.

(٥) الكافي 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 رأت في الثالث حيضاً، وتأخّرت الثانية أو الثالثة، صبرت تسعة أشهر، لاحتمال الحمل، ثم اعتدّت بعد ذلك بثلاثة أشهر. وهي أطول عدّة. وفي رواية عمّار: تصبر سنة، ثم تعتدّ بثلاثة أشهر. ونزّلها الشيخ في النهاية على احتباس الدم الثالث. وهو تحكّم.

قوله: «أمّا لو رأت ..... الخ».

هذه المسألة شعبة من السابقة ومتفرّعة على القاعدة لكن ورد لها في النصوص حكم خاصّ فلذلك أفردها هو وغيره[١].

وحاصلها: أنها إذا ابتدأت العدّة بالأشهر فرأت في الشهر الثالث حيضاً بطلت العدّة بالأشهر، لفقد شرطها وهو خلوّها من الدم، ولكن تحسب الماضي قرءاً، لأن القرء نهايته الحيض. ولاتتركّب العدّة هنا من الأقراء والأشهر، لاختصاصها بمن طرأ يأسها على أقرائها كما سيأتي[٢]. والأصل فيه أن الواجب الواحد لا يؤدّى ببعض الأصل وبعضِ البدل الاضطراري المشروط بتعذّر الأصل إلّا بنصّ شرعيّ، ولم يرد هنا فتعيّن بطلان ما مضى من الأشهر واستئناف العدّة بالأقراء إن أمكن. فإذا فعلت ذلك فإن كملت لها ثلاثة أقراء ولو في أزيد من ثلاثة أشهر اعتدّت بها. وإن فرض بعد ذلك انقطاع الدم عنها في الحيضة الثانية أو الثالثة فقد استرابت بالحمل، وقد حكى المصنّف فيها قولين:

أحدهما ـ وهو الذي اختاره وقبله ابن إدريس[٣] والأكثر ـ :أنها تصبر مدّة تعلم براءة رحمها من الحمل، وهو تسعة أشهر من حين الطلاق، لأنه أقصى

---

(١) لاحظ النهاية: ٥٣٢ ـ ٥٣٣، الجامع للشرائع: ٤٧١، القواعد ٢: ٦٩.

(٢) في ص: ٢٤٦.

(٣) السرائر ٢: ٧٣٩ ـ ٧٤٠.

. . . . . .

[مدّة][1] الحمل عند أكثرهم. ثم إن ظهر فيها حمل اعتدّت بوضعه، وإن لم يظهر حمل علم براءة الرحم ظاهراً، واعتدّت بثلاثة أشهر بعدها وكانت بمنزلة الثلاثة الأقراء، لأنها حينئذٍ ممّن لا تحيض.

والأصل في هذا القول رواية سورة بن كليب قال: «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل طلّق امرأته تطليقة على طهر من غير جماع بشهود طلاق السنّة، وهي ممّن تحيض، فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلّا حيضة واحدة، ثم ارتفعت حيضتها حتى مضت ثلاثة أشهر أُخرى ولم تدر ما رفع حيضتها، قال: إن كانت شابّة مستقيمة الطمث فلم تطمث في ثلاثة أشهر إلّا حيضة ثم ارتفع حيضها فلا تدري ما رفعها، فإنّها تتربّص تسعة أشهر من يوم طلّقها ثم تعتدّ بعد ذلك ثلاثة أشهر ثم تتزوّج إن شاءت»[2].

وهذه الرواية مع اشتهار العمل بمضمونها مخالفة للأصل في اعتبار الحمل بتسعة أشهر من حين الطلاق، فإنّه لا يطابق شيئاً من الأقوال المتقدّمة[3] في أقصى الحمل، لأن مدّته معتبرة من آخر وطءٍ يقع بها لا من حين الطلاق، فلو فرض أنه كان معتزلاً لها أزيد من ثلاثة أشهر تجاوزت مدّته أقصى الحمل على جميع الأقوال، وقد يكون أزيد من شهر فيخالف القولين بالتسعة والعشرة.

وأيضاًفاعتدادها بثلاثة أشهر بعد العلم ببراءتها من الحمل غير مطابق لما سلف من الأُصول، لأنه مع طروّ الحيض قبل تمام الثلاثة إن اعتبرت العدّة بالأقراء

---

(١) من الحجريّتين.

(٢) التهذيب ٨: ١١٩ ح ٤١١، الاستبصار ٣: ٣٢٣ ح ١١٤٩، الوسائل ١٥: ٤٢٣ ب (١٣) من أبواب العدد ح ٢.

(٣) في ج ٨: ٣٧٣.

. . . . . .

وإن طالت ـ كما يقتضيه الضابط السابق ـ لم يتمّ الاكتفاء بجميع ذلك، وإن اعتبر خلوّ ثلاثة أشهر بيض بعد النقاء فالمعتبر بعد العلم بخلوّها من الحمل حصول الثلاثة كذلك ولو قبل العلم، لأن عدّة الطلاق لا يعتبر فيها القصد إليها بخصوصها بل لو مضت المدّة وهي غير عالمة بالطلاق كفت فكيف هنا؟! وبهذا يظهر ضعف ما قيل: إنه إنما لم يكتف بالتسعة مع العلم بعدم الحمل لأنها لم تكن للاعتداد بل للاعتبار بكونها حاملاً أم لا.

وأيضاً ليس في الرواية ما يدلّ على أنه لمكان الحمل، بل في التقييد بالتسعة ما يشعر به، وفي تقييدها بكونها من حين الطلاق ما قد يقتضي خلافه.

ثم على تقدير بنائه على احتمال الحمل لو ظهرلها في أثناء المدّة عدم الحمل قبل بلوغ التسعة ينبغي الاكتفاء من حين العلم بالاعتداد ثلاثة تفريعاً على اعتبارها بعد التسعة الموجبة للعلم بانتفاء الحمل. ويمكن قصر الرواية على موردها من بقاء الاحتمال إلى إكمال التسعة، فمع العلم بانتفائه قبلها يرجع إلى القاعدة السابقة. مع أنه يمكن أن لا يعلم انتفاء الحمل بمضيّ التسعة بناءً على القول بكون أقصاه ما يزيد عليها وفرض الاشتباه، ولكن هنا يكتفى بالثلاثة بعد التسعة مطلقاً، لأن أقصى الحمل لا يزيد على السنة عندنا، فيعلم عدمه بمضيّها. ووجه انتفاء اعتبار الثلاثة حينئذٍ بعد العلم: أن الحكم بها على خلاف الأصل كما بيّناه فيقتصر به على مورده.

والقول الثاني أنها تصبر سنة، لأنها أقصى ما قيل في مدّة الحمل، فلا تزول الريبة بدونه. ثم إن ظهر حمل اعتدّت بوضعه وإلّا اعتدّت بعدها بثلاثة أشهر.

ومستند هذا القول رواية عمّار الساباطي قال: «سئل أبو عبد الله عليه

. . . . . .

السلام عن رجل عنده امرأة شابّة وهي تحيض في كلّ شهرين أو ثلاثة أشهر حيضة واحدة كيف يطلّقها زوجها؟ فقال: أمر هذه شديد، هذه تطلّق طلاق السنّة تطليقة واحدة على طهر من غير جماع بشهود ثم تترك حتى تحيض ثلاث حيض متى حاضتها فقد انقضت عدّتها. قلت له: فإن انقضت سنة ولم تحض فيها ثلاث حيض، قال: يتربّص بها بعد السنة ثلاثة أشهر ثم انقضت عدّتها. قلت: فإن ماتت أو مات زوجها، قال: فأيّهما مات ورثه صاحبه ما بينه وبين خمسة عشر شهراً»[1].

وهذه الرواية كما ترى ليس فيها تعرّض لكون المحتبس هو الدم الثالث، بل تضمّنت أنها لم تحض في السنة ثلاث حيض أعمّ من أن تكون حاضت فيها مرّة أو مرّتين، فلذلك نسب المصنّف تنزيل الشيخ[2] لها على احتباس الدم الثالث إلى التحكّم، لأنه لا دليل عليه.

وأجاب عنه فخر الدين[3] ـ رحمه الله ـ بأن الرواية مطلقة ليس فيها ماينافيه، والأدلّة غيرها تنفي ما عدا هذا التأويل فينزّل عليه. ولأن التحكّم القول من غير دليل، وإبطال دلالة أمر معيّن وعدم الوقوف على غيره لا يوجب الحكم بالبطلان، فإن عدم وجدان واحد لا يدلّ على العدم.

وفيه نظر، لأن التحكّم إنما نشأ من إطلاق الرواية الشامل لاحتباس الحيضة الثانية والثالثة، فتنزيلها على بعض ما دلّت عليه يحتاج إلى دليل موجب

---

(١) الكافي ٦: ٩٨ ح ١، التهذيب ٨: ١١٩ ح ٤١٠، الاستبصار ٣: ٣٢٢ ح ١١٤٨، الوسائل ١٥: ٤٢٢ ب (١٣) من أبواب العدد ح ١.

(٢) النهاية: ٥٣٣.

(٣) إيضاح الفوائد ٣: ٣٤٢.

. . . . . .

له. وقد تقدّم[١] في الخبر الأول أن المرأة إذا ارتفع حيضها بعد أن حاضت في الثلاثة مرّة فإنها تتربّص تسعة أشهر ثم تعتدّ بثلاثة، وفي الروايات[٢] السابقة وغيرها ما يدلّ على أن هذه تعتدّ بالأقراء وإن طالت أو بالأشهر على ما بيّناه، فوقعت هاتان الروايتان[٣] مخالفتين[٤] لإطلاق تلك الروايات[٥]، فجمع الشيخ في الاستبصار[٦] بينها بالاعتماد على الخبر[٧] المشتمل على التربّص تسعة ثم الاعتداد بثلاثة، لأن التسعة أشهر أقصى الحمل فيعلم حينئذٍ أنها ليست حاملاً، ثم 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 بثلاثة أشهر إذا مرّت لا ترى فيها الدم. وبهذا يظهر أن الأدلّة لا توجب الحصر فيما ذكره الشيخ في خبر عمّار.

ويظهر من الشيخ في النهاية[١٠] تنزيل الخبرين[١١] على معنىً آخر، بحمل

---

(١) في ص: ٢٤١، هامش (٢).

(٢) لاحظ ص: ٢٣٧، هامش (٣). وراجع أيضاً الوسائل ١٥: ٤١٠ ب «٤» من أبواب العدد ح ٣، ١٢، ١٣.

(٣) أي: روايتا سورة وعمّار المتقدّمتان في ص: ٢٤١ و ٢٤٢.

(٤) فيما لدينا من النسخ الخطّية والحجريّتين: مخالفتان، والصحيح ما أثبتناه.

(٥ و ٨) لاحظ الهامش (٢) هنا.

(٦) الاستبصار ٣: ٣٢٣ ذيل ح ١١٤٩ و ١١٥١.

(٧) وهو خبر سورة بن كليب.

(٩) المذكور في ص: ٢٣٩، هامش (٥).

(١٠) النهاية: ٥٣٢ ـ ٥٣٣.

(١١) لاحظ الهامش (٣) هنا.

. . . . . .

الخبر السابق على احتباس الحيضة الثانية فتصبر إلى التسعة، والثاني على احتباس الثالثة فتصبر إلى السنة، ثم تعتدّ بثلاثة أشهر فيهما.

وهذا التنزيل ـ مع ما فيه من الجمع بينهما ـ يوافق ظاهرهما، لأنه قال في الخبر الأول: إنها لم تطمث في الثلاثة أشهر إلّا مرّة ثم ارتفع حيضها، وهو صريح في احتباس الثانية، وأوجب التربّص تسعة أشهر.....إلخ، وقال في الثاني: إنه انقضت سنة ولم تحض فيها ثلاث حيض، وهذا وإن كان شاملاً لنفي الثانية والثالثة إلا أن طريق الجمع بينهما بحمله على احتباس الثالثة، وبقرينة قوله: لم تحض فيها ثلاث حيض، فإنها لو لم تحض إلّا مرّة لقال: لم تحض فيها حيضتين أو إلّا حيضة.

فهذا وجه مصير الشيخ إلى ما ذكره من التنزيل. ومع ذلك لا يسلم عن التحكّم، لأن الفرق بين احتباس الثانية والثالثة لا مدخل له في هذه الأحكام، فإن احتمال الحمل يوجب فساد اعتبار الاثنتين كما يوجب فساد الواحدة. وأقصى الحمل مشترك بين جميع أفراد النساء بالتسعة أو السنة أو غيرهما، فالفرق بين جعل مدّة التربّص للعلم بالبراءة من الحمل تسعة تارة وسنة أُخرى يرجع إلى التحكّم. وعلى تقدير الاعتناء برواية عمّار فما ذكره الشيخ في الاستبصار من الجمع أدخل في الحكم.

واعلم أن طريق الروايتين قاصر عن إفادة مثل هذا الحكم، خصوصاً رواية سورة بن كليب، لكن الشهرة مرجّحة لجانبها على قاعدتهم. ولو قيل بالاكتفاء بالتربّص مدّة يظهر فيها انتفاء[1] الحمل ـ كالتسعة ـ من غير اعتبار عدّة أُخرى كان

---

(١) في «ح»: أثر الحمل.

ولو رأت الدم مرّة، ثم بلغت اليأس، أكملت العدّة بشهرين.

وجهاً. والحكم فيها[١] مخصوص بالحرّة بقرينة جعل عدّتها ثلاثة أشهر بعد التربّص ومراعاة ثلاثة أقراء، فلو كانت أمة اعتبر في الأمرين عدّتها.

والتقييد في كلام المصنّف وغيره برؤية الحيض في الثالث أخذوه من قوله في الرواية الأُولى: «فمضى[٢] ثلاثة أشهر لم تحض إلّا حيضة واحدة» مع أنها ليست صريحة في ذلك كما لا يخفى. وعلى هذا فلو رأت في الشهر الأول أو الثاني واحتبس ففي إلحاقه بما ذكروه نظر [ينشأ][٣] من مساواته له في المعنى بل أولى بالاسترابة بالحمل، ومن قصر الحكم المخالف على مورده، فردّه إلى تلك القاعدة[٤] أولى، لصحّة طريقها. إلّا أن يقال في تلك بوجوب مراعاة الأقراء هنا مطلقاً، فتكون عدّتها في المثال أطول فيقتصر على العدّة المذكورة هنا، نظراً إلى الأولويّة المذكورة، فلا يكون ذلك قياساً ممنوعاً.

قوله: «ولو رأت الدم .... الخ».

وجهه: حكم الشارع عليها بوجوب العدّة قبل اليأس وقد كانت حينئذٍ من ذوات الأقراء، فإذا تعذّر إكمالها بها[٥] لليأس المقتضي انتفاء الحكم بالحيض مع تلبّسها بالعدّة أكملت بالأشهر، لأنها بدل عن الأقراء كما مرّ، فيُجعل لكلّ قرءٍ شهر، ولا توجد عدّة ملفّقة من الأمرين إلّا هذه. وباليأس من عود الحيض فارقت

---

(١) في «ح، م»: فيهما.

(٢) في النسخ الخطّية والحجريّتين: بمضي، والصحيح ما أثبتناه.

(٣) من إحدى الحجريّتين.

(٤) المذكورة في المتن في ص: ٢٣٧، وعنى بـ«صحّة طريقها» حسنة زرارة التي ذكرها هناك.

(٥) في «ش، و، م»: به.

ولو استمرّ بالمعتدّة الدم مشتبهاً ، رجعت إلى عادتها في زمان الاستقامة واعتدّت به.

ولو لم تكن لها عادة، اعتبرت صفة الدم، واعتدّت بثلاثة أقراء.

ولو اشتبه رجعت إلى عادة نسائها. ولو اختلفن اعتدّت بالأشهر.

من احتبس حيضها قبل إتمام[١] العدّة لعارض [من][٢] حيث إن عوده ممكن.

والأصل في حكم هذه المسألة رواية هارون بن حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام في امرأة طلّقت وقد طعنت في السنّ فحاضت حيضة واحدة ثم ارتفع حيضها، فقال: «تعتدّ بالحيض وشهرين مستقبلين، فإنها قد يئست من المحيض»[٣].

ولو فرض يأسها بعد أن حاضت مرّتين فمقتضى ذلك إكمال العدّة بشهر، ولكن الجماعة اقتصروا على مدلول الرواية.

قوله: «ولو استمرّ ..... الخ».

المراد باستمراره تجاوزه العشرة، فإن ذات العادة حينئذٍ ترجع إلى عادتها وتجعل الباقي استحاضة، فيلحق ما يحكم به حيضاً في العادة حكم الحيض هنا، وتجعل الباقي طهراً إلى وقت العادة من الشهر الآخر، وتنقضي بذلك العدّة كالمستقيمة الحيض.

---

(١) في «ش ، م» : تمام.

(٢) من «ش ،م» فقط.

(٣) الكافي ٦ : ١٠٠ ح ١١ ، التهذيب ٨ : ١٢١ ح ٤١٦ ، الاستبصار ٣ : ٣٢٥ ح ١١٥٦ ، الوسائل ١٥ : ٤١٦ ب «٦» من أبواب العدد . وفي هامش «و»: «في طريقها يزيد بن إسحاق شعر، وحاله مجهول، وقد مدحه الكشي مدحاً لا يقتضي التعديل مع ضعف طريقه. منه رحمه الله» . لاحظ رجال الكشي: ٥٠٤ ، الرقم ٤٩٩ .

. . . . . .

وتقييده بكون الدم مشتبهاً في هذه الصورة باعتبار احتماله الحيض فيما زاد على العادة قبل التجاوز، وإن كان باعتبار التجاوز صار غير مشتبه حيث علم أن الحيض منه هو ما وقع في زمن العدّة وما زاد استحاضة، فلا اشتباه فيه حينئذٍ. ولو لم تكن لها عادة مع فرض استمراره وتجاوزه العشرة رجعت إلى التمييز وجعلت ما كان أقرب منه إلى صفة الحيض حيضاً بشرائطه والباقي طهراً. فإن اتّفق لها تمييز عملت عليه وانقضت العدّة بذلك أيضاً. ولا فرق هنا بين المبتدئة والمضطربة.

فإن اشتبه دم الحيض منه ـ بأن فقدت التمييز ـ فقد قال المصنّف ـ رحمه الله ـ وقبله الشيخ[١] وبعده العلّامة في كتبه[٢]: إنها ترجع إلى عادة نسائها. وهذا يتمّ في المبتدئة كما تقرّر في بابه[٣]، أمّا المضطربة فلا ترجع إلى النساء بل تنتقل عند فقد التمييز إلى الروايات، وليس لحكم الحيض في العدّة أمر يقتضي هذا الحكم، فالأجود الرجوع إلى ما تقرّر في بابه.

ومحصّله: أنه مع انضباط الحيض والطهر ـ بانقطاعِ الدم على ما دون العشرة أو عادةٍ أو تمييزٍ أو رجوعِ المبتدئة إلى أهلها ـ عملت عليه ورتّبت حكم العدّة على ما يحكم به طهراً. فإن لم يتّفق ذلك ـ بأن فقدت المبتدئة الأهل بعد فقد التمييز، أو كانت مضطربة وفقدت التمييز ـ اعتدّت بالأشهر، وذلك في موضع الأخذ بالروايات. وإنما حكم هنا باعتدادها بالأشهر دون أن ترجع إلى تعيين الحيض بالرواية التي قد توجب نقصاناً عن الثلاثة أشهر لورود النصّ هنا

---

(١) النهاية: ٥٣٣.

(٢) مختلف الشيعة: ٦١٥، قواعد الأحكام ٢: ٦٩، تحرير الأحكام ٢: ٧١.

(٣) في ج ١: ٦٨.

. . . . . .

برجوعها إلى الأشهر، ففي رواية الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «عدّة المرأة التي لا تحيض والمستحاضة التي لا تطهر ثلاثة أشهر، وعدّة التي تحيض ويستقيم حيضها ثلاثة قروء»[١]. ومثلها رواية أبي بصير[٢] عنه عليه السلام. وليس فيها اعتبار الرجوع إلى النساء مطلقاً، فلا أقلّ من أن ترجع إلى قاعدة الحيض لا أن يحدث هنا حكم آخر. ويمكن أن يكون حكمة العدول عن الروايات إلى الأشهر انضباط العدّة بذلك دون الروايات، من حيث إنّها تتخيّر في تخصيص العدد بما شاءت من الشهر، وذلك يوجب كون العدّة بيدها زيادة ونقصاناً، وذلك غير موافق لحكمة العدّة.

واعلم أن عبارات الأصحاب قد اضطربت في حكم المضطربة في هذا الباب، فقال الشيخ في النهاية[٣] ما يقارب عبارة المصنّف هنا من الرجوع إلى عادة الحيض، فإن لم تعرفها فإلى صفة الدم، ومع الاشتباه إلى عادة نسائها.

وقال ابن إدريس بعد نقله كلام الشيخ: «الأولى تقديم العادة على اعتبار صفة الدم، لأن العادة أقوى، فإن لم تكن لها نساء لهنّ عادة رجعت إلى اعتبار صفة الدم»[٤]. فقدّم الرجوع إلى النساء على التمييز. وكلّ منهما لم يفرّق بين المبتدئة والمضطربة.

---

(١) الكافي ٦: ١٠٠ ح ٨، الفقيه ٣: ٣٣١ ح ١٦٠٥، التهذيب ٨: ١١٨ ح ٤٠٧، الاستبصار ٣: ٣٣٢ ح ١١٨٣، الوسائل ١٥: ٤١٢ ب (٤) من أبواب العدد ح ٧.

(٢) الكافي ٦: ٩٩ ح ٣، التهذيب ٨: ١١٧ ح ٤٠٦، الاستبصار ٣: ٣٣٢ ح ١١٨٢، الوسائل الباب المتقدّم ح ٩.

(٣) النهاية: ٥٣٣.

(٤) السرائر ٢: ٧٤١.

ولو كانت لا تحيض إلّا في ستّة أشهر أو خمسة [أشهر] اعتدّت بالأشهر.

وعبارة العلّامة في القواعد[١] والتحرير[٢] مثل عبارة المصنّف والشيخ من غير فرق أيضاً بين المبتدئة والمضطربة. وقال في الارشاد: «والمضطربة ترجع إلى أهلها أو التمييز، فإن فقدت اعتدّت بالأشهر»[٣] فجعل الرجوع إلى الأهل حكم المضطربة ولم يذكر المبتدئة، وكان حقّه العكس، وزاد عطفه التمييز على الأهل بـ «أو» المقتضي للتخيير.

فتلخّص في المسألة مذاهب متعدّدة، وليس لها هنا بخصوصها أصل يرجع إليه، وما تقدّم[٤] من حكم الحيض ينافي الجميع. والمعتبر من النساء الأقارب من الطرفين أو أحدهما ثم الأقران، ومع اختلافهنّ إذا تعدّدن ما سلف[٥] في باب الحيض.

قوله: «ولو كانت لا تحيض ..... الخ».

هكذا اتّفقت عبارة المصنّف وجماعة[٦] من الأصحاب. ولاوجه للتخصيص بالخمسة والستّة، بل الضابط أنها متى سلم لها ثلاثة أشهر بعد الطلاق لا ترى فيها حيضاً اعتدّت بالأشهر. وقد دلّ على ذلك رواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «أمران أيّهما سبق بانت المطلّقة: المستريبة تستريب الحيض إن مرّت بها ثلاثة

---

(١) قواعد الأحكام ٢ : ٦٩.
(٢) تحرير الأحكام ٢ : ٧١.
(٣) إرشاد الأذهان ٢ : ٤٧.
(٤) في ج ١ : ٧١.
(٥) في ج ١ : ٦٨ ـ ٦٩.
(٦) كما في القواعد ٢ : ٦٩.

ومتى طلّقت في أول الهلال اعتدّت بثلاثة أشهر أهلّة. ولو طلّقت في أثنائه اعتدّت بهلالين، وأخذت من الثالث بقدر الفائت من الشهر الأول. وقيل: تكمله ثلاثين. وهو أشبه.

أشهر بيض ليس فيها دم بانت به، وإن مرّت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة أشهر بانت بالحيض»[١]. وفي رواية أُخرى لزرارة عن أحدهما عليهما السلام: «أيّ الأمرين سبق إليها فقد انقضت عدّتها: إن مرّت ثلاثة أشهر لا ترى فيها دماً فقد انقضت عدّتها، وإن مرّت ثلاثة أقراء فقد انقضت عدّتها»[٢]. وفي صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنّه قال في التي تحيض في كلّ ثلاثة أشهر مرّة أو في ستّة أشهر أو في سبعة أشهر: «إن عدّتها ثلاثة أشهر»[٣]. وغير ذلك من الأخبار الدالّة على اعتبار سلامة ثلاثة أشهر.

لكن يبقى في ذلك ما أسلفناه[٤] من أن الروايات تقتضي اشتراط سلامة الثلاثة بعد الطلاق من الحيض، فلو وقع الطلاق في أثناء الطهر بحيث لم يبق بعده ثلاثة وإن كان أصله أكثر لا تعتدّ بالأشهر. وعبارة الأصحاب بخلاف ذلك من حيث الإطلاق.

قوله: «ومتى طلّقت ..... الخ».

المعتبر في الأشهر حيث تكون مرادة للشارع بالهلاليّة، وعليه تدور المواقيت الشرعيّة. ثم إن انطبق وقوع الطلاق على أول الشهر الهلالي فلا إشكال.

---

(١) مرّ ذكر مصادرها في ص: ٢٣٧، هامش (٣).

(٢) الكافي ٦: ١٠٠ ح ٩، التهذيب ٨: ١١٨ ح ٤٠٨، الاستبصار ٣: ٣٢٤ ح ١١٥٣، الوسائل ١٥: ٤١١ ب (٤) من أبواب العدد ح ٣.

(٣) مرّ ذكر مصادرها في ص: ٢٣٩، هامش (٥).

(٤) في ص: ٢٣٨.

وإن وقع في أثنائه وانكسر ذلك الشهر اعتبر بعده شهران بالهلالي[١]. وفي إكمال المنكسر ثلاثين، أو جبره بقدر ما فات منه قولان أصحّهما ـ وهو الذي اختاره المصنّف ـ الأول، لأنه لمّا لم يتّفق في الشهر الأول كونه هلاليّاً ـ لأن المراد العدّة بين الهلالين ـ انتقل إلى الشهر العرفي وهو الثلاثون.

ووجه الثاني: أن إطلاق الشهر محمول على الهلالي، فإذا فات بعضه أكمل من الرابع بمقدار ما فات، فلو فرض كونه تسعة وعشرين يوماً وطلّقها وقد مضى منه عشرون يوماً تحتسب بتسعة وتقضي عشرين يوماً من الرابع.

وفي المسألة قول ثالث، وهو انكسار الجميع، فيسقط اعتبار الأهلّة فيها، لأن المنكسر أولاً يتمَّم بما يليه فينكسر أيضاً. والأصحّ ما تقدّم، لأن الشهرين المتوسّطين يصدق عليهما الاسم بالأهلّة فلا يعدل عن ذلك، لأنه الأصل. وهذا البحث آتٍ في جميع الآجال من السّلم والدَّين المؤجّل والعدّة وغيرها. وقد تقدّم البحث فيه في السّلم[٢] مستوفىً.

واعلم أن انطباق الطلاق ونحوه من العقود على أول الشهر يتصوّر بأن يبتدىء باللفظ قبل الغروب من ليلة الهلال بحيث يقترن الفراغ منه بأول الشهر، لا بابتدائه في أول الشهر، لأنه إلى أن يتمّ لفظه يذهب جزء من الشهر وينكسر. ومن جوّز تعليق الطلاق فرضه بأن يعلّقه على انسلاخ الشهر أو بأول الشهر الذي يليه. ولو وقع في أثناء النهار أو الليل أدخل الباقي منه في الحساب من الساعات وما دونها. وكذا القول في غيره.

---

(١) في «ش، ط، م»: بالهلال.

(٢) في ج ٣: ٤١٩ ـ ٤٢١.

تفريع

لو ارتابت بالحمل بعد انقضاء العدّة والنكاح لم يبطل. وكذا لو حدثت الريبة [بالحمل] بعد العدّة وقبل النكاح.

أما لو ارتابت به قبل انقضاء العدّة لم تنكح، ولو انقضت العدّة. ولو قيل بالجواز ما لم يتيقّن الحمل كان حسناً.

وعلى التقديرات لو ظهرحمل بطل النكاح الثاني، لتحقّق وقوعه في العدّة.

قوله: «لو ارتابت ..... الخ».

الارتياب بالحمل يحصل بوجود علامة تفيد الظنّ به كثقل وحركة ونحوهما، فإذا حصل لها ذلك بعد انقضاء العدّة والنكاح لم يؤثّر، للحكم بالانقضاء وصحّة النكاح شرعاً، فلا يعارضه الظنّ الطارىء. وكذا لو كان بعد انقضاء العدّة وقبل النكاح، للحكم بانقضائها شرعاً فلا ينتقض بالشك، فيجوز لها النكاح، لترتّبه على الحكم بانقضاء العدّة وقد حصل.

أما لو حصلت الريبة قبل انقضاء العدّة فقد قال الشيخ في المبسوط[١]: لا يجوز لها أن تنكح بعد انقضاء العدّة إلى أن يتبيّن[٢] الحال، لأن النكاح مبنيّ على الاحتياط. ورجّح المصنّف والعلّامة[٣] الجواز، لوجود المقتضي وهو خروج العدّة، وانتفاء المانع، إذ الريبة لا توجب بذاتها الحكم بالحمل، والأصل عدمه، ومن ثَمّ سقطت نفقتها ورجعتها في الرجعيّة.

---

(١) المبسوط ٥: ٢٤٠.

(٢) في «و» والحجريّتين: تبين.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٦٩.

الفصل الرابع
في الحامل

وهي تعتدّ في الطلاق بوضعه ولو بعد الطلاق بلا فصل، سواء كان تامّاً أو غير تامّ، ولو كان علقة، بعد أن يتحقّق أنه حمل. ولا عبرة بما يشكّ فيه.

وعلى كلّ حال لو ظهر حمل محقّق بعد النكاح الثاني حكم ببطلانه، لتحقّق وقوعه في العدّة، لأنها في الحامل وضع الحمل بل هي الأصل لدلالتها على براءة الرحم يقيناً، بخلاف غيرها من الأشهر والأقراء، فإن دلالته ظنّية، وإنّما اكتفى الشارع بها لتعذّر تحصيل اليقين كلّ وقت فجعلت بدلاً عن اليقين[1] فإذا حصل الأصل بطل البدل الاضطراري، فبطل النكاح المترتّب عليه.

قوله: «في الحامل ...الخ».

إنّما تنقضي عدّة الحامل إذا وضعت الحمل التامّ، قال تعالى: ﴿**وأُولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ**﴾[2]. ويتحقّق بوضعه بعد الطلاق بتمامه، سواء كان حيّاً أم ميّتاً، تامّاً أو غير تامّ، إذا تحقّق أنه مبدأ نشوء آدمي، لعموم الآية. ويتحقّق ذلك في مسائل:

إحداها: اعتبار خروجه بأجمعه، فلا تنقضي بخروج بعضه، لأنه لا تحصل به براءة الرحم ولا وضع الحمل المضاف إليها. فإذا خرج بعضه منفصلاً أو متّصلاً ولم يخرج الباقي بقيت الرجعة في الرجعيّة. ولو مات أحدهما ورثه الآخر. وكذلك يبقى سائر أحكام الجنين كنفي توريثه، وسراية العتق إليه من الأُم على

---

(١) في «ش، ط،م» : اليقيني .

(٢) الطلاق : ٤ .

. . . . . .

القول بها، وإجزائه عن الكفّارة، ووجوب الغرم عند الجناية على الأُم، وتبعيّته للأُم في البيع عند الشيخ[١]، وفي الهبة وغيرها على قول.

الثانية: تنقضي بانفصاله حيّاً وميّتاً، لصدق وضع الحمل. ويعتبر تحقّق كونه حملاً، فلا يكفي وضعه نطفة مع عدم استقرارها إجماعاً. ومعه وجهان، من الشكّ في كونه قد صار حملاً. وحكم الشيخ[٢] بانقضاء العدّة بها وأطلق. وهو بعيد مطلقاً. والوجهان آتيان في العلقة، وهي القطعة من الدم التى لا تخطيط فيها. ووافق المصنّف وجماعة[٣] الشيخ[٤] عليها. وهو قريب مع العلم بأنها مبدأ نشوء آدمى وإلا فلا. ولو أسقطت مضغة كفت، والعلم بها أقرب.

الثالثة: إذا لم تظهر الصورة والتخطيط بكلّ واحدة منهما، ولكن قالت القوابل وأهل الخبرة من النساء: إن فيه صورة خفيّة وهى بيّنة لنا وإن خفيت على غيرنا، حكم بها، وتنقضى بها العدّة ويثبت النسب وسائر الأحكام. ولو لم يكن فيه صورة ظاهرة ولا خفيّة تعرفها القوابل، ولكن قلن: إنه أصل الآدمى ولو بقى لتصوّر وتخلّق، ففى الاكتفاء به قولان. ويظهر من المصنّف الاكتفاء به كما قطع به الشيخ[٥] ـ رحمه الله ـ لعموم: ﴿أن يضعن حملهنّ﴾ وخصوص رواية عبد الرحمن بن الحجّاج عن أبي الحسن عليه السلام قال: «سألته عن الحبلى إذا طلّقها زوجها

---

(١) المبسوط ٢: ١٥٦.

(٢ و ٤ و ٥) المبسوط ٥: ٢٤٠.

(٣) راجع الوسيلة: ٣٢٥، الجامع للشرائع: ٤٧١، قواعد الأحكام ٢: ٦٩، اللمعة الدمشقيّة: ١٢٥.

. . . . . .

فوضعت سقطاً تمّ أو لم يتمّ، أو وضعته مضغة، قال: كلّ شيءٍ وضعته يستبين أنه حمل تمّ أو لم يتمّ فقد انقضت عدّتها وإن كانت مضغة»[١].

الرابعة: لا فرق في توقّف انقضاء العدّة على وضع الحمل بين طول مدّته وقصرها، فقد تكون لحظة وقد تكون سنة كما سبق[٢]، لعموم الآية وخصوص الرواية. ولافرق فيها بين الحرّة والأمة، بخلاف الاعتداد بغيره. وقال ابن بابويه[٣] وابن حمزة[٤]: تعتدّ بأقرب الأجلين، فإن مضت ثلاثة أشهر ولم تضع خرجت من العدّة، وإن وضعت قبل ثلاثة أشهر خرجت أيضاً من العدّة. وزاد أنّها تبين بمضيّ ثلاثة أشهر لكن ليس لها أن تتزوّج إلّا بعد وضع الحمل. والمعتمد الأول، للآية والرواية.

الخامسة: يشترط في الحمل: كونه منسوباً إلى مَن العدّة منه إمّا ظاهراً أو احتمالاً، فلو انتفى عنه شرعاً لم يعتدّ به. وإمكان تولّده منه، بأن يكون فحلاً أو مجبوباً له بقيّة أولا معها لما تقدّم[٥] من لحوق الحمل به، فلو انتفى عنه شرعاً ـ بأن ولدته تامّاً لدون ستّة أشهر من يوم النكاح، أو لأكثر وبين الزوجين مسافة لا تقطع في تلك المدّة ـ لم تنقض به العدّة. وكذا لا يلحق بالممسوح على الأظهر وإن أمكنت المساحقة في حقّه، لفقد آلات التولّد.

---

(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) في ج ٨: ٣٧٣.

(٣) الفقيه ٣: ٣٢٩ ذيل ح ١٥٩٣، المقنع: ١١٦.

(٤) الوسيلة: ٣٢٥.

(٥) في ص: ٢١٥ ـ ٢١٦.

ولو طلّقت فادّعت الحمل صبر عليها أقصى الحمل، وهو: تسعة أشهر، ثمّ لا تقبل دعواها. وفي رواية: سنة. وليست مشهورة.

قوله: «ولو طلّقت فادّعت ..... الخ».

لمّا كان المرجع في العدّة شرعاً إليها، وكان من جملة متعلّقاتها الحمل، رجع إليها فيه إذا ادّعته إلى أن تنقضي مدّة يعلم انتفاؤه، وهو تسعة أشهر على أشهر الأقوال، مع أن المصنّف فيما سبق[١] اختار كون أقصاه عشرة.

ومستند الاكتفاء بتسعة أشهر هنا رواية محمد بن حكيم عن أبي الحسن عليه السلام قال: «قلت له: المرأة الشابّة التي تحيض مثلها يطلّقها زوجها ويرتفع حيضها كم عدّتها؟ قال: ثلاثة أشهر. قلت: فإنها ادّعت الحمل بعد ثلاثة أشهر، قال: عدّتها تسعة أشهر. قلت: فإنّها ادّعت الحبل بعد تسعة أشهر، قال: إنما الحبل تسعة أشهر. قلت: تتزوّج؟ قال: تحتاط ثلاثة أشهر. قلت: فإنها ادّعت الحبل بعد ثلاثة أشهر، قال: لا ريبة عليها تتزوّج إن شاءت»[٢]. مع أنه قد تقدّم[٣] أنها إذا ارتابت بالحمل تعتدّ بثلاثة أشهر بعد التسعة فمع دعواها الحبل أولى.

والقول بوجوب تربّصها سنة للشيخ في النهاية[٤]، ووافقه عليه العلامة في القواعد[٥] والمختلف[٦]، مع أنهما لايقولان بأن أقصى الحمل سنة إلا هنا. والمستند صحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج قال: «سمعت أبا إبراهيم عليه السلام

---

(١) في ج ٨: ٣٧٣.

(٢) الكافي ٦: ١٠١ ح ٢، التهذيب ٨: ١٢٩ ح ٤٤٥، الوسائل ١٥: ٤٤٢ ب (٢٥) من أبواب العدد ح ٢.

(٣) في ص: ٢٤٠.

(٤) النهاية: ٥٣٤.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٧٠.

(٦) المختلف: ٦١٥ ـ ٦١٦.

. . . . . .

يقول: إذا طلّق الرجل امرأته فادّعت حبلاً انتظر تسعة أشهر، فإن ولدت وإلا اعتدّت ثلاثة أشهر ثم قد بانت»[١]. وهذه الرواية تدلّ على وجوب التربّص سنة كما سبق[٢] في المسترابة، لا على أن أقصى الحمل سنة كما اختاره في القواعد. وعلّل في المختلف بأن الحمل قد يكون سنة فوجب الصبر إلى أن يتيقّن الخروج.

وبالجملة فالقول بوجوب التربّص بها[٣] سنة قويّ، للرواية الصحيحة وقيام الاحتمال. وأما كون مجموع ذلك عدّة أو تختصّ العدّة بثلاثة أشهر بعد التسعة ـ كما ذكروه ووردت به الروايات ـ فلا يخلو من إشكال كما قرّرناه سابقاً[٤].

وابن إدريس[٥] أنكر الزيادة على التسعة مع الريبة ودعوى الحمل، استناداً إلى أن ذلك أقصى الحمل فلا وجه للزيادة عليها باستئناف عدّة أُخرى.

وعذره واضح حيث لا يعتبر الأخبار الواردة في ذلك. والمصنف وافقه هنا مع دعواها الحمل دون ما لو استرابت وقوفاً مع تلك الأخبار[٦]، ومن ثَمّ خصّ الحكم هناك بانقطاع الدم بعد رؤيته في الثالث، ومقتضى حكمه هنا اختصاص ذلك الحكم بمورد الرواية خاصّة. وفي الفرق بين المقامين إشكال، والروايات السابقة قاصرة عن إفادة الحكم، والروايات هنا منها ما هو مؤيّد لتلك ومنها ما هو مخالف كما رأيته.

---

(١) الكافي ٦: ١٠١ ح ١، الفقيه ٣: ٣٣٠ ح ١٥٩٩، التهذيب ٨: ١٢٩ ح ٤٤٤، الوسائل ١٥: ٤٤١ ب «٢٥» من أبواب العدد ح ١.

(٢ و ٤ و ٦) راجع ص: ٢٤٠.

(٣) في «م»: لها.

(٥) السرائر ٢: ٧٤٣.

ولو كان حملها اثنين بانت بالأول، ولم تنكح إلّا بعد وضع الأخير. والأشبه أنّها لا تبين إلّا بوضع الجميع.

قوله: «ولو كان حملها ....الخ».

القول ببينونتها بالأول وتوقّف تزويجها على وضع الأخير للشيخ في النهاية[١]، استناداً إلى رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل طلّق امرأته وهي حبلى وكان [ما][٢] في بطنها اثنان فوضعت واحداً وبقي واحد، قال: تبين بالأول ولا تحلّ للأزواج حتى تضع ما في بطنها»[٣]. ولأن الحمل صادق على الواحد حالة الانفراد فكذا عند الاجتماع للاستصحاب.

وما اختاره المصنّف من توقّف انقضاء العدّة على وضع الجميع ذهب إليه الشيخ في المبسوط[٤] والخلاف[٥] مدّعياً فيهما إجماع أهل العلم عدا عكرمة من العامّة، مع أن ابن الجنيد[٦] قبله ذهب إلى انقضاء العدّة بوضع أحدهما مطلقاً. وتبعه على مذهبه في النهاية تلميذه القاضي[٧] وابن حمزة[٨].

والأصحّ توقّف انقضاء العدّة على وضع جميع ما في بطنها وإن تعدّد، لأن

---

(١) النهاية: ٥١٧، ٥٣٤.

(٢) وردت في جميع النسخ الخطّية والحجريّتين، ولم ترد في مصادر الرواية.

(٣) الكافي ٦: ٨٢ ح ١٠، التهذيب ٨: ٧٣ ح ٢٤٣، الوسائل ١٥: ٤٢٠ ب (١٠) من أبواب العدد ح ١.

(٤) المبسوط ٥: ٢٤١.

(٥) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٣٠٤ مسألة (٨).

(٦) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٦١٨.

(٧) المهذّب ٢: ٢٨٦، ٣١٦.

(٨) الوسيلة: ٣٢٢.

الحمل اسم للجميع فقبله يصدق انتفاء وضعه، وإذا صدق انتفاء وضع الحمل كذب وضع الحمل، لاستحالة اجتماع النقيضين على الصدق. وصدق اسم الحمل على الواحد لا يقتضي البينونة [به][1] مع الاجتماع، لأنه تعالى جعل أجل الحوامل أن يضعن حملهنّ، وهو لا يصدق ما دام في الرحم منه شيء، وبهذا فارق المنفرد. ولأن العدّة موضوعة لاستبراء الرحم وخلوّه من ولد مظنون فكيف تنقضي العدّة مع بقاء ولد موجود؟! والرواية ضعيفة السند بجماعة.

وتظهر فائدة القولين في الرجعة وموت الزوج قبله والنفقة عليها وغير ذلك من توابع العدّة، فعلى قول الشيخ ينتفي جميع ذلك إلّا تحريم التزويج، وعلى القول المشهور تصحّ رجعتها بين التوأمين وترثه لو مات بينهما وتلحقها أحكام المعتدّة مطلقاً.

واعلم أن التوأمين يتحقّقان بولادتهما فيما دون ستّة أشهر، ومتى ولدت الثاني لستّة أشهر فصاعداً فهو حمل آخر لا يرتبط بحكم الأول، فتنقضي عدّتها بوضع الأول. وفي جواز تزويجها قبل وضع الثاني مع كونه لاحقاً بالأول نظر، من الحكم بالبينونة المجوّزة للتزويج، ومن إمكان اختلاط النسب حيث تلده لوقت يحتمل كونه لهما. وقد تجوّز العلّامة في القواعد[2] حيث جعل أقصى المدّة بين التوأمين ستّة أشهر، والصواب أن المعتبر في كونهما توأمين ولادتهما لأقلّ من ستّة، وقد تنبّه له في التحرير[3] فجعل المعتبر ولادتهما لأقلّ من ستّة أشهر.

---

(١) من «م» وهامش «و» والحجريّتين.

(٢) قواعد الأحكام ٢ : ٦٩.

(٣) تحرير الأحكام ٢ : ٧١.

ولو طلّق [الحائل] طلاقاً رجعيّاً، ثم مات في العدّة، استأنفت عدّة الوفاة. ولو كان بائناً اقتصرت على إتمام عدّة الطلاق.

قوله: «ولو طلّق الحائل ....الخ».

الوجه في ذلك أن المطلّقة بائناً صارت بمنزلة الأجنبيّة، وأما الرجعيّة فهي بمنزلة الزوجة، ومن ثَمّ يبقى التوارث بينهما ويقع عليها الظهار والإيلاء وغيرهما من أحكام الزوجة، فإذا مات المطلّق استأنفت لموته عدّة الوفاة ولا تبني على ما مضى من عدّة الطلاق.

وقد روي ذلك في أخبار كثيرة منها حسنة جميل بن درّاج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام في رجل طلّق امرأته طلاقاً يملك الرجعة ثم مات عنها، قال: «تعتدّ بأبعد الأجلين أربعة أشهر وعشراً»[1]. وروى هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كانت تحته امرأة فطلّقها ثم مات عنها قبل أن تنقضي [عدّتها][2] قال: «تعتدّ أبعد الأجلين عدّة المتوفّى عنها زوجها»[3]. وغيرهما من الأخبار الكثيرة.

ولا إشكال في ذلك على تقدير زيادة عدّة الوفاة على عدّة الطلاق كما هو الغالب. أما لو انعكس كعدّة المسترابة ففي الاجتزاء فيها بعدّة الوفاة وهي أبعد الأجلين من أربعة أشهر وعشرة ومن مدّة يعلم فيها انتفاء الحمل، أو وجوب إكمال عدّة المطلّقة بثلاثة أشهر بعد التسعة [أشهر][4] أو السنة، أو وجوب أربعة

---

(١) الكافي ٦: ١٢٠ ح ١، التهذيب ٨: ١٤٩ ح ٥١٤، الاستبصار ٣: ٣٤٤ ح ١٢٢٧، الوسائل ١٥: ٤٦٤ ب «٣٦» من أبواب العدد ح ٥.

(٢) من هامش «و» بعنوان «ظاهراً» ووردت في الحديث.

(٣) الكافي ٦: ١٢١ ح ٥، التهذيب ٨: ١٤٩ ح ٥١٦، الاستبصار ٣: ٣٤٣ ح ١٢٢٤، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

(٤) من «ح» فقط.

فروع

الأول: لو حملت من زنا، ثم طلّقها الزوج، اعتدّت بالأشهر لا بالوضع.

ولو وطئت بشبهة، ولحق الولد بالواطىء لبعد الزوج عنها، ثم طلّقها الزوج، اعتدّت بالوضع من الواطىء، ثم استأنفت عدّة الطلاق بعد الوضع.

أشهر وعشرة بعدها، أوجهٌ، من إطلاق الحكم بانتقالها إلى عدّة الوفاة، ولا دليل فيها على اعتبار ما زاد عن أبعد الأجلين، ثم يتّجه فيها الاكتفاء بأربعة أشهر وعشرة ما لم يظهر الحمل، لأصالة العدم. ومن أن انتقالها إلى عدّة الوفاة انتقال إلى الأقوى والأشدّ فلا يكون سبباً في الأضعف. ووجه الثالث: أن التربّص بها مدّة يظهر فيها عدم الحمل لا يحتسب من العدّة كما سبق[1]، وإنما يعتبر بعدها، ومن ثَمّ وجبت للطلاق ثلاثة أشهر، فتجب للوفاة أربعة أشهر وعشرة.

والحقّ الاقتصار في الحكم المخالف للأصل على مورده والرجوع في غيره إلى ما تقتضيه الأدلّة، وغايتها[2] هنا التربّص بها إلى أبعد الأجلين من الأربعة أشهر وعشرة والمدّة التي يظهر فيها عدم الحمل، ولا يحتاج بعدها إلى أمر آخر. ودعوى الانتقال هنا إلى الأقوى مطلقاً ممنوع، وإنما الثابت الانتقال إلى عدّة الوفاة كيف اتّفق.

قوله: «لو حملت من زنا ..... الخ».

وطء الزنا لا حرمة له، سواء حملت منه أم لا. ثم إن فرض انتفاؤه عن

---

(١) لاحظ ص: ٢٤١ وبعدها.

(٢) في «ش، م» وإحدى الحجريّتين: وغايته.

. . . . . .

الفراش لكونه غائباً عنها على وجه ينتفي عنه فطلّقها، اعتدّت من الطلاق بما كانت تعتدّ به لولا الزنا، فإن لم يكن لها مع الحمل حيض اعتدّت بالأشهر، وإن قلنا بجواز حيضها ووقع اعتدّت بالأقراء وبانت بانقضائها وإن لم تضع، وجاز لها التزويج حينئذٍ وإن كانت حاملاً. وإطلاق اعتدادها مع الحمل بالأشهر مبنيّ على الغالب أو على أن الحامل لا حيض لها. ولو لم تحمل من الزنا اعتدّت للطلاق بالأقراء، واعتبار الزنا ساقط على التقديرين. وكذا القول فيما لو زنت وهي خالية من بعل وإن حملت، فيجوز لها التزويج قبل الوضع. ولو لم تحمل فظاهر الفتوى أن الحكم كذلك. وقرّب في التحرير[1] أن عليها مع عدم الحمل العدّة. ولابأس به حذراً من اختلاط المياه وتشويش الأنساب.

وأمّا الموطوءة بالشبهة فعليها العدّة منه، سواء حملت أم لا، وسواء لحق الولد به أم لا. ثم إن فرض طلاق الزوج لها اجتمع عليها عدّتان، ولا تتداخلان عندنا، لأنهما حقّان مقصودان لآدميّين كالدينين[2]، فتداخلهما على خلاف الأصل.

ثم إما أن يتقدّم وطء الشبهة على طلاق الزوج، أو يتأخّر عنه، أو يقارنه. وعلى التقادير: إما أن تحمل من وطء الشبهة أو لا. فإن حملت قدّمت عدّة الحمل، سواء كان الطلاق متقدّماً أم متأخّراً، لأن عدّة الحمل لا تقبل التأخّر.

ثم إن كان المتقدّم وطء الشبهة ـ وهي مسألة الكتاب ـ اعتدّت بالوضع من

---

(١) تحرير الأحكام ٢ : ٧١.

(٢) في «م» وإحدى الحجريّتين : كالديتين .

. . . . . .

الواطىء ثم استأنفت عدّة الطلاق بعد الوضع بالأقراء أو الأشهر حسب ما يتّفق. ثم إن تأخّر النفاس عن الوضع ولو لحظة حسب بحيضة للعدّة الثانية، وإن قارن الوضع كان ابتداء العدّة بعده.

وإن كان المتقدّم الطلاق انقضت عدّة الوطء بالوضع وعادت إلى بقيّة عدّة الطلاق بعد الوضع.

ولو لم تحمل من وطء الشبهة وكان المتقدّم هو الطلاق أتمّت عدّته، لتقدّمها وقوّتها، فإنها تستند إلى عقد جائز وسبب مسوّغ، فإذا فرغت منها استأنفت عدّة الثاني. وللزوج مراجعتها في عدّته إن كان الطلاق رجعيّاً. فإن راجعها انقطعت عدّته وشرعت في عدّة الوطء بالشبهة، وليس للزوج الاستمتاع بها إلى أن تنقضي.

وهل له تجديد نكاحها إن كان الطلاق بائناً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما يجوز له رجعتها، لأنها في عدّته. ثم متى نكحها تسقط عدّته وتفتتح[1] عدّة الثاني.

والثاني: لا، لأنّه نكاح لا يتعقّبه الحلّ، ويخالف الرجعة، فإنّها إمساك بحكم الدوام فلا يشترط أن يستعقب الحلّ، كما [أنه][2] إذا ابتدأ نكاح المحرمة والمعتدّة لا يجوز، وإذا عرض الإحرام والعدّة في الدوام لم يرتفع النكاح.

ويضعّف بأنه لا يلزم من عدم تعقّب الحلّ لعارض العدّة بطلان العقد، كما

---

(١) كذا في «و» وفي سائر النسخ الخطّية والحجريّتين: وتفسخ.

(٢) من «ط» وإحدى الحجريّتين.

يتّفق ذلك في العقد على الحائض والصغيرة التي لا يباح وطؤها.

ولو كان المتقدّم هو الوطء بالشبهة، فإن قلنا إن عدّته من حين الوطء، أو كان بعد الشروع فيها إن قلنا إنها من حين انجلاء الشبهة، ففي الاستمرار على عدّة الواطىء ثم الاعتداد [بها][١] للطلاق بعدها تقديماً للسابق، أو تقديم عدّة الطلاق ثم تعود إلى بقيّة عدّة الشبهة لقوّة سبب عدّة الطلاق، وجهان أجودهما الأول. وإن كان قبل الشروع في عدّة الشبهة قدّمت عدّة الطلاق لقوّتها كما لو اقترنا.

ثم إن قلنا بتقديم عدّة الوطء فللزوج الرجعة في الطلاق الرجعي إذا اشتغلت بعدّته. وهل له الرجعة قبل ذلك؟ وجهان أجودهما المنع، فلا يجوز [له][٢]تجديد نكاحها في عدّة الشبهة إذا كان الطلاق بائناً، لأنها في عدّة الغير.

وإن قلنا تقدّم عدّة الطلاق فتشرع فيها كما [لو][٣] طلّقها، فإذا أتمّت عادت إلى بقيّة عدّة الشبهة. وللزوج الرجعة في عدّته إن كان الطلاق رجعيّاً. وهل له تجديد النكاح إذا كان بائناً ؟ الوجهان[٤]السابقان.

---

(١) من «ش» والحجريّتين.

(٢) من الحجريّتين فقط.

(٣) من «ط» وإحدى الحجريّتين.

(٤) في هامش «و»: «هما المفصّلان بقوله: وهل له تجديد نكاحها إذا كان الطلاق بائناً ؟....الخ. بخطّه قدّس سرّه». راجع الصفحة السابقة.

الثاني: إذا اتّفق الزوجان في زمان الطلاق، واختلفا في زمان الوضع، كان القول قولها، لأنه اختلاف في الولادة، وهي فعلها.

ولو اتّفقا في زمان الوضع، واختلفا في زمان الطلاق، فالقول قوله، لأنه اختلاف في فعله.

وفي المسألتين إشكال، لأن الأصل عدم الطلاق وعدم الوضع، فالقول قول من ينكرهما.

قوله: «إذا اتّفق الزوجان ..... الخ».

إذا ولدت المرأة وطلّقها[1] زوجها ثم اختلفا فقال الزوج: طلّقتك بعد الولادة فأنت في العدّة ولي الرجعة، وقالت المرأة: بل طلّقتني قبل الولادة وانقضت عدّتي بالوضع، أو انعكس فقال: طلّقتك قبل الولادة وقد انقضت عدّتك فلا نفقة لك عليّ، وقالت: بل بعدها فالعدّة باقية ولي النفقة، نظر إن اتّفقا على وقت الولادة كيوم الجمعة وقال: طلّقتك يوم السبت فقالت: بل يوم الخميس، فهو المصدَّق بيمينه، لأن الطلاق بيده فيصدّق في وقته كما يصدّق في أصله، ولأن الأصل عدم الطلاق يوم الخميس. وإن انعكس قدّم قوله أيضاً للعلّة الأُولى وإن عارضتها الثانية.

وإن اتّفقا على وقت الطلاق كيوم الجمعة واختلفا في وقت الولادة فقال: ولدت يوم الخميس، وقالت: بل يوم السبت، فهي المصدَّقة بيمينها، لأن القول في أصل الولادة قولها فكذلك في وقتها، ولأن الأصل عدم الولادة يوم الخميس. ولو انعكس قدّم قولها أيضاً للعلّة الأُولى.

---

(١) في «ح ،م» : فطلّقها .

. . . . . .

هكذا أطلق الشيخ[١] وجماعة[٢]. والمصنّف استشكل في حكم المسألتين على الاطلاق. ومحصّل الاشكال: أن مجرّد كون الفعل من المدّعي مع معارضة الأصل غير كافٍ في تقديم قوله، لأن الأصل قاعدة يرجع إليها في الأحكام الشرعيّة، بخلاف تقديم قول مدّعي الفعل. وحينئذٍ فاللازم تقديم قول من يدّعي تأخّر الفعل من الطلاق والوضع، سواء كان المدّعي هو الفاعل أم غيره، فيقدّم قوله في الأُولى دون عكسها، وقول المرأة في الثانية دون عكسها. وهذا هو الوجه.

ولو لم يتّفقا على الوقتين بل ادّعى أحدهما تقدّم الولادة والآخر العكس تعارض الأصل في عدم تقدّم كلّ منهما، ويبقى معه ـ على تقدير كونه المدّعي لتأخّر الطلاق ـ بقاء سلطنة النكاح فيقدّم قوله بيمينه، ومعها ـ على تقدير دعواها تأخّره ـ أصالة بقاء حقوق الزوجيّة من النفقة وشبهها.

ولو ادّعت تقدّم الطلاق فقال: لا أدري، لم يقنع منه بذلك، بل إما أن يحلف يميناً جازمة على أن الطلاق لم يتقدّم، أو ينكل فتحلف هي ويجعل الزوج بقوله: «لاأدري» منكراً، فيعرض عليه اليمين فإن أعاد كلامه الأول جعل ناكلاً فتحلف. ولو لم يفعل ذلك لم يعجز المدّعى عليه في الدعاوي كلّها عن الدفع بهذا الطريق. وإذا حلفت المرأة فلا عدّة عليها ولا رجعة للزوج، وإن نكلت فعليها العدّة لا للنكول بل لأن الأصل بقاء النكاح وآثاره، فيعمل بهذا الأصل إذا لم يظهر دافع.

وإن جزم الزوج بتقدّم الولادة وقالت هي: لا أدري، فله الرجعة، ولايقنع منها بقولها: لاأدري، والورع أن لا يراجعها. وكذا الحكم لو قالا جميعاً: لا ندري

---

(١) المبسوط ٥: ٢٤١.

(٢) راجع الجامع للشرائع: ٤٧٤، إرشاد الأذهان ٢: ٤٧، تحرير الأحكام ٢: ٧١ و ٧٢.

الثالث: لو أقرّت بانقضاء العدّة، ثم جاءت بولد لستّة أشهر فصاعداً منذ طلّقها، قيل: لا يلحق [به]. والأشبه التحاقه ما لم يتجاوز أقصى الحمل.

السابق منهما. وليس لها أن تنكح حتى تمضي ثلاثة أقراء.

قوله: «لو أقرّت بانقضاء .... الخ».

القول بعدم لحوقه بالمطلّق للشيخ في المبسوط[١]، لأن قول المرأة مقبول في انقضاء العدّة بما يمكن صدقه كما مرّ[٢]، والحكم بانقضائها يقتضي انتفاء الولد، إذ لو كان لاحقاً به لما انقضت العدّة قبل وضعه، مضافاً إلى إمكان تجدّده بعدها، لأن التقدير مضيّ أقلّ الحمل من حين الطلاق، وأصالة عدم التقدّم، فلا يقبل منها دعوى ما ينافي إقرارها السابق. ولأن إقرارها بانقضاء العدّة صحيح ظاهراً فلا يبطل بأمر محتمل.

ووجه ما اختاره المصنّف من التحاقه به ما لم يتجاوز أقصى الحمل أنها كانت فراشاً والولد يمكن أن يكون منه، ولا معارض له يساويه، لأن الفرض أنها لم تتزوّج بحيث يمكن إلحاقه بالثاني فيكون للأول[٣]، كما لو لم تخبر بانقضاء العدّة، فإنه يلحق به إجماعاً فكذا هنا، لأن إخبارها لا يرفع الحقّ الثابت للفراش المشترك بين الأبوين والولد.

وإطلاقه مجيء الولد للمدّة المذكورة منذ طلاقها يشمل ما لو كانت العدّة رجعيّة وبائنة. وهو أحد القولين في المسألة. وفي قول آخر يفرّق بين العدّتين،

---

(١) المبسوط ٥: ٢٤٧.

(٢) في ص: ١٩٣ ـ ١٩٥.

(٣) في «ح، ط، و»: الأول.

فيخصّ توقيته بالطلاق بالبائنة، وأما الرجعيّة فتحتسب المدّة من حين انقضاء العدّة، لأن المعتدّة رجعيّة بمنزلة الزوجة، ومن ثَمّ يبقى التوارث وغيره من أحكامها، فيبقى الفراش معها. والأول اختيار الشيخ في المبسوط[١] والعلاّمة في القواعد[٢]، والثاني اختياره في التحرير[٣]. ووجه الأول: أن الطلاق هو المزيل للنكاح فيحرم وطؤها بغير الرجعة، فتكون كالبائنة في النكاح.

واعلم أن إطلاق المصنّف وغيره احتساب المدّة من حين الطلاق يستلزم كون أقصى الحمل أكثر ممّا فرض أنه أقصاه، لتقدّم العلوق على الطلاق، لأن المعتبر كونه في الفراش وهو متقدّم على الطلاق. وأيضاً فإن الطلاق لا يصحّ إلّا في وقت متأخّر عن الوطء بمقدار ما ينتقل من الطهر الذي أتاها فيه إلى غيره أو ما يقوم مقامه من المدّة، وذلك يوجب زيادة الأقصى بكثير. فينبغي أن يقال: إن المعتبر هو آخر أوقات إمكان العلوق في زمن الفراش قبل الطلاق. وهذا هو المراد، ولكن إطلاقهم فيه تساهل.

وحيث يلحق به الولد يحكم ببقاء عدّتها إلى حين وضعه وإن كان قد حكم بالبينونة ظاهراً، فلو كانت العدّة رجعيّة فله الرجعة زمن الحمل، لأن ذلك لازم لحوق الولد به.

ثم على تقدير ولادته لأزيد من أقصى الحمل إنّما ينتفي عنه حيث لا يدّعي ما يوجب إلحاقه به، فلو كان الطلاق رجعيّاً فادّعت أن الزوج راجعها، أو أنه جدّد نكاحها، أو أنه وطئها بشبهة وأنّها ولدت على الفراش المجدّد، نظر إن

---

(١) المصدر السابق.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٧٠.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٧٢.

. . . . . .

صدّقها الزوج ألزم موجب إقراره، فعليه المهر في التجديد، والنفقة والسكنى في الرجعة والتجديد، ويلحقه الولد بالفراش.

وإن أنكر استحداث فراش فهو المصدَّق بيمينه، وعليها البيّنة. وإذا نكل حلفت وثبت النسب إلّا أن ينفيه باللعان. فإن لم تحلِّف[1] أو نكلت فهل يحلَّف الولد إذا بلغ ؟ فيه وجهان أجودهما ذلك إن فرض علمه وإن بعد.

وإن سلّم الفراش الجديد ولكن أنكر ولادتها وادّعى أنها التقطته أو استعارته صدّق بيمينه، وعليها البيّنة على الولادة. فإن نكل حلفت وثبتت الولادة والنسب بالفراش إلّا أن ينفيه باللعان، وتنقضي العدّة بوضعه. وإن حلف الرجل على النفي ولم يثبت ما ادّعته ـ لأنّها تزعم أن الولد منه ـ فكان كما لو نفى الرجل حملها باللعان، فإنّه وإن انتفى الولد تنقضي العدّة بوضعه، لزعمها أنه منه.

وإن ادّعت على الوارث بعد موت الزوج أن الزوج قد[2] كان راجعها أو جدّد نكاحها، فإن كان واحداً فالحكم كما لو ادّعت على الزوج، إلّا أن الوارث يحلف على نفي العلم، وإلّا أنّه إذا ثبت النسب لم يكن له نفيه باللعان. وإن كان اثنان وادّعت عليهما، فإن صدّقاها، أو كذّبا وحلفا، أو نكلا فحلفت، فكما مرّ. وإن صدّق أحدهما وكذّب الآخر وحلف ثبت المهر والنفقة بنسبة حصّة المصدّق، ولا يثبت النسب إلّا أن يكون المصدّق عدلين.

---

(١) في «ش ، ط ،م» : يحلف .

(٢) في «ح ،ش» : كان قد .

الفصل الخامس

في عدّة الوفاة

تعتدّ الحرّة المنكوحة بالعقد الصحيح أربعة أشهر وعشراً إذا كانت حائلاً، صغيرة كانت أو كبيرة، بالغاً كان زوجها أو لم يكن، دخل بها أو لم يدخل.

وتبين بغروب الشمس من اليوم العاشر، لأنه نهاية اليوم.

قوله: «تعتدّ الحرّة ..... الخ».

إذا مات زوج المرأة لزمتها عدّة الوفاة بالنصّ[١] والاجماع، قال تعالى: ﴿**والّذين يتوفّون منكم ويذرون أزواجاً يتربّصن بأنفسهنّ أربعة أشهرٍ وعشراً**﴾[٢]. وكانت العدّة في ابتداء الاسلام سنة على ما قال تعالى: ﴿**والّذين يتوفّون منكم ويذرون أزواجاً وصيّةً لأزواجهم متاعاً إلى الحول**﴾[٣] ثم نسخت. ويستوي في عدّة الوفاة الكبيرة والصغيرة، وذات الأقراء وغيرها، والمدخول بها وغيرها، الدائم والمستمتع بها، أخذاً بعموم الآية الشامل لذلك كلّه.

وإنّما خصّص الله تعالى غير المدخول بها بفرقة الطلاق فقال: ﴿**وإن طلّقتموهنّ من قبل أن تمسّوهنّ فما لكم عليهنّ من عدّةٍ تعتدّونها**﴾[٤]. ولأن عدّة الوفاة لو شرط فيها الدخول لم يؤمن أن تنكر الدخول حرصاً على الأزواج، وليس هنا من ينازعها، فيفضي الأمر إلى اختلاط المياه، وفي المطلّقة صاحب

---

(١) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٥١ ب (٣٠) من أبواب العدد.

(٢ و ٣) البقرة: ٢٣٤ و ٢٤٠.

(٤) الأحزاب: ٤٩. وفي الآية: ﴿ثم طلّقتموهنّ....﴾.

الحقّ حيّ ينازع فلا يتجاسر[١] على الإنكار. وأيضاً ففرقة الموت لا اختيار فيها فأمرت بالتفجّع وإظهار الحزن لفراق الزوج، ولذلك وجب فيه الإحداد، وفرقة الطلاق تتعلّق باختيار المطلّق وقد جفاها بالطلاق فلم يكن عليها إظهار التفجّع والحزن. وأيضاً فالمقصود الأعظم في عدّة الطلاق تعرّف براءة الرحم، ولذلك اعتبرت بالأقراء، وفي عدّة الوفاة المقصود الأعظم حفظ حقّ الزوج ورعاية حرمة النكاح، ولذلك اعتبرت بالشهور التي لا تقوى دلالتها على البراءة.

وأما ما روي في شواذّ أخبارنا[٢] من عدم وجوب العدّة على غير المدخول بها فهو ـ مع ضعف سنده ـ معارض بما هو أجود سنداً وأوفق لظاهر القرآن وإجماع المسلمين.

إذا تقرّر ذلك فهنا مباحث:

الأول: الحكم باعتدادها بالمدّة المذكورة مختصّ بالزوجة الحرّة الحائل، فلو كانت أمة أو حاملاً فاعتدادها على وجه آخر يأتي[٣]. وعموم الآية[٤] وإن كان متناولاً لهما إلّا أنه مخصوص بدليل من خارج سنشير إليه إن شاء الله تعالى.

الثاني: العشر المعتبرة في العدّة هي عشر ليالي مع أيّامها، وإن كانت الأيّام

---

(١) كذا في النسخ الخطّية، ولعلّ الأولى: تتجاسر.

(٢) التهذيب ٨: ١٤٤ ح ٤٩٧، الاستبصار ٣: ٣٣٩ ح ١٢١٠، الوسائل ١٥: ٤٦٢ ب (٣٥) من أبواب العدد ح ٤.

(٣) في ص: ٣٠٢ و ٢٧٤.

(٤) البقرة: ٢٣٤.

غير داخلة في لفظة العشر المجرّدة عن التاء على المشهور في اللغة، ودخولها معها ثابت بالاجماع. وقد قال بعض[١] أهل العربيّة: إن دلالة الهاء على المذكّر وعدمها[٢] على المؤنّث حيث يكون العدد مفسَّراً، فيقال: عشرة أيّام وعشر ليالٍ، ومنه قوله تعالى: ﴿سخّرها عليهم سبع ليالٍ وثمانية أيّام﴾[٣] أما مع إطلاق العدد وعدم التفسير فلا يدلّ على ذلك، وجاز تناوله للمذكّر والمؤنّث، كما روي من قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «من صام رمضان وأتبعه بستّ من شوّال فكأنّما صام الدهر»[٤].

الثالث: تعتبر مدّة العدّة بالهلال ما أمكن، فإن مات الزوج في خلال شهر هلالي وكان الباقي منه أكثر من عشرة أيّام فتعدّ[٥] ما بقي، وتحسب ثلاثة أشهر عقيبه بالأهلّة، وتكمل ما بقي من شهر الوفاة ثلاثين من الشهر الواقع بعد الثلاثة، وتضمّ إليها عشرة أيّام، فإذا انتهت إلى الوقت الذي مات فيه الزوج يوم مات فقد انتهت العدّة. وإن كان الباقي أقلّ من عشرة أيّام فتعدّه، وتحسب أربعة أشهر بالأهلّة عقيبه، وتكمل الباقي عشرة من الشهر السادس. وإن كان الباقي عشرة بلا زيادة ولا نقصان اعتدّت بها، وتضمّ إليها أربعة أشهر بالأهلّة. وفي عدّ المنكسر

---

(١) لم نجده فيما لدينا من مصادر اللغة، ونقله في إيضاح الفوائد ٣: ٣٥١، والحاوي الكبير ١١: ٢٣٥.

(٢) كذا في هامش «و» بعنوان «ظاهراً» وأنه كذلك في نسخة الأصل، وهو الصحيح، وفيما لدينا من النسخ والحجريّتين: والتاء على المؤنث.

(٣) الحاقّة: ٧.

(٤) مسند أحمد ٥: ٤١٧، سنن ابن ماجة ١: ٥٤٧ ح ١٧١٦، سنن أبي داود ٢: ٣٢٤ ح ٢٤٣٣، المعجم الكبير للطبراني ٢: ١٠٠ ح ١٤٥١.

(٥) في «ط، م»: فتعتدّ.

ولو كانت حاملاً اعتدّت بأبعد الأجلين، فلو وضعت قبل استكمال الأربعة أشهر وعشرة أيّام صبرت إلى انقضائها.

ثلاثين، أو الاكتفاء بإكمال ما فات منه خاصّة، ما تقدّم[1] في نظائره من الخلاف. وإن انطبق الموت على أول الهلال حسبت أربعة أشهر بالأهلّة، وضمّت إليها عشرة أيّام من الشهر الخامس. ولو كانت محبوسة لا تعرف الهلال، ولا تجد من يخبرها ممّن يعتدّ بقوله، اعتدّت بالأيّام وهي مائة وثلاثون يوماً.

قوله: «ولو كانت حاملاً ....الخ».

ما تقدّم من اعتداد المتوفّى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً حكم الحائل إجماعاً، وأما إذا كانت حاملاً فعندنا أن عدّتها أبعد الأجلين من وضع الحمل وانقضاء أربعة أشهر وعشر.

والوجه في ذلك ـ بعد إجماع أصحابنا عليه ـ الجمع بين عموم الآيتين في قوله تعالى: ﴿**والّذين يتوفّون منكم ويذرون أزواجاً يتربّصن بأنفسهنّ أربعة أشهر وعشراً**﴾[2] وقوله: ﴿**وأُولات الأحمال أجلهنّ أن يضعن حملهنّ**﴾[3] فقد دخلت الحامل تحت عامّين فامتثالها الأمر فيهما يحصل باعتدادها بأبعد الأجلين، مع أن ظاهر آية ﴿**أُولات الأحمال**﴾ ورودها في المطلّقات فلا معارض لعموم الأُخرى. ويبقى فيها أنه مع مضيّ المدّة من غير أن تضع لو انقضت عدّتها للوفاة ـ مع أنها لا تنقضي في الطلاق بدون الوضع ـ لزم أن تكون عدّة الوفاة أضعف من عدّة الطلاق، والأمر بالعكس كما يظهر من زيادة مدّتها حيث تعتبر

---

(١) في ص: ٢٥١، وفي ج ٣/ ٤١٩ ـ ٤٢٠.

(٢) البقرة: ٢٣٤.

(٣) الطلاق: ٤.

المدّة ومن شدّة أمرها وكثرة لوازمها، فتكون مراعاة الوضع على تقدير تأخّره عن الأربعة الأشهر والعشر أولى منه في الطلاق الثابت بالإجماع.

ويدلّ عليه بالخصوص الروايات الواردة بذلك عن أهل البيت عليهم السلام كرواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «عدّة المتوفّى عنها زوجها آخر الأجلين، لأن عليها أن تحدّ أربعة أشهر وعشراً، وليس عليها في الطلاق أن تحدّ»[١]. وحسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في المتوفّى عنها زوجها: «تنقضي عدّتها آخر الأجلين»[٢].

وخالف في ذلك العامّة[٣] فجعلوا عدّتها وضع الحمل كالطلاق ولو بعد لحظة من موته، وجعلوا آية أُولي[٤] الأحمال عامّة في المطلّقة والمتوفّى عنها [زوجها][٥] ومخصّصة للآية[٦] الأُخرى. ورووا[٧] أن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم قال لسبيعة الأسلميّة وقد ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر: «حللت فانكحي من شئت»[٨]. وقد عرفت ما في الآية، والرواية لم تثبت.

---

(١) الكافي ٦: ١١٤ ح ٤، التهذيب ٨: ١٥٠ ح ٥٢٠، الوسائل ١٥: ٤٥٦ ب (٣١) من أبواب العدد ح ٤.

(٢) الكافي ٦: ١١٤ ح ٢، التهذيب ٨: ١٥٠ ح ٥١٩، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

(٣ و٨) راجع مختصر المزني: ٢٢١، الإشراف على مذاهب العلماء ٤: ٢٨١، حلية العلماء ٧: ٣٥٥، المغني لابن قدامة ٩: ١١١، وانظر مسند الطيالسي: ٢٢٣ ح ١٥٩٣، مسند الشافعي: ٢٩٩، مسند أحمد ٦: ٣١٩ ـ ٣٢٠، صحيح البخاري ٧: ٧٣.

(٤) في «م»: وأولات، وفي الحجريّتين: أولات.

(٥) من «و، م» فقط.

(٦) البقرة: ٢٣٤.

(٧) في «ح، ش، م»: وروي.

ويلزم المتوفّى عنها زوجها الحداد، وهو ترك ما فيه زينة من الثياب والأدهان المقصود بها الزينة والتطيّب. ولا بأس بالثوب الأسود والأزرق، لبعده عن شبه الزينة.

ويستوي في ذلك الصغيرة والكبيرة، والمسلمة والذمّية. وفي الأمة تردّد أظهره أنه لا حداد عليها.

ولا يلزم الحداد المطلّقة، بائنة كانت أو رجعيّة.

قوله: «ويلزم المتوفّى عنها....الخ».

الحداد فعال من الحدّ، وهو لغة المنع، يقال: أحدّت المرأة تحدّ إحداداً، وحدّت تحدّ حداداً، أي: منعت نفسها من التزيّن. والأصل في وجوب الحداد على المرأة في عدّة الوفاة ـ وراء الاجماع ـ قول النبي صلّى الله عليه وآله وسلم: «لا تحدّ المرأة فوق ثلاث إلّا على زوج، فإنها تُحدّ أربعة أشهر وعشراً، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلّا ثوب عصب، ولا تكتحل، ولا تمسّ طيباً إلّا إذا طهرت نبذة من قُسط أو أظفار»[1]. وعن أُم سلمة رضي الله عنها أن النبي صلّى الله عليه وآله وسلم قال: «المتوفّى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب، ولا الممشَّقة، ولا الحليّ، ولا تختضب، ولا تكتحل»[2].

والعصب: ضرب من برود اليمن، ويقال: هو ما صبغ غزله قبل أن ينسج. والنبذ: الشيء اليسير، يقال: ذهب ماله وبقي نبذ منه، وأصاب الأرض نبذ من مطر

---

(١) مسند أحمد ٦: ٤٠٨، سنن أبي داود ٢: ٢٩١ ح ٢٣٠٢، سنن ابن ماجة ١: ٦٧٤ ح٢٠٨٧، سنن الدارمي ٢: ١٦٧، ١٦٨، سنن البيهقي ٧: ٤٣٩.

(٢) مسند أحمد ٦: ٣٠٢، سنن أبي داود ٢: ٢٩٢ ح ٢٣٠٤، التمهيد لابن عبد البرّ ٢٤: ٣٦٤، سنن البيهقي ٧: ٤٤٠.

. . . . . .

أي: شيء يسير، وأدخل فيه الهاء لأنه نوى القطعة. وقوله: «من قسط أو أظفار» قد يروى هذا على الشك أو التخيير، ويروى: «من قسط وأظفار» وهما نوعان من البخور. والمعنى: لا تمسّ طيباً إلّا إذا طهرت من الحيض تمسّ يسيراً منهما لقطع الروائح الكريهة. والممشَّقة: المصبوغة بالمشق ـ بكسر الميم ـ وهو المغرة بفتحها[1]، ويقال: شبه المغرة، وهي الطين الأحمر، وقد تحرّك الغين.

ومن طريق الخاصّة صحيحة ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن المتوفّى عنها زوجها، قال: لاتكتحل للزينة، ولا تطيب، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً، ولا تبيت عن بيتها، وتقضي الحقوق، وتمتشط بغسلة، وتحجّ وإن كانت في عدّتها»[2].

إذا تقرّر ذلك فالمراد من الحداد ترك لبس ما فيه زينة في الثوب واستعماله في البدن، كلبس الثوب الأحمر والأخضر ونحوهما من الألوان التي يتزيّن بها عرفاً، دون الأسود والأزرق الذي لا يتّخذ عادة إلّا لمصيبة أو دفع وسخ، إلّا أن يعتاد للزينة بحسب المكان والوقت. ومثله المنقوش والفاخر. والتحلّي بلؤلؤ ومصوغ من ذهب وفضّة وموّه بهما وغيرهما ممّا يعتاد التحلّي به. والتطيّب في الثوب والبدن ولو بالادهان. والخضاب بالحنّاء ونحوه فيما ظهر من[3] البدن كالرأس واليدين والرجلين، وبالسواد في الحاجبين، والاسفيداج في الوجه. والاكتحال بالإثمد وما فيه زينة لغير ضرورة، ومعها فتكتحل ليلاً وتمسحه نهاراً.

---

(١) لسان العرب ١٠: ٣٤٥.

(٢) الكافي ٦: ١١٦ ح ٤، التهذيب ٨: ١٥٩ ح ٥٥١، الوسائل ١٥: ٤٥٠ ب (٢٩) من أبواب العدد ح ٢.

(٣) في «ح، ش»: في.

ولا بأس بتجميل فراش بمزينة[١] ونطع ووسادة ونحوها، وتجميل أثاث وهو متاع البيت من الفرش والستور وغيرها، لأن الإحداد في البدن لا في الفراش والمكان. وكذا يجوز التنظيف والغسل وقلم الظفر وإزالة الوسخ والامتشاط والحمّام والاستحداد، لأن جميع ذلك ليس من الزينة المعتادة. وكذا لا بأس بتزيين أولادها وخدمها.

بقي في المقام أُمور:

الأول: الحكم مختصّ بالزوجة فلا يتعدّى إلى غيرها من أقارب الميّت وبناته ولا إلى إمائه وإن كنّ موطوءات أو أُمّهات أولاد، للأصل، ولأن الإحداد إظهار الحزن على الزوج وما فات من عصمة النكاح، وهو مفقود فيمن ذكر.

الثاني: لا فرق في الزوجة بين الكبيرة والصغيرة، والمسلمة والكافرة، المدخول بها وغيرها، لعموم الأدلّة[٢]. والتكليف في الصغيرة متعلّق بالوليّ، فعليه أن يجنّبها ما تتجنّبه الكبيرة من الأُمور المعتبرة في الحداد. ومثلها المجنونة. وهل يفرّق فيه بين الحرّة والأمة؟ قال الشيخ في المبسوط[٣]: لا، لعموم الأدلّة. والأقوى ما اختاره المصنّف من عدم وجوبه على الأمة، لصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام: «إن الحرّة والأمة كلتاهما إذا مات زوجها سواء في العدّة، إلّا أن الحرّة تحدّ والأمة لا تحدّ»[٤]. وهو خيرة الشيخ أيضاً في النهاية[٥].

---

(١) كذا في «ش» وفي «ط»: بمرتبه، وفي سائر النسخ مشوّشة لا تقرأ، وفي إحدى الحجريّتين: تفرشه.

(٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٤٩ ب (٢٩) من أبواب العدد.

(٣) المبسوط ٥: ٢٦٥.

(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، وفي المصادر: كلتيهما.

(٥) النهاية: ٥٣٧.

. . . . . .

الثالث: الحكم مختصّ بالمعتدّة للوفاة، فالمطلّقة لا حداد عليها، أما الرجعيّة فلبقاء أحكام الزوجيّة فيها وتوقّع الرجعة، بل الأولى لها التزيّن بما يتوقّع به رغبة الزوج في رجعتها. ويؤيّده رواية زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المطلّقة تكتحل وتختضب وتطيب وتلبس ما شاءت من الثياب، لأن الله تعالى يقول: ﴿لعلّ الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾ لعلّها أن تقع في نفسه فيراجعها»[١]. وأما البائن فلأنها مجفوّة[٢] بالطلاق فلا يلائمها التكليف بما يقتضي التفجّع على الزوج والحزن، بخلاف المتوفّى عنها زوجها.

الرابع: لو تركت الواجب عليها من الحداد عصت. وهل تنقضي عدّتها، أم يجب عليها الاستئناف بالحداد؟ قولان أشهرهما الأول، للأصل، وعدم المنافاة بين المعصية لله تعالى وانقضاء العدّة، فتدخل في عموم[٣] الأدلّة على انقضاء العدّة بعد المدّة المضروبة، ولعموم قوله تعالى: ﴿فإذا بلغن أجلهنّ فلا جناح عليهنّ فيما فعلن في أنفسهنّ بالمعروف﴾[٤]. وقال أبو الصلاح[٥] والسيّد[٦] الفاخر شارح الرسالة: لا يحتسب من العدّة ما لا يحصل فيه الحداد من الزمان، للإخلال بمراد الشارع، فلم يحصل الامتثال ويجب الاستئناف. وهو نادر.

---

(١) الكافي ٦: ٩٢ ح ١٤، التهذيب ٨: ١٣١ ح ٤٥٤، الاستبصار ٣: ٣٥١ ح ١٢٥٥، الوسائل ١٥: ٤٣٧ ب (٢١) من أبواب العدد ح ٢، والآية في سورة الطلاق: ١.

(٢) في «ط»: محفوّة، وفي «ش»: محقورة في الطلاق.

(٣) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٥١ ب (٣٠) من أبواب العدد.

(٤) البقرة: ٢٣٤، وفي الآية ﴿...فلا جناح عليكم...﴾.

(٥ و٦) لم نعثر عليهما.

ولو وطئت المرأة بعقد الشبهة ثم مات اعتدّت عدّة الطلاق، حائلاً كانت أو حاملاً، وكان الحكم للوطء لا للعقد، إذ ليست زوجة.

الخامس: لا يجب الحداد على غير الزوج من الأقارب ولا يحرم، سواء زاد على ثلاثة أيّام أم لا، للأصل. وحرّم بعض العامّة[1] الحداد على غير الزوج زيادة على ثلاثة أيّام، لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «لا يحلّ لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميّت فوق ثلاث ليال، إلّا على زوج أربعة أشهر وعشراً»[2]. ويمكن أن يستدلّ به على كراهة مازاد على الثلاثة، للتساهل في أدلّة الكراهة كالسنّة، بخلاف التحريم، لتوقّفه على ثبوت الخبر.

قوله: «ولو وطئت المرأة ..... الخ».

لمّا كان الحكم في النصوص معلّقاً على الزوجة والمراد منها المنكوحة بالعقد الصحيح لم يتعدّ إلى غيرها عملاً بالأصل، وإن كان بصورته كالمعقود عليها عقداً فاسداً و[3]وطئت بالشبهة. وإن وجبت العدّة فإنّما تجب للوطء، فلو فرض موته ثم علمها بالحال اعتدّت للوطء عدّة الطلاق لا للعقد، إذ ليست زوجة، ولا يترتّب عليها حكم الزوجة من كميّة عدّة الوفاة وما يتعلّق بها من الحداد، للأصل، وانتفاء الحكمة المقتضية له. وأولى منها المعتدّة لمجرّد وطء الشبهة من غير عقد.

---

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٩: ٤٠١، وراجع روضة الطالبين ٦: ٣٨٥.

(٢) المصنّف لابن أبي شيبة ٥: ٢٨١، مسند أحمد ٦: ٣٢٤، صحيح البخاري ٧: ٧٦، صحيح مسلم ٢: ١١٢٣ ح ١٤٨٦، سنن ابن ماجة ١: ٦٧٤ ح ٢٠٨٦.

(٣) في «ط» وإحدى الحجريّتين: أو وطئت.

تفريع

لو كان له أكثر من زوجة، فطلّق واحدة لا بعينها، فإن قلنا: التعيين شرط فلا طلاق، وإن لم نشترطه ومات قبل التعيين فعلى كلّ واحدة الاعتداد بعدّة الوفاة، تغليباً لجانب الاحتياط، دخل بهنّ أو لم يدخل. ولو كنّ حوامل اعتددن بأبعد الأجلين.

وكذا لو طلّق إحداهنّ بائناً ومات قبل التعيين، فعلى كلّ واحدة الاعتداد بعدّة الوفاة.

ولو عيّن قبل الموت انصرف إلى المعيّنة، وتعتدّ من حين الطلاق لا من حين الوفاة. ولو كان رجعيّاً اعتدّت عدّة الوفاة من حين الوفاة.

قوله: «لو كان له أكثر .... الخ».

إذا طلّق إحدى زوجاته ومات قبل أن يعيّن المطلّقة وقلنا بصحّته، أو عيّنها في نفسه وأبهمها في اللفظ ومات قبل أن يعيّن، فإن لم يكنّ ممسوسات فعليهنّ الاعتداد بعدّة الوفاة، لأن كلّ واحدة يحتمل أن تكون مفارقة بالموت كما يحتمل أن تكون مطلّقة، فلابدّ لكلّ واحدة من الاحتياط بعدّة الوفاة، لأنها هي الاحتياط هنا مطلقاً، إذ لا عدّة على المطلّقة.

وإن كنّ ممسوسات، فإن كنّ من ذوات الأشهر فكذلك، لأن كلّ واحدة بين أن يلزمها ثلاثة أشهر وبين أن يلزمها أربعة أشهر وعشر فيجب الأكثر. وإن كنّ حوامل اعتددن بأبعد الأجلين. وإن كنّ من ذوات الأقراء، وكانت المطلّقة واحدة بعينها مبهمة في اللفظ، فعلى كلّ واحدة الاعتداد بأقصى الأجلين من عدّة الوفاة ومن ثلاثة من أقرائها، لأنها إن كانت مطلّقة فعليها الأقراء، وإن كانت مفارقة

بالموت فعليها عدّة الوفاة، فتطلب يقين البراءة.

ثم الأقراء تحسب من وقت الطلاق، وعدّة الوفاة من وقت الوفاة، حتى لو مضى قرء من وقت الطلاق ثم مات الزوج فعليها الأقصى من عدّة الوفاة، ومن قرأين من أقرائها حيث يعتبر الأقراء. ولو مضى قرءان ثم مات الزوج فعليها الأقصى من عدّة الوفاة ومن قرء.

وإن كان قد أبهم الطلاق ومات قبل التعيين فيبنى على أنه لو عيّن وقع الطلاق من وقت التلفّظ أو من وقت التعيين. وقد تقدّم[1] الكلام فيه. فإن قلنا بوقوعه من وقت التلفّظ فالحكم كما ذكر فيما لو أراد واحدة بعينها. وإن قلنا من وقت التعيين فوجهان:

أحدهما: أن عليها[2] الاعتداد بأقصى الأجلين أيضاً، لكن الأقراء هنا تحسب من يوم الموت أيضاً، لأن بالموت حصل اليأس من التعيين.

والثاني: أن كلّ واحدة تعتدّ عدّة الوفاة، لأنّا نفرّع على أن الطلاق يقع بالتعيين فإذا لم يعيّن فكأنّه لم يطلّق. والأول أقوى.

ولو اختلف الحال فكانت واحدة ممسوسة وأُخرى غير ممسوسة، أو واحدة حاملاً والأُخرى غير حامل، روعي في كلّ واحدة قضيّة الاحتياط في حقّها كما تبيّن.

واعلم أن كلّ موضع نأمرها بالاعتداد من حين الطلاق فالمراد به في الطلاق البائن، أما لو كان رجعيّاً انتقلت إلى عدّة الوفاة بموت الزوج وهي في

---

(١) في ص: ٥٠ ـ ٥١.

(٢) في «ح»: عليهنّ.

العدّة كما سيأتي[١].

وقول المصنّف: «وتعتدّ من حين الطلاق لامن حين الموت» فيه اختيار أن طلاق غير المعيّنة يقع مع التعيين من حين الطلاق كما هو أحد القولين، أو يختصّ بمن عيّنها في نفسه مع إبهامه لها في اللفظ، فإنه لا إشكال في أن تبيّنها[٢] يوجب طلاقها من حين الطلاق.

وقوله: «لا من حين الوفاة» لا فائدة فيه مع التعيين كما هو سياق العبارة، إذ لا خلاف في أنه مع التعيين يقع الطلاق قبل الوفاة من حين التعيين أو [من][٣] حين الطلاق. وإنما يحسن هذا التنبيه[٤] على تقدير اعتدادهنّ بالأقراء لو كان قد مضى منها قبل الوفاة قرء أو قرءان، فقد تقدّم[٥] أنها مع بقاء الإبهام تعتدّ بأبعد الأجلين من تمام الأقراء وعدّة الوفاة.

ولبعض العامّة[٦] وجه أنها تحسب من وقت الموت لا غير، لأنهما يشبهان الزوجين إلى حين الموت، فتكون الأقراء كلّها بعد الموت.

ولو قال المصنّف: وتعتدّ من حين الطلاق لا من حين التعيين ـ كما عبّر الشيخ[٧] ـ كان أجود.

---

(١) في ص: ٣٠٧.

(٢) في الحجريّتين: نبّتها.

(٣) من «م» والحجريّتين.

(٤) في إحدى الحجريّتين: القيد.

(٥) في ص: ٢٨١.

(٦) راجع روضة الطالبين ٦: ٣٧٧.

(٧) المبسوط ٥: ٢٥٢.

والمفقود إن عرف خبره، أو أنفق على زوجته وليّه، فلا خيار لها.

ولو جهل خبره، ولم يكن من ينفق عليها، فإن صبرت فلا بحث، وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أجّلها أربع سنين، وفحص عنه، فإن عرف خبره صبرت، وعلى الامام أن ينفق عليها من بيت المال. وإن لم يعرف خبره أمرها بالاعتداد عدّة الوفاة، ثم تحلّ للأزواج.

قوله: «والمفقود إن عرف .... الخ».

الغائب عن زوجته إن لم ينقطع خبره وكان يأتي كتابه أو يعرف مكانه فنكاحه على زوجته مستمرّ. وينفق الحاكم عليها من ماله إن كان له مال يصل إليه. وإلّا كتب إلى حاكم بلده ليطالبه بحقّها. فإن تعذّر ذلك أنفق عليها من بيت المال إن لم يكن له من ينفق عليها. وإن انقطع خبره وكان له[١] من ينفق عليها وجب عليها التربّص إلى أن يحضر أو تثبت وفاته أو ما يقوم مقامها. وإن لم يكن له وليّ ينفق عليها ولا متبرّع [به][٢] فإن صبرت فلا بحث. وإن رفعت أمرها إلى الحاكم أجّلها أربع سنين من حين رفع أمرها إليه، وبحث عنه في الجهة التي فقد فيها إن كانت معيّنة، وإلّا ففي الجهات الأربع حيث يحتمل كونه فيها، وأنفق عليها في هذه المدّة من بيت المال إن اتّفق. فإن لم يعرف خبره في هذه المدّة أمرها الحاكم أن تعتدّ عدّة الوفاة، ثم تحلّ بعدها للأزواج.

وظاهر المصنّف أنه يأمرها بالاعتداد بغير طلاق، وهو الذي اختاره الشيخان[٣] وجماعة[٤]. ووجهه: أن الظاهر من حاله بعد البحث المذكور كونه قد

---

(١) كذا في «م» وفي سائر النسخ والحجريّتين: لها.

(٢) من «ش» والحجريّتين.

(٣) المقنعة: ٥٣٧، النهاية: ٥٣٨.

(٤) لاحظ المراسم: ١٦٥، المهذّب ٢: ٣٣٨، السرائر ٢: ٧٣٦، الجامع للشرائع: ٤٧٣.

مات، فيحكم الحاكم بموته ويأمرها بالاعتداد كما يحكم به بمثل الشياع، لأن هذا البحث في معناه. ولأنّ العدّة عدّة وفاة فلا وجه للطلاق وإلّا لكانت عدّة طلاق. ويؤيّده رواية سماعة[١] قال: سألته عن المفقود، وذكر أنها تعتدّ ـ بعد تطلّبه من الامام أربع سنين ـ أربعة أشهر وعشراً إذا لم يوجد له خبر، الحديث.

وذهب جماعة من المتقدّمين[٢] والمتأخّرين[٣] إلى أن الحاكم بعد ذلك يطلّقها إن لم يكن له وليّ وإلّا أمره بالطلاق، لدلالة الأخبار الكثيرة عليه، كصحيحة عمر بن أُذينة عن بريد بن معاوية العجلي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف تصنع امرأته؟ فقال: ما سكتت عنه وصبرت فخلّ عنها، وإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجّلها أربع سنين، ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه فيسأل عنه، فإن خبّر عنه بحياة صبرت، وإن لم يخبر عنه بحياة حتى تمضي الأربع سنين دعا وليّ الزوج المفقود فقيل له: هل للمفقود مال؟ فإن كان له مال أنفق عليها حتى تعلم حياته من موته، وإن لم يكن له مال [قيل للوليّ][٤] أنفق عليها، فإن فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوّج ما أنفق عليها، وإن أبى أن ينفق عليها أجبره الوالي على أن يطلّق تطليقة في استقبال العدّة وهي طاهر، فيصير طلاق الوليّ طلاق الزوج، فإن جاء زوجها قبل أن تنقضي عدّتها من يوم طلّقها الوليّ

---

(١) الكافي ٦: ١٤٨ ح ٤، التهذيب ٧: ٤٧٩ ح ١٩٢٣، الوسائل ١٤: ٣٩٠ ب (٤٤) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها ح ٢.

(٢) راجع المقنع: ١١٩، والوسيلة: ٣٢٤.

(٣) راجع المختلف: ٥٩٢، الايضاح ٣: ٣٥٦، التنقيح الرائع ٣: ٣٤٨، المهذّب البارع ٣: ٤٩٦ ـ ٤٩٧.

(٤) من هامش «و» بعنوان ظاهراً، ووردت في مصادر الحديث.

فبدا له أن يراجعها فهي امرأته، وهي عنده على تطليقتين، وإن انقضت العدّة قبل أن يجيء ويراجع فقد حلّت للأزواج، ولا سبيل للأول عليها»[١].

وروى 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 الناحية التي هو غائب فيها، فإن لم يوجد له فيها أثر أمر الوالي وليّه أن ينفق عليها، فما أنفق عليها فهي امرأته، قال: فقلت: إنها تقول: أُريد ما تريد النساء، قال: ليس لها ذلك ولا كرامة، فإن لم ينفق عليها وليّه أمره أن يطلّقها وكان ذلك عليها طلاقاً»[٢].

ولأن الموت لم يثبت، والأصل بقاء الزوجيّة إلّا بمزيل شرعي من موت أو طلاق، والموت لم يثبت بذلك، إذ[٣] لم يشهد به أحد، فيبقى الطلاق وجاز دفعاً للضرر والحرج مضافاً إلى النصّ.

ويظهر من هذه الأخبار أن العدّة عدّة الطلاق، إلّا أن القائلين بالطلاق صرّحوا بأن العدّة عدّة وفاة. ولا يخلو من إشكال. ورواية سماعة[٤] الدالّة عليها موقوفة ضعيفة السند. وتظهر الفائدة في مقدار العدّة وفي الحداد والنفقة.

إذا تقرّر ذلك فتنقيح المسألة يتمّ بأُمور:

الأول: لا فرق في المفقود بين من اتّفق فقده في جوف البلد وفي السفر

---

(١) الكافي ٦: 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) الكافي ٦: ١٤٧ ح ١، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.

(٣) في «ح» والحجريّتين: إذا.

(٤) تقدّم ذكر مصادرها في الصفحة السابقة، هامش (١).

. . . . . .

وفي القتال وما إذا انكسرت سفينته ولم يعلم حاله، لشمول النصّ لذلك كلّه وحصول المعنى. ولا تكفي دلالة القرائن على موته بدون البحث، إلّا أن ينضمّ إليها إخبار من يتاخم قوله العلم بوفاته، فيحكم بها[1] حينئذٍ من غير أن يتربّص به المدّة المذكورة. ولافرق حينئذٍ بين أن يحكم الحاكم بموته وعدمه، بل إذا ثبت ذلك عندها جاز لها التزويج، ولم يجز لغيرها أن يتزوّجها إلّا أن يثبت عنده ذلك أيضاً. ولو حكم الحاكم بها كفى في حقّ الزوجين بغير إشكال.

الثاني: لو فقد في بلد مخصوص أو جهة مخصوصة بحيث دلّت القرائن على عدم انتقاله منها إلى غيرها كفى البحث عنه في تلك البلدة أو تلك الجهة، فإن لم يظهر خبره تربّص به أربع سنين من غير بحث، فإذا مضت فعل بها ما تقرّر من الطلاق أو الأمر بالاعتداد ثم تزوّجت إن شاءت. وكذا لو كان فقده في جهتين أو ثلاث أو بلدان كذلك اقتصر على البحث عنه فيما حصل فيه الاشتباه.

الثالث: يتخيّر الحاكم بين إرسال رسول إلى الجهة التي يعتبر البحث عنه فيها، وبين البعث إلى حاكم تلك الجهة ليبحث عنه فيها كما ذكر في الرواية. ويعتبر في الرسول العدالة ليركن إلى خبره حيث لا يظهر. ولا يشترط التعدّد، لأن ذلك من باب الخبر لا الشهادة وإلّا لم تسمع، لأنها شهادة على النفي. ومثل هذا البحث لا يكون حصراً للنفي حتى يقال: إنه مجوّز للشهادة، وإنما هو استعلام وتفحّص عنه ممّن يمكن معرفته له عادة، لا استقصاء كلّي.

الرابع: لو تعذّر البحث عنه من الحاكم ـ إما لعدمه أو لقصور يده ـ تعيّن عليها الصبر إلى أن يحكم بموته شرعاً أو يظهر حاله بوجه من الوجوه، لأصالة

---

(١) في «ح»: بهما.

بقاء الزوجيّة. وعليه يحمل ما روي عن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين موته أو طلاقه»[١]. وعن عليّ عليه السلام أنه قال: «هذه امرأة ابتليت فلتصبر»[٢]. ومن العامّة[٣] من أوجب ذلك مطلقاً عملاً بهاتين الروايتين.

الخامس: الحكم مختصّ بالزوجة فلا يتعدّى إلى ميراثه ولا عتق أُم ولده، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده، فيتوقّف[٤] ميراثه وما يترتّب على موته من عتق أُم الولد والمدبّر والوصيّة وغيرها إلى أن تمضي مدّة لا يعيش مثله إليها عادة. وسيأتي[٥] إن شاء الله تعالى البحث فيه. والفرق بين الزوجة وغيرها مع ما اشتهر من أن الفروج مبنيّة على الاحتياط ـ وراء النصّ الدالّ على الاختصاص ـ دفع الضرر الحاصل على المرأة بالصبر دون غيرها من الورّاث ونحوهم، وأن للمرأة الخروج من النكاح بالجبّ والعنّة لفوات الاستمتاع، وبالإعسار بالنفقة على قول لفوات المال، فلأن تخرج ها هنا وقد اجتمع الضرران أولى. ويدلّ على عدم الحكم بموته أنها لو صبرت بقيت الزوجيّة، فزوالها على تقدير عدمه لدفع الضرر خاصّة فيتقيّد بمورده.

السادس: إذا لم نقل بالطلاق يتوقّف اعتدادها على أمر الحاكم لها بها، فلا تعتدّ بما مضى قبل حكمه، عملاً بأصالة بقاء الزوجيّة إلى أن يثبت المزيل، ولا

---

(١) سنن الدارقطني ٣: ٣١٢ ح ٢٥٥، سنن البيهقي ٧: ٤٤٥.

(٢) المناقب لابن شهراشوب ٢: ٣٦٥.

(٣) الحاوي الكبير ١١: ٣١٦ ـ ٣١٧، المغني لابن قدامة ٩: ١٣٤.

(٤) في «ح، ط، م»: فتوقف.

(٥) في السبب الثاني من لواحق أسباب منع الإرث من كتاب الفرائض.

ولو جاء زوجها، وقد خرجت من العدّة ونكحت، فلا سبيل له عليها. وإن جاء وهي في العدّة فهو أملك بها. وإن خرجت من العدّة ولم تتزوّج، فيه روايتان أشهرهما أنه لا سبيل له عليها.

ثبوت قبل أمره، كما لا تعتدّ بما مضى من المدّة قبل رفع أمرها إليه كمدّة العنّة. ويحتمل الاكتفاء بمضيّها، لظاهر خبر سماعة[١] أنها تعتدّ بعد تطلّبه أربع سنين.... الخ، ولإشعار الحال بالوفاة[٢] ودلالته عليها.

السابع: لو أنفق عليها الوليّ أو الحاكم من ماله، ثم تبيّن تقدّم موته على زمن الإنفاق أو بعضه، فلا ضمان عليها ولا على المنفق للأمر به شرعاً، ولأنها محبوسة لأجله، وقد كانت زوجة[٣] ظاهراً ، والحكم مبنيّ على الظاهر.

قوله: «ولو جاء زوجها.... الخ».

إذا حضر المفقود بعد الحكم بوفاته ظاهراً فلا يخلو: إما أن يكون حضوره بعد أن اعتدّت وتزوّجت بغيره، أو بعد العدّة وقبل التزويج، أو في أثناء العدّة. ففي الأول لا سبيل له عليها إجماعاً، للحكم شرعاً ببينونتها منه، وتعلّق حقّ الزوج الثاني بها بحكم الشارع فلا يزال. وفي الأخير هو أحقّ بها إجماعاً، لدلالة الأخبار السابقة[٤] عليه. ولأن الحكم باعتدادها كان مبنيّاً على الظاهر، وقد تبيّن خلافه بظهور حياته فينتقض الحكم. ولأن المقصود من هذه الفرقة إزالة الضرر عنها وتمكينها من نكاح غيره، فإذا حضر الزوج زال الضرر فكان[٥] أولى بها.

---

(١) تقدم ذكر مصادره في ص: ٢٨٥، هامش (١).

(٢) في «م» والحجريّتين: بالفوات.

(٣) في «و، م» والحجريّتين: زوجته.

(٤) في ص: ٢٨٥ ـ ٢٨٦.

(٥) في «ش، م» والحجريّتين: وكان.

وأما إذا كان حضوره بعد انقضاء العدّة وقبل التزويج ففي أولويّته بها أقوال أشهرها ما اختاره المصنّف من أنه لا سبيل له عليها. وفي الخبر الصحيح السابق تصريح[١] به. وكذا في رواية سماعة[٢]، لأنه قال فيها بعد ما نقلناه: «فإن قدم زوجها بعد انقضاء عدّتها فليس له عليها رجعة، وإن قدم وهي في عدّتها الأربعة أشهر وعشراً فهو أملك برجعتها». ولأن الشارع حكم بالبينونة بانقضاء العدّة، فعود سلطنة الزوج يحتاج إلى دليل. وبهذا قال الشيخ في المبسوط[٣] وأتباعه[٤] والأكثر من المتقدّمين والمتأخّرين. وهو الأقوى.

والقول الثاني أنه أولى بها كما لو جاء وهي في العدّة. ذهب إلى ذلك الشيخ في النهاية[٥] والخلاف[٦]، وقوّاه فخر الدين[٧] من المتأخّرين. وادّعى الشيخ أن به رواية، وتبعه المصنّف على ذلك، ولم نقف عليها بعد التتبّع التام. وكذا قال جماعة ممّن سبقنا[٨]. ويمكن الاستدلال له بأنّها معتدّة في الظاهر، وقد ظهر بطلان الحكم بها.

واختار العلّامة في المختلف[٩] قولاً ثالثاً مفصّلاً بأن العدّة إن كانت بعد

---

(١) في ص: ٢٨٥ ـ ٢٨٦.

(٢) مرّ ذكر مصادرها في ص: ٢٨٥، هامش (١).

(٣) المبسوط ١: ٢٧٨، ولكن في ص: ٢٧٩ قوّى ردّها إلى الزوج الأول إن لم تكن تزوّجت.

(٤) راجع المراسم: ١٦٥، والوسيلة: ٣٢٤، ووافقه في السرائر ٢: ٧٣٧.

(٥) النهاية: ٥٣٨.

(٦) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٣١٢، مسألة (٣٤).

(٧) إيضاح الفوائد ٣: ٣٥٤.

(٨) في هامش «و»: «ممّن ذكر ذلك السيّد جمال الدين بن طاووس صاحب البشرى، ومصنف كشف الرموز. وغير المصنّف والشيخ لم يتعرّض لدعوى الرواية. بخطّه قدّس سرّه». لاحظ كشف الرموز ٢: ٢٢٨.

(٩) المختلف: ٥٩٢ ـ ٥٩٣.

طلاق الوليّ فلا سبيل للزوج عليها، وإن كانت بأمر الحاكم من غير طلاقٍ كان أملك بها. والفرق: أن الأول طلاق شرعي تعقّبه العدّة وقد خرجت، فلا سبيل للزوج في الرجعة عليها بعدها، وعليه دلّت الروايات[1]. وأما الثاني فلأن أمرها بالاعتداد كان مبنيّاً على الظنّ بوفاته، وقد ظهر بطلانه، فلا أثر لتلك العدّة، والزوجيّة باقية، لبطلان الحكم بالوفاة.

وفيه: أن ذلك لو تمّ لاقتضى أولويّته وإن نكحت غيره بعد العدّة، لاشتراكهما في المقتضي. وما ذكره فيه من الفرق ـ بأن الشارع قد حكم به ظاهراً ولم يلتفت إلى العقد الأول، بخلاف ما لو كان قبل التزويج ـ يضعّف بأن حكم الشارع بالتزويج كحكمه بالعدّة مبنيّاً[2] 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 امرأة بشهود أو استناداً إلى قولها حيث يقبل فتزوّجت بإذنه ثم ظهر فساد الدعوى، فإن النكاح الثاني ينقض وإن كان الشارع قد قطع التفاته حين النكاح عن الأول.

ثم تنبّه لأمرين:

الأول: تعليق المصنّف الحكم على مجيء الزوج تبع فيه الرواية. ولا فرق بين مجيئه وعدمه في ذلك، وإنّما المعتبر ظهور حياته في الحالة المبحوث عنها، لأن الحكم باعتدادها للوفاة دليل على التفات الشارع إلى ظاهر حاله وأنّه قد مات، فإذا تبيّن خلاف ذلك انتفى. ويحتمل ضعيفاً تعليق الحكم على مجيئه، نظراً

---

(١) لاحظ الوسائل ١٥: ٣٨٩ ب «٢٣» من أبواب أقسام الطلاق ح ١، ٤.

(٢) في الحجريّتين: مبنيّ.

فروع

الأول: لو نكحت بعد العدّة ثم بان موت الزوج، كان العقد الثاني صحيحاً ولا عدّة، سواء كان موته قبل العدّة أو معها أو بعدها، لأن عقد الأول سقط اعتباره في نظر الشرع، فلا حكم لموته كما لا حكم لحياته.

إلى ظاهر الرواية، ولأنّ حكمة ذلك إزالة الضرر عنها، وهو لا يزول بظهور حياته في بلاد بعيدة، خصوصاً مع دلالة القرائن على عدم مجيئه أو عدم قدرته عليه، وللحكم بارتفاع الزوجيّة فلا يزول إلّا بدليل. وليس في الأخبار ما يدلّ على حكمه مع عدم مجيئه [بالبينونة][1] فيبقى على ما قد ثبت له من الحكم.

الثاني: ظاهر الأخبار أنه لو عاد وهي في العدّة لا يعود حكم الزوجيّة إلّا بالرجعة، لأنه قال في الخبر[2] الصحيح: «فبدا له أن يراجعها فهي امرأته» وهو مناسب للحكم بصحّة الطلاق، فإنه لا يزول إلّا بالرجعة. وخبر سماعة[3] مع عدم تضمّنه الطلاق يدلّ على ذلك أيضاً حيث قال: «فهو أملك برجعتها». ويحتمل عود الزوجيّة إليه قهراً، لتبيّن بطلان الطلاق والاعتداد بظهور حياته، لأنهما مبنيّان على الظاهر من موته. وكلام الأصحاب موافق لهذا الاحتمال، لأنهم يعبّرون بأنه أحقّ بها وأملك بها ـ كما عبّر المصنّف ـ ونحو ذلك، مع قبولها للتأويل بما يوافق الأول.

قوله: «لو نكحت بعد العدّة ..... الخ».

لمّا كان حكم الشارع لها بالاعتداد والبينونة بها قاطعاً للنكاح السابق

---

(١) من «ش» والحجريّتين، وشطب عليها في «و» والظاهر أنها زائدة.

(٢) راجع ص: ٢٨٥ ـ ٢٨٦.

(٣) مرّ ذكر مصادره في ص: ٢٨٥، هامش (١).

الثاني: لا نفقة على الغائب في زمن العدّة ولو حضر قبل انقضائها، نظراً إلى حكم الحاكم بالفرقة. وفيه تردّد.

فاعتبار ما حكم به ثابت، سواء تبيّن بعد ذلك موته أم لا، وسواء كان تبيّن موته قبل العدّة أو فيها أو بعدها، استصحاباً لما قد ثبت بحكم الشرع، وما خرج عن ذلك من الحكم بكونه أحقّ بها لو ظهر في العدّة جاء بدليل خارج، فيبقى غيره على الأصل.

وربما قيل ببطلان العدّة لو ظهر موته فيها أو بعدها قبل التزويج بناءً على أنه لو ظهر حينئذٍ كان أحقّ [بها][1] لأن الحكم بالعدّة والبينونة كان مبنيّاً على الظاهر، ومستند حكم الحاكم الاجتهاد وقد تبيّن خطؤه، فعليها تجديد عدّة الوفاة بعد بلوغها الخبر كغيرها. بل يحتمل وجوب العدّة ثانياً وإن نكحت، لما ذكر. وسقوط حقّ الأول منها لو حضر وقد تزوّجت لا ينفي الاعتداد منه لو مات. وهذا قول لبعض الشافعيّة[2]. والمذهب هو الأول. والمصنّف نبّه بما ذكره من الحكم على خلافه.

قوله: «لا نفقة على الغائب .... الخ».

وجه عدم النفقة أن العدّة عدّة وفاة وهي لا تستتبع النفقة، وإلّا فمجرّد حكم الحاكم بالفرقة ـ كما علّل به المصنّف ـ لا يوجب سقوطها، لأن حكمه بها يحصل بالطلاق الرجعي مع بقائها. ولو علّل بإرادة فرقة لا يلحقها الرجوع انتقض هنا بما لو ظهر في العدّة.

والمصنّف تردّد في الحكم ممّا ذكرناه، ومن أنها في حكم الزوجة ما دامت

---

(١) من «م» والحجريّتين.

(٢) الحاوي الكبير ١١: ٣٢٥ ـ ٣٢٦، روضة الطالبين ٦: ٣٨١.

الثالث: لو طلّقها الزوج أو ظاهر [ها] واتّفق في زمان العدّة صحّ، لأن العصمة باقية. ولو اتّفق بعد العدّة لم يقع، لانقطاع العصمة.

في العدّة، فتجب لها النفقة لو حضر قبل انقضائها، فلولا أنها زوجة لما صحّ له ذلك إلّا بعقد جديد، وخصوصاً على القول بأن الوليّ يطلّقها، لأن الظاهر أن الطلاق رجعي لما ظهر من الروايات[1] أنه يراجعها إذا حضر، والطلاق الرجعي لا يسقط النفقة. ولأنها محبوسة عليه في هذه الحالة فناسب وجوب نفقتها حال العدّة.

ولو كان حضوره بعد انقضاء العدّة فأولى بعدم الوجوب، للحكم بالبينونة. ويحتمل وجوب قضاء نفقة زمن العدّة وإن انقضت، لأن نفقة الزوجة تقضى، وقد ظهر الزوج زمانها فلم تكن عدّة وفاة حقيقة. ولو قلنا بأنه أحقّ بها بعد العدّة احتمل وجوب النفقة لما بعد العدّة أيضاً، لما ذكر. والأقوى عدم وجوبها مطلقاً.

قوله: «لو طلّقها الزوج .... الخ».

لمّا كانت هذه الأحكام مشروطة بوقوعها على الزوجة أو المطلّقة رجعيّاً، فأوقعها الغائب عليها ثم حضر، نظر إن كانت وقت إيقاعها في زمان العدّة وقعت، لأنّها حينئذٍ في حكم الزوجة، ومن ثَمّ كان أملك بها لو حضر فيها. وإن وقعت بعدها تبيّن بطلانها، لوقوعها على الأجنبيّة.

وهذا يتمّ في غير الطلاق. أما فيه فإن قلنا بأن الحاكم يأمرها بالاعتداد بغير طلاق اتّجه الحكم فيه أيضاً، لوقوعه حينئذٍ بالزوجة في نفس الأمر. وإن قلنا إنه يطلّقها أشكل صحّة الطلاق بدون الرجعة، لأنه لا يقع عندنا كذلك وإن كان

---

(١) لاحظ الوسائل ١٤: ٣٩٠ ب «٤٤» من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢، وج ١٥: ٣٨٩ ب «٢٣» من أبواب أقسام الطلاق ح ١.

الرابع: إذا أتت بولد بعد مضيّ ستّة أشهر من دخول الثاني لحق به. ولو ادّعاه الأول، وذكر أنه وطئها سرّاً، لم يلتفت إلى دعواه. وقال الشيخ: يقرع بينهما. وهو بعيد.

الطلاق رجعيّاً، خصوصاً على ما يظهر من الأخبار[١] أن عودها إليه مع حضوره في العدّة يتوقّف على الرجعة. ولو قلنا بعودها إليه بدونها وتبيّن بطلان الطلاق بحضوره كما تبيّن بطلان الاعتداد توجّه [صحّة][٢] وقوع الطلاق بها كما يقع الظهار. ومثله الإيلاء.

قوله: «إذا أتت بولد .... الخ».

إذا تزوّجت بعد الاعتداد وأتت بولد في زمان يمكن أن يكون من الثاني ثم حضر المفقود ولم يدّع الولد فهو للثاني، لأنه بمضيّ أربع سنين يتحقّق براءة الرحم من المفقود. وإن ادّعاه سئل عن جهة ادّعائه، فإن قال: إنه ولدي لأن زوجتي ولدته على فراشي، تبيّنّا بطلان هذه الجهة، لأن الولد لايبقى في الرحم هذه المدّة. وإن قال: قدمت عليها في خلال هذه المدّة وأصبتها، وكان ما يقوله ممكناً، قال الشيخ[٣]: أُقرع بينه وبين الثاني فيه، لأنها فراش لهما وإن كان فراش الأول قد زال، كما لو طلّقها فتزوّجت وأتت بولد يمكن إلحاقه بهما، فإنه يقرع بينهما فيه على ما سبق[٤] من قوله رحمه الله. والأقوى ما اختاره المصنّف من الحكم به للثاني مطلقاً، لأنها فراش له الآن حقيقة، وفراش الأول قد زال، والولد

---

(١) تقدّم ذكر مصادرها في الصفحة السابقة.

(٢) من «و» فقط.

(٣) المبسوط ٥: ٢٨١.

(٤) في ج ٨: ٣٨٢، هامش (٢ و ٣).

الخامس: لا يرثها الزوج لو ماتت بعد العدّة، وكذا لا ترثه. والتردّد لو مات أحدهما في العدّة. والأشبه الارث.

للفراش. ومثله القول في المسألة المبنيّ عليها. وقد تقدّمت[١].

قوله: « لا يرثها الزوج ..... الخ».

إذا مات المفقود أو زوجته بعد الحكم بالفرقة، فإما أن يكون موته في أثناء العدّة، أو بعدها، قبل التزويج، أو بعده. ففي الأخير لا توارث بينهما قطعاً، لانقطاع عصمة النكاح رأساً، لما عرفت من أنه لو حضر وقد تزوّجت فلا سبيل له عليها. وكذا لو كان ذلك بعد العدّة بناءً على انتفاء سبيله عنها ببينونتها بانقضاء العدّة. وعلى القول بأنه لو حضر حينئذٍ كان أحقّ بها يحتمل ثبوت التوارث، لظهور كونه موجوداً في تلك الحال المقتضي لبقاء الزوجيّة في نفس الأمر، وكونه أحقّ بها على تقدير ظهوره دليل على أن الحكم بالبينونة مبنيّ على الظاهر ومستمرّ مع الاشتباه لا مع ظهور الحال. والأقوى عدم الإرث وإن قلنا بذلك، لأن الشارع حكم بانقطاع العصمة بينهما بانقضاء العدّة، وحكمه بكونه أولى بها على تقدير حضوره لدليل خارج لا يقتضي الحكم [شرعاً][٢] في غيره، بل يبقى على أصل النفي[٣] الحاصل بانقضاء العدّة الموجب لرفع التوارث شرعاً.

وأما لو مات أحدهما وهي في العدّة ففي ثبوت الإرث قولان: أحدهما العدم، لأنّ العدّة عدّة الوفاة، وهي تقتضي نفي الإرث. والأقوى ما اختاره المصنّف من ثبوته حينئذٍ، لبقاء حكم الزوجيّة بما قد علم. ولأن العدّة في حكم الرجعيّة كما قد عرفت، وهي لا تقطع التوارث بين الزوجين. وجعلها عدّة وفاة مبنيّ على

---

(١) في ج ٨ : ٣٨١ ـ ٣٨٢ .

(٢) من «ش» فقط .

(٣) كذا في «ط ،و» والحجريّتين ، وفي «ح ، ش ، م» : اليقين .

الفصل السادس
في عدد الإماء والاستبراء

الظاهر وعلى وجه الاحتياط، وإلّا لم يجامع الطلاق، فإذا تبيّن خلاف الظاهر رجع حكم الطلاق الرجعي أو[١] الزوجيّة من رأس.

قوله: «في عدد الإماء والاستبراء».

الاستبراء لغة طلب البراءة. وشرعاً: التربّص بالمرأة مدّة بسبب ملك اليمين حدوثاً أو زوالاً، لبراءة الرحم، أو تعبّداً. هذا هو الأصل فيه، وإلّا فقد يجب الاستبراء بغير ذلك كأن وطىء أمة غيره بشبهة. وخصّ بهذا الاسم لأن التربّص مقدّر بما يدلّ على البراءة من غير تكرّر وتعدّد فيه، بخلاف التربّص الواجب بسبب النكاح، فإنه مأخوذ من العدد لما يقع فيه من تعدّد الأقراء أو الشهور، فخصّ باسم العدّة.

والأصل في الاستبراء ما روي أنه صلّى الله عليه وآله وسلم قال في سبايا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تحيض»[٢]. ويخالف العدّة حيث اعتبر بالحيض واعتبرت هي بالطهر، لأن الأقراء تتكرّر في العدّة فتعرف بتخلّل الحيض براءة الرحم، وهاهنا لا تتكرّر فيعتمد الحيض. وإنما أُلحقت أُم الولد بالحرّة في الاعتداد من موت مولاها وعتقه لها دون غيرها من الإماء لأن استبراء أُم الولد قضاء حقّ السيّد فأشبه العدّة التي هي قضاء حقّ الزوج. ولأن الاستبراء فيها لاستباحة النكاح كالحرّة، وعند حدوث الملك لحلّ[٣] الوطء

---

(١) في «ش»: والزوجيّة.

(٢) مسند أحمد ٣: ٦٢، سنن الدارمي ٢: ١٧١، سنن أبي داود ٢: ٢٤٨ ح ٢١٥٧، التمهيد لابن عبد البرّ ٣: ١٤١، ١٤٣.

(٣) كذا في «و» وفي سائر النسخ والحجريّتين: يحلّ.

عدّة الأمة في الطلاق مع الدخول قرءان، وهما طهران. وقيل: حيضتان. والأول أشهر.

وأقلّ زمان تنقضي به عدّتها ثلاثة عشر يوماً ولحظتان. والبحث في اللحظة الثانية كما في الحرّة.

وإن كانت لا تحيض وهي في سنّ من تحيض اعتدّت بشهر ونصف، سواء كانت تحت حرّ أو عبد.

فيعتبر فيه ما يستعقب[1] الحلّ وهو الحيض.

قوله: «عدّة الأمة في الطلاق ....الخ».

عدّة الأمة على النصف من عدّة الحرّة جرياً على الأُصول المقرّرة من أن كلّ عدد يؤثّر الرقّ فيه بالنقصان يكون الرقيق على النصف ممّا عليه الحرّ، كالحدود وعدد المنكوحات والقسم، إلّا أن القرء لا يتبعّض فكمّل كالطلاق. ووجه عدم تبعّضه أن القرء مفسَّر إما بالانتقال أو بالطهر بين الدمين، والانتقال ليس شيئاً يتبعّض، والطهر بين الدمين إنما يظهر نصفه إذا ظهر كلّه بعود الدم فلابدّ من الانتظار إلى أن يعود الدم، وهذا بخلاف الاعتداد بالأشهر، فإنها تقبل التنصيف، فتعتدّ بنصف عدّة الحرّة وهو شهر ونصف.

والأصل فيه ـ بعد الاجماع عليه ـ ما روي عنه صلّى الله عليه وآله وسلم أنه قال: «يطلّق العبد طلقتين وتعتدّ الأمة بقرأين»[2]. وروى زرارة في الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن حرّ تحته أمة أو عبد تحته حرّة كم طلاقها

---

(١) في «م»: يسوق.

(٢) راجع سنن ابن ماجة ١: ٦٧٢، سنن الدارقطني ٤: ٣٩ ح ١١٣، سنن البيهقي ٧: ٤٢٥ ـ ٤٢٦.

. . . . . .

وكم عدّتها؟ فقال: السنّة في النساء في الطلاق، فإن كانت حرّة فطلاقها ثلاث وعدّتها ثلاثة أقراء، وإن كان حرّ تحته أمة فطلاقها تطليقتان وعدّتها قرءان»[١]. وقد ظهر من الرواية أنه لا فرق في الأمة بين كونها تحت حرّ أو عبد، وكذلك لا فرق فيها بين القنّ والمدبّرة والمكاتبة وأُمّ الولد إذا زوّجها مولاها فطلّقها الزوج. ولو وطئت أمة بنكاح فاسد أو بشبهة اعتدّت بقرأين كما في الطلاق عن النكاح الصحيح. والمبعّضة كالحرّة عندنا تغليباً لجانب الحرّية. ولو كانت الأمة حاملاً اعتدّت من الطلاق وما في معناه بوضعه كالحرّة.

إذا تقرّر ذلك فأقلّ ما تنقضي به عدّة الأمة ذات الأقراء ثلاثة عشر يوماً ولحظتان، بأن يأتيها الدم بعد طلاقها بلحظة، ثم تحيض ثلاثاً، ثم تطهر عشراً، ثم ترى الدم الثاني لحظة، وهذه اللحظة دالّة على انقضاء العدّة بتمام الطهر، فالعدّة حقيقة ثلاثة عشر يوماً ولحظة، والأخيرة دالّة على انقضائها لا جزء منها كما مرّ[٢] في الحرّة. ويمكن انقضاء عدّتها بأقلّ من ذلك، كما إذا طلّقها بعد الوضع وقبل رؤيتها دم النفاس بلحظة، ثم رأته لحظة وانقطع، وطهرت عشراً وجاءها دم الحيض، فتنقضي عدّتها برؤيته، وذلك عشرة أيّام ولحظتان، ولو اعتبرنا لحظة الدلالة[٣] زادت لحظة أُخرى.

واعلم أن الكلام في الشهر حيث تعتدّ به كما سبق[٤] في الحرّة، فإن قارن

---

(١) الكافي ٦: ١٦٧ ح ١، التهذيب ٨: ١٣٤ ح ٤٦٦، الاستبصار ٣: ٣٣٥ ح ١١٩٢، الوسائل ١٥: ٤٦٩ ب (٤٠) من أبواب العدد ح ١.

(٢) في ص: ٢٢٥.

(٣) في «ح»: ولو اعتبر باللحظة الدالّة، وفي «م»: اعتبرنا اللحظة الدالّة.

(٤) في ص: ٢٥١.

ولو أُعتقت ثم طلِّقت فعدّتها عدّة الحرّة. وكذا لو طلِّقت طلاقاً رجعيّاً، ثم أُعتقت في العدّة، أكملت عدّة الحرّة. ولو كانت بائناً أتمّت عدّة الأمة.

الطلاق الهلال اكتفت بشهر هلالي ـ تمّ أم نقص ـ وأكملته بخمسة عشر يوماً. وإن طلّقها في أثناء الشهر فعدّتها خمسة وأربعون يوماً. وقد اختلفت عباراتهم في ذلك، فمنهم من عبّر بشهر ونصف كالمصنف، ومنهم[١] من عبّر بخمسة وأربعين يوماً وأطلق. والمعتمد ما ذكرناه من التفصيل.

قوله: «ولو أُعتقت ثم طلِّقت ..... الخ».

إذا أُعتقت الأمة ثم طلِّقت، فإن وقع الطلاق بعد[٢] انقضاء العدّة فعليها الاعتداد بعدّة الحرّة مطلقاً، لأنها صارت حرّة قبل الحكم عليها بالعدّة. وإن وقع الطلاق[٣] في أثناء العدّة، فإن كانت رجعيّة أكملت عدّة الحرّة، لأن الرجعيّة بمنزلة الزوجة، فكأنّه طلّقها وهي حرّة. وإن كانت بائنة أكملت عدّة الأمة، لأنها صارت أجنبيّة قبل الطلاق وطرأت الحرّية بعد الحكم عليها بعدّة الإماء، فلا يتغيّر الواجب.

واعلم أن الروايات في ذلك مختلفة، ففي صحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في أمة كانت تحت رجل فطلّقها ثم أُعتقت قال: «تعتدّ عدّة الحرّة»[٤].

---

(١) راجع الكافي في الفقه: ٣١٢، الوسيلة: ٣٢٧، السرائر ٢: ٧٣٢، الجامع للشرائع: ٤٧٠.

(٢) في «ط»: قبل.

(٣) في إحدى الحجريّتين ونسخة بدل الأُخرى: العتق. وفي هامش «و» ما يدلّ على أن في العبارة سقطاً، ونقله من خطّ الشيخ محمد سبط الشارح على نسخة الأصل. والظاهر أن العبارة إنما تستقيم بفرض جملة «فإن وقع الطلاق بعد انقضاء العدّة» زائدة، وتكون العبارة في السطر الثاني: وإن وقع العتق، وفي السطر الخامس: أجنبيّة قبل العتق، والله العالم.

(٤) التهذيب ٨: ١٣٥ ح ٤٦٩، الاستبصار ٣: ٣٣٥ ح ١١٩٥، الوسائل ١٥: ٤٨٣ ب (٥٠) من أبواب العدد ح ٣.

وعدّة الذمّيّة كالحرّة في الطلاق والوفاة. وفي رواية تعتدّ عدّة الأمة. وهي شاذّة.

وفي رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «إذا طلّق الرجل المملوكة فاعتدّت بعض عدّتها منه ثم أعتقت فإنها تعتدّ عدّة المملوكة»[١]. والجمع بينهما[٢] بحمل الأول على الرجعي والثاني على البائن، لمناسبة الحكم، وحذراً من اطّراح بعضها، ولوجود التفصيل في رواية أبي أيّوب الخزّاز عن مهزم عن أبي عبد الله عليه السلام في أمة تحت حرّ طلّقها على طهر بغير جماع تطليقة ثم أُعتقت بعدما طلّقها بثلاثين يوماً ولم تنقض عدّتها، فقال: «إذا أُعتقت قبل أن تنقضي عدّتها اعتدّت عدّة الحرّة من اليوم الذي طلّقها، وله عليها الرجعة قبل انقضاء العدّة، فإن طلّقها تطليقتين واحدة بعد واحدة ثم أُعتقت قبل انقضاء عدّتها فلا رجعة له عليها، وعدّتها عدّة الأمة»[٣].

قوله: «وعدّة الذمّيّة كالحرّة....الخ».

المشهور بين الأصحاب أن عدّة الذمّيّة الحرّة كعدّة المسلمة الحرّة، لعموم[٤] الأدلّة المتناول للمسلمة وغيرها. وروى يعقوب السرّاج في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قلت له: النصرانيّة مات عنها زوجها وهو نصراني ما عدّتها؟

---

(١) الفقيه ٣: ٣٥١ ح ١٦٧٩، التهذيب ٨: ١٣٥ ح ٤٧٠، الاستبصار ٣: ٣٣٥ ح ١١٩٦، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.

(٢) في «ح، ش، و»: بينها.

(٣) التهذيب ٨: ١٣٥ ح ٤٧١، الاستبصار ٣: ٣٣٦ ح ١١٩٧، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

(٤) كإطلاق الآية ٢٢٨ و ٢٣٤ من سورة البقرة، وعموم الأحاديث لاحظ الوسائل ١٥: ٤٢١ ب «١٢» من أبواب العدد، و ٤٥١ ب «٣٠».

وعدّة الأمة من الوفاة شهران وخمسة أيّام. ولو كانت حاملاً اعتدّت بأبعد الأجلين. ولو كانت أُم ولد لمولاها كانت عدّتها أربعة أشهر وعشراً.

قال: عدّة الحرّة المسلمة أربعة أشهر وعشراً»[١]. ولكن ورد في رواية[٢] زرارة ما يدلّ على أنها كالأمة. ونقله العلّامة[٣] عن بعض الأصحاب، ولم نعلم[٤] قائله. وما ذكره المصنّف من نسبة الخلاف إلى الرواية أولى.

والرواية رواها الكليني في الصحيح عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: «سألته عن نصرانيّة كانت تحت نصراني فطلّقها هل عليها عدّة مثل عدّة المسلمة ؟ فقال: لا ـ إلى قوله ـ : قلت: فما عدّتها إن أراد المسلم أن يتزوّجها ؟ قال: عدّتها عدّة الأمة حيضتان أو خمسة وأربعون يوماً»[٥] الحديث . وحملت الرواية على أنها مملوكة، إذ لم ينصّ على أنها حرّة.

واعلم أن فائدة إلحاقها بالأمة في الطلاق واضحة. وأما في الوفاة فلا تظهر إلّا على تقدير كون عدّة الأمة فيها على نصف عدّة الحرّة. وسيأتي[٦] الخلاف فيه.

قوله: «وعدّة الأمة من الوفاة ..... الخ».

اختلف الأصحاب في مقدار عدّة الأمة إذا كانت مزوّجة فمات زوجها مع اتّفاقهم على أنها على نصف عدّة الحرّة في الطلاق، فذهب الأكثر منهم إلى أنها في

---

(١) الكافي ٦ : ١٧٥ ح ٣، التهذيب ٨ : ١٥٨ ح ٥٤٨ ، الوسائل ١٥ : ٤٧٨ ب «٤٥» من أبواب العدد ح ٢.

(٢ و ٥) الكافي ٦ : ١٧٤ ح ١ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ١ .

(٣) قواعد الأحكام ٢ : ٧٣.

(٤) في «ش ،و» : يعلم .

(٦) في المسألة التالية .

الوفاة على النصف من عدّة الحرّة أيضاً، فهي شهران وخمسة أيّام، وهو الذي قطع به المصنّف من غير أن ينقل خلافاً، لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: «الأمة إذا توفّى عنها زوجها فعدّتها شهران وخمسة أيّام»[١]. وفي الصحيح عن الحلبي عنه عليه السلام قال: «عدّة الأمة إذا توفّى عنها زوجها شهران وخمسة أيّام»[٢]. وفي الصحيح عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام إلى أن قال: «فإن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحرّة شهران وخمسة أيّام»[٣]. وغير ذلك من الأخبار الكثيرة. ولأن الرقّيّة مناط التنصيف في مطلق العقوبة وخصوصيّة الاعتداد كما في الطلاق، فناسب أن يكون في الوفاة كذلك.

وقال الصدوق[٤] وابن إدريس[٥]: عدّتها أربعة أشهر وعشرة أيّام، لعموم قوله تعالى: ﴿والّذين يتوفّون منكم ويذرون أزواجاً يتربّصن بأنفسهنّ﴾[٦] الآية. وخصوص صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «إن الأمة والحرّة كلتاهما إذا مات عنها زوجها في العدّة سواء، إلّا أن الحرّة تحدّ والأمة لا تحدّ»[٧].

---

(١) التهذيب ٨: ١٥٤ ح ٥٣٦، الاستبصار ٣: ٣٤٧ ح ١٢٣٩، الوسائل ١٥: ٤٧٣ ب (٤٢) من أبواب العدد ح ٩.

(٢) التهذيب ٨: ١٥٤ ح ٥٣٥، الاستبصار ٣: ٣٤٦ ح ١٢٣٨، الوسائل الباب المتقدّم ح ٨.

(٣) التهذيب ٨: ١٥٤ ح ٥٣٧، الاستبصار ٣: ٣٤٧ ح ١٢٤٠، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٠. وفي هامش «و»: «صحّة حديث محمد بن قيس إضافيّة، بمعنى صحّة طريقه إلى محمد، وأما هو نفسه فإنه مشترك بين الثقة وغيره كما هو مشهور. بخطّه قدّس سرّه».

(٤) المقنع: ١٢١.

(٥) السرائر ٢: ٧٣٥.

(٦) البقرة: ٢٣٤.

(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. وفي المصادر: كلتيهما.

وصحيحة زرارة عنه عليه السلام إلى أن قال: «يا زرارة كلّ النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرّة كانت أو أمة أو على أيّ وجه كان النكاح منه متعة أو تزويجاً أو ملك يمين فالعدّة أربعة أشهر وعشراً»[١].

وأُجيب عن الآية بأنها عامّة وتلك الأخبار خاصّة، والقرآن يجوز تخصيصه بالسنّة. وعن الأخبار بأنها قد تعارضت فيجب الجمع بينها بحمل الأخبار الأول على غير أُم الولد إذا كان قد زوّجها المولى بغيره فمات زوجها، والأخبار الدالّة على التسوية بينها وبين الحرّة على أُم الولد من موت زوجها. ويؤيّد ما ذكر من التفصيل صحيحة سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة إذا طلّقت ما عدّتها؟ قال: حيضتان أو شهران. قلت: فإن توفّى عنها زوجها، فقال: إن عليّاً عليه السلام قال في أُمهات الأولاد: لايتزوّجن حتى يعتددن أربعة أشهر وعشراً وهنّ إماء»[٢]. وصحيحة وهب بن عبد ربّه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل كانت له أُم ولد فزوّجها من رجل فأولدها غلاماً، ثم إن الرجل مات فرجعت إلى سيّدها، أله أن يطأها؟ قال: تعتدّ من الزوج أربعة أشهر وعشراً ثم يطؤها بالملك بغير نكاح»[٣].

وهذا الجواب يرجع إلى اختيار قول ثالث بالتفصيل، وهو الذي اختاره

---

(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) 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) الكافي ٦: ١٧٢ ح ١٠، التهذيب ٨: ١٥٣ ح ٥٣١، الاستبصار ٣: ٣٤٨ ح ١٢٤٤، الوسائل: الباب المتقدّم ح ٣.

الشيخ[١] وأتباعه[٢] والمصنّف وباقي المتأخّرين[٣]. وأما أكثر المتقدّمين ـ كالمفيد[٤] وسلّار[٥] وابن أبي عقيل[٦] وابن الجنيد[٧] ـ فاختاروا الأول مطلقاً.

هذا كلّه إذا لم تكن حاملاً، وإلّا اعتدّت بأبعد الأجلين من وضع الحمل وما قيل به من المدّة. وهو موضع وفاق. وإنما الخلاف في خصوصيّة المدّة التي تعتبر مع وضع الحمل.

واعلم أن سياق العبارة يقتضي كون الحكم في الأمة المزوّجة لا المنكوحة مطلقاً. وحينئذٍ فقوله: «ولو كانت أُم ولد لمولاها....الخ» المراد به إذا كانت أُم ولد له قد زوّجها لغيره فمات الزوج. وأما إذا كان المبيّت المولى، فإن كانت مزوّجة لم تعتدّ من موت المولى إجماعاً. وإن لم تكن مزوّجة ففي اعتدادها من موت المولى عدّة الحرّة، أم لا عدّة عليها بل يكفي استبراؤها لمن انتقلت إليه إذا أراد وطأها، قولان ذهب إلى الأول منهما جماعة منهم الشيخ[٨]، وأبو الصلاح[٩]، وابن حمزة[١٠]، والعلّامة في موضع من التحرير[١١]، والشهيد في

---

(١) النهاية : ٥٣٦.

(٢) فقه القرآن ٢ : ١٧٣ ـ ١٧٤، غنية النزوع وإصباح الشيعة (ضمن سلسلة الينابيع الفقهيّة) ٢٠ : ٢٥٦ و ٢٩٣ ـ ٢٩٤.

(٣) لاحظ الإرشاد ٢ : ٤٩، قواعد الأحكام ٢ : ٧٣، اللمعة الدمشقيّة : ١٢٥.

(٤) المقنعة : ٥٣٤ ـ ٥٣٥.

(٥) المراسم : ١٦٥.

(٦ و ٧) حكاه عنهما العلّامة في المختلف : ٦١١.

(٨) المبسوط ٥ : ٢٨٤ حيث نسبه إلى رواية الأصحاب من دون تعليق.

(٩) الكافي : ٣١٣.

(١٠) الوسيلة: ٣٢٨، ٣٢٩.

(١١) التحرير ٢ : ٩٦.

اللمعة[١]. واستدلّ له في المختلف[٢] بموثّقة إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام ـ قال: «سألته عن الأمة يموت سيّدها، قال: تعتدّ عدّة المتوفّى عنها زوجها»[٣]. وقال ابن إدريس[٤]: لا عدّة عليها من موت مولاها، لأنها ليست زوجة، وحكم العدّة مختصّ بالزوجة، والأصل براءة الذمّة من التكليف بذلك. ونفى عنه في المختلف[٥] البأس.

ولو كانت الأمة موطوءة للمولى ثم مات عنها فظاهر الأكثر هنا أنه لا عدّة عليها، بل تستبرىء بحيضة كغيرها من الإماء المنتقلة من مالك إلى آخر. وذهب الشيخ في كتابي[٦] الأخبار إلى أنها تعتدّ من موت المولى كالحرّة، سواء كانت أُم ولد أم لا. واستدلّ عليه برواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: «في الأمة إذا غشيها سيّدها ثم أعتقها فإن عدّتها ثلاث حيض، فإن مات عنها فأربعة أشهر وعشراً»[٧] وبموثّقة إسحاق بن عمّار السابقة ، وبحسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: يكون الرجل تحته السرّية فيعتقها، فقال: لا يصلح أن تنكح حتى تنقضي ثلاثة أشهر، وإن توفّى عنها مولاها فعدّتها أربعة اشهر

---

(١) اللمعة الدمشقيّة : ١٢٥ .

(٢ و ٥) المختلف : ٦١١ .

(٣) الكافي ٦ : ١٧١ ح ٢ ، التهذيب ٨ : ١٥٥ ح ٥٣٩ ، الاستبصار ٣ : ٣٤٩ ح ١٢٤٩ ، الوسائل ١٥ : ٤٧٢ ب (٤٢) من أبواب العدد ح ٤ .

(٤) السرائر ٣ : ٧٣٥ .

(٦) التهذيب ٨ : ١٥٥ ذيل ح ٥٣٧ ، الاستبصار ٣ : ٣٥٠ ذيل ح ١٢٥٠ .

(٧) الكافي ٦ : ١٧١ ح ١ ، التهذيب ٨ : ١٥٥ ح ٥٣٨ ، الاستبصار ٣ : ٣٤٩ ح ١٢٤٨ ، الوسائل ١٥ : ٤٧٥ ب (٤٣) من أبواب العدد ح ٥ .

ولو طلّقها الزوج رجعيّة، ثم مات وهي في العدّة، استأنفت عدّة الحرّة. ولو لم تكن أُم ولد استأنفت للوفاة عدّة الأمة. ولو كان الطلاق بائناً أتمّت عدّة الطلاق حسب.

وعشراً»[١].

والعجب مع كثرة هذه الأخبار وجودة أسنادها أنه لم يوافق الشيخ على مضمونها أحد، وخصّوا أُم الولد بالحكم، مع أنه لا دليل عليها بخصوصها. وأعجب منه تخصيصه في المختلف الاستدلال على حكم أُم الولد بموثّقة إسحاق، مع أنها تدلّ على أن حكم الأمة الموطوءة مطلقاً كذلك، ومع هذا فغيرها من الأخبار التي ذكرناها يوافقها في الدلالة، مع أن فيها ما هو أجود سنداً. وسيأتي[٢] أن المصنّف وغيره أوجبوا عدّة الحرّة على الأمة المدبّرة بما هو أقلّ مستنداً[٣] ممّا ذكرناه هنا.

قوله: «ولو طلّقها الزوج .... الخ».

هذا متفرّع[٤] على الحكم السابق، وهو أن أُم الولد تعتدّ لوفاة زوجها عدّة الحرّة. ولا يتغيّر هذا الحكم بطلاقها رجعيّاً إذا مات في العدّة الرجعيّة، لأنها بمنزلة الزوجة، كما لو مات زوج الحرّة المطلّقة وهي في العدّة الرجعيّة، فإنها تستأنف عدّة الوفاة. ولو لم تكن الأمة المزوّجة أُم ولد وقد طلّقها، فشرعت في عدّة الأمة للطلاق، ثم مات الزوج في العدّة، استأنفت عدّة الوفاة المقرّرة للأمة كما لو مات وهي في عصمته. ولو كان الطلاق بائناً أتمّت عدّة الطلاق خاصّة كالحرّة إذا

---

(١) الكافي ٦: ١٧١ ح ٣، التهذيب ٨: ١٥٦ ح ٥٤٠، الاستبصار ٣: ٣٤٩ ح ١٢٥٠، الوسائل ١٥: ٤٧٥ ب (٤٣) من أبواب العدد ح ١.

(٢) في الصفحة التالية.

(٣) في الحجريّتين: سنداً.

(٤) في «ط»: تفريع.

ولو مات زوج الأمة، ثم أُعتقت، أتمّت عدّة الحرّة، تغليباً لجانب الحرّية.

ولو كان المولى يطؤها، ثم دبّرها، اعتدّت بعد وفاته بأربعة أشهر وعشرة أيّام.

ولو أعتقها في حياته اعتدّت بثلاثة أقراء.

طلّقت بائناً ثم مات في العدّة، لانقطاع العصمة بينهما. وهو واضح.

قوله: «ولو مات زوج .... الخ».

هذا الحكم ذكره الشيخ[١] وأتباعه[٢] ومنهم المصنّف من بعده. وتوجيهه: أنها بعد العتق مأمورة بإكمال عدّة الوفاة، وقد صارت حرّة فلا تكون مخاطبة بحكم الأمة، فيجب عليها إكمال عدّة الحرّة نظراً إلى حالها حين الخطاب، ولا ينظر إلى ابتداء الخطاب بالعدّة، فإنها كلّ يوم مخاطبة بحكمها، وهو معنى قوله: «تغليباً لجانب الحرّية».

قوله: «ولو كان المولى .....الخ».

مستند الحكم رواية داود الرقّي عن الصادق عليه السلام: «في الأمة المدبّرة إذا مات مولاها أن عدّتها أربعة أشهر وعشراً من يوم يموت سيّدها إذا كان سيّدها يطؤها. قيل له: فالرجل يعتق مملوكته قبل موته بساعة أو بيوم ثم يموت، فقال: هذه تعتدّ بثلاث حيض أو ثلاثة قروء من يوم أعتقها سيّدها»[٣]. وروى

---

(١) النهاية: ٥٣٦.

(٢) الكافي في الفقه: ٣١٣، إصباح الشيعة (ضمن سلسلة الينابيع الفقهيّة) ٢٠: ٢٩٤.

(٣) الكافي ٦: ١٧٢ ح ٨، التهذيب ٨: ١٥٦ ح ٥٤٢، الاستبصار ٣: ٣٤٩ ح ١٢٤٧، الوسائل ١٥: ٤٧٥ ب (٤٣) من أبواب العدد ح ٧.

الحلبي في الحسن عنه عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يكون تحته السرّية فيعتقها، فقال، لايصلح لها أن تنكح حتى تنقضي عدّتها ثلاثة أشهر، وإن توفّى عنها مولاها فعدّتها أربعة أشهر وعشراً»[١].

ونازع ابن إدريس[٢] في الأمرين:

أما الأول فلأن مَن جعل عتقها بعد موته لا يصدق عليها أنها زوجة، والعدّة مختصّة بها كما تدلّ عليه الآية[٣].

وأما الثاني فلأن المعتقة غير مطلّقة فلا يلزمها عدّة المطلّقة، والعدّة أمر شرعي يحتاج في إثباته إلى دليل شرعي، وهو منتفٍ.

وجوابه أنه منتفٍ على أصله، وأما على أُصول الأصحاب فقد عرفت المستند. وداود الرقّي وإن كان فيه كلام إلّا أن توثيقه أرجح كما حقّق في فنّه، فالرواية صحيحة. وهي مشتملة على الحكمين. والأُخرى مؤيّدة للثاني، ودالّة على حكم ذات الشهور، كما دلّت الأُولى على حكم ذات الأقراء. وقد تقدّم في الأخبار[٤] السابقة ما يدلّ على الحكم الثاني أيضاً. ويؤيّدهما معاً أنها لا يمكنها أن تتزوّج في الحال، لوجوب مراعاة جانب المائز للحرّة والأمة، فلابدّ لها من مدّة، وليست أمة حتى يلحقها حكم الاستبراء، وإنما هي حرّة فأُلحقت بالحرائر، وعدّتهنّ في الأمرين ما ذكر.

---

(١) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٣٠٧، هامش (١).

(٢) السرائر ٢: ٧٤٤.

(٣) البقرة: ٢٣٤.

(٤) كرواية زرارة المذكورة في ص: ٣٠٦.

وكلّ من يجب استبراؤها إذا ملكت بالبيع، يجب استبراؤها لو ملكت بغيره، من استغنام أو صلح أو ميراث أو غير ذلك. ومن يسقط استبراؤها هناك يسقط في الأقسام الأخر.

ولو كان للانسان زوجة فابتاعها بطل نكاحه، وحلّ وطؤها من غير استبراء.

قوله: «وكلّ من يجب ....الخ».

قد تقدّم البحث في هذه المسألة مستوفىً في النكاح[١] والبيع[٢]، ومن يفتقر إلى الاستبراء ومن لا يفتقر إليه، وتحقيق الخلاف في ذلك، وفي اختصاصه بالبيع أو عمومه لكلّ ملك زائل أو حادث، فلا وجه للإعادة في الإفادة.

قوله: «ولو كان للإنسان .... الخ».

أما بطلان النكاح فلأنها قد صارت مملوكة وهي تستباح بملك اليمين فيبطل العقد، لأن البضع لا يستباح بسببين، لأن التفصيل في الآية[٣] يقطع الاشتراك. وقد تقدّم البحث فيه أيضاً في النكاح[٤]. وأما عدم وجوب استبرائها فلأن المقصود منه مراعاة حقّ الماءين الزائل والحادث وهما لواحد.

ونبّه بذلك على خلاف بعض العامّة[٥] حيث أوجب الاستبراء، لتبدّل جهة الحلّ وتجدّد الملك، وليتميّز الولد في النكاح عن الولد بملك اليمين، لأنه في النكاح ينعقد مملوكاً ثم يعتق بالملك وفي ملك اليمين ينعقد حرّاً. وهذا الأصل

---

(١) في ج ٨: ٧٨ـ٨٦.

(٢) في ج ٣: ٣٨٥ـ٣٨٧.

(٣) المؤمنون: ٦.

(٤) في ج ٨: ٢٩.

(٥) الوجيز ٢: ١٠٣، روضة الطالبين ٦: ٤٠٥.

ولو ابتاع المملوك أمة واستبرأها كفى ذلك في حقّ المولى لو أراد وطأها.

وإذا كاتب الانسان أمته حرم عليه وطؤها، فإن انفسخت الكتابة حلّت، ولا يجب الاستبراء. وكذا لو ارتدّ المولى أو المملوكة، ثم عاد المرتدّ، لم يجب الاستبراء.

ولو طلّقت الأمة بعد الدخول لم يجز للمولى الوطء إلّا بعد الاعتداد، وتكفي العدّة عن الاستبراء.

ولو ابتاع حربيّة فاستبرأها، فأسلمت، لم يجب استبراء ثانٍ. وكذا لو ابتاعها واستبرأها محرماً بالحجّ كفى ذلك في استحلال وطئها إذا أحلّ.

عندنا ممنوع، ومطلق تبدّل الملك غير موجب له.

قوله: «ولو ابتاع المملوك ....الخ».

لمّا كان المعتبر من الاستبراء ترك وطئها في المدّة المعتبرة ليحصل الفرق بين الماءين لم يفترق الحال بين استبراء المالك لها وغيره، ومن ثَمّ لو أخبر البائع باستبرائها وكان ثقة قبل، واستبراء المملوك من هذا القبيل. ويشترط علم المولى به، أو كون المملوك ثقة ليقبل خبره كغيره من المخبرين به.

قوله: «وإذا كاتب الإنسان .....الخ».

هنا مسائل تتعلّق بتبدّل الملك ويترتّب عليه حكم الاستبراء:

الأُولى: لو كاتب جاريته حرم عليه وطؤها، لأن الكتابة تقتضي نقلها عن

ملكه وإن كان متزلزلاً، سواء جعلناها بيعاً للمملوك من نفسه أم عتقاً بشرط. فإذا فسخت الكتابة لعجزها لم يلزمها الاستبراء، لما ذكرناه من أن الغرض الفرق بين الماءين المحترمين وهما من واحد هنا، لأنه لا يحلّ لها التزويج بغيره زمن الكتابة كما سيأتي[١]، والمفروض عدم وطئها حالها لغيره. ولبعض العامّة[٢] هنا قول بوجوب استبرائها، لأنه زال ملك الاستمتاع بها وصارت إلى حالة لو وطئها لاستحقّت المهر ثم عاد الملك، فأشبه ما إذا باعها ثم اشتراها. والفرق بين الأمرين واضح، لأنها بالبيع تباح للمشتري، بخلاف الكتابة. ومطلق تبدّل الملك لا يوجب الاستبراء.

الثانية: إذا حرمت على السيّد بارتداده أو ارتدادها ثم أسلم أو أسلمت لم يجب الاستبراء، لما ذكرناه من الوجه [في][٣] السابق من عدم تعدّد الماء الموجب للاستبراء، خلافاً لبعض الشافعيّة[٤] حيث أوجبه بناءً على زوال ملكه بالردّة ثم عوده إليه بالاسلام، فعليه الاستبراء. والأصل هنا كالسابق. ولابدّ من تقييد ارتداده بكونه عن ملّة ليتصوّر عود ملكها إليه بعوده إلى الاسلام، فلو كان عن فطرة انتقل ملكها إلى الوارث. ويأتي في عودها إليه ـ على تقدير قبول توبته ـ ما يعتبر في نقل الملك عنه ثم عوده إليه من اشتراط عدم وطء غيره ولو

---

(١) في كتاب المكاتبة المسألة الثانية من أحكام المكاتب.

(٢) الحاوي الكبير ١١: ٣٥٢، الوجيز ٢: ١٠٣، روضة الطالبين ٦: ٤٠٤، جواهر العقود ٢: ١٩٦.

(٣) سقطت من «و، م».

(٤) الحاوي الكبير ١١: ٣٥٢، حلية العلماء ٧: ٣٦١، روضة الطالبين ٦: ٤٠٤، جواهر العقود ٢: ١٩٦.

بإخبار الثقة.

الثالثة: لو زوّج المولى أمته ثم طلّقها الزوج بعد الدخول لم تحلّ للمولى إلّا بعد الاعتداد، للفرق بين الماءين المحترمين، وإن كان الملك بالنسبة إلى المولى لم يتبدّل. لكن هنا تكفي العدّة عن الاستبراء، لحصول الغرض منها وزيادة، فيدخل الأقلّ تحت الأكثر. ولو طلّقها الزوج قبل الدخول حلّت للمولى من غير استبراءٍ، خلافاً لبعض العامّة[١] حيث أوجبه، لزوال ملك الاستمتاع ثم عوده فكان كزوال الملك وعوده[٢].

الرابعة: لا يشترط في صحّة الاستبراء كون الأمة محلّلة للمولى لولا الاستبراء، بل يكتفى به وإن كانت محرّمة عليه بسبب آخر، لحصول الغرض المقصود منه وهو الفرق بين الماءين، فإذا زال ذلك السبب المحرّم الموجود حال الاستبراء حلّت للمولى بالاستبراء السابق. وتظهر الفائدة فيما لو اشترى مجوسيّة أو مرتدّة فمرّت بها حيضة ثم أسلمت لم يجب استبراء ثانٍ، واعتدّ بما وقع في حالة كفرها، لحصول الغرض المقصود منه. وكذا لو استبرأها وهي محرّمة عليه بسبب الإحرام فأحلّ، خلافاً لبعض الشافعيّة[٣] حيث أوجب الاستبراء ثانياً، محتجّاً بأن الاستبراء لاستباحة الاستمتاع، وإنّما تعتدّ[٤] منه بما يستعقب حلّ الاستمتاع ولم يحصل هنا.

---

(١) الحاوي الكبير ١١: ٣٥١، حلية العلماء ٧: ٣٦١، المغني لابن قدامة ٩: ١٦٢ ـ ١٦٣.

(٢) في «ح، و»: ثم عوده.

(٣) المغني لابن قدامة ٩: ١٦٢، روضة الطالبين ٦: ٤٠٨، جواهر العقود ٢: ١٩٧.

(٤) كذا في النسخ الخطّية، ولعلّ الصحيح: يُعتدّ.

الفصل السابع
في اللواحق

وفيه مسائل:

الأُولى: لا يجوز لمن طلّق رجعيّاً أن يخرج الزوجة من بيته إلّا أن تأتي بفاحشة، وهي أن تفعل ما يجب به الحدّ، فتخرج لإقامته. وأدنى ما تخرج له أن تؤذي أهله.

ويحرم عليها الخروج ما لم تضطرّ. ولو اضطرّت إلى الخروج خرجت بعد انتصاف الليل، وعادت قبل الفجر.

قوله: «لايجوز لمن طلّق ....الخ».

المطلّقة رجعيّة تستحقّ السكنى كما تستحقّ النفقة زمن العدّة، لقوله تعالى: ﴿أسكنوهنّ من حيث سكنتم﴾[1] وقال تعالى: ﴿لا تخرجوهنّ من بيوتهنّ ولا يخرجن إلّا أن يأتين بفاحشةٍ مبيّنة﴾[2]. والمراد بيوت أزواجهنّ، وأضافه إليهنّ بملابسة السكنى. وإنما تستحقّ السكنى إذا استحقّت النفقة، فلو كانت صغيرة أو أمة غير مسلمة طول المدّة أو ناشزاً زمن الزوجيّة أو في أثناء العدّة فلا سكنى لها، كما لا نفقة لها. ولو عادت إلى الطاعة في العدّة عاد حقّ السكنى.

وكما يحرم عليه إخراجها من المسكن يحرم عليها هي الخروج أيضاً وإن اتّفقا عليه، لدلالة الآية على تحريمه من كلّ منهما، فلو اتّفقا على الخروج منعهما الحاكم منه، لأنّ فيه حقّاً لله تعالى، كما أن في العدّة حقّاً له تعالى، بخلاف السكنى المستحقّة بالنكاح، فإن حقّها مختصّ بالزوجين.

(١ ـ ٢) الطلاق: ٦، ١.

. . . . . .

وذهب جماعة من الأصحاب ـ منهم أبو الصلاح[١] والعلّامة في التحرير[٢] ـ إلى تقييد التحريم بعدم اتّفاقهما عليه، فلو خرجت بإذنه جاز. ويدلّ عليه حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا ينبغي للمطلّقة أن تخرج إلّا بإذن زوجها حتى تنقضي عدّتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر»[٣].

والأجود التحريم مطلقاً عملاً بظاهر الآية. ويستثنى منه ما دلّت الآية على استثنائه، وهو أن تأتي بفاحشة مبيّنة فيجوز إخراجها حينئذٍ. وقد اختلف في تفسير الفاحشة، فقيل: هي أن تفعل ما تستحقّ فيه الحدّ كالزنا. وهو الظاهر من إطلاق الفاحشة عرفاً. وقيل: هي أعمّ من ذلك، حتى لو آذت أهل الزوج واستطالت عليهم بلسانها فهو فاحشة يجوز إخراجها لأجله. وهو المرويّ عن ابن عبّاس[٤] في تفسير الآية. ورواه الأصحاب عن الرضا عليه السلام بسندين[٥] مقطوعين. واحتجّ عليه الشيخ في الخلاف[٦] بإجماع الفرقة، مع أنه في النهاية[٧] اختار الأول ونسب الثاني إلى الرواية. واحتجّ أيضاً بأن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم أخرج فاطمة بنت قيس لمّا بذت على بيت أحمائها وشتمتهم، فوردت

---

(١) الكافي في الفقه: ٣١٢.

(٢) التحرير ٢: ٧٥.

(٣) الكافي ٦: ٨٩ ح ١، التهذيب ٨: ١١٦ ح ٤٠٢ و ١٣٠ ح ٤٤٩، الاستبصار ٣: ٣٣٣ ح ١١٨٤، الوسائل ١٥: ٤٣٤ ب (١٨) من أبواب العدد ح ١.

(٤) مجمع البيان ٥: ٣٠٤، الدرّ المنثور ٨: ١٩٣، ذيل الآية ١ من سورة الطلاق.

(٥) الكافي ٦: ٩٧ ح ١ و ٢، التهذيب ٨: ١٣١ ح ٤٥٥ و ٤٥٦، الوسائل ١٥: ٤٣٩ ب (٢٣) من أبواب العدد ح ١ و ٢.

(٦) الخلاف ٢: ٣٠٩ مسألة (٢٣).

(٧) النهاية: ٥٣٤.

الآية في ذلك. وفيه: أن المروي أن فاطمة بنت قيس كان زوجها قد بتّ طلاقها ولم يكن رجعيّاً[١]، وبها احتجّ الجمهور[٢] على استحقاق البائن السكنى كالرجعيّة.

إذا تقرّر ذلك فنقول: حيث تخرج لإقامة الحدّ قيل: تعاد إلى المسكن بعد الفراغ، وقوفاً فيما خالف الأصل على محلّ الضرورة، فلا يثبت[٣] إلّا فيه. وقيل: لا يجب ردّها إليه، لأن إخراجها مستثنىً من النهي، فوجوب ردّها يحتاج إلى دليل. ولأن إخراجها لو كان لمجرّد الحدّ لفرّق فيه بين البرزة والمخدّرة، فتخرج الأُولى دون الثانية، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في بابه[٤]. وفي هذا قوّة.

وحيث تخرج لأذى أحمائها، أو لم نوجب في الأول إعادتها، ينقلها الزوج إلى منزل آخر، مراعياً للأقرب إلى مسكن العدّة فالأقرب. وموضع النقل في الثاني ما إذا كانت الأحماء معها في دار واحدة تسع لجميعهم، فلو كانت ضيّقة لا تسع لهم ولها نقل الزوج الأحماء وترك الدار لها. ولو كانت الأحماء في دار أُخرى لم تنقل المعتدّة من دارها بالبذاة عليهم. وربما قيل بجواز إخراجها بأذاها لهم وإن كانوا جيراناً، لإطلاق الآية[٥]. ولو كانت في دار أبويها ـ لكون الزوج ساكناً معها ـ فطلّقها فيها فبذت على الأبوين، ففي جواز نقلها عنهم وجهان، من عموم الآية[٦]

---

(١) مسند الشافعي: ٣٠٢، مسند الحميدي ١: ١٧٦ ح ٣٦٣، سنن سعيد بن منصور ١: ٣٢٠ ح ١٣٥٧، مسند أحمد ٦: ٤١٥.

(٢) راجع الحاوي الكبير ١١: ٢٤٧ ـ ٢٤٨، المغني لابن قدامة ٩: ٢٨٩.

(٣) في «و»: تبيت.

(٤) في المسألة السابعة عشر من النظر الثاني من كتاب القضاء.

(٥ و ٦) الطلاق: ١.

ولا تخرج في حجّة مندوبة إلّا بإذنه. وتخرج في الواجب وإن لم يأذن. وكذا فيما تضطرّ إليه ولا وصلة لها إلّا بالخروج.

المتناول لذلك حيث نقول بتفسيرها بالأعمّ، ومن أن الوحشة لا تطول بينهم كما هي بينها وبين الأحماء. نعم، لو كان أحماؤها في دار أبويها أيضاً وبذت عليهم أُخرجوا دونها، لأنها أحقّ بدار الأبوين، مع احتمال جواز إخراجها حينئذٍ، للعموم.

هذا، وتحريم إخراجها وخروجها مشروط بحالة الاختيار، فلو اضطرّت إلى الخروج جاز، ووجب كونه بعد انتصاف الليل وتعود قبل الفجر، على ما ذكره المصنّف وجماعة[1]. وهو في موقوفة سماعة قال: «سألته عن المطلّقة أين تعتدّ؟ قال: في بيتها لا تخرج، فإن أرادت زيارة خرجت بعد نصف الليل ولا تخرج نهاراً»[2]. وإنما يعتبر ذلك حيث تتأدّى الضرورة به، وإلّا جاز الخروج مقدار ما تتأدّى الضرورة من غير تقييد بالليل.

قوله: «ولا تخرج في حجّة ..... الخ».

لمّا كان جواز الخروج مقصوراً على الضرورة ولا ضرورة إلى الحجّة المندوبة لم يجز لها الخروج إليها. وكذا ما أشبهها من الزيارات. وفي معناها الحجّ الواجب الموسّع كالنذر المطلق. وأما حجّة الاسلام فيجوز لها أن تخرج إليها بناءً على مذهبنا من أنها واجبة على الفور، ومن جعلها على التراخي منعها من المبادرة إليها فيها. وكذا يجوز لها الخروج لما تضطرّ إليه من حفظ المال والنفس

---

(١) راجع المهذّب ٢: ٣١٨، الجامع للشرائع: ٤٧٢، قواعد الأحكام ٢: ٧٦.

(٢) الكافي ٦: ٩٠ ح ٣، الفقيه ٣: ٣٢٢ ح ١٥٦٤ وروايته مسندة عن أبي عبدالله عليه السلام وفيه: خرجت قبل نصف....ورجعت بعد نصف، التهذيب ٨: ١٣٠ ح ٤٥٠، الاستبصار ٣: ٣٣٣ ح ١١٨٥، الوسائل ١٥: ٤٣٥ ب (١٩) من أبواب العدد ح ١.

وتخرج في العدّة البائنة أين شاءت.

ونحوهما، كما لو لم تكن الدار حصينة وكانت تخاف من اللصوص، أو كانت بين قوم فسقة تخاف على نفسها منهم ولو على العرض، أو كانت تتأذّى من الجيران أو من الأحماء تأذّياً شديداً ولم يمكن إخراجهم عنها بأن كانوا في مسكن يملكونه ونحو ذلك.

واعلم أنه يستفاد من قوله: «ولا تخرج في حجّة مندوبة إلّا بإذنه» أن المنع من خروجها مقيّد بكونه بغير إذنه كما هو أحد القولين، أو يختصّ الحكم بالحجّ. ويدلّ على جوازه بالإذن رواية معاوية بن عمّار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سمعته يقول: المطلّقة تحجّ في عدّتها إن طابت نفس زوجها»[1]. وفي رواية سماعة السالفة[2]: «ليس لها أن تحجّ حتى تنقضي عدّتها». وطريق الجمع حمل النهي على ما لو لم يأذن.

قوله: «وتخرج في العدّة ....الخ».

مذهب أصحابنا أن حقّ السكنى للمطلّقة مختصّ بالرجعيّة دون البائن، للأصل، ولقوله تعالى بعد قوله: ﴿لا تخرجوهنّ من بيوتهنّ ولا يخرجن﴾: ﴿لعلّ الله يحدث بعد ذلك أمراً﴾[3] يعني الرجعة، ولأنه صلّى الله عليه وآله وسلّم لم يجعل لفاطمة بنت قيس لمّا بتّها زوجها نفقة ولا سكنى وقال:«إنما النفقة والسكنى لمن يملك زوجها رجعتها بفرقة»[4].

---

(١) الكافي ٦: ٩١ ح ١٢، التهذيب ٨: ١٣١ ح ٤٥٢، الاستبصار ٣: ٣٣٣ ح ١١٨٧، الوسائل ١٥: ٤٣٩ ب (٢٢) من أبواب العدد ح ٢.

(٢) في الصفحة السابقة.

(٣) الطلاق: ١.

(٤) مسند الحميدي ١: ١٧٦ ح ٣٦٣، سنن سعيد بن منصور ١: ٣٢٠ ح ١٣٥٨، مسند أحمد ٦: ٤١٥، شرح معاني الآثار للطحاوي ٣: ٦٩.

والمعتمد من الدلالة على ذلك النقل المستفيض عن الأئمة عليهم السلام، منها صحيحة سعد بن أبي خلف قال: «سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن شيءٍ من الطلاق، فقال: إذا طلّق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فقد بانت منه ساعة طلّقها وملكت نفسها ولا سبيل له عليها وتذهب حيث شاءت ولا نفقة لها. قال: قلت له: أليس الله يقول: ﴿لا تخرجوهنّ من بيوتهنّ ولا يخرجن﴾؟ قال: فقال: إنما عنى بذلك التي تطلّق تطليقة بعد تطليقة فتلك التي لا تُخرج ولا تَخرج حتى تطلّق الثالثة، فإذا طلّقت الثالثة فقد بانت منه ولانفقة لها»[1]. ومنها صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: «أنه سئل عن المطلّقة ثلاثاً ألها النفقة والسكنى؟ قال: أحبلى هي؟ قلت: لا، قال: فلا»[2]. وغيرهما من الأخبار الكثيرة.

وأما الآية المذكورة فإنها وإن كانت محتملة لهما[3] إلّا أنها مخصوصة بالسنّة، وبقرينة آخرها كما ذكرناه. وكذلك قوله تعالى: ﴿أسكنوهنّ من حيث سكنتم﴾[4]. وأما قصّة فاطمة بنت قيس فقد روى الجمهور أن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم أمرها أن تعتدّ في بيت ابن أُم مكتوم لمّا آذت أحماءها بلسانها واستطالت عليهم، فدلالتها مرتفعة من البين، لاختلاف النقل فيها بالنسبة إلى

---

(١) الكافي ٦: ٩٠ ح ٥، التهذيب ٨: ١٣٢ ح ٤٥٨، الوسائل ١٥: ٤٣٦ ب (٢٠) من أبواب العدد ح ١.

(٢) التهذيب ٨: ١٣٣ ح ٤٦٢، الاستبصار ٣: ٣٣٤ ح ١١٩١، الوسائل ١٥: ٢٣٣ ب (٨) من أبواب النفقات ح ٧.

(٣) كذا في «ح، و» وفي «ش، ط، م»: لها.

(٤) الطلاق: ٦.

الثانية: نفقة الرجعيّة لازمة في زمان العدّة وكسوتها ومسكنها يوماً فيوماً، مسلمة كانت أو ذمّية. أما الأمة، فإن أرسلها مولاها ليلاً ونهاراً فلها النفقة والسكنى، لوجود التمكين التام. ولو منعها ليلاً أو نهاراً فلا نفقة، لعدم التمكين [التامّ].

الحجّة على الخصم.

قوله: «نفقة الرجعيّة لازمة ....الخ».

ما تقدّم كان حكم الإسكان، وبيّن في هذه المسألة وجوب الإنفاق على الرجعيّة مطلقاً الذي من جملته الإسكان والكسوة. وإنما خصّ الإسكان بالذكر للأمر فيه بخصوصه في الآية[١]، ومن ثَمّ قال بعض العامّة[٢] بوجوب الإسكان خاصّة للبائن، بخلاف النفقة، فإنها مختصّة بالرجعيّة إجماعاً. وشرط وجوبها لها اجتماع الشرائط المعتبرة فيها حال الزوجيّة من الصلاحيّة للاستمتاع وتسليم نفسها وغيره، لأن المطلّقة رجعيّة تبقى بحكم الزوجة، فيعتبر فيما يجب لها ما يعتبر في الزوجة. فلو كانت صغيرة لا تحتمل الجماع لم تستحقّ النفقة في العدّة، كما لا تستحقها في النكاح. وكذا لو طلّقها وهي ناشزة لم تستحقّ النفقة والسكنى في العدّة، كما لا تستحقّها في صلب النكاح، لتعدّيها. وكذا لو نشزت في العدّة ولو بالخروج من مسكنها بغير إذنه تسقط نفقتها وسكناها. ولو عادت إلى الطاعة عاد الاستحقاق.

ولو كانت أمة فقد مرّ[٣] أنه ليس على السيّد أن يسلّمها ليلاً ونهاراً، بل له

---

(١) الطلاق: ٦.

(٢) اختلاف العلماء: ١٤٦ ـ ١٤٧، الوجيز للغزالي ٢: ١١٣، حلية العلماء ٧: ٤١١.

(٣) في ج ٨: ٣٣٥.

ولا نفقة للبائن ولا سكنى إلّا أن تكون حاملاً، فلها النفقة والسكنى حتى تضع.

أن يستخدمها نهاراً وعليه أن يسلّمها ليلاً. وكذلك الحال في زمان العدّة. فإن سلّمها ليلاً ونهاراً ورفع اليد عنها فلها النفقة والسكنى كما تستحقّها والحال هذه في صلب النكاح، وإن كان يستخدمها نهاراً لم تستحقّ نفقة ولا سكنى، لكن لو سلّمها ليلاً فللزوج أن يسكنها حالة فراغها من خدمة السيّد لتحصينها، ويجب عليها حينئذٍ الاستقرار فيما يسكنها فيه إلى الصباح إلّا مع الضرورة كالحرّة.

قوله: «ولا نفقة للبائن .... الخ».

قد تقدّم[١] القول في عدم وجوب النفقة للبائن، وفي معناها أو من جملتها السكنى. والغرض هنا استثناء الحامل من الحكم، فيجب الإنفاق عليها وإسكانها إلى أن تضع، لعموم قوله تعالى: ﴿**وإن كنّ أُولاتِ حملٍ فأنفقوا عليهنّ حتى يضعن حملهنّ**﴾[٢] الشامل للبائن والرجعي، وصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلّق امرأته وهي حبلى، قال: «أجلها أن تضع حملها، وعليه نفقتها حتى تضع حملها»[٣]. وفي حسنة الحلبي السابقة[٤] حيث سأله عن نفقة البائن وسكناها فقال: «أحبلى هي؟ قلت: لا، قال: فلا» ما ينبّه على ذلك. وقد تقدّم[٥] البحث في أن النفقة هل هي للحمل أو للحامل؟ وما يترتّب على

(١ و ٥) في ج ٨: ٤٤٩ ـ ٤٥١.

(٢) الطلاق: ٦.

(٣) الكافي ٦: ١٠٣ ح ٤، التهذيب ٨: ١٣٤ ح ٤٦٤، الوسائل ١٥: ٢٣٠ ب (٧) من أبواب النفقات ح ١.

(٤) في ص: ٣١٩.

وتثبت العدّة مع الوطء بالشبهة. وهل تثبت النفقة لو كانت حاملاً؟ قال الشيخ: نعم. وفيه إشكال ينشأ من توهّم اختصاص النفقة بالمطلّقة الحامل دون غيرها من البائنات.

الأمرين من الأحكام.

قوله: «وتثبت العدّة ....الخ».

هذه المسألة متفرّعة على أن النفقة على الحامل هل هي لها أو للحمل؟ فقال الشيخ[١]: هي للحمل، فيجب على غير المطلّقة إذا كانت حاملاً حيث يلحق الولد بالواطىء، لأن نفقة ولده واجبة عليه وإن لم تكن أُمّه زوجة. وعلى القول بأنها للحامل فلا نفقة هنا، لأن الموطوءة للشبهة ليست زوجة. وقد تقدّم[٢] الكلام في توجيه القولين.

والمصنّف ـ رحمه الله ـ استشكل وجوب النفقة هنا تفريعاً على كونها للحمل. ومنشأ الاشكال ممّا ذكر، ومن إمكان أن يقال: إن وجوب نفقة البائن على خلاف الأصل فيقتصر فيها على مورد النصّ[٣] وهو المطلّقة الحامل، فلا يتعدّى إلى غيرها. وكون النفقة للحمل ليس المراد منه أنها عليه حقيقة، لأنه لا يحتاج إلى هذا الغذاء المخصوص والكسوة والمسكن الخاص، وإنما المراد أنها تجب للحامل لأجله. وحينئذٍ فيختصّ بمورد النصّ وهو المطلّقة، وقد تقدّم[٤] بعضه.

---

(١) المبسوط ٦: ٢٨.

(٢) في ج ٨: ٤٥١.

(٣ و ٤) في الصفحة السابقة.

فروع في سكنى المطلّقة:

الأول: لو انهدم المسكن أو كان مستعاراً أو مستأجراً فانقضت المدّة جاز له إخراجها، ولها الخروج، لأنه إسكان غير سائغ. ولو طلّقت في مسكن دون مستحقّها جاز لها الخروج عند الطلاق إلى مسكن يناسبها. وفيه تردّد.

قوله: «لو انهدم المسكن .... الخ».

قد عرفت أن على المطلّقة ملازمة مسكن الطلاق مع الاختيار، فلو عرض له انهدام لا يقبل الإصلاح وهي ساكنة فيه جاز إخراجها إلى غيره. وكذا لو كان مستعاراً ورجع المعير فيها، أو مستأجراً وانقضت مدّة الإجارة. لكن في هذين يجب على الزوج أن يطلبه من المالك ولو بأُجرة توصّلاً إلى تحصيل الواجب بحسب الإمكان، فإن امتنع أو طلب أزيد من أُجرة المثل نقلها إلى مسكن آخر. وأوجب جماعة[1] تحرّي الأقرب إلى المسكن المنتقل عنه فالأقرب اقتصاراً في الخروج المشروط بالضرورة على موردها. وهو حسن.

ومتى نقلها ثم بذل المنزل الأول مالكه ففي وجوب ردّها إليه وجهان، من أن جواز الخروج عنه مشروط بالضرورة وقد زالت، ومن سقوط اعتباره حيث أذن في الخروج منه. والغرض الذاتي منه ملازمة المرأة للمسكن من غير أن تخرج، وهو حاصل في الثاني، وفي عودها إلى الأول منافاة للمقصود كانتقالها عنه. والمتّجه عدم وجوب إعادتها إليه.

وإنما يجب عليها الإقامة في المسكن الذي طلّقت فيه إذا كان لائقاً بها عادة، فلو كان دون مستحقّها وكانت راضية به زمن الزوجيّة لم يجب عليها الرضا

---

(١) راجع المبسوط ٥: ٢٥٥، والمهذّب ٢: ٣٢٤.

به بعد الطلاق، بل لها المطالبة بمسكن يليق بها، كما أنه لو كان قد أسكنها زمن الزوجيّة في منزل رحب يزيد عن عادتها فله نقلها منه بعد الطلاق إلى منزل يليق بها. وعلى القول بوجوب تحرّي الأقرب فالأقرب لو كان المسكن خسيساً دون مسكن مثلها وأمكن جبره ـ بأن يضمّ إليه حجرة من الدار أو مرفقاً بحيث يصير به صالحاً لمثلها ـ لم يجز إخراجها منه إلى غيره، لأن هذه الضميمة مع بقائها فيه أقرب إلى المقصود من مراعاة عدم الخروج.

والمصنّف تردّد في جواز خروجها إلى مسكن يليق بها إذا كانت وقت الطلاق في الأدون راضية به. ووجه التردّد: ممّا ذكر، ومن عموم[1] النهي عن إخراجهنّ من بيوتهنّ وعن خروجهنّ منه الشامل لموضع النزاع. والوجه هو الأول.

والمعتبر فيما يليق بها منه ما تقدّم[2] بحثه في باب النفقات، لكن يزيد هنا اعتبار انفرادها عن الزوج، فلو كان بيتاً واحداً يليق بها لكن الزوج كان ساكناً معها قبل الطلاق وجب عليه الخروج عنها إن كان الطلاق بائناً حيث تجب لها السكنى، لتحريم الخلوة بالأجنبيّة. وإن كان الطلاق رجعيّاً فظاهر الأصحاب عدم وجوب انفرادها، لأنّها بمنزلة الزوجة. ويشكل بأن التمتّع بها بالنظر وغيره إنما يجوز بنيّة الرجعة لا مطلقاً، فهي بمنزلة الأجنبيّة في أصل تحريمه وإن كان حكمه أضعف، فتكون الخلوة بها محرّمة كغيرها. والأصل في تحريم الخلوة بالأجنبيّة قول النبي صلّى الله عليه وآله وسلم: «لا يخلونّ رجل بامرأة فإن

---

(١) الطلاق: ١.

(٢) في ج ٨: ٤٦٠.

الثاني: لو طلّقها ثم باع المنزل، فإن كانت معتدّة بالأقراء لم يصحّ البيع، لأنها تستحقّ سكنى غير معلومة، فتتحقّق الجهالة. ولو كانت معتدّة بالشهور صحّ، لارتفاع الجهالة.

ثالثهما الشيطان»[1]. وهذه المسألة من المهمّات، ولم يذكرها الأصحاب في باب النكاح، وأشاروا إليها في هذا الباب.

والمعتبر من الخلوة المحرّمة أن لا يكون معهما ثالث من ذكر أو أُنثى بحيث يحتشم جانبه ولو زوجة أُخرى أو جارية أو محرم له. وألحق بعضهم بخلوة الرجل بالمرأة خلوة الاثنين فصاعداً بها دون خلوة الواحد بنسوة. وفرّقوا بين الأمرين بأن استحياء المرأة من المرأة أكثر من استحياء الرجل من الرجل. ولا يخلو ذلك من نظر.

وحيث يحرم عليه مساكنتها والخلوة بها يزول التحريم بسكنى كلّ واحد منهما في بيت في الدار الواحدة بشرط تعدّد المرافق، فلو كانت مرافق حجرتها ـ كالمطبخ والمستراح والبئر والمرقى إلى السطح ـ متّحدة في الدار لم يجز بدون الثالث، لأن التوارد على المرافق يفضي إلى الخلوة. وحكم السفل والعلوّ حكم الدار والحجرة. ولو كان البيت متّحداً لكنّه واسع فبنى بينهما حائلاً جاز إن كان ما يبقى لها سكنى مثلها. ثم إن جعل باب ما يسكنه خارجاً عن مسكنها لم يفتقر إلى ثالث، وإن جعله في مسكنها لم يجز إلّا به، لإفضائه إلى الخلوة بها وقت المرور.

قوله: «لو طلّقها ثم باع ..... الخ».

إذا باع الزوج الدار التي استحقّت المطلّقة سكناها، فإن كانت معتدّة

---

(١) مسند الطيالسي: ٧، مسند الحميدي ١: ٢٠ ح ٣٢، مسند أحمد ١: ٢٦، مسند عبد بن حميد: ٣٧ ح ٢٣، مسند الشهاب للقضاعي ٢: ٩٠ ح ٩٤٦، سنن البيهقي ٧: ٩١.

بالأقراء أو بوضع الحمل لم يصحّ البيع ما لم تنقض العدّة، لأن مدّة الأقراء والحمل مجهولة وإن كان لها عادة مستقيمة في الأقراء والحمل، لأن تغيّر العادة أمر ممكن، فهو كما لو باع داراً واستثنى منفعتها مدّة مجهولة. ولو كانت تعتدّ بالأشهر فقد قطع المصنّف بجواز البيع معلّلاً بارتفاع الجهالة، كما لو باع الدار الموجودة مدّة معيّنة، لتعلّق حقّ الغير بالمنفعة مدّة مضبوطة. هذا حاصل ما ذكروه من الفرق بين الأمرين.

ويشكل الحكم في كلّ منهما:

أما الأول فلأن الاختلاف الحاصل أو الممكن مع اعتيادها استقامة الحيض قدر يسير قد لا تضرّ جهالته حيث تكون المنفعة في زمانه تابعة للمعلوم، كما جوّزوا تبعيّة المجهول للمعلوم في البيع حيث يكون المجهول تابعاً. نعم، هذا يجري على قول من لا يصحّح بيع المجهول مطلقاً، والمصنّف منهم كما نبّه عليه في بابه[1]، فلذا أطلق هنا.

وأما الثاني فيمكن مساواته للأول في احتمال الجهالة، لأن المعتدّة بالأشهر قد تتوقّع الحيض في أثنائها فينتقل إليها كما سبق[2]، فيكون تقيّد عدّتها بالأشهر غير معلوم. وهذا الاحتمال لا يزول عندنا، لأن الصغيرة واليائسة لا عدّة عليهما، ومن هي في سنّ المحيض ـ بأن بلغت التسع ولم تكن يائسة ـ يمكن في كلّ وقت حيضها وإن لم يكن غالباً. ومع ذلك فيمكن طروّ الموت في أثناء العدّة فتبطل وترجع المنفعة إلى ملك الزوج إن كانت هي الميّتة أو إلى ورثته إن كان

(١) في ج ٣: ١٧٥.

(٢) في ص: ٢٣٧.

الميّت هو، فلا وثوق بخروج المنفعة عن ملكه مدّة العدّة. وبهذا يفرّق بين بيع العين الموجرة مدّة معلومة وبين بيع هذه الدار، لأن منافع العين الموجرة ملك للمستأجر، ألا ترى أنه لو مات كانت لورثته، بخلاف المعتدّة، فإنها لا تملك منفعة الدار، ولهذا لو ماتت كانت منافعها بقيّة المدّة للزوج. ويمكن أن يلتزم هنا عود المنفعة إلى الزوج دون المشتري، وتكون المنفعة زمن العدّة مستثناة عن المشتري مطلقاً. ويبقى الاشكال الأول.

ولو قلنا بصحّة البيع لذات الأشهر فحاضت في أثنائها وانتقلت عدّتها إلى الأقراء، فإن انقضت عدّتها بها في مقدار الأشهر أو أقلّ فلا اعتراض للمشتري. وكان البحث في بقيّة الأشهر ـ هل تنتقل منفعتها إلى المشتري أو إلى البائع؟ ـ كما لو ماتت في أثنائها. والأظهر انتقالها إلى البائع، لأنها كالمستثناة له مدّة معلومة.

ولو انقضت[1] العدّة بالأقراء أكثر من الأشهر قدّمت الزوجة بالباقي، لسبق حقّها. وفي تخيير المشتري في الفسخ والإمضاء حينئذٍ وجهان، من فوات بعض حقّه فكان كتبعّض الصفقة، ومن قدومه على ذلك، فإنه كما يمكن بقاء استحقاقها طول المدّة باستمرارها على عدم الحيض يحتمل نقصانه عنها وزيادته بالتغيّر الطارىء. وتصحيح البيع للبناء على الغالب أو على أصالة عدم التغيّر لا يوجب تعيّنه.

والأقوى الفرق بين من يعلم بالحكم وغيره، فيتخيّر الثاني دون الأول، لأن خيار تبعّض الصفقة مشروط بجهل ذي الخيار بما يقتضي التبعّض.

وربما استثني من عدم صحّة بيع المسكن ـ حيث لانصحّحه ـ ما لو بيع

---

(١) في «ح ،ش» : اتّفقت .

الثالث: لو طلّقها ثم حجر عليه الحاكم قيل: هي أحقّ بالسكنى، لتقدّم حقّها على الغرماء. وقيل: تضرب مع الغرماء بمستحقّها من أجرة المثل. [والأول أشبه]. أما لو حجر عليه ثم طلّق كانت أسوة مع الغرماء، إذ لا مزيّة [لها].

على المطلّقة، لاستحقاقها حينئذٍ جميع المنفعة من حين الشراء وإن كان بعضه بالشراء وبعضه بالزوجيّة، فإن ذلك لا يقدح، كما لو باع ما يملك وما لا يملك مع الجهل بقسط ما صحّ فيه البيع حالته. وقد تقدّم البحث في نظير المسألة في كتاب السكنى[1] إذا بيع المسكن مدّة معلومة أو مجهولة كالمقترن بالعمر، وحقّقنا القول فيه، فليراجع ثَمّ.

قوله: «لو طلّقها ثم حجر عليه الحاكم .... الخ».

إذا طلّقها وهي في مسكن مملوك للزوج ثم أفلس وحجر عليه، فإن كان المسكن هو المستثنى له في الدَّين فلا اعتراض عليها بوجه، بل تبقى فيه إلى انقضاء العدّة ثم ترجع منفعته إلى الزوج. وإن كان فاضلاً عنه بحيث يباع في الدَّين بقي لها فيه حقّ السكنى مقدّماً على الغرماء، لتقدّم حقّها في العين عليهم، لأن حقّهم لم يتعلّق بأعيان أمواله إلّا بعد الحجر. وكذا لو مات وعليه ديون، فتقدّم به على الورثة، لأن حقّها متعلّق بعين المسكن كحقّ المكتري والمرتهن. ويأتي في جواز بيع الحاكم رقبته لأجل الدَّين ما مرّ[2] من التفصيل في بيع المطلّق له.

---

(١) في ج ٥: ٤٢٧.

(٢) في ص: ٣٢٥.

والقول بتقديمها على الغرماء هو المشهور بين الأصحاب وغيرهم، لم ينقل أحد فيه خلافاً، ولكن المصنّف نقل عن بعضهم أنها تضرب مع الغرماء بأُجرة المثل. ووجهه: أن حقّها في السكنى تابع للزوجيّة السابقة، ولهذا كان مشروطاً بشروطها من بقائها على الطاعة والتمكين وغيره من الشرائط، فلا يكون حقّها أزيد من حقّ الزوجة، والزوجة إنما تستحقّ السكنى يوماً فيوماً، وعلى تقدير الحجر عليه لا تستحقّ السكنى إلّا يوم القسمة خاصّة، فإذا بقي من استحقاقها في السكنى شيء ضربت به مع الغرماء[1] كالدَّين، لأنه متعلّق بذمّة الزوج وإن اختصّ برقبة المسكن الخاص.

وجوابه: أن حقّ الزوجة في الإسكان والنفقة في مقابلة الاستمتاع، فكان متجدّداً بتجدّده، بخلاف حقّ المطلّقة، فإنه ثابت بالطلاق لمجموع العدّة لا في مقابلة شيء وإن كان مشروطاً بشرائط نفقة الزوجة، ومن ثَمّ وجب لها في البائن على بعض الوجوه.

هذا كلّه إذا تقدّم الطلاق على الحجر. أما لو حجر عليه أولاً ثم طلّقها ضاربت بأُجرة المثل مع الغرماء، إذ لا مزيّة لها عليهم. وليس ذلك كدين يحدث بعد الحجر لا يزاحم صاحبه الغرماء، لأن حقّها وإن كان حادثاً فهو مستند إلى سبب متقدّم وهو النكاح. وأيضاً فإنه حقّ يثبت لها بالطلاق من غير اختيارها، فأشبه ما إذا أتلف المفلس مالاً على إنسان، فإنه يزاحم الغرماء.

---

(١) كذا في هامش «و» بعنوان «ظاهراً» وهو الصحيح، وفيما لدينا من النسخ والحجريّتين: مع الورثة.

الرابع: لو طلّقها في مسكن لغيره استحقّت السكنى في ذمّته، فإن كان له غرماء ضربت مع الغرماء بأُجرة مثل سكناها. فإن كانت معتدّة بالأشهر فالقدر معلوم. وإن كانت معتدّة بالأقراء أو بالحمل ضربت مع الغرماء بأُجرة سكنى أقلّ الحمل أو أقلّ الأقراء، فإن اتّفق وإلّا أخذت نصيب الزائد. وكذا لو فسد الحمل قبل أقلّ المدّة رجع عليها بالتفاوت.

قوله: «لو طلّقها في مسكن.... الخ».

ما سبق حكم ما إذا كان المسكن ملكاً للزوج. أما لو طلّقها وهي في مسكن لغيره بعارية أو بأُجرة ضاربت بالأُجرة، سواء كان الطلاق قبل الحجر أم بعده، لأن حقّها هنا مرسل غير متعلّق بعين، بخلاف ما إذا كان المسكن له، فإنها تستحقّه بخصوصه فتقدّم به. وهذا الفرق يتمّ مع كون المسكن بإعارة مطلقاً أو بأُجرة المثل من غير عقد، أما لو كان قد استأجره مدّة معيّنة وأسكنها فيه لم يظهر الفرق بينه وبين ما يملك رقبته. وما يقال من تقديمها هنا بأقلّ المدّة أو غيره مشترك. واللائح من الفرق الذي ذكروه ـ من كون السكنى في ذمّته لا تتعلّق بعين مخصوصة ـ اختصاصه بما لو لم يكن المسكن موجراً مدّة معيّنة، لأنه لو كان كذلك فطلّقها فيه اختصّت به ولم يجز إخراجها منه، لعدم المقتضي.

إذا تقرّر ذلك فمتى وقعت الحاجة إلى المضاربة بالحصّة، فإن كانت ممّن تعتدّ بالأشهر فالقدر الذي تضارب به معلوم، لأنه أُجرة 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 بأُجرة أقلّ مدّة يمكن انقضاء الأقراء فيها وقد تقدّم[1] ما يعلم به الأقلّ. والحامل تضارب بأُجرة ما بقي من أقلّ مدّة

---

(١) في ص: ٢٢٥.

للحمل وهي ستّة أشهر من يوم العلوق، لأن استحقاق الزيادة مشكوك فيه. وإن كان لها عادة غالبة فالأشهر أن حكمها كذلك. ولو قيل هنا بجواز الضرب بمقدار العادة الغالبة ـ وهي ما بقي من ثلاثة أشهر لذات الأقراء وتسعة أشهر للحامل ـ كان وجهاً، لأن الأصل والظاهر استمرار عادتها.

والفرق بين ما نحن فيه حيث بنينا المضاربة على الأخذ بالأقلّ أو بغالب العادة ولم نبن الأمر في بيع المسكن على ذلك ـ بل قطع بالبطلان إذا كانت تعتدّ بالأقراء أو بوضع الحمل ـ أنّا وإن أخذنا بالظاهر هناك، فإن استحقاقها لجميع مدّة العدّة ثابت، واحتمال الزيادة والنقصان قائم، وبذلك تطرّق الجهل إلى المبيع، إذ لايدري المشتري متى يستحقّ المنفعة، والجهالة تمنع صحّة البيع، وهنا الجهالة تقع في القسمة، فلا يدرى أن ما أخذه كلّ واحد هو قدر حصّته أم لا، وهي لا تمنع صحّة القسمة، ولهذا لو قسّم مال المفلّس بين غرمائه فظهر غريم آخر لا تستأنف القسمة بل يرجع على كلّ واحد بالحصّة.

وإذا ضاربت بأُجرة مدّة وانقضت المدّة على وفق تلك المضاربة رجعت على المفلّس بالباقي من الأُجرة عند يساره كباقي ديون الغرماء بعد المضاربة. ولو امتدّت العدّة وزادت على مدّة المضاربة رجعت على الغرماء بأُجرتها، لأنه تبيّن استحقاقها الزيادة، فأشبه ما إذا ظهر غريم آخر. ولها أن ترجع به على المفلّس إذا أيسر. ويحتمل عدم رجوعها على الغرماء بل على المفلّس خاصّة، لأنّا قدّرنا حقّها بما أعطيناها مع تجويز استحقاق الزيادة فلا يتغيّر الحكم، ويخالف الغريم الذي ظهر، فإنّا لم نشعر بحاله أصلاً. وربما فرّق بعضهم بين الحامل وذات الأقراء، فإن الحمل محسوس تقوم البيّنة عليه، والأقراء لا تعرف

الخامس: لو مات فورث المسكن جماعة لم يكن لهم قسمته إذا كان بقدر مسكنها إلّا بإذنها أو مع انقضاء عدّتها، لأنها استحقّت السكنى فيه على صفته.

والوجه أنه لا سكنى لها بعد الوفاة ما لم تكن حاملاً.

إلّا من قولها، فلو مكّنت من الرجوع لم يؤمن أن تدّعي تباعد الحيض طلباً للزيادة. ووجه المشهور: أنها مصدَّقة في ذلك شرعاً، فيكون قولها كقيام البيّنة.

ومتى ضاربت بالأُجرة استوجر بحصّتها المنزل الذي وجبت فيه العدّة، فإن تعذّر اعتبر القرب كما تقدّم[1].

ولو فرض انقضاء العدّة قبل تمام المدّة التي بنت[2] عليها المضاربة، لفساد الحمل حيث أجّلها بالأقلّ أو عجّلت الأقراء حيث يعتبر الأغلب، ردّت الفضل على الغرماء ورجعت على الزوج المفلّس بما تقتضيه المحاصّة للمدّة التي انقضت العدّة فيها كما مرّ.

واعلم أنه لا فرق في هذه المسائل بين أُجرة المسكن والنفقة، فتضارب الغرماء عند إفلاس الزوج بالنفقة والسكنى جميعاً. بل المضاربة بالنفقة ثابتة على كلّ حال، بخلاف المسكن، فإنها قد تختصّ به، فلذلك أفردوه بالذكر. والقول في كيفيّة المضاربة والرجوع على ما مضى.

قوله: «لو مات فورث المسكن ....الخ».

إذا مات الزوج في خلال العدّة وقلنا بعدم سقوط حقّها من السكنى بموته،

---

(١) في ص: ٣٢٣.

(٢) في «ح»: تثبت، وفي «م»: ثبت.

إما مطلقاً على ما يقتضيه كلام الشيخ[١]، أو مع كونها حاملاً على قول، وكانت في مسكن مملوك للزوج، لم تقسّمه الورثة حتى تنقضي العدّة إلّا بإذنها أو مع انقضاء عدّتها، لسبق استحقاقها السكنى فيه على صفته من غير أن يقسم، كالدار التي آجرها جماعة من إنسان. هذا إذا ترتّب على قسمتها تغيير صورتها بإقامة الحدود والجدران. أما لو أرادوا التمييز بخطوط ترسم من غير نقض وبناء فلا مانع منه بناءً على جعل القسمة إفراز حقّ، وأما من جعلها بيعاً جاء فيه الحكم في بيع مسكن العدّة على ما مرّ[٢]. ولو لم تكن حاملاً أو قلنا إن المتوفّى عنها لا سكنى لها مطلقاً فلا مانع من قسمتها كغيرها من أمواله.

واعلم أن تنزيل هذه المسألة على أصولنا على القولين مشكل. أما على القول بعدم استحقاق المتوفّى عنها مطلقاً فظاهر، لأن حقّ المطلّقة بموت الزوج يسقط من السكنى والنفقة. وأما على القول بوجوب نفقتها إذا كانت حاملاً ـ كما ذهب إليه الشيخ[٣] ـ فإنما يجب من نصيب الحمل على ما صرّح به الشيخ والرواية[٤] التي هي مستند الحكم لا من مال الميّت مطلقاً، والفرض في المسألة تعدّد الوارث، وحينئذٍ فلا تتقدّم بحقّ السكنى على إرثهم من المسكن، إذ لا حقّ لها في نصيبهم بل في نصيب الحمل منه خاصّة، فلا يتمّ تقديمها بالمسكن مطلقاً، ولا تفريع عدم جواز القسمة، بل غايته أن تطلب السكنى من حقّ ولدها كما تطلب النفقة، وذلك لا ينحصر في مسكن الطلاق، وإنما هذا حكم مختصّ

(١) المبسوط ٥: ٢٥٦.
(٢) في ص: ٣٢٥.
(٣) النهاية: ٥٣٧.
(٤) لاحظ الوسائل ١٥: ٢٣٦ ب (١٠) من أبواب النفقات ح ١.

السادس: لو أمرها بالانتقال فنقلت رحلها وعيالها، ثم طلّقت وهي في الأول، اعتدّت فيه.

ولو انتقلت وبقي عيالها ورحلها، ثم طلّقت، اعتدّت في الثاني.

ولو انتقلت إلى الثاني، ثم رجعت إلى الأول لنقل متاعها، ثم طلّقت، اعتدّت في الثاني، لأنه صار منزلها.

ولو خرجت من الأول فطلّقت قبل الوصول إلى الثاني، اعتدّت في الثاني، لأنها مأمورة بالانتقال إليه.

بالمطلّقة حيث تستحقّ ذلك على الزوج.

والأصل في هذه المسألة أن مذهب بعض الشافعيّة[1] وجوب السكنى في عدّة الوفاة كما تجب في غيرها من العدد البائنة والرجعيّة، ولا يخصّون الحكم بالرجعيّة كما يذهب إليه أصحابنا، وجعلوا حقّ السكنى من التركة، وعليه يتفرّع ما ذكر هنا. فتابعهم الشيخ في العبارة من غير تقييد بما يناسب مذهبه. وقيّدها المصنّف والعلّامة[2] بكونها حاملاً. وذلك يتمّ في استحقاق أصل السكنى لا في صفتها، للفرق بين سكنى المطلّقة والمتوفّى عنها الحامل على ما رأيت.

قوله: «لو أمرها بالانتقال ..... الخ».

قد عرفت أن من استحقّت السكنى من المعتدّات تسكن في المسكن الذي كانت فيه عند الطلاق إلّا أن يمنع منه مانع. فلو انتقلت من مسكن إلى آخر ثم طلّقها الزوج، فإن كان الانتقال بغير إذنه فعليها أن تعود إلى الأول مطلقاً. ولو أذن

---

(١) الحاوي الكبير ١١: ٢٥٨.

(٢) راجع تحرير الأحكام ٢: ٧٦.

. . . . . .

لها بعد الانتقال في أن تقيم في المنتقلة إليه كان كما لو انتقلت إليه بعد الطلاق بإذنه، فإن جوّزناه جاز هنا وإلّا فلا. ولو انتقلت بإذنه ثم طلّق[1] اعتدّت في المنتقلة إليه، فإنّه المسكن عند الفراق. وإن خرجت من الأول ولم تصل إلى الثاني فطلّقها فالأصحّ أنها تعتدّ في الثاني، لأنها مأمورة بالمقام فيه ممنوعة من غيره. ولا فرق بين كونه بعد الطلاق أقرب إليها من الأول وعدمه.

والاعتبار في الانتقال بالبدن لا بالأمتعة والخدم، حتى لو كانت قد انتقلت إلى المسكن الثاني بنفسها ولم تنقل الرحل والأمتعة فمسكنها الثاني، ولو نقلت الأمتعة ولم تنتقل هي فالمسكن الأول، كما أن حاضر المسجد من هو بمكّة لا من رحله وأمتعته بمكّة. وعند أبي حنيفة[2] الاعتبار بالأمتعة لا بالبدن، فالحكم عنده على العكس.

ولو أذن لها في الانتقال ثم طلّقها قبل أن تخرج من المسكن لم يجز لها الخروج، لأنّ العدّة وجبت فيه. ولو انتقلت إلى المسكن الثاني ثم عادت إلى الأول لنقل متاع وغيره فطلّقها فالمسكن الثاني وتعتدّ فيه، وهو كما لو خرجت عن المسكن لحاجة فطلّقها وهي خارجة. هذا إذا كانت قد دخلت الثاني دخول قرار. أما إذا لم تدخله على وجه القرار بل كانت متردّدة بينهما وتنقل أمتعتها، فإن طلّقها وهي في المسكن الثاني اعتدّت فيه. وإن طلّقها وهي في الأول ففيه وجهان، وظاهر العبارة اعتدادها في الثاني مطلقاً، إذ لم يقيّد الحكم بكون الانتقال على وجه القرار.

---

(١) في «و»: طلّقت.

(٢) راجع الحاوي الكبير ١١: ٢٥٩ ـ ٢٦٠.

السابع: البدويّة تعتدّ في المنزل الذي طلّقت فيه، فلو ارتحل النازلون به رحلت معهم، دفعاً لضرر الانفراد. وإن بقي أهلها فيه أقامت معهم ما لم يتغلّب الخوف بالإقامة. ولو رحل أهلها وبقي من فيه منعة، فالأشبه جواز النقلة، دفعاً لضرر الوحشة بالانفراد.

الثامن: لو طلّقها في السفينة، فإن لم تكن مسكناً أسكنها حيث شاء، وإن كانت مسكناً اعتدّت فيها.

قوله: «البدويّة تعتدّ .....الخ».

منزل البدويّة وبيتها من صوف وشعر كمنزل الحضريّة من طين وحجر، فإذا لزمتها العدّة فيه فعليها ملازمته.

ثم إن كانت البدويّة من حيٍّ نازلين على ماء لاينتقلون عنه ولا يظعنون إلّا لحاجة فهي كالحضريّة من كلّ وجه. وإن كانت من حيٍّ ينتقلون عنه، فإن ارتحلوا جميعاً ارتحلت معهم للضرورة. وإن ارتحل بعضهم نظر إن كان أهلها ممّن لم يرتحل وفي الذين لم يرتحلوا قوّة وعدد فليس لها الارتحال. وإن كان أهلها ممّن يرتحل وفي الباقين قوّة وعدد فوجهان: أحدهما أنه ليس لها الارتحال وتعتدّ هناك، لتيسّره، فتدخل في عموم قوله تعالى: ﴿لا تخرجوهنّ من بيوتهنّ ولا يخرجن﴾[1]. وأصحّهما أنها تتخيّر بين أن تقيم وبين أن ترتحل، لأن مفارقة الأهل عسرة موحشة، فتكون ضرراً يستثنى معه المفارقة للمنزل.

قوله: «لو طلّقها في السفينة ..... الخ».

إذا طلّقها وهي في السفينة، فإن ركبتها مسافرة ولم تكن منزل أمثالها فهو كما لو طلّقها مسافرة، فيسكنها حيث شاء بعد قضاء وطرها الضروري من السفر.

---

(١) الطلاق: ١.

التاسع: إذا سكنت في منزلها ولم تطالب بمسكن فليس لها المطالبة بالأُجرة، لأن الظاهر منها التطوّع بالأجرة. وكذا لو استأجرت مسكناً فسكنت فيه، لأنها تستحقّ السكنى حيثُ يُسكنها لا حيث تتخيّر.

وإن كان مسكناً لها ـ بأن كان ملّاحاً ولا منزل له سوى السفينة ـ كانت السفينة في حقّه بمنزلة الدار للحضري. فإن اشتملت على بيوت متميّزة المرافق اعتدّت في بيت منها معتزلة عن الزوج، وسكن الزوج بيتاً آخر، وكانت كدار فيها حجر منفردة المرافق. وإن كانت صغيرة نظر إن كان معها محترم[١] يدفع الخلوة المحرّمة اعتدّت فيها. ولو أمكن خروجه منها مع انتفاء الضرر بخروجه ـ بحيث يبقى فيها من يمكنه معالجتها ـ وجب، كما تقدّم[٢] في البيت الواحد. وحيث تعتدّ خارجها يجب تحرّي أقرب المنازل الصالحة لها إلى الشطّ، كما تقدم[٣] في ضرورة الخروج من منزل الطلاق.

قوله: «إذا سكنت في منزلها ....الخ».

إذا طلّقها ووجب عليه السكنى، فإن كانت في منزله فخرجت منه إلى مسكنها بغير إذنه فلا إشكال في عدم استحقاقها عليه أُجرة المسكن، نوت الرجوع أم لم تنو. وإن كانت ساكنة من قبل في مسكنها ـ مسامحة له حال الزوجيّة في المسكن، أو غير مسامحة ـ فطلّقها واستمرّت في مسكنها، فإن نوت التبرّع فلا شبهة في عدم جواز رجوعها عليه بالأُجرة فيما بينها وبين الله تعالى. وإن نوت الرجوع أو لم تنو شيئاً ففي صيرورة حقّ السكنى في ذمّته كنفقة

---

(١) في إحدى الحجريّتين: محرم.

(٢) في ص: ٣٢٤.

(٣) في ص: ٣٢٣.

الزوجة وجواز مطالبتها بها، أو عدمه نظراً إلى ظاهر حالها من كونها متطوّعة بها، فلا يقبل منها دعوى نيّة الرجوع، إذ لا رجوع لها لو لم تنو، ويحمل الإطلاق على التبرّع، وجهان جزم المصنّف بعدم رجوعها عملاً بالظاهر.

وعلّل أيضاً بأنها بسكناها في منزلها وعدم مطالبته مع تمكّنها من المطالبة تكون قاضية لدينه بغير إذنه فلا ترجع، كمن قضى دين غيره بغير إذنه ولا إذن شرعي.

ويشكل بأن سكناها من جملة النفقات الواجبة، وهي على حدّ نفقة الزوجة التي تستقرّ في الذمّة بفواتها ويجب قضاؤها، ولا يلزم من سكوتها أن تكون قاضية دينه بغير إذنه، وإلّا لم تستحقّ نفقة إذا امتنع من الانفاق عليها وهي زوجة فأنفقت على نفسها، فإنها حينئذٍ تكون قاضية دينه بغير إذنه مع وجوب قضائها إجماعاً. ودعوى كون الظاهر من حالها التبرّع متخلّف فيما إذا صرّحت بقصد الرجوع، اللهم إلّا أن يجعل ذلك من قبيل نفقة الأقارب لا نفقة الزوجة، لخروجها عن الزوجيّة، وأن الغرض من سكناها تحصين مائه على موجب نظره واحتياطه ولم يتحقّق، فكانت بذلك مشبهة لنفقة الأقارب التي غايتها المعونة لا المعاوضة.

وقد يفرّق أيضاً بين السكنى والنفقة بأن السكنى لكفاية الوقت وقد مضى، والمرأة لا تتملّك المسكن ولها تملّك الانتفاع به، والنفقة عين تملك وتثبت في الذمّة.

وينتقض هذا الفرق بكسوة الزوجة على القول الأصحّ من أنه إمتاع، وبسكناها، فإنه لا يستلزم عدم قضائهما لها.

المسألة الثالثة: لا نفقة للمتوفّى عنها [زوجها] ولو كانت حاملاً. وروي أنه ينفق عليها من نصيب الحمل. وفي الرواية بُعد. ولها أن تبيت حيث شاءت.

والأقوى ثبوت الأجرة عليه ما لم تتبرّع، لأن حقّها ثابت لها فلا يسقط إلّا بأدائه إليها أو إسقاطها صريحاً أو علم التبرّع. وكذا القول فيما لو استأجرت مسكناً فسكنت فيه، إلّا أن اللازم هنا أُجرة مثل مسكن يصلح لها عادة لا أُجرة ما استأجرته. كلّ ذلك مع عدم خروجها بغير إذنه حيث يكون باذلاً لها السكنى. ولو رجعت مع امتناعه إلى الحاكم فأمرها بالاستيجار، أو تعذّر وامتنع الزوج، فلا إشكال في الثبوت.

وتعليله عدم الاستحقاق بأنها إنما تستحقّ حيث يُسكنها لا حيث تتخيّر لا يتمّ إلّا مع بذله لها السكنى، أما مع سكوته عنها فلا، ومع ذلك لا[1] يردّ الأمر إلى تخييرها بل إلى حقّها الكلّي المستقرّ في ذمّته بفواته وإن لم تطالب به، وتخيّرها في المسكن على هذه الحالة لايسقط حقّها. نعم، لا يوجب أُجرة المسكن المعيّن، ونحن نقول بموجبه.

قوله: «لا نفقة للمتوفّى عنها زوجها .....الخ».

المشهور بين الأصحاب أن نفقة المعتدّة مختصّة بالرجعيّة والبائن الحامل. وأما المتوفّى عنها فإن كانت حائلاً فلا نفقة لها إجماعاً. وإن كانت حاملاً فلا نفقة لها في مال المتوفّى أيضاً كذلك. وهل تجب في نصيب الولد؟ اختلف الأصحاب في ذلك بسبب اختلاف الروايات، فذهب الشيخ في النهاية[2]

---

(١) في «ش» والحجريّتين: فلا.

(٢) النهاية: ٥٣٧.

وجماعة[١] من المتقدّمين إلى الوجوب. وللشيخ[٢] قول آخر بعدمه، وهو مذهب المتأخّرين[٣]، للأصل، وقوله صلّى الله عليه وآله: «إنما النفقة للتي يملك زوجها رجعتها»[٤]. وأُلحق بها المطلّقة البائن بدليل خارجي فيبقى الباقي. ولحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام أنه قال: «الحبلى المتوفّى عنها زوجها لا نفقة لها»[٥]. ورواية أبي الصبّاح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: «في المرأة الحامل المتوفّى عنها زوجها هل لها نفقة؟ قال: لا»[٦]. ورواية زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «في المرأة الحامل المتوفّى عنها زوجها هل لها نفقة؟ قال: لا»[٧] وغيرها من الأخبار.

واحتجّ الأوّلون بصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: «المتوفّى عنها زوجها ينفق عليها من ماله»[٨]. قال الشيخ[٩] ـ رحمه الله ـ :

---

(١) راجع الكافي في الفقه: ٣١٣، المهذّب ٢: ٣١٩، الوسيلة: ٣٢٩.

(٢) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٣٠٨ مسألة (٢٠)، المبسوط ٥: ٢٥١.

(٣) راجع السرائر ٢: ٧٣٨، قواعد الأحكام ٢: ٧٥، إيضاح الفوائد ٣: ٣٦٨ ـ ٣٦٩.

(٤) تقدّم ذكر مصادره في ص: ٣١٨، هامش (٤).

(٥) الكافي ٦: ١١٤ ح ٣، التهذيب ٨: ١٥١ ح ٥٢٢، الاستبصار ٣: ٣٤٥ ح ١٢٢٩، الوسائل ١٥: ٢٣٤ ب (٩) من أبواب النفقات ح ١.

(٦) الكافي ٦: ١١٥ ح ٨، التهذيب ٨: ١٥٠ ح ٥٢١، الاستبصار ٣: ٣٤٤ ح ١٢٢٨، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

(٧) الكافي ٦: ١١٥ ح ٩، التهذيب ٨: ١٥١ ح ٥٢٣، الاستبصار ٣: ٣٤٥ ح ١٢٣٠، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣.

(٨) الكافي ٦: ١٢٠ ح ٤، التهذيب ٨: ١٥١ ح ٥٢٥، الاستبصار ٣: ٣٤٥ ح ١٢٣٢، الوسائل ١٥: ٢٣٥ ب (٩) من أبواب النفقات ح ٤.

(٩) التهذيب ٨: ١٥١ ذيل ح ٥٢٥، الاستبصار ٣: ٣٤٥ ذيل ح ١٢٣٢.

المسألة الرابعة: لو تزوّجت في العدّة لم يصحّ، ولم تنقطع عدّة الأول. فإن لم يدخل [بها] الثاني فهي في عدّة الأول. وإن وطئها الثاني عالماً بالتحريم فالحكم كذلك، حملت أو لم تحمل. ولو كان جاهلاً ولم تحمل أتمّت عدّة الأول، لأنها أسبق، واستأنفت أُخرى للثاني على أشهر الروايتين.

الضمير في «ماله» راجع إلى الولد، لأن الحائل لا نفقة لها إجماعاً، فالمراد الحامل، وإنما قلنا برجوع الضمير إلى الولد لما رواه أبو الصبّاح الكنانيَ عن الصادق عليه السلام قال: «المرأة الحبلى المتوفّى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها»[1].

والمصنّف ـ رحمه الله ـ استبعد هذه الرواية من غير أن يستضعفها، لأن طريقها صحيح. ووجه البعد: أن ملك الحمل مشروط بانفصاله حيّاً، فقبله لا مال له في الميراث ولا في غيره. مع أنها معارضة بصحيحة محمد بن مسلم أيضاً عن أحدهما عليهما السلام قال: «سألته عن المتوفّى عنها زوجها ألها نفقة؟ قال: لا، ينفق عليها من مالها»[2]. وترك الاستفصال يفيد العموم.

ونبّه بقوله: «ولها أن تبيت حيث شاءت» على خلاف بعض العامّة[3] حيث جعل سكناها من التركة وتعيينها إلى الوارث، حتى لو لم تكن تركة فعيّن الوارث لها مسكناً لم يكن لها الامتناع.

قوله: «ولو تزوّجت في العدّة .... الخ».

لمّا كان العقد على ذات العدّة باطلاً، سواء علم بالحكم أم لم يعلم، فلا عدّة

---

(١) الكافي ٦: ١١٥ ح ١٠، التهذيب ٨: ١٥٢ ح ٥٢٦، الاستبصار ٣: ٣٤٥ ح ١٢٣٣، الوسائل ١٥: ٢٣٦ ب (٩) من أبواب النفقات ح ١.

(٢) التهذيب ٨: ١٥٢ ح ٥٢٧، الاستبصار ٣: ٣٤٦ ح ١٢٣٤، الوسائل الباب المتقدّم ح ٦.

(٣) الحاوي الكبير ١١: ٢٥٧ ـ ٢٥٨، الوجيز ٢: ١٠٢.

له من حيث العقد، لفساده. ثم إن وطىء العاقد وكان عالماً فلا عدّة أيضاً، لأنه زانٍ ولا حرمة لمائه، فيكتفى بإكمال العدّة الأُولى، سواء كانت عدّة طلاق أم وفاة أم غيرهما من أسبابها. ولو كان جاهلاً فهو وطء شبهة يوجب العدّة أيضاً، فتجتمع عليها عدّتان، فلا تتداخلان على أصحّ القولين، للأصل، ولأنهما حقّان مقصودان كالدَّينين، فإن لم تحمل أتمّت عدّة الأول لسبقها واستأنفت أُخرى لوطء الشبهة بعد الفراغ من الأُولى[١].

والروايتان اللتان أشار إلى تعارضهما:

إحداهما رواية محمد بن مسلم قال: «قلت: المرأة الحبلى يتوفّى عنها زوجها فتضع وتزوّج قبل أن تعتدّ أربعة أشهر وعشراً، فقال: إن كان الذي تزوّجها دخل بها فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً، واعتدّت بما بقي عليها من عدّة الأول، واستقبلت عدّة أخرى من الآخر ثلاثة قروء، وإن لم يكن دخل بها فرّق بينهما وأتمّت باقي عدّتها، وهو خاطب من الخطّاب»[٢]. وهذه تؤيّد الحكم بعدم التداخل وإن كانت موقوفة[٣].

والرواية الأُخرى الدالّة على تداخل العدّتين والاكتفاء بواحدة تامّة بعد وطء الأول رواها زرارة في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة تزوّجت

---

(١) كذا في «م» وهو الصحيح، وفي سائر النسخ الخطّية والحجريّتين: الثانية، وفي هامش «و»: السابقة، بعنوان (ظاهراً).

(٢) الكافي ٥: ٤٢٧ ح ٥، التهذيب ٧: ٣٠٧ ح ١٢٧٧، الاستبصار ٣: ١٨٧ ح ٦٨٠، الوسائل ١٤: ٣٤٤ ب (١٧) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢.

(٣) هي موقوفة في التهذيبين دون الكافي.

. . . . . .

قبل أن تنقضي عدّتها، قال: «يفرّق بينهما وتعتدّ عدّة واحدة منهما جميعاً»[١].

وروى زرارة أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة فقدت زوجها أو نعي إليها فتزوّجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلّقها قال: «تعتدّ منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدّة واحدة، وليس للآخر أن يتزوّجها أبداً»[٢]. وروى أبو العبّاس عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأة تتزوّج في عدّتها قال: «يفرّق بينهما وتعتدّ عدّة واحدة منهما جميعاً»[٣].

فهذه الروايات كلّها دالّة على تداخل العدّتين، وهي أوضح أسناداً من السابقة، لكن عمل أكثر الأصحاب على عدم التداخل، فمن ثَمّ جعلها المصنّف ـ رحمه الله ـ أشهر الروايتين. والشيخ[٤] ـ رحمه الله ـ جمع بين الروايات[٥] بحمل هذه على عدم دخول الثاني، إذ ليس فيها تصريح بأنه دخل، بخلاف الأُولى، فإنها صريحة فيه. وحكمه بتحريمها على الثاني مؤبّداً لا يدلّ على دخوله أيضاً، لجواز استناد التحريم إلى علمه بالحال، فإنه يوجب التحريم وإن لم يدخل.

وفيه نظر، لأن قوله: «تعتدّ منهما جميعاً» يدلّ على الدخول، إذ لولاه لكانت عدّتها من الأول خاصّة. وقد تقدّم البحث في هذه المسألة في أسباب

---

(١) التهذيب ٧: ٣٠٨ ح ١٢٧٨، الاستبصار ٣: ١٨٨ ح ٦٨١، الوسائل الباب المتقدّم ح ١١.

(٢) التهذيب ٧: ٣٠٨ ح ١٢٧٩، الاستبصار ٣: ١٨٨ ح ٦٨٢، الوسائل ١٤: ٣٤١ ب (١٦) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢.

(٣) التهذيب ٧: ٣٠٨ ح ١٢٨٠، الاستبصار ٣: ١٨٨ ح ٦٨٣، الوسائل ١٤: ٣٤٧ ب (١٧) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١٢.

(٤) التهذيب ٧: ٣٠٨ ذيل ح ١٢٨٠، الاستبصار ٣: ١٨٨ ذيل ح ٦٨٣.

(٥) في «ح»: الروايتين.

ولو حملت وكان [هناك] ما يدلّ على أنه للأول اعتدّت بوضعه له، وللثاني بثلاثة أقراء بعد وضعه. وإن كان هناك ما يدلّ على أنه للثاني اعتدّت بوضعه له، وأكملت عدّة الأول بعد الوضع. ولو كان ما يدلّ على انتفائه عنهما أتمّت بعد وضعه عدّة الأول، واستأنفت عدّة للأخير. ولو احتمل أن يكون منهما قيل: يقرع بينهما، ويكون الوضع عدّة لمن يلحق به. وفيه إشكال ينشأ من كونها فراشاً للثاني بوطء الشبهة، فيكون أحقّ به.

التحريم من كتاب النكاح[1]، و تقدّمت[2] الإشارة إليها في هذا الكتاب مرّة أخرى، فليراجع بحثها فيهما.

قوله: «ولو حملت وكان ....الخ».

ما تقدّم من تقديم عدّة الأول حكم ما إذا لم تحمل، أما إذا حملت قدّمت عدّة الحمل منه، سابقاً كان الحمل أم لاحقاً، فإن عدّة الحمل لا تقبل التأخير. فإن كان الحمل من الأول ثم وطئت بالشبهة، فإذا وضعت انقضت العدّة الأُولى، وتعتدّ بالأقراء للثاني إن اتّفقت وإلّا فبالأشهر. وإن كان الحمل للثاني ـ ويعلم بوضعه لما زاد عن أكثر الحمل من وطء الأول، ولما بينه وبين الأقلّ من وطء الثاني ـ اعتدّت بوضعه للثاني، وأكملت عدّة الأول بعد ذلك.

ثم إن كانت الأُولى بالأشهر فواضح. وإن كانت بالأقراء وعرض وطء الثاني في أثناء القرء لم يحتسب قرءاً، بل تكمله بعد الوضع إلى أن يبتدىء النفاس إن تأخّر عن الولادة. ولو اتّصل بها سقط اعتبار ما سبق من الطهر

---

(١) في ج ٧: ٣٣٨.

(٢) في ص: ٣١٣.

واحتسب بما بعد النفاس وإن طال زمانه، لأنها قد ابتدأت العدّة بالأقراء فلا ترجع إلى الأشهر لو فرض مضيّ ثلاثة بعد النفاس طهراً بسبب الرضاعة. نعم، لو فرض بلوغها بعد الولادة سنّ اليأس أتمّت العدّة الأُولى بالأشهر كما سبق[١] نظيره.

ولو فرض انتفاء الحمل عنهما ـ بأن ولدته لأكثر من مدّة الحمل من وطء الأول، ولأقلّ من ستّة أشهر من وطء الثاني ـ لم يعتبر زمن الحمل من العدّتين، وأكملت الأُولى بعد الوضع بالأقراء أو الأشهر على حسبها[٢]، واعتدّت بعدها للأخير كذلك.

ولو احتمل أن يكون منهما ـ كما لو ولدته فيما بين أقلّ الحمل وأقصاه بالنسبة إليهما ـ انقضت إحدى العدّتين بوضعه على كلّ حال، واعتدّت بعد ذلك للآخر. ثم إن أُلحق بالأول استأنفت عدّة كاملة للثاني بعد الوضع، وإن أُلحق بالثاني أكملت عدّة الأول كما لو كان الحمل للثاني ابتداءً. ولكن إذا احتمل كونه منهما بمن يلحق منهما قولان:

أحدهما: أنه يقرع بينهما فيه، لأنها فراش لكلّ منهما في وقت إمكان حمله، فأشكل أمره، والقرعة لكلّ أمر مشكل. ولا فرق في ذلك بين أن يتداعياه وعدمه. وهذا القول للشيخ[٣] رحمه الله .

والثاني ـ وهو الذي اختاره الأكثر ـ : أنه للثاني، لأنها فراش له بالفعل، والأول فراشه قد انقضى، وصاحب الفراش الثابت بالفعل حال الحمل أولى، لقوله

---

(١) في ص : ٢٤٦.

(٢) في «م» وإحدى الحجريّتين: حسبها.

(٣) المبسوط ٥ : ٢٤٦ ـ ٢٤٧.

صلّى الله عليه وآله وسلم: «الولد للفراش»[١]. وهذا أقوى.

ثم تنبّه لأُمور:

الأول: قول المصنّف: «لو تزوّجت في العدّة.... الخ» يشمل عدّة الطلاق والوفاة وغيرهما، حتى عدّة الوطء للشبهة فتجتمع عدّتان لها. والحكم في الجميع صحيح، لكن مع الحمل لا يتمّ قوله: «إنها تعتدّ بوضعه للأول» في عدّة الوفاة، لما عرفت من أن المعتبر فيها أبعد الأجلين، فيحتاج مع ذلك إلى تأويل كون الوضع سبباً ناقصاً في الانقضاء، أو على تقدير كونه أبعد الأجلين، أو يحتاج معه إلى اعتبار تمام الأمرين بضرب من النظر.

الثاني: يفهم من قوله: «ولم تنقطع عدّة الأول.....الخ» أن زمن زوجيّة الثاني ظاهراً ووطئه محسوب من عدّة الأول وإن كانت فراشاً للثاني. ولا يخلو من إشكال، لأن الفراش ينافي الاعتداد المعتبر لبراءة الرحم، خصوصاً زمن الوطء بالفعل. ولو قيل بأن مدّة كونها فراشاً للثاني ـ وهو من حين العقد إلى حين العلم بالحال ـ لايعتبر من عدّة الأول كان وجهاً. ولو فرض كون وطء الشبهة بغير عقد فالمستثنى من العدّة على هذا الوجه زمن الوطء فيبنى على العدّة السابقة كما عرفت من ذلك الأمر. ويظهر كونها فراشاً للثاني مع جهله ـ وإن كان العقد فاسداً ـ من تعليل إلحاق الولد به، بل من ترجيحه على الأول بكونه فراشاً بالفعل. نعم، لو قيل بأنها لاتصير فراشاً إلّا بالوطء خاصّة وإن وقع عقد ـ لفساده شرعاً ـ اتّجه

---

(١) الكافي ٥: ٤٩١ ح ٢ و٣، الخصال ١: ٢١٣ ح ٣٥، الفقيه ٣: ٢٨٥ ح ١٣٥٨، الاستبصار ٣: ٣٦٧ ح ١٣١٥، الوسائل ١٤: ٥٦٨ ب (٥٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣، وانظر سنن أبي داود ٢: ٢٨٢ ح ٢٢٧٣، سنن سعيد بن منصور ١: ١٢٥ ح ٤٢٧.

. . . . . .

أيضاً. أما نفي فراشيّتها مطلقاً كما ذكره في التحرير[١] معلّلاً به عدم قطع العدّة مطلقاً فغير واضح.

الثالث: حيث تكون عدّة الأول رجعيّة فله الرجعة في عدّته، سواء اتّصلت أم انقطعت. فلو تخلّلها الحمل من الثاني فله الرجعة في زمان إكمالها [العدّة][٢] بعد الحمل لا زمان الحمل، لأنها حينئذٍ ليست في عدّة رجعيّة. وعلى تقدير اتّصالها وتأخّر عدّة وطء الشبهة يجوز له الرجوع ولا يمنع[٣] من عدّة الشبهة، بل تعجّلها، لأنها تشرع فيها من حين رجوعه، لانقطاع العدّة الأُولى التي كانت هي المانعة من اعتدادها للثاني. وقد تقدّم[٤] تحقيق ذلك فليراجع ثمّ.

الرابع: قد تكون إحدى العدّتين بالأقراء والأُخرى بالأشهر، كما لو طلّقها الأول ومضى عليها[٥] قرءان ـ مثلاً ـ ثم وطئت بالشبهة ولم تحمل، فإنها تكمل الأولى بالأقراء، فلو فرض انقطاع دمها في زمن الثانية ثلاثة أشهر اعتبرت بالأشهر.

ولو فرض بلوغها سنّ اليأس بعد الحكم عليها بالاعتداد من الثاني وقبل الفراغ من عدّة الأول ـ بأن بقي لها منها قرء ـ أكملت عدّة الأول بشهر، واعتدّت للثاني بثلاثة أشهر وإن كانت يائسة في جميع وقتها، لسبق وجوبها قبل اليأس كما سبق وجوب إكمال الأولى قبله. ولا يأتي عندنا اعتداد اليائسة بجميع العدّة في

---

(١) تحرير الأحكام ٢ : ٧٢.

(٢) من إحدى الحجريّتين.

(٣) في «ح» : تمتنع، وفي «و» : تمنع.

(٤) في ص : ٢٦٣ ـ ٢٦٥.

(٥) في «و» : عليه.

زمن اليأس إلّا هنا. ولو اعتبرنا زمن استفراش الثاني لها قاطعاً لعدّة الأول فاستدام فراشه إلى أن بلغت سنّ اليأس ثم فرّق بينهما أكملت عدّة الأول بالأشهر أيضاً ثم اعتدّت للثاني بها.

الخامس: لو كان الطلاق رجعيّاً فمات أحدهما في زمن العدّة ورثه الآخر وإن كان في المدّة المتأخّرة منها. فلو كان الميّت هو المطلّق وجبت عليها عدّة الوفاة. وفي تقديمها على عدّة الشبهة لو كانت متأخّرة عن عدّة الطلاق وجهان، من قوّة عدّة الوفاة بكونها للزوج فهي مستندة إلى عقد لازم، بخلاف عدّة الشبهة، ومن سبق سببيّة عدّة الشبهة على عدّة الوفاة.

ولو مات في عدّة الواطىء ولمّا تكمل عدّة المطلّق ففي ثبوت التوارث بينهما نظر، من أنها حينئذٍ بمنزلة الأجنبيّة، ومن عدم تخلّصها من عدّته حتى قيل بجواز رجعتها في زمن الحمل لو كان عدّة للثاني حيث يكون الطلاق رجعيّاً، لبقاء العدّة الرجعيّة وإن انقطعت بالحمل، ولكن لا يجوز له الوطء إلى أن تضع.

وبالجملة: فصيرورتها أجنبيّة من المطلّق مطلقاً ممنوع. والقول بثبوت التوارث وعدّة الوفاة لا يخلو من قوّة، فتعتدّ للوفاة بعد وضع الولد الملحق بالواطىء، وتنقطع العدّة الرجعيّة كما لو مات في أثنائها.

السادس: قد عرفت أن الرجعيّة تستحقّ النفقة في العدّة، وأن البائنة لاتستحقّها إلّا إذا كانت حاملاً، وأن تلك النفقة هل هي للحامل أو للحمل؟ وأن المعتدّة عن وطء الشبهة لا نفقة لها على الواطىء إلّا إذا كانت حاملاً وقلنا إن النفقة للحمل، وكذا المتوفّى عنها زوجها، على الخلاف فيهما.

إذا تقرّرت هذه الجمل فنفقتها في زمن الحمل على المطلّق مطلقاً وفي غير

الخامسة: تعتدّ زوجة الحاضر من حين الطلاق أو الوفاة. وتعتدّ من الغائب في الطلاق من وقت الوقوع، وفي الوفاة من حين البلوغ، ولو أخبر غير العدل، لكن لا تنكح إلّا مع الثبوت، وفائدته الاجتزاء بتلك العدّة. ولو علمت الطلاق ولم تعلم الوقت اعتدّت عند البلوغ.

زمانه من عدّته الرجعيّة، سواء اتّصلت أم تفرّقت. وأما عدّة الشبهة، فإن كانت بغير حمل فلا نفقة لها فيها على الزوج ولا على الواطىء، لأنها على تقدير عدم الحمل تكون متأخّرة عن عدّة الزوج، فتكون بائنة من الزوج فلا نفقة عليه، وهي منفيّة عن الواطىء لما تقدّم[1].

وأما مع الحمل من الواطىء الموجب لقطع عدّة الزوج وتأخّر باقيها إلى بعد الوضع ففي وجوبها على الزوج، لأنها لم تخرج عن عدّته الرجعيّة، لأنّا نفرضها كذلك، أو وجوبها عليه حيث يجوز له الرجعة في زمان الحمل وإن لم نجوّز الوطء، لأنها حينئذٍ في حكم الرجعيّة، أو على الواطىء بناءً على وجوبها للحمل، أو عليهما بمعنى أنه يجب على كلّ واحد نفقة تامّة، لوجود السبب في كلّ منهما، أو انتفائها عنهما معاً، لأنها ليست حينئذٍ في عدّة رجعيّة، وواطىء الشبهة لا زوجيّة له توجب النفقة، ولا نقول إنها للحمل، أو نقول إنها له بشرط كون الحامل زوجة، خمسة أوجه أجودها الأخير.

قوله: «تعتدّ زوجة الحاضر ..... الخ».

ما ذكره من الفرق بين المطلّق والمتوفّى بالنسبة إلى وقت اعتداد الزوجة هو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه الشيخان[2] وأكثر المتقدّمين وجميع

---

(١) في الصفحة السابقة، وانظر أيضاً ص: ٣٢٢.

(٢) المقنعة: ٥٣٥، الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٣٠٥ مسألة (١١).

. . . . . .

المتأخّرين.

ومستنده الأخبار المستفيضة الصحيحة الدالّة على ذلك، كصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: «إذا طلّق الرجل المرأة وهو غائب فلا تعلم إلّا بعد ذلك بسنة أو أكثر أو أقلّ، فإذا علمت تزوّجت ولم تعتدّ، والمتوفّى عنها زوجها وهو غائب تعتدّ يوم يبلغها وهو كان قد مات قبل ذلك بسنة أو سنتين»[1]. وصحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام قال: «إن مات عنها ـ يعني: وهو غائب ـ فقامت البيّنة على موته فعدّتها من يوم يأتيها الخبر أربعة أشهر وعشراً، لأن عليها أن تحدّ عليه في الموت»[2] الحديث. وصحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «إذا طلّق الرجل وهو غائب فليشهد على ذلك، فإذا مضى ثلاثة أقراء من ذلك اليوم فقد انقضت عدّتها»[3]. وفي معناها حسنة البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام قال: «المتوفّى عنها زوجها تعتدّ حين يبلغها، لأنها تريد أن تحدّ له»[4] وغيرها من الأخبار. وفيه إشارة إلى الفرق بينهما بأن المتوفّى عنها زوجها عليها الحداد وهو لا يحصل قبل بلوغ الخبر، بخلاف المطلّقة، فإن المقصود منها

---

(١) التهذيب ٨: ١٦٤ ح ٥٦٩، الاستبصار ٣: ٣٥٥ ح ١٢٧٢، الوسائل ١٥: ٤٤٥ ب «٢٧» من أبواب العدد ح ١، وذيله في ب «٢٨» ح ٨.

(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) 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، وفي المصادر: قال لي أبو جعفر عليه السلام.

(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.

. . . . . .

براءة الرحم وهو يحصل بمضيّ المدّة علمت بالحال أم لم تعلم.

ويشكل الحكم على هذا التعليل في الأمة حيث لا نوجب عليها الحداد، فإن مقتضاه مساواتها للمطلّقة، لعدم المقتضي لجعل عدّتها من حين بلوغ الخبر. ويمكن القول بمساواتها للحرّة هنا نظراً إلى إطلاق كثير من الأخبار[١] اعتداد المتوفّى عنها زوجها من حين بلوغ الخبر الشامل لها. والتعليل في الأحكام الشرعيّة ضبطاً للقواعد الكلّية لا يعتبر فيه وجوده في جميع أفرادها الجزئيّة كحكمة العدّة وغيرها من الأحكام. وقد نبّهنا على هذا البحث غير مرّة. ويمكن أن يكون من حكمة جعل العدّة من حين بلوغ الخبر ـ وراء الإحداد ـ إظهار التفجّع لموت الزوج والحزن، وهو يتحقّق في الحرّة والأمة. وأيضاً فإنّا وإن لم نوجب إحداد الأمة لكن نقول باستحبابه، وذلك كافٍ في الأمر بالعدّة عند بلوغ الخبر.

ووراء هذا القول المشهور للأصحاب أقوال أُخر:

منها: قول ابن الجنيد[٢] بالتسوية بينهما في الاعتداد من حين الموت والطلاق إن علمت الوقت، وإلّا حين يبلغها فيهما. وحجّته: عموم قوله تعالى: ﴿والمطلّقات يتربّصن بأنفسهنّ ثلاثة قروء﴾[٣] وقوله تعالى: ﴿فعدّتهنّ ثلاثة أشهر﴾[٤] وقوله تعالى: ﴿والّذين يتوفّون منكم ويذرون أزواجاً يتربّصن بأنفسهنّ أربعة أشهر وعشراً﴾[٥] الدالّ بظاهره على التسوية بينهما في التربّص وكونه من حين الطلاق والوفاة، لتعليق الحكم على وصفهنّ بالتطليق والوفاة عنهنّ

---

(١) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٤٦ ب (٢٨) من أبواب العدد ح ٢، ٣، ٤، ٦ وغيرها.

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٦١٤.

(٣ و ٥) البقرة: ٢٢٨ و ٢٣٤.

(٤) الطلاق: ٤.

الحاصل من حينهما. وخصوص صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: «قلت له: امرأة بلغها نعي زوجها بعد سنة أو نحو ذلك، قال: فقال: إن كانت حبلى فأجلها أن تضع حملها، فإن كانت ليست بحبلى فقد مضت عدّتها إذا قامت لها البيّنة أنه مات في يوم كذا وكذا، وإن لم يكن لها بيّنة فلتعتدّ من يوم سمعت»[١]. ورواية الحسن بن زياد قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المطلّقة يطلّقها زوجها فلا تعلم إلّا بعد سنة، والمتوفّى عنها زوجها فلا تعلم بموته إلّا بعد سنة، قال: إن جاء شاهدان عدلان فلا تعتدّان وإلّا تعتدّان»[٢].

ويمكن على هذا [القول][٣] أن يجمع بين الأخبار بحمل السابقة على الاستحباب حذراً من اطّراح هذين وفيهما الصحيح. ويؤيّده ورود خبر آخر بالفرق بين المدّة القليلة والكثيرة على تقدير الوفاة، فتعتدّ من حين الوفاة في الأول دون الثاني، وهو صحيحة منصور بن حازم قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في المرأة يموت زوجها أو يطلّقها وهو غائب، قال: إن كان مسيرة أيّام فمن يوم يموت زوجها تعتدّ، وإن كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر، لأنها لابدّ من أن تحدّ له»[٤]. وبمضمونه أفتى الشيخ في التهذيب[٥]. وهو القول الثالث في المسألة.

---

(١) التهذيب ٨: ١٦٤ ح ٥٧١، الاستبصار ٣: ٣٥٥ ح ١٢٧٤، الوسائل ١٥: ٤٤٨ ب (٢٨) من أبواب العدد ح ١٠.

(٢) التهذيب ٨: ١٦٤ ح ٥٧٠، الاستبصار ٣: ٣٥٥ ح ١٢٧٣، الوسائل الباب المتقدّم ح ٩.

(٣) من «ش» فقط.

(٤) التهذيب ٨: ١٦٥ ح ٥٧٢، الاستبصار ٣: ٣٥٦ ح ١٢٧٥، الوسائل الباب المتقدّم ح ١٢.

(٥) التهذيب ٨: ١٦٥.

. . . . . .

واختلاف هذه الأخبار المعتبرة الأسناد يؤذن بجواز العمل بكلّ منها ـ وذلك فيما يقتضي التحديد ـ على وجه الاستحباب والاحتياط. وهذا أجود من جواب الشيخ عن الخبرين الأخيرين بشذوذهما ومخالفتهما لتلك الأخبار الكثيرة فيطرحان، أو على أن الراوي وهم فسمع حكم المطلّقة فظنّ أنه حكم المتوفّى عنها زوجها. نعم، لو تحقّق التعارض ولم يمكن الجمع أمكن ترجيح الأخبار السابقة بكثرتها وكون بعضها معلّلاً والمعلّل مقدّم على غيره عند التعارض كما حقّق في محلّه.

وبقي في المسألة قول رابع لأبي الصلاح[1]، وهو أنها تعتدّ حين بلوغ الخبر مطلقاً، محتجّاً بأن العدّة من عبادات النساء، وافتقار العبادة إلى نيّة تتعلّق بابتدائها. وفي هذا القول ـ مع شذوذه ـ اطّراح الأخبار من جميع الجهات. ونمنع كون مثل هذا من العبادات المتوقّفة على النيّة، بل من العبادات مطلقاً.

بقي في المسألة أُمور:

الأول: لافرق في جواز الاعتداد بعدّة الوفاة مع بلوغها خبر موته بين كون المخبر ممّا[2] يفيد قوله ظنّ الموت وعدمه، ولا بين الصغير والكبير، والذكر والأُنثى، لصدق كونه مخبراً ومبلغاً للخبر ونحو ذلك ممّا ذكر في الأخبار. فإذا اعتدّت على هذا الوجه توقّف جواز تزويجها على ثبوت موته بالبيّنة أو الشياع وإن تأخّر عن العدّة زماناً طويلاً. وأما الطلاق فالمعتبر في خبره ما يثبت به في أيّ وقت اتّفق. ثم إن مضت مدّة بقدر العدّة من حين ثبوت الطلاق جاز لها النكاح

---

(١) الكافي في الفقه: ٣١٣.

(٢) كذا في النسخ الخطّية، ولعلّ الأولى: ممّن.

وإلّا انتظرت تمامها.

الثاني: لو بادرت فنكحت بالخبر قبل ثبوته وقع العقد باطلاً ظاهراً. ثم إن تبيّن بعد ذلك موته قبل العقد وتمام العدّة قبله ظهر صحّته في نفس الأمر، ولم يفتقر إلى تجديده. ولا فرق مع ظهور وقوعه بعد العدّة بين كونه عالماً بتحريم الفعل قبله وعدمه، وإن أثم في الأول. ولو فرض دخول الزوج الثاني قبل العلم بالحال والحكم بالتحريم ظاهراً ثم انكشف وقوعه بعد الموت والطلاق وتمام العدّة لم تحرم عليه بذلك وإن كان قد سبق الحكم به ظاهراً، لتبيّن فساد السبب المقتضي للتحريم.

الثالث: إنما تعتدّ عند بلوغ خبر الطلاق ـ حيث تجهل وقته ـ على تقدير الجهل به بكلّ وجه بحيث يحتمل وقوعه قبل الخبر بغير فصل، أما لو فرض العلم بتقدّمه مدّة ـ كما لو كان الزوج في بلاد بعيدة يتوقّف بلوغ الخبر على قطع المسافة بينها وبينه ـ حكم بتقدّمه في أقلّ زمان يمكن فيه مجيء الخبر، ويختلف ذلك بقرب البلاد وبعدها وسرعة حركة المخبر وبطئها. وبالجملة فكلّ وقت يعلم تقدّم الطلاق عليه يحتسب من العدّة. وإنما أطلق المصنّف مع الجهل بالوقت الاعتداد من وقت الطلاق لإطلاق الحكم به في حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يطلّق امرأته وهو غائب عنها من أيّ يوم تعتدّ؟ فقال: إن قامت لها بيّنة عدل أنها طلّقت في يوم معلوم فلتعتدّ من يوم طلّقت، وإن لم تحفظ في أيّ يوم وأيّ شهر فلتعتدّ من يوم يبلغها»[1]. ولا تنافي

(١) الكافي ٦: ١١٠ ح ١، التهذيب ٨: ١٦٢ ح ٥٦٢، الاستبصار ٣: ٣٥٤ ح ١٢٦٥، الوسائل ١٥: ٤٤٤ ب (٢٦) من أبواب العدد ح ٢.

السادسة: إذا طلّقها بعد الدخول، ثم راجع في العدّة، ثم طلّق قبل المسيس، لزمها استئناف عدّة، لبطلان الأُولى بالرجعة.

ولو خالعها بعد الرجعة قال الشيخ[1] هنا: الأقوى أنه لا عدّة. وهو بعيد، لأنه خلع عن عقد تعقّبه الدخول.

أما لو خالعها بعد الدخول وتزوّجها في العدّة وطلّقها قبل الدخول لم تلزمها العدّة، لأن العدّة الأُولى بطلت بالفراش، والعقد الثاني لم يحصل معه دخول. وقيل: تلزمها العدّة، لأنها لم تكمل العدّة الأولى. والأول أشبه.

هذه الرواية ما ذكرناه من التقييد، لأن من كان زوجها بعيداً عنها بمسافة تعلم تقدّم الطلاق عن بعض الأيّام والشهور وإن جهلت يوم وقوعه أو شهره في الجملة، والرواية مقيَّدة بعدم العلم بذلك أصلاً.

قوله: «إذا طلّقها بعد الدخول .... الخ».

إذا طلّقها طلاقاً رجعيّاً ثم راجعها انقضت العدّة بالرجعة وعادت إلى النكاح الأول المجامع للدخول، وصارت كأنّها لم تطلّق بالنسبة إلى كونها الآن منكوحة ومدخولاً بها، وإن بقي للطلاق السابق أثر مّا من حيث عدّه في الطلقات الثلاث المحرِّمة. فإذا طلّقها بعد هذه الرجعة قبل المسيس لزمها استئناف العدّة، لأنها بالرجعة عادت إلى النكاح الذي مسّها فيه، فالطلاق الثاني طلاق عن نكاح وجد فيه المسيس، سواء كان الطلاق الثاني بائناً أم رجعيّاً، لاشتراكهما في المقتضي للعدّة وهو كونه طلاقاً عن نكاح وجد فيه الوطء. وفي معنى الطلاق البائن الخلع، سواء جعلناه طلاقاً أم لا، لمشاركته للطلاق في اعتبار العدّة إذا وقع بمدخول بها.

---

(١) انظر الهامش (١) في الصفحة التالية.

وفي هذا الأخير قول للشيخ في المبسوط[١] بعدم العدّة للخلع بناءً على أن الطلاق بطل إيجابه العدّة بالرجعة، ولم يمسّها في النكاح المستجدّ والحلّ المستحدث، فأشبه ما إذا أبانها ثم جدّد نكاحها وطلاقها.

وهو يضعف بأن الرجعة إنما أبطلت العدّة المسبَّبة عن الطلاق بسبب عود الفراش السابق، وهو مقتضٍ لصيرورتها مدخولاً بها، وخلع المدخول بها يوجب العدّة، ولم يتجدّد نكاح آخر لم يمسّها فيه، وإنما عاد النكاح الممسوس فيه، بخلاف ما إذا أبانها ثم جدّد نكاحها، لارتفاع حكم النكاح الأول بالبينونة، والنكاح بعده غير الأول، فإذا طلّقها بعده فقد وقع بغير مدخول بها في ذلك النكاح.

هذا كلّه إذا كان الطلاق الأول رجعيّاً. أما إذا كان بائناً ـ كما إذا خالعها بعد الدخول ثم تزوّجها في العدّة ثم طلّقها قبل الدخول ـ لم تلزمها هنا العدّة، لأن العقد الثاني لم يعد الفراش الأول وإنما أحدث فراشاً آخر، والعدّة الأُولى بطلت بالفراش المتجدّد ولم يحصل فيه دخول، فإذا طلّقها حينئذٍ فقد صدق أنها مطلّقة عن نكاح غير مدخول بها فيه، فتدخل تحت عموم قوله تعالى: ﴿**ثم طلّقتموهنّ من قبل أن تمسّوهنّ فما لكم عليهنّ من عدّة تعتدّونها**﴾[٢].

والقول بلزوم العدّة للقاضي في المهذّب[٣] محتجّاً بما أشار إليه المصنّف

---

(١) المبسوط ٥ : ٢٥٠. ولكن فرضه فيما إذا خالعها ثم تزوّجها ثم طلّقها ـ وهو الفرض الأخير في المتن، وسيأتي في كلام الشارح بعد أسطر والفرض الثاني في المتن بالعكس من ذلك، ولم نجده في غيره.

(٢) الأحزاب : ٤٩.

(٣) المهذّب ٢ : ٣٢٢.

السابعة: وطء الشبهة يسقط معه الحدّ، وتجب العدّة. ولو كانت المرأة عالمة بالتحريم وجهل الواطىء لحق به النسب، ووجبت له العدّة، وتحدّ المرأة، ولا مهر.

ولو كانت الموطوءة أمة لحق [به] الولد، وعلى الواطىء قيمته لمولاه حين سقط ومهر الأمة. وقيل: العشر إن كانت بكراً، ونصف العشر إن كانت ثيّباً. وهو المرويّ.

من أنها لم تكمل العدّة الأُولى وقد انقطعت بالفراش الثاني فيجب العود إليها بعد الطلاق.

وضعفه واضح ممّا بيّنّاه، وإنما يجب تجديد [العدّة لو وطىء بعد تجديد][1] العقد عليها ثانياً، لأن هذا نكاح جديد لا يرتبط بحكم السابق.

قوله: «وطء الشبهة .....الخ».

الشبهة في الوطء إن وقعت من الطرفين فالولد لهما، وعليها العدّة، ولها مهر المثل إن كانت حرّة. وإن اختصّت بأحدهما لحق به النسب ووجبت العدّة عليها، سواء كانت هي المختصّة بالشبهة أم هو، مراعاة لحقّ الوطء الصحيح من طرف المشتبه عليه، ويختصّ الحدّ بالعالم منهما. ثم إن كانت هي العالمة فلا مهر لها وإلّا ثبت.

ولو كانت الموطوءة أمة وكانا جاهلين لحق به الولد، وعليه قيمته لمولاها حين سقط حيّاً، لأنه عوض منفعتها الفائتة بالحمل وعقر الأمة. وإن كانت عالمة دونه فكذلك، إلّا أن في ثبوت المهر لمولاها هنا خلافاً من حيث إنها بغيّ، وكونه

---

(١) سقط من «ش ، م».

الثامنة: إذا طلّقها بائناً ثم وطئها لشبهة قيل: تتداخل العدّتان، لأنهما لواحد. وهو حسن، حاملاً كانت أو حائلاً.

لمولاها ﴿ولا تزر وازرة وزر أُخرى﴾[١]. وقد تقدّم[٢] البحث فيه مراراً. وإن كان هو العالم دونها فعليه الحدّ، والولد رقّ لمولاها، وعليه العقر[٣]. وحيث يثبت لها المهر فهل هو مهر المثل، لأنّه عوض البضع شرعاً حيث لا مقدّر، أم هو عشر قيمتها إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيّباً؟ قولان المرويّ[٤] منهما صحيحاً هو الثاني. وقد تقدّم البحث في هذا كلّه في نكاح[٥] الإماء.

قوله: «إذا طلّقها بائناً ..... الخ».

إذا اجتمعت على المرأة عدّتان، فإما أن تكونا لشخص واحد أو لشخصين. والثاني تقدّم[٦] البحث في بعض أقسامه، وسيأتي[٧] بعض آخر. والأول إن كانتا من جنس واحد ـ بأن طلّق زوجته وشرعت في العدّة بالأقراء أو بالأشهر ثم وطئها في العدّة جاهلاً ـ تداخلت العدّتان على أصحّ القولين، لأنهما لواحد. وقال الشيخ[٨] وابن إدريس[٩]: لاتتداخل العدّتان عليها مطلقاً بل تأتي بكلّ منهما على

---

(١) الأنعام: ١٦٤.

(٢ و ٥) في ج ٨: ١٣ ـ ١٥.

(٣) في «م»: المهر.

(٤) الكافي ٥: ٤٠٤ ح ١، التهذيب ٧: ٤٢٢ ح ١٦٩٠ و ٣٤٩ ح ١٤٢٦، الاستبصار ٣: ٢١٦ ح ٧٨٧، الوسائل ١٤: ٥٧٧ ب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

(٦) في ص: ٣٤١ و ٣٤٤.

(٧) في ص: ٣٦٠.

(٨) الخلاف (طبعة كوشانپور) ٢: ٣١١ مسألة (٣١).

(٩) السرائر ٢: ٧٤٨.

. . . . . .

الكمال، لأنهما حقّان مختلفان. وهو حقّ مع تحقّق الاختلاف، وهو منتفٍ مع كونهما لواحد، لحصول الغرض بالواحدة. وقد تقدّم[١] في الأخبار الصحيحة ما يدلّ على تداخلهما مع اختلاف الشخص فمع اتّحاده أولى.

ومعنى التداخل أنه يدخل الأقلّ منهما تحت الأكثر، فلو كانتا بالأقراء أو الأشهر استأنفت العدّة من حين الوطء ودخل باقي العدّة الأولى في الثانية. وعلى تقدير كون الأُولى رجعيّة يجوز له الرجعة في تلك البقيّة لا بعدها. ويجوز تجديد النكاح في تلك البقيّة وبعدها إذا لم يكن عدد الطلاق مستوفىً.

وإن كانت العدّتان من جنسين بأن كانت إحداهما بالحمل والأخرى بالأقراء ـ إما بأن طلّقها وهي حائل ثم وطئها في الأقراء وأحبلها، أو بأن طلّقها وهي حامل ثم وطئها قبل أن تضع ـ فعلى ما اختاره المصنّف من التداخل تدخل العدّة الأُخرى في الحمل، لأنهما من شخص واحد فأشبها المتجانسين، فتنقضي العدّتان جميعاً بالوضع. وله الرجعة في الطلاق الرجعي إلى أن تضع إن كانت عدّة الطلاق بالحمل وطرأ الوطء. وإن كانت عدّة الطلاق بالأقراء وحدث الحمل من الوطء ففي الاكتفاء بالوضع عنهما نظر، من أنها في عدّة الطلاق وإن وجبت عدّة أُخرى، والوضع يوجب براءة الرحم من ماء الواطىء والزوج مطلقاً، ومن أن مقتضى القواعد الماضية حيث ابتدأت عدّة الطلاق بالأقراء أن لا تكمل بغيرها[٢]، فتكون حينئذٍ العدّة بالأقراء هي الأكثر، فتدخل عدّة الحمل فيها لا بالعكس. هذا إذا قلنا إن الحامل لا تحيض أو اتّفق لها ذلك، فيتوقّف الانقضاء على إكمال الأقراء

---

(١) في ص: ٣٤٢ ـ ٣٤٣.

(٢) في «ش، ط»: لغيرها.

التاسعة: إذا نكحت في العدّة الرجعيّة وحملت من الثاني اعتدّت بالوضع من الثاني وأكملت عدّة الأول بعد الوضع، وكان للأول الرجوع في تلك العدّة دون زمان الحمل.

بعد الوضع كما لو لم يحكم بالتداخل. ومثله ما لو كان وطء الشبهة عارضاً على عدّة الحمل وقد بقي للوضع أقلّ من ثلاثة أشهر، لأن الأكثر حينئذٍ هو عدّة الشبهة. ولو فرض رؤيتها الدم زمن الحمل أمكن الجمع بين العدّتين والاكتفاء بالوضع عنهما على تقدير مضيّ الأقراء حالة الحمل. وبالجملة لابدّ من مراعاة أكثر العدّتين عند اجتماعهما حيث نحكم بالتداخل.

قوله: «إذا نكحت في العدّة ..... الخ».

هذا من جملة أقسام ما لو اجتمعت عدّتان من شخصين وكانت إحداهما عدّة طلاق والأُخرى عدّة وطء شبهة. وقد تقدّم[1] منه حكم ما لو كان المتقدّم وطء الشبهة، وهذا حكم ما لو كان المتقدّم عدّة الطلاق. والحكم فيهما واحد، وهو عدم تداخل العدّتين على أصحّ القولين.

ثم إن لم يكن هناك حمل أكملت عدّة الطلاق بالأقراء أو الأشهر لتقدّمها وقوّتها ثم اعتدّت للثاني بعد الفراغ منها. وإن حصل هناك حمل فإن كان من الأول فكالأوّل، وإن كان من الثاني قدّمت عدّته لأنها لا تقبل التأخّر[2] وأكملت عدّة الأول بعد الوضع، فإن كانت بالأقراء اعتدّت النفاس حيضاً وأكملتها بعدها إن بقي منها شيء. ولا فرق في ذلك بين العدّة الرجعيّة والبائنة، إلّا أن الرجعيّة يجوز للزوج الرجوع فيها، سواء تقدّمت أم تأخّرت، لأن ذلك من مقتضاها شرعاً.

---

(١) في ص: ٢٦٢.

(٢) في «و»: التأخير.

ثم إن كانت متقدّمة على عدّة الشبهة فرجع فيها ابتدأت عدّة الشبهة بعد الرجوع، ولا يجوز له الوطء إلى أن تنقضي العدّة الثانية. وقد تقدّم[١] ذلك. وإن كان المتقدّم هو عدّة الشبهة ـ كما لو ظهر منه حمل ـ فللزوج الرجوع في بقيّة عدّته بعد الوضع دون زمان الحمل، لأنها حينئذٍ غير معتدّة منه. وربما قيل بجواز الرجوع في زمن الحمل أيضاً، لأنها لم تخرج بعدُ عن عدّته الرجعيّة، لكن لايجوز الوطء إلى أن تخرج عدّة الشبهة. والأصحّ الأول.

ولو كانت عدّة الطلاق بائنة فالكلام في جواز تزويجها في العدّة كالقول في جواز الرجوع. وقد تقدّم[٢]. وسيأتي البحث في هذه المسائل في مواضع متفرّقة.

١ و ٢) في ص: ٢٦٤.

كتاب الخلع والمباراة

كتاب الخلع والمباراة

كتاب الخلع والمباراة

الخلع بضمّ الخاء مأخوذ من الخلع بفتحها وهو النزع، لأن كلّاً من الزوجين لباس الآخر قال تعالى: ﴿هنّ لباس لكم وأنتم لباس لهنّ﴾[1] وكأنّه بمفارقة الآخر نزع لباسه. والأصل فيه قبل الاجماع آية: ﴿فإن طبن لكم عن شيءٍ منه نفساً﴾[2] وقوله تعالى: ﴿فإن خفتم ألّا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[3]. ومن السنّة ما روي عن ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ قال: «جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم فقالت: يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلّا أنّي أخاف الكفر، فقال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم: تردّين عليه حديقته؟ قالت: نعم، فردّت عليه الحديقة وطلّقها تطليقة»[4]. وفي رواية: «فتخالعا[5] عليها». ونقل أنه أول خلع جرى في الاسلام[6].

والمبارأة بالهمز، وقد تقلب ألفاً، وأصلها المفارقة، قال الجوهري: «تقول: بارأت شريكي إذا فارقته، وبارأ الرجل امرأته»[7].

---

(١) البقرة: ١٨٧.

(٢) النساء: ٤.

(٣) البقرة: ٢٢٩.

(٤) صحيح البخاري ٧: ٦٠، سنن النسائي ٦: ١٦٩، سنن البيهقي ٧: ٣١٢ ـ ٣١٣، مصابيح السنّة للبغوي ٢: ٤٥٣ ح ٢٤٤٣.

(٥) كذا في النسخ الخطّية، وفي الحجريّتين: فخالعها، ولم نجدها باللفظ الأول، راجع تلخيص الحبير ٣: ٢٠٤.

(٦) مجمع البيان ١: ٣٢٩ ذيل آية ٢٢٨ من سورة البقرة، وراجع مسند أحمد ٤: ٣، تلخيص الحبير ٣: ٢٠٤.

(٧) الصحاح ١: ٣٦.

والنظر في الصيغة والفدية والشرائط والأحكام.

أمّا الصيغة فأن يقول: خلعتك على كذا، أو فلانة مختلعة على كذا. وهل يقع بمجرّده؟ المرويّ: نعم. وقال الشيخ: لا يقع حتى يتبع بالطلاق.

والمراد [منهما][1] هنا إبانتها بعوض مقصود لازم لجهة الزوج. ويفترقان باختصاص الخلع بكراهتها له خاصّة، والمباراة باشتراكهما في الكراهة وفي أمور أخر تأتي.

واعلم أن الفرقة الحاصلة على العوض تارة تكون بلفظ الخلع أو المباراة فيلحقها حكمها، وتارة تكون بلفظ الطلاق فتكون طلاقاً بعوض ليس بخلع، لكن جرت العادة بالبحث عنه في كتاب الخلع، لمناسبته له في كونه إبانة بعوض لكنّه يخالفه في بعض الأحكام، فإنه طلاق محض تلحقه أحكام الطلاق بأسرها ويزيد عليه العوض، وله أحكام تخصّه زيادة على أصل الطلاق سيأتي[2] إن شاء الله تعالى بيانها.

ثم الخلع يجري بين اثنين، وفيه عوض ومعوّض، وله صيغة خاصّة يعقد بها. وهو معاوضة، لاشتماله على افتدائها البضع بالمال، فيلحقه أحكامها من اشتراط وقوعها بين اثنين ولو بالقوّة وصيغةٍ صريحة فيه وأحكام تترتّب عليه، وقد عقدها المصنّف في أربعة مباحث.

قوله: «أما الصيغة .... الخ».

لمّا كان الخلع من العقود أو الإيقاعات المفيدة لإبانة الزوجة على وجه مخصوص فلا بدّ له من صيغة تدلّ عليه مفيدة للإنشاء كنظائره من العقود أو

---

(١) من «د» والحجريّتين.

(٢) في ص: ٣٧٤.

. . . . . .

الإيقاعات. واللفظ الصريح فيه قوله: خلعتك أو خالعتك على كذا، أو: أنت أو فلانة مختلعة على كذا. أما الأولان فواقعان بصيغة الماضي التي هي صريحة في الإنشاء على ما تقرّر وتكرّر. وأما الأخيران فلأنهما وإن لم يكونا باللفظ الماضي لكنّهما يفيدان الإنشاء، بل هما أصرح فيه من الماضي المفتقر في دلالته على الإنشاء إلى النقل إليه. ولكن مثل هذا لم يلتزمه الأصحاب في جميع العقود اللازمة، بل أمرهم فيه مضطرب من غير قاعدة يرجع إليها ولا دلالة عليه من النصوص توجبها. وقد تقدّم[1] في النكاح والطلاق ما يخالف هذا وأنه لا يقع بقوله: «أنت مطلّقة» ونحوه، واعتمدوا في التزامه على خبر لا يوجب ذلك الحصر كما بيّنّاه، ولو جوّزوا في جميع الأبواب الألفاظ المفيدة للمطلوب صريحاً من غير حصر كان أولى.

إذا تقرّر ذلك فهل يكفي في وقوعه من جانب الزوج الإتيان بهذه الصيغة ونحوها، أم لا بدّ من إتباعه بلفظ يفيد الطلاق كقوله بعد ذلك: فأنت طالق، أو فهي طالق؟ قولان مشهوران للأصحاب منشؤهما اختلاف الروايات ظاهراً، والذي دلّت عليه الأخبار[2] الصحيحة والنصوص الكثيرة وذهب إليه محقّقوا الأصحاب ـ كالمرتضى[3]، وشيخه المفيد[4]، وشيخه الصدوق[5]، وأكثر المتقدّمين والمتأخّرين ـ هو الأول.

---

(١) في ج ٧: ٨٧، وهنا ص: ٦٣.

(٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٩١ ب (٣) من أبواب الخلع والمباراة ح ٢، ٣، ٤، ٨، ٩، ١٠.

(٣) الناصريّات ضمن الجوامع الفقهيّة: ٢٥٠.

(٤) المقنعة: ٥٢٨ ـ ٥٢٩.

(٥) المقنع: ١١٧.

ويدلّ عليه من الروايات صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تفادي زوجها أو تخلع منه بشهادة 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 وتكون امرأته فعلت. فقلت: إنه قد روي أنها لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق، قال: ليس ذلك إذاً خلع. فقلت: تبين منه؟ فقال: نعم»[١]. وصحيحة الحلبي أن الصادق عليه السلام قال: «خلعها طلاقها»[٢]. وحسنة الحلبي أيضاً عنه عليه السلام إلى أن قال: «وكان الخلع تطليقة»[٣]. وحسنة محمد بن مسلم عنه عليه السلام وفيه: «وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها، وكانت بائناً بذلك»[٤]. وغيرها من الأخبار.

وقال الشيخ ـ رحمه الله ـ: لا يقع بمجرّده، ونقله عن جماعة من المتقدّمين[٥]. واحتجّ على ذلك برواية في طريقها ابن فضّال وإبراهيم بن أبي سمال وموسى بن بكر عن الكاظم عليه السلام قال: «المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في عدّة»[٦].

---

(١) الكافي ٦: ١٤٣ ح ٧، التهذيب ٨: ٩٨ ح ٣٣٢، الاستبصار ٣: ٣١٨ ح ١١٣٢، الوسائل ١٥: ٤٩٢ ب (٣) من أبواب الخلع والمباراة ح ٩.

(٢) الفقيه ٣: ٣٣٨ ح ١٦٣١، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤.

(٣) الكافي ٦: ١٣٩ ح ١، التهذيب ٨: ٩٥ ح ٣٢٢، الاستبصار ٣: ٣١٥ ح ١١٢١، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢.

(٤) الكافي ٦: ١٤٠ ح ٣، التهذيب ٨: ٩٥ ح ٣٢٤، الاستبصار ٣: ٣١٥ ح ١١٢٣، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣.

(٥) الخلاف ٤: ٤٢٢ مسألة (٣)، المبسوط ٤: ٣٤٤.

(٦) التهذيب ٨: ٩٧ ح ٣٢٩، الاستبصار ٣: ٣١٧ ح ١١٢٩.

. . . . . .

ولا يخفى أن الراوي الأول فطحي والآخران واقفيّان ضعيفان، فكيف تعارض الأخبار الصحيحة الكثيرة؟! ومع ذلك فما تدلّ عليه من جواز إتباعها الطلاق ما دامت في العدّة لا يقولون به، لأنهم يعتبرون إتباعه له بغير فصل، فما تدلّ عليه لايقولون به وما يقولون به لا تدلّ عليه. وأيضاً ليس فيها أن إتباعه بالطلاق متعيّن بحيث يقع بدونه لاغياً، وجاز حمل إتباعه به على وجه الأكمليّة. وينبّه على ذلك قوله عليه السلام في عدّة أخبار: «ولو كان الأمر إلينا لم يكن الطلاق إلّا للعدّة»[١] فإن ذلك محمول على الأكمليّة، للإجماع على جواز الطلاق لغير العدّة.

والشيخ[٢] ـ رحمه الله ـ حمل تلك الأخبار على التقيّة، واستشهد عليه بقوله عليه السلام: «ولو كان الأمر إلينا.... الخ». وهذا الحمل إنما يتّجه لو وجد لها معارض يصلح للاعتماد، وهو منتفٍ من ذلك الجانب كما علمت. ومن العجب أن تطرح تلك الأخبار الكثيرة الصريحة الدلالة [على ذلك][٣] لأجل هذا الخبر الضعيف الذي لا يدلّ على المطلوب. وأعجب منه موافقة الشهيد ـ رحمه الله ـ له في اللمعة[٤] مع جلالته واطّلاعه على نقد الأحاديث وسير الأدلّة، مضافاً إلى ذهاب محقّقي الأصحاب إليه.

ثم تنبّه لأُمور:

---

(١) التهذيب ٨: ٩٦ ذيل ح ٣٢٦، الاستبصار ٣: ٣١٦ ذيل ح ١١٢٥، الوسائل ١٥: ٤٩١ ب (٣) من أبواب الخلع والمباراة ح ٢، ٦، ٨.

(٢) التهذيب ٨: ٩٨ ذيل ح ٣٣٠، الاستبصار ٣: ٣١٨ ذيل ح ١١٣٢.

(٣) من الحجريّتين.

(٤) اللمعة الدمشقيّة: ١٢٧.

. . . . . .

الأول: جعل المصنّف صيغة الخلع «خلعتك .... الخ» من غير أن يذكر ما يدلّ على طلبها ذلك أو قبولها يقتضي أن الخلع منحصر في لفظه ولا مدخل للفظها في حقيقته وإن كان مشروطاً، فيكون الخلع حينئذٍ من باب الإيقاعات حيث تتمّ صيغته بواحد.

وصرّح العلّامة[١] وغيره[٢] باعتبار قبولها أو سبق سؤالها ذلك، وأنّه يشترط التطابق بينهما وعدم تخلّل زمان معتدّ به كما يعتبر ذلك بين الإيجاب والقبول.

وهذا هو الأجود. وحينئذٍ فيلحق بباب العقود، إلّا أن ما يعتبر من جانبها لا ينحصر في لفظ بل ما دلّ على طلب الإبانة بعوض معلوم، ولا وقوعه بلفظ الماضي وما في معناه، بل لو وقع بصيغة الأمر كقولها: اخلعني بكذا، أو طلّقني بكذا، أو نحو ذلك، كفى. ولعلّ مثل ذلك هو الموجب لجعل المصنّف الخلع عبارة عن قول الزوج ذلك، لأنه هو اللفظ الذي يعتبر مراعاته بما يعتبر في ألفاظ العقود والإيقاعات اللازمة. ولا يخفى ما فيه. ولعلّ السرّ في الفرق بين الصيغتين منه ومنها أنه من جانبه لازم فلا بدّ له من صيغة خاصّة كنظائره من العقود والإيقاعات اللازمة، ومن جانبها جائز، لأن الواقع من جانبها هو بذل المال، ويجوز لها الرجوع فيه، فيلحقه من طرفها حكم العقود الجائزة من عدم افتقارها إلى لفظ مخصوص. وما يعرض للزومه من جانبه من الجواز بعد رجوعها فهو حكم متأخّر عن وقت إيقاع الصيغة، فلا يعتبر ما كان لازماً حينئذٍ.

الثاني: قد علم ممّا قرّرناه أن حقيقة الخلع هو قول الزوج ذلك، لأنه هو

---

(١) قواعد الأحكام ٢ : ٧٩.

(٢) راجع الوسيلة : ٣٣١، رسالة صيغ العقود والإيقاعات ضمن رسائل المحقّق الكركي ١ : ٢٠١. وربما يظهر أيضاً من المراسم : ١٦٢.

. . . . . .

الموجب لبينونتها، أو هو مع سؤال المرأة أو قبولها كما سيأتي[١] تحقيقه، لأن السبب لا يتمّ إلّا بهما فيكون مركّباً منهما. ويمكن مع ذلك أن يجعل سؤالها شرطاً في صحّته، وما هيّته منحصرة في لفظ الزوج، لأنه هو الخالع للباسها حقيقة. وأما جعل الخلع هو بذل المرأة لزوجها مالاً فدية لنفسها ـ كما عرّفه به في التحرير[٢] ـ ففي غاية الرداءة كما لا يخفى. وعلى تقدير جعله مركّباً من اللفظين يعرّف بأنه إزالة قيد النكاح بعوض مقصود لازم لجهة الزوج مستند إلى كراهة المرأة للزوج دونه، فإن الإبانة المذكورة لا تتحقّق إلّا باللفظين منهما. ويمكن أن يكون وجه جعل المصنّف الخلع هو قول الزوج ذلك ما في الأخبار[٣] السابقة وغيرها أنه طلاق والطلاق منحصر في لفظ الزوج، وإن توقّف على أمر آخر من جهتها يجعل شرطاً فيه لا جزءاً منه. ولعلّ هذا أجود.

الثالث: وقع في عبارة الرواية الصحيحة ما حكيناه من قوله: «ليس ذلك إذاً خلع» بضمّ العين، وهو الموجود في نسخ التهذيب[٤]. والصواب إثبات الألف، لأنه خبر «ليس» فيكون منصوباً. وأما ما تكلّف لها شيخنا الشهيد في شرح الارشاد[٥] من كون اسم «ليس» ضمير الشأن فلا يناسب التركيب ولا يدفع الفساد، إذ لا يصلح الباقي للخبريّة مفرداً ولا جملة. وذكر أنه وجده بخطّ بعض الأفاضل

---

(١) في ص: ٣٧٦.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٥٧.

(٣) في ص: ٣٦٨، ولاحظ أيضاً الوسائل ١٥: ٤٩٢ ب «٣» من أبواب الخلع والمباراة ح ٨، ١٠، ١١.

(٤) التهذيب ٨: ٩٨ ح ٣٣٢.

(٥) غاية المراد: ٢٢١.

ولا يقع بـ : فاديتك، مجرّداً عن لفظ الطلاق، ولا فاسختك، ولاأبنتك، ولابتتّك، ولا بالتقايل .

مضبوطاً «إذاً خَلَعَ» بفتح الخاء واللام والعين بجعله فعلاً ماضياً، واستحسنه. وليس بشيءٍ أيضاً،لأن المسؤول عنه هو الخلع وأنه هل يتبع بطلاق أم لا؟ فيبقى التقدير: ليس ذلك الخلع الذي يتبع بالطلاق إذاً خَلَعَ، وهو تركيب رديء. ونقل عن بعض نسخ التهذيب أن فيها «خلعاً» بالألف على القانون العربي. وهو الصواب. ومثل هذا السهو وقع في التهذيب كثيراً في نسخة الأصل، فلا وجه لمثل هذا الالتزام والتكلّف.

قوله: «ولا يقع بـ : فاديتك .....الخ».

إنما لم يقع بهذه الألفاظ لأنها ليست صريحة فيه، وإنما هي كنايات عنه وهو لا يقع عندنا بالكنايات كالطلاق، تمسّكاً بالزوجيّة إلى أن يرد دليل يثبت به زوالها شرعاً.

وخالف في ذلك العامّة[١] فأوقعوه بجميع ذلك، وجعلوها كنايات تتوقّف على النيّة. وبعضهم[٢] جعل اللفظتين الأوّلتين صريحتين فيه، لورود الأُولى في قوله تعالى: ﴿**فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾[٣]. ولأن الثانية أشدّ دلالة على حقيقته من لفظ الخلع بناءً على أنه فسخ لا طلاق، وعلى تقدير كونه طلاقاً فهو كناية قطعاً.

ويضعّف الأول بأن مجرّد وروده في القرآن أعمّ من كونه صريحاً، ولأنه لم

---

(١) حلية العلماء ٦: ٥٤٢، الحاوي الكبير ١٠: ٣٢ـ ٣٣، الوجيز ٢: ٤١.

(٢) الحاوي الكبير ١٠: ٣٣، المغني لابن قدامة ٨: ١٨٢.

(٣) البقرة: ٢٢٩.

وبتقدير الاجتزاء بلفظ الخلع هل يكون فسخاً أو طلاقاً؟ قال المرتضى: هو طلاق. وهو المرويّ. وقال الشيخ ـ رحمه الله ـ: الأولى أن يقال: فسخ. وهو تخريج. فمن قال هو فسخ لم يعتدّ به في عدد الطلقات.

يتكرّر ولا شاع في لسان حملة الشرع، فلم يلحق بالصريح. ومثله ورود الإمساك[١] في الرجعة والتسريح[٢] في الطلاق وفكّ الرقبة[٣] في العتق، فإنها إطلاقات خفيّة لا تظهر في تلك المعاني إلّا بانضمام القرائن.

قوله: «وبتقدير الاجتزاء .....الخ».

هذا الخلاف متفرّع على الخلاف السابق، فإنّا إن اعتبرنا إتباعه بالطلاق فالمعتبر في رفع النكاح هو الطلاق وإضافة الخلع إليه قليلة الفائدة، لأن تملّك المال يحصل بالطلاق في مقابلة العوض، بل بنيّته مع سؤال المرأة. وإن قلنا بوقوعه مجرّداً فهل يكون فسخاً، أو طلاقاً بمعنى عدّه في الطلقات؟ قال المرتضى[٤] وابن الجنيد[٥] وأكثر المتأخّرين هو طلاق، لما روي أن النبي صلّى الله عليه وآله لمّا خلع عنده ثابت بن قيس امرأته قال: «هي واحدة»[٦]. وللتصريح به في الأخبار السابقة[٧] التي استدللنا بها على عدم اشتراط إتباعه بالطلاق حيث جعله نفسه طلاقاً. وفي رواية أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام: «وكانت ـ يعني المختلعة ـ على تطليقتين باقيتين، وكان الخلع تطليقة»[٨]. ولأن الفسخ لا

(١ و ٢) البقرة: ٢٢٩.

(٣) البلد: ١٣.

(٤) الناصريّات (ضمن الجوامع الفقهيّة): ٢٥٠.

(٥) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٥٩٥.

(٦) المراسيل لأبي داود السجستاني: ٢٠٠ ح ٢٣٦.

(٧) في ص: ٣٦٨.

(٨) الكافي ٦: ١٤١ ح ٥، التهذيب ٨: ٩٦ ح ٣٢٦، الاستبصار ٣: ٣١٦ ح ١١٢٥، الوسائل ١٥: ٤٩١ ب «٣» من أبواب الخلع والمباراة ذيل ح ٢.

ويقع الطلاق مع الفدية بائناً، وإن انفرد عن لفظ الخلع.

يملكه الزوجان بالتراضي، بخلاف الطلاق، إذ ليس هناك قسم آخر. ولأنه فرقة لا يملكها غير الزوج، والفسخ يملكه كلّ منهما.

وقال الشيخ[١] تخريجاً على القول بتجرّده: إنه فسخ، لأنه ليس بلفظ الطلاق، وهو لايقع عندنا بالكنايات. ولأنه لو كان طلاقاً لكان رابعاً في قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[٢] لأن قبله ﴿الطلاق مرّتان﴾ وبعده ﴿فإن طلّقها فلا تحلّ له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾[٣] فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها. ولأنه فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيّته فكان فسخاً كسائر الفسوخ.

والأصحّ الأول، للنصوص[٤] الصحيحة الصريحة فيه مؤيّدة بغيرها. ويتفرّع على ذلك عدّه في الطلقات الثلاثة المحرِّمة، فعلى القول بأنه فسخ لايعدّ فيها، ويجوز تجديد النكاح والخلع من غير حصر ولا احتياج إلى محلِّل في الثالث، وبخلاف ذلك لو قيل إنه طلاق.

قوله: «ويقع الطّلاق مع الفدية.....الخ».

إذا وقع الطلاق مع الفدية ـ سواء كان بلفظ الخلع وقلنا إنه طلاق أو أُتبع به، أم بلفظ الطلاق وجعله بعوض ـ فإنه يقع بائناً لا رجعيّاً، للنصوص[٥] الدالّة عليه. وقد تقدّم[٦] بعضها. ووجهه ـ وراء النصّ ـ أنه حينئذٍ معاوضة محضة من الجانبين

---

(١) الخلاف ٤: ٤٢٢ ـ ٤٢٤ مسألة (٣).

(٢ و ٣) البقرة: ٢٢٩ ـ ٢٣٠.

(٤) الوسائل ١٥: ٤٩٠ ب «٣» من كتاب الخلع والمباراة.

(٥) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٩٠ ب (٣) من أبواب الخلع والمباراة.

(٦) في ص: ٣٦٨.

فروع

الأول: لو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها مجرّداً عن لفظ الطلاق لم يقع على القولين.

ولو طلبت خلعاً بعوض فطلّق به لم يلزم البذل على القول بوقوع الخلع بمجرّده فسخاً، ويلزم على القول بأنه طلاق أو أنه يفتقر إلى الطلاق.

أو شبيهة بها كالبيع والنكاح، ومن ثم اشترط وروده على عوض النكاح أو عوض جديد، واشترط فيه قبولها باللفظ من غير فصل وتطابق اللفظين، فلو قالت: خالعني بخمسين، فخلعها بمائة لم يصحّ، كما لو باعه بمائة فقبل بخمسين. والأصل في عقود المعاوضات اللزوم، لعموم الآية[1] وقوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «المؤمنون عند شروطهم»[2]. ويستثنى من ذلك ما إذا رجعت في البذل، فإنه ينقلب رجعيّاً. وسيأتي[3] البحث فيه.

واعلم أنه مع اشتراك الخلع والطلاق بعوض في هذا الحكم يفترقان بأن الخلع مختصّ بحالة كراهة الزوجة له خاصّة، كما انفردت المباراة بكون الكراهة منهما واشتراط 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 الكراهة أو اختلافهما فيها.

قوله: «لو طلبت منه طلاقاً .....الخ».

إنما لم يقع في الأول لأنّه لم يأت بما طلبت فلا يستحقّ بما بذلت لأجله،

---

(١) المائدة: ١.

(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠» من أبواب المهور ح ٤.

(٣) في ص: ٤٢٣.

الثاني: لو ابتدأ فقال: أنت طالق بألف، أو: عليك ألف، صحّ الطلاق رجعيّاً، ولم يلزمها الألف ولو تبرّعت بعد ذلك بضمانها، لأنه ضمان ما لم يجب. ولو دفعتها إليه كانت هبة مستأنفة، ولا تصير الطلقة بدفعها بائنة.

لأنها إنما طلبت الطلاق وهو أمر تقع به البينونة وترتفع به الزوجيّة إجماعاً، ويقع به نقصان الطلاق فيكون جزءاً من المحرِّم، بخلاف الخلع، لما قد عرفت من الخلاف فيه، فإنّا إن قلنا إنه فسخ فكونه خلاف ما طلبته واضح، وإن جعلناه طلاقاً فهو طلاق مختلف فيه وما طلبته لا خلاف فيه، فظهر أنه خلاف مطلوبها على القولين.

وأما في الثاني ـ وهو ما لو طلبت منه خلعاً فطلّق به ـ فإن جعلنا الخلع فسخاً فطلّق لم يلزم البذل، لأنه لم يأت بما طلبت، ويقع الطلاق رجعيّاً، إذ لا مانع من صحّته كذلك، فإنه غير مشروط بالعوض ولا بالتماسها أو رضاها. وإن جعلنا الخلع طلاقاً أو مفتقراً إلى الطلاق وأتبعه به لزم البذل، لإتيانه بما التمسته وزيادة كما علم من السابقة.

واعلم أن الخلع لا يتحقّق عندنا إلّا بعوض، فقوله: «لو طلبت منه خلعاً بعوض» أراد به عوضاً معيّناً ذكرته كألف ـ مثلاً ـ احترازاً ممّا لو أطلقت فقالت: «خالعني» ولم تذكر العوض، فإنه لا يستحقّ عليها عوضاً بإيقاعه الخلع إلّا إذا عيّن فيه عوضاً وقبلته بعد ذلك إن قلنا بالاكتفاء بقبولها.

قوله: «لو ابتدأ فقال .....الخ».

يعتبر في صيغة الخلع وقوعها على وجه المعاوضة بينه وبين الزوجة، ويتحقّق ذلك بأحد أمرين:

تقدّم سؤالها ذلك بعوض معيّن كقولها: طلّقني بألف، أو اخلعني بألف،

فيجيبها على ذلك. ويكفي في ظهور المعاوضة حينئذٍ إتيانه بالطلاق أو الخلع مقروناً بذلك العوض ومجرّداً عنه مع نيّته، كقوله: أنت طالق بالألف، أو عليها، أو على العوض المذكور، أو خلعتك عليها، أو بها، أو أنت طالق، أو مختلعة مجرّداً ناوياً به كونه بذلك العوض، لظهور المعاوضة [فيه][1] مع تقدّم ذكره من جانب الزوجة، كما لو قال: بعني كذا بكذا فقال: بعتك.

والثاني: ابتداؤه به مصرّحاً بذكر العوض كقوله: أنت طالق بألف، أو خلعتك بألف، أو عليها، ونحو ذلك، مع قبولها بعده بغير فصل يعتدّ به كغيره من المعاوضات.

فلو تخلّف الأمران معاً ـ بأن ابتدأت السؤال بغير عوض كقولها: طلّقني، أو خالعني، فأجابها كذلك، أو أجابها بعوض ولم يجدّد القبول في محلّه، أو ابتدأ ذاكراً للعوض صريحاً ولم يحصل منها القبول كذلك، أو أتى بلفظ لا يدلّ على العوض مع عدم تقدّم سؤالها به وإن قبلت ـ لم يلزم العوض، بل إن كان قد أتى بلفظ الطلاق وقع رجعيّاً وإن أتى بالخلع بطل.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا ابتدأ الزوج فقال: أنت طالق وعليك ألف، أو: ولي عليك ألف، وقع الطلاق بغير عوض ولم تلزم الألف، لأنها صيغة إخبار لا صيغة التزام، إذ لم يسبقه استيجاب يدلّ عليه، ولم يجعله عوضاً، بل جعله جملة معطوفة على الطلاق فلا يتأثّر بها وتلغو في نفسها، كما لو قال: أنت طالق وعليك حجّ، وإن قبلت، لأنّ قبولها إنما وقع رضىً بما فعل ولم يقع منه ما يقتضي المعاوضة، بخلاف ما إذا كانت قد قالت: طلّقني ولك عليّ ألف، أو: وعليّ ألف، فأجابها

---

(١) من «ق» فقط.

بذلك، لوقوع الالتزام منها وهو الذي يتعلّق بها والزوج ينفرد بالطلاق، فإذا لم يأت بصيغة المعاوضة حمل كلامه على ما ينفرد به وكفاه نيّته، حتى لو أطلق وقال: أنت طالق، عقيب سؤالها بالعوض كفى ذلك ولزمها المال، لتحقّق المعاوضة ووقوعها من جانب مَنْ وظيفته التزامه فيها[١]، ووقوع الجزاء منه به.

ولو ابتدأ فقال: أنت طالق بألف، أو على ألف، أو خالعتك على ألف، أو بألف، فقد وقعت صيغة المعاوضة من جانبه، فإن لحقها القبول منها في محلّه صحّ ولزم المال، وإن تقدّم مع ذلك سؤالها به فقد تمّت المعاوضة من الجانبين.

وممّا قرّرناه يظهر الفرق بين الصيغتين اللّتين أتى بهما المصنّف وجعلهما غير ملزمتين للمال، فإن عدم لزومه في الأُولى مشروط بعدم لحوق القبول منها، إذ الفرض كونها غير ملتمسة منه ذلك، بخلاف الثانية، فإنها لا توجب التزام المال، سواء قبلت أم لا، لعدم دلالتها على المعاوضة وضعاً وإن قصده، إذ لابدّ من التعبير باللفظ الدالّ على المعنى المطلوب كغيره من المعاوضات.

وعلى هذا فقوله: «لم يلزمها الألف وإن تبرّعت بعد ذلك بضمانها» يتمّ في الأمرين على تقدير عدم قبولها ذلك كما هو ظاهر العبارة، لأنه لم يذكر ما يدلّ على قبولها لذلك، وتبرّعها بالمال أمر آخر غير القبول المعتبر. ولا فرق حينئذٍ بين أن لايقع قبول أصلاً أو يقع متراخياً عن لفظ الزوج. ولو فرض أنها قبلت صحّ في الأُولى دون الثانية.

والشيخ في المبسوط[٢] فرّق بين العبارتين، فحكم في الثانية بما ذكره

---

(١) في «ط»: منها.

(٢) المبسوط ٤: ٣٥٩.

. . . . . .

المصنّف معلّلاً بما ذكره، وحكم في الأُولى بصحّته مع قبولها. وهو حسن.

والعلّامة تبع المصنّف في العبارتين وأجمل الحكم في الأمرين، مع أنه قال في القواعد قبل ذكر ذلك: «ولو قال: خالعتك على كذا فلابدّ من القبول إن لم يسبق السؤال»[1] وذلك يدلّ على صحّة البذل في الأُولى هنا إذا لحقها القبول، إذ لا فرق بين قوله: «عليَّ كذا» و «بكذا» بل الباء أقعد في تحقيق المعاوضة، فإنها هنا باء العوض. والوجه في عدم الصحّة في الأُولى من المذكور ثانياً ما ذكرناه من عدم وقوع القبول المعتبر من جانب المرأة وإن وقع منها لفظ الضمان، فإنه لايعدّ قبولاً بل إتياناً بلفظ فاسد الوضع هنا حيث إنه ضمان ما لم يجب.

وبهذا يندفع ما أورده شيخنا الشهيد في بعض حواشيه على القواعد من استشكاله الجمع بين عبارتيه، حيث دلّت الأُولى على صحّة الخلع إذا ابتدأ الزوج بقوله: خلعتك على كذا، ولحقه القبول، ودلّت الثانية على عدم الصحّة حيث قال: «لو ابتدأ فقال: أنت طالق بألف، صحّ الطلاق رجعيّاً ولم يلزمها الألف وإن تبرّعت بعد ذلك بضمانها»[2]. قال: «إلّا أن يراد بالثاني التراخي فالإشكال أقلّ».

ولا يخفى عليك أنه ليس في عبارته الثانية ما يدلّ على وقوع القبول منها لا على الفور ولا على التراخي، وإنما ذكر تبرّعها بدفع الألف أو بضمانها وهو أمر مباين للقبول.

نعم، قد يتوهّم من عدم حكمهم بصحّة البذل في المسألتين كون الوجه فيه عدم تقدّم طلبها على إيقاعه الصيغة، ويجعل تقدّمه شرطاً على كلّ حال، نظراً إلى أن الخلع أو الطلاق إذا تقدّم على طلبها بالعوض تكون فيه شائبة التعليق، من

(١ و ٢) قواعد الأحكام ٢: ٧٩ ـ ٨٠.

حيث إن وقوع الطلاق يترتّب على قبول المال أو بذله، كما يترتّب الطلاق المعلّق بالشرط عليه، بخلاف ما إذا تقدّم طلبها، فإن الواقع حينئذٍ يصير معاوضة منجّزة تشبه الجعالة، لأنها تبذل المال في مقابلة ما يستقلّ[١] به الزوج وهو الطلاق، فإذا أتى به وقع موقعه وحصل غرضها، كما أن في الجعالة يبذل الجاعل المال في مقابلة ما يستقلّ[٢] به، فإذا فعله وقع موقعه وحصل الغرض من غير تعليق.

وجوابه: أن الصيغة الأُولى وإن اشتملت على شائبة التعليق لكن لفظها خالٍ عنه، ومجرّد المعنى إنما هو مقتضى المعاوضة فلا يقدح، كما يقال ذلك في كلّ معاوضة، فإن مَن ابتدأ البيع فقال: بعتك بكذا، معناه: أنّك إن أعطيتني العوض المعيّن ملّكتك المعوّض، وذلك لايقدح في صحّة البيع، بخلاف ما لو صرّح بالشرط المذكور في متن العقد. وبالجملة فهذا الشرط المفهوم من اللفظ هو مقتضى الخلع أو الطلاق بالعوض وغير مصرّح به، فلا يقدح بحال.

بقي في المسألة مباحث:

الأول: قول المصنّف: «ولو تبرّعت بعد ذلك بضمانها» تبع فيه الشيخ في المبسوط[٣]،وإطلاقالضمان على التزامها ذلك متجوّز[٤]، لأن حقيقة الضمان التزام ما في ذمّة الغير، وهنا الألف غير ثابتة في ذمّة أحد، ولو ثبتت لثبتت في ذمّتها، فلا معنى لضمانها لها. وإنما المراد من الضمان هنا غايته وهو التزامها لها في الذمّة في الجملة، وذلك لايصحّ أيضاً شرعاً، لا لأنه ضمان ما لم يجب كما علّل، فإن ضمان ما لم يجب المانع من صحّة الضمان المراد به ضمان شخص مالاً عن آخر

(١ و ٢) في «م» والحجريّتين: يستقبل.

(٣) المبسوط ٤: ٣٥٨.

(٤) في «م»: تجوّز.

. . . . . .

لم يجب المال في ذمّة ذلك المضمون، والضامن 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 المشغلة للذمّة بما ليس فيها، ولو فرض دفعها إليه على هذا الوجه كان ابتداء عطيّة يعتبر في صحّتها ولزومها مايعتبر في العطيّة.

ويظهر من المبسوط[١] أن المراد بضمانها في هذه الصورة قبولها، وجعله ضماناً من حيث اشتماله على الرضا بالتزام المال. وعبّر في المسألة الأولى ـ وهي قوله: أنت طالق على ألف ـ بأنها إذا ضمنت وقع الطلاق، وعلّله بأن ضمانها وقع جواباً لكلامه. وتوجيه عدم صحّة الضمان على هذا في الصيغة الثانية أنها لم تشتمل على جعل الألف عوضاً، بل جعلها كلاماً مستأنفاً كما مرّ[٢]، فإذا قبلتها على هذا الوجه كان قبول ما ليس بلازم ولامرتبط بالطلاق الذي شرّع جعله بعوض، فكان قبولها لذلك التزاماً لما لم يجب وإن وقع مقارناً، بخلاف ضمانها في الأُولى يعني[٣] قبولها، فإنها دالّة على جعل الألف عوضاً وشرطاً في الطلاق، فإذا قبلته على هذا الوجه لزم.

الثاني: قد عرفت من تعليل المسألتين أن المانع من صحّة العبارة الأُولى ـ وهي قوله: أنت طالق بألف ـ إما عدم تقدّم سؤالها أو عدم القبول بعده، وأن المانع من صحّة الثانية ـ وهي قوله: وعليك ألف ـ عدم تقدّم سؤالها، لكونها غير صالحة بنفسها للمعاوضة.

ويتفرّع على ذلك ما لو قال الرجل بعد قبولها: قصدت في الثاني العوض،

---

(١) المبسوط ٤: ٣٥٨.

(٢) في ص: ٣٧٧.

(٣) في «ق، م» والحجريّتين: بغير.

وأردت بقولي: ولي عليك ألف، ما يعنيه القائل بقوله: طلّقتك على ألف، فإنه لايصدّق، لأنّ ذلك خلاف مدلول اللفظ، فلا يكفي قصده في لزوم العوض. ولو وافقته المرأة فوجهان، من أن اللفظ لايصلح للالتزام، فلا يؤثّر مصادقتها على قصده، ومن أن الحقّ عليها، ومن الجائز أن يريد: لي عليك ألف عوضاً عنه، ونحو ذلك. والأجود الأول. ويتفرّع على الوجهين ما لو أنكرت، فإنها تحلف على نفي العلم بقصده ذلك على الثاني‌دون الأول، لأنها لو أقرّت لم يؤثّر.

ولو ادّعى أنه كان جواباً لاستدعائها وقولها: طلّقني بألف، فإن وافقته لزمها الألف لا من حيث قوله: «وعليك ألف» بل لسبق الاستدعاء، فإنه لو اقتصر معه على قوله: «أنت طالق» لزمها الألف. وإن أنكرت فالقول قولها، فإن حلفت فلا شيء عليها ووقع الطلاق بائناً، لاعترافه بذلك، وإنما أضاف إليه دعواه عليها العوض.

الثالث: لو قال: أنت طالق على أنْ عليك ألف ، فإن كان قد سبق منها التماسه بذلك وقع، لأنه أدلّ على الالتزام بالعوض من الثاني. وإن لم يسبق التماس وقبلت ففي إلحاقه بالأُولى أو الثانية وجهان، من توهّم ظهورها في إرادة العوض، ومن كونها صيغة شرط في الطلاق، بمعنى كونه قد علّق طلاقها على شرط وهو أن يكون عليها ألف لا على وجه المعاوضة. والأقوى الأول، لما ذكرناه من ظهور إرادة العوض، وكون الشرط أن يكون عليها ألف إذا التزمتها عوضاً عن الطلاق، فإذا قبلت وقع الطلاق ولزم العوض.

وفي المبسوط[1] ساوى بين هذه الصيغة والصيغة الأُولى، وحكم بصحّة

(١) المبسوط ٤: ٣٥٨.

. . . . . .

الطلاق ولزوم المال مع قبولها، وجعل ضمانها كناية عنه. وعلّل الصحّة بأنه قد علّق طلاقها بشرط أن يكون عليها ألف، وإنما يكون عليها ألف لضمانها ذلك، فإذا ضمنت وقع الطلاق، لأن الصفة قد وجدت إذا كان ضمانها جواباً لكلامه.

ومحصّل كلامه: أن هذا الشرط لايقدح في الصحّة، وإنما هو بمنزلة القيد والصفة لإيقاع الطلاق، فهو ـ كما أشرنا إليه سابقاً[1] ـ صيغة منجّزة فيها شائبة الشرط من حيث تقييده الطلاق بقصد العوض. ويظهر منه أنها إذا لم تقبل لا يقع الطلاق رجعيّاً، فإنه قال: «فإذا ضمنت وقع الطلاق» ومقتضى الشرط أنه لايقع بدون الضمان أعني القبول. قال: «والفرق بين قوله: أنت طالق على أن عليك ألفاً، وبين قوله: أنت طالق وعليك ألف، هو أنه إذا قال: وعليك ألف، لم يجعل الطلاق معلّقاً به، وإنما عطف به بعد وقوع الطلاق مجرّداً عن عوض، فلهذا وقع الطلاق ولم يجب عليها شيء، وليس كذلك قوله: على أن لي عليك ألفاً، لأنه ربط الطلاق بالألف وعلّقه به، وجعل الصفة فيه حصول الألف عليها، فلهذا لم يقع الطلاق إلّا بضمانها» انتهى. وهذا أيضاً صريح في أن الطلاق لايقع بدون ضمانها رجعيّاً في هذه الصورة، وجعل الحكم فيما إذا قال:«أنت طالق على ألف» مثل ذلك.

الرابع: المراد بقوله: «صحّ الطلاق رجعيّاً» حيث لايلزم العوض على تقدير كونها ذات عدّة تقبل الرجعة، فلو كانت المطلّقة كذلك غير مدخول بها أو صغيرة أو يائسة لم يكن الطلاق رجعيّاً كما لايخفى. وكذا لو كان هذا الطلاق ثالثاً، فإنه لايلزم من عدم لزوم البذل كونه رجعيّاً. وقد عبّر بوقوع الطلاق على هذا التقدير

---

(١) في ص: ٣٧٩.

الثالث: إذا قالت: طلّقني بألف، كان الجواب على الفور، فإن تأخّر لم يستحقّ عوضاً، وكان الطلاق رجعيّاً.

رجعيّاً الشيخ[١]، وتبعه عليه المصنّف وغيره[٢]. وليس على إطلاقه كما لايخفى.

ومن هنا يتوجّه أيضاً الفرق بين الصيغتين المذكورتين، وأن الحكم بكون الطلاق يقع رجعيّاً لا يتمّ إلّا على تقدير قوله: وعليك ألف، حيث لم يربط العوض بالطلاق، أما إذا ربطه به وجعله عوضاً بقوله: على ألف، أو على أن عليك ألفاً، أشكل ـ مع عدم قبولها ـ وقوع الطلاق حيث لم يقصده مجرّداً خصوصاً مع كونه غير رجعي، فإن الحكم بصحّته يوجب لزومه له مع كونه لم يقصده أصلاً بدون العوض، فالحكم ببطلانه لو لم تقبل المرأة المال وتلتزمه ـ كما ذكره الشيخ[٣] ـ في غاية القوّة، بخلاف قوله: وعليك ألف، فإنه قد قدم على الطلاق مجرّداً وعطف عليه التزام ما لايلزم، فلا يقدح فواته في صحّته كما قد تقرّر.

قوله: «إذا قالت: طلّقني بألف ....الخ».

قد تقرّر أنّ الخلع يشبه عقود المعاوضات أو هو من جملتها، لاشتمالها على افتداء البضع بعوض مخصوص، وهو يقتضي لفظاً دالّاً على إرادتها بذل ما تجعله عوضاً، ولفظاً منه يدلّ على إبانتها بذلك، فكان ذلك كالإيجاب والقبول في العقود اللازمة ولو من طرف واحد، فإن ذلك لازم من طرفه إلى أن ترجع في البذل. فلابدّ من وقوعهما متعاقبين بحيث يدلّ على أن أحدهما جواب للآخر والتزام به. فإن تقدّم التماسها فقالت: طلّقني بألف مثلاً، اعتبر كون جوابه لها على الفور بحيث لا يتخلّلهما زمان طويل ولا كلام أجنبي يوجب رفع ارتباط

(١ و ٣) المبسوط ٤: ٣٥٩.

(٢) راجع الجامع للشرائع: ٤٧٧، قواعد الأحكام ٢: ٧٩ ـ ٨٠.

. . . . . .

أحدهما بالآخر. وإن تقدّم لفظه فقال: خالعتك على ألف مثلاً، اعتبر التزامها للألف وقبولها لها عقيب كلامه كذلك. ومتى حصل التراخي بينهما طويلاً على الوجه الذي بيّنّاه لم يستحقّ عوضاً، ووقع الطلاق رجعيّاً، بمعنى كونه صحيحاً خالياً عن العوض. فإن كانت ذات عدّة يجوز الرجوع فيها كان رجعيّاً وإلّا فلا كما قرّرناه سابقاً. وعلى تقدير كونه بائناً فالتقصير مستند إليه حيث أوقع الطلاق باختياره على وجه لايسلم له العوض.

وظاهر كلامه ـ كغيره ـ أنه لا فرق في ذلك بين العالم بالحال والجاهل. وهو يتمّ بغير إشكال على تقدير كون الطلاق رجعيّاً كما أطلقه. أما لو كان بائناً ـ كطلاق غير المدخول بها مع تصريحه بقصد العوض ولم يتعقّبه قبولها على الفور ـ فالحكم بصحّة الطلاق على هذا الوجه بغير عوض لايخلو من إشكال، لعدم القصد إليه. نعم، يتّجه كلامه على إطلاقه على تقدير أن تقول: طلّقني بألف، فتراخى ثم يقول: أنت طالق، ولايذكر العوض، فإنه حينئذٍ طلاق مجرّد عن العوض، فلا يبعد القول بنفوذه كذلك. أما مع تصريحه بالعوض وجهله بالحال وتعذّر الرجعة فهو محلّ إشكال. وما وقفت هنا لأحد من المعتمدين على شيءٍ يعتدّ به.

واعلم أنه لا فرق مع تقدّم سؤالها بين قولها: طلّقني أو خالعني بكذا، أو على كذا، أو على أن عليّ كذا، أو على أن أعطيك كذا. وفي معناها: إن طلّقتني، أو: إذا طلّقتني، أو: متى ما طلّقتني فلك كذا، بخلاف قول الرجل: متى[1] ما أعطيتني كذا، أو: إن أعطيتني، أو غير ذلك من أدوات الشرط، فإنه لايقع. ولافرق

---

(١) في الحجريتين: مهما.

النظر الثاني في الفدية

كلّ ما صحّ أن يكون مهراً صحّ [أن يكون] فداءً في الخلع. ولا تقدير فيه، بل يجوز ولو كان زائداً عمّا وصل إليها من مهر وغيره.

في جميع ذلك بين أن يعيد الرجل ذكر المال بعد صيغة الخلع أو الطلاق وعدمه، لانصراف الجواب إلى السؤال، كما إذا قال البائع: بعت بكذا، فقال: اشتريت، واقتصر عليه، فإنه يكفي.

ولو قالت: طلّقني ولك عليّ ألف، فقال: أنت طالق، صحّ ذلك ولزمها الألف، لأن هذه الصيغة تصلح للالتزام كما قال تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾[1] والإتيان بها عقيب سؤال الطلاق قرينة دالّة عليه، بخلاف ما إذا قال الزوج: أنت طالق ولي عليك كذا، فإنه لايصلح لالتزام المال كما مرّ. ويحتمل تساويهما في عدم الالتزام، نظراً إلى أن قولها: «ولك عليّ كذا» بالوعد أشبه منه بالالتزام. وعلى هذا فإن اقتصر على قوله: أنت طالق، وقع الطلاق رجعيّاً بشرطه. وإن قال: أنت طالق على ألف، أو بها، ونحوه، افتقر إلى قبولها بعده. وهذا أحوط وإن كان الأول أقوى.

قوله: «كلّ ما صحّ .....الخ».

عوض الخلع سبيله سبيل المهر فلا يتقدّر، ويجوز أن يكون قليلاً وكثيراً، عيناً ودِيناً، بعد أن يكون متموّلاً مع سائر شروط الأعواض كالقدرة على التسليم واستقرار الملك وغيرهما. ولا يتقدّر في جانب الكثرة بما وصل إليها من مهر وغيره، بخلاف عوض المباراة. والأصل في الفرق ـ قبل الإجماع ـ عموم قوله

---

(١) يوسف: ٧٢.

وإذا كان غائباً فلابدّ من ذكر جنسه ووصفه وقدره. ويكفي في الحاضر المشاهدة. وينصرف الإطلاق إلى غالب نقد البلد، ومع التعيين إلى ما عيّن. ولو خالعها على ألف ولم يذكر المراد ولا قصد فسد الخلع.

تعالى ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[1] وحسنة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام إلى أن قال: «فإذا فعلت ذلك حلّ له ما أخذ منها»[2]. وفي رواية سماعة: «فإذا هي اختلعت فهي بائن، وله أن يأخذ من مالها ما قدر عليه»[3]. ولأن الكراهة لمّا كانت منها ناسب أن يجوز طلب ما شاء عوضاً عن الخلع، بخلاف ما إذا اشتركا في الكراهة.

قوله: «وإذا كان غائباً ..... الخ».

هنا مسائل:

الأُولى: يشترط العلم بالعوض لا من كلّ وجه بل كونه بحيث يمكن تسليمه ويرفع معظم الغرر. فإن كان غائباً فلابدّ من ذكر جنسه، ككونه فضّة أو ذهباً أو ثوب قطن أو كتّان، ووصفهِ إن اختلفت أوصافه واختلفت قيمته باختلافها، وقدرهِ كقفيز حنطة موصوفة بصفاتها التي يختلف بها الثمن، ونحو ذلك. وإن كان حاضراً اعتبر ضبطه إما بالوصف والقدر أو بالمشاهدة وإن لم يعلم مقدار وزنه أو كيله أو ذرعه، لاغتفار ذلك في المهر، فيكتفى به فيما ناسبه في المعنى. وعلى هذا فلو بذلت له ما لها في ذمّته من المهر أو الأعمّ منه ومن غيره ولم يعلم قدره لم يصحّ، لأن هذا من الغائب الذي يعتبر معرفة مقداره. ولو

---

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢ و ٣) الكافي ٦: ١٤٠ ح ٣ و ٢، التهذيب ٨: ٩٥ ح ٣٢٤ و ٣٢٣، الاستبصار ٣: ٣١٥ ح ١١٢٣ و ١١٢٢، الوسائل ١٥: ٤٨٨ ب «١» من أبواب الخلع والمباراة ح ٤، وص: ٤٩٤ ب «٤» ح ٤.

. . . . . .

أحضرت له أمتعة مشاهدة لهما وبذلتها له صحّ وإن لم يعلم مقدار قيمتها. وحيث يعتبر العلم بالقدر أو الوصف أو المشاهدة فالمعتبر فيه علمهما معاً، فلا تكفي معرفة أحدهما دون الآخر، لأن المعاملة واقعة من الطرفين.

الثانية: إذا بذلت له مائة دينار أو مائة درهم صحّ وانصرف إلى الموجود في نقد البلد ذلك الوقت إن اتّحد. ولو تعدّد وكان هناك نقد غالب حمل عليه، لأن المعاملات تنزّل على النقد الغالب، والخلع فيما يرجع إلى المال كسائر المعاملات. ولا فرق[1] في الغالب بين كونه ناقص الوزن عن الدراهم الشرعيّة وزائده، ولا بين كونه مغشوشاً وخالصاً. ولو تعدّد ولم يكن فيها غالب وجب التعيين، وبطل مع الإطلاق كغيره من المعاوضات، لاستحالة الترجيح من غير مرجّح. ولو كان هناك غالب أو نقد متّحد فعيّنا غيره صحّ، لأن المرجع في ذلك إليهما كما لو بذلت غير النقد.

الثالثة: لو خالعها على ألف وأطلق ولم يذكر المراد منها جنساً ولا وصفاً ولاقصده في النيّة لم يصحّ، للجهالة، وللاشتراك المانع من الحمل على بعضها دون بعض. وإن قصدت بها معيّناً جنساً ووصفاً كمائة دينار ووافقها على قصدها صحّ ولزمها ما قصداه، وإن لم يجز ذلك في غيره من المعاوضات كالبيع، لأن المقصود أن يكون العوض معلوماً عند المتعاقدين، فإذا توافقا على شيءٍ بالنيّة كان كما لو توافقا بالنطق. هذا هو الذي اختاره المصنّف والعلّامة[2] وقبلهما الشيخ في

---

(١) في هامش «ط ، و» : «نبّه به على خلاف بعض الشافعيّة حيث ذهب إلى أن الغالب لو كان ناقصاً أو مغشوشاً لا ينصرف الإطلاق إليه، بل يحمل على الفضّة الخالصة. بخطّه رحمه الله» . لاحظ الوجيز ٢ : ٤٦، روضة الطالبين ٥ : ٧١٠.

(٢) قواعد الأحكام ٢ : ٨٠.

ولو كان الفداء ممّا لا يملكه المسلم ـ كالخمر ـ فسد الخلع. وقيل: يكون رجعيّاً. وهو حقّ إن أُتبع بالطلاق، وإلّا كان البطلان أحقّ.

ولو خالعها على خلّ فبان خمراً صحّ، وكان له بقدره خلّ.

المبسوط[١]، وهو الذي يقتضيه قوله: «ولا قصد بطل الخلع» فإن مفهومه صحّته مع قصده. وسيأتي[٢] في مسائل النزاع ما ينبّه عليه أيضاً.

ويحتمل فساد الخلع بإهمال ذكر الجنس والوصف وإن قصداه، كما لا يصحّ ذلك في غيره من عقود المعاوضات.

وعلى المشهور فلو قالت: بذلت لك مالي في ذمّتك، أو ما عندي، أو ما أعطيتني من الأسباب، ونحو ذلك، مع علمهما بقدره ووصفه صحّ، ولو وقع البيع على مثل ذلك لم يصحّ، بل لابدّ فيه من التلفّظ بما يعتبر تعيينه من الجنس والوصف والقدر، وهذا من الأُمور المحتملة في هذا الباب من الغرر دون غيره من المعاوضات المحضة. وقد سبق[٣] في باب المهر ما ينبّه على لمّيته.

قوله: «ولو كان الفداء.....الخ».

قد تقدّم[٤] أن شرط الفدية أن يكون مالاً مملوكاً للمرأة، لأنه عوض عن حقّ البضع فلابدّ من صلاحيّته للمعاوضة. فلو بذلت له خمراً أو خنزيراً، فإن كان عالماً بالحال فسد الخلع، لأن العوض جزء ماهيّته عندنا، فلا يتحقّق بدون العوض، وهو منتفٍ هنا.

---

(١) المبسوط ٤: ٣٤٩.

(٢) في ص: ٤٤٧.

(٣) في ج ٨: ١٧٠.

(٤) في ص: ٣٨٦.

. . . . . .

قال الشيخ[١]: ويقع طلاقاً رجعيّاً، لاشتماله على أمرين: الطلاق والعوض، فإذا بطل أحدهما يبقى الآخر كما لو اختلّت إحدى الشرائط كما سبق.

وردّه المصنّف بأنه مع الاقتصار على الخلع لايتحقّق صحّة الطلاق مع فساد العوض، لأن الخلع الذي يقوم مقام الطلاق أو هو الطلاق ليس إلّا اللفظ الدالّ على الإبانة بالعوض، فبدونه لا يكون خلعاً، فلا يتحقّق رفع الزوجيّة بائناً ولا رجعيّاً، وإنما يتمّ إذا أتبعه بالطلاق ليكونا أمرين متغايرين لا يلزم من فساد أحدهما فساد الآخر، فيفسد حينئذٍ الخلع، لفوات العوض، ويبقى الطلاق المتعقّب له رجعيّاً، لبطلان العوض الموجب لكونه بائناً. وهذا أقوى[٢].

وإن كان جاهلاً بعدم ماليّته ـ كما لو ظنّه خلّاً فبان خمراً، أو عبداً فظهر حرّاً ـ فقد حكم المصنّف بصحّته كما لو أمهرها ذلك فظهر كذلك، لأن تراضيهما على المقدار من الجزئي المعيّن الذي يظنّان كونه متموّلاً يقتضي الرضا بالكلّي المنطبق عليه، لأن الجزئي مستلزم له، فالرضا به يستلزم الرضا بالكلّي، فإذا فات الجزئي لمانع صلاحيّته للملك بقي الكلّي. ولأنه أقرب إلى المعقود عليه.

ولم ينقلوا هنا قولاً في فساده، ولا وجوب قيمته عند مستحلّيه كما ذكروه في المهر، مع أن الاحتمال قائم فيه، أما الأول فلفقد شرط صحّته وهو كونه مملوكاً، والجهل به لايقتضي الصحّة كما لو تبيّن فقد شرطه[٣] في بعض أركان العقد. وأما الثاني فلأن قيمة الشيء أقرب إليه عند تعذّره. ولأن المقصود من المعيّن ماليّته، فمع تعذّرها يصار إلى القيمة، لأنه لا مثل له في شرع الاسلام، فكان

---

(١) المبسوط ٤: ٣٥٨.

(٢) في «و»: قويّ.

(٣) في «و»: شرط.

ولو خالع على حمل الدابّة أو الجارية لم يصحّ.

كتعذّر المثل في المثلي حيث يجب، فإنه ينتقل إلى قيمته. ولو ظهر مستحقّاً لغيره فالحكم فيه مع العلم والجهل كما فصّل.

قوله: «ولو خالع على حمل .....الخ».

لا فرق في ذلك بين كونه موجوداً في بطنها بالفعل وعدمه، كما لو خالعها على ما تحمله في المستقبل، لاشتراكهما في الجهالة المانعة، وزيادة الثاني بكونه معدوماً.

وخالف في ذلك بعض العامّة[1] فجوّز الخلع في الموضعين، واغتفر الجهالة في الأول، وجعل الثاني كالوصيّة. والأول محتمل، لاحتمال هذا العقد من الغرر بما يقارب ذلك. أما الثاني فلا، إذ لا عوض أصلاً، ولا وثوق بالمتجدّد، بخلاف الموجود، فإن له ماليّة تقبل المعاوضة ولو بالتبعيّة في عقد يحتمل الغرر.

ومثله ما لو خالعها على ما في كفّها، فإنه لايصحّ عندنا، سواء علم أن في كفّها شيئاً متموّلاً وجهل مقداره أو عينه أو لم يعلم. ومن أجاز الأول صحّحه هنا مع العلم بوجود شيءٍ في كفّها يصلح للعوض، أو ظهور وجوده فيه. فإن لم يظهر فيه شيء ففي وجوب مهر المثل كما لو ظهر فساد العوض، أو وقوع الطلاق رجعيّاً، أو لزوم ثلاثة دراهم، لأن المقبوض في الكفّ ثلاثة أصابع، وهي ما عدا الإبهام والمسبّحة، فيجب قدره من النقد الغالب، أوجه أبعدها الأخير.

---

(١) حلية العلماء ٦: ٥٥٢، المغني لابن قدامة ٨: ١٩٠، روضة الطالبين ٥: ٦٩٣، كفاية الأخيار ٢: ٥٠.

ويصحّ بذل الفداء منها، ومن وكيلها، وممّن يضمنه بإذنها. وهل يصحّ من المتبرّع؟ فيه تردّد. والأشبه المنع.

قوله: «ويصحّ بذل الفداء .....الخ».

الأصل في الفداء المبذول في هذا الباب أن يكون من المرأة، لنسبته إليها في قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[1]. وبذل وكيلها في معنى بذلها، لأنه يبذله من مالها بإذنها. وكذا بذله ممّن يضمنه في ذمّته بإذنها، فيقول للزوج: طلّق زوجتك على مائة وعليّ ضمانها. والفرق بينه وبين الوكيل: أن الوكيل يبذل من مالها بإذنها، وهذا يبذل من ماله بإذنها ليرجع عليها بما يبذله بعد ذلك، فهو في معنى الوكيل الذي يدفع العوض عن الموكّل من ماله ليرجع به عليه، فدفعه له بمنزلة إقراضه لها وإن كان بصورة الضمان.

وأما بذله من المتبرّع عنها بأن يقول للزوج: طلّق امرأتك بمائة من مالي بحيث يكون عوضاً للخلع، ففي صحّته قولان أظهرهما بين الأصحاب ـ وهو الذي اختاره المصنّف والشهيد[2] وغيرهما[3] من الأصحاب ـ العدم، فلا يملك الزوج البذل، ولايقع الطلاق إن لم يتبع به، لأن الخلع من عقود المعاوضات، فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوّض، كالبيع لو قال: بعتك كذا بمائة في ذمّة فلان. ولأنه تعالى أضاف الفدية إليها في الآية المتقدّمة، وألحق بها بذل الوكيل والضامن بإذنها، فبقي المتبرّع على أصل المنع. ولأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل. والقول بالصحّة لا يعلم قائله من الأصحاب، لكنّه مذهب جميع من

---

(١) البقرة: ٢٢٩.

(٢) اللمعة الدمشقيّة: ١٢٧.

(٣) راجع المبسوط ٤: ٣٦٥، إرشاد الأذهان ٢: ٥٢، إيضاح الفوائد ٣: ٣٨٧.

. . . . . .

خالفنا[١] من الفقهاء إلّا من شذّ منهم.

ومبنى القولين على أن الخلع فداء[٢]، أو معاوضة، أو على أنه طلاق أو فسخ. فعلى الأوّلين يصحّ من الأجنبي، لجواز الافتداء منه وبذل مال له ليطلّقها، كما يصحّ التزام المال ليعتق عبده، وقد يتعلّق به غرض بأن كان ظالماً بالإمساك وتعذّر إزالة يده بالحجّة، أو كان يسيء العشرة ويمنع الحقوق فأراد المختلع تخليصها. وعلى تقدير كونه طلاقاً فالطلاق يستقلّ به الزوج فجاز أن يسأله الأجنبي على مال، كما إذا قال: ألق متاعك في البحر وعليّ كذا. وعلى القول بأنه معاوضة فقد تقدّم ما يدلّ على منعه. وكذا على القول بأنه فسخ، فإن الفسخ من غير علّة لاينفرد به الرجل، فلا يصحّ طلبه منه. ويرجّح جانب الفداء الآية[٣] الدالّة عليه، إلّا أن مفهوم خطابها اختصاصها بها، لكن مفهوم الخطاب ليس بحجّة.

وموضع الخلاف ما إذا قصد الخلع بالمال المبذول ليترتّب عليه أحكام الخلع من وقوع الفراق بائناً ـ إلّا أن يرجع الباذل ـ ووقوع اللفظين متلاحقين كغيره من عقود المعاوضات، أما لو وقع ذلك من الأجنبي على وجه الجعالة فلا إشكال في الصحّة، لأنه عمل محلّل يتعلّق به غرض صحيح للعقلاء، فتصحّ الجعالة عليه، ولايلحقها حينئذٍ حكم الخلع، فلا يشترط فوريّة الجواب، ولايقع بائناً من حيث العوض، بخلاف خلع الأجنبي، فإنه كخلع الزوجة في الألفاظ والأحكام، فله أن يرجع في البذل ما دامت في العدّة، فللزوج حينئذٍ أن يرجع في

---

(١) انظر الحاوي الكبير ١٠: ٨٠، المغني لابن قدامة ٨: ٢١٩، روضة الطالبين ٥: ٧٢٤.

(٢) في «و»: افتداء.

(٣) البقرة: ٢٢٩.

. . . . . .

الطلاق. وليس للزوجة هنا رجوع في البذل، لأنها لاتملكه، بخلاف ما لو كان الباذل وكيلها أو الضامن له عنها، فإن أمر الرجوع فيهما بيدها.

ويتفرّع على جوازه أيضاً من الأجنبي ما لو قال الزوج: هي طالق بألف في ذمّتك فقبل، فإنه يلزم كالزوجة، بخلاف ما لو قال: هي طالق وعليك ألف.

وعلى تقدير كونه وكيلاً من جانب الزوجة يتخيّر بين أن يخلع استقلالاً وبين أن يكون نائباً عنها، فإن صرّح بالاستقلال فذاك، وإن صرّح بالوكالة فالزوج يطالب الزوجة بالمال. وإن لم يصرّح ونوى الوكالة كان الخلع لها لكن تتعلّق العهدة به ظاهراً، فيطالب بالعوض ثم هو يرجع على الزوجة. وعلى هذا فيجوز أن يوكّل الأجنبي الزوجة حتى تختلع عنه. وحينئذٍ فتتخيّر الزوجة بين أن تختلع استقلالاً أو بالوكالة كما لو كان هو وكيلاً.

وقول الزوجة للأجنبي: «سل زوجي يطلّقني على كذا» توكيل، سواء قالت: «عليّ» أم لم تقل. وقول الأجنبي لها: «سلي زوجك يطلّقك على كذا» يحتمل الأمرين، فإن لم يقل: «عليّ» لم يكن توكيلاً، فلو اختلعت كان المال عليها. وإن قال: «عليّ» كان توكيلاً، فإن أضافت إليه أو نوت ثبت على الأجنبي.

ولو قال أجنبي لأجنبي: «سل فلاناً يطلّق زوجته بكذا» كقوله للزوجة: «سلي زوجك» فيفرّق بين أن يقول: «عليّ» أو لا يقول.

ولو اختلع الأجنبي وأضاف العقد إليها مصرّحاً بالوكالة ثم بان أنه كاذب لم يقع الطلاق على القولين، لأنه مرتبط بالمال، وهو لم يلتزمه في نفسة، وكذب في إضافة الالتزام إليها، فأشبه ما إذا كان الخطاب معها فلم تقبل.

أما لو قال: طلّقها على ألف من مالها وعليّ ضمانها، أو: على عبدها هذا وعليّ ضمانه، صحّ، فإن لم ترض بدفع البذل صحّ الخلع وضمن المتبرّع. وفيه تردّد.

ولو خالعت في مرض الموت صحّ، وإن بذلت أكثر من الثلث، وكان من الأصل. وفيه قول: أن الزائد عن مهر المثل من الثلث. وهو أشبه.

قوله: «أما لو قال: طلّقها.....الخ».

هذه من شعوب بذل الأجنبي لكنّه يختصّ عنه بكون البذل من مالها بغير إذنها، فيشابه الأجنبي من حيث التبرّع، ويشابه الوكيل من حيث جعله ذلك من مالها، ومنهما يتفرّع الاشكال، إذ يحتمل الصحّة، لأن الفدية من مالها فلم يخرج عن وضع الخلع، غاية ما في الباب أنها إذا لم تجز ذلك يلزمه الضمان نظراً إلى التزامه ذلك. ويحتمل العدم، لأن مرجعه إلى التبرّع حيث لاتجيز بذل مالها. ولأن ضمانه لذلك ضمان ما لم يجب فلا يصحّ، لكن قد ورد صحّة ضمان مالم يجب في مواضع لمسيس الحاجة ك: ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه، حذراً من غرق السفينة، وقد تمسّ الحاجة هنا إلى مثل ذلك. وعدم الصحّة لايخلو من قوّة.

قوله: «ولو خالعت في مرض .....الخ».

لمّا كان تصرّف المريض في مرض الموت مقصوراً على ثلث ماله حيث يكون متبرّعاً به، وكان[1] مهر المثل هو عوض البضع شرعاً كقيمة المثل في المقوّمات ـ ومن ثمّ لو تصرّف فيه متصرّف على وجه يضمنه، كوطء الشبهة والمكره، يجب عليه مهر المثل ـ فبذلها فدية للطلاق يتقدّر[2] نفوذها من الأصل

---

(١) كذا في «د» وإحدى الحجريّتين، وفي سائر النسخ الخطّية: فكان.

(٢) كذا في «و»، وفي نسخة بدل «د»: فيتقدّر، وفي سائر النسخ الخطّية والحجريّتين: فيتعذّر.

. . . . . .

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 والزائد من الثلث.

هذا هو المشهور بين الأصحاب والمعمول به بينهم، ذكر ذلك الشيخ في المبسوط[١] ولم ينقل فيه هذا القول وتبعه الباقون[٢]. نعم، نقل قولاً[٣] أن الجميع يعتبر من الثلث، لأن العائد إليها غير متموّل بالنسبة إلى الورثة، والحجر على المريض إنما هو لحقّ الورثة. وهو قول موجّه. والمصنّف ـ رحمه الله ـ نقل هنا قولاً[٤] أن الجميع يكون من الأصل وإن زاد عن الثلث. وهو قول نادر غير موجّه. والأقوى العمل على المشهور.

وعليه، فلو كان مهر مثلها أربعين ديناراً فبذلت مائة مستوعبة صحّ للزوج ستّون، أربعون في مقابلة مهر المثل، وعشرون بالمحاباة هي ثلث باقي التركة، ويرجع إلى الورثة أربعون ضعف ما نفذت فيه المحاباة. هذا إذا لم تبرأ من مرضها، ولو برئت لزم الجميع كباقي المنجّزات.

وأما مرض الزوج فلا يؤثّر في الخلع، بل يصحّ خلعه في مرض الموت وإن كان بدون مهر المثل، لأن البضع لايبقى للوارث وإن لم يجر خلع، فلا وجه للاعتبار من الثلث. ولأنه لو طلّقها بغير عوض في مرض الموت لا يعتبر فيه

---

(١) المبسوط ٤: ٣٧٠.

(٢) التحرير ٢: ٦٠، حاشية المحقّق الكركي على الشرائع: ٤٠٨.

(٣) في هامش «و»: «هذا قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن مالك. بخطّه رحمه الله». انظر الحاوي الكبير ١٠: ١٠٢، حلية العلماء ٦: ٥٥٨، بداية المجتهد لابن رشد ٢: ٦٩.

(٤) راجع جواهر الفقه: ١٧٩ مسألة (٦٣٥)، فقه القرآن للراوندي ٢: ٢٠٧.

ولو كان الفداء رضاع ولده صحّ مشروطاً بتعيين المدّة. وكذا لو طلّقها على نفقته بشرط تعيين القدر الذي يحتاج إليه من المأكل والكسوة والمدّة. ولو مات قبل المدّة كان للمطلّق استيفاء ما بقي، فإن كان رضاعاً رجع بأُجرة مثله، وإن كان إنفاقاً رجع بمثل ما كان يحتاج إليه في تلك المدّة مثلاً أو قيمة. ولايجب عليها دفعه دفعة، بل إدراراً في المدّة كما كان يستحقّ عليها لو بقي.

البضع[1] من الثلث، فكذا إذا نقص عن مهر المثل.

قوله: «ولو كان الفداء .....الخ».

عوض الخلع كما يجوز أن يكون عيناً يجوز أن يكون منفعة. ويشترط في المنفعة أن تكون معلومة مستجمعة للشرائط المذكورة في الإجارة. فإذا خالع زوجته على إرضاع ولده مدّة معلومة جاز. وكذا لو خالعها على حضانته، سواء كان الولد منها أم من غيرها. والكلام في الجمع بينهما واستتباع أحدهما الآخر إذا أفرد كالكلام في الإجارة. وكذا يجوز جعل النفقة عوضاً مضافة إلى الرضاع، كما لو جعلها بعد مدّته أو منفردة، فيعتبر تعيين ما ينفق عليه كلّ يوم من الإدام والطعام، وما يكسوه في كلّ فصل أو سنة، أو يضبط المؤنة في جملة السنة، وتوصف بالأوصاف المشروطة في السلم. ثم الزوج في الطعام والشراب مخيّر بين أن يستوفي بنفسه ويصرفه إلى الولد وبين أن يأمرها بالصرف إليه.

ثم الولد إن عاش إلى استيفاء العين والمنفعة فذاك، وإن خرج زهيداً وفضل من المقدّر شيء فهو للزوج، وإن كان رغيباً واحتاج إلى زيادة فهو على الزوج. وإن مات قبل تمام المدّة انفسخ العقد فيما بقي منها دون ما مضى، فيستوفي الزوج

---

(١) في «م»: الوضع.

ولو تلف العوض قبل القبض لم يبطل استحقاقه، ولزمها مثله أو قيمته إن لم يكن مثليّاً.

الطعام والكسوة لما بقي، ويرجع بأُجرة مثل الرضاع والحضانة فيها. وامتناع الولد من الارتضاع والتقام الثدي كالموت. وحيث يرجع بأُجرة الرضاع أو بقيمة النفقة أو مثلها فهل يتعجّل الاستحقاق، أو يكون منجّماً كما كان فيه؟ وجهان أصحّهما الثاني، لأن الواجب كان حكمه كذلك. ووجه الأول: أن التدرّج كان بحسب حالة[1] الصبي وقد زالت.

قوله: «ولو تلف العوض ....الخ».

أما عدم البطلان بتلف العين[2] فلأصالة الصحّة، وبطلان البيع بذلك خرج بنصّ[3] خاصّ، فيبقى الباقي على أصل الصحّة. وأما ضمانها له بالمثل أو القيمة فلعموم قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»[4] ويدها آخذةٌ للعين ولم تؤدّها إلى مالكها، فتكون ضامنة لها بمثلها إن كانت مثليّة أو قيمتها يوم التلف إن كانت قيميّة. ولافرق في ذلك بين تلفه باختيارها أو بآفة من الله سبحانه أو بإتلاف أجنبي، لكن في الثالث يتخيّر الزوج بين الرجوع عليها وعلى الأجنبي، فإن رجع عليها رجعت على الأجنبي إن أتلفه على وجه مضمون.

---

(١) في نسخة بدل «ق»: حاجة.

(٢) في «و»: المعيّن.

(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) عوالي اللئالىء ١: ٢٢٤، مستدرك الوسائل ١٤: ٧ ب «١» من كتاب الوديعة ح ١٢، مسند أحمد ٥: ١٢، سنن أبي داود ٣: ٢٩٦ ح ٣٥٦١.

ولو خالعها بعوض موصوف، فإن وجد ما دفعته على الوصف، وإلّا كان له ردّه والمطالبة بما وصف.

ولو كان معيّناً فبان معيباً ردّه وطالب بمثله أو قيمته، وإن شاء أمسكه مع الأرش.

وكذا لو خالعها على عبد على أنه حبشيّ فبان زنجيّاً، أو ثوب على أنه نقيّ فبان أسمر.

أما لو خالعها على أنه إبريسم فبان كتّاناً صحّ الخلع، وله قيمة الإبريسم، وليس له إمساك الكتّان، لاختلاف الجنس.

قوله: «ولو خالعها بعوض .....الخ».

وذلك لأن الموصوف أمر كلّي لاينحصر فيما دفعته، وإنما يتأدّى به الأمر الكلّي الثابت في الذمّة على تقدير مطابقته له، فإذا ظهر بخلافه فله ردّه والمطالبة بما وصف، لأنّه حقّه. ويفهم من قوله: «فله ردّه» أن له الرضا به أيضاً. وهو يتمّ مع كونه موافقاً في الجنس وناقصاً في الوصف ليكون الفائت متمحّضاً لحقّه، أو مع كونها عالمة بحاله، أما لو كانت جاهلة به وهو زائد عن الموصوف ولو من وجه أو مغاير له لم يملكه بقبوله بدون رضاها، لأنه غير الحقّ، فيتوقّف تعيّنه عوضاً على تراضيهما به.

قوله: «ولو كان معيّناً .....الخ».

إذا كان العوض معيّناً فظهر معيباً فله الأرش، لأنه نقص حدث قبل القبض فكان مضموناً عليها كما تضمن الجملة. وذكر المصنّف وغيره أن له ردّه والمطالبة بمثله إن كان مثليّاً أو قيمته إن كان قيميّاً، لأن فوات الجزء الموجب للعيب أو

. . . . . .

الوصف[١] كتبعّض الصفقة، فيتخيّر بين ردّه وأخذ عوضه وبين إبقائه مع أرشه. وهذا بخلاف البيع، فإنه مع ردّه لايرجع إلى عوضه، بل يوجب انفساخ البيع. والفرق أن الطلاق المترتّب على العوض قد وقع قبل الردّ، والأصل فيه اللزوم، وليس هو كغيره من عقود المعاوضات القابلة للتفاسخ مطلقاً، بل يقف فسخه على أمور خاصّة بدليل خاصّ لامطلقاً، فلا وسيلة إلّا إلى تحصيل المطلوب من العوض بما ذكر.

ومثله ما لو خالعها على عبد معيّن على أنه من جنس خاصّ فبان من غيره، لأن الفائت الوصف الموجب للعيب على تقدير كونه أنقص، وأما الجنس وهو كونه عبداً فواحد. وكذا لو خالعها على ثوب على أنه نقيّ اللون فظهر أسمر، لاشتراك الجميع في أصل الجنس، والاختلاف في الأوصاف الموجبة لاختلاف القيمة، فينجبر بالأرش أو البدل.

أما لو بذلت له شيئاً فظهر من خلاف جنس المعيّن ـ كما لو خالعها على أن الثوب إبريسم فظهر قطناً أو كتّاناً ـ لم يثبت الأرش، لفوات الحقيقة بأسرها، بل له قيمة ما عيّناه، لأنها أقرب إلى حقيقته. ولايبطل الخلع، لوجود العوض فيه في الجملة. وليس للزوج إمساك الثوب المخالف لجنس ما عيّناه، كما لو عقد[٢] على عين فبانت غيرها، لأن اختلاف الأجناس كاختلاف الأعيان، مع احتمال البطلان هنا، لتبيّن عدم وجود العوض الذي عيّناه، بخلاف ما لو فاتت صفته خاصّة، ولكنّهم نظروا إلى وجود الماليّة للمبذول في الجملة، وفوات الجنس يجبر بالقيمة

---

(١) في «ط ، و» : للوصف .

(٢) في الحجريتين : عقدت .

ولو دفعت ألفاً وقالت: طلّقني بها متى شئت، لم يصحّ البـذل. ولو طلّق كان رجعيّاً، والألف لها.

كما يجبر بها فوات الوصف. وللنظر في هذه المطالب مجال إن لم تكن إجماعيّة، إذ لا نصّ فيها، وإنما هي أحكام اجتهاديّة. ولو قيل في فوات الوصف يتعيّن أخذه بالأرش كان حسناً.

قوله: «ولو دفعت ألفاً.....الخ».

وجه البطلان أن المعتبر في البذل الصحيح كونه في مقابلة الطلاق الواقع على الفور، فإذا جعلته في مقابلة الواقع مطلقاً فكأنّها قد جعلته في مقابلة طلاق باطل، فيبطل البذل. وعلّله الشيخ في المبسوط[1] بأنه سلف في طـلاق، وبأنـه عوض على مجهول.

وفي الكلّ نظر، لأن هذه الصيغة كما تناولت الطلاق الباطل مع التراخـي تناولت الفوري بعد هذه الصيغة، فلا يلزم من بطلان التراخي ولامن اشتمالها على الباطل وغيره بطلانُ مدلولها أجمع. وكذا القول في كونه سلفاً فـي طـلاق، لأن المشيئة تشمل ما لو أوقعه في الحال. وأما كونه عوضاً على مجهول فظاهر المنع. نعم، لو قيل ـ بأن اللفظ يتمّ بقولها مع دفع الألف: طلّقني بها، ويكون قولها: «متى شئت» مانعاً من الفوريّة المعتبرة في الجواب، فيكون البطلان مستنداً إلى تخلّل كلام لايتعلّق بالعقد ـ أمكن، إلّا أن منع مثل هذا لا يخلو من نظر.

ثم على تقدير بطلان البذل إن كان الواقع خلعاً بطل من رأس. وإن كـان طلاقاً وقع رجعيّاً من حيث خلوّه من البذل. ويأتي فيه ما تقدّم[2] من الإشكال

---

(١) المبسوط ٤: ٣٦١.

(٢) في ص: ٣٨٥.

ولو خالع اثنتين بفدية واحدة صحّ، وكانت بينهما بالسويّة. ولو قالتا: طلّقنا بألف، فطلّق واحدة، كان له النصف. ولو عقّب بطلاق الأخرى كان رجعيّاً، ولاعوض له، لتأخّر الجواب عن الاستدعاء المقتضي للتعجيل.

على تقدير كونه بائناً بغير هذا الاعتبار وجهل المطلّق بالحال.

قوله: «ولو خالع اثنتين .....الخ».

إذا خالع اثنتين فصاعداً على عوض معيّن فالأظهر عندنا الصحّة، لأن العوض ـ وهو المجموع ـ معلوم في مقابلة جملة معلومة. ولاعبرة بجهالة ما يخصّ كلّ واحدة على تقدير التقسيط، لأن ذلك أمر متجدّد وراء الصفقة الواقعة في العقد، كما لايقدح في الصحّة بيع جملة من الأمتعة بثمن واحد معلوم وإن جوّز ظهور بعضها مستحقّاً، فلو فرض عروض ذلك واحتيج إلى التقسيط لايقدح في صحّة البيع السابق.

وهل يقسّط في الخلع على رؤوسهما أو على مهر المثل؟ وجهان اختار الشيخ[1] والمصنّف والأكثر الأول، لأن البذل ذكر في مقابلتهما.

ووجه توزيعه على مهر أمثالهما أن ذلك هو الملحوظ في قيمة البضع حيث يفتقر إلى تقويمه، ومن ثَمّ اعتبر في خلع المريضة مهر مثلها، كما إذا باع عبيداً صفقة واحدة، فإن الثمن يوزّع على قيمة العبيد حيث يحتاج إلى التوزيع، فإن استوت المهور استوين فيه، وإن تفاوتت تفاوتن.

وتوقّف في المختلف[2] بين الوجهين. وله وجه. وأغرب القاضي[3] ابن

---

(١) المبسوط ٤: ٣٦٣.

(٢) المختلف: ٥٩٦.

(٣) المهذّب ٢: ٢٧٢.

. . . . . .

البرّاج حيث جعل العوض مقسوماً عليهما على قدر ما تزوّجهما به من المهر. ولعلّه تجوّز به في اعتبار مهر المثل، كما أطلق المتقدّمون الأرش أنه تفاوت ما بين قيمة العين صحيحة ومعيبة، وأرادوا نسبة ذلك من الثمن لانفس التفاوت حذراً من اجتماع العوض والمعوّض لواحد، بل الزيادة عليهما.

هذا إذا قالتا: طلّقنا بألف أو خالعنا بها، ففعل ذلك بهما. ومثله ما لو ابتدأهما بذلك فقبلتا . أمّا لو قالتا: طلّقنا بألف، فطلّق واحدة خاصّة كان له النصف بناءً على قسمة المال بينهما بالسويّة. وعلى القول الآخر يلزمها حصّتها من المسمّى إذا وزّع على مهر مثلهما. ولايضرّ اختلاف السؤال والإيقاع، لأن كلّ واحدة مقصودة بنفسها منفردة، كما لو قال رجلان: ردّ عبدينا بكذا، فردّ أحدهما دون الآخر. وهذا بخلاف ما لو قالت الواحدة: طلّقني ثلاثاً بألف مثلاً، فطلّق واحدة، لأنّ المرأة الواحدة يتعلّق غرضها بالعدد. وقد ينقدح إرادة كلّ واحدة طلاقهما معاً ولاتريد الانفراد، فلا يكون الاقتصار على إحداهما مطابقاً للسؤال، لكن ظاهرهم عدم الالتفات إلى هذا الاحتمال، لأنه خلاف الظاهر.

وفي التحرير[1] استشكل في ثبوت النصف لو اقتصر على طلاق الواحدة. ووجهه ما ذكرناه.

وفرّق بعضهم[2] بين هذه الصورة وبين 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.

---

(١) تحرير الأحكام ٢ : ٦٠.

(٢) راجع الوجيز ٢ : ٤٢ ـ ٤٣، روضة الطالبين ٥ : ٦٨٨.

ولو خلعها على عين فبانت مستحقّة، قيل: يبطل الخلع. ولو قيل: يصحّ وتكون له القيمة أو المثل إن كان مثليّاً، كان حسناً.

والفرق لايخلو من نظر.

ثم على تقدير وقوعه على واحدة منهما لو عقّب بطلاق الأُخرى لم يستحقّ العوض، لتأخّر الجواب عن الاستدعاء، ووقع الطلاق رجعيّاً من هذه الحيثيّة، كما تقدّم[1].

قوله: «ولو خالعها على عين .....الخ».

القول ببطلان الخلع للشيخ في المبسوط[2]، نظراً إلى أن العوض لازم لماهيّته، وبطلان اللازم يستلزم بطلان الملزوم. ولأن الطلاق بغير عوض غير مقصود، وبالعوض غير صحيح، والقيمة غير مرادة.

ووجه ما اختاره المصنّف من الصحّة ولزوم المثل أوالقيمة: أن المعاوضة هنا ليست حقيقيّة كما في البيع، والأصل في العقود الصحّة، فلا يؤثّر بطلان [غير][3] العوض في بطلانه، وفواته ينجبر بضمانها مثله إن كان مثليّاً وقيمته إن لم يكن كذلك. والأقوى الأول.

ونبّه بقوله: «فبانت مستحقّة» على أنه لو كان عالماً باستحقاقها ابتداءً بطل الخلع، لأنه لم يقصد إلى عقد صحيح، بخلاف ما إذا جهل. وعلى التقديرين فلو أتبعه بالطلاق وقع رجعيّاً كما سلف[4] غير مرّة .

---

(١) في ص: ٤٠١.

(٢) المبسوط ٤: ٣٤٤.

(٣) من «ق، ط، م» والحجريّتين، وشطب عليها في «د، و» ولعلّها تصحيف: عين، راجع إيضاح الفوائد ٣: ٣٨٦.

(٤) في ص: ٤٠١ و ٤٠٢.

ويصحّ البذل من الأمة، فإن أذن مولاها انصرف الإطلاق إلى الافتداء بمهر المثل. ولو بذلت زيادة عنه، قيل: يصحّ، وتكون لازمة لذمّتها تتبع بها بعد العتق واليسار، وتتبع بأصل البذل مع عدم الإذن. ولو بذلت عيناً فأجاز المولى صحّ الخلع والبذل، وإلّا صحّ الخلع دون البذل، ولزمها قيمته أو مثله تتبع به بعد العتق.

قوله: «ويصحّ البذل من الأمة .....الخ».

يشترط في قابل الخلع وباذل المال أن يكون مطلق التصرّف فيه صحيح الالتزام. والمحجورون أنواع ذكر المصنّف بعضها، فمنهم المحجور بسبب الرقّ، فإذا كانت الزوجة المختلعة أمة لم يخل: إما أن تختلع بغير إذن السيّد، أو بإذنه. فإن اختلعت بإذنه فإمّا أن يبيّن العوض، أو يطلق الإذن. فإن بيّنه نظر إن كان عيناً من أعيان ماله نفذ الخلع، واستحقّ الزوج تلك العين. وإن قدّر ديناً بأن قال: اختلعي نفسك بألف مثلاً، ففعلت، تعلّق الإذن بالألف بذمّة المولى، أو بكسبها إن كان لها كسب، أو ما في يدها إن كان مأذوناً لها في التجارة، كمهر العبد في النكاح المأذون فيه. ولو لم تكن ذات كسب ولا ذات يد تعلّق بذمّتها تتبع به بعد العتق واليسار. وقد تقدّم[1] البحث فيه، وأن الأقوى تعلّقه بذمّة المولى مطلقاً. وإن زادت على ما قدّر قيل: يصحّ، وتكون لازمة لذمّتها تتبع به إذا أُعتقت وأيسرت، إذ لا سبيل إلى نفوذه، لكونه بغير إذن المولى، ولا إلى البطلان، لأن ذمّتها قابلة للتعلّق.

وإن أطلق فقال: اختلعي بما شئت، اختلعت بمهر المثل، والزيادة عليه ـ إن

---

(١) في ج ٤: ١٧٥ ـ ١٧٦.

فرضت ـ كالزيادة على المأذون فيه يتعلّق بذمّتها.

وإن اختلعت بغير إذنه نظر إن اختلعت بعين مال السيّد فالخلع على عين مستحقّة، فعلى ما اختاره المصنّف يلزمها مثله أو قيمته تتبع به. وعلى الآخر يبطل، ويقع الطلاق رجعيّاً إن أُتبع به، خصوصاً مع علم الزوج أن المال للسيّد، وأنه لا إذن منه فلا يكون طامعاً في شيء. وإن اختلعت على دين حصلت البينونة، وتبعت به بعد العتق واليسار. والفرق بين الدَّين والعين المبذولة بغير إذنه: أنه مع الدَّين يكون قد أقدم على ثبوت العوض في ذمّتها وهي قابلة له وإن لم يكن معجّلاً، بخلاف العين، لانحصار العوض فيها، فإذا لم تصحّ توجّه بطلانه، لخلوّه عن العوض إن لم نقل بلزوم بدله[1] لها فيلحق بالدَّين. ولا يخفى ضعفه.

فرع

لو اختلع السيّد أمته التي هي تحت حرّ أو مكاتب على رقبتها ففي صحّته وجهان:

أحدهما: أنه تحصل الفرقة ويرجع إلى قيمتها، لأنه خلع على بذل لم يسلم له، فإن البذل هو تملّك الرقبة، وفرقة الطلاق وتملّك الرقبة لايجتمعان، فإذا لم يسلم البذل أشبه ما إذا خالعها على خمر أو مغصوب.

والثاني: أنه لايصحّ الخلع أصلاً، لأنه لو حصلت الفرقة لقارنها ملك الرقبة، فإن العوضين يتساوقان. والملك في المنكوحة يمنع وقوع الطلاق. ولعلّ هذا أجود.

---

(١) في «ق، ط، م»: بذله.

ويصحّ بذل المكاتبة المطلقة، ولا اعتراض للمولى. وأما المشروطة فكالقنّ.

النظر الثالث: في الشرائط

ويعتبر في الخالع شروط أربعة: البلوغ..... وكمال العقل..... والاختيار..... والقصد.

قوله: «ويصحّ من المكاتبة .....الخ».

أما [حكم][1] مساواة المشروطة للقنّ فواضح، لأنها لاتخلص من محض الرقّ إلّا بأداء جميع المال، فهي قبله بحكم القنّ. وأما المطلقة فقد أطلق الشيخ[2] في المبسوط بأن بذلها صحيح من غير اعتراض للمولى، وتبعه عليه المصنّف والجماعة[3]. ولايخلو من إشكال، لما سيأتي في الكتابة[4] من أن المكاتب مطلقاً ممنوع من التصرّف المنافي للاكتساب ومسوَّغ فيه، من غير فرق بين المطلق والمشروط. وماتبذله[5] من المال في مقابلة البضع إن كان اكتساباً ـ من حيث إنّ العائد إليها البضع ـ فيبقى صحّته فيهما مقيّداً بكون المبذول بقدر مهر المثل، وإن كان غير اكتساب ـ كما هو الظاهر ـ لم يصحّ فيهما. ولو قيل بأن اختلاع المكاتبة مطلقاً كاختلاع الأمة كان وجهاً، لكن لا أعلم به قائلاً من أصحابنا، فينبغي التوقّف إلى أن يظهر الحال أو وجه الفرق الذي ادّعوه.

---

(١) من «د» والحجريّتين.

(٢) المبسوط ٤: ٣٦٦ ـ ٣٦٧.

(٣) راجع القواعد ٢: ٧٩، واللمعة: ١٢٧.

(٤) في المسألة الثانية من أحكام المكاتب.

(٥) فيما لدينا من النسخ الخطّية والحجريّتين: يبذله، والصحيح ما أثبتناه.

فلا يقع مع الصغر، ولا مع الجنون، ولا مع الإكراه، ولا مع السكر، ولا مع الغضب الرافع للقصد.

ولو خالع وليّ الطفل بعوض صحّ إن لم يكن طلاقاً، وبطل مع القول بكونه طلاقاً.

قوله: «ولا مع الجنون».

أي: الجنون حالة إيقاعه الخلع، سواء كان مطبقاً أم أدواراً. وكذا القول في غيره من الموارد. والمعتبر من الجنون ما يزول معه العقل، ويعلم باختلال نظم الكلام ومخالفة الأفعال لأفعال العقلاء.

قوله: «ولا مع الإكراه .....الخ».

قد تقدّم تحقيق الإكراه وما يتفرّع عليه في الطلاق[1]. ولو ظهرت قرينة الرضا بعد الإكراه بأن يخالف ما أكره عليه كمّيّة أو كيفيّة ـ بأن أكرهه على خلعها بمائة فخلعها بمائتين، أو بذهب فخلعها بفضّة، ونحو ذلك ـ لم يكن ذلك إكراهاً. ولو ادّعى الإكراه رجع إلى القرينة مع عدم البيّنة وإلّا لم تقبل، لأصالة الصحّة.

قوله: «ولو خالع وليّ الطفل .....الخ».

إذا خالع الوليّ زوجة الطفل، فإن جعلناه طلاقاً أو يفتقر إلى أن يتبع بالطلاق لم يصحّ مطلقاً، لما تقدّم[2] من أن الوليّ ليس له أن يطلّق عن الصبيّ وإن وجد مصلحة. وإن جعلناه فسخاً روعي في صحّته المصلحة، لأنه حينئذٍ بمنزلة

---

(١) في ص: ١٧.

(٢) في ص: ١١.

ويعتبر في المختلعة أن تكون طاهراً طهراً لم يجامعها فيه، إذا كانت مدخولاً بها، غير يائسة، وكان حاضراً معها، وأن تكون الكراهية من المرأة.

المعاوضة عنه، وهي جائزة معها. ولافرق حينئذٍ بين خلعه بمهر المثل وأقلّ، لأن المصلحة هي المسوِّغة للفعل، وليس على حدّ المعاوضات المحضة الماليّة حتى يتقيّد بمهر المثل، مع احتماله، إلحاقاً له بغيره من المعاوضات. وقد تقدّم[1] ما يرشد إليه.

قوله: «ويعتبر في المختلعة ـ إلى قوله ـ حاضراً معها».

الضابط أنه يعتبر فيها ما يعتبر في الطلاق وإن جعلناه فسخاً، لقول الصادق عليه السلام: «لااختلاع إلّا على طهر من غير جماع»[2]. وكلّ خبر[3] دلّ على أنه طلاق لزم منه اعتبار شرائطه.

قوله: «وأن تكون الكراهية .....الخ».

مذهب الأصحاب أن الخلع مشروط بكراهة المرأة له، فلو خالعها وأخلاقهما ملتئمة ولا كراهة منها لم يقع. وأخبارهم به مستفيضة، منها حسنة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يحلّ خلعها حتى تقول لزوجها: والله لا أبرّ لك قسماً، ولا أطيع لك أمراً، ولا أغتسل لك من جنابة، ولأوطينّ فراشك، ولأوذننّ عليك بغير إذنك، وقد كان الناس يرخّصون فيما دون هذا، فإذا قالت

---

(١) في ص: ٣٩٥ـ٣٩٦.

(٢) التهذيب ٨: ١٠٠ ح ٣٣٦، الوسائل ١٥: ٤٩٧ ب«٦» من أبواب الخلع والمباراة ح ٥.

(٣) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٩١ ب «٣» من أبواب الخلع والمباراة ح ٢، ٣، ٤، ١٠، ١١، وغيرها.

. . . . . .

المرأة ذلك لزوجها حلّ له ما أخذ منها، وكانت عنده على تطليقتين»[١]. وفي معناها أخبار[٢] كثيرة.

وفي حديث جميلة بنت عبد الله بن أُبيّ زوجة ثابت بن قيس التي كانت أصل مشروعيّة الخلع ما يدلّ على وروده في كراهتها، لكنّه لايدلّ على انحصار صحّته في تلك الحالة، بخلاف أخبارنا. وفي بعض ألفاظ[٣] حديثها أنها كانت تبغضه وكان يحبّها، فأتت رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم فقالت: يارسول الله: لا أنا ولا ثابت لايجمع رأسي ورأسه شيء، والله ما أعتب عليه في دين ولا خلق، ولكنّي أكره الكفر في الاسلام، ما أطيقه بغضاً، إنّي رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل في عدّة، فإذا هو أشدّهم سواداً، وأخصرهم قامة، وأقبحهم وجهاً، فنزلت الآية، وهي قوله تعالى: ﴿**فإن خفتم ألّا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به**﴾[٤] وكان قد أصدقها حديقة، فقال ثابت: يارسول الله تردّ عليّ الحديقة، فقال: ما تقولين؟ فقالت: نعم وأزيده، قال: لا، حديقته فقط، فاختلعت منه بها. وقوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «لا، حديقته فقط» موافقة لمطلوب الزوج لا للنهي عن بذل الزيادة.

---

(١) الكافي 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 والمباراة ح ٣، وذيله في ص: ٤٩١ ب «٣» ح ٢.

(٢) لاحظ الوسائل ١٥: ٤٨٧ ب «١» من أبواب الخلع والمباراة.

(٣) أنظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣: ١٣٩، مجمع البيان ١: ٣٢٩ ذيل آية ٢٢٨ من سورة البقرة.

(٤) البقرة: ٢٢٩.

ولو قالت: لأدخلنّ عليك من تكرهه، لم يجب [عليه] خلعها، بل يستحبّ. وفيه رواية بالوجوب.

قوله: «ولو قالت: لأدخلنّ .....الخ».

الأصحّ أن الخلع لا يجب على الزوج مطلقاً للأصل، ولأن الله تعالى رفع فيه الجناح الموهم لكونه محرّماً، ورفع الجناح يرفع التحريم، ولا يدلّ على ما سواه، بل يشعر بعدم رجحانه. وفي حسنة الحلبي السابقة[١] ونظائرها دلالة على إثبات حلّه مع كراهتها خاصّة.

والقول بوجوبه إذا قالت له ذلك للشيخ في النهاية[٢]، وتبعه تلميذه القاضي[٣] وجماعة[٤]، استناداً إلى أن ذلك منها منكر، والنهي عن المنكر واجب، وإنما يتمّ بالخلع، فيجب.

وجوابه: منع انحصار النهي في الخلع، بل تأدّيه بالطلاق المجرّد عن البذل أقرب إليه وأنسب بمقام الغيرة والنخوة من مراجعتها على بذل المال الحقير. ويمكن أيضاً تأدّيه بالضرب وغيره ممّا يدفع به المنكر. والأقوى حينئذٍ استحباب فراقها، أما كونه بطريق الخلع فغير واضح إلّا من حيث جعله بعض أفراد الفرقة. وقال في المختلف: «الظاهر أن مراد الشيخ بذلك شدّة الاستحباب»[٥]. وفيه نظر لا يخفى.

---

(١) في ص: ٤٠٩، ولاحظ أيضاً الوسائل ١٥: ٤٨٨ ب «١» من أبواب الخلع والمباراة ح ٥ و ٦ وغيرهما.

(٢) النهاية: ٥٢٩.

(٣) نقله عن كامله العلّامة في المختلف: ٥٩٤.

(٤) راجع الكافي في الفقه: ٣٠٧، فقه القرآن ٢: ١٩٣ ـ ١٩٤، الغنية وإصباح الشيعة (ضمن سلسلة الينابيع الفقهيّة) ٢٠: ٢٥٠ و ٢٩٠.

(٥) مختلف الشيعة: ٥٩٤.

ويصحّ خلع الحامل مع رؤية الدم كما يصحّ طلاقها ولو قيل: إنها تحيض. وكذا التي لم يدخل بها ولو كانت حائضاً. وتخلع اليائسة وإن وطئها في طهر المخالعة.

ويعتبر في العقد حضور شاهدين دفعة، ولو افترقا لم يقع .

قوله: «ويصحّ خلع الحامل.....الخ».

إذا جعلنا الخلع طلاقاً فما يعتبر في الطلاق ويرخّص فيه من طلاق الحائض في المواضع الثلاثة آتٍ هنا. وإن جعلناه فسخاً يستتبع الطلاق فكذلك بطريق أولى، وإن لم نقل بافتقاره إلى الطلاق فغايته إلحاقه به أما زيادته عليه في الشرائط فلا، إذ لا دليل عليه.

وخالف في ذلك بعض الأصحاب[1] فحكم بعدم جواز خلع الحامل إن قلنا إنها تحيض إلّا في طهر آخر غير طهر المواقعة، بخلاف الطلاق. ويمكن الاحتجاج له بعموم الخبر[2] السابق، مع القول بأنه فسخ لا طلاق فلا يلحقه ما دلّ على استثناء الحامل في الطلاق.

وكيف كان فالمذهب هو المشهور، ورجحان كونه طلاقاً كافٍ في مشاركته له في الحكم.

قوله: «ويعتبر في العقد .....الخ».

المراد سماعهما صيغة العقد، سواء حضرا دفعة أم لا، وإن كانت العبارة غير مساعدة. والتعبير بالعقد يشمل استدعاء المرأة وخلع الزوج. وبناؤه على القول بكونه طلاقاً واضح. وعلى القول الآخر يمكن استفادته من عموم الأخبار[3]

---

(١) لم نعثر عليه ، وفي نهاية المرام للعاملي (٢ : ١٣٧) : أنه مجهول القائل .

(٢) في ص : ٤٠٩ ، هامش (٢) .

(٣) لاحظ الهامش (١) في الصفحة التالية .

وتجريده عن شرط.

الدالّة على اعتبار الشاهدين فيه. ولمّا كانت ماهيّته لا تتحقّق بدون الايجاب الواقع منه والاستدعاء منها أو القبول تناولهما الاشتراط.

واعلم أن إثبات هذا المطلوب من النصوص على القول بكونه فسخاً لايخلو من إشكال[١]، ولعلّ الاستناد إلى الاجماع أسهل.

قوله: «وتجريده عن شرط».

الكلام في اشتراط تجريده عن الشرط كالكلام في الطلاق من أنه مذهب الأصحاب ودليله غير صالح. وعموم الأدلّة[٢] الدالّة على مشروعيّته يتناول المشروط. وورود النصّ[٣] بجواز تعليق الظهار على الشرط يؤنس بكونه غير منافٍ للصحّة في الجملة، إلّا أن الخلاف هنا غير متحقّق، فإن تمّ فهو الدليل.

---

(١) في هامش «ق، ط، و»: «وجه الإشكال أن التعرّض للشاهدين موجود في أخبار منها صحيحة ابن بزيع عن الرضا عليه السلام قال: «سألته عن المرأة تباري الرجل أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر هل تبين منه؟ قال: تبين منه». وليس فيها دلالة على عدم الصحّة بدون الشاهدين إلّا من حيث المفهوم الضعيف. ورواية حمران عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا يكون خلع ولا تخيير ولا مباراة إلّا على طهر من غير جماع وشاهدين». ودلالتها جيّدة، ولكن في سندها من لا يثبت عدالته، وفيها إضافة التخيير والأصحاب لا يقولون به. ومنها رواية زرارة: «الخلع لا يكون إلّا على مثل موضع الطلاق إمّا طاهر وإمّا حامل بشهود». وهي موقوفة على زرارة. بخطّه قدّس سرّه».

لاحظ الكافي ٦: ١٤٣ ح ٧، التهذيب ٨: ٩٨ ح ٣٣٢ و ٣٣٤ و ٣٣٨، الاستبصار ٣: ٣١٧ ح ١١٢٨ و ١١٣٢، الوسائل ١٥: ٤٩٢ ب «٣» من أبواب الخلع والمباراة ح ٩، وص: ٤٩٧ ب «٦» ح ٤ و ٦.

(٢) البقرة: ٢٢٩، ولاحظ الوسائل ١٥: ٤٨٧ ب «١» من أبواب الخلع والمباراة.

(٣) الوسائل ١٥: ٥٢٩ ب «١٦» من أبواب الظهار ح ١، ٧، ١٢ وغيرها.

ويصحّ الخلع من المحجور عليه لتبذير أو فلس.

قوله: «ويصحّ الخلع.....الخ».

المعتبر في المخالع كونه ممّن ينفذ طلاقه، فلا يصحّ خلع الصبيّ والمجنون، ويصحّ[1] من المحجور عليه للسفه والفلس، سواء أذن الوليّ أم لم يأذن، وسواء كان العوض بقدر مهر المثل أم دونه، فإن ذلك لايزيد على الطلاق مجّاناً، وطلاقهما مجّاناً نافذ. ولكن لايجوز للمختلع تسليم المال إلى السفيه، بل إلى الوليّ. فإن سلّمه إلى السفيه وكان الخلع على عين أخذها الوليّ من يده. فإن تلفت في يد السفيه قبل علم الوليّ بالحال رجع على المختلع بمثلها أو قيمتها، لحصول التلف قبل قبض المستحقّ للقبض. ولو علم فتركها في يده حتى تلفت مع تمكّنه من قبضها ففي ضمان الوليّ أو الدافع وجهان، أجودهما الثاني، وإن أثم الوليّ بتركها في يده.

وإن كان الخلع على دين رجع الوليّ على المختلع بمثله، لأنه لم يجر قبض صحيح تحصل به البراءة، ويستردّ المختلع من السفيه ما سلّمه إليه. فإن تلف قبل ردّه ففي ضمانه له وجهان تقدّما في بابه[2]. ولاضمان هنا على الوليّ وإن أمكنه انتزاعه منه بغير إشكال، لأنّه ليس عين الحقّ.

هذا كلّه إذا كان التسليم إلى السفيه بغير إذن الولي. فإن كان بإذنه ففي الاعتداد به وجهان، من أنه تسليم مأذون فيه ممّن له الولاية فكان مبرئاً، ومن الشكّ في نفوذ مثل هذه الإذن، إذ ليس للولي أن يفوّض إلى السفيه الأمر في ماله،

---

(١) في هامش «و»: «في القواعد قيّد الصحّة بخلعه بعوض المثل، وهو يؤذن بعدم صحّة ما دونه. وما ذكرناه أوضح. بخطّه قدّس سرّه». لاحظ القواعد ٢: ٧٨.

(٢) في ج ٤: ١٥٩ ـ ١٦٠.

ومن الذمّي والحربي. ولو كان البذل خمراً أو خنزيراً صحّ. ولو أسلما أو أحدهما قبل الإقباض ضمنت القيمة عند مستحلّيه.

إلّا أن يفرض مراعاته له بحيث لايخرج عن يده، فيتّجه البراءة. وهذا التفصيل حسن. وأطلق في القواعد[1] البراءة مع إذنه. ولايخلو من إشكال.

قوله: «ومن الذمّي .....الخ».

المعتبر في العوض كونه قابلاً لملك المتعاوضين، فلا عبرة بعدم قبول ملكيّة غيرهما. فلو كان الزوجان ذمّيين صحّ بذلها له خمراً أو خنزيراً، لصحّة ملكهما عندهما. وأولى منهما الحربيّان.

ثم إن تقابضا كافرين فلا كلام. وإن أسلما أو أحدهما قبل التقابض ضمنت قيمته عند مستحلّيه، لأنها أقرب شيء إليه، كما لو جرى العقد على عين فتعذّر تسليمها. وينزّل التعذّر الشرعي منزلة الحسّي، إذ لو كانت هي المسلمة امتنع منها إقباضه، وإن كان هو المسلم امتنع منه قبضه، وزالت ماليّته، لكن له أخذ قيمته منها إلزاماً لها بما تنتحله، فينزّل تعذّر قبضه منزلة المعدوم. ويحتمل سقوط حقّه منه لو كان هو المسلم. وقد تقدّم[2] نقل المصنّف له قولاً فيما لو أسلمت قبل قبض المهر وكان خمراً.

ولو كان الاسلام قبل قبض البعض لحق كلّ جزءٍ حكمه، فيجب بقدر الباقي من القيمة. ولو ترافعا إلينا قبل الاسلام والتقابض ألزمها[3] الحاكم القيمة أيضاً، لتعذّر حكم الحاكم بالأصل، كما تعذّر إقباض المسلم له وقبضه.

---

(١) قواعد الأحكام ٢ : ٧٨.

(٢) في ج ٨ : ٣٨٧، ولكن فيما لو أسلم الزوج قبل قبضها المهر.

(٣) في «ق ، م» والحجريّتين : الزمها.

والشرط إنما يبطل إذا لم يقتضه العقد، فلو قال: فإن رجعتِ رجعتُ، لم يبطل بهذا الشرط، لأنه [من] مقتضى الخلع. وكذا لو شرطت هي الرجوع في الفدية.

قوله: «والشرط إنما يبطل .....الخ».

الضابط في كلّ شرط لا يصحّ تعليق العقد عليه هو الشرط الخارج عن مقتضى العقد، فلو شرط ما هو مقتضاه ـ بمعنى أن مضمونه يتناوله العقد وإن لم يشرط ـ لم يضرّ، وكان ذلك بصورة الشرط لا بمعناه، كقوله: إن رجعتِ في البذل رجعتُ في الطلاق، فإن ذلك أمر ثابت مترتّب على صحّة الخلع شرط أم لم يشرط. وكذا قولها: على أن لي الرجوع فيه في العدّة، ونحو ذلك.

وقد يشكل الحكم في كلّ منهما من حيث اشتمالهما ـ للاشتراط المذكور ـ على تخلّل كلام بين الإيجاب والقبول في الأول على تقدير تأخّر القبول، وتخلّله بين الاستدعاء والإيجاب في الثاني على تقدير تقدّم الاستدعاء، وقد تقدّم[1] اعتبار الفوريّة بينهما، إلّا أن يدّعى اغتفار مثل ذلك إما لقلّته أو لكونه من مقتضيات العقد ولوازمه، فلا يضرّ ذكره وإن أوجب الفصل بين المقصود بالذات من اللفظين. وهذا الأخير هوالوجه. وكذا القول في تخلّل الكلام الواقع من هذا القبيل بين الإيجاب والقبول وقد قدّمنا الإشارة إلى مثله في النكاح[2].

---

(١) في ص: ٣٨٤.

(٢) في ج ٧: ٩١ و ١٠٠ ـ ١٠١.

أما لو قال: خالعتك إن شئتِ، لم يصحّ ولو شاءت، لأنه شرط ليس من مقتضاه. وكذا لو قال: [خالعتك] إن ضمنتِ لي ألفاً، أو إن أعطيتني [ألفاً] وما شاكله. وكذا: متى، أو: مهما، أو: أيّ وقت، أو: أيّ حين.

قوله: «أما لو قال: خالعتك ..... الخ».

هذه جملة من أمثلة الشرط المقتضي للبطلان عند الأصحاب. وضابطه: أن يكون أمراً متوقّعاً بعد الصيغة علّقت عليه يمكن وجوده وعدمه وإن أمكن وجوده بعدها بغير فصل، كما في قوله: إن شئت، فقالت: شئت، مقارناً للإيجاب، أو: إن ضمنت لي ألفاً، فقالت: ضمنتها، كذلك. وكذا في تعلّقه[1] على إعطائها بجميع تلك الأدوات.

والفرق بينها وبين قوله: خالعتك بألف، من غير أن يتقدّم سؤالها ـ مع كونه في المعنى مشروطاً بقبولها الذي هو بمعنى الضمان على ما قرّر سابقاً ـ: أن الصيغة في نفسها هنا جازمة وإن توقّفت على شرط آخر، كتوقّف الإيجاب الجازم على القبول، وذلك لا يقتضي جعله في نفس اللفظ معلّقاً عليه، حتى لو قال في البيع: بعتك بكذا، فقبل صحّ وإن كانت صحّته في نفسه موقوفة على القبول، بخلاف ما لو قال: بعتك بكذا إن قبلت، فقال: قبلت، لوجود التعليق المنافي للجزم بالصيغة.

وفي هذه التعاليق أمر آخر زائد على تعليقه على القبول، وهو أن المشيّة المعلّق عليها قد تقع مقارنة وقد تقع متأخّرة، فيكون قد علّق اللفظ على أمر قد يقع مطابقاً وقد لا يقع، فيرجع إلى تعليقه على أمر مبطل من حيث هو كلّي وإن كان بالنظر إلى بعض أفراده موافقاً.

---

(١) في «م» والحجريّتين: تعليقه.

وفي التعليق على الإعطاء مانع آخر، وهو أنه غير مشروط بكونه عوضاً في الخلع، بل متى حصل الإعطاء المملّك كفى في تأدّي الشرط وإن لم يكن على وجه العوض، بل على قصد عدمه، والمال المعلَّق عليه صحّة الخلع هو المجعول عوضاً، ومن ثَمّ صحّحوا قوله: خالعتك بألف، دون: وعليك ألف، ونحوه.

وفي الحقيقة هذه الأحكام كلّها راجعة إلى صور الشروط المرتبطة بالألفاظ، وإلّا فالمعنى متّحد. وإثبات الأحكام بمثل هذه الاعتبارات لا يخلو من تكلّف.

وبقي البحث في تعليق الاستدعاء على الشرط، وقد تقدّم[1] القول بجوازه. وفي التحرير : «لو قالت: إن طلّقتني واحدة فلك عليّ ألف، فطلّقها فالأقرب ثبوت الفدية»[2]. وهو تعليق محض، إلّا أن يقال: بأن الاستدعاء يتوسّع فيه، ومن ثَمّ لم يختصّ بلفظ، بخلاف الخلع الواقع من الزوج، وفي الحقيقة كلّ لفظ يتقدّم منهما فهو معلّق على الآخر، ومن ثَمّ قلنا إنه مع تأخير القبول من جانبها يكون في الخلع شائبة الشرط، إلّا أنهم اعتبروا في نفس الخلع ـ الذي هو عبارة عن اللفظ الواقع من الزوج ـ تجرّده عن صورة الشرط، بخلاف اللفظ الواقع منها. ولو جعلنا الخلع عبارة عن العقد المركّب منهما أشكل الفرق. وعلى ما ذكره في تعريف الخلع في التحرير[3] من أنه عبارة عن بذل المرأة المال للزوج فدية لنفسها يقوى الإشكال، خصوصاً في حكمه الذي حكيناه عنه.

---

(١) في ص : ٤١٦.

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ٥٩، وفيه: فالوجه ثبوت ...

(٣) تحرير الأحكام ٢ : ٥٧.

النظر الرابع: في الأحكام.

وهي مسائل:

الأُولى: لو أكرهها على الفدية فعل حراماً. ولو طلّق به صحّ الطلاق، ولم تسلّم له الفدية، وكان له الرجعة.

الثانية: لو خالعها والأخلاق ملتئمة لم يصحّ الخلع، ولا يملك الفدية. ولو طلّقها والحال هذه بعوض لم يملك العوض، وصحّ الطلاق، وله الرجعة.

قوله: «لو أكرهها على الفدية .....الخ».

يتحقّق إكراهه عليها بتوعّده إيّاها إن لم تبذلها بما لا تحتمله أو لا يليق بجانبها من ضرب وشتم ونحوه، لا بتقصيره في حقوقها الواجبة لها من القسم والنفقة فافتدت منه لذلك على الأقوى، إلّا أن يظهر لها أن ذلك طلباً لبذلها فيكون إكراهاً، لصدق تعريفه عليه حينئذٍ. وقد تقدّم البحث في ذلك في باب الشقاق من النكاح[1]. ولو حملها على ذلك بفعل ما لا يحرم عليه ـ كإغارتها ـ أو ترك ما لا يجب فعله لم يعدّ ذلك إكراهاً إجماعاً. وحيث يتحقّق الإكراه على البذل، فإن كان الواقع خلعاً بطل وإن قلنا إنه طلاق، فلا يكون رجعيّاً، لأن ماهيّته لا تتحقّق بدون صحّة البذل عندنا. وإن كان طلاقاً بعوض وقع رجعيّاً من حيث فساد البذل. ولو كان بائناً من حيثيّة أُخرى بانت منه بغير عوض، وكان التقصير من جانبه.

قوله: «لو خالعها والأخلاق .....الخ».

أما بطلان الخلع فلما تقدّم من اشتراط صحّته بكراهتها له، فبدون الكراهة

---

(١) انظر ج ٨: ٣٧٢.

. . . . . .

يقع باطلاً، لفقد شرطه. والتئام أخلاقهما كناية عن عدم [ظهور][١] الكراهة، وإلّا فإنها أمر نفسي يمكن مجامعتها لالتئام الأخلاق ظاهراً، بأن تكتم الكراهة وتحسن معه الخلق، ولكن لمّا كان ذلك على خلاف الغالب لم يعتبره، إذ ما يضمره الانسان يظهر على فلتات لسانه وصفحات وجهه. ولو فرض عدم ظهور كراهتها مع وقوعها في نفس الأمر لوجب الحكم بفساده، لأن العبرة بظهور الشرط لا بحصوله في نفس الأمر. وأما بالنسبة إليها فيما بينها وبين الله تعالى فيحتمل وقوعه فيلحقها حكم المطلّقة بالنسبة إليها وإن كانت بالنسبة إليه زوجة. لكن الأقوى فساده مطلقاً، لما تقرّر من دلالة النصوص[٢] على أن المعتبر إظهارها الكراهة بالقول.

هذا بالنسبة إلى الخلع. وأما الطلاق بعوض فمقتضى كلام المصنّف والجماعة[٣] كونه كذلك، لاشتراكهما في المعنى، بل عدّه في المبسوط[٤] خلعاً صريحاً حيث قسّمه إلى واقع بصريح الطلاق وإلى واقع بغيره، وجعل الأول طلاقاً وخلعاً، وجعل الخلاف في الثاني هل هو طلاق أم لا؟ وهذا إن كان إجماعاً فهو الحجّة في حكمه وإلّا فلا يخلو من إشكال، لأن النصوص[٥] إنما دلّت على توقّف الخلع على الكراهة، وظاهر حال الطلاق بعوض أنه مغاير له وإن شاركه في بعض الأحكام.

---

(١) من «ط» وهامش «ق» والحجريّتين فقط.

(٢ و ٥) الوسائل ١٥: ٤٨٧ ب (١) من كتاب الخلع والمباراة.

(٣) راجع الجامع للشرائع: ٤٧٦، الارشاد ٢: ٥٢.

(٤) المبسوط ٤: ٣٤٤.

الثالثة: إذا أتت بالفاحشة جاز عضلها لتفدي نفسها. وقيل: هو منسوخ. ولم يثبت.

قوله: «إذا أتت بالفاحشة .....الخ».

الأصل في هذه المسألة قوله تعالى: ﴿**ولا تعضلوهنّ لتذهبوا ببعض ما آتيتموهنّ إلّا أن يأتين بفاحشة مبيّنة**﴾[١]. وقضيّة الاستثناء جواز عضلهنّ مع إتيانهنّ بفاحشة مبيّنة ليفتدين أنفسهنّ. وأصل العضل التضييق والمنع، تقول: أردت أمراً فعضلتني عنه أي: منعتني وضيّقت عليّ، وأعضل بي الأمر: إذا ضاق، قاله الهروي[٢] وغيره[٣]. والمراد هنا مضارّة الزوجة المذكورة وسوء العشرة معها ليضطرّها إلى الافتداء منه بمالها. واختلف في الفاحشة المستثناة بسببها، فقيل: هي الزنا، وقيل: ما يوجب الحدّ مطلقاً، وقيل: كلّ معصية. وكون الحكم على خلاف الأصل ينبغي معه الاقتصار على محلّ الوفاق وهو الأول، لأنه ثابت على جميع الأقوال. وهذا العضل للافتداء في معنى الإكراه عليه كما تقدّم، فلذلك كان حكمها على خلاف الأصل.

وقيل: إن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى: ﴿**الزانية والزاني فاجلدوا كلّ واحد منهما مائة جلدة**﴾[٤]. وإنه كان قبل نزول الحدود للرجل أن يعضل الزانية لتفتدي نفسها، فلمّا نزلت الحدود حرم أخذ المال بالإكراه.

ويضعّف بعدم المنافاة بين الأمرين. والأصل عدم النسخ، والأكثر على عدمه.

---

(١) النساء: ١٩.

(٢) غريب الحديث للهروي ٢: ٤٤ ـ ٤٥.

(٣) النهاية لابن الأثير ٣: ٢٥٣ ـ ٢٥٤.

(٤) النور: ٢.

وعلى القول الأول فهل يتقيّد جواز العضل ببذل قدر مخصوص كمقدار ما وصل إليها؟ ظاهر المصنّف والأكثر عدمه، لإطلاقهم الجواز إلى أن تفتدي نفسها، لإطلاق الآية، ولعدّهم هذا خلعاً وهو غير مقيّد.

ورجّح الشهيد في بعض تحقيقاته تقييده بما وصل إليها منه من مهر وغيره، حذراً من الضرر العظيم، واستناداً إلى قوله[1] صلّى الله عليه وآله وسلم لجميلة بنت عبد الله بن أُبيّ ـ وقد قالت: وأزيده ـ: «لا، حديقته فقط» وفي بعض ألفاظ الرواية[2]: «أما الزيادة فلا، ولكن حديقته». وحمل كلام الأصحاب على غير صورة العضل، أو على ما إذا بذلت الزائد من قبل نفسها.

وفي الاحتجاج من الجانبين معاً نظر، لأن الاستثناء في الآية وقع من إذهاب الأزواج لبعض ما آتوهنّ لا بجميعه، والاستثناء إخراج ما لولاه لدخل في اللفظ، والجميع غير داخل فيه، فإطلاق الاستثناء لا يفيد، فلا حجّة فيها للفريقين.

وأما الخبر فلا دلالة فيه أيضاً على موضع النزاع، لأن المرأة المذكورة ليست من هذا الباب، ولا عضلها زوجها، وإنما كان يودّ لو رضيت عنه، وإنما هي الكارهة له على أصل قاعدة الخلع كما أشرنا إليه سابقاً. وتقييده صلّى الله عليه وآله وسلم بالحديقة لكون الزوج طلبها وإلّا لجازت الزيادة إجماعاً.

وأما حمله كلام الأصحاب بجواز أخذ الزيادة في غير صورة العضل ففيه أنهم أطلقوا جواز أخذ الفدية مع العضل الشامل لأخذ الزائد، مع أنك قد عرفت أن التقييد بقدر ما أخذت منه لا دليل عليه من الآية، وهو ظاهر، ولامن الخبر،

---

(١) مجمع البيان ١: ٣٢٩ ذيل آية ٢٢٨ من سورة البقرة.

(٢) سنن البيهقي ٧: ٣١٤.

الرابعة: إذا صحّ الخلع فلا رجعة له، ولها الرجوع في الفدية ما دامت في العدّة، ومع رجوعها يرجع إن شاء.

لخروجه عن محلّ النزاع، وليس ذلك من باب الخلع ولا المباراة ليبحث عن تقييده بذلك وشبهه.

وأما حديث الإضرار فحسن لكنّه غير مقيّد بكون البذل بمقدار ما وصل إليها، بل بما يحصل معه الإضرار وعدمه.

والأظهر الاقتصار في تقدير العضل على بعض ما وصل إليها مطلقاً، عملاً بظاهر الآية، ووقوفاً فيما خالف الأصل على محلّ اليقين.

واعلم أن القول الذي حكاه المصنّف من كون الآية منسوخة تبع فيه الشيخ في المبسوط[1]، وهو قول بعض العامّة[2]، وأما أصحابنا فلا نعرف ذلك لهم، ولم ينقله أحد من الأصحاب عنهم، ولكن الشيخ يحكي في المبسوط أقوالهم ويختار منها ما ترجّح عنده، وقد نقل القول بكونها منسوخة بقوله: «وقيل» وهو ضعيف المستند.

قوله: «إذا صحّ الخلع .....الخ».

متى صحّ الخلع فهو فرقة بائنة، سواء جعلناه طلاقاً أم فسخاً، لأنها بذلت المال لتملك البضع، فلا يكون للزوج ولاية الرجوع إليه، كما أن الزوج إذا بذل المال صداقاً ليملك البضع لا يكون للمرأة ولاية الرجوع إلى البضع بغير سبب عارض يوجبه كالعيب[3]. وقد صرّح به في أخبار كثيرة، منها صحيحة ابن بزيع

---

(١) المبسوط ٤: ٣٤٣.

(٢) جامع البيان للطبري ٤: ٢١١، الحاوي الكبير ١٠: ٧، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ٩٦.

(٣) في «و» ونسخة بدل «ق، د»: كالعنن.

قال: «تبين منه وإن شاءت أن يردّ إليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعلت»[١]. وهي دالّة على الأمرين معاً، أعني: كونه بائناً وجواز رجوعها في البذل، فيرجع هو حينئذٍ في الطلاق. والمراد بقوله: «وتكون امرأته» أن طلاقها حينئذٍ يصير رجعيّاً، والرجعيّة بمنزلة الزوجة، للإجماع على أنها لا تصير امرأته بمجرّد رجوعها. ويؤيّده رواية أبي العبّاس عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «المختلعة إن رجعت في شيء من الصلح يقول: لأرجعنّ في بضعك»[٢]. فهذه صريحة في صيرورتها بعد رجوعها رجعيّة.

وظاهر الخبرين تلازم الحكمين، فلو كانت العدّة بائنة ـ كما لو كانت الطلقة ثالثة ـ لم يجز لها الرجوع في البذل، لعدم إمكان رجوعه في البضع. ويؤيّده أن الخلع عقد معاوضة كما سلف[٣]، والأصل في عقود المعاوضات أن لا يرجع أحدهما في عوضه مع عدم رجوع الآخر، سواء كان ذلك مفوَّضاً إليهما أم إلى أحدهما، لأنه على تقدير اختصاصه بأحدهما يترتّب على رجوعه في عوضه رجوع العوض الآخر إلى صاحبه، فلو جوّزنا رجوعها هنا من دون أن نجوّز رجوعه كان ذلك على خلاف الأُصول الممهّدة. وأيضاً فالدليل على رجوعها هو الخبران المتقدّمان، وهما دالّان على إمكان رجوعه في البضع.

وإلى مثل هذا نظر ابن حمزة[٤]، فاشترط في جواز رجوعها تراضيهما معاً

---

(١) التهذيب ٨: ٩٨ ح ٣٣٢، الاستبصار ٣: ٣١٨ ح ١١٣٢، الوسائل ١٥: ٤٩٢ ب «٣» من أبواب الخلع والمباراة ح ٩.

(٢) التهذيب ٨: ١٠٠ ح ٣٣٧، الوسائل ١٥: ٤٩٩ ب «٧» من أبواب الخلع والمباراة ح ٣.

(٣) في ص: ٣٧٤ ـ ٣٧٥.

(٤) الوسيلة: ٣٣٢.

. . . . . .

عليه، بناءً على أنه عقد معاوضة فيعتبر في فسخه رضاهما. ونفى عن قوله في المختلف[١] البأس.

والوجه اشتراط إمكان رجوعه في صحّة رجوعها وإن لم يعتبر رضاه، إذ لا دليل على جواز رجوعها مطلقاً. ودعوى الشهيد في الشرح[٢] الاتّفاق على أن البذل غير لازم من جهتها في زمان العدّة إن تمّ فهو مقيّد بذلك، لأن جواز رجوعها مع عدم جواز رجوعه موضع الخلاف فكيف يدّعى الاجماع عليه؟!.

وظاهر الشيخ[٣] وصريح العلّامة[٤] التلازم بين صحّة رجوعها وجواز رجوعه. ويتفرّع على ذلك ما لو رجعت ولم يعلم حتى انقضت العدّة، فيحتمل صحّة رجوعها حينئذٍ على القولين. أما على القول بعدم التلازم بين الرجوعين فظاهر. وأما على الآخر فلأن الشرط ثبوت رجوعه شرعاً أعمّ من أن يرجع[٥] أم لا، ومتى كانت العدّة رجعيّة كان رجوعه جائزاً، سواء[٦] علم أم لم يعلم، كما لو طلّق رجعيّاً ولم يعلم بجواز الرجوع فيها فترك إلى أن انقضت العدّة، فإن ذلك لايخرج العدّة عن كونها رجعيّة. ولأن رجعتها شرط في جواز رجوعه، والشرط لا يتوقّف وجوده على وجود المشروط بالفعل وإلّا دار.

ووجه الاشتراط أنه لو صحّ رجوعها من غير علمه لزم الإضرار به بالعود

---

(١) المختلف: ٥٩٥.

(٢) غاية المراد: ٢٢٣.

(٣) النهاية: ٥٢٩.

(٤) ارشاد الأذهان ٢: ٥٣.

(٥) في «ط ،و»: ترجع.

(٦) في «و» بدل «سواء»: شرعاً.

عليه بالبذل مع فوات البضع، وهو منفيّ بقوله صلّى الله عليه وآله: «لا ضرر ولا ضرار»[١]. ولأنها معاوضة يعتبر فيها علم المتعاوضين كسائر المعاوضات.

وفي الاستدلال من الجانبين نظر، أما الأول فلأن ظاهر الخبرين الدالّين على جواز رجوعها كون الزوج عالماً به خصوصاً الثاني. والدور إنما يلزم لو توقّف رجوعها على رجوعه بالفعل، أما إذا توقّف على جوازه بالقوّة بمعنى تمكّنه من الرجوع بعد رجوعها فلا، لأن مرجع الشرط حينئذٍ إلى كون العدّة رجعيّة والزوج عالماً بالحال، وهذا لا يقدح تقدّمه في الوجود على صحّة رجعتها[٢]. ويجوز أن نجعلهما مقترنين بالزمان، فيكون دور معيّة، وهو غير محال.

وأما الضرر فيندفع بأنه قادر على دفعه بالرجعة في الأوقات المحتملة إلى آخر زمان العدّة. وبتقدير جهله بآخرها لا يمنع رجوعه في أوقات احتمالها، فإن طابق العدّة وسبق رجوعها صحّ وإلّا لغا، مع أن الضرر إذا حصل من قبل مَنْ يتوجّه عليه لا يقدح، وهو هنا كذلك حيث دخل على جواز رجوعها على هذا الوجه.

وأما حديث المعاوضة فلا يقدح، إذ ليست على قاعدة واحدة يجب اطّرادها. ولأنه لو اختار عدم الرجوع بعد رجوعها وقعت المعاوضة خالية من العوض الآخر.

---

(١) الكافي ٥: ٢٩٢ ح ٢ و٦ و٨، معاني الأخبار: ٢٨١، الفقيه ٣: ١٤٧ ح ٦٤٨، التهذيب ٧: ١٤٦ ح ٦٥١، الوسائل ١٧: ٣٤١ ب «١٢» من أبواب إحياء الموات ح ٣ و٤، وانظر مسند الشافعي: ٢٢٤، المعجم الكبير للطبراني ٢: ٨٠ ح ١٣٨٧، سنن الدار قطني ٣: ٧٧ ح ٢٨٨، المستدرك للحاكم ٢: ٥٨.

(٢) في «د، م»: رجوعها.

. . . . . .

إذا تقرّر ذلك فنقول: حيث ترجع المرأة في العوض تصيرالعدّة رجعيّة، سواء رجع أم لا. وهل يترتّب عليها أحكام الرجعيّة مطلقاً، كوجوب النفقة والإسكان وتجديد عدّة الوفاة لو مات فيها ونحو ذلك؟ وجهان، من أن جواز رجوعه يقتضي ذلك، إذ لا نعني بالعدّة الرجعيّة إلّا ما يجوز للزوج الرجوع فيها، ومن أنها ابتدأت على البينونة وسقوط هذه الأحكام، فعودها بعد ذلك يحتاج إلى دليل، والأصل يقتضي استصحاب الحكم السابق، ولا يلزم من جواز رجوعه على هذا الوجه كونها رجعيّة مطلقاً، لجواز أن يراد بالرجعيّة ما يجوز للزوج الرجوع فيها مطلقاً كما هو الظاهر، وأما قبل رجوعها فلا شبهة في انتفاء أحكام الرجعيّة عنها.

وممّا يتفرّع على ذلك جواز تزويجه أُختها ورابعة، فأما بعد رجوعها فهو منتفٍ، لأنها صارت حينئذٍ في حكم الزوجة كما صرّح به في الخبر الصحيح[1]. وأما قبله ففي جوازه وجهان، من تحقّق البينونة حينئذٍ، ومن أنه بتزلزله في حكم الرجعي، ولأنه على تقدير تقدّم ذلك ثم رجوعها يصير جامعاً بين الأُختين وأزيد من العدد الشرعي. فإن جوّزنا له فعل ذلك فهل لها الرجوع بعده؟ وجهان، من أنه حينئذٍ لا يمكنه الرجوع، وهو شرط في جواز رجوعها على ما مرّ[2]، ومن وجود المقتضي لرجوعها، وهو كونها في عدّة خلع، والمانع إنما جاء من قبله، ولم يثبت ذلك في حقّها، ولأن هذا العارض من قبله يمكنه إزالته بأن يطلّق الأُخت والرابعة بائنة، فله الرجوع حينئذٍ، لزوال المانع.

---

(١) الوسائل ١٥: ٤٩٢ ب «٣» من أبواب الخلع والمباراة ح ٩.

(٢) في ص: ٤٢٤ ـ ٤٢٥.

والقول بجواز تزويجه في الموضعين قبل رجوعها لا يخلو من قوّة. ويدلّ عليه ـ مضافاً إلى ما سلف ـ صحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أيحلّ له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضي عدّة المختلعة؟ قال: نعم، قد برئت عصمتها منه، وليس له عليها رجعة»[١]. وهذه الرواية وإن لم تكن صريحة في تزويجها بالفعل، لأن الخطبة لاتستلزم العقد، إلّا أنها ظاهرة فيه، وتعليلها مرشد إليه. ويترتّب على الجواز حكم رجوعها قبل أن يطلّقها بائناً وعدمه، ومن اعتبر التلازم بين الأمرين لم يجوّز رجوعها حينئذٍ إلّا أن يبينهما[٢] في العدّة. وكذا على قول ابن حمزة[٣] من اشتراط تراضيهما في جواز رجوعها.

بقي في المسألة بحث آخر، وهو أنها لو رجعت في البعض خاصّة هل يصحّ الرجوع، ويترتّب عليه صحّة رجوعه؟ لم أقف فيه على شيءٍ يعتدّ به. وفيه أوجه كلّ منها محتمل.

أحدها: جواز الرجوع، ويترتّب عليه رجوعه. أما الأول فلما اتّفق عليه الأصحاب من أن البذل غير لازم من جهتها، فكما يصحّ لها الرجوع في الجميع يصحّ في البعض، لأن الحقّ لها فلها إسقاط بعضه كما لها إسقاط الجميع، فإن عدم الرجوع في قوّة الإسقاط، إذ لايلزم منه رجوع [إلى][٤] العوض الآخر، بل جوازه.

---

(١) الكافي ٦: ١٤٤ ح ٩، التهذيب ٨: ١٣٧ ح ٤٧٧، الوسائل ١٥: ٥٠٤ ب «١٢» من أبواب الخلع والمباراة ح ١.

(٢) في «ط»: يبتّهما، وفي «م» وإحدى الحجريّتين: يبينها، وفي الثانية: يبتّها.

(٣) انظر ص: ٤٢٤.

(٤) من «د، م» وإحدى الحجريّتين.

. . . . . .

وأما الثاني فلأنه مترتّب على رجوعها وقد حصل. وفي رواية أبي العبّاس ما يرشد إليهما، لأنه قال: «المختلعة إن رجعت في شيءٍ من الصلح يقول: لأرجعنّ في بضعك»[١]. وهو صريح في الاكتفاء بالبعض وترتّب رجوعه عليه.

والثاني: المنع فيهما. أما الأول فلأن جوازه يقتضي صيرورة الطلاق رجعيّاً، وإنما يصير رجعيّاً إذا لم يشتمل على عوض، والعوض باقٍ في الجملة، إذ لا فرق فيه بين القليل والكثير، ومن ثَمّ لو جعل ابتداءً ذلك القدر الباقي بل أقلّ منه كفى في البينونة، فالجمع بين كون الطلاق رجعيّاً وبقاء العوض في مقابله متنافيان. وفي صحيحة ابن بزيع ما يرشد إليه، لأنه قال: «وإن شاءت أن يردّ إليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعلت»[٢]. وهي العمدة في الباب، لصحّتها، وظاهرها اعتبار ردّ الجميع، لأن «ما» من صيغ العموم فلا يترتّب الحكم بالبعض.

وثالثها: جواز رجوعها دونه. أما الأول فلما تقرّر من أن البذل من جهتها جائز، فتتخيّر في الرجوع. وأما الثاني فلأن بقاء شيء من العوض مانع من رجوعه، وهو حاصل هنا.

وأضعفها الأخير، لما يظهر من تلازم الأمرين حيث لا يكون المانع من قبله، وهو هنا ليس كذلك. ولأن هذا لو صحّ لزم الإضرار به، بأن ترجع في أكثر البذل وتبقي منه شيئاً يسيراً لتمنعه من الرجوع، وهو منفيّ[٣]، ولا وسيلة له إلى إسقاطه، بخلاف ما تقدّم. والوسط لا يخلو من قوّة.

---

(١) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٤٢٤، هامش (٢).

(٢) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٤٢٤، هامش (١).

(٣) في حديث نفي الضرر، ومرّ ذكر مصادره في ص: ٤٢٦، هامش (١).

الخامسة: لو خالعها وشرط الرجعة لم يصحّ. وكذا لو طلّق بعوض.

السادسة: المختلعة لا يلحقها طلاق بعد الخلع، لأن الثاني مشروط بالرجعة. نعم، لو رجعت في الفدية فرجع جاز استئناف الطلاق.

قوله: «لو خالعها وشرط .....الخ».

لأن ذلك شرط منافٍ لمقتضى العقد وللمشروع، فإن من حكم الخلع والطلاق بعوض أن يكون بائناً، فاشتراط الرجعة فيه ينافي موضوعه الشرعي، فلا يكون اشتراطه سائغاً، فيبطل ويترتّب عليه بطلان الخلع. وأما الطلاق فينبغي أن يقع رجعيّاً إن خلا من موجبات البينونة، وإلّا اتّجه بطلانه أيضاً. وكذا لو أُتبع الخلع بالطلاق.

وخالف في ذلك بعض الشافعيّة[1]، فأبطل الشرط وحكم بالبينونة بمهر المثل، لأن الشرط جزء من العوض، فيفسد العوض، وتحصل البينونة بمهر المثل. ولهم قول[2] آخر بعدم الصحّة ووقوع الطلاق رجعيّاً، كما أشرنا إليه.

قوله: «المختلعة لا يلحقها .....الخ».

عدم صحّة طلاق المختلعة على أُصولنا واضح، لأن شرطه أن يقع بالزوجة وهي بعد الخلع بائنة، سواء جعلناه طلاقاً أم فسخاً. نعم، لو رجعت في البذل فرجع في الخلع أو الطلاق فلا شبهة في جواز طلاقها حينئذٍ، لأنها صارت زوجة.

ونبّه بأصل الحكم على خلاف[3] بعض العامّة حيث جوّز طلاق

(١ و ٢) الحاوي الكبير ١٠: ١٤، الوجيز ٢: ٤٤، روضة الطالبين ٥: ٦٩٩ ـ ٧٠٠، كفاية الأخيار ٢: ٥١.

(٣) في هامش «ط ،و»: «المخالف في ذلك أبو حنيفة، لكنّه شرط أن يخالعها بصريح الطلاق دون الكنايات، وإن صحّ الطلاق بالكناية في غيرها، بخطّه قدّس سرّه». لاحظ الإشراف على مذاهب العلماء ٤: ٢١٩، الحاوي الكبير ١٠: ١٦، حلية العلماء ٦: ٥٥٤، شرح السنة للبغوي ٩: ١٩٧.

السابعة: إذا قالت: طلّقني ثلاثاً بألف، فطلّقها قال الشيخ: لا يصحّ، لأنه طلاق بشرط. والوجه أنه طلاق في مقابلة بذل، فلا يعدّ شرطاً.

فإن قصدت الثلاث ولاءً لم يصحّ البذل وإن طلّقها ثلاثاً مرسلاً، لأنه لم يفعل ما سألته. وقيل :يكون له الثلث، لوقوع الواحدة.

أما لو قصدت الثلاث التي يتخلّلها رجعتان صحّ. فإن طلّق ثلاثاً فله الألف. وإن طلّق واحدة قيل: له ثلث الألف، لأنها جعلته في مقابلة الثلاث، فاقتضى تقسيط المقدار على الطلقات بالسويّة. وفيه تردّد، منشؤه جعل الجملة في مقابلة الثلاث بما هي، فلا يقتضي التقسيط مع الانفراد.

المختلعة ما دامت في العدّة. ووافقنا أكثرهم على ماذكرناه.

وكما لا يصحّ طلاقها فكذا ظهارها والإيلاء منها، لاشتراك الجميع في المقتضي وهو خروجها عن الزوجيّة، وهذه الأحكام معلّقة عليها.

قوله: «إذا قالت: طلّقني ..... الخ».

إذا قالت له: طلّقني ثلاثاً بألف، أو على ألف، فلا يخلو: إما أن تريد الثلاث على الولاء، بمعنى أن يأتي بصيغة الطلاق ثلاث مرّات من غير أن يتخلّلها رجعة، أو تريد بها المرسلة، وهي أن يقول لها: أنت طالق ثلاثاً، أو تريد بها الثلاث التي يتخلّل بينها رجعتان. فإن أرادت أحد المعنيين الأوّلين لم يصحّ، إذ لا يقع الثلاث الولاء شرعاً، ولا المرسلة كما سلف[1]، فيكون طلباً لباطل شرعاً، ولاينصرف إلى الواحدة، لأن المقصود غيرها. وربما احتمله بعضهم، حملاً للبذل على الصحيح، فيكون له الألف. وهو ضعيف جدّاً. لكن إن قلنا بوقوع واحدةفيهما فهل يستحقّ

---

(١) في ص : ٩٢.

. . . . . .

عليها شيئاً؟ الأظهر العدم، لأنه لم يحصل ما طلبت، فلا يستحقّ ما بذلت. واختلف كلام الشيخ في المبسوط[١]، ففي موضعين منه أنه لا يستحقّ بالواحدة شيئاً، وفي موضعين آخرين أنه يستحقّ الثلث.

وإن أرادت الثلاث التي يتخلّلها رجعتان قصداً أو صرّحت بذلك فقد قال المصنّف ـ رحمه الله ـ: يصحّ، وتبعه العلّامة[٢] في كتبه.

وفيه إشكال من حيث إن وقوع الثلاث على هذا الوجه يستدعي تأخّر الطلقتين الأخيرتين عن استدعائها بتخلّل الأول بينهما وبتخلّل الرجعتين، وذلك منافٍ لعقد الخلع كما سلف[٣]. ولأن البذل في مقابل الطلقات الثلاث، ورجوعه في كلّ واحدة يتوقّف على رجوعها قبله في البذل، فإن لم يحصل لم تصحّ الطلقات، لكونها بائنة يتوقّف على رجوعها ثم رجوعه ليصحّ الطلاق المتعقّب، وإن حصل لم يتحقّق استحقاقه الألف، لأن رجوعها في البذل يرفع استحقاقه له فلا يكمل له الألف في الثالثة. ولو قيل بأن البذل في مقابلة الثالثة خاصّة ليسلم من توقّفه على رجوعها لم تحصل الفوريّة بين طلبها وجوابه أصلاً.

وقد اختلفوا في الجواب عن هذين الإشكالين، فمنهم من اعتبر الفوريّة في الطلاق الأول خاصّة وجعل الباقي من تتمّة المقصود، واعتبر رجوعها في البذل بين الطلقات، لتوقّف ما طلبته عليه، والتزم توقّف ملكه للألف على الثالثة، لأن بها حصل ما طلبته فاستحقّ ما بذلته، فتكون الأوّلتان شرطاً في استحقاق البذل على الثالثة لا جزءاً من المطلوب.

---

(١) المبسوط ٤: ٣٤٧ و ٣٦١ و ٣٥٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٨١، إرشاد الأذهان ٢: ٥٣، تحرير الأحكام ٢: ٥٩.

(٣) في ص: ٣٨٤.

. . . . . .

ومنهم من جعل شرطها ذلك إذناً له وتوكيلاً في الرجوع عنها في البذل، لاستلزام وقوع الثلاث على هذا الوجه تخلّل الرجوع، فإذا بذلت عليه العوض فقد أذنت له في فعل ما تتوقّف عليه صحّتها، فإذا طلّق واحدة جاز له الرجوع عنها في البذل لتصير رجعيّة، ثم يرجع ويطلّق، ثم يرجع في البذل كذلك ثم يرجع هو ويطلّق.

وكلّ واحد من هذين الجوابين فاسد:

أما الأول فلأن رجوعها يمنع من ملكه للعوض المفروض في مقابلة الطلقة المرجوع في عوضها، فلا يمكن الجمع بين كون الألف مبذولة في مقابلة الثلاث ثم ثبوتها في مقابلة الأخيرة، لأن ثبوتها في مقابلة الأخيرة خاصّة يقتضي كون الأوّلتين رجعيّتين، فلا يفتقر إلى رجوعها في العوض. وأيضاً فإن مقتضى لفظها كون العوض في مقابلة المجموع لا الثالثة خاصّة.

وأما الثاني فلأن صريح لفظها إنما هو بذل الألف في مقابلة طلاقه لها، أما فعل ما يتوقّف عليه من رجوعها فلا. ولا يلزم من عدم صحّة طلاقه بدون رجعتها إذنها له في الرجعة، لجواز أن يوقع هو الطلاق ثم يتوقّف على رجوعها بنفسها في العوض. وأيضاً فالمحذور اللازم من السابق من جعل البذل في مقابلة الجميع وسقوط ما قابل المرجوع فيه آتٍ هنا.

والحقّ في الجواب عنهما أن نقول: إن البذل إنما وقع في مقابلة المجموع من حيث هو مجموع، لا في مقابلة كلّ واحدة من الثلاث على وجه التوزيع، ولا في مقابلة الثالثة خاصّة. وحينئذٍ فلا يتحقّق استحقاقه العوض إلّا بتمام الطلقات الثلاث، فالأوّلتان تقعان رجعيّتين محضاً، فله الرجوع فيهما من غير أن يتخلّل رجوعها في العوض، فإذا تمّت الثلاث استحقّ العوض بتمامه، لا في مقابلة الثالثة

كما قيل، بل في مقابلة المجموع من حيث هو مجموع. وصارت حينئذٍ بائنة بوجهين: كونها في مقابلة عوض وكونها ثالثة، والأوّلتان رجعيّتان، لعدم بذل عوض في مقابلهما من حيث إنهما مفردتان، بل من حيث إنهما جزء من المجموع، وذلك لا يقتضي استحقاق شيءٍ في مقابلتهما، فارتفع الاشكال الثاني.

وأما الأول فيرتفع بفوريّة الطلاق الأول لاستدعائها وإتباعه بالباقي مع تخلّل الرجعتين على الفور، لأن مجموع ذلك مطلوب [واحد][1] وعقد واحد، فيكفي ترتّب أوّله على استدعائها وإن بعد الجزء الأخير، كما لا يقدح بعد الجزء الأخير من [صيغة][2] الطلاق الواحد عن الاستدعاء، وهما مشتركان هنا في الوحدة من حيث اتّحاد المطلوب وكون البذل في مقابله، وإن افترقا بتعدّد أحدهما في نفسه، فإن ذلك أمر آخر.

وهذا البحث كلّه إنما يتأتّى على القول بجواز اجتماع الطلقات الثلاث في الطهر الواحد، فلو أوجبنا تفريقها على الأطهار سقط التفريع. وفي حكمه ما لو فرّق الطلقات على الأوقات وجعل بينها تراخياً مخرجاً عمّا يعتبر في عقد الخلع، فلا يستحقّ شيئاً وإن حصلت البينونة، كما لايستحقّ شيئاً لو بذلت له شيئاً في مقابلة طلقة واحدة فأوقعها متراخية عن الاستدعاء بما يقدح فيه.

فهذا ما يتعلّق بحكم المسألة على تقدير إيقاعه ثلاث طلقات على وفق ملتمسها، فأما إذا طلّق واحدة خاصّة فهل يستحقّ في مقابلتها شيئاً من الألف؟ قال في موضع من المبسوط[3]: إنه يستحقّ ثلث الألف، لأن جعل الألف في

---

(١) من «ط ،م» والحجريّتين فقط .

(٢) من هامش «ق ، و» فقط .

(٣) المبسوط ٤: ٣٥٢ و ٣٦١.

. . . . . .

مقابلة عدد يقتضي تفريقه على آحاد ذلك العدد، وقد حصل ثلثه فيكون له ثلث الألف. وقال في موضعين[١] آخرين: إنه لا يستحقّ شيئاً، وهو الذي يرشد إليه تردّد المصنّف في الحكم الأول، لأن البذل في مقابلة المجموع من حيث هو كما حقّقناه سابقاً[٢]، وللمجموع حالة ـ وهي البينونة ـ لا تحصل لكلّ واحد من آحاده، فلا يستحقّ شيئاً. وهذا هو الأقوى. وعليهما يتفرّع ما لو طلّق اثنتين، فيستحقّ الثلثين على الأول دون الثاني، ولكنّهم لم يذكروا حكم هذا القسم.

بقي في المسألة بحث يتعلّق بتحقيق محلّ النزاع فيما ادّعى الشيخ فيه أنه طلاق بشرط وبيان شرطيّته. وتحريره: أن المصنّف نقل عن الشيخ أنها إذا قالت: طلّقني ثلاثاً بألف، فطلّقها لا يصحّ، لأنه طلاق بشرط. وتبعه على هذا النقل تلميذه العلّامة في التحرير[٣]. والذي رأيناه من كلام الشيخ خلاف ذلك، وأنه نقل البطلان معلّلاً بالشرط في كلام آخر يخالف ما نقله المصنّف في اللفظ والمعنى، وهو أنه جعل مورد الشرط ما لو قالت: طلّقني على أن لك عليّ ألفاً، وهذا اللفظ هو المحتمل للشرط دون ما عبّر به المصنّف، لأن الباء صريحة في العوض. ولننقل عبارة الشيخ في ذلك ثم نبيّن وجه الشرط فيما ذكر.

قال في موضع من المبسوط[٤]: «إذا قالت لزوجها: طلّقني ثلاثاً بألف درهم، فقال لها: قد طلّقتك ثلاثاً بألف درهم، صحّ عند المخالف، وعندنا لايصحّ، لأن الطلاق الثلاث لا يقع عندنا بلفظ واحد، ولا يجب أن نقول ها هنا إنها تقع واحدة، لأنها إنما بذلت العوض في الثلاث، فإذا لم تصحّ الثلاث وجب أن تبطل

---

(١) راجع الهامش (٣) في الصفحة السابقة.

(٢) في ص: ٤٣٣.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ٥٩.

(٤) المبسوط ٤: ٣٤٧.

من أصله». ثم قال: «إذا قالت له: طلّقني ثلاثاً على أن لك عليّ ألفاً، فطلّقها صحّ الخلع ولزمها الألف وانقطعت الرجعة، وعندنا لايصحّ، لما قلناه، ولأنه طلاق بشرط».

وقال في موضع[1] آخر: «إن قالت له: طلّقني ثلاثاً بألف، فطلّقها ثلاثاً فعليها الألف، وإن طلّقها واحدة أو اثنتين فعليها بالحصّة، وعندنا أنه لا يصحّ الطلاق أصلاً، وقد مضى. وإن قالت له: طلّقني ثلاثاً على ألف، فالحكم فيه كما لو قالت: بألف. وقال قوم في هذه: إن طلّقها ثلاثاً فله ألف، وإن طلّقها أقلّ من ثلاث وقع الطلاق ولم يجب عليها ما سمّي. وفصّل بينهما بأن قال: إذا قالت: «بألف» فهذه «باء» البدل، والبدل يقتضي أن يقسّط على المبدل، كما لو باعه ثلاثة أعبد بألف، وإذا قال: «على ألف» علّق الطلاق الثلاث بشرط هي الألف، فإذا لم يوقع الثلاث لم يوجد الشرط، فلم يستحقّ شيئاً». فهذا ما يتعلّق الغرض بنقله من عبارته.

ومحصّلها: أن التعليل للبطلان بالشرط إنما هو على تقدير قولها «على أن» لا على تقدير قولها «بألف» لأن الباء للعوض والبدل لا للشرط بغير إشكال. ومقتضى كلامه الأخير أن لفظة «على» مجرّدة عن «أن» للعوض أيضاً، ولكنّه نقل عن بعضهم أنها للشرط. فظهر أن ما نقله عنه المصنّف غير مطابق لعبارته. وقد تنبّه لذلك العلّامة في القواعد[2]، فنقل فيها عن الشيخ أنها لو قالت: طلّقني على أنّ لك عليّ ألفاً، لايصحّ، لأنّه طلاق بشرط، ثم قال: «والوجه أنه طلاق في مقابلة عوض، فلا يعدّ شرطاً». وهذا هو الصواب.

---

(١) المبسوط ٤: ٣٦١ـ٣٦٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٨١، ولكن بلفظ «قيل» ولم يصرّح باسم الشيخ «قده».

وملخّص 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 أتّبعك على أن تعلّمن ممّا علّمت رشداً**﴾[١] والأصل في الاستعمال الحقيقة. وبهذا أخذ الشيخ[٢] رحمه الله.

وأجيب بمنع كونها فيما ذكر للشرط أيضاً، بل للعوض. والمراد: على أن تجعل تعويضي عن اتّباعي لك تعليمي. وأوضح منه قوله تعالى: ﴿**فهل نجعل لك خرجاً على أن تجعل بيننا وبينهم سدّاً**﴾[٣] وقوله تعالى: ﴿**إنّي أُريد أن أُنكحك إحدى ابنتيّ هاتين على أن تأجرني ثماني حجج**﴾[٤] فجعلها عوض البضع. وكثرة استعمالها في ذلك دليل الحقيقة، والآخر محمول عليه حذراً من الاشتراك، أو محمول على المجاز، لأنه خير منه. ولأن أهل اللغة عدّوا أدوات الشرط ولم يذكروا «على أن» فيها. ومثله القول في «على» مجرّدة عن «أن». وهذا القول هو الأصحّ.

وقد ظهر من ذلك أيضاً أن موضع توهّم الشرط هو ما لو قالت: «على» أو «على أن» لا ما إذا أتت بالباء، لأنها للعوض بغير إشكال.

واعلم أنه لافرق على قول الشيخ بين تعلّق سؤالها بثلاث طلقات أو بواحدة، وإن كان قد ذكر في التمثيل التماس الثلاث، لأن المقتضي للشرط دخول ما ادّعاه من أداته وهو «على أن» لا دخوله على الثلاث. وعلى هذا فلو قالت:

---

(١) الكهف: ٦٦.

(٢) المبسوط ٤: ٣٤٧.

(٣) الكهف: ٩٤.

(٤) القصص: ٢٧.

ولو كانت معه على طلقة فقالت: طلّقني ثلاثاً بألف، فطلّق واحدة كان له ثلث الألف.

وقيل: له الألف إن كانت عالمة، والثلث إن كانت جاهلة. وفيه إشكال.

طلّقني واحدة على أنّ لك عليّ ألفاً، فطلّقها واحدة جرى الخلاف في صحّته وفساده من حيث الشرط، وإن كان صحيحاً من حيث الوحدة. وقد أسلفنا في أول الكتاب[1] ما يفيد أن شائبة الشرط في إيجابه الخلع إنما يظهر مع تأخّر قبولها، أما مع تقدّمه ففيه شائبة الجعالة لا الشرط، إلّا مع الإتيان بالشرط الصريح، وهو نافع في هذا المبحث.

قوله: «ولو كانت معه .....الخ».

إذا كان قد طلّقها طلقتين وبقيت معه على طلقة واحدة ثم تبين منه فقالت: طلّقني ثلاثاً بألف، فطلّقها واحدة بألف، ففي أصل استحقاقه عليها ومقداره أوجه:

أحدها: أن له ثلث الألف، لأنها جعلت الألف في مقابلة عدد فيكون موزّعاً على آحاده، لما تقدّم[2] من أنه مع تقدّم استدعائها تكون في المعاوضة شائبة الجعالة، وذلك هو مقتضاها، كما لو كان يملك الثلاث فطلّق واحدة.

وثانيها: التفصيل: فإن كانت عالمة بأنه لم يبق إلّا واحدة استحقّ تمام الألف، لأنها إذا علمت الحال لاتبذل الألف إلّا في مقابلة تلك الواحدة، ويكون غرضها تحقيق[3] الحرمة الكبرى، وتعني بقولها «طلّقني ثلاثاً»: كمّل لي الثلاث. وإن لم تعلم فله الثلث، لأنها لم تبذل الألف إلّا في مقابلة الثلاث، فوجب أن

(١ و ٢) في ص: ٣٧٩ ـ ٣٨٠.

(٣) في هامش «و»: تحقّق ظ «أي ظاهراً».

. . . . . .

يوزّع. وهذا اختيار الشيخ في المبسوط[١].

وثالثها: أنه يستحقّ الألف مطلقاً، لأنه حصل بتلك التطليقة مقصود الثلاث وهو الحرمة الكبرى، فكأنّها قالت: أبنّي بالثلاث طلقات.

ورابعها: أنه لا يستحقّ شيئاً مطلقاً، لأنها إنما التمست الثلاث بألف ولم تحصل، بل هو لا يملكها، فلا يمكنه إيقاعها عقيب طلبها. والتوزيع قد عرفت ضعفه. واقتضاء الجعالة ذلك ممنوع. وكونها مع العلم بالحال قاصدة للواحدة ممنوع أيضاً. نعم، لو فرض قصدها ذلك فلا إشكال في لزوم الألف في مقابلة الواحدة، إلّا أن ذلك خارج عن موضع النزاع. وهذا الأخير هو الأقوى، إلّا مع فرض قصدها تكميل الثلاث.

ولو سألت الثلاث على هذا الوجه وهو يملك طلقتين فطلّقها واحدة فله ثلث الألف على الأول. وكذا على الثاني مع جهلها، ومع علمها فالنصف توزيعاً للألف على الطلقتين. ولا شيء له على الرابع. والثالث منتفٍ هنا. وإن طلّقها تطليقتين فعلى الأول يستحقّ ثلثي الألف. وعلى الثاني كذلك مع جهلها، وتمام الألف مع علمها. وعلى الثالث يستحقّ بهما الألف مطلقاً. وعلى الرابع لا يستحقّ شيئاً. وهو الأقوى.

واعلم أن موضع النزاع ما إذا طلّقها في الصورتين بنيّة أن الطلقة أو الطلقتين في مقابلة الألف، أو صرّح بذلك، أو لم ينو شيئاً، أما لو نوى بها أقلّ منها[٢] فلا إشكال في عدم استحقاقه تمام الألف، إلّا على الاحتمال الذي يأتي في المسألة التالية.

---

(١) المبسوط ٤: ٣٥٢.

(٢) في «ط»: منهما.

الثامنة : لو قالت : طلّقني واحدة بألف ، فطلّق ثلاثاً ولاءً ، وقعت واحدة وله الألف .

ولو قالت : طلّقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق فطالق فطالق ، طلّقت بالأُولى ولغا الباقي .

فإن قال : الألف في مقابلة الأُولى فالألف له ، وكانت الطلقة بائنة .

ولو قال : في مقابلة الثانية ، كانت الأُولى رجعيّة ، وبطلت الثانية والفدية .

ولو قال : في مقابلة الكلّ ، قال الشيخ : وقعت الأُولى ، وله ثلث الألف . وفيه إشكال من حيث إيقاعه ما التمسته .

قوله : «لو قالت : طلّقني .....الخ» .

إذا قالت : طلّقني واحدة ، فطلّقها ثلاثاً فلا يخلو : إما أن يوقعها مرسلة ، أو ولاءً ، أو متخلّلة برجعتين . ففي الأول يستحقّ الألف مطلقاً بناءً على صحّة واحدة بقوله : أنت طالق ، وإلغاء قوله : ثلاثاً ، فكأنّه لم يطلّق إلا واحدة وفق ما التمست . ولم يفرّق الأصحاب هنا بين الجاهل بحكم الثلاث على هذا الوجه وأنه لا يقع إلا واحدة وبين العالم . ولو قيل بالفرق وتخصيص الحكم المذكور بالعالم كان وجهاً . ويبقى الكلام في الجاهل الذي يجوّز وقوع الثلاث ، فإن قصد الألف في مقابلة الأُولى فكذلك . وإن قصدها في مقابلة غيرها أو مقابلة الجميع توجّه عدم لزوم الألف ، لأنه لم يقصد تملّكها في مقابلة الطلاق الصحيح ، بل علّق تملّكها على أمر لم يتمّ له ، كما لو طلّقها ثلاثاً ولاءً وقصدها في مقابلة غير الأُولى .

. . . . . .

وإن طلّقها ثلاثاً ولاءً فعندنا تقع الأُولى خاصّة . ثم إن قصد كون الألف في مقابلتها استحقّها ولغا الباقي .

وإن قصد كونها في مقابلة الثانية أو الثالثة وقعت الأُولى رجعيّة ، لخلوّها عن العوض ، ولم يستحقّ شيئاً من الألف ، لجعلها في مقابلة عمل باطل . وعند من صحّح وقوع الجميع تكون السابقة على التي نوى العوض في مقابلتها رجعيّة ، والمقابلة بالعوض بائنة . فإن كانت الثانية لغت الثالثة ، لا من حيث عدم الرجعة ، بل لأن الطلاق لا يقع بالبائن . وإن نواه في مقابلة الثالثة فالأوّلتان رجعيّتان ، والثالثة بائنة . ومنهم من وافقنا على عدم استحقاقه الألف متى لم ينوها في مقابلة الأُولى ، بناءً على أن الخلع لا يقع بالرجعيّة .

وإن قصد كونها في مقابلة الكلّ قال الشيخ في المبسوط[1] : وقعت الأُولى بثلث الألف بناءً على التوزيع على ما نواه ، وتبطل الثانية والثالثة .

واستشكل المصنّف ذلك من حيث إنه قد أوقع ما التمسته ـ وهو الطلقة الصحيحة ـ فينبغي أن يستحقّ ما بذلته في مقابلتها وإن نوى كونها في مقابلة الجميع ، لأن الخلع ليس معاوضة محضة حتى يبطل باختلاف الإيجاب والقبول في العوض ، كما لو قال : بعتك هذه العبيد الثلاثة بألف ، فقال : قبلت واحداً معيّناً منها بالألف ، فإنه لا يصحّ قولاً واحداً .

وفيه : أنه وإن لم يكن معاوضة محضة لكنّه لمّا قصد كون الألف في مقابلة الجميع فقد نوى فعل الأول بثلث الألف فلا يستحقّ الجميع ، لأن هذا الاستدعاء

---

(١) المبسوط ٤ : ٣٥٣ .

. . . . . .

يشبه الجعالة كما بيّنّاه سابقاً[١] ، ومع بذل الجاعل عوضاً معيّناً فعمل العامل بنيّة التبرّع أو بنيّة الأقلّ لا يستحقّ الجميع ، فكذا هنا . نعم ، هذا يتمّ إذا لم ينو شيئاً ، فإنه حينئذٍ يكون قد فعل ما التمسته فيستحقّ ما بذلته ، ويجعل جوابه بقوله: «أنت طالق» أولاً مطابقاً لملتمسها ، أما مع نيّة جعله في مقابل الكلّ فلا .

وفي المسألة وجه آخر يقابل ما استوجهه المصنّف ، وهو عدم استحقاقه شيئاً ، لعدم مطابقة الجواب للسؤال ، فإن بذلها الألف في مقابلة طلقة وجوابه بجعلها في مقابلة ثلاث كقولها : طلّقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق بخمسمائة . ومثله ما لو قال : أنت طالق بألف ، فقبلت بخمسمائة .

والوجه هنا ما اختاره الشيخ ، لأنه زاد خيراً ، ولأنه قادر على إيقاعه بغير عوض فأولى أن يقدر على إيقاعه ببعض العوض المبذول .

واعلم أن الحكم بتوزيع الألف و ثبوت ثلثها في مقابلة الأُولى 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 بملتمسها ، وإنما نوى به عوضاً أقلّ ممّا بذلت فلذلك جعلنا له أقلّ بمقتضى التوزيع على مقصده ، لأن ذلك في قوّة التبرّع بالزائد عن الثلث. وليس كلّما فعل ما التمسته يستحقّ عليها ما بذلته، فإنّه لو نوى التبرّع بالطلاق الملتمس بغير عوض لا على وجه الجواب المطابق لم يستحقّ شيئاً ، فكذا هنا بالنسبة إلى بعض العوض .

---

(١) انظر ص : ٣٧٩ ـ ٣٨٠.

(٢) انظر ص : ٤٣١.

التاسعة : إذا قال أبوها : طلّقها وأنت بريء من صداقها ، فطلّق ، صحّ الطلاق رجعيّاً ، ولم يلزمها الإبراء ، و لا يضمنه الأب .

قوله : «إذا قال أبوها ..... الخ» .

أبو الزوجة في اختلاعها وطلاقها بعوض كالأجنبي ، فإن اختلع بمال نفسه جاء فيه الخلاف السابق[1] في المتبرّع . ولا فرق بين أن تكون صغيرة أو كبيرة .

وإن اختلع بمالها وصرّح بالاستقلال فهو كالاختلاع بالمال المغصوب والطلاق به .

وإن اختلعها بالصداق ، أو قال : طلّقها وأنت بريء من صداقها ، فطلّقها ، طلّقت رجعيّاً ، ولم يبرأ من صداقها . وإن وقع خلعاً بطل إن لم يتبع بالطلاق ، وإلا وقع رجعيّاً أيضاً ، لأنّها إن كانت رشيدة لم يملك أبوها التصرّف في مالها بغير إذنها ، وإن كان يلي عليها بصغر أو سفه أو جنون لم يصحّ أيضاً ، لأنه إنما يملك التصرّف فيما لها فيه غبطة وحظّ ولا حظّ لها في هذا ، كما لو كان لها دين فأسقطه ، وكإبراء الزوج من الصداق فلا ضمان على أبيها ، لأنه لم يضمن على نفسه شيئاً ، ويقع الطلاق رجعيّاً ، لأنه لم يسلم له العوض .

ولا فرق في ذلك بين إبرائه من جميع صداقها أو من بعضه وإن جوّزنا له العفو عن بعضه ، لأن العفو أمر آخر غير جعله عوضاً عن الطلاق . وأيضاً فإن العفو عن البعض مشروط بوقوعه بعد الطلاق كما تشعر به الآية[2] ، والبراءة هنا تكون بنفس الطلاق فلا يقع .

---

(١) انظر ص : ٣٩٢ .

(٢) البقرة : ٢٣٧ .

العاشرة : إذا وكّلت في خلعها مطلقاً اقتضى خلعها بمهر المثل ، نقداً بنقد البلد . وكذا الزوج إذا وكّل في الخلع فأطلق .

فإن بذل وكيلها زيادة عن مهر المثل بطل البذل ، ووقع الطلاق رجعيّاً ، ولا يضمن الوكيل .

ولو خلعها وكيل الزوج بأقلّ من مهر المثل بطل الخلع . ولو طلّق بذلك البذل لم يقع ، لأنه فعل غير مأذون فيه .

قوله : «إذا وكّلت في خلعها .....الخ».

عقد الخلع ممّا يجوز الوكالة فيه من طرف كلّ واحد من الزوج والزوجة ، كما يجوز التوكيل في البيع والنكاح وغيرهما ، لأن غرض الشارع لا يتعلّق بإيقاعه من الزوجين مباشرة . ثم إما أن يقدّر الموكّل قدراً ، أو يطلق . فإن قدّر اقتصر الوكيل عليه . ولو زاد وكيل الزوج فقد زاد خيراً . وكذا إن نقص وكيلها عنه . وإن أطلق التوكيل فعلى وكيل الزوج أن يخالع بمهر المثل أو أكثر ، ويعتبر كونه نقداً بنقد البلد ، فإن خالف في القدر فنقصه أو جعله مؤجّلاً أو بغير النقد بطل البذل ، وتبعه الخلع والطلاق . وعلى وكيل الزوجة أن يخالع به أو بأنقص منه نقداً بنقد البلد ، فإن نقص أو جعله مؤجّلاً فقد زاد خيراً ، إلا أن يتعلّق غرضها بالحال . وإن خالف فخلعها بزيادة عن مهر المثل بطل ، وتبعه الخلع إن لم يتبعه الزوج بالطلاق أو كان طلاقاً بعوض ، وإلا صحّ ووقع رجعيّاً .

والفرق بين الطلاق الواقع من الزوج مع مخالفة وكيل الزوجة ومن وكيل الزوج مع مخالفته ـ حيث صحّ الأول رجعيّاً دون الثاني ـ : أن الطلاق من الزوج وقع من مالك الطلاق ، وله أن يطلّق بعوض وغيره ، فإن صحّ العوض كان بائناً، وإلا فهو رجعي من هذا الوجه ، بخلاف طلاق وكيل الزوج حيث يخالف ما قيّده

ويلحق بالأحكام مسائل النزاع ، وهي ثلاث :

الأُولى : إذا اتّفقا في القدر ، واختلفا في الجنس ، فالقول قول المرأة .

له أو دلّ عليه الإطلاق شرعاً ، لأنه حينئذٍ طلاق غير مأذون فيه ، لأن تصرّف الوكيل مقصور على الإذن ، فإذا خالف وقع بغير الإذن ، فكان باطلاً .

واعلم أن قول المصنّف فيما لو بذل وكيلها زيادة عن مهر المثل : «بطل البذل ووقع الطلاق رجعيّاً» ـ مع أنه فرضه في الخلع لا في الطلاق بعوض ـ مبنيّ على ما لو أتبعه بالطلاق أو أراد بالخلع ما يشمل الطلاق بعوض ، لما تقدّم[1] من جواز إطلاق الخلع عليه أيضاً ، وإلا فلو كان قد اقتصر على الخلع بالزائد ـ كما تقتضيه العبارة ـ لوجب أن يقع باطلاً ولا يكون الطلاق رجعيّاً وإن جعلنا الخلع طلاقاً ، لأن فساد الخلع يستلزم عدم تأثيره في الطلاق ، بخلاف ما لو أُتبع به أو كان طلاقاً بعوض ، فإنه لا يلزم من فساد العوض فساد الطلاق على أصحّ القولين . وربما قيل هنا بفساد الطلاق أيضاً بناءً على أن العوض لم يسلم له ، وإنما قصده بالعوض لا مجرّداً . وأما قوله في مخالفة وكيل الزوج بأقلّ من مهر المثل : «بطل الخلع ، ولو طلّق لم يقع» فعبارته فيه جيّدة وافية بالمطلوب .

قوله : «إذا اتّفقا في القدر .....الخ».

إذا اتّفقا على وقوع الطلاق بعوض مبذول من جانبها ولكن اختلفا في جنسه مع اتّفاقهما على قدره ، أو أنهما اتّفقا على جنس مخصوص وتلفّظا به وإنما وقع الاختلاف فيما عيّناه منه ، فقالت : هو مائة درهم ، فقال : بل مائة دينار

---

(١) لم يصرّح بذلك فيما تقدّم ، راجع ص : ٣٦٦ و ٣٧٠ .

. . . . . .

مثلاً ، فقد قال المصنّف وقبله الشيخ[١] والأكثر : إن القول قول المرأة ، لأنها منكرة لما يدّعيه ، والأصل عدم استحقاقه إيّاه . وهو مدّعٍ فعليه البيّنة ، وعليها اليمين ، فتحلف يميناً جامعة بين نفي ما يدّعيه وإثبات ما تدّعيه ، فينتفي مدّعاه . وليس له أخذ ما تدّعيه ، لاعترافه بعدم استحقاقه إيّاه .نعم ، لو أخذه على وجه المقاصّة اتّجه جوازه .

ويشكل هذا القول من رأس ، لأن كلّاً منهما مدّعٍ ومدّعى عليه والآخر ينكر ما يدّعيه ، وهذه قاعدة التحالف في نظائره من عوض البيع والاجارة وغيرهما . وإنما يتّجه تقديم قول أحدهما إذا اتّفق قولهما على قدر وادّعى الآخر الزيادة عليه وأنكرها الآخر ، ليكون[٢] منكر الزيادة منكراً بكلّ وجه ومدّعيها مدّعياً ، بخلاف صورة النزاع ، لأن دعوى الذهب لا يجامع دعوى الفضّة ، والإنكار من كلّ منهما لما يدّعيه الآخر متحقّق ، فلو قيل ـ بأنهما يتحالفان ويسقط ما يدّعيانه بالفسخ أو الانفساخ ، ويثبت مهر المثل إلا أن يزيد عمّا يدّعيه الزوج ـ كان حسناً . ولا يتوجّه هنا بطلان الخلع ، لاتّفاقهما على صحّته ، وإنما يرجع اختلافهما إلى ما يثبت من العوض . ويحتمل 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 .

ولو انعكس الفرض بأن اتّفقا على الجنس واختلفا في قدره ـ كما لو قال : إنها بذلت ألف درهم ، فقالت : بل مائة درهم ـ قدّم قولها هنا قطعاً ، لأن المائة

---

(١) الخلاف ٤ : ٤٤١ مسألة : ٢٧ .

(٢) كذا في «و» وفي سائر النسخ : فيكون .

الثانية : لو اتّفقا على ذكر القدر دون الجنس ، واختلفا في الإرادة ، قيل : يبطل . وقيل : على الرجل البيّنة . وهو أشبه .

قدر يتّفقان على ثبوته وإنما يختلفان في الزائد وهي تنكره فيقدّم قولها في نفيه .

قوله : «لو اتّفقا على .....الخ» .

المراد أنهما اتّفقا على ذكر القدر ، وعلى عدم ذكر الجنس لفظاً ، وعلى أنهما أرادا جنساً معيّناً اتّفقت إرادتهما عليه ، ولكن الآن اختلفا في ذلك الجنس الذي أراداه حالة العقد ، بأن قالت له : طلّقني بمائة فطلّقها بها ثم قال : أردنا بها مائة دينار فقالت : بل مائة درهم ، فقال المصنّف وجماعة[1] : القول قولها أيضاً ، لأن العقد صحيح في نفسه حيث اتّفقا على إرادة جنس معيّن ، والإرادة كافية في صحّته وإن لم يتلفّظ بها . وحينئذٍ فيرجع الاختلاف في الإرادة إلى الاختلاف في الجنس المعيّن، فيرجع إليها فيه كالسابق . ولأنّ الاختلاف في إرادتها ، ولا يطّلع عليها إلّا من قبلها .

ويشكل الأول بما ذكر في الأول من أن الاختلاف في الجنس لا يقتضي تقديم قولها ، بل التحالف . والثاني بأن الاختلاف يرجع إلى تعيين ما اتّفقا عليه من الإرادة لا إلى إرادتها وحدها ، فإن المعتبر إرادتهما معاً ، ولا يكفي إرادتها وحدها ، وإرادة كلّ منهما لا يطّلع عليها إلا من قبله ، فلو قيل بالتحالف هنا أيضاً ـ لأن كلّاً منهما منكر لما يدّعيه الآخر ـ كان وجهاً .

وقال الشيخ في المبسوط[2] : يبطل الخلع هنا ، مع موافقته على تقديم

---

(١) راجع قواعد الأحكام ٢ : ٨٢ ، إيضاح الفوائد ٣ : ٣٩٦ ، اللمعة الدمشقيّة : ١٢٧ .
(٢) المبسوط ٤ : ٣٤٩ .

. . . . . .

قولها في السابق . والفرق غير واضح . وليس البطلان على قوله معلّلاً بعدم ذكر الجنس لفظاً ، لأنه صرّح في المبسوط بعدم اشتراط ذكره لفظاً ، بل يكفي اتّفاقهما على إرادته . فقال فيه : «إذا ذكرت القدر دون الجنس والنقد ، فقالت : خالعني بألف ، فقال : خالعتك بألف ، فإن اتّفقا على الإرادة وأنهما أرادا الدراهم أو الدنانير لزم الألف من غالب نقد البلد»[1] . فبقي أن وجه البطلان في هذه المسألة من جهة أُخرى ، ولعلّه صيرورة البذل حينئذٍ مجهولاً ، وهو يقتضي الفساد عندنا . لكن فيه أن المجهوليّة المانعة هي الواقعة حالة العقد ، وهما متّفقان على عدمها ، وإنما حصلت الجهالة بتنازعهما في المراد ، كما لو حصلت مع تنازعهما فيما عيّناه باللفظ ، فإنه لا يقتضي البطلان عنده .

ولو اتّفقا على أنهما لم يريدا جنساً من الأجناس حالة العقد بطل الخلع عندنا اتّفاقاً .

ولو كان اختلافهما في أصل الإرادة مع اتّفاقهما على عدم ذكر الجنس ، فقال أحدهما : أردنا جنساً معيّناً ، وقال الآخر : إنّا لم نرد بل أطلقنا ، رجع النزاع إلى دعوى الصحّة والفساد ، ومقتضى القاعدة المشهورة تقديم مدّعي الصحّة مع يمينه . واختار في التحرير[2] تقديم قول المرأة هنا ، سواء كانت دعواها الإرادة أم عدمها . وهو يتمّ مع دعواها التعيين ، أما مع دعواها الإطلاق فمشكل ، لأنها تدّعي بطلان البذل ، وإن كان أصل عدم التعيين موافقاً لقولها .

---

(١) راجع الهامش (٢) في الصفحة السابقة .

(٢) التحرير ٢ : ٥٩ .

الثالثة : لو قال : خالعتك على ألف في ذمّتك ، فقالت : بل في ذمّة زيد ، فالبيّنة عليه ، واليمين عليها . ويسقط العوض مع يمينها ، ولا يلزم زيداً .

وكذا لو قالت : بل خالعك فلان والعوض عليه .

أما لو قالت : خالعتك بكذا وضمنه عنّي فلان ، أو : يزنه عنّي فلان، لزمها الألف ما لم تكن بيّنة ، لأنها دعوى محضة ، ولا يثبت على فلان شيء بمجرّد دعواها .

قوله : «لو قال : خالعتك ..... الخ» .

هذه المسألة لبيان اختلافهما فيمن عليه العوض ، والبحث فيها يقع في مواضع :

الأول : لو قال : خالعتك على ألف في ذمّتك ، فقالت : بل بألف في ذمّة زيد، فقد قال المصنّف وقبله الشيخ في المبسوط[1] : إن القول قولها بيمينها إن لم يكن له بيّنة ، لأصالة براءة ذمّتها من العوض . ولأن مرجع الدعوى إلى أنه يدّعي شغل ذمّتها ويعترف بكون الطلاق بائناً ، وهي تنكر الأول ، فيقبل قولها فيه ، ويسقط عنها العوض بيمينها . ولا يلزم زيداً بمجرّد دعواها ، بل يتوقّف على اعترافه بذلك ، لأن الزوج لا يدّعي عليه . وتبين منه بمجرّد دعواه ، لاستلزامه الإقرار بالبينونة على التقديرين . وعلى هذا القول عمل المتأخّرين .

وقال ابن البرّاج[2] : بل القول قوله ، وعليها البيّنة ، لأن الأصل في مال

---

(١) المبسوط ٤ : ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

(٢) نسبه إليه العلّامة في المختلف : ٥٩٦ ، ولعلّه في كتابه الكامل وهو مفقود، وفي المهذّب (٢ : ٢٦٩) : أن عليه البيّنة وعليها اليمين .

. . . . . .

الخلع أن يكون في ذمّة الزوجة . والقولان مطلقان غير منقّحين .

والتحقيق أن نقول : دعواها وقوع المخالعة منها على الألف في ذمّة زيد إما أن تكون بمعنى أن لها في ذمّة زيد ألفاً فخالعته بها ، أو بمعنى أنها خالعته بألف تثبت له في ذمّة زيد ابتداءً من غير أن يكون لها عند زيد ألف . فإن أرادت المعنى الأول فلا يخلو: إما أن يوافقها الزوج على أن لها في ذمّة زيد ألفاً ، أو لا . وعلى تقدير عدم موافقته : إما أن يكون زيد مقرّاً لها بالألف ، أو لا .

فإن كان الزوج موافقاً لها على ثبوت الألف في ذمّة زيد أوزيد مقرّاً[1] بها[2] بني قبول قولها على أن العقد على دين في ذمّة الغير هل يجوز أم لا ؟ وكلامهم هنا قد يؤذن بجوازه ، لكن لم ينبّهوا عليه في الفدية وشرائطها . وجوازه في البيع محلّ نظر ، وأما هنا فلا يبعد الجواز ، للتوسّع في هذا العقد بما لا يتوسّع به في المعاوضة المحضة . فإن جوّزنا ذلك فالقول قولها ، لاتّفاقهما على خلع صحيح على التقديرين ، وهو مع ذلك يدّعي شغل ذمّتها بالعوض ، ومجرّد الخلع أعمّ منه ، والأصل براءة ذمّتها منه . وإن لم نجوّز ذلك أو لم يكن زيد مقرّاً بالحقّ ولم يعترف الزوج بثبوتها في ذمّته فالنزاع يرجع إلى صحّة الخلع وفساده ، لأن دعواها يقتضي فساده حيث لم يسلم فيه العوض ، وهو يدّعي صحّته ، ومقتضى القاعدة المستمرّة تقديم قوله .

وإن أرادت بكونها في ذمّة زيد المعنى الثاني ، وهو أنها خالعته بعوض لا يثبت في ذمّتها بل في ذمّة زيد ابتداءً ، فإن كان ذلك مع دعواها الوكالة عنه في

---

(١) كذا في هامش «و» بعنوان «ظاهراً» ولعلّه الصحيح، وفي النسخ والحجريتين: مقرّ .

(٢) في «ق» : لها .

. . . . . .

الخلع ووافق بني على جواز خلع الأجنبي المتبرّع . وإن لم تدّع ذلك أو لم يوافق فدعواها يرجع إلى فساد الخلع ، وهو يدّعي صحّته ، فيكون قوله مقدّماً . وقد ظهر بذلك أن تقديم قولها في هذه الصورة مطلقاً غير جيّد.

والظاهر أن موضوع المسألة ما إذا وقع الخلع بدين لها في ذمّة زيد ليتصوّر بناء الصحّة على التقديرين . وربما تعارض على هذا التقدير الأصل والظاهر ، لأن الأصل براءة ذمّتها وعدم التزامها بالمال ، والظاهر من المخالعة التزام العوض . وعلى كلّ حال فهذه الصورة مفروضة في اتّفاقهما على وقوع العقد بينهما لا بينه وبين الأجنبي ، لأن ذلك يأتي في الصورة الثانية .

الثاني : أن يدّعي أنه خالعها بألف في ذمّتها أيضاً ، فأنكرت وقوع العقد معها مطلقاً وقالت : بل اختلعني فلان الأجنبي والمال عليه . وقد أطلق المصنّف تبعاً للشيخ[1] تقديم قولها أيضاً في نفي العوض ، لأصالة براءة ذمّتها منه . ولا شيء للزوج على الأجنبي ، لاعترافه بأن الخلع لم يجر معه . وتحصل البينونة بقول الزوج .

ولا نقول : إنه أقرّ بعقد أنكرته المرأة وصدّقناها بيمينها فيلغو ويستمرّ النكاح ، كما لو قال : بعتك هذه العين بكذا ، فأنكر صاحبه وقبلنا قوله بيمينه ، فإن العين تبقى للمقرّ .

وذلك : لأن الخلع يتضمّن إتلاف المعقود عليه وهو البضع ، والبيع لا يتضمّن إتلاف المعقود عليه ، ألا ترى أن البيع يفسخ بتعذّر العوض ، والبينونة لا ترتدّ ، فإذا كان كذلك فإقراره بالخلع المتضمّن للإتلاف إقرار بالإتلاف فلا يردّ .

---

(١) المبسوط ٤ : ٣٤٩.

ونظيره من البيع أن يقول : بعتك عبدي هذا بكذا فأعتقتَه ، وأنكر، فإنّا[١] نصدّقه بيمينه ونحكم بعتق العبد بإقراره . فهذا تحرير الحكم المذكور .

وهذا البحث إنما يتمّ إذا قلنا بأن خلع الأجنبي المتبرّع صحيح ليكونا متّفقين على وقوع العقد صحيحاً ، أما على ما يذهب إليه المصنّف[٢] والشيخ[٣] بل الأكثر أشكل تقديم قولها ، لأنها حينئذٍ تدّعي فساد الخلع وهو يدّعي صحّته ، فينبغي تقديم قوله . إلا أن يقال : إن مرجع اختلافهما إلى وقوع عقد المعاوضة معها ، وهي تنكر ذلك ، فيقدّم قولها ، لأصالة عدم التزامها ذلك ، كما لو ادّعى أنه باعه شيئاً فأنكر وأضاف إلى ذلك دعوى بيعه من فلان ، فإنه لا يسمع في حقّ الغير ، ويقدّم قوله في نفيه عنه . ولا يخلو ذلك من نظر ، ولا ما بين المسألتين من الفرق . وعلى التقديرين يحكم عليه بالبينونة بمجرّد دعواه ، لاعترافه بها ، وإنما الكلام في ثبوت العوض .

الثالث : أن يدّعي عليها عوض الخلع ، فتعترف بلزومه ابتداءً لها ووقوع العقد معها ، ولكن ادّعت أنه قد ضمنه عنها فلان ، أو أنها قالت : قبلت الخلع على أن يزن الألف عنّي فلان . فهي في الصورتين مقرّة بالألف ، ومدّعية في الأولى انتقالها إلى ذمّة غيرها ، فلا يقبل في حقّ المخالع وإن صادقها الضامن ، لاختلاف الناس في وفاء الدَّين سهولة وضدّها ، فلا يلزم انتقال ماله بمجرّد تصادقهما . ولو أنكر ذلك الغير الضمان فأولى . وأما الثانية فأمرها واضح ، لأنه كلام لاينفعها ، لأن مجرّد ذلك لا يقطع المطالبة عنها . وكذا في صورة الضمان لو قلنا بأنه ضمّ

---

(١) في «ق ، و» ونسخة بدل «د» : فإنما .

(٢) لاحظ ص : ٣٩٢.

(٣) المبسوط ٤ : ٣٦٥.

وأما المباراة : فهو أن يقول : بارأتك على كذا فأنت طالق . وهي تترتّب على كراهية كلّ واحد من الزوجين صاحبه .

ويشترط إتباعه بلفظ الطلاق ، فلو اقتصر المبارئ على لفظ المباراة لم يقع به فرقة .

ولو قال بدلاً من «بارأتك» : فاسختك ، أو أبنتك ، أو غيره من الألفاظ ، صحّ إذا أتبعه بالطلاق ، إذ المقتضي للفرقة التلفّظ بالطلاق لا غير.

ذمّة إلى ذمّة .

ولا يخفى أن الحكم في جميع ذلك مع عدم البيّنة ، أما معها فيثبت مقتضاها ، سواء ترتّب عليه صحّة الخلع أم فساده .

قوله : «وأما المباراة .....الخ» .

المباراة طلاق بعوض مترتّب على كراهة كلّ من الزوجين صاحبه . وأصلها المفارقة. ولها أحكام تخصّها ، وأحكام تشترك مع الخلع فيها . فشرائط المخالع والمخالعة والعوض مشتركة ، فلذا اقتصروا على قليل من أحكامها . وقد دلّ على اشتراطها بكراهة كلّ من الزوجين صاحبه رواية سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي الحسن عليه السلام قال : «سألته عن المباراة كيف هي ؟ قال : يكون للمرأة على زوجها شيء من صداقها أو من غيره ، ويكون قد أعطاها بعضه ، ويكره كلّ واحد منهما صاحبه ، فتقول المرأة : ما أخذت منك فهو لي وما بقي عليك فهو لك ، وأُبارئك ، فيقول لها الرجل : فإن أنت رجعت في شيءٍ ممّا تركت فأنا أحقّ ببضعك»[1] . ودلّ على اشتراط كون المأخوذ بقدر المهر أو أقلّ

---

(١) الكافي ٦ : ١٤٢ ح ١ ، التهذيب ٨ : ١٠١ ح ٣٤٢ ، الوسائل ١٥ : ٥٠٠ ب (٨) من أبواب الخلع والمباراة ح ٣ ، والرواية فيما عدا التهذيب مضمرة .

صحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المبارئة تقول لزوجها : لك ما عليك واتركني ، وتجعل له من قبلها شيئاً فيتركها ، إلا أنه يقول : إن ارتجعت في شيءٍ فأنا أملك ببضعك ، فلا يحلّ لزوجها أن يأخذ منها إلا المهر فما دونه»[١].

وأما عدم وقوعها بمجرّدها بل يشترط إتباعها بالطلاق فهو المشهور بين الأصحاب ، بل قال المصنّف[٢] وجماعة[٣] : إنه إجماعي ، فإن تمّ فهو الحجّة وإلّا ففي الأخبار[٤] ما يدلّ على أنها لا تفتقر إلى الطلاق . وحملها الشيخ[٥] على التقيّة ، كما حمل الأخبار الدالّة على عدم افتقار الخلع إليه . وليس بجيّد ، لأن المباراة لا تستعملها العامّة ، ولا يعتبرون فيها ما يعتبره أصحابنا ، بل يجعلونها من جملة كنايات الخلع أو الطلاق ، فلا وجه لحمل ما ورد من أحكامها على التقيّة ، مع أنه لا معارض لها يعتدّ به من الأخبار ، وإنما العمدة على ما ادّعوه من الإجماع .

وحيث قلنا بافتقارها إلى الطلاق جاز أن يقع بغير لفظ المباراة ممّا يدلّ عليه كـ : فاسختك وأبنتك ، وغيرهما من الألفاظ المفيدة لذلك ، لأن الطلاق المتعقّب لها كافٍ في البينونة ، وهذه الألفاظ مفيدة للفرقة بالعوض ، فكلّ ما

---

(١) الكافي ٦ : ١٤٣ ح ٥ ، التهذيب ٨ : ١٠٠ ح ٣٣٩ ، الوسائل ١٥ : ٥٠٠ ب (٨) من أبواب الخلع والمباراة ح ٤ ، وفي المصادر : أو تجعل .

(٢) في ص : ٤٥٧ .

(٣) راجع المبسوط ٤ : ٣٧٣ ، السرائر ٢ : ٧٢٣ ، القواعد ٢ : ٨٣ .

(٤) الوسائل ١٥ : ٥٠١ ب (٩) من أبواب الخلع والمباراة ح ٣ و ٤ .

(٥) التهذيب ٨ : ١٠٢ ذيل ح ٣٤٦ ، الاستبصار ٣ : ٣١٩ ذيل ح ١١٣٧ .

ولو اقتصر على قوله : أنت طالق بكذا ، صحّ وكان مباراة ، إذ هي عبارة عن الطلاق بعوض مع منافاة بين الزوجين .

ويشترط في المبارئ والمبارئة ما شرط في المخالع والمخالعة .

أضيف إلى الطلاق من اللفظ الدالّ على ذلك كفى .

قوله : «ولو اقتصر على .....الخ» .

قد عرفت فيما تقدّم[1] أن الطلاق بعوض أعمّ من الخلع والمباراة ، فيصحّ التعبير به عن كلّ واحد منهما ، ويتميّز عن الآخر بالقصد . فإذا كانت الكراهة منهما فقال : أنت طالق بكذا ، بقصد المباراة ، اشترط في صحّته شروط المباراة . وإن كانت الكراهة منها وأراد الخلع بهذا اللفظ لحقه أحكام الخلع . ولو أتى به لا بنيّة أحدهما بل أراد مجرّد الطلاق بعوض ، ففي اعتبار مراعاة حالهما في الكراهة منهما ومنها وإلحاقه بما يقتضيه الحال فيلحقه شرائطه ، أو صحّته مطلقاً ، نظر ، وظاهر كلامهم انحصاره فيهما واعتبار مراعاة الحال فيه . وعندي فيه نظر ، وقد تقدّم[2] الكلام على مثله في الخلع . ولو قيل بصحّته مطلقاً حيث لا يقصد به أحدهما كان وجهاً ، لعموم الأدلّة على جواز الطلاق مطلقاً ، وعدم وجود ما ينافي ذلك في خصوص البائن .

قوله: «ويشترط في المبارىء...الخ» .

وكذا يشترط في الفدية والصيغة وباقي الأحكام ما قرّر في الخلع .

---

(١) راجع ص : ٣٦٦.

(٢) راجع ص : ٤٢٠.

وتقع الطلقة مع العوض بائنة ليس للزوج معها رجوع ، إلا أن ترجع الزوجة في الفدية فيرجع ما دامت في العدّة .

وللمرأة الرجوع في الفدية ما لم تنقض عدّتها .

قوله : «وتقع الطلقة ..... الخ» .

هذا كلّه من الأحكام المشتركة بين الخلع والمباراة . وتدلّ عليه في المباراة بخصوصها رواية زرارة ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المباراة تطليقة بائنة وليس في شيء من ذلك رجعة»[١] وروى اسماعيل الجعفي عن أحدهما عليهما السلام قال : «المباراة تطليقة بائن ، وليس فيها رجعة»[٢] . وفي الأخبار[٣] السابقة ما يدلّ على جواز رجوعه متى رجعت ، وأنه يشرط ذلك عليها ، وهو شرط يقتضيه العقد كما مرّ[٤] . وما يترتّب على رجوعها من اشتراط إعلامه وعدمه ، واشتراط رجوعه بخلوّه من الموانع وغير ذلك ممّا تقرّر في الخلع آتٍ هنا . وفي هذه الأخبار التي ذكرناها سابقاً[٥] في المباراة ما يدلّ على جواز رجوعه في الطلاق متى رجعت في شيء من البذل وإن لم يكن جميعه ، وتقدّم[٦] ما فيه في الخلع .

---

(١) التهذيب ٨ : ١٠٢ ح ٣٤٤ ، الاستبصار ٣ : ٣١٩ ح ١١٣٥ .

(٢) التهذيب ٨ : ١٠١ ح ٣٤٣ ، الوسائل ١٥ : ٥٠١ ب (٩) من أبواب الخلع والمباراة ح ٢ .

(٣ و ٥) في ص : ٤٥٣ ـ ٤٥٤ .

(٤) في ص : ٤١٦ .

(٦) في ص : ٤٢٨ ـ ٤٢٩ .

والمباراة كالخلع ، لكن المباراة تترتّب على كراهية كلّ واحد من الزوجين صاحبه ، ويترتّب الخلع على كراهية الزوجة .

ويأخذ في المباراة بقدر ما وصل إليها منه ، ولا تحلّ له الزيادة ، وفي الخلع جائز .

وتقف الفرقة في المباراة على التلفّظ بالطلاق اتّفاقاً منّا ، وفي الخلع على الخلاف.

قوله : «والمباراة كالخلع .....الخ» .

أشار بما ذكر إلى الفرق بين الخلع والمباراة مع اشتراكهما في أصل الطلاق بعوض. وحاصله : أن الفرق يحصل بينهما بثلاثة أمور :

الأول : ترتّب الخلع على كراهة الزوجة ، والمباراة على كراهة كلّ منهما لصاحبه . وقد تقدّم[1] ما يدلّ عليه من النصوص .

وعلى هذا فلو اختصّت الكراهة بها لم يصحّ الطلاق بلفظ المباراة وإن أتبعها بالطلاق ، لأن الخلع لا يقع بالكنايات . ولو انعكس فكانت الكراهة منهما وعبّر عن المباراة بالخلع فالظاهر الجواز ، لأن المباراة تقع بالكنايات ، والخلع كناية واضحة في الفرقة المفهومة من المباراة ، وإتباعه بالطلاق يصحّحه.

الثاني : أن العوض في الخلع تصحّ زيادته عمّا وصل إليها من المهر ، وفي المباراة يشترط كونه بقدره فما دون . وهذه الخاصّية مترتّبة على الأُولى ، لأن الكراهة من الجانبين يناسبه عدم الزيادة في العوض ، كما أن اختصاص الكراهة بها يناسبه جواز الزيادة .

---

(١) في ص : ٤٥٣ ، ولاحظ الوسائل ١٥ : ٥٠٠ ب (٨) من أبواب الخلع والمباراة .

ويظهر من جماعة من الأصحاب ـ كالصدوقين[١] وابن أبي عقيل[٢] ـ المنع من أخذ المثل في المباراة ، بل يقتصر على أقلّ منه . وهو في موقوفة زرارة قال : «المباراة يؤخذ منها دون الصداق ، والمختلعة يؤخذ منها ما شئت ، وإنما صارت المبارئة يؤخذ منها دون المهر والمختلعة يؤخذ منها ما شاء لأن المختلعة تعتدي في الكلام وتتكلّم بما لا يحلّ لها»[٣] . والرواية قاصرة عن إفادة الحكم بالقطع ، ومعارضة بصحيحة أبي بصير السابقة[٤] وفيها : «ولا يحلّ لزوجها أن يأخذ منها إلّا المهر فما دونه» .

الثالث : أن الفرقة في الخلع لا تتوقّف على الطلاق في أصحّ القولين كما عرفت ، وفي المباراة تتوقّف على التلفّظ بالطلاق إجماعاً على ما ادّعاه المصنّف هنا والعلّامة في كتبه[٥] ، مع أن المصنّف نسب القول بذلك في مختصره[٦] إلى قول مشهور مؤذناً بعدم تحقّق الإجماع ، وهو متأخّر عن هذا الكتاب ، وهو المناسب لتحقيق المصنّف ، فإنه لا يعتبر في الاجماع مثل هذه الشهرة ، كما نبّه عليه في المعتبر[٧] ونهى عن الاغترار بذلك .

---

(١) حكاه عنهما العلّامة في المختلف: ٥٩٥ ، وراجع المقنع : ١١٧ وفيه المنع من أخذه أكثر من مهرها، الفقيه ٣ : ٣٣٦ ح ١٦٢٤ .

(٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف: ٥٩٥ .

(٣) الكافي ٦ : ١٤٢ ح ٢ ، التهذيب ٨ : ١٠١ ح ٣٤٠ ، الوسائل ١٥ : ٤٩٣ ب (٤) من أبواب الخلع والمباراة ح ١ .

(٤) في ص : ٤٥٤ ، هامش (١) .

(٥) قواعد الأحكام ٢ : ٨٣ ، مختلف الشيعة : ٥٩٦ .

(٦) المختصر النافع : ٢٠٤ .

(٧) المعتبر ١ : ٣١ .

. . . . . .

والشيخ في التهذيب[١] بعد أن ذكر روايات تدلّ على عدم اشتراط إتباعها بالطلاق ـ كرواية زرارة ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المباراة تطليقة بائن» ورواية حمران قال : «سمعت أبا جعفر عليه السلام قال : المباراة تبين من ساعتها من غير طلاق» ورواية جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «المباراة تكون من غير أن يتبعها طلاق» ـ قال : «إن اشتراط إتباع الطلاق لها قول جميع أصحابنا المحصّلين من تقدّم منهم ومن تأخّر» وحمل هذه الأخبار على التقيّة . وفي كلامه إيذان بخلاف في ذلك ، لأنه نسب القول إلى المحصّلين من الأصحاب لا إليهم مطلقاً .

وبالجملة فالأحكام التي رتّبها الأصحاب على المباراة لا يخلو من إشكال. والنصوص عن إفادتها قاصرة إما في الدلالة أو السند . وما ثبت فيه الإجماع منها فهو الحجّة ، وإلا فللنظر فيه مجال يظهر لمن أعطى النظر حقّه في ذلك .

(١) التهذيب ٨: ١٠٢ ، ذيل ح ٣٤٦.

كتاب الظهار

كتاب الظهار

والنظر فيه يستدعي بيان أمور خمسة .

كتاب الظهار

الظهار مأخوذ من الظهر ، لأن صورته الأصليّة أن يقول الرجل لزوجته : أنت عليّ كظهر أمّي ، وخصّ الظهر لأنه موضع الركوب ، والمرأة مركوب الزوج . وكان طلاقاً في الجاهليّة كالإيلاء فغيّر الشرع حكمه إلى تحريمها بذلك ولزوم الكفّارة بالعود كما سيأتي[1] .

وحقيقته الشرعيّة : تشبيه الزوج زوجته ـ ولو مطلّقة رجعيّة في العدّة ـ بمحرمه نسباً أو رضاعاً ، قيل : أو مصاهرة على ما سيأتي[2] من الخلاف فيه .

والأصل فيه قبل الاجماع آية ﴿والّذين يظاهرون من نسائهم﴾[3] . وروي[4] أن أول من ظاهر في الإسلام أوس بن الصامت من زوجته خولة بنت ثعلبة على اختلاف في اسمها ونسبها ، فأتت رسول الله صلّى الله عليه وآله فاشتكت منه فأنزل الله تعالى قوله : ﴿قد سمع الله قول التي تجادلك ...﴾ الآيات[5] .

---

(١) في ص: ٥٠٠ .

(٢) في ص : ٤٧٣ .

(٣) المجادلة : ٣ .

(٤) الفقيه ٣ : ٣٤٠ ح ١٦٤١ ، المحكم والمتشابه للسيد المرتضى: ٨٨ ، ٨٩ ، الوسائل ١٥ : ٥٠٨ ب (١) من أبواب الظهار ح ٤ ، وانظر جامع البيان للطبري ٢٨ : ٢ ، ٣ ، تفسير القرآن للصنعاني ٢ : ٢٧٧ ، النكت والعيون للماوردي ٥ : ٤٨٧ ، أسباب النزول للواحدي : ٢٧٣ .

(٥) المجادلة : ١ ـ ٤ .

الأول : في الصيغة ، وهو أن يقول : أنت عليّ كظهر أمّي . وكذا لو قال : هذه ، أو ما شاكل ذلك من الألفاظ الدالّة على تمييزها . ولا عبرة باختلاف ألفاظ الصفات ، كقوله : أنت منّي ، أو عندي .

ولو شبّهها بظهر إحدى المحرّمات نسباً أو رضاعاً ، كالأم أو الأُخت ، فيه روايتان أشهرهما الوقوع .

قوله : «وهو أن يقول ..... الخ» .

موضع الوفاق ومورد النصّ[1] من صيغ الظهار قوله : أنت عليّ كظهر أُمّي ، وفي معناها : هذه ، وما شاكلها من الألفاظ الدالّة على تمييزها عن غيرها ، ك : فلانة باسمها ولقبها ، ونحو ذلك . وفي معنى «عليّ» غيرها من ألفاظ الصلات ك : منّي ، وعندي ، ولديّ . وكذا لو ترك الصلة فقال : أنت كظهر أُمّي ، كما لو قال : أنت طالق ، ولم يقل : منّي . وقد يفرّق بينه وبين الطلاق ، إذ يحتمل صيغة الظهار مجرّدة عن الصلة كونها محرّمة على غيره حرمة ظهر أُمّه عليه ، بخلاف الطلاق ، فإنه للإطلاق ، وهي في حبسه دون حبس غيره . لكن الأشهر عدم الفرق . وفي التحرير[2] استشكل الوقوع مع حذف الصلة . ووجهه ما ذكرناه.

وبقي هنا ألفاظ وقع الخلاف في وقوعه بها ، فمنها ما لو شبّهها بظهر إحدى المحرّمات نسباً أو رضاعاً ، كالأُم من الرضاع والأُخت منهما والعمّة والخالة وبنت الأخ وبنت الأُخت منهما . وفي وقوعه بذلك قولان :

أحدهما ـ وهو الأشهر ـ : الوقوع ، لاشتراك الجميع في تحريم الظهر كالأُم . ولصحيحة زرارة قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الظهار فقال : هو

---

(١) الوسائل ١٥ : ٥٠٦ ب (١) من أبواب الظهار .

(٢) التحرير ٢ : ٦١ .

. . . . . .

عن كلّ ذي محرم ، أمّ أو أخت أو عمّة أو خالة ، ولا يكون الظهار في يمين . قلت: كيف ؟ قال : يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماع : أنت عليّ حرام مثل ظهر أُمّي أو أُختي ، وهو يريد بذلك الظهار»[١] . وحسنة[٢] جميل بن درّاج قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يقول لامرأته أنت عليّ كظهر عمّته أو خالته ، قال : هو الظهار»[٣]. ويدلّ على تناوله للمحرّمات من الرضاع قوله صلّى الله عليه وآله وسلم : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[٤] مضافاً إلى عموم قوله عليه السلام : «هو من كلّ ذي محرم» . ولاشتراك الجميع في المنكر وقول الزور . ولأن حرمة الرضاع كحرمة النسب ، ولذلك يسوّى بينهما في جواز الخلوة بها .

والثاني : لا يقع بغير الأُم مطلقاً . وهو قول الشيخ في الخلاف[٥] وابن إدريس[٦]، عملاً بظاهر الآية[٧] ، وصحيحة سيف التمّار عن الصادق عليه السلام

---

(١) الكافي ٦ : ١٥٣ ح ٣ ، الفقيه ٣ : ٣٤٠ ح ١٦٤٠ ، التهذيب ٨ : ٩ ح ٢٦ ، الوسائل ١٥ : ٥١١ ب «٤» من أبواب الظهار ح ١ ، وذيله في ص : ٥٠٩ ب (٢) ح ٢ .

(٢) في هامش «و» : «وجه حسنها أن في طريقها إبراهيم بن هاشم، وقد وصفها بالصحّة جماعة منهم العلّامة في المختلف، وولده في الشرح، والشهيد في الشرح، ولعلّه بغير ما وجدته من الطريق. بخطّه قدّس سرّه» . لاحظ المختلف ٥ : ٥٩٧ ، إيضاح الفوائد ٣ : ٤٠٩ ، غاية المراد: ٢٢٧ .

(٣) الكافي ٦ : ١٥٥ ح ١٠ ، التهذيب ٨ : ٩ ح ٢٨ ، الوسائل ١٥ : ٥١١ ب (٤) من أبواب الظهار ح ٢ .

(٤) الوسائل ١٤ : ٢٨٠ ب (١) من أبواب ما يحرم بالرضاع .

(٥) راجع الخلاف ٤ : ٥٣٠ ، ٥٣١ مسألة (١٠) ولكن يظهر منه التوقّف حيث ذكر قولين ولم يرجّح أحدهما .

(٦) السرائر ٢ : ٧٠٨ ـ ٧٠٩ .

(٧) المجادلة : ٣ .

. . . . . .

قال : «قلت له : الرجل يقول لامرأته : أنت عليّ كظهر أُختي أو عمّتي أو خالتي ، فقال : إنما ذكر الله تعالى الأُمّهات ، وإن هذا لحرام»[١] . وقوله عليه السلام : «إنما ذكر الله تعالى الأُمهات» يشعر أن الظهار لا يكون إلا بالأُمّهات ، لأنه حصر المذكورات في الظهار بالأُمّهات ، وللأصل ، وضعف التشبيه[٢] ، لأن الرضاع مكتسب فلا يساوي النسب في القوّة ، ولذلك لا يتعلّق به النفقة والميراث والولاية .

وجوابه : أن تخصيص الأُم بالذكر في الآية لا ينفي غيرها كما لا يدلّ على ثبوته ، ونحن نثبته بالأخبار[٣] الصحيحة لا بالآية . وعدم ذكر غير الأُمّهات المحتجّ به في رواية سيف لا يدلّ على نفيه أيضاً ، مع أنه أجاب بالتحريم ، ولعلّ السائل استفاد مقصوده منه ، إذ ليس في السؤال ما يدلّ على موضع حاجته .

وأما ما قيل[٤] : من أن الظهار سببه التشبيه بالنسب لا نفس النسب ، فلا يلزم من كون التشبيه بالنسب سبباً في التحريم كون التشبيه بالرضاع سبباً فيه ، فلا دلالة في قوله صلّى الله عليه وآله وسلم : «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» عليه .

ففيه : أن «من» في الخبر إما تعليليّة مثلها في قوله تعالى : ﴿**مِمّا خطيئاتهم أُغرقوا**﴾[٥] أو بمعنى الباء كما في قوله تعالى : ﴿**ينظرون من طرفٍ**

---

(١) الكافي ٦ : ١٥٧ ح ١٨ ، التهذيب ٨ : ١٠ ح ٣٠ ، الوسائل ١٥ : ٥١١ ب (٤) من أبواب الظهار ح ٣ .

(٢) كذا في «ق» ، وفي «د ، و ، م» : النسبة ، وفي «ط» والحجريّتين ونسخة بدل «د» : التشبّه .

(٣) مرّت في الصفحة السابقة ، هامش (١ و ٢) .

(٤) إيضاح الفوائد ٣ : ٤٠٩ .

(٥) نوح : ٢٥ .

خفيّ﴾[١]. والتقدير يحرم لأجل الرضاع أو بسببه ما يحرم لأجل النسب أو بسببه، وكلاهما مفيد للمطلوب، لأنّ التحريم في الظهار بسبب النسب ثابت في الجملة إجماعاً، فيثبت بسبب الرضاع لذلك[٢].

ثم اعرف أشياء:

الأول: التشبيه بالجدّة للأب أو للأُم محرِّم إن قلنا بتحريمه بجميع المحرَّمات نسباً، وإن قصّرناه على الأُم ففي تعدّيه إلى الجدّة مطلقاً وجهان، من أنها أُم ومن ثمّ حرمت بقوله تعالى: ﴿**حرّمت عليكم أُمّهاتكم**﴾[٣] والأصل في الاستعمال الحقيقة، ولأن الجدّات لأب أُمّهات ولدنه، ويشاركن الأُم في حصول العتق وسقوط القصاص ولزوم النفقة، ومن جواز سلبها عنها فيقال: ليست أُمّي بل أُم أبي وأُم أُمي، ولقوله تعالى: ﴿**إن أُمّهاتهم إلّا اللائي ولدنهم**﴾[٤] وهي مفيدة للحصر، ولكن قد يدّعى في هذه كونها ولدته ولو بواسطة. وعلى ما اخترناه من تعدّي التحريم إلى غير الأُم يتعدّى إلى الجدّة بطريق أولى، وإنما تظهر فائدة الخلاف على القول بعدم التعدّي.

الثاني: ظاهر القائلين بالتعدّي إلى المحرّمات بالرضاع عدم الفرق بين من لم تزل محرّمة بالرضاع، كجدّة الرضاع التي أرضعت أباه وأُمه وأُخته من الرضاع المولودة بعد أن ارتضع، وبين من كانت تحلّ له ثم حرمت

---

(١) الشورى: ٤٥.

(٢) في «ق»: كذلك.

(٣) النساء: ٢٣.

(٤) المجادلة: ٢.

عليه، كالتي أرضعته فصارت أُماً وكأُمها وبنتها المولودة قبل أن ارتضع، فالتشبيه بالجميع يفيد التحريم، لعموم الأدلّة[١]، وإن كان القسم الأول أقوى تحريماً من الثاني. وربما فرّق بين الأمرين وخصّ التحريم بالقسم الأول، وعموم الأدلّة[٢] يدفعه.

الثالث: قد يفهم من قول المصنّف: «ولو شبّهها بظهر إحدى المحرّمات نسباً أو رضاعاً فيه روايتان» أن في التعدّي عن الأُم قولين: أحدهما قصره على الأم مطلقاً، والثاني: تعدّيه إلى المحرّمات بالنسب والرضاع مطلقاً. وليس كذلك، بل الخلاف واقع في التعدّي إلى باقي المحرّمات نسباً مع القول بعدم التعدّي إلى المحرّمات بالرضاع، وفي التعدّي من الأُم إلى الأُم من الرضاع وإن لم يتعدّ إلى المحارم النسبيّة، وفي التعدّي إلى المحرّمات بالرضاع على تقدير القول بثبوته في محرّمات النسب. وتلخيص الخلاف في ذلك أنه يقع في مواضع:

الأول: اقتصار الظهار على التشبيه بالأُم النسبيّة.

الثاني: تعدّيه إلى الأُم 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 المصاهرة أيضاً. وسيأتي[٣].

(١ و ٢) كعموم الحديثين المتقدّمين في ص: ١٢٩، هامش (١ و ٣).

(٣) في ص: ٤٧٣.

ولو شبّهها بيد أُمّه أو شعرها أو بطنها ، قيل : لا يقع ، اقتصاراً على منطوق الآية . وبالوقوع رواية فيها ضعف .

أما لو شبّهها بغير أُمّه بما عدا لفظة الظهر لم يقع قطعاً .

ولو قال : أنت كأُمّي ، أو مثل أُمّي ، قيل : يقع إن قصد به الظهار . وفيه إشكال ، منشؤه اختصاص الظهار بمورد الشرع ، والتمسّك في الحلّ بمقتضى العقد .

قوله : «ولو شبّهها بيد أُمّه ..... الخ» .

اعلم أن النسبة الواقعة بين الزوجة والأم أو ما في حكمها من المحارم بالتشبيه إمّا أن يكون بين جملة المشبّه وظهر المشبّه به ، أو بين الجملة وغيره من الأجزاء ، أو بين الجملة والجملة ، أو بين أجزاء المشبّه وجملة المشبّه به ، أو بينه وبين ظهره ، أو بينه وبين غيره من أجزائه . وعلى جميع التقادير : إما أن يكون المشبّه به الأُم ، أو غيرها من المحارم . فالأقسام اثنا عشر ، ذكر المصنّف بعضها ، ونحن نشير إلى حكم الجميع .

الأول : أن يقع التشبيه بين جملة الزوجة وظهر الأُم ، كقوله: أنت عليّ كظهر أُمي . وهذا هو الظهار المدلول عليه بالنصّ[1] والاجماع ، وهو الأصل في مشروعيّة هذا الحكم . وقد تقدّم ما يدلّ عليه من الكتاب[2] والسنّة . ولا فرق في هذا القسم بين الحكم على ذات الزوجة كقوله : أنت وذاتك ، وجملة هيكلها المحسوس كقوله : بدنك وجسدك وجسمك وجملتك وكلّك ، لأن الحكم بالتحريم متعلّق بالبدن ، والمفهوم عرفاً من الذات هو ذلك ، وإن كان له عند آحاد المحقّقين معنىً آخر لا يراد ذلك في التعليقات الشرعيّة المحمولة على

(١ و ٢) لاحظ : ٤٦٣ ـ ٤٦٤.

المفهومات العرفيّة وما في معناها.

الثاني: أن يقع بين جملة الزوجة وجزءٍ آخر من الأُم غير الظهر، سواء كان ممّا لا يتمّ حياتها بدونه كوجهها ورأسها وبطنها، أم يتمّ بدونه كيدها، وسواء حلّتها الحياة أم لا كشعرها. وفي وقوع الظهار كذلك قولان:

أحدهما: الوقوع. ذهب إليه الشيخ في كتبه الثلاثة[١]، بل ادّعى عليه في الخلاف الاجماع، وتبعه عليه القاضي[٢]، وابن حمزة[٣]، وقبله الصدوق في المقنع[٤]، استناداً ـ مع شبهة دعوى الإجماع ـ إلى رواية سدير عن الصادق عليه السلام قال: «قلت له: الرجل يقول لامرأته: أنت عليّ كشعر أُمي أو ككفّها أو كبطنها أو كرجلها، قال: ما عنى به إن أراد به الظهار فهو الظهار»[٥].

الثاني ـ وهو الذي اختاره المرتضى، وجعله في الانتصار[٦] ممّا انفردت به الاماميّة، وتبعه عليه المتأخّرون[٧] ـ: عدم الوقوع، لأصالة الإباحة إلا ما خرج عنها بدليل أو إجماع ـ وهو الظهر ـ فيبقى الباقي على الأصل. ولأن الظهار مشتقّ من الظهر، فإذا علّق بغيره بطل الاسم المشتقّ منه. ولصحيحة زرارة السابقة[٨] لمّا

---

(١) النهاية ٥٢٦، المبسوط ٥: ١٤٩، الخلاف ٤: ٥٣٠ مسألة: ٩.

(٢) المهذّب ٢: ٢٩٨.

(٣) الوسيلة: ٣٣٤.

(٤) لم نجده فيه، وكذا نسبه إلى مقنعه العلّامة في المختلف: ٥٩٧.

(٥) التهذيب ٨: ١٠ ح ٢٩، الوسائل ١٥: ٥١٧ ب (٩) من أبواب الظهار ح ٢.

(٦) الانتصار: ١٤٢.

(٧) كشف الرموز ٢: ٢٤١، مختلف الشيعة: ٥٩٧، إيضاح الفوائد ٣: ٤٠٢، التنقيح الرائع ٣: ٣٦٩، المهذّب البارع ٣: ٥٢٤.

(٨) في ص: ٤٦٤ ـ ٤٦٥، هامش (١).

. . . . . .

سأل الباقر عليه السلام عن كيفيّته قال : «يقول : أنت عليّ حرام مثل ظهر أُمي» . ومثلها رواية[١] جميل عن الصادق عليه السلام ـ وقد قال له : الرجل يقول لامرأته : أنت عليّ كظهر عمّته أو خالته ـ : «قال : هو الظهار» . وهو يعطي المساواة ، وكذا الجواب الأول بعد السؤال يعطي أن المعنى ذلك لا غير . ولأن اللفظ الصريح الظهار المشتقّ من الظهر ، وصدق المشتقّ يستدعي صدق المشتقّ منه . وهذا هو الأقوى .

والجواب عن حجّة الشيخ بمنع الاجماع في موضع النزاع ، والعجب في معارضته لدعوى المرتضى ذلك ، ما هذه إلا مجازفة في الاجماع كما اتّفق ذلك لهما كثيراً . وأما الخبر فهو صريح في المطلوب لكنّه ضعيف السند بجماعة ، وهم سهل بن زياد ، عن غياث بن ابراهيم ، عن محمد بن سليمان ، عن أبيه ، عن سدير . وسهل ضعيف غالٍ ، وغياث بتري ، ومحمد بن سليمان ضعيف أو مشترك بينه وبين الثقة ، فيسقط اعتباره ، وكذلك أبوه ، وحال سدير إلى الضعف أقرب منها إلى غيره ، فسقط اعتبار الخبر .

الثالث : أن يشبّه الجملة بالجملة ، كقوله : أنت عليّ كأُمي ، أو بدنك أو جسمك عليّ كبدن أُمي أو جسمها ، ونحو ذلك . وفي وقوعه به قولان مبنيّان على السابق ، فالشيخ[٢] حكم بوقوعه ، لأن صحّته مع تشبيهه بتلك الأجزاء يستلزم صحّته مع تشبيهها بنفسها بطريق أولى ، لاشتمالها على تلك الأجزاء وزيادة . ولاشتمال جملتها على ظهرها الذي هو مورد النصّ ، فيدلّ عليه تضمّناً .

---

(١) مرّ ذكر مصادرها في ص : ٤٦٥ ، هامش (٣) .
(٢) المبسوط ٥ : ١٤٩ .

. . . . . .

وجوابه منع الأصل والأولويّة ، فإن الأسباب الشرعيّة لا تقاس . ويمنع من دخول الظهر في ضمن قوله : أنت ، وجاز أن يكون لتخصيصه فائدة باعثة على الحكم .

وذهب الأكثر إلى عدم الوقوع بذلك ، لفوات الشرط ، وهو التشبيه بالظهر ، كما قد علم من السابق . ومحلّ الخلاف ما إذا لم يقصد بذلك التشبيه بها في الكرامة والتعظيم وإلا لم يقع قولاً واحداً ، لأن هذا اللفظ كناية فلا بدّ فيها من القصد إلى المراد.

الرابع : أن يشبّه بعض أجزاء الزوجة بجملة الأُم ، كقوله : يدك أو رأسك أو فرجك عليّ كأُمّي . وفيه القولان السابقان ، فالشيخ صحّحه[١] ، لأنه مركّب من أمرين صحيحين ، وهما تشبيه الجزء والتشبيه بالجزء . وكلاهما ممنوع . وقد تقدّم ما يدلّ عليه.

الخامس : أن يشبّه جزء الزوجة بظهر الأُم ، كقوله : يدك أو فرجك كظهر أُمي . وهو صحيح أيضاً عند الشيخ[٢] بطريق أولى . والأصحّ العدم ، لما ذكرناه في الثاني من الأصل والدليل .

السادس : أن يشبّه الجزء بالجزء ، كقوله : يدك عليّ كيد أُمي . وصحّحه الشيخ[٣] أيضاً مع قصد الظهار . ودليله مركّب من السابق . والأصحّ عدم الوقوع .

السابع : أن يقع بين الزوجة بصورها الستّ وغير الأُم من المحارم . فإن وقع بين الجملة والظهر مشبّهاً به فقد تقدّم[٤] حكمه وأن الأقوى صحّته . وإن وقع

(١ ـ ٣) المصدر السابق .

(٤) في ص : ٤٦٤ ـ ٤٦٥ .

ولو شبّهها بمحرّمة بالمصاهرة تحريماً مؤبّداً ، كأُمّ الزوجة ، وبنت زوجته المدخول بها ، وزوجة الأب والابن ، لم يقع به الظهار .

وكذا لو شبّهها بأُخت الزوجة أو عمّتها أو خالتها .

بينها وبين جزءٍ من المحارم غير الظهر فقد قال المصنّف : إنه لا يقع قطعاً ، وهو يؤذن بعدم الخلاف . وقال في المختلف[١] : إن بعض علمائنا قال بوقوعه ، وآخرين بعدمه . وكذا نقل الخلاف ابن إدريس[٢] ، وإن كان الأصحّ عدم الوقوع . والتقريب ما تقدّم[٣] . وإن وقع بين الجملة والجملة بغير لفظ الظهر فالقولان ، وأولى بالوقوع هنا منه في السابق . والأصحّ العدم . وكذا في باقي الصور بطريق أولى .

واعلم أن هذه الأقسام الاثني عشر تتركّب مع كلّ واحدة من تلك الصور الستّ السابقة[٤] ، وتتشعّب منها صور كثيرة لا تخفى مع حكمها عليك إذا لاحظت ماقرّرناه في الموضعين .

قوله : «ولو شبّهها بمحرّمة .....الخ» .

هذا هو المشهور بين الأصحاب ، تمسّكاً باستصحاب الحلّ في غير موضع النصّ والوفاق ، وقد دلّت الآية[٥] على حكم تشبيهها بظهر الأُم ،

---

(١) المختلف : ٥٩٨ .

(٢) السرائر ٢ : ٧١٠ .

(٣) في ص : ٤٧٠ ـ ٤٧١ .

(٤) في ص : ٤٦٨ .

(٥) المجادلة : ٢ .

. . . . . .

والروايات[١] على إلحاق المحرّمات من النسب والرضاع ، فيبقى الباقي على الأصل.

وذهب في المختلف[٢] إلى وقوعه إذا شبّهها بالمحرّمات على التأبيد بالمصاهرة ، محتجّاً بمشاركتها لمحرّمات النسب والرضاع في العلّة .

ولا يخفى قصور الدليل ، لأن العلّة المستنبطة لا تقتضي تعدية الحكم عنده. نعم ، يمكن الاحتجاج له بصحيحة زرارة السابقة[٣] عن الباقر عليه السلام وفيها : «قال : هو من كلّ ذي محرم» فتدخل المحرّمات بالمصاهرة مؤبّداً في العموم . ولا ينافيه قوله بعد ذلك في الرواية[٤] : «إما أُختاً أو عمّة أو خالة» لأن تعداد الثلاثة للمثال لا للحصر ، للإجماع على عدم انحصار ذي المحرم في الثلاثة ، والتمثيل بذي المحرم النسبي لا يفيد الحصر فيه . وفي هذا القول قوّة.

أمّا من لا تحرم مؤبّداً ـ كأخت الزوجة وبنت غير المدخول بها ممّا تحرم جمعاً خاصّة ـ فحكمها حكم الأجنبيّة في جميع الأحكام ، لأن تحريمها يزول بفراق الأُم والأُخت ، كما يحرم جميع نساء العالم على المتزوّج أربعاً ، وتحلّ له كلّ واحدة ممّن ليست محرّمة بغير ذلك على وجه التخيير بفراق واحدة من الأربع. وأولى بعدم الوقوع تشبيهها بعمّة الزوجة وخالتها، لأن تحريمهما ليس مؤبّداً عيناً ولا جمعاً مطلقاً ، بل على وجه مخصوص كما لا يخفى .

(١ و ٣) المذكورة في ص : ٤٦٤ ـ ٤٦٥ .

(٢) المختلف : ٥٩٨ .

(٤) كذا في النسخ المخطوطة والحجريّتين، وفي مصادر الرواية : «أُم أو أُخت أو ...» .

ولو قال : كظهر أبي ، أو أخي ، أو عمّي ، لم يكن شيئاً . وكذا لو قالت هي : أنت عليّ كظهر أبي أو أُمّي .

ويشترط في وقوعه حضور عدلين يسمعان نطق المظاهر .

قوله : «ولو قال : كظهر ـ إلى قوله ـ أو أُمّي» .

هذا الحكم محلّ وفاق ، استصحاباً للحلّ في غير موضع النصّ ، ولأن الرجل ليس محلّ الاستمتاع ولا في معرض الاستحلال . ونبّه بذلك على خلاف بعض[١] العامّة حيث حكم بوقوع الظهار بالتشبيه بمحارم الرجال . وأما قول المرأة ذلك فلا يفيد التحريم ، ولا يلزم به شيء إجماعاً ، وإنما الحكم مختصّ بالرجال كالطلاق .

قوله : «ويشترط في وقوعه .....الخ» .

الظاهر من كلام الأصحاب الاتّفاق على اشتراط سماع الشاهدين لصيغة الظهار كالطلاق . وهو في رواية حمران الحسنة عن أبي جعفر عليه السلام قال : «لا يكون ظهار إلا على طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين»[٢] .

وأما اشتراط كونهما عدلين فلا دليل عليه إلا من عموم[٣] اشتراط العدالة في الشاهدين ، وفي إثبات الحكم هنا بمثل ذلك ما لا يخفى من الإشكال . وقد تقدّم[٤] في الطلاق رواية بالاجتزاء فيهما بالاسلام كما أطلق هنا .

---

(١) في هامش «ق» : «هو أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه. حاشية منه» . لاحظ حلية العلماء ٧ : ١٦٦ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٥٥٩ .

(٢) الكافي ٦ : ١٥٣ ح ١ ، الفقيه ٣ : ٣٤٥ ح ١٦٥٧ ، التهذيب ٨ : ١٠ ح ٣٣ ، الوسائل ١٥ : ٥٠٩ ب «٢» من أبواب الظهار ح ١ .

(٣) الطلاق : ٢ ، ولاحظ الوسائل ١٨ : ٢٨٨ ب «٤١» من أبواب الشهادات .

(٤) في ص : ١١٤ ، هامش (٣) ، ولاحظ الرواية في الوسائل ١٥ : ٢٨٢ ب «١٠» من أبواب مقدّمات الطلاق ح ٤ .

ولو جعله يميناً لم يقع .

ولا يقع إلا منجّزاً ، فلو علّقه بانقضاء الشهر ، أو دخول الجمعة ، لم يقع على القول الأظهر . وقيل : يقع . وهو نادر .

وهل يقع في إضرار ؟ قيل : لا . وفيه إشكال ، منشؤه التمسّك بالعموم[١] .

وفي وقوعه موقوفاً على الشرط تردّد أظهره الجواز .

قوله : «ولو جعله ..... الخ» .

المراد بجعله يميناً جعله جزاءً على فعل أو ترك ، قصداً للزجر عنه أو البعث على الفعل ، سواء تعلّق به أو بها ، كقوله : إن كلّمتِ فلاناً ، أو إن تركتِ الصلاة ، فأنتِ عليّ كظهر أُمي . وهو مشارك للشرط في الصورة ومفارق له في المعنى ، لأن المراد من الشرط مجرّد التعليق ، وفي اليمين ما ذكرناه من الزجر أو البعث ، والفارق بينهما القصد . وإنما لم يقع مع جعله يميناً للنهي[٢] عن اليمين بغير الله ، ولأن الله تعالى جعل كفّارته غير كفّارة اليمين . وفي حسنة حمران[٣] السابقة قال : «لا يكون ظهار في يمين» .

قوله : «ولا يقع إلا منجّزاً ..... الخ» .

إذا علّق الظهار على شرط ، كأن يقول : إن دخلت الدار أو فعلت كذا فأنت عليّ كظهر أُمي ، مريداً به مجرّد التعليق ، فهل يقع الظهار عند وجود الشرط أم لا ؟ فيه قولان :

---

(١) المجادلة : ٢ ، ولاحظ الوسائل ١٥ : ٥٠٦ ب «١» من أبواب الظهار .

(٢) لاحظ الوسائل ١٦ : ١٤١ ب «١٥» من أبواب الأيمان .

(٣) في الصفحة السابقة هامش (٢) ، ولاحظ الوسائل ١٥ : ٥١٦ ب (٧) من أبواب الظهار ح ٢ .

. . . . . .

أحدهما ـ وهو الذي اختاره[١] المصنّف ، وجعله قول الأكثر[٢] وما سواه نادراً ـ: العدم ، لأصالة بقاء الحلّ ، والشك في السبب ، ولرواية القاسم بن محمد الزيّات أنه قال للرضا عليه السلام : «إنّي قلت لامرأتي : أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا ، فقال : لا شيء عليك ، ولا تعد»[٣] . و«لا شيء» للعموم ، لأنه نكرة في سياق نفي ، فيلزم منه نفي الكفّارة اللازمة للظهار ، ونفي اللازم يدلّ على نفي الملزوم . وفي معناها مرسلة[٤] ابن بكير عن أبي الحسن عليه السلام . وروى ابن فضّال مرسلاً عن الصادق عليه السلام قال : «لا يكون الظهار إلا على مثل موقع الطلاق»[٥] والطلاق لا يقع معلّقاً على الشرط كما تقدّم[٦] فكذا الظهار .

---

(١) هذه غفلة من الشارح الشهيد قدّس سرّه، والعصمة لله وحده، فإن مذهب المصنّف جواز إيقاع الظهار معلّقاً على الشرط بعد تردّد، وحكمه بعدم الوقوع إنما هو في تعليقه على الصفة كما يظهر من المثال، وكأنّه جعل الكلام في المسألة الثانية شرحاً للمسألة الأُولى، واستدرك على ذلك أيضاً بقوله: «واعلم...» في ص : ٤٧٩ . واستغرب ذلك في الجواهر (٣٣ : ١٠٩) واحتمل اختلاف نسخته مع نسخ الشرائع أو وجود السقط، ولكن العبارة كما هي عليها فيما لدينا من النسخ المخطوطة .

(٢) في هامش «و» : الأظهر، بعنوان «ظاهراً» .

(٣) الكافي ٦ : ١٥٨ ح ٢٤ ، التهذيب ٨ : ١٣ ح ٤٢ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٠ ح ٩٣٣ ،الوسائل ١٥ : ٥٣٠ ب (١٦) من أبواب الظهار ح ٤ .

(٤) الكافي ٦ : ١٥٤ ح ٤ ، التهذيب ٨ : ١٣ ح ٤٣ ، الاستبصار ٣ : ٢٦١ ح ٩٣٤ ،الوسائل الباب المتقدّم ح ٣ .

(٥) الكافي ٦ : ١٥٤ ح ٥ ، التهذيب ٨ : ١٣ ح ٤٤ ، الاستبصار ٣ : ٢٦١ ح ٩٣٥ ،الوسائل الباب المتقدّم ح ١٣ .

(٦) في ص : ٩٠ .

. . . . . .

والقول بوقوعه معلّقاً للشيخ[١] والصدوق[٢] وابن حمزة[٣]، واختاره المصنّف في النافع[٤] والعلّامة[٥] وأكثر المتأخّرين[٦]، لصحيحة حريز عن الصادق عليه السلام قال: «الظهار ظهاران، فأحدهما أن يقول: أنت عليّ كظهر أُمي ثم يسكت، فذلك الذي يكفّر قبل أن يواقع، فإذا قال: أنت عليّ كظهر أُمي إن فعلت كذا وكذا ففعلت وجبت عليه الكفّارة حين الحنث»[٧]. وصحيحة عبدالرحمن بن الحجّاج عنه عليه السلام قال: «الظهار على ضربين: أحدهما الكفّارة فيه قبل المواقعة، والآخر بعده. والذي يكفّر قبل الشروع فهو الذي يقول: أنت عليّ كظهر أُمي، ولا يقول: إن فعلت بك كذا وكذا. والذي يكفّر بعد المواقعة هو الذي يقول: أنت عليّ كظهر أمي إن قربتك»[٨]. ولعموم الآيات[٩] الدالّة على وقوع الظهار المتناولة لموضع النزاع. وعموم قوله صلّى الله عليه وآله وسلم: «المؤمنون عند شروطهم»[١٠]. ولموافقته للحكمة، فإن المرأة قد تخالف الرجل

---

(١) النهاية: ٥٢٥، المبسوط ٥: ١٥٠، الخلاف ٤: ٥٣٥ مسألة ٢٠.

(٢) المقنع: ١١٨ ـ ١١٩.

(٣) الوسيلة: ٣٣٤.

(٤) المختصر النافع: ٢٠٥.

(٥) مختلف الشيعة: ٥٩٨، قواعد الأحكام ٢: ٨٥.

(٦) إيضاح الفوائد ٣: ٤١١، اللمعة الدمشقيّة: ١٢٨، المقتصر: ٢٨٩.

(٧) التهذيب ٨: ١٢ ح ٣٩، الاستبصار ٣: ٢٥٩ ح ٩٢٩، الوسائل ١٥: ٥٣٠ ب (١٦) من أبواب الظهار ح ٧.

(٨) الكافي ٦: ١٦٠ ح ٣٢، التهذيب ٨: ١٢ ح ٤٠، الاستبصار ٣: ٢٦٠ ح ٩٣٠، الوسائل الباب المتقدّم ح ١.

(٩) المجادلة: ٢، ٤.

(١٠) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب (٢٠) من أبواب المهور ح ٤.

. . . . . .

في بعض مقاصده فتفعل ما يكرهه وتمتنع عمّا يرغب فيه ويكره الرجل طلاقها من حيث يرجو موافقتها فيحتاج إلى تعليق ما يكرهه بفعل ما تكرهه[١] أو ترك ما تريده[٢] ، فإما أن تمتنع وتفعل[٣] فيحصل غرضه ، أو تخالف فيكون ذلك جزاء معصيتها لضرر[٤] جاء من قبلها . وهذا القول هو الأقوى .

والجواب عن حجّة المانع ضعف طرق رواياته وبعدها عن الدلالة ، فإن القاسم بن محمد مشترك بين الثقة والضعيف ، والأخيرتان مرسلتان ، وفي طريقهما ابن فضّال وابن بكير ، وحالهما معلوم . مع أنه لم يذكر في الخبر الأول أن الشرط المعلّق عليه وجد ، فجاز كون الحكم بعدم الكفّارة لذلك . والأخير لا يدلّ على موضع النزاع . والظاهر أنه يريد بموقع الطلاق الشرائط المعتبرة فيه من الشاهدين وطهارتها من الحيض وانتقالها إلى غير طهر المواقعة ونحو ذلك . هذا إذا سلّم اشتراط تجريد الطلاق عن الشرط .

واعلم أن التنجيز الذي اعتبره المصنّف وجعله موضع الخلاف يخرّج به تعليقه على الشرط وهو ما يجوز وقوعه عند التعليق وعدمه ، والصفة وهو الأمر الذي لا بدّ من وقوعه عادة من غير احتمال تقدّم ولا تأخّر ، كطلوع الشمس وانقضاء الشهر ودخول الجمعة ، ومثّل التعليق بمثالين مختصّين بالصفة ، ومقتضاه أن الخلاف واقع في تعليقه بكلّ منهما . ووجهه : اشتراكهما في المقتضي وهو التعليق .

---

(١) في «د ، م» والحجريّتين : يكرهه .

(٢) في «د» وإحدى الحجريّتين : يريده .

(٣) في «د» : أو تفعل .

(٤) في «د ، م» والحجريّتين : والضرر .

ولو قيّد بمدّة كأن يظاهر منها شهراً أو سنة ، قال الشيخ : لا يقع . وفيه إشكال مستند إلى عموم الآية .

وربما قيل : إن قصرت المدّة عن زمان التربّص لم يقع . وهو تخصيص للعموم بالحكم المخصوص . وفيه ضعف .

وربما قيل الخلاف مختصّ بالشرط عملاً بمدلول الأحاديث[1] ، فإن متعلّقها الشرط ، فتبقى الصفة على أصل المنع . والأقوى جواز التعليق بالأمرين .

وربما قيل : بأن الحكم بوقوعه معلّقاً على الشرط يستلزم وقوعه معلّقاً على الصفة بطريق أولى ، لأن الصفة لازمة الوقوع ، بخلاف الشرط ، فإنه قد لا يقع ، فيكون إرادة إيقاع الظهار في الأول أقوى .

وفيه : أن التعليق بالصفة أقوى ، لأن الشرط يمكن وقوعه في الحال ، والمعلّق على زمان يستحيل وقوعه في زمان إيقاعه وإن تحتّم وقوعه في الزمان المستقبل ، فالمكلّف لم يرد إيقاع الظهار في زمان إيقاعه على تقدير تعليقه على الصفة ، بخلاف الشرط ، فإن المقصود منه وقوع المشروط عند حصول الشرط ، وهو ممكن الحصول في الحال .

والحقّ أن مثل هذا لا يصلح لاختلاف الحكم ، مع اشتراكهما في أصل التعليق ، وعموم الأدلّة[2] .

قوله : «ولو قيّد بمدّة ..... الخ» .

إذا وقّت الظهار فقال : أنت عليّ كظهر أُمي يوماً أو شهراً أو إلى شهر أو

---

(١) لاحظ الوسائل ١٥ : ٥٢٩ ب «١٦» من أبواب الظهار تجد الأحاديث كلّها في الشرط .
(٢) التي تحدّث عنها في ص : ٤٧٨ .

. . . . . .

سنة ، ففي صحّته أقوال أجودها أنه صحيح ، لعموم الآية[١] ، ولأنه منكر من القول وزور كالظهار المطلق . وأيضاً فالمروي[٢] عن سلمة بن صخر الصحابي أنه كان قد ظاهر من امرأته حتى ينسلخ رمضان ثم وطئها في المدّة ، فأمره النبي صلّى الله عليه وآله وسلم بتحرير رقبة .

والثاني : المنع ، لأنه لم يؤبّد التحريم ، فأشبه ما إذا شبّهها بامرأة لا تحرم عليه على التأبيد . ولصحيحة سعيد الأعرج عن الكاظم عليه السلام : «في رجل ظاهر من امرأته يوماً ، قال : ليس عليه شيء»[٣] .

وثالثها : التفصيل ، فإن زادت المدّة عن مدّة التربّص على تقدير المرافعة وقع وإلا فلا ، لأن الظهار يلزمه التربّص مدّة ثلاثة أشهر من حين الترافع وعدم الطلاق ، وهو يدلّ بالاقتضاء على أن مدّته تزيد عن ذلك وإلا لانتفى اللازم الدالّ على انتفاء الملزوم.

وإلى هذا التفصيل ذهب في المختلف[٤] . ولا بأس به ، والرواية[٥] الصحيحة لا تنافيه ، وإن كان القول بالجواز مطلقاً لا يخلو من قوّة ، وإلى ترجيحه

---

(١) المجادلة : ٢ .

(٢) المصنّف للصنعاني ٦ : ٤٣١ ح ١١٥٢٨ ، مسند أحمد ٥ : ٤٣٦ ، سنن الدارمي ٢ : ١٦٣ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٦٥ ح ٢٠٦٢ ، سنن أبي داود ٢ : ٢٦٥ ح ٢٢١٣ ، سنن الترمذي ٥ : ٣٧٧ ح ٣٢٩٩ ، مستدرك الحاكم ٢ : ٢٠٣ ، سنن البيهقي ٧ : ٣٩٠ .

(٣) التهذيب ٨ : ١٤ ح ٤٥ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٢ ح ٩٣٦ ، الوسائل ١٥ : ٥٣١ ب (١٦) من أبواب الظهار ح ١٠ ، وفي المصادر : «فوفى» بدل : يوماً .

(٤) المختلف : ٦٠٤ ، ولكن ذكره احتمالاً في المسألة بعد نقل قولين فيها،راجع الحدائق ٢٥ : ٦٥٦ ، والجواهر ٣٣ : ١١١ .

(٥) لاحظ الهامش (٣) هنا .

أشار المصنّف بقوله : «وهو تخصيص للعموم بالحكم المخصوص» .

وبيانه : أن الدليل من الآية عامّ للموقّت مطلقاً والمؤبّد ، والحكم بالتربّص تلك المدّة على تقدير المرافعة لا يوجب تخصيص العامّ ، لأن المرافعة حكم من أحكام الظهار ، وهي غير لازمة ، فجاز أن لا ترافعه ، فيحتاج إلى معرفة حكمه على هذا التقدير ، وجاز أن لا يعلمها بإيقاعه ويريد معرفة حكمه مع الله تعالى . والحكم بتربّصها تلك المدّة على تقدير المرافعة محمول على ما لو كان مؤبّداً أو موقّتاً بزيادة عنها ، فإذا قصرت كان حكمه تحريم العود إلى أن يكفّر من غير أن يتوقّف على المرافعة أو أن يفيدها فائدة . وقوله في الخبر الصحيح : «ليس عليه شيء» لا ينافي ذلك ، لأنّا نقول : إن الظهار بمجرّده لا يوجب عليه شيئاً ، وإنما تجب الكفّارة بالعود قبل انقضاء المدّة ، ولمّا كانت مدّة اليوم قصيرة فإذا صبر[١] حتى مضى ليس عليه شيء . وهو طريق للجمع[٢] بينه وبين عموم الآية[٣] وخصوص الرواية[٤] الواردة في صحّته مع توقيته شهراً .

وجملة الرواية عن سلمة بن صخر قال :

كنت امرأً قد أُوتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيري ، فلمّا دخل رمضان ظاهرت من امرأتي حتى ينسلخ رمضان ، فرقاً من أن أصيب في ليلتي شيئاً فأتتابع في ذلك إلى أن يدركني النهار و لا أقدر على أن أنزع .

فبينما هي تخدمني من الليل إذ انكشف لي منها شيء فوثبت عليها ، فلمّا

---

(١) في «د ، ق» : صبرت .

(٢) في «د» والحجريّتين : الجمع .

(٣) المجادلة : ٢ .

(٤) مرّ ذكر مصادرها في الصفحة السابقة ، هامش (٢) .

. . . . . .

أصبحت غدوت على قومي فأخبرتهم خبري ، وقلت لهم : انطلقوا معي إلى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم فأخبروه بأمري .

فقالوا : والله لا نفعل ، نتخوّف أن ينزل فينا قرآن ، أو يقول فينا رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم مقالة يبقى علينا عارها ، ولكن اذهب أنت واصنع ما بدا لك .

فخرجت حتى أتيت النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم فأخبرته خبري ، فقال لي : أنت بذاك ؟ فقلت : أنا بذاك ، فقال : أنت بذاك ؟ فقلت : أنا بذاك ، فقال : أنت بذاك ؟ فقلت : نعم ، ها أنا ذا فامض فيّ حكم الله عزّ وجلّ ، فأنا صابر له .

قال : أعتق رقبة . فضربت صفحة رقبتي بيدي وقلت : لا والذي بعثك بالحقّ ما أصبحت أملك غيرها .

قال : فصم شهرين متتابعين .

فقال : قلت : يا رسول الله وهل أصابني ما أصابني إلّا في الصوم ؟

قال : فتصدّق . قال : قلت : والذي بعثك بالحقّ لقد بتنا ليلتنا وحشاً ما لنا عشاء .

قال : اذهب إلى صاحب صدقة بني زُرَيق فقل له ، فليدفعها إليك ، فأطعم عنك وسقاً من تمر ستّين مسكيناً ، ثم استعن بسائره عليك وعلى عيالك .

قال : فرجعت إلى قومي فقلت : وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ، ووجدت عند رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم السعة والبركة ، وقد أمر لي

فروع

لو قال : أنت طالق كظهر أُمّي ، وقع الطلاق ولغا الظهار ، قصده أو لم يقصده .

وقال الشيخ : إن قصد الطلاق والظهار صحّ إذا كانت الطلقة رجعيّة ، فكأنّه قال : أنت طالق ، أنت عليّ كظهر أمي .

وفيه تردّد ، لأن النيّة لا تستقلّ بوقوع الظهار ما لم يكن اللفظ الصريح الذي لا احتمال فيه .

وكذا لو قال : أنت حرام كظهر أمّي .

بصدقتكم فادفعوها إليّ ، قال : فدفعوها إليّ .

وفي رواية[1] أخرى أن النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلم أعطاه مكتلاً فيه خمسة عشر صاعاً فقال : أطعمه ستّين مسكيناً ، وذلك لكلّ مسكين مدّ . وإنما أتينا على الرواية مع طولها لما تشتمل عليه من الفوائد والنكت .

قوله : «لو قال : أنت طالق ..... الخ» .

هنا مسألتان :

الأُولى : إذا قال لامرأته : أنت طالق كظهر أمي ، فله أحوال :

أحدها: أن لا ينوي شيئاً ، فيقع الطلاق ، لإتيانه بلفظه الصريح ، ولا يصحّ الظهار ، لأن قوله: «كظهر أُمي» لا استقلال له ، وقد انقطع عن قوله «أنت» بالفاصل الحاصل بينهما فخرج عن الأصل ، وصار الأصل فيه أن تكون جملته

---

(١) المصنّف للصنعاني ٦ : ٤٣١ ح ١١٥٢٨ ، سنن البيهقي ٧ : ٣٩٠ .

. . . . . .

صفة للطلاق ، فحيث لم يقصد به الظهار لا يقع ، لأن ما عدا اللفظ الصريح لا يقع بدون النيّة .

وثانيها : أن يقصد بمجموع كلامه الطلاق وحده ، ويجعل قوله: «كظهر أُمي» تأكيداً لتحريم الطلاق بمعنى : أنها طالق طلاقاً يصيّرها كظهر أمه بالفعل كالبائن أو بالقوّة كالرجعي ، فيقع الطلاق دون الظهار . ولا خلاف في هذين القسمين .

وثالثها : أن يقصد بالجميع الظهار ، فيحصل الطلاق أيضاً دون الظهار . أما حصول الطلاق فللفظه الصريح ، والصريح لا يقبل صرفه إلى غيره ، حتى لو قال لزوجته : أنت طالق ، ثم قال : أردت به من وثاق غيري أو نحو ذلك ، لم يسمع وحكم به عليه ، بخلاف ما لو أتى بالكناية حتى يصحّحه بها ، والأصل في ذلك ونظائره أن اللفظ الصريح إذا وجد نفاذاً في موضوعه لا ينصرف إلى غيره بالنيّة . وأما عدم حصول الظهار فلأن الطلاق لا ينصرف إلى الظهار ، والثاني ليس بصريح في الظهار كما بيّنّاه ، وهو لم ينو به الظهار ، وإنما نواه بالجميع . ويحتمل هنا لزوم الظهار أخذاً بإقراره .

ورابعها : أن يقصد الطلاق والظهار جميعاً ، نظر فإن قصدهما بمجموع كلامه حصل الطلاق دون الظهار أيضاً ، لما تبيّن . وإن قصد الطلاق بقوله: «أنت طالق» والظهار بقوله: «كظهر أُمي» وقع الطلاق . ثم إن كانت تبين بالطلاق لم يصحّ الظهار قطعاً . وإن كانت رجعيّة ففي صحّة الظهار قولان :

. . . . . .

أحدهما : وقوع الظهار أيضاً ، وهو قول الشيخ[١] ، لأن كلمة الخطاب السابقة وإن صرفت أولاً إلى الطلاق لكنّها تعود إلى الظهار أيضاً مع النيّة ، ويصير كأنّه قال : أنت طالق أنت كظهر أُمي .

والثاني ـ وهو الأشهر ـ : عدم وقوع الظهار ، لأن اللفظ ليس صريحاً فيه بانقطاع الخطاب عنه . والنيّة غير كافية عندنا في وقوع ما ليس بصريح ، وإنما يتوجّه هذاعند من يعتدّ بالكنايات اعتماداً على النيّة . بل بعض من اعتدّ بالكناية ردّ هذا أيضاً ، بناءً على ما ذكرناه من أنّا إذا استعملنا قوله «أنت طالق» في إيقاع الطلاق لم يبق إلا قوله: «كظهر أُمي» وأنه لا يصلح كناية ، إذ لا خطاب فيه . وأيضاً فالأصل في هذا التركيب أن تكون الجملة الواقعة بعد النكرة وصفاً لها ، فالعدول بها عن أصلها خلاف الصريح . وليس هذا كتعدّد الخبر على المبتدأ الواحد ، لأن ذلك حيث يصلح الثاني للخبريّة بالوضع ، وليس كذلك هنا . والأصحّ عدم وقوع الظهار .

ولو عكس فقال : أنت كظهر أُمي طالق ، وقصدهما معاً وقع الظهار ، لصراحته . وفي وقوع الطلاق الوجهان ، لأنه من النيّة ، وأنه ليس في لفظ الطلاق مخاطبة ولا ما في معناها . والشيخ على أصله من وقوعهما معاً كالسابق . ولا فرق هنا بين الطلاق البائن والرجعي ، لأن طلاق المظاهر منها صحيح على التقديرين ، وإنما الشك من عدم صراحة الصيغة .

الثانية : لو قال : أنت عليّ حرام كظهر أُمّي ، قال المصنّف : لا يقع به

---

(١) المبسوط ٥ : ١٥١ .

. . . . . .

الظهار، وهو قول الشيخ في المبسوط[١]، سواء نواه أم لا. وهذا يخالف مذهب الشيخ في المسألة السابقة، بل وقوع الظهار هنا أقوى، لأن المتخلّل بين المسند والمسند إليه مؤكّد للحكم، بخلاف السابقة.

وحجّتهم: ما سبق من انصراف الخطاب إلى الكلمة الأولى وهي قوله «حرام» فيلغو، لأنها لا تقتضي الحكم بالظهار، وقوله «كظهر أُمّي» بقي خالياً عن المسند إليه لفظاً، والنيّة غير كافية، ومن ثَمّ عطف المصنّف الحكم على السابق تنبيهاً على اشتراكهما في العلّة المقتضية لعدم الوقوع.

والأقوى وقوع الظهار هنا، لصحيحة زرارة السابقة[٢] عن الباقر عليه السلام وقد سأله عن الظهار فقال: «يقول الرجل لامرأته: أنت عليّ حرام مثل ظهر أُمّي» وهو نصّ في الباب. ولأن قوله «حرام» تأكيد لغرضه فلا ينافيه، فإن قوله «أنت عليّ كظهر أُمّي» لا بدّ له من القصد إلى معناه، وهو يستلزم القصد إلى التحريم، فإذا نطق به كان أولى. والعجب من تجويز الشيخ[٣] وقوعه بالكنايات وما هو أبعد من هذه مع خلوّها من نصّ [صريح][٤] يقتضي صحّتها، ومنعه من هذه الصيغة مع ورود النصّ الصحيح بها.

---

(١) المبسوط ٥: ١٥١.

(٢) في ص: ٤٦٤ـ٤٦٥، هامش (١).

(٣) المبسوط ٥: ١٤٩.

(٤) من الحجريّتين فقط.

ولو ظاهر إحدى زوجتيه إن ظاهر ضرّتها ، ثم ظاهر الضرّة ، وقع الظهاران .

ولو ظاهرها إن ظاهر فلانة الأجنبيّة ، وقصد النطق بلفظ الظهار ، صحّ الظهار عند مواجهتها به . وإن قصد الظهار الشرعي لم يقع ظهار . وكذا لو قال : أجنبيّة .

ولو قال : فلانة ، من غير وصف فتزوّجها وظاهرها، قال الشيخ : يقع الظهاران . وهو حسن .

الثاني : في المظاهر

ويعتبر فيه البلوغ ، وكمال العقل ، والاختيار ، والقصد .

فلا يصحّ ظهار الطفل ، ولا المجنون ، ولا المكره ، ولا فاقد القصد بالسكر أو الإغماء أو الغضب .

قوله : «ولو ظاهر إحدى زوجتيه ..... الخ» .

هذا من فروع تعليق الظهار على الشرط ، فإن صحّحناه فعلّق ظهار إحدى زوجتيه على ظهاره من الأُخرى صحّ ، فإن ظاهر من المعلّق عليها صار مظاهراً منهما جميعاً ، أما من إحداهما فبالتنجيز ، وأما الأُخرى فبموجب التعليق .

ولو قال : إن ظاهرت من إحداكما ، أو : أيّكما ظاهرت منها، فالأُخرى عليّ كظهر أُمّي ، ثم ظاهر من إحداهما صار مظاهراً من الأُخرى أيضاً .

ولو علّق ظهار زوجته على ظهار الأجنبيّة ، فإن ذكر اسمها وجعل الأجنبيّة وصفاً لم يكن منعقداً وإن خاطب الأجنبيّة بالظهار ، لأن الظهار من

. . . . . .

الأجنبيّة غير منعقد ، إلا أن يريد التلفّظ بالظهار ، فيصير بالتلفّظ مظاهراً من زوجته ، ويكون ذلك في قوّة تعليق ظهار زوجته بتكليمه فلانة الأجنبيّة . وكذا لو قال : إن ظاهرت أجنبيّة ، من غير تعيين .

ولو نكح الأجنبيّة ثم ظاهر منها فهل يقع الظهار بالزوجة الأُولى ؟ وجهان ، من أنه إذا نكحها خرجت عن كونها أجنبيّة ، ومن أن ظهارها تعلّق بظهار «فلانة» وذكر الأجنبيّة في مثل ذلك للتعريف دون الشرط ، كما لو قال : لا أدخل دار زيد هذه ، فباعها زيد ثم دخلها ، فإن في حنثه وجهين نظراً إلى ترجيح الإشارة أو الوصف .

ولو قال : إن ظاهرت من فلانة أجنبيّة ـ أو وهي أجنبيّة ـ فأنت عليّ كظهر أُمي، فسواء نكحها وظاهر عنها أو خاطبها بلفظ الظهار قبل أن ينكحها لا يصير مظاهراً من زوجته التي علّق ظهارها، لأنه شرط وقوع الظهار في حال كونها أجنبيّة ، وما دامت أجنبيّة لا ينعقد ظهارها ، وإذا انعقد لم تكن أجنبيّة ، فكان التعليق بشيءٍ محال ، وهو كما إذا قال : إن بعت الخمر فأنت عليّ كظهر أُمي ، وأتى بلفظ البيع لا يقع الظهار ، تنزيلاً لألفاظ العقود على العقود الصحيحة ، إلا أن يقصد الصورة .

ولو قال : «فلانة» من غير وصف بكونها أجنبيّة ولا حاليّة[1]، وكانت أجنبيّة، صحّ التعليق وتوقّف على ظهارها صحيحاً ، فإن تزوّجها وظاهر منها وقع الظهاران ، لحصول الشرط .

---

(١) كذا في «د ، و» وفي «ق ، ط» والحجريّتين : خالية. وحال الرجل: امرأته . راجع لسان العرب ١١ : ١٩١ و ١٩٣ .

ولو ظاهر ونوى الطلاق لم يقع طلاق ، لعدم اللفظ المعتبر ، ولا ظهار ، لعدم القصد .

ونسبة هذا القول إلى الشيخ[١] تشعر بشبهة فيه غير أنه حسن كما ذكره المصنّف ، لوجود المقتضي وانتفاء المانع ، إذ ليس إلا كونها حال التعليق أجنبيّة ، وذلك لا يصلح للمانعيّة ، إذ لم يقيّد تعليق الظهار بها بوقت .

ووجه الشبهة : أن الشرط ـ كما علمت من تعريفه ـ ما يجوز حصوله حال التعليق وعدمه ، وظهار الأجنبيّة حال التعليق غير صحيح ، ومجرّد الصورة غير مقصود ، لأنه الفرض ، فكان ذلك أشبه بالصفة المتأخّرة عن التعليق .

والحقّ : أن ذلك لا يخرجه عن أصل الشرطيّة ، لأن المراد بتجويز وجوده بحسب ذاته مع قطع النظر عن الموانع الخارجيّة المقتضية لامتناعه حينئذٍ ، والأمر هنا كذلك ، فإن ظهار «فلانة» حينئذٍ ممكن بحسب ذاته ، وإنما تخلّف لفقد شرط من شروطه وهو كونها أجنبيّة ، كما يتخلّف لفقد غيره من الشروط التي لا يتيسّر ذلك الوقت . وأيضاً فاشتراط إمكان حصول الشرط حال التعليق لا دليل عليه ، ومفهوم الشرط متحقّق على التقديرين لغة وعرفاً .

قوله : «ولو ظاهر ونوى الطلاق ..... الخ» .

بناء هذا الحكم على أُصولنا المفيدة لعدم وقوع الطلاق والظهار بالكنايات واضح . ونبّه به على خلاف العامّة[٢] حيث جوّزوا وقوع الطلاق بلفظ الظهار مع النيّة ، حتى لو قال : أنت طالق كظهر أُمّي ، ونوى بقوله «كظهر أُمّي» الطلاق، وقع

---

(١) المبسوط ٥ : ١٥٤ .

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ١٠ : ٤٣٦ ـ ٤٣٧ ، روضة الطالبين ٦ : ٢٤٢ .

ويصحّ ظهار الخصيّ ، والمجبوب ، إن قلنا بتحريم ما عدا الوطء ، مثل الملامسة.

وكذا يصحّ الظهار من الكافر . ومنعه الشيخ التفاتاً إلى تعذّر الكفّارة . والمعتمد ضعيف ، لإمكانها بتقديم الاسلام . ويصحّ من العبد .

عليه طلاقان إن كان الأول رجعيّاً .

قوله : «ويصحّ ظهار الخصيّ ..... الخ» .

الخصيّ والمجبوب إن بقي لهما ما يمكنهما به الجماع المتحقّق بإدخال الحشفة أو قدرها فظهارهما صحيح مطلقاً ، لأنهما حينئذٍ في معنى الصحيح . وإن لم يمكنهما الإيلاج بني وقوع ظهارهما على أن الظهار هل يختصّ تحريمه بالوطء ، أو يشمل جميع الاستمتاعات ؟ وسيأتي[1] الكلام فيه . فإن حرّمنا الجميع صحّ ظهارهما أيضاً ، لبقاء فائدة الظهار بالامتناع عن الاستمتاع غير الوطء. وإن قلنا باختصاصه بالوطء لم يقع منهما ظهار ، لعدم فائدته . هذا كلّه إذا لم نشترط الدخول بالمظاهرة، وإلا لم يقع منهما مطلقاً ، حيث لا يتحقّق منهما الدخول .

قوله : «وكذا يصحّ ..... الخ» .

أصحّ القولين وقوع الظهار من كلّ زوج مكلّف ، مسلماً كان أم كافراً ، حرّاً كان أم عبداً ، لعموم قوله تعالى : ﴿والّذين يظاهرون من نسائهم﴾[2] وغيره من العمومات[3] .

---

(١) في ص : ٥٣٠ .

(٢) المجادلة : ٣ .

(٣) كعموم الأحاديث وإطلاقها. لاحظ الوسائل ١٥ : ٥٠٩ ب «٢» و «٣» من أبواب الظهار .

. . . . . .

ثم الكلام هنا في موضعين :

الأول : وقوعه من الكافر . وقد منعه الشيخ في كتابي[١] الفروع وابن الجنيد[٢] ، استناداً إلى أن من يصحّ ظهاره تصحّ الكفّارة منه ، لقوله تعالى : ﴿والّذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة .....الخ﴾[٣] والكافر لا تصحّ منه الكفّارة ، لأنها عبادة تفتقر إلى النيّة . ولأن الظهار يفيد تحريماً يصحّ إزالته بالكفّارة ، فلا يتحقّق في حقّ الكافر ، فلا يترتّب أثر الظهار عليه .

وأجيب بمنع عدم صحّتها منه مطلقاً ، غايته توقّفها على شرط وهو قادر عليه بالاسلام ، كتكليف المسلم بالصلاة المتوقّفة على شرط الطهارة وهو غير متطهّر لكنّه قادر على تحصيله .

وأورد : أن الذمّي مقَرّ على دينه ، فحمله على الاسلام لذلك بعيد . وأن الخطاب بالعبادة البدنيّة لا يتوجّه على الكافر الأصلي .

وأجيب بأنّا لا نحمل الذمّي [الكافر][٤] على الاسلام ولا نخاطبه بالصوم ، ولكن نقول : لا نمكّنك من الوطء إلا هكذا ، فإما أن تتركه أو تسلك[٥] طريق الحلّ .

الثاني : وقوعه من العبد . وهو مذهب علمائنا أجمع . وخالف فيه بعض

---

(١) المبسوط ٥ : ١٤٥ ، الخلاف ٤ : ٥٢٥ مسألة (٢) .

(٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٥٩٧ .

(٣) المجادلة : ٣ .

(٤) من الحجريّتين فقط .

(٥) كذا في «و» وفي سائر النسخ : يتركه أو يسلك .

الثالث : في المظاهرة

ويشترط أن تكون منكوحة بالعقد . ولا يقع بالأجنبيّة ولو علّقه على النكاح .

وأن تكون طاهراً طهراً لم يجامعها فيه ، إذا كان زوجها حاضراً ، وكانت مثلها تحيض . ولو كان غائباً صحّ . وكذا لو كان حاضراً ، وهي يائسة ، أو لم تبلغ .

العامّة[1] ، نظراً إلى أن لازم الظهار إيجاب تحرير الرقبة ، والعبد لا يملكها .

وأجيب بأن وجوبها في الآية مشروط بوجدانها ، وقد قال تعالى : ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسّا﴾[2] والعبد غير واجد فيلزمه الصوم.

قوله : «ويشترط أن تكون ـ إلى قوله ـ على النكاح» .

هذا عندنا موضع وفاق . والأصل فيه أن الله تعالى علّق الظهار على الأزواج فقال : ﴿والّذين يظاهرون من نسائهم﴾[3] فيبقى غيرهنّ على الأصل . وخالف فيه بعض العامّة[4] ، فصحّحه بالأجنبيّة إذا علّقه بنكاحها ، كما صحّحه كذلك في الطلاق .

قوله : «وأن تكون طاهراً ..... الخ» .

هذا الشرط أيضاً موضع وفاق بين علمائنا، وهو مختصّ بهم . ومستنده

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ١٠ : ٤١٢ ـ ٤١٣ ، حلية العلماء للشاشي ٧ : ١٦١ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٥٥٥ .

(٢) المجادلة : ٤ .

(٣) المجادلة : ٣ .

(٤) المغني لابن قدامة ٨ : ٥٧٨ .

وفي اشتراط الدخول تردّد ، والمروي اشتراطه ، والقول الآخر مستنده التمسّك بالعموم[١] .

نصوصهم الصحيحة الدالّة عليه ، كصحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام وقد سأله عن كيفيّته قال : «يقول الرجل لامرأته وهي طاهر في غير جماع : أنت عليّ حرام كظهر أُمّي»[٢] ورواية حمران عنه عليه السلام : «لايكون ظهار إلا على طهر بغير جماع بشهادة شاهدين مسلمين»[٣] . وقول أبي عبد الله عليه السلام : «لايكون الظهار إلا على مثل موقع الطلاق»[٤] .

قوله : «وفي اشتراط ..... الخ» .

اختلف الأصحاب في اشتراط الدخول بالمرأة وعدمه بالنسبة إلى صحّة الظهار ، فذهب المفيد[٥] والمرتضى[٦] وابن إدريس[٧] وجماعة[٨] إلى عدمه ، لعموم الآية . وذهب الشيخ[٩] والصدوق[١٠] وأكثر المتأخّرين إلى الاشتراط ،

---

(١) المجادلة : ٢ .

(٢) راجع الكافي ٦ : ١٥٣ ح ٣ ، الفقيه ٣ : ٣٤٠ ح ١٦٤٠ ، التهذيب ٨ : ٩ ح ٢٦ ، الاستبصار ٣ : ٢٥٨ ح ٩٢٤ ، الوسائل ١٥ : ٥٠٩ ب (٢) من أبواب الظهار ح ٢ .

(٣) الكافي ٦ : ١٥٣ ح ١ ، الفقيه ٣ : ٣٤٥ ح ١٦٥٧ ، التهذيب ٨ : ١٠ ح ٣٣ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٤ .

(٤) الكافي ٦ : ١٥٤ ح ٥ ، الفقيه ٣ : ٣٤٠ ح ١٦٣٩ ، التهذيب ٨ : ١٣ ح ٤٤ ، الاستبصار ٣ : ٢٦١ ح ٩٣٥ ، الوسائل ١٥ : ٥٣٢ ب (١٦) من أبواب الظهار ح ١٣ .

(٥) المقنعة : ٥٢٤ .

(٦) لم نجده فيما لدينا من كتبه ، ونسبه إليه ابن إدريس في السرائر ٢ : ٧١٠ .

(٧) السرائر ٢ : ٧١٠ .

(٨) إصباح الشيعة (ضمن سلسلة الينابيع الفقهيّة) ٢٠ : ٢٨٧ ، والغنية (ضمن الجوامع الفقهيّة) : ٥٥١ .

(٩) النهاية : ٥٢٦ ، المبسوط ٥ : ١٤٦ ، الخلاف ٤ : ٥٢٦ مسألة (٣) .

(١٠) الهداية : ٧١ .

وهل يقع بالمستمتع بها ؟ فيه خلاف، والأظهر الوقوع .

لصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال في غير المدخول بها : «لا يقع عليها إيلاء ولا ظهار»[١] . وصحيحة الفضيل بن يسار أن الصادق عليه السلام قال : «لا يكون ظهار ولا إيلاء حتى يدخل بها»[٢] . وقد تقدّم[٣] في رواية حمران : «لايكون ظهار إلا على طهر بعد جماع». وهذا هو الأصحّ . لتقديم الخاصّ على العامّ عند التعارض . ومَنْ قدّم العامّ نظر إلى أن خبر الواحد ليس بحجّة كما هو أصل المرتضى وابن إدريس ، أو أن عموم الكتاب لا يخصّ بخبر الواحد وإن عملنا به .

قوله : «وهل يقع ..... الخ» .

القول بالوقوع مذهب الأكثر ، لعموم الآية[٤] ، فإن المستمتع بها زوجة . والقول بعدم الوقوع لابن إدريس[٥] وجماعة[٦] ، نظراً إلى انتفاء لازم الظهار ، فإن منه المرافعة المرتّبة[٧] على الإخلال بالواجب من الوطء وإلزامه بأحد الأمرين الفئة أو الطلاق ، وهو ممتنع فيها ، وإقامة هبة المدّة مقامه قياس ، وانتفاء اللازم يدلّ على انتفاء الملزومات .

---

(١) التهذيب ٨ : ٢١ ح ٦٥ ، الوسائل ١٥ : ٥١٦ ب (٨) من أبواب الظهار ح ٢ ، وفيه : عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام .

(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) في ص : ٤٧٥ ، هامش (٢) .

(٤) المجادلة : ٢ .

(٥) السرائر ٢ : ٧٠٩ .

(٦) الهداية : ٧١ ، وابن الجنيد حكاه عنه العلّامة في المختلف ٥ : ٥٩٩ .

(٧) في «ق ، م» : المترتّبة .

وفي الموطوءة بالملك تردّد ، والمرويّ أنه يقع كما يقع بالحرّة .

وجوابه : أن هذه اللوازم مشروطة بزوجة يمكن في حقّها ذلك ، فلا يلزم من انتفائها انتفاء جميع الأحكام التي أهمّها تحريم الاستمتاع من دون المرافعة . وقد تقدّم[١] البحث في ذلك في بابها من النكاح .

قوله : «وفي الموطوءة .....الخ» .

اختلف الأصحاب أيضاً في وقوعه بالأمة الموطوءة بملك اليمين ولو مدبّرة أو أم ولد ، فذهب جماعة منهم الشيخ[٢] وابن حمزة[٣] وجماعة[٤] [من][٥] المتأخّرين إلى الوقوع ، وهو أصحّ القولين ، لدخولها في عموم ﴿والّذين يظاهرون من نسائهم﴾[٦] كدخولها في قوله تعالى ﴿وأُمّهات نسائكم﴾[٧] فحرّمت بذلك أُم الموطوءة بالملك . وخصوص صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال : «وسألته عن الظهار على الحرّة والأمة ، فقال : نعم»[٨] . وحسنة حفص بن البختري عن الصادق والكاظم عليهما السلام في رجل كان له عشر جوارٍ فظاهر منهنّ جميعاً فقال : «عليه

---

(١) في ج ٧ : ٤٦٤ .

(٢) النهاية : ٥٢٧ ، الخلاف ٤ : ٥٢٩ مسألة (٨) .

(٣) الوسيلة : ٣٣٥ .

(٤) كشف الرموز ٢ : ٢٤٥ ، مختلف الشيعة : ٥٩٩ ، إيضاح ترددات الشرائع ٢ : ٤٠ ، المقتصر : ٢٩١ .

(٥) من الحجريتين فقط .

(٦) المجادلة : ٣ .

(٧) النساء : ٢٣ .

(٨) الكافي 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 كفّارات»[١] . وموثّقة إسحاق بن عمّار عن الكاظم عليه السلام قال في الرجل يظاهر من جاريته ، قال : «الحرّة والأمة في هذا سواء»[٢].

وقال المفيد[٣] والمرتضى[٤] وابن إدريس[٥] وجماعة[٦] من المتقدّمين : لا يقع بها ، لقوله عليه السلام في الخبر السابق[٧] : «لا يكون ظهار إلا على مثل موقع الطلاق» . ولأن الظهار كان في الجاهليّة طلاقاً كما سبق[٨] ، والطلاق لا يقع بها . ولأن المفهوم من «النساء» في الآية[٩] الزوجة . ولورود[١٠] السبب فيها . ولرواية حمزة بن حمران عن الصادق عليه السلام في من يظاهر من أمته قال : «يأتيها وليس عليه شيء»[١١] . وللأصل .

وجوابه ضعف سند الأول ، فلا يعارض الصحيح ، وإنما جعلناه في السابق شاهداً لا أصلاً . والثاني لا حجّة فيه ، وقد نقل أنهم كانوا يظاهرون من الأمة

---

(١) الكافي ٦ : ١٥٧ ح ١٦ ، التهذيب ٨ : ٢١ ح ٦٧ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٣ ح ٩٤٣ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣ ، وفي الكافي والوسائل : عن أبي عبدالله أو أبي الحسن عليهما السلام .

(٢) الكافي ٦ : ١٥٦ ح ١١ ، الفقيه ٣ : ٣٤٦ ح ١٦٦٠ ، التهذيب ٨ : ٢٤ ح ٧٦ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٤ ح ٩٤٥ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ١ .

(٣) المقنعة : ٥٢٤ .

(٤) لم نجده فيما لدينا من كتبه ، ونسبه إليه ابن إدريس في السرائر ٢ : ٧١٠ .

(٥) السرائر ٢ : ٧٠٩ ، ٧١٠ .

(٦) الكافي في الفقه : ٣٠٤ ، المهذّب ٢ : ٢٩٨ ، والغنية وإصباح الشيعة ضمن (سلسلة الينابيع الفقهيّة) ٢٠ : ٢٤٥ و ٢٨٧ .

(٧) في ص : ٤٩٤ ، هامش (٤) .

(٨) في ص : ٤٦٣ .

(٩) المجادلة : ٢ .

(١١) التهذيب ٨ : ١٠ ح ٣٢ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٤ ح ٩٤٨ ، الوسائل ١٥ : ٥٢١ ب (١١) من أبواب الظهار ح ٦ .

ومع الدخول يقع ولو كان الوطء دبراً ، صغيرة كانت أو كبيرة ، مجنونة أو عاقلة .

وكذا يقع بالرتقاء والمريضة التي لا توطأ .

أيضاً ، ويعتزل سيّدها فراشها . ولأن الطلاق أيضاً كان في الجاهليّة ، كما ينبّه عليه قول الأعشى[١] ..... أيا جارتي بِيني فإنك طالقه ..... ونمنع الحمل على الزوجة مع وجود ما يصلح للأمة . والسبب ليس مخصّصاً كما حقّق في الأُصول . والرواية الأخيرة ضعيفة السند أيضاً ، فلا تعارض الصحيح . والأصل إنما يتمّ مع عدم وجود دليل مخرج عنه .

واعلم أنه على القول بوقوعه بها يأتي فيها الخلاف السابق[٢] في اشتراط الدخول وعدمه ، لتناول الروايات الدالّة عليه لها كما تناولت الحرّة . وتوهّم اختصاص ذلك الخلاف بالحرّة ضعيف جدّاً ، بل باطل .

قوله : «ومع الدخول يقع ..... الخ» .

وجهه : أن إطلاق الدخول يشمل الدبر كما تحقّق في باب المهر وغيره . وإطلاق الحكم يتناول الصغيرة وإن حرم الدخول بها ، والكبيرة [و][٣] المجنونة والعاقلة ، والرتقاء على تقدير وطئها في الدبر ، والمريضة التي لا توطأ حال الظهار مع وجوده قبله ، لتحقّق[٤] الشرط . ولو لم نشترط الدخول فدخول الجميع أوضح . ويمكن بناء الحكم على ذلك القول ، بقرينة ذكر «المريضة التي لا توطأ» الشامل بإطلاقه للقبل والدبر في سائر الأوقات ، وإن لم تدخل الرتقاء في هذا

---

(١) ديوان الأعشى : ١٢٢ .

(٢) لاحظ ص : ٤٩٤ .

(٣) من الحجريّتين .

(٤) في «ق ، د ، ط» : ليتحقّق .

الرابع : في الأحكام

وهي مسائل :

الأُولى : الظهار محرّم ، لاتّصافه بالمنكر . وقيل : لا عقاب فيه ، لتعقيبه بالعفو .

العموم غالباً بالنظر إلى الدبر . ومثله إطلاق المصنّف[1] الحكم بصحّة ظهار الخصيّ والمجبوب اللّذين لا يمكنهما الوطء، فإنه لا يتمّ مع القول باشتراط الدخول ، فلا بدّ في إطلاق هذه الأحكام من تكلّف .

قوله : «الظهار محرّم ..... الخ» .

لا خلاف بين العلماء في تحريم الظهار ، لوصفه بالمنكر في قوله تعالى : ﴿وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً﴾[2] والمنكر والزور محرّمان .

ثم اختلفوا فقال بعضهم : إنّه يعفى عنه ولا يعاقب عليه في الآخرة ، لقوله تعالى بعد ذلك ﴿وإن الله لعفوّ غفور﴾[3] فعقّبه بالعفو وهو يستلزم نفي العقاب . وهذا القول ذكره بعض[4] المفسّرين ، ولم يثبت عن الأصحاب .

وفيه نظر ، لأنه لا يلزم من وصفه تعالى بالعفو والغفران تعلّقهما بهذا النوع من المعصية ، وذكره بعده لا يدلّ عليه، ونحن لا نشكّ في أنّه تعالى عفوّ غفور، سواء عفا عن هذا الذنب الخاصّ أم لم يعف. نعم، تعقّبه له لا يخلو من باعث على الرجاء والطمع في عفو الله تعالى، إلا أنه لا يلزم منه وقوعه به بالفعل . ونظائره في القرآن كثيرة ، مثل قوله تعالى: ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن مّا

---

(١) في ص : ٤٩١ .

(٢ و ٣) المجادلة : ٢ .

(٤) أنظر مجمع البيان ٥ : ٢٤٧ ، تفسير البيضاوي ٥ : ١٢١ ، كنز العرفان ٢ : ٢٩٠ ، ونسبه فخر المحقّقين «قده» إلى بعض الأصحاب في إيضاح الفوائد ٣ : ٤١١ .

الثانية : لا تجب الكفّارة بالتلفّظ ، وإنما تجب بالعود ، وهو إرادة الوطء .

والأقرب أنه لا استقرار لها ، بل معنى الوجوب تحريم الوطء حتى يكفّر .

تعمّدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً﴾[1] مع أنه لم يقل أحد بوجوب عفوه عن هذا الذنب المذكور قبله ، مع أن الوصف يصدق مع عفوه عن بعض أفراده دون بعض ، كما يصدق به في غيره ، فلزوم العفو عنه مطلقاً غير لازم من الآية .

والحقّ أنه كغيره من الذنوب أمر عقابها راجع إلى مشيئة الله تعالى . ونسبة المصنّف ذلك إلى القيل مشعر بعدم ظهوره عنده ، والأمر كما ذكرناه .

قوله : «لاتجب الكفّارة ..... الخ» .

لا خلاف في أن الكفّارة الواجبة في الظهار تتعلّق بالعود ، لقوله تعالى : ﴿والّذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة﴾[2] . لكن اختلفوا في المراد من العود ، فمذهب أكثر أصحابنا أنه إرادة الوطء ، لا مجرّد إمساكهنّ في النكاح ، والقول[3] كناية عنه ، والإرادة مضمرة ، مثلها في قوله تعالى : ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله﴾[4] و ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا﴾[5] أي : أردت القراءة ، وأردتم القيام . واستدلّوا عليه بصحيحة أبي بصير قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : متى تجب الكفّارة على المظاهر ؟ قال : إذا أراد أن

---

(١) الأحزاب : ٥ .

(٢) المجادلة : ٣ .

(٣) في «ق ، م» : والعود .

(٤) النحل : ٩٨ .

(٥) المائدة : ٦ .

. . . . . .

يواقع»[١] .

وقال ابن الجنيد[٢] : إن المراد به إمساكها في النكاح بقدر ما يمكنه مفارقتها فيه ، محتجّاً بأن العود للقول عبارة عن مخالفته ، يقال : قال فلان قولاً ثم عاد فيه وعادله أي : خالفه ونقضه ، وهو قريب من قولهم : عاد في هبته . ومقصود الظهار ومعناه وصف المرأة بالتحريم ، فكان بالإمساك عائداً .

وهذان القولان للعامّة أيضاً . ولهم قول ثالث أنه هو الوطء نفسه . والأصحّ الأول .

وجواب الثاني أن حقيقة الظهار كما اعترفوا به تحريم المرأة عليه ، وذلك لا ينافي بقاءها في عصمته ، فلا يكون إبقاؤها كذلك عوداً فيه ، وإنما يظهر العود في قوله بإرادة فعل ما ينافيه ، وذلك بإرادة الاستمتاع أو به نفسه ، لكن الثاني غير مراد هنا ، لقوله : ﴿فتحرير رقبةٍ من قبل أن يتماسّا﴾[٣] فجعل الكفّارة مرتّبة على العود وجعلها قبل أن يتماسّا ، فدلّ على أن العود يتحقّق قبل الوطء . وبهذا يضعّف القول الثالث .

وفي الثاني أيضاً : أن قوله تعالى : ﴿ثم يعودون﴾ يقتضي التراخي بين الظهار والعود ، لدلالة «ثم» عليه ، وعلى قولهم لا يتحقّق التراخي على هذا الوجه . ولو قيل مثله في العزم ـ لجواز وقوعه بعد الظهار بلا فصل ـ لأمكن الجواب بجريانه على الغالب من أن المظاهر لا يقدم[٤] في الحال على مخالفة

---

(١) التهذيب ٨ : ٢٠ ح ٦٤ ، الوسائل ١٥ : ٥٢٧ ب (١٥) من أبواب الظهار ح ٦ .

(٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٠٠ .

(٣) المجادلة : ٣ .

(٤) في «د ، ق» : لا يعزم .

. . . . . .

مقتضاه ، وإنما يحصل ذلك منه بعد التروّي .

إذا تقرّر ذلك فنقول : لا إشكال في وجوبها بالعود ، لكن هل هو وجوب مستقرّ ، حتى لو عزم بعد ذلك على ترك وطئها أو طلّقها قبل المسيس وبعد العود تبقى الكفّارة لازمة له ، أم استقرار الوجوب مشروط بالوطء بالفعل ، بمعنى تحريم الوطء حتى يكفّر ؟ المشهور بين الأصحاب الثاني ، لصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : «سألته عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتمّ على طلاقها ، قال : ليس عليه كفّارة . قلت : إن أراد أن يمسّها ؟ قال : لا يمسّها حتى يكفّر»[1] فإن ظاهرها أن جواز المسّ متوقّف على التكفير ، فمتى لم يفعل لا يستقرّ عليه ، وإنما يكون شرطاً في جواز المسّ، وهو المراد من الوجوب غير المستقرّ لا الوجوب بالمعنى المتعارف .

وقيل : إن الوجوب يستقرّ بإرادة الوطء وإن لم يفعل ، لأن الله تعالى رتّب وجوبها على العود بقوله : «ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة» أي : فعليهم ذلك ، والأصل بقاء هذا الوجوب المرتّب .

وجوابه : منع دلالتها على الوجوب مطلقاً ، بل غايته أن يدلّ على توقّف التماسّ عليها ، وذلك مطلوبنا . ولو سلّم الوجوب فالمراد به المقيّد بقبليّة التماسّ ، والقبليّة من الأمور الإضافيّة لا يتحقّق بدون المتضايفين ، فما لم يحصل التماسّ لا يثبت الوجوب ، وذلك هوالمراد من الوجوب غير المستقرّ .

فإن قيل : يلزم من هذا عدم وجوبها ، لأن الواجب هو الذي لا يجوز تركه

---

(١) التهذيب ٨ : ١٨ ح ٥٦ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٥ ح ٩٤٩ ، الوسائل ١٥ : ٥٢٧ ب (١٥) من أبواب الظهار ح ٤ .

ولو وطىء قبل الكفّارة لزمه كفّارتان . ولو كرّر الوطء تكرّرت الكفّارة .

لا إلى بدل ، وهذه الكفّارة قبل المسيس يجوز تركها مطلقاً حيث يعزم على عدم المسيس إما مطلقاً أو مع فعل ما يرفع الزوجيّة . ويترتّب على ذلك أنه لو أخرجها قبل المسيس لا تجزي ، لأنها لم تجب ، ولأن نيّة الوجوب بها[١] غير مطابقة . وهذا المعنى الذي أطلقتموه عليه غير الوجوب المتعارف ، بل هو بالشرط أشبه .

قلنا : الأمر كما ذكرت ، وإطلاق الوجوب عليها بهذا المعنى مجازي ، وقد نبّهوا عليه بقولهم : بمعنى تحريم الوطء حتى يكفّر فهي حينئذٍ شرط في جواز الوطء . وإطلاق الواجب على الشرط من حيث إنه لابدّ منه في صحّة المشروط مستعمل كثيراً [جدّاً][٢] ومنه وجوب الوضوء للصلاة المندوبة ، ووجوب الترتيب في الأذان ، بمعنى الشرطيّة فيهما . وأما نيّة الوجوب بالكفّارة فجاز إطلاقها بهذا المعنى ، لأن نيّة كلّ شيءٍ بحسبه ولو لم نعتبر[٣] نيّة الوجه ـ كما حقّقناه في أبواب العبادات ، لعدم الدليل الناهض عليه ـ تخلّصاً[٤] من الإشكال .

قوله : «ولو وطىء ..... الخ» .

هذا هو المشهور بين الأصحاب المتقدّمين منهم وجميع المتأخّرين . ومستنده صحيحة الحلبي السابقة[٥] عن الصادق عليه السلام وفي آخرها :

---

(١) في «م» : لها .

(٢) من «م» والحجريّتين فقط .

(٣) في «ق ، ط» : يعتبر .

(٤) كذا فيما لدينا من النسخ المخطوطة، والعبارة نقلها في الجواهر (٣٣ : ١٣٣) وفيه: تخلّصنا، وعليه تكون «ولو» شرطيّة لا وصليّة .

(٥) في الصفحة السابقة .

. . . . . .

«قلت: إن أراد أن يمسّها ؟ قال : لا يمسّها حتى يكفّر . قلت : فإن فعل فعليه شيء ؟ قال : إي والله إنه لآثم ظالم. قلت : عليه كفّارة غير الأُولى ؟ قال : نعم يعتق أيضاً رقبة» . وصحيحة أبي بصير قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : متى تجب الكفّارة على المظاهر ؟ قال : إذا أراد أن يواقع . قال : قلت : فإن واقع قبل أن يكفّر ؟ قال : فقال : عليه كفّارة أُخرى»[1] . وعن الحسن الصيقل عن الصادق عليه السلام قال : «قلت له : رجل ظاهر من امرأته فلم يف ، قال : عليه الكفّارة من قبل أن يتماسّا . قلت : فإنه أتاها قبل أن يكفّر ، قال : بئس ما صنع . قلت : عليه شيء ؟ قال : أساء وظلم . قلت : فيلزمه شيء ؟ قال : رقبة أيضاً»[2] .

وقال ابن الجنيد : «والمظاهر إذا أقام على إمساك زوجته بعد الظهار بالعقد الأول زماناً وإن قلّ فقد عاد لما قال ، ولم يستحبّ له أن يطأ حتى يكفّر . فإن وطىء لم يعاود الوطء ثانياً حتى يكفّر . فإن فعل وجب عليه لكلّ وطءٍ كفّارة ، إلا أن يكون ممّن لا يجد العتق ولا يقدر على الصيام وكفّارته هي الإطعام ، فإنه إن عاود إلى جماع ثانٍ قبل الإطعام فالفقه لا يوجب عليه كفّارة ، لأن الله شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود ولم يشترط ذلك في الإطعام . والاختيار أن لا يعاود إلى جماع ثانٍ حتى يتصدّق»[3] .

ويدلّ على ما اختاره من عدم تعدّد الكفّارة أيضاً صحيحة زرارة قال : «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل ظاهر ثم واقع قبل أن يكفّر ، فقال لي :

---

(١) تقدّم ذكر مصادرها في ص : ٥٠١ ، هامش (١) .

(٢) التهذيب ٨ : ١٨ ح ٥٧ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٥ ح ٩٥٠ ، الوسائل ١٥ : ٥٢٧ ب (١٥) من أبواب الظهار ح ٥ .

(٣) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٠٢ .

. . . . . .

أوليس هكذا يفعل الفقيه؟»[١] . وحسنة 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 ويمسك حتى يكفّر»[٢] . ورواية زرارة عن أبي جعفر عليه السلام : «إن الرجل إذا ظاهر من امرأته ثم غشيها قبل أن يكفّر فإنما عليه كفّارة واحدة ، ويكفّ عنها حتى يكفّر»[٣] . وما تقدّم[٤] من حديث سلمة بن صخر وأمر النبي صلّى الله عليه وآله وسلم ـ بعد أن أخبره أنه واقع ـ بعتق رقبة ، ولو وجبت عليه كفّارتان لأمره بعتق رقبتين . وفي رواية[٥] أُخرى عنه عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلم : «في المظاهر يواقع قبل أن يكفّر ، قال : كفّارة واحدة».

ويمكن على هذا حمل الأخبار[٦] الواردة بتعدّد الكفّارة على الاستحباب جمعاً بين الأخبار . مع أن في تينك الروايتين[٧] رائحة الاستحباب ، لأنه عليه

---

(١) الكافي 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) الكافي 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 ، وذيله في ص : ٥٢٦ ب «١٥» ح ٢ .

(٣) التهذيب ٨ : ٢٠ ح ٦٢ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٦ ح ٩٥٥ ، الوسائل ١٥ : ٥٢٨ ب (١٥) من أبواب الظهار ح ٩ .

(٤) في ص : ٤٨٢ ـ ٤٨٣ .

(٥) سنن ابن ماجة ١ : ٦٦٦ ح ٢٠٦٤ ، سنن الترمذي ٣ : ٥٠٢ ح ١١٩٨ ، سنن البيهقي ٧ : ٣٨٦ .

(٦) لاحظ الوسائل ١٥ : ٥٢٦ ب (١٥) من أبواب الظهار .

(٧) المتقدّمتين في ص : ٥٠٣ ، هامش (٥) ، وص : ٥٠٤ ، هامش (٢) .

. . . . . .

السلام لم يصرّح بأن عليه كفّارة أُخرى إلا بعد مراجعات وعدول عن الجواب كما لا يخفى . إلا أن الرواية الأُولى من الصحيح ، وكذلك الثانية ، وليس في البـاب صحيح غيرهما ، فتأويلهما للجمع لا يخلو من إشكال .

والشيخ حمل الروايات الدالّة على عدم تكـرّر الكـفّارة عـلى مـن فـعل ذلك جاهلاً ، واستشهد عليه بصحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : «الظهار لا يكون إلا على الحنث ، فإذا حنث فليس له أن يواقـعها حـتى يكفّر ، فإن جهل وفعل فإنما عليه كفّارة واحدة»[١] . وحمل الرواية[٢] الأُولى منها على ما إذا كان الظهار مشروطاً بالمواقعة ، فإن الكفّارة لا تجب إلا بعد الوطء ، فلو أنه كفّر قبل الوطء لما كان مجزياً عمّا يجب عليه بعد الوطء ، ولكان يلزمه كفّارة أُخرى إذا وطىء ، فنبّه عليه السلام على أن المواقعة لمن هذا حكمه من أفعال الفقيه الذي يطلب الخلاص من وجوب كفّارة أُخرى عليه ، وليس ذلك إلا بالمواقعة .

ولا يخفى عليك بعد هذه المحامل . وقول ابن الجنيد لا يخلو من قـوّة ، وفيه جمع بين الأخبار ، إلا أن الأشهر خلافه . وحـيث نـقول بـتعدّد الكـفّارة فيستثنى منه ما لو فعل موجبه نسياناً أو جهلاً ، فإنه لا يتعدّد ، لما سبق[٣] ، ولرفع حكم الخطأ[٤] والنسيان .

---

(١) التهذيب ٨ : ١٩ ح ٦١ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٦ ح ٩٥٤ ، الوسائل ١٥ : ٥٢٨ ب (١٥) من أبواب الظهار ح ٨ .

(٢) المذكورة في ص : ٥٠٤ ـ ٥٠٥ ، هامش (١) .

(٣) لاحظ الهامش (١) هنا .

(٤) لاحظ الوسائل ١١ : ٢٩٥ ب «٥٦» من أبواب جهاد النفس .

الثالثة : إذا طلّقها [بعد الظهار] رجعيّاً ثم راجعها لم تحلّ له حتى يكفّر . ولو خرجت من العدّة ثم تزوّجها ووطئها فلا كفّارة .

وكذا لو طلّقها بائناً وتزوّجها في العدّة ووطئها .

وكذا لو ماتا أو مات أحدهما [أو ارتدّا] أو ارتدّ أحدهما .

وأما تكرّر الكفّارة بتكرّر الوطء فيدلّ عليه الأخبار[١] الدالّة على تعدّد الكفّارة قبل الوطء الشامل لذلك . وخصوص حسنة أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال : «إذا واقع المرّة الثانية قبل أن يكفّر فعليه كفّارة أُخرى ، ليس في هذا اختلاف»[٢] . ولأن كلّ واحد سبب لكفّارة ، والأصل عدم تداخل المسبّبات عند تعدّد الأسباب .

وقال ابن حمزة: «إن تكرّر منه الوطء قبل التكفير الأول لم يلزمه غير واحدة ، وإن كفّر عن الأول لزمته عن الثاني ، وهكذا»[٣] . وما سبق حجّة عليه .

قوله : «إذا طلّقها رجعيّاً ..... الخ» .

إذا طلّق المظاهر طلاقاً رجعيّاً ثم راجعها فلا خلاف في أنه يعود الظهار وأحكامه ، فتحرم عليه بالظهار السابق ، وتجب الكفّارة بالعود ، ولا تجب بالرجعة مجرّدة ، لأنها لا تستلزم العزم على الوطء .

ولو طلّقها بائناً أو رجعيّاً وتركها حتى بانت ثم جدّد نكاحها ـ ولو في العدّة إذا كان الطلاق بائناً ـ ففي عود الظهار قولان :

---

(١) لاحظ الوسائل ١٥ : ٥٢٦ ب (١٥) من أبواب الظهار ح ٢ ، ٣ ، ٧ وغيرها .

(٢) الكافي ٦ : ١٥٧ ح ١٧ ، التهذيب ٨ : ١٨ ح ٥٨ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٥ ح ٩٥١ ، الوسائل ١٥ : ٥٢٦ ب (١٥) من أبواب الظهار ح ١ .

(٣) الوسيلة : ٣٣٥ . وفيه : ....التكفير عن الأول .

. . . . . .

أحدهما ـ وبه قال المعظم ـ : أنه لا يعود ، لأصالة البراءة ، والخروج عن العهدة بالطلاق ، وصيرورته كالأجنبي بعد خروج العدّة . واستباحة الوطء بعد ذلك ليس بالعقد الأول الذي لحقه التحريم بالظهار ، بل بعقد لم يلحقه ظهار . ولصيرورتها أجنبيّة قبل العقد الثاني ، فكما لا يصحّ ابتداء الظهار بها لا يصحّ استدامته ، لأن حكمه معلّق بالزوجة . ولصحيحة بريد بن معاوية قال : «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلّقها تطليقة ، فقال : إذا هو طلّقها تطليقة فقد بطل الظهار وهدم الطلاق الظهار . فقلت له : فله أن يراجعها ؟ قال : نعم ، هي امرأته ، فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماسّا . قلت : فإن تركها حتى يحلّ أجلها وتملك نفسها ثم تزوّجها بعد ذلك هل يلزمه الظهار من قبل أن يتماسّا ؟ قال : قد بانت وملكت نفسها»[1] . وهذا نصّ في الحكمين .

وذهب أبو الصلاح[2] وسلّار[3] إلى عود حكم الظهار بتزويجها ولو بعد العدّة البائنة ، لعموم الآية[4] ، وخصوص حسنة عليّ بن جعفر عن أخيه عليه السلام : «أنه سأله عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلّقها بعد ذلك بشهر أو بشهرين فتزوّجت ، ثم طلّقها الذي تزوّجها فراجعها الأول ، هل عليه فيها الكفّارة للظهار

---

(١) الكافي ٦ : ١٦١ ح ٣٤ ، الفقيه ٣ : ٣٤٢ ح ١٦٤٣ ، التهذيب ٨ : ١٦ ح ٥١ ، الوسائل ١٥ : ٥١٨ ب (١٠) من أبواب الظهار ح ٢ . وفيما عدا الفقيه : عن يزيد الكناسي .

(٢) الكافي في الفقه : ٣٠٣ ـ ٣٠٤ .

(٣) المراسم : ١٦٠ .

(٤) المجادلة : ٢ .

. . . . . .

الأول ؟ قال : نعم ، عتق رقبة أو صوم أو صدقة»[١] .

وأجيب بمنع دلالة الآية على ذلك ، لأن العود إلى استباحة ما حرّمه الظهار في عقد إنما يكون بإرادة الوطء في ذلك العقد . وحمل الشيخ[٢] الحديث على التقيّة . وفيه نظر ، لأن العامّة[٣] مختلفون في ذلك كالخاصّة ، فلا وجه للتقيّة في أحد القولين . وحمله العلّامة[٤] على فساد النكاح ، لأنه عقّب تزويجها بعد طلاقها بشهر أو شهرين فيكون قد وقع في العدّة فيكون باطلاً . واستحسنه بعضهم[٥] ، وأيّده بأمرين : أحدهما : تعقيب التزويج بالفاء المقتضية للفوريّة ، وذلك يقتضي عدم الخروج من العدّة . والثاني : أن حكاية الحديث تشعر به حيث قال : فراجعها الأول، ولم يقل : فتزوّجها .

ولا يخفى عليك ما في هذا التنزيل والتأييد ، لأن إطلاق التزويج محمول على الصحيح ، والشهر والشهران متخلّلان بين الظهار والطلاق لا بين الطلاق والتزويج . ثم تعقيب التزويج بالفاء يقتضي التعقيب والفوريّة بحسب الممكن لا مطلقاً ، كما نبّهوا عليه بقولهم : تزوّج فلان فولد له ، فإن المراد به وجود الولادة في أول أوقات الإمكان ، وذلك بعد مضيّ مدّة الحمل ، لا عقيب التزويج بلا فصل ، وكذلك قول القائل : دخلت بغداد فالبصرة ، وأمثال ذلك كثير . والمراد هنا أنه تزوّجها في أول أوقات الإمكان شرعاً ، وهو انقضاء العدّة . هذا إذا سلّم

---

(١) التهذيب ٨ : ١٧ ح ٥٢ ، الوسائل ١٥ : ٥١٩ ب (١٠) من أبواب الظهار ح ٩ .
(٢) التهذيب ٨ : ١٧ ، ذيل ح ٥٢ .
(٣) أنظر المغني لابن قدامة ٨ : ٥٧٥ .
(٤) المختلف : ٦٠١ .
(٥) المهذّب البارع ٣ : ٥٣٦ .

. . . . . .

دلالتها في مثل هذا المقام على الفوريّة . وعلى تقدير تسليم وقوع الشهر والشهرين بين التزويج والطلاق فيمكن انقضاء العدّة بهما وبأقلّ منهما كما مرّ[١].

وأما قوله : «ثم طلّقها فراجعها» فالكلام في «الفاء» كالكلام في الأُولى ، فإن المراجعة بعد الطلاق كناية عن التزويج ، وأُطلق عليه المراجعة من حيث كانت زوجة له أولاً ، فأقام ردّها إلى النكاح بعقد جديد مقام الرجوع ، وهو رجوع لغة ، فحمله على الرجوع الشرعي وإبقاء العدّة الأولى في غاية السماجة والبعد . ولو حملت الكفّارة فيه على الاستحباب جمعاً كان أولى ، مع أن الأُولى[٢] أرجح ، لصحّة سندها فكانت مقدّمة لو تحقّق التعارض .

وأما سقوط حكم الظهار مع موتهما أوموت أحدهما فواضح . وأما مع الارتداد ، فإن لم يشرط الدخول وكان الارتداد قبله انقطع النكاح ثم لا يعود الظهار مطلقاً . وإن كان بعد الدخول ، فإن كان الارتداد من الرجل عن فطرة بانت منه ، وسقط الحكم في حقّه ، لعدم إمكان تزويجها عند من لا يقبل [منه][٣] توبته . وعلى القول بالقبول وجواز تزويجه بعد ذلك يسقط حكم الظهار كما لو طلّق بائناً ، بل هنا أقوى ، لأنها تعتدّ عدّة الوفاة . وإن كان الارتداد من المرأة ، أو كان ملّياً وكان ذلك بعد الدخول ـ حيث اشترطناه في صحّة الظهار ـ فالعدّة رجعيّة ، فيترتّب حكمها من عوده مع العود في العدّة ،

---

(١) في ص : ٢٢٥ .

(٢) وهي صحيحة بريد المتقدّمة في ص : ٥٠٨ ، هامش (١) .

(٣) من الحجريّتين فقط .

الرابعة : لو ظاهر من زوجته الأمة ثم ابتاعها فقد بطل العقد . ولو وطئها بالملك لم تجب [عليه] الكفّارة .

ولو ابتاعها من مولاها غيرُ الزوج ففسخ سقط حكم الظهار .

ولو تزوّجها الزوج بعقد مستأنف لم تجب الكفّارة .

وعدمه مع انقضائها قبل العود . وأما حكم المصنّف بأن ارتداد أحدهما يسقط الكفّارة مطلقاً فليس مطلقاً .

قوله : «لو ظاهر من زوجته ..... الخ» .

إذا كانت الزوجة المظاهر منها أمة فابتاعها الزوج المظاهر من مولاها بطل العقد ، لما تقدّم[1] من أن البضع لا يستباح بسببين ، والسبب الطارىء أقوى ، والعقد لا يجامع ملك اليمين ، فزال التحريم المترتّب على العقد ، واستباحها حينئذٍ بالملك ، وكان ذلك كما لو طلّقها وتزوّجها بعد انقضاء العدّة ، بل هنا أقوى ، لاختلاف جنس السبب الذاهب والعائد ، بخلاف من تزوّجها بعد البينونة ، فإن السبب وإن تعدّد إلا أنه متّحد في الجنس وإن اختلف في الشخص .

وفي معناه ما لو اشتراها غيره ثم فسخ النكاح وزوّجه إيّاها بعقد مستأنف ، ولا تتوقّف صحّة العقد على الاستبراء ولا الاعتداد ، لأن الماء لواحد .

ومثله ما لو طلّقها بائناً ثم تزوّجها في العدّة . وبهذا تحصل الحيلة على إسقاط حكم الظهار بغير تكفير .

ولو قلنا بوقوعه بملك اليمين فظاهر من أمته ثم باعها من غيره بطل حكم الظهار ، فإن اشتراها منه لم يعد ، كما لو طلّق بائناً ثم تزوّجها . وأولى منه ما لو أعتقها ثم تزوّجها ، لاختلاف السبب كما مرّ .

---

(١) في ج ٨ : ٢٩ .

الخامسة : إذا قال : أنت [عليّ] كظهر أُمّي إن شاء زيد ، فقال : شئت ، وقع على القول بدخول الشرط في الظهار . ولو قال : إن شاء الله ، لم يقع ظهار [به] .

فروع

لو ظاهر من زوجته الأمة وعاد ثم قال لمالكها : أعتقها عن ظهاري ، ففعل ، وقع عتقها عن كفّارته وانفسخ النكاح بينهما ، لأن إعتاقها عنه يتضمّن تمليكه كما سيأتي[١] ، وإذا ملك زوجته انفسخ النكاح . وكذا لو أعتقها عنه باستدعائه عن كفّارة أُخرى .

ولو ملكها بعدما ظاهر منها وعاد فانفسخ النكاح بينهما ثم أعتقها عن ظهاره منها جاز .

ولو آلى من زوجته الأمة ووطئها ولزمته الكفّارة ، فقال لسيّدها : أعتقها عن كفّارة عنّي[٢] ، ففعل ، جاز وانفسخ النكاح كالظهار .

ولو ظاهر من زوجته الذمّية وعاد ، ثم نقضت المرأة العهد فاسترقّت ، فملكها الزوج وأسلمت ، فأعتقها عن كفّارة ظهاره أو غيرها جاز .

قوله : «إذا قال ..... الخ» .

هذا من فروع تعليق الظهار على الشرط ، فإن صحّحناه صحّ هنا ، وتوقّف وقوعه على حصول الشرط وهو المشيئة ، فإن قال : شئت ، وقع ، لوجود المقتضي . ولا فرق بين تعليقه على مشيئتها ومشيئة غيرها ، فلو قال : أنت عليّ كظهر أُمّي إن شئتِ ، فقالت : شئت ، وقع . ولو قالت : شئتُ إن شئتَ، لم يقع ، لأن

---

(١) في ص : فروع العتق من المقصد الثالث من الكفّارات .

(٢) في «د ،م» والحجريّتين : كفّارتي .

. . . . . .

المشيئة لا تقبل التعليق . وكذا القول في مشيئة الأجنبي . ولو قال: إن شئتِ وشاء فلان، توقّف وقوعه على مشيئتهما .

ولو علّقه على مشيئة صبي ، فإن لم يكن مميّزاً لم تعتبر مشيئته . وكذا المجنون . وفي المميّز وجهان ، من سلب عبارته شرعاً ، وإمكان مشيئته عقلاً ، وقبول خبره في نظائر ذلك .

ولو علّقه على مشيئتها ، فشاءت باللفظ كارهة بالقلب ، وقع ظاهراً . وفي وقوعه باطناً بالنسبة إليها وجهان ، من أنه تعليق بلفظ المشيئة ، ولو كان بالباطن لكان إذا علّق بمشيئة زيد لم يصدّق زيد في حقّها ، ومن ظهور عدم الشرط وهو المشيئة عندها .

ولو قال : أنت كظهر أُمّي إن شئت أو أبيت، فقضيّة اللفظ وقوعه بأحد الأمرين : إما المشيئة أو الإباء ، كما لو قال : إن قمت أو قعدت . وربما دلّ العرف على إرادته منجّزاً ، فإن انضبط قدّم وإلّا فالمعتبر مدلوله لغة . ولو قال : شئتِ أو أبيتِ، وقع في الحال قطعاً، إذ لا تعليق هنا .

ولو كان تعليقه على مشيئة الله ، فإن قصد به التبرّك كان كالمنجّز . وإن قصد التعليق لم يقع ، أما على رأي العدليّة فواضح ، لأن الله تعالى لا يشأ الظهار ، لكونه محرّماً . وأما على رأي الأشعريّة فللجهل بحصول الشرط .

ولو عكس فقال : أنت كظهر أُمّي إن لم يشأ الله، وقع إن كان عدليّاً ، لما ذكرناه من العلّة ، فإن عدم مشيئة الله تعالى له معلومة . وقيّده في القواعد[1] بكون

(١) قواعد الأحكام ٢ : ٨٥.

السادسة : لو ظاهر من أربع بلفظ واحد كان عليه عن كلّ واحدة كفّارة .

ولو ظاهر من واحدة مراراً وجب عليه بكلّ مرّة كفّارة ، فرّق الظهار أو تابعه . ومن فقهائنا من فصّل . ولو وطئها قبل التكفير لزمه عن كلّ وطء كفّارة واحدة .

المظاهر يعلم التحريم . وليس بواضح ، لحصول الشرط على التقديرين . وإن كان أشعريّاً فوجهان أجودهما الوقوع مطلقاً .

قوله : «لو ظاهر من أربع .....الخ» .

هنا مسألتان :

الأُولى : إذا ظاهر من أربع نسوة بكلمة واحدة فقال: أنتنّ عليّ كظهر أُمّي، صار مظاهراً منهنّ إجماعاً . ثم إن فارقهنّ بما يرفع الظهار فلا كفّارة . وإن عاد إليهنّ جمع فقولان :

أشهرهما أنه يلزمه عن كلّ واحدة كفّارة ، لأنه وجد[1] الظهار والعود في حقّهنّ جميعاً ، ولحسنة حفص بن البختري عن الصادق والكاظم عليهما السلام : «في رجل كان له عشر جوارٍ فظاهر منهنّ كلّهنّ جميعاً بكلام واحد ، فقال : عليه عشر كفّارات»[2] .

والثاني : أنه لا يجب إلا كفّارة واحدة ، وهو قول ابن الجنيد[3] ، لأن الظهار

---

(١) في «د» وإحدى الحجريّتين : أوجد .

(٢) الكافي ٦ : ١٥٧ ح ١٦ ، التهذيب ٨ : ٢١ ح ٦٧ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٣ ح ٩٤٣ ، الوسائل ١٥ : ٥٢٥ ب (١٤) من أبواب الظهار ح ١، وفيه وفي الكافي : عن أبي عبدالله أو أبي الحسن عليهما السلام .

(٣) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٠٢ .

. . . . . .

كلمة يقتضي مخالفتها الكفّارة ، فإذا تعلّقت بجماعة لم يقتض إلا كفّارة واحدة كاليمين . ولرواية غياث بن إبراهيم عن الصادق ، عن أبيه ، عن علي عليهم السلام في رجل ظاهر من أربع نسوة قال : «عليه كفّارة واحدة»[1] .

وجوابه : ضعف سند الرواية . وإذا عملنا بالحسن كان مضمونه رافعاً للتعليل الموجب للوحدة ، مع أنه معتضد بالشهرة .

وربما بني الخلاف على أن المغلّب في الظهار مشابهة الطلاق أو الأيمان ، فإن غلّبنا مشابهة الطلاق لزمته أربع كفّارات ، ولم يختلف الحال بين أن يظاهر بكلمة أو كلمات ، كما لا يختلف الحال بين أن يطلّقهنّ بكلمة أو كلمات . وإن غلّبنا مشابهة الأيمان لم تجب إلا كفّارة واحدة ، كما لو حلف ألّا يكلّم جماعة فكلّمهم . والظهار ينزع إلى الأصلين .

فعلى الأشهر من وجوب أربع كفّارات وحصل العود في بعضهنّ دون بعض وجبت الكفّارة بعدد من حصل فيها العود . وإن لم نوجب إلا كفّارة واحدة كفى العود في بعضهنّ لوجوب الكفّارة ، حتى لو طلّق ثلاثاً وجبت الكفّارة للرابعة . ويحتمل على هذا أن لا تجب ، كما لو حلف أن لا يكلّم جماعة لا تلزمه الكفّارة بتكليم بعضهم . ويمكن الفرق بينه وبين اليمين أن كفّارة اليمين إنما تجب بالحنث ، والحنث لا يحصل إلّا بأن يكلّم الجميع ، وفي الظهار إنما وجبت الكفّارة لأنه بالإمساك خالف قوله ، والمخالفة تحصل بإمساك واحدة كما تحصل بإمساك الجميع .

---

(١) الفقيه ٣ : ٣٤٥ ح ١٦٥٥ ، التهذيب ٨ : ٢١ ح ٦٨ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٣ ح ٩٤٤ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٣ .

. . . . . .

واحترز بقوله : «ظاهر بلفظ واحد» عمّا لو ظاهر عنهنّ بأربعة ألفاظ ، فإن الكفّارة تتعدّد بتعدّدهنّ بغير خلاف ، لتعدّد الظهار لفظاً ومعنى .

الثانية : لو ظاهر من واحدة مراراً متعدّدة ففي تعدّد الظهار أقوال :

أحدها ـ وهو الأشهر ـ : التعدّد مطلقاً ، سواء اتّحد المجلس أم تعدّد ، وسواء اتّحدت المشبّه بها أم اختلفت ، لأن كلّ ظهار سبب تامّ موجب للكفّارة مع العود بالآية[١] ، وتعدّد الأسباب يقتضي تعدّد المسبّبات ، إلا أن يدلّ دليل من خارج على التداخل أو الاتّحاد . ولصحيحة 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 مرّة كفّارة»[٢] . وحسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : «سألته عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرّات ، قال : يكفّر ثلاث مرّات»[٣] . ومثله رواية أبي بصير[٤] عنه عليه السلام .

وثانيها : تعدّدها [مطلقاً][٥] مع تراخي أحدهما عن الآخر أو تواليها من غير أن يقصد به التأكيد ، وإلا فواحدة . وهو قول الشيخ في المبسوط[٦] ، وتبعه

---

(١) المجادلة : ٣ ـ ٤ .

(٢) الكافي ٦ : ١٥٦ ح ١٢ ، الفقيه ٣ : ٣٤٣ ح ١٦٤٦ ، التهذيب ٨ : ٢٢ ح ٧٠ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٢ ح ٩٣٨ ، الوسائل ١٥ : ٥٢٤ ب (١٣) من أبواب الظهار ح ٤ .

(٣) الكافي ٦ : ١٥٦ ح ١٤ ، الفقيه ٣ : ٣٤٣ ح ١٦٤٥ ، التهذيب ٨ : ١٨ ح ٥٩ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٥ ح ٩٥٢ ، الوسائل الباب المتقدّم ح ٢ .

(٤) التهذيب ٨ : ٢٢ ح ٧١ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٢ ح ٩٤٠ ، الوسائل الباب المتقدّم ذيل ح ٤ .

(٥) من «م» والحجريّتين فقط .

(٦) المبسوط ٥ : ١٥٢ .

. . . . . .

ابن حمزة[١] .

وثالثها : التفصيل بتعدّد المشبّه بها ـ كالأُم والأُخت ـ فتتعدّد الكفّارة ، واتّحادها ـ كالأُم ـ فتتّحد وإن فرّق ، إلا أن يتخلّل التكفير فتتعدّد .

وهو قول ابن الجنيد[٢] ، محتجّاً مع التعدّد بأنهما حرمتان انتهكهما فيجب لكلّ واحدة كفّارة ، ومع الاتّحاد بأنه واحد ، والكفّارة معلّقة على مطلق الظهار ، وهو يتناول الواحد والكثير، وبرواية عبد الرحمن بن الحجّاج عن الصادق عليه السلام : «في رجل ظاهر من امرأته أربع مرّات في مجلس واحد ، قال : عليه كفّارة واحدة»[٣] .

والشيخ[٤] حمل هذا الخبر على أن عليه كفّارة واحدة في الجنس لا تختلف كما تختلف الكفّارات فيما عدا الظهار ، وليس المراد أن عليه كفّارة واحدة عن المرّات الكثيرة .

ولا يخفى بعد هذا التأويل في الغاية . ولو قيل بترجيح الأول[٥] لأنه أصحّ إسناداً وأكثر كان أولى .

---

(١) الوسيلة : ٣٣٤ .

(٢) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٠١ .

(٣) التهذيب ٨ : ٢٣ ح ٧٣ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٣ ح ٩٤٢ ، الوسائل ١٥ : ٥٢٤ ب (١٣) من أبواب الظهار ح ٦ . وفي هامش «ق ، و» : «في طريق هذا الخبر أبو بصير، وهو مشترك بين الثقة والضعيف، ولكن في المختلف وصفه بالصحّة، وهو ممنوع، منه قدّس سرّه» . وهذا غفلة منه قدّس سرّه، والموجود في طريق الخبر ابن أبي نصر، وهو البزنطي الثقة وليس مشتركاً. لاحظ المختلف : ٦٠١ .

(٤) التهذيب ٨ : ٢٣ ذيل ح ٧٣ ، الاستبصار ٣ : ٢٦٣ ذيل ح ٩٤٢ .

(٥) المذكور في الصفحة السابقة .

. . . . . .

بقي في المسألة أُمور :

الأول : يظهر من قول المصنّف : «فرّق الظهار أو تابعه ، ومن فقهائنا من فصّل» أن منهم من فرّق بين ما لو تابع وفرّق ، فحكم بتعدّد الكفّارة في الثاني دون الأول . وفي رواية ابن الحجّاج ما يرشد إليه ، لأنه حكم باتّحاد الكفّارة مع اتّحاد المجلس ، وتلك الأخبار الدالّة على تعدّدها مطلقة فتحمل على اختلاف المجلس جمعاً بين الأخبار . وهذا قول موجّه بالنسبة إلى دلالة الأخبار وطريق الجمع بينها ، إلا أنّا لم نقف على قائل به من أصحابنا . نعم ، نقله الشيخ في المبسوط[١] عن بعضهم ، ومقتضى طريقته أنه من العامّة لا من أصحابنا .

الثاني : إطلاق قول المصنّف بتعدّد الكفّارة يقتضي عدم الفرق بين ما إذا قصد بالثاني وما بعده التأكيد للأول ، وما إذا قصد الظهار ، أو أطلق . وهذا هو الظاهر من إطلاق جماعة[٢] ، والمتبادر من مذهب العلّامة في المختلف[٣] ، لأنه أجاب عن حجّة الشيخ باتّحاد الظهار مع إرادة التأكيد بقوله : «ونمنع الوحدة ، فإن التأكيد غير المؤكّد ، والمطلق موجود في كلّ فرد ، وهو يستلزم تعدّد المعلول بحسب تعدّد العلّة» . لكنّه بعد ذلك ـ وبعد أن نقل عن الشيخ في النهاية إطلاق القول بتعدّد الكفّارة ، وعن المبسوط بعدم وجوبها مع قصد التأكيد على ذلك الوجه ، وعن الخلاف[٤] قريباً منه ـ قال : «والظاهر أنه غير مخالف لقوله في النهاية ، لأن قوله في النهاية : ومتى ظاهر من امرأته مرّة بعد أُخرى ، وتأكيد

---

(١) المبسوط ٥ : ١٥٢ .

(٢) النهاية : ٥٢٦ ، المهذّب ٢ : ٢٩٩ ، الجامع للشرائع : ٤٨٣ ، قواعد الأحكام ٢ : ٨٦ .

(٣) المختلف : ٦٠١ ـ ٦٠٢ .

(٤) الخلاف ٤ : ٥٣٥ مسألة (١٩) .

السابعة : إذا أطلق الظهار حرم عليه الوطء حتى يكفّر . ولو علّقه بشرط جاز الوطء ما لم يحصل الشرط . ولو وطىء قبله لم يكفّر . ولو كان الوطء هو الشرط ثبت الظهار بعد فعله ، ولا تستقرّ الكفّارة 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 وخلاف ما فصّله الشيخ ، فإنه قيّد اتّحاد الكفّارة 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 الكفّارة مخصوص بما إذا لم يتخلّل التكفير ، أما لو كفّر من السابق ثم جدّد الظهار فلا شبهة في وجوب الكفّارة به ، لأن حكم الأول قد سقط بالتكفير فلا يتوجّه الاجتزاء بتلك الكفّارة عن الظهار المتأخّر عنها ، مع أنه سبب تامّ في إيجابها مع العود ، والكفّارة المتقدّمة على سبب الوجوب لا تجزي قطعاً .

قوله : «إذا أطلق الظهار ..... الخ» .

من حكم الظهار الصحيح تحريم الوطء إذا وجبت الكفّارة إلى أن يكفّر ، فلو وطىء قبل التكفير عصى وحرم عليه العود ثانياً إلى أن يكفّر أيضاً ، قال تعالى : ﴿فتحرير رقبةٍ من قبل أن يتماسّا﴾[٣] .

---

(١) إيضاح الفوائد ٣ : ٤٢٠ .
(٢) تحرير الأحكام ٢ : ٦٢ .
(٣) المجادلة : ٣ .

ثم إن كان الظهار مطلقاً غير معلّق على شرط فوقوع الظهار يحصل بنفس الصيغة ، ووجوب الكفّارة بالعود كما مرّ . وإن كان معلّقاً على شرط فوقوعه مشروط بحصول ذلك الشرط قضيّة للتعليق ، فيجوز الوطء قبل حصوله ، فإذا حصل وقع الظهار حينئذٍ ، ولحقه حكمه من تحريم الوطء وتوقّف وجوب الكفّارة على العود بعد وقوعه . ولا فرق في ذلك بين كون الشرط وطئاً وغيره ، لاشتراكهما في المقتضي . فعلى تقدير كونه وطئاً ـ كما لو قال : إن وطئتك فأنت عليّ كظهر أُمّي ـ جاز له وطؤها أول مرّة ، فإذا وطىء انعقد الظهار ، وتوقّف وجوب الكفّارة على العزم على وطئها مرّة أخرى .

وقال الشيخ[1] : إذا كان الشرط هو الوطء وجبت الكفّارة بنفس الوطء وإن كان ابتداؤه جائزاً ، بناءً على أن الاستمرار وطء ثانٍ . وعلى هذا فإنما يباح منه مسمّاه ، وتجب الكفّارة ولو بالنزع بعد المسمّى .

وهو ضعيف ، فإن الوطء أمر واحد عرفاً من ابتدائه إلى النزع ، والإطلاق محمول على العرف ، والمشروط إنما يقع بعد وقوع الشرط لا قبله . نعم ، لو نزع كاملاً ثم عاد وجبت الكفّارة وإن كان في حالة واحدة .

ثم هنا مباحث وصور متفرّعة على التعليق يتدرّب بها على ما يرد من نظائرها ، فإنها غير منحصرة :

الأول : لو علّقه بفعل كقوله: إن دخلت دار فلان أو كلّمته، وقع بعد الدخول والتكليم ، سواء طال الزمان أم قصر ، ولا يقع قبله كما قد عرفت .

ولو علّقه بنفي فعل كقوله: إن لم تدخلي الدار، لم يقع إلا عند اليأس من

(١) النهاية : ٥٢٥ .

. . . . . .

الدخول ، كأن مات أحدهما قبله ، فيحكم بوقوعه قبيل الموت . ومن هذا الباب ما لو قال : إن لم أتزوّج عليك فأنت عليّ كظهر أُمّي ، فإنها تصير مظاهراً عند اليأس وذلك بالموت ، فتبيّن أنه قبيل الموت صار مظاهراً ، ولا كفّارة عليه ، لعدم العود بعده ، لأن الموت عقيب صيرورته مظاهراً .

ولو علّق النفي بـ«إذا» كقوله : إذا لم تدخلي، وقع عند مضيّ زمن يمكن فيه ذلك الفعل من وقت التعليق فلم تفعل .

والفرق 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، ولا يصحّ : إن شئت . فقوله : إن لم تدخلي الدار، معناه : إن فاتك دخولها ، وفواته بالموت . وقوله : إذا لم تدخلي الدار، معناه : أيّ وقت فاتك الدخول ، فيقع الظهار بمضيّ زمان يمكن فيه الدخول به .

ويحتمل وقوعه في الموضعين بمضيّ زمن يمكن فيه الفعل ، لدلالة العرف عليه . ويقوى الاحتمال مع انضباطه بذلك . وفي معنى «إذا» : متى وأيّ وقت .

الثاني : لو علّقه بالحمل فقال : إن كنت حاملاً فأنت كظهر أُمّي ، فإن كان بها حمل ظاهر وقع في الحال ، وإلا فإن ولدت لدون ستّة أشهر من [حين][1] التعليق بان وقوعه حين التعليق ، لوجود الحمل حينئذٍ . وإن ولدت لأكثر من أقصى مدّة الحمل أو بينهما ، ووطئت بعد التعليق ، وأمكن حدوثه به بأن كان بين الوطء والوضع ستّة أشهر فأكثر ، لم يقع ، لتبيّن انتفاء الحمل في الأول ، واحتمال حدوثه بعد التعليق في الثاني . وإن لم يطأها بعد التعليق بحيث يمكن حدوثه به

---

(١) من الحجريّتين فقط .

. . . . . .

ففي وقوعه وجهان : من احتمال حدوثه بغير الوطء كاستدخال المني ، والأصل عدم تقدّمه ، ومن أن ذلك نادر ، والظاهر وجوده عند التعليق . وهذا هو الأقوى . وقد تقدّم[1] نظيره فيما لو أوصى للحمل .

ولو قال :إن ولدت أُنثى فأنت عليّ كظهر أُمّي، فولدتها وقع حين الولادة . ولو قال : إن كنت حاملاً بها، تبيّن بولادتها وقوعه حين التعليق ، وإن توقّف ظهوره على الولادة . وتظهر الفائدة في احتساب المدّة من حينه لو كان قد وقّته بمدّة .

الثالث : لو علّقه بالحيض فقال: إن حضت حيضة فأنت كظهر أُمّي، لم يقع حتى ينقضي حيض تامّ . ولو قال : إن حضت، واقتصر وقع إذا رأت دماً محكوماً بكونه حيضاً ، فإن كانت معتادة ورأته في عادتها وقع برؤية الدم ، وإلا فبمضيّ ثلاثة أيام . وعلى القول بتحيّضها برؤية الدم مطلقاً أو مع ظنّه يقع كذلك . ويحتمل توقّفه على ثلاثة مطلقاً ، إذ به يتحقّق أنه ليس بدم فساد . والفرق بينه وبين العبادة والتحريم : أن الظهار لا يقع إلا بيقين ، وأحكام الحيض تثبت بالظاهر . ولو قال لها ذلك وهي حائض لم يقع إلا بحيضة مستأنفة .

ومهما قالت: حضت، فالقول قولها ، بخلاف ما لو علّقه على دخولها الدار فقالت: دخلتها، فإنها تحتاج إلى البيّنة . والفرق : عسر إقامة البيّنة على الحيض، وغاية غيرها[2] مشاهدة الدم ، وذلك لا يعرّف إذا لم تُعرف عادتها وأدوارها، فلعلّه دم فساد ، فاكتفى الشارع فيه بقولها . وقد تقدّم[3] في الطلاق ما يدلّ عليه من

---

(١) في ج ٦ : ١٩٠ ، ولكن فيما لو أوصى بالحمل .

(٢) في «ق» : عسرها.

(٣) في ص ١٩٤ ، ولاحظ الوسائل ١٥ : ٤٤١ ب (٢٤) من أبواب العدد.

. . . . . .

النصّ . ومثله ما لو قال : إن أضمرت بغضي فأنت عليّ كظهر أُمّي، فقالت: أضمرت، فالقول قولها ، لعسر الاطّلاع ، بخلاف الأفعال الظاهرة كدخول الدار ، لسهولة إقامه البيّنة عليها .

الرابع : لو تعدّد الشرط كقوله : إن دخلت دار زيد أو كلّمته فأنت عليّ كظهر أُمّي، وقع بأيّ واحد من الشرطين وجد ، ثم لا يقع بالآخر شيء ، لأنه ظِهار واحد . وكذا لو قدّم الجزاء عليهما . وكذا لو قال : إن دخلت الدار وإن كلّمت زيداً ، أو قال : إن دخلت هذه الدار وإن دخلت الأُخرى فأنت عليّ كظهر أُمّي . أما لو قال : إن دخلت دار فلان فأنت عليّ كظهر أُمّي وإن كلّمته فأنت كظهر أُمّي، أو : إن دخلت هذه الدار فأنت كظهر أُمّي وإن دخلت هذه الدار فأنت كظهر أُمّي، فوجد الشرطان وقع الظهاران ، لتعدّد الشرط والجزاء .

ولو قال : إن دخلت الدار وكلّمت زيداً، فلابدّ من وجودهما معاً لوقوعه . ولا فرق بين أن يتقدّم الكلام أو يتأخّر ، لأن الواو لمطلق الجمع على أصحّ القولين . ويجيء على قول من يجعلها للترتيب اشتراط أن يتقدّم الدخول على الكلام ، كما لو قال : إن دخلت الدار ثم كلّمته ، أو قال : إن دخلت الدار فكلّمته ، فإنه يشترط جمعهما وتقديم الدخول في وقوعه .

ولو قال : إن دخلت الدار ، إن كلّمت زيداً ، فأنت عليّ كظهر أُمّي ، أو قدّم الجزاء عليهما ، فلابدّ منهما في وقوعه . ويشترط تقدّم المذكور آخراً ـ وهو الكلام ـ على المذكور أولاً وهو الدخول ، لأنه جعل الكلام شرطاً لتعلّق الظهار بالدخول ، ويسمّى ذلك اعتراض الشرط على الشرط ، والتعليق يقبل التعليق ، كما أن التنجيز يقبله ، نظير قوله تعالى : ﴿**لا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح**

. . . . . .

لكم إن كان الله يريد أن يغويكم﴾[١] والمعنى : إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم . وقيل : لا يشترط الترتيب ، ويقع الظهار بحصولهما كيف اتّفق ، لأنه ذكر صفتين من غير عاطف ، فلا وجه لاعتبار الترتيب.

الخامس : لو علّق الظهار على مخالفتها الأمر فقال : إن خالفت أمري فأنت كظهر أُمّي ، ثم قال لها : لا تكلّمي زيداً ، أو لا تخرجي من الدار ، فكلّمته أو خرجت لم يقع الظهار ، لأنها ما خالفت أمره ، وإنما خالفت نهيه . ويحتمل الوقوع، نظراً إلى أنه يسمّى في العرف مخالفة أمره ، ويقوى ذلك إن استقرّ العرف عليه ، وإلا فالعبرة بالمعنى المصطلح عليه .

ولو قال : إن خالفت نهيي فأنت كظهر أُمّي، ثم قال لها: قومي، فقعدت، ففي وقوعه أوجه مبنيّة على أن الأمر بالشيء هل هو نهي عن ضدّه مطلقاً ، أو ضدّه العام ، أو ليس نهياً عنهما ؟ فعلى الأول يقع الظهار بفعلها ما يخالف أمره دون الأخيرين . هذا كلّه إذا لم يدلّ العرف على شيءٍ ، وإلا عمل بمقتضاه مقدّماً على القاعدة الأُصوليّة ، لأن التعليقات تحمل على الأُمور العرفيّة لا على القواعد الأصوليّة . هذا إذا انضبط العرف ، وإلا رجع إلى الاصطلاح .

السادس : لو علّقه بقذفها زيداً وقع بقذفها له حيّاً وميّتاً ، لأن قذف الميّت كقذف الحيّ في الحكم ، وسواء سمع المقذوف القذف أم لا ، لصدقه في الحالين ، بخلاف ما لو علّقه بكلامه ، فإنه لا يقع إلا أن يسمع كلامها . ولو منع من السماع لعارض كلغط وذهول وصمم فوجهان . ولو علّقه بالضرب لم يقع بضربه ميّتاً .

---

(١) هود : ٣٤ ، ونصّ الآية : «ولا ينفعكم ....» .

. . . . . .

وفي اشتراط إيلامه به وجهان أجودهما العدم ، لأنه أعمّ لغة وعرفاً .

ولو قال :إن قذفته في المسجد، اعتبر كونها في المسجد دونه . ولو قال : إن ضربته في المسجد، اعتبر كون المضروب فيه . والفرق : أن قرينة الحال تشعر بأن المقصود الامتناع عمّا يهتك حرمة المساجد ، وهتك الحرمة تكون بالقذف والقتل في المسجد ، وهو يحصل إذا كان القاذف فيه والقتل فيه .

السابع : لو علّقه بالرؤية فقال : إن رأيت فلاناً فأنت عليّ كظهر أُمّي، وقع برؤيتها له حيّاً وميّتاً ، مستيقظاً ونائماً . ويكفي رؤية شيءٍ من بدنه وإن قلّ . ولو كان كلّه مستوراً لم يقع . ولا تكفي رؤيته في المنام . ولو رأته في ماء صافٍ لا يمنع الرؤية فالأصحّ وقوعه ، لأن الماء المتخلّل بينهما كأجزاء الهواء بينهما، ولهذا لا تصحّ صلاة المستتر بالماء كذلك . وكذا لو رأته من وراء جسم شفّاف كالزجاج. ولو نظرت في المرآة أو الماء فرأته ففي وقوعه وجهان : من حصول الرؤية في الجملة ، وكون المرئي مثاله لا شخصه . ولو كانت المرأة عمياء ، فإن عرض عماها بعد إيقاعه الصيغة لم يقع بحضورها عنده ، لأن ذلك لا يعدّ رؤية حقيقيّة . وإن كانت عمياء من حين إيقاعه احتمل كونه كذلك لما ذكر ، وحمله على حضورها عنده ، لأن الأعمى يقول عرفاً : رأيت اليوم فلاناً ويريد الحضور عنده . والأقوى عدم وقوعه فيهما .

الثامن : لو علّقه بالمسّ وقع إذا مسّت شيئاً من بدنه ، حيّاً كان أم ميّتاً . ويشترط كون الممسوس ممّا تحلّه الحياة ، فلا يقع بمسّ الشعر والظفر ، إذ لا يقال لمن مسّهما من إنسان : إنه مسّه ، مع احتماله . وفي اعتبار كون مسّها بباطن كفّها أو يعمّ سائر بدنها وجهان أجودهما الثاني . والوجهان آتيان في مسّ المحدث

للقرآن . نعم ، يشترط كونه بما تحلّه الحياة من بدنها ، كما يشترط ذلك في الممسوس . ومثله يأتي في مسّ الميّت على الوجه الذي يوجب الغسل .

التاسع : لو قلنا بوقوعه معلّقاً على الصفة كالشرط ـ كما هو أقوى القولين ـ فقال : أنت عليّ كظهر أُمّي في شهر كذا، وقع عند استهلال هلاله ، لأن اسمه يتحقّق عند مجيء أول جزءٍ منه ، كما أنه لو علّق بدخول الدار فحصلت في أولها وقع ولم يعتبر توسّطها .

ولو قال : في نهار شهر كذا، أو : في أول يوم منه، وقع عند طلوع الفجر من اليوم الأول . وكذا لو قال: في يوم كذا .

ولو قال : في آخر الشهر، فأوجه، أصحّها وقوعه في آخر جزءٍ منه ، لأنه المفهوم من اللفظ . والثاني : وقوعه في أول جزءٍ من ليلة السادس عشر ، لأن النصف الثاني كلّه آخر الشهر . والثالث : وقوعه في أول اليوم الآخر .

ولو قال : عند انتصافه، وقع عند غروب شمس اليوم الخامس عشر وإن كان الشهر ناقصاً ، لأنه المفهوم من إطلاق النصف . ويحتمل وقوعه في أول اليوم الخامس عشر ، لأنه يسمّى النصف ، ولهذا يقال: ليلة النصف من شعبان مثلاً .

العاشر : الأمر المعلّق عليه إن فعله فاعله عامداً أو كان الغرض مجرّد التعليق عليه ـ كقدوم الحاج والسلطان ومن لا يبالي بتعليقه ـ وقع الظهار عند حصول الشرط مطلقاً . وإن كان الغرض منه المنع ـ كما لو قال : إن دخلت دار فلان أو كلّمته، فكلّمته ناسية أو جاهلة بالتعليق أو مجنونة أو مكرهة، أو علّق هو ذلك على فعله قاصداً منع نفسه منه ـ ففي وقوعه وجهان ، من وجود المعلّق به ، وليس النسيان ونحوه دافعاً للوقوع ، ومن عموم قوله صلّى الله عليه وآله وسلم :

الثامنة : يحرم الوطء على المظاهر ما لم يكفّر ، سواء كفّر بالعتق أو الصيام أو الإطعام .

«إن الله وضع عن أُمّتي الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه»[١] والمراد رفع المؤاخذة أو رفع الأحكام . والتفصيل متوجّه نظراً إلى القصد .

قوله : «يحرم الوطء ..... الخ» .

أما تحريم الوطء قبل العتق والصيام فموضع وفاق بين المسلمين ، لقوله تعالى : ﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسّا﴾[٢] ثم قال : ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسّا﴾[٣] .

وأما تحريمه قبل الإطعام على تقدير عجزه عن الأولين فالأكثر منّا ومن الجمهور عليه ، لأن الله تعالى جعله بدلاً عنهما بقوله عقيب ذلك : ﴿فمن لم يستطع فإطعام ستّين مسكيناً﴾[٤] والبدل يجب مساواته للمبدل في الحكم ، والمطلق محمول على المقيّد مع اتّحاد الواقعة . ولما روي أن النبي صلّى الله عليه وآله وسلم قال لرجل ظاهر من امرأته : «لا تقربها حتى تكفّر»[٥] ويروى : «اعتزلها حتى تكفّر»[٦] وهو شامل للخصال الثلاث . ومن طريق الخاصّة ما تقدّم[٧] من صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «لايمسّها حتى يكفّر ، فإن

---

(١) تقدّم ذكر مصادره في ص : ١٧ ، هامش (٣) .

(٢ ـ ٤) المجادلة : ٣ ـ ٤ .

(٥) التهذيب ٨ : ١٩ ح ٦٠ ، الاستبصار ٣ : ٧٦٦ ح ٩٥٣ ، الوسائل ١٥ : ٥٢٧ ب (١٥) من أبواب الظهار ح ٧ ، وانظر أيضاً سنن ابن ماجة ١ : ٦٦٦ ح ٢٠٦٥ ، تلخيص الحبير للعسقلاني ٣ : ٢٢١ ح ١٦١٥ .

(٦) الكافي ٦ : ١٥٩ ح ٢٧ ، وانظر أيضاً سنن أبي داود ٢ : ٢٦٨ ح ٢٢٢١ ، سنن البيهقي ٧ : ٣٨٦ ، تلخيص الحبير ٣ : ٢٢١ ح ١٦١٥ .

(٧) في ص : ٥٠٣ ـ ٥٠٤ .

ولو وطئها [في] خلال الصوم استأنف . وقال شاذّ منّا لا يبطل التتابع لو وطىء ليلاً . [وهو غلط][1] .

فعل يعتق أيضاً رقبة» وغيرها من الأخبار[2] الشاملة للخصال الثلاث .

وقال ابن الجنيد[3] منّا وبعض العامّة[4] إنه إذا انتقل فرضه إلى الإطعام لم يحرم الوطء قبله ، لأن الله تعالى شرط في العتق والصيام أن يكون قبل العود ، ولم يشترط ذلك في الإطعام . وقد تقدّم جوابه .

قوله : «ولو وطئها ..... الخ» .

قد عرفت أن الوطء موقوف على فعل الكفّارة الذي لا يتمّ إلا بالإتيان بها أجمع ، فمتى وطىء في خلال الصوم ـ سواء كان بعد أن صام شهراً ومن الثاني يوماً أم لا ـ فقد صدق عليه الوطء قبل أن يكفّر ، فلا يحصل الامتثال بالإكمال على هذا الوجه ، لأن المأمور به هو صيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسّا .

وهذا الحكم لا يختصّ بالنهار ، بل تحريم الوطء حاصل إلى أن يصوم

---

(١) لم ترد ما بين المعقوفتين في النسخة المخطوطة المعتمدة من الشرائع، وكذا في متن نسخ المسالك المخطوطة، ووردت في الشرائع الطبعة الحجريّة، وراجع حول الموضوع جواهر الكلام ٣٣ : ١٥٨ .

(٢) لاحظ الوسائل ١٥ : ٥٢٦ ب (١٥) من كتاب الظهار .

(٣) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٠٢ .

(٤) في هامش «و ، ق» : «هو أبو حنيفة ، ويروى عن مالك . بخطّه رحمه الله». لاحظ الحاوي الكبير للماوردي ١٠ : ٥٢١ ، المغني لابن قدامة ٨ : ٥٦٧ ، ولكن الحنفيّة حرّموا الوطء قبل التكفير بالإطعام، ولم يذكروا لأبي حنيفة قولاً بالجواز. نعم، نفوا وجوب الاستئناف لو وطىء في خلال الإطعام، راجع المبسوط للسرخسي ٦ : ٢٢٥ ، بدائع الصنائع للكاساني ٣ : ٢٣٤ ، شرح فتح القدير ٤ : ٩٥ .

. . . . . .

شهرين ، سواء كان في حالة مجوّزة للتفريق كما لو صام شهراً ومن الثاني يوماً أم لا كما لو كان أقلّ من ذلك ، وسواء كان الجماع مفسداً للصوم كما لو وقع نهاراً أم لا كما إذا وقع ليلاً . وإلى هذا ذهب الأكثر .

وقال ابن إدريس[١]: لا يبطل التتابع بالوطء ليلاً مطلقاً، لأن التتابع عبارة عن إتباع[٢] صوم اللاحق للسابق من غير فارق، وهو متحقّق وإن وطىء ليلاً. ولا يستأنف الكفّارة ، لأنه لم يبطل من الصوم شيء ، وعليه إتمامه وكفّارة أخرى للوطء .

وليس قوله بذلك البعيد . وغاية ما استدلّوا به أن يكون قد أثم بالوطء خلال الصوم كما يأثم به لو فعله قبل الشروع في الكفّارة ، وإيجابه كفّارة أُخرى ، أما وجوب استئناف هذه فلا . وقولهم : إن المأمور به صيام شهرين متتابعين قبل المسيس لا ينفعهم ، لأن الاستئناف يوجب[٣] كون الشهرين واقعين بعد التماسّ ، وإذا لم نوجبه[٤] كان بعض الشهرين قبل التماسّ ، وهذا أقرب إلى ما هو مأمور به من الأولين . وإن سلّمنا لكن بمخالفته يحصل الإثم والكفّارة كما لو وقع قبل الشروع، فإنه إذا صام بعده فقد صدق عليه أنه لم يأت بالمأمور به قبل أن يتماسّا، ومع ذلك وقع مجزياً . والأقوى مختار ابن إدريس ، ووافقه العلّامة في

---

(١) السرائر ٢ : ٧١٤.

(٢) كذا في «و» وفي سائر النسخ : إيقاع .

(٣) كذا في «و» وإحدى الحجريّتين ، ولعلّه الصحيح، وفي سائر النسخ والحجريّة الثانية: لا يوجب.

(٤) كذا في إحدى الحجريّتين، وفي النسخ الخطّية : يوجبه .

وهل يحرم عليه ما دون الوطء كالقبلة والملامسة ؟ قيل : نعم ، لأنه مماسّة . وفيه إشكال ينشأ من اختلاف التفسير .

القواعد[١] والشهيد في الدروس[٢] .

قوله : «وهل يحرم ..... الخ» .

اختلف العلماء في القدر المحرّم منها المعبّر عنه بالمسيس هل هو الوطء ، أم جميع الاستمتاعات المحرّمة على غير الزوج كالقبلة واللمس بشهوة وغيرها ؟

فقال بعضهم[٣] بالثاني[٤] ، لأن المسيس في قوله تعالى : ﴿من قبل أن يتماسّا﴾[٥] حقيقة في تلاقي الأبدان لغة ، والأصل عدم النقل والاشتراك .

وقال بعضهم[٦] بالأول ، لأن المسيس يطلق على الوطء في قوله تعالى : ﴿من قبل أن تمسّوهنّ﴾[٧] والأصل في الإطلاق الحقيقة .

وأجيب باستلزامه النقل أو الاشتراك ، إذ لا خلاف في عموم معناه لغة ، وجاز استعماله في بعض أفراده مجازاً ، وهو أولى منهما ، وكثيراً ما يعدل في القرآن عمّا يستهجن التصريح به إلى المجاز لذلك . ولأن مقتضى تشبيهها بالأُم كون تحريمها على حدّ تحريمها إلى أن يكفّر ، وهو متناول لغير الوطء من

---

(١) قواعد الأحكام ٢ : ٨٥ .

(٢) الدروس ٢ : ١٨٥ .

(٣) المبسوط ٥ : ١٥٤ ، ١٥٥ .

(٤) فيما لدينا من النسخ المخطوطة والحجريّتين : بالأول ، وفيما يلي : بالثاني ، والصحيح ما أثبتناه ، كما استظهره في هامش «و» .

(٥) المجادلة : ٤ .

(٦) السرائر ٢ : ٧١١ ، وقوّاه في المختلف : ٦٠٠ .

(٧) البقرة : ٢٣٧ .

التاسعة : إذا عجز المظاهر عن الكفّارة أو ما يقوم مقامها عدا الاستغفار قيل: تحرم عليه حتى يكفّر. وقيل: يجزيه الاستغفار . وهو أكثر.

ضروبه.

ويشكل بأن ذلك يقتضي تحريم النظر بشهوة ، والآية لا تدلّ عليه ، وظاهر بعض[1] الأصحاب أنه غير محرّم ، لعدم الدليل عليه ، وإنما الكلام فيما يدخل في مفهوم التماسّ لغة من ضروب الاستمتاع . وبأنها لم تخرج عن ملك الاستمتاع بالظهار ، فأشبه الصوم والحيض . واستصحاب الحلّ فيما عدا موضع الوفاق هو[2] الوجه .

واعلم أن تحريم المرأة شرعاً تارة يختصّ بالوطء كحالة الحيض والصوم ، وتارة يعمّ كحالة الإحرام والاعتكاف ، وتارة يقع فيه الاختلاف كحالة الاستبراء والظهار واستمتاع المالك بالجارية المرهونة . ومن قسم العموم الاستمتاع بالمعتدّة ، والمرتدّة ، والأمة المزوّجة لغير المالك بالنسبة إليه ، والمعتدّة عن وطء الشبهة في صلب النكاح . ويلحق في الصوم النظر واللمس لمن يخشى الإنزال بالوطء في التحريم .

قوله: «إذا عجز المظاهر.....الخ».

المظاهر إن قدر على إحدى الخصال الثلاث لم يحلّ الوطء حتى يكفّر إجماعاً، وهو المعبّر عنه في كلام المصنّف بالكفّارة، وإن عجز عن الثلاث فهل لها بدل يتوقّف عليه حلّ الوطء ؟ قيل: نعم . واختلفوا في البدل، فقال الشيخ في

---

(١) التنقيح الرائع ٣: ٣٨١.

(٢) في «م» : وهو .

. . . . . .

النهاية[١]: إن للإطعام بدلاً وهو صيام ثمانية عشر يوماً، فإن عجز عنها حرم عليه وطؤها إلى أن يكفّر.

وقال ابنا بابويه[٢]: إنه مع العجز عن إطعام الستّين يتصدّق بما يطيق.

وقال ابن حمزة[٣]: إذا عجز عن صوم شهرين متتابعين صام ثمانية عشر يوماً، فإن عجز تصدّق عن كلّ يوم بمدّين من طعام.

وقال ابن إدريس[٤]: إذا عجز عن الخصال الثلاث فبدلها الاستغفار، ويكفي في حلّ الوطء، ولا يجب عليه قضاء الكفّارة بعد ذلك وإن قدر عليها. وللشيخ[٥] قول آخر بذلك لكن تجب الكفّارة بعد القدرة.

وذهب جماعة ـ منهم الشيخ[٦] في قول ثالث، والمفيد[٧] وابن الجنيد[٨] إلى أن الخصال الثلاث لا بدل لها أصلاً، بل يحرم عليه وطؤها إلى أن يؤدّي الواجب منها. وهذا هو الذي يقتضيه نصّ القرآن، وإثبات حكم غيره يحتاج إلى دليل صالح، وهو منفيّ.

ويؤيّده رواية[٩] سلمة بن صخر وأمر النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم إيّاه

---

(١) النهاية : ٥٢٧ .

(٢) المقنع : ١٠٨ ، وحكاه العلّامة عن والد الصدوق في المختلف : ٦٠٢ .

(٣) الوسيلة : ٣٥٤ ، ذكره في مطلق الكفّارات ، وفيه : بمدّ، وكذا في نسخة «م» من المسالك .

(٤) السرائر ٢ : ٧١٣ .

(٥) الاستبصار ٤ : ٥٦ ـ ٥٧ .

(٦) التهذيب ٨ : ١٥ ، النهاية : ٥٢٥ ، المبسوط ٥ : ١٥٥ .

(٧) المقنعة : ٥٢٤ .

(٨) حكاه عنه العلّامة في المختلف : ٦٠٢ .

(٩) المتقدّمة في ص : ٤٨٢ ـ ٤٨٣ .

. . . . . .

بالخصال، وأمره مع إقراره بالعجز أن يأخذ من الصدقة ويكفّر، ولو كان الاستغفار للعاجز كافياً لأمره به، وكذا غيره من الأبدال. ورواية أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «كلّ من عجز عن الكفّارة التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك ممّا يجب على صاحبه فيه الكفّارة فالاستغفار له كفّارة ما خلا يمين الظهار، فإنه إذا لم يجد ما يكفّر به حرمت عليه أن يجامعها، وفرّق بينهما إلا أن ترضى المرأة أن يكون معها ولا يجامعها»[1].

واحتجّ في المختلف[2] للاجتزاء بالاستغفار بعد العجز عن الخصال الثلاث بأصالة براءة الذمّة، وإباحة الوطء، وإيجاب الكفّارة مع العجز تكليف بغير المقدور فيكون مدفوعاً، وما رواه إسحاق بن عمّار في الموثّق عن الصادق عليه السلام: «إن الظهار إذا عجز صاحبه عن الكفّارة فليستغفر ربّه ولينو أن لا يعود قبل أن يواقع ثم ليواقع وقد أجزأ ذلك عنه من الكفّارة، فإذا وجد السبيل إلى ما يكفّر به يوماً من الأيّام فليكفّر، وإن تصدّق بكفّه فأطعم نفسه وعياله فإنه يجزيه إذا كان محتاجاً، وإلّا يجد ذلك فليستغفر الله ربّه وينوي أن لا يعود، فحسبه بذلك والله كفّارة»[3].

وجوابه: أن أصالة البراءة وإباحة الوطء انقطعا بالظهار، فإنه حرّم الوطء بإجماع المسلمين وأوجب الكفّارة مع العود، فإسقاطهما بعد ذلك يحتاج إلى

---

(١) الكافي ٧: ٤٦١ ح ٥، التهذيب ٨: ١٦ح ٥٠، الاستبصار ٤: ٥٦ ح ١٩٥، الوسائل ١٥: ٥٥٤ ب (٦) من أبواب الكفّارات ح ١.

(٢) المختلف: ٦٠٢.

(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. ومن العجب من هذا الفاضل مثل هذا الاستدلال.

وأما الرواية فدلالتها لا تخلو من اضطراب، لتضمّن صدرها وجوب الكفّارة إذا قدر عليها بعد الاستغفار وآخرها عدمه. مع أن العمل بمضمونها موقوف على قبول الموثّق، خصوصاً مع معارضة القرآن[١] وما[٢] هو أقوى دلالة. والعلّامة كالشيخ لا ينضبط مذهبه في العمل بالرواية، وفي أُصول الفقه اشترط في الراوي الإيمان والعدالة، وفي فروع الفقه له آراء متعدّدة منها قبول الموثّق كما هنا، بل ما هو أدنى مرتبة منه.

واحتجّ الشيخ على إيجاب صوم ثمانية عشر يوماً بدلاً مع العجز عن الخصال برواية وهيب بن حفص، عن أبي بصير، عن الصادق عليه السلام قال: «سألته عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدّق ولا يقوى على الصيام، قال: يصوم ثمانية عشر يوماً لكلّ عشرة مساكين ثلاثة أيّام»[٣].

وجوابه ضعف السند بوهيب، واشتراك أبي بصير. وأما ما قيل في جوابه ـ إن إثبات بدل للواجب بالآية بنصّ متأخّر يوجب النسخ ـ فضعيف على ما حقّق في الأُصول.

وبقيّة الأقوال ـ خصوصاً تفصيل ابن حمزة[٤] ـ ليس لها دليل معتدّ به. نعم،

---

(١) المجادلة: ٣ ـ ٤.

(٢) كرواية أبي بصير المذكورة في الصفحة السابقة.

(٣) التهذيب ٨: ٢٣ ح ٧٤، الوسائل ١٥: ٥٥٨ ب (٨) من أبواب الكفّارات. وفي «د، م» والتهذيب: وهب بن حفص.

(٤) الوسيلة: ٣٥٤.

العاشرة: إن صبرت المظاهرة فلا اعتراض . وإن رفعت أمرها إلى الحاكم خيّره بين التكفير والرجعة أو الطلاق ، وأنظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة. فإن انقضت المدّة ولم يختر أحدهما ضيّق عليه في المطعم والمشرب حتى يختار أحدهما. ولا يجبره على الطلاق تضييقاً، ولا يطلّق عنه .

ورد في كفّارة رمضان أنه مع العجز عن إطعام الستّين يتصدّق بما يطيق، رواه عبدالله بن سنان[1] في الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام. ويؤيّده قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»[2]، وهو عامّ فيصلح حجّة للصدوقين.

واعلم أن المراد بالاستغفار في هذا الباب ونظائره أن يقول: أستغفر الله، مقترناً بالتوبة التي هي الندم على فعل الذنب والعزم على ترك المعاودة إلى الذنب أبداً. ولا يكفي اللفظ المجرّد عن ذلك، وإنما جعله الشارع كاشفاً عمّا في القلب كما جعل الاسلام باللفظ كاشفاً عن القلب. واللفظ كافٍ في البدليّة ظاهراً، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فإن لم يقترن بالتوبة التي هي من الأُمور الباطنة لم يترتّب عليه أثر فيما بينه وبين الله تعالى، بل كان الوطء معه كالوطء قبل التكفير، فيجب عليه به كفّارة أُخرى في نفس الأمر وإن لم يحكم عليه بها ظاهراً.

قوله: «إن صبرت المظاهرة .....الخ».

منفعة الوطء أو مطلق الاستمتاع المترتّب تحريمه على الظهار مشتركة بين

---

(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) 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، إلّا أن المظاهر أدخل الضرر على نفسه، فإذا أراد العود فوسيلته إلى الحلّ الكفّارة. وأما المرأة فإن صبرت فلا اعتراض لأحد، وليس له أن يحملها على المرافعة. وإن لم تصبر ورفعت أمرها إلى الحاكم خيّره بين العود والتكفير وبين الطلاق، فإن أبى منهما أنظره ثلاثة أشهر من حين المرافعة لينظر في أمره، فإذا انقضت المدّة ولم يختر أحدهما حبسه وضيّق عليه في المطعم والمشرب، بأن يمنعه ممّا زاد على ما يسدّ الرمق ويشقّ معه الصبر إلى أن يختار أحد الأمرين. ولا يجبره على أحدهما عيناً، بل يخيّره بينهما كما مرّ، لا من حيث إن الطلاق الإجباري لا يصحّ، لأن الإجبار يتحقّق على التقديرين، فإنه أحد الأمرين المحمول عليهما تخييراً، فهو محمول عليه في الجملة، بل لأن الشارع لم يجبره إلا كذلك، ولو أمر بإجباره على الطلاق بخصوصه لجاز كما صحّ الإجبار في مواضع[1] كثيرة، ولم يناف صحّة الفعل.

وظاهر الأصحاب الاتّفاق على هذا الحكم. والموجود فيه من الأخبار رواية أبي بصير قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته، قال: إن أتاها فعليه عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستّين مسكيناً، وإلّا ترك ثلاثة أشهر، فإن فاء وإلّا أُوقف حتى يسأل ألك حاجة في امرأتك أو تطلّقها ؟ فإن فاء فليس عليه شيء ، وهي امرأته، وإن طلّق واحدة فهو أملك برجعتها»[2].

وفي طريق الرواية ضعف. وفي الحكم على إطلاقه إشكال، لشموله ما إذا

---

(١) ذكر بعضها في ج ٣: ١٥٧ .

(٢) التهذيب ٨: ٢٤ ح ٨٠، الاستبصار ٣: ٢٥٥ ح ٩١٤، الوسائل ١٥: ٥٣٣ ب (١٨) من كتاب الظهار .

. . . . . .

رافعته عقيب الظهار بغير فصل بحيث لا يفوت الواجب لها من الوطء بعد مضيّ المدّة المضروبة، فإن الواجب وطؤها في كلّ أربعة أشهر مرّة، وغيره من الحقوق لا يفوت بالظهار، أما إذا لم نحرّم غير الوطء فظاهر، وأما إذا حرّمناه فيبقى لها حقّ القسم على بعض الوجوه، وهو غير منافٍ للظهار. وفي الرواية أُمور أُخر منافية للقواعد.

تمّ المجلّد التاسع ولله الحمد، ويليه المجلّد العاشر بإذنه تعالى

فهرس الموضوعات

الموضوع **الصفحة**

كتاب الطلاق

معنى الطلاق لغة وشرعاً ٩

«شروط المطلّق»

«الأول : البلوغ» ٩

لا يصحّ طلاق الصبيّ ١٠

طلاق الوليّ عن الصبيّ ومن بلغ فاسد العقل ١١

«الشرط الثاني : العقل» ١٥

لا يصحّ طلاق المجنون والسكران ومن زال عقله ١٥

«الشرط الثالث : الاختيار» ١٧

لا يصحّ طلاق المكرَه ١٧

بماذا يتحقّق الإكراه ؟ ١٧

إذا كان الإكراه بحقّ ١٩

إذا أظهر المكرَه ما يدلّ على اختياره ١٩

المكرَه على الطلاق لا يجب عليه التورية ٢٢

إكراه الوكيل على الطلاق ٢٣

«الشرط الرابع : القصد» ٢٤

لا يصحّ طلاق الساهي والنائم والغالط ٢٤

طلاق الهازل ومن لم يقصد الطلاق ٢٦

الوكالة في طلاق الغائب والحاضر ٢٨
هل يجوز توكيل المرأة في طلاق نفسها ؟ ٢٩

«شروط المطلَّقة»

«الأول : أن تكون زوجة» ٣٣
لا يصحّ تعليق الطلاق بالزواج ٣٣
«الشرط الثاني : أن يكون العقد دائماً» ٣٤
«الشرط الثالث : أن تكون طاهراً من الحيض والنفاس» ٣٥
متى يطلّق الغائب ليتحقّق وقوع الطلاق في الطهر ؟ ٣٦
مسائل من طلاق الغائب ٤٠
الحاضر غير المتمكّن من استعلام حال زوجته كالغائب ٤٦
«الشرط الرابع : أن تكون مستبرأة» ٤٧
طلاق اليائسة ومن لم تبلغ المحيض والحامل والمسترابة ٤٧
«الشرط الخامس : التعيين» ٤٨
هل يشترط تعيين المطلَّقة ؟ ٤٨
مسائل من طلاق إحدى الزوجتين أو الزوجات من دون تعيين ٤٩
هل يصحّ الطلاق مردّداً بين إحدى الزوجتين ؟ ٥٥
ترديد الطلاق بين إحدى الزوجات وثنتين أُخريين ٥٦
ترديد الطلاق بين الزوجة وأجنبيّة ٥٩
طلاق الأجنبيّة بظنّ أنّها زوجة ٦٠
لو نادى إحدى زوجتيه ليطلّقها فأجابته غير المناداة ٦١
صيغة الطلاق ٦٣
لا يقع الطلاق بالكناية ولا بغير العربيّة ٦٧
طلاق الأخرس بالإشارة ٦٨

الطلاق بالكتابة من الحاضر والغائب ٧٠
لا عبرة بالكنايات عن الطلاق ٧٣
هل يصحّ الطلاق بقوله : اعتدّي ؟ ٧٥
هل يجوز تخيير الزوجة في مفارقة الزوج أو المقام معه ؟ ٨٠
المختارة نفسها هل يقع طلاقها رجعيّاً أو بائناً ؟ ٨٣
مسائل من طلاق المختارة نفسها ٨٤
يقع الطلاق بقوله «نعم» في جواب السؤال هل طلّقت فلانة ؟ ٨٨
لا يقع الطلاق بقوله «نعم» في جواب السؤال عن الطلاق بالكنايات ٩٠
يشترط تجريد صيغة الطلاق عن الشرط والصفة ٩٠
هل يقع الطلاق المفسَّر بالعدد باطلاً أو تقع واحدة ؟ ٩٢
لو طلّق المخالف ثلاثاً لزمته ٩٥
لو قال : أنت طالق للسنّة ، أو للبدعة ٩٦
لو قال : أنت طالق في هذه الساعة إن كان الطلاق يقع بك ٩٨
الضمائم في صيغة الطلاق لا تضرّ ٩٩
لو علّق الطلاق برضا فلان ١٠٠
لا يصحّ الطلاق بقوله : أنا منك طالق ١٠١
الطلاق بأبعاض العدد ١٠٢
الغلط في صيغة الطلاق ١٠٣
توجيه الطلاق إلى أعضاء بدن الزوجة ١٠٣
لو قال : أنت طالق قبل طلقة أو بعدها ١٠٤
لو قال : أنت طالق نصفي طلقة ١٠٥
لو قال لأربع : أوقعت بينكنّ أربع طلقات ١٠٧
لو قال : أنت طالق ثلاثاً إلّا ثلاثاً ١٠٨

الاستثناء من صيغة الطلاق..... ١٠٩
ادّعاء إرادة غير المصرّحة بطلاقها من الزوجتين..... ١١٠
طلاق زوجتين بصيغة واحدة..... ١١٠
الإشهاد شرط في صحّة الطلاق..... ١١١
لا بدّ من حضور شاهدين ظاهرهما العدالة..... ١١٣
العدالة المعتبرة في شاهدي الطلاق..... ١١٣
يشترط سماع الشاهدين إنشاء الطلاق الواحد..... ١١٦
لا تقبل شهادة النساء في الطلاق..... ١١٧
لو لم يشهد حين الطلاق وأشهد بعده..... ١١٨

«أقسام الطلاق»

طلاق البدعة ثلاث..... ١١٩
طلاق السنّة ثلاث..... ١٢٢
تعريف الطلاق البائن وأقسامه..... ١٢٣
تعريف الطلاق الرجعي..... ١٢٤
تعريف طلاق العدّة..... ١٢٥
إذا استكملت المرأة الطلاق ثلاثاً حرمت على الزوج حتى تنكح غيره..... ١٢٦

«مسائل ستّ»

الأُولى : طلاق السنّة بالمعنى الأخصّ..... ١٢٧
الثانية : يجوز طلاق الحامل ثانياً..... ١٣٠
الثالثة : طلاق الحائل ثانياً بعد الرجوع وقبل المواقعة في غير طهر الطلاق.. ١٣٦
طلاق الحائل ثانياً بعد الرجوع وقبل المواقعة في طهر الطلاق..... ١٤٢
الرابعة : لو شكّ المطلّق في الطلاق..... ١٤٧
الخامسة : مدّعي الطلاق غائباً لو حضر وجامع زوجته لم تقبل دعواه..... ١٤٩

السادسة : المطلّق الغائب متى يعقد على رابعة أو على أُخت الزوجة ؟..... ١٥٠
«اللواحق»
المقصد الأوّل : طلاق المريض..... ١٥٣
هل تقبل دعوى الطلاق ثلاثاً في الصحّة ؟..... ١٥٥
المبانة باللعان في المرض لم ترث الزوج ١٥٦
هل توريث المطلَّقة في المرض لأجل التهمة أو لمجرّد الطلاق فيه ؟ ١٥٧
لو طلّق الأمة مريضاً طلاقاً رجعيّاً أو بائناً ١٦٠
دعوى المطلَّقة أن الميّت طلّقها في المرض..... ١٦١
لو طلّق أربعاً في المرض وتزوّج أربعاً وجامعهنّ ثم مات..... ١٦٢
المقصد الثاني : ما يزول به التحريم..... ١٦٣
شروط المحلّل ١٦٤
أن يكون بالغاً ١٦٤
بقيّة شروط المحلّل..... ١٦٧
هل يهدم ما دون الثلاث مع استكمال شرائط التحليل ؟ ١٦٩
الاسلام ليس شرطاً في المحلّل..... ١٧٢
تحرم الأمة على زوجها بطلاقها مرّتين حتى تنكح زوجاً غيره ١٧٣
لا تحلّ الأمة المطلّقة مرّتين لزوجها بوطء المولى ١٧٤
لو طلّق الأمة مرّة وأُعتقت ثم تزوّجها ١٧٥
الخصيّ يحلّل..... ١٧٧
إذا ارتدّ المحلّل فوطىء في الردّة ١٧٨
لو ادّعت المطلّقة ثلاثاً أنّها تزوّجت وفارقها الثاني..... ١٨٠
إذا دخل المحلّل فادّعت الإصابة ١٨١
هل الوطء المحرَّم يحلِّل ؟..... ١٨٢

المقصد الثالث : في الرجعة..... ١٨٤
تعريف الرجعة وما تتحقّق به..... ١٨٤
إنكار الطلاق يفيد الرجوع..... ١٨٦
الإشهاد في الرجعة مستحبّ..... ١٨٨
لا يجوز تعليق الرجعة على الشرط ١٨٩
هل يصحّ مراجعة المطلّقة رجعيّة لو ارتدّت ؟..... ١٨٩
هل يجوز مراجعة الذمّيّة المطلّقة في العدّة ؟..... ١٩١
لو أنكرت المطلّقة بعد رجوع الزوج الدخول بها أوّلاً..... ١٩١
رجعة الأخرس بالإشارة ١٩٣
اختلاف الزوجين في انقضاء العدّة..... ١٩٣
لو ادّعت المطلّقة الحمل فأنكر الزوج..... ١٩٦
اختلاف الزوجين في الأسبق من الرجعة وانقضاء العدّة..... ١٩٧
صور من المسألة ١٩٩
نزاع زوج الأمة المطلّقة ومولاها في الأسبق من الرجعة وانقضاء العدّة ٢٠٢
المقصد الرابع : في جواز استعمال الحيل ٢٠٣
يجوز التوصّل بالحيل المباحة دون المحرّمة في إسقاط الحقّ..... ٢٠٣
تجب التورية في إنكار الاستدانة لو ادّعي عليه وقد برىء منه بإسقاط
أو تسليم ٢٠٤
الإكراه على اليمين أن لا يفعل شيئاً والحيلة في التخلّص منه ٢٠٥
الإجبار على الطلاق والحيلة في التخلّص منه..... ٢٠٦
أمثلة على الحيل في التخلّص من الكذب..... ٢٠٧
لو حلف ليخبرنّه بما في الرمّانة من حبّة ٢٠٩
صور من تعليق الظهار وطريق التخلّص منه ٢١٠

المقصد الخامس : في العِدد ٢١٣
تعريف العدّة ٢١٣
لا عدّة على من لم يدخل بها ٢١٤
بمَ يتحقّق الوطء ؟ ٢١٥
لا تجب العدّة بالخلوة منفردة عن الوطء ٢١٦
عدّة مستقيمة الحيض ثلاثة أقراء ٢١٧
معنى القرء لغة ٢١٧
هل القرء هو الطهر أو الحيض ؟ ٢١٩
لحظة من الطهر بعد الطلاق تحتسب قرءاً ٢٢٣
إذا اختلف عادة المطلّقة صبرت إلى انقضاء أقلّ الحيض في الدم الثالث ٢٢٤
أقلّ زمان العدّة ٢٢٥
لو طلّق في الحيض لم يقع ٢٢٧
اختلاف الزوجين في بقاء جزءٍ من الطهر بعد الطلاق ٢٢٨
من لا تحيض وهي في سنّ من تحيض عدّتها ثلاثة أشهر ٢٢٩
هل على اليائسة والتي لم تبلغ عدّة ؟ ٢٣٠
حدّ اليأس خمسون سنة ٢٣٥
تعتدّ اليائسة التي تحيض مثلها بثلاثة أشهر ٢٣٧
المعتدّة بالأشهر إذا رأت الدم في الشهر الثالث ٢٤٠
إذا بلغت اليأس بعد رؤية الدم مرّة ٢٤٦
لو استمرّ بالمعتدّة الدم مشتبهاً ٢٤٧
لو كانت لا تحيض إلّا في ستّة أشهر أو خمسة ٢٥٠
المعتبر بالأشهر الهلاليّة ٢٥١
المعتدّة ترتاب بالحمل ٢٥٣

عدّة الحامل ٢٥٤
المطلّقة تدّعي الحمل ٢٥٧
متى تبين المطلّقة الحامل لو كان حملها اثنين ؟ ٢٥٩
لو مات المطلّق في أثناء العدّة ٢٦١
لو كانت المطلّقة حاملاً من زنا ٢٦٢
حكم الموطوءة بالشبهة لو طلّقها زوجها ٢٦٣
اختلاف الزوجين في الأسبق من وضع الحمل والطلاق ٢٦٦
لو أقرّت بانقضاء العدّة ثم جاءت بولد ٢٦٨
عدّة الوفاة ٢٧١
الحامل المتوفّى عنها زوجها تعتدّ بأبعد الأجلين ٢٧٤
يجب الحداد على المرأة المتوفّى عنها زوجها ٢٧٦
الموطوءة بعقد الشبهة تعتدّ عدّة الطلاق من موت الواطىء ٢٨٠
إذا طلّق إحدى زوجاته ومات قبل تعيينها ٢٨١
حكم المرأة الغائب عنها زوجها ٢٨٤
إذا حضر المفقود بعد الحكم بوفاته ٢٨٩
لو نكحت بعد العدّة ثم بان موت الزوج ٢٩٢
لا نفقة على الغائب في زمن العدّة ٢٩٣
لو طلّقها الزوج الغائب أو ظاهر منها واتّفق في زمان العدّة ٢٩٤
إذا أتت بولد بعد مضيّ ستّة أشهر من دخول الثاني ٢٩٥
لا توارث بين الغائب وزوجته بعد الحكم بالفرقة لو مات أحدهما بعد العدّة ٢٩٦
عدد الإماء والاستبراء ٢٩٧
أقلّ زمان عدّة الأمة ٢٩٨

لو أُعتقت الأمة ثم طلّقت..... ٣٠٠
عدّة الذمّية كالحرّة..... ٣٠١
عدّة الأمة من الوفاة..... ٣٠٢
لو طلّقت الأمة رجعيّة ثم مات وهي في العدّة..... ٣٠٧
لو مات زوج الأمة ثم أُعتقت..... ٣٠٨
من يجب استبراؤها ؟..... ٣١٠
يحرم وطء الأمة المكاتبة على السيّد..... ٣١١

«اللواحق»

لا يجوز إخراج المطلّقة رجعيّة من منزلها ولا تخرج هي..... ٣١٤
لا تخرج في حجّة مندوبة وتخرج في الواجب..... ٣١٧
المطلّقة البائنة تخرج في العدّة..... ٣١٨
نفقة الرجعيّة لازمة في زمان العدّة..... ٣٢٠
لا نفقة للبائن ولا سكنى..... ٣٢١
نفقة المعتدّة من وطء الشبهة لو كانت حاملاً..... ٣٢٢
لو انهدم مسكن الطلاق أو كان مستعاراً أو مستأجراً فانقضت المدّة..... ٣٢٣
لو طلّقها ثم باع المنزل..... ٣٢٥
لو طلّقها ثم حجر عليه الحاكم..... ٣٢٨
لو طلّق المحجور عليه زوجته في مسكن لغيره..... ٣٣٠
لا يجوز لورثة المطلّق قسمة المسكن إلّا بإذن المطلّقة..... ٣٣٢
أين تعتدّ المطلّقة لو انتقلت من مسكن إلى آخر ؟..... ٣٣٤
البدويّة تعتدّ في المنزل الذي طلّقت فيه..... ٣٣٦
لو طلّقها في السفينة..... ٣٣٦
إذا سكنت في منزلها ولم تطالب بمسكن..... ٣٣٧

لا نفقة للمتوفّى عنها زوجها ٣٣٩
حكم الزواج في العدّة بالنسبة إلى تعدّد العدّة وتداخلها ٣٤١
حكم المتزوّجة في العدّة لو حملت ٣٤٤
متى تعتدّ زوجة الحاضر والغائب في الطلاق والوفاة ؟ ٣٤٩
إذا طلّق المدخول بها وراجعها ثم طلّقها قبل المسيس ٣٥٥
لو خالع المدخول بها وتزوّجها في العدّة وطلّقها قبل الدخول ٣٥٥
لا حدّ في وطء الشبهة والنسب يلحق بالجاهل بالتحريم ٣٥٧
إذا طلّق زوجته بائناً ثم وطئها لشبهة ٣٥٨
إذا نكحت في العدّة الرجعيّة وحملت من الثاني ٣٦٠

كتاب الخلع والمباراة

معنى الخلع والمباراة لغة ٣٦٥

«النظر الأول : في صيغة الخلع»

صيغة الخلع ٣٦٦
هل يقع الخلع بمجرّده أم لا بدّ من إتباعه بالطلاق ؟ ٣٦٦
لا يقع الخلع بالكنايات ٣٧٢
لو اكتفي بالخلع فهل يكون فسخاً أو طلاقاً ؟ ٣٧٣
الطلاق مع الفدية يكون بائناً وإن لم يكن بلفظ الخلع ٣٧٤
لو طلبت من زوجها طلاقاً بعوض فخلعها ٣٧٥
لو طلبت خلعاً بعوض فطلّق به ٣٧٥
لو ابتدأ فقال : أنت طالق بألف ٣٧٦
إذا قالت : طلّقني بألف ، كان الجواب على الفور ٣٨٤

«النظر الثاني : في فدية الخلع»

عوض الخلع سبيله سبيل المهر ٣٨٦

يشترط العلم بعوض الخلع ٣٨٧
لو كان الفداء ممّا لا يمكله المسلم ٣٨٩
لو خالعها على خلّ فبان خمراً ٣٨٩
لو خالع على حمل الدابّة أو الجارية ٣٩١
هل يصحّ بذل الفداء من المتبرّع ؟ ٣٩٢
لو قال : طلّقها على ألف من مالها وعليّ ضمانها ٣٩٥
لو خالعت في مرض الموت ٣٩٥
يجوز أن يكون عوض الخلع منفعة ٣٩٧
لو تلف عوض الخلع قبل القبض ٣٩٨
لو خالعها بعوض موصوف فظهر خلافه ٣٩٩
لو دفعت ألفاً وقالت : طلّقني بها متى شئت ٤٠١
لو خالع اثنتين بفدية واحدة ٤٠٢
لو قالتا : طلّقنا بألف فطلّق واحدة ٤٠٣
لو خلعها على عين فبانت مستحقّة ٤٠٤
يصحّ البذل من الأمة ٤٠٥
يصحّ البذل من المكاتبة المطلقة ٤٠٧

«النظر الثالث : في شرائط الخلع»

شروط الخالع ٤٠٧
لو خالع وليّ الطفل بعوض ٤٠٨
شروط المختلعة ٤٠٩
لا يجب الخلع على الزوج ٤١١
يصحّ خلع الحامل والتي لم يدخل بها واليائسة ٤١٢
الإشهاد شرط في الخلع ٤١٢

يشترط تجريد الخلع عن الشرط ٤١٣
يصحّ الخلع من المحجور عليه ٤١٤
يصحّ الخلع من الذمّي والحربي ٤١٥
لا يضرّ اشتراط ما هو مقتضى الخلع ٤١٦
أمثلة من الشرط المقتضي لبطلان الخلع ٤١٧

«النظر الرابع : في الأحكام»

لو أكرهها على الفدية ٤١٩
لو خالعها والأخلاق ملتئمة ٤١٩
جواز عضل النساء لو أتين بفاحشة ٤٢١
إذا صحّ الخلع فلا رجوع للزوج ٤٢٣
لو خالعها وشرط الرجعة ٤٣٠
لا يصحّ طلاق المختلعة ٤٣٠
إذا قالت : طلّقني ثلاثاً بألف ٤٣١
إذا كان قد طلّقها طلقتين فقالت : طلّقني ثلاثاً بألف ٤٣٨
لو قالت : طلّقني واحدة بألف، فطلّق ثلاثاً ٤٤٠
إذا اختلعها أبوها ٤٤٣
التوكيل في الخلع ٤٤٤

«مسائل النزاع»

إذا اتّفقا في قدر العوض واختلفا في جنسه ٤٤٥
لو اتّفقا على ذكر القدر دون الجنس واختلفا في الإرادة ٤٤٧
لو اختلفا فيمن عليه العوض ٤٤٩

«المباراة»

تعريف المباراة ٤٥٣

يشترط إتباعها بالطلاق..... ٤٥٣
لو اقتصر على قوله : أنت طالق..... ٤٥٥
المباراة تطليقة بائنة..... ٤٥٦
المباراة تفترق عن الخلع في أُمور..... ٤٥٧

كتاب الظهار

تعريف الظهار..... ٤٦٣
صيغة الظهار..... ٤٦٣
التشبيه بسائر أعضاء الأُم أو بغير الأُمّ..... ٤٦٩
التشبيه بمحرّمة بالمصاهرة..... ٤٧٣
لو قال : كظهر أبي أو أخي أو عمّي..... ٤٧٥
يشترط الإشهاد في الظهار..... ٤٧٥
لا يقع الظهار لو جعله يميناً..... ٤٧٦
هل يقع الظهار لو علّقه على شرط ؟..... ٤٧٦
توقيت الظهار بمدّة..... ٤٨٠

«فروع»

لو قال : أنت طالق كظهر أُمّي..... ٤٨٤
لو علّق ظهار إحدى زوجتيه على ظهار الأُخرى..... ٤٨٨
شروط المظاهر..... ٤٨٨
لو ظاهر ونوى الطلاق..... ٤٩٠
يصحّ ظهار الخصيّ والمجبوب والكافر والعبد..... ٤٩١
شروط المظاهرة..... ٤٩٣
هل يشترط أن تكون مدخولاً بها ؟..... ٤٩٤
هل يقع بالمستمتع بها ؟..... ٤٩٥

هل يقع بالموطوءة بالملك ؟ ٤٩٦
يقع الظهار بالمدخول بها ولو كان الوطء دبراً ٤٩٨

«أحكام الظهار»

الظهار محرّم ٤٩٩
لا تجب الكفّارة بالتلفّظ بل بالعود ٥٠٠
لو وطىء قبل الكفّارة لزمه كفّارتان ٥٠٣
إذا طلّقها رجعيّاً ثم راجعها عاد حكم الظهار ٥٠٧
لو ظاهر من زوجته الأمة ثم ابتاعها ٥١١
تعليق الظهار على مشيئة الغير ٥١٢
لو ظاهر من أربع بلفظ واحد ٥١٤
لو ظاهر من واحدة مراراً ٥١٦
حكم الوطء فيما إذا أطلق الظهار أو علّقه بشرط ٥١٩
صور متفرّعة على التعليق ٥٢٠
يحرم الوطء على المظاهر قبل التكفير ٥٢٧
لو وطئها في خلال الصوم ٥٢٨
هل يحرم الاستمتاع بما دون الوطء ؟ ٥٣٠
إذا عجز المظاهر عن الكفّارة ٥٣١
المظاهرة تصبر أو ترفع أمرها إلى الحاكم ٥٣٥