

هذا هو المجلد الثمانية والثلاثون

من كتاب

حاشي والفقه

في شرح شرائع الإسلام

تصنيف

حجة الإسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشهور بالمحقق الطهراني دام ظلته

ربيع الثاني ١٤٠٥



المطبعة العلمية - قم

Princeton University Library

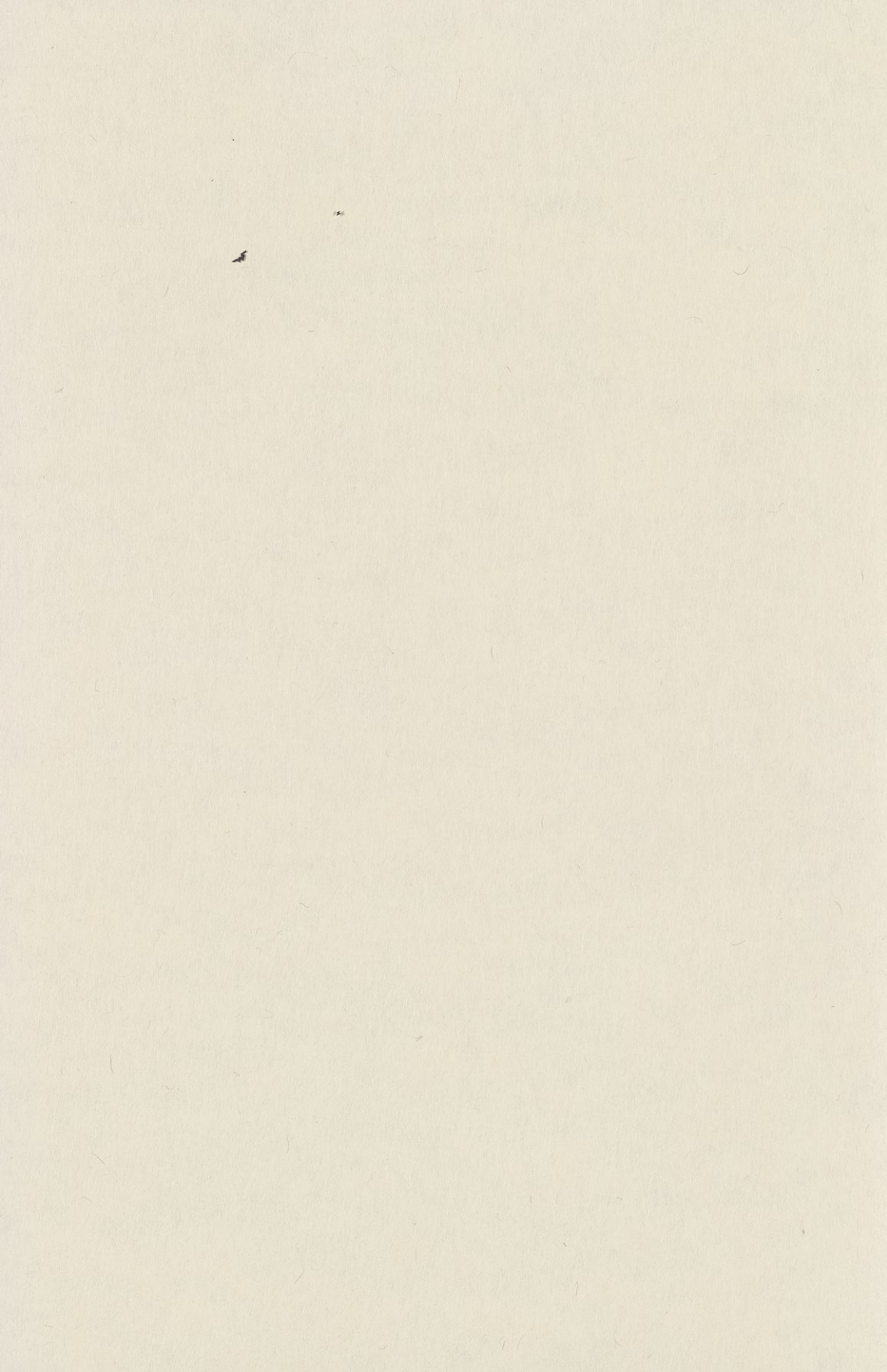


32101 047105935

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

--	--



Muhaqqiq al-Tihrani

هذا هو المجلد الثمانية والثلاثون

من كتاب

حاشي و الفقه

في شرح شرائع الاسلام

تصنيف

حجة الاسلام والمسلمين آية الله العظمى الحاج الشيخ
محمد رضا المشتهر بالمحقق الطهراني دام ظلته

ربيع الثاني ١٤٠٥



المطبعة العلمية - قم

2271

3553

1827

mujallad 38

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى نور قلوبنا بانوار معرفته والهمنا دقائق احكامه وفهمنا اسرار نبوة نبيه وخصنا من بين خلائقه بمتابعة اهل بيته فان معرفتهم والتوفيق باخذ المعارف والاحكام منهم من الكنوز التى ليس له طريق الا للمخلصين وعباده الصالحين فاصلى واسلم عليه وعلى آله الطاهرين المعصومين الى يوم الدين.

﴿الفصل الرابع فى عدة الحمل﴾

﴿و لا ريب فى أنها هى﴾ ولو كانت أمة ﴿تعتمد بالطلاق بوضعه و لو بعد الطلاق بلا فصل﴾ .

وفى الجواهر كتاباً وسنة مستفيضة أو متواترة ، قد سبق جملة منها فى طلاق الحمل ويأتى فى اثناء البحث ايضاً ، واجماعاً بقسميه ، بل ظاهر الاولين كوز ذلك عدتها دون الاقراء والاشهر ، كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً وان كان الصدوق وابن حمزة على اعتدادها باقرب الاجلين منهما ومن الوضع بل ظاهر المرتضى وابن ادریس وجود مخالف غيرهما و ان كنا لم نتحققه انتهى بل ظاهر المرتضى ان مذهبه ايضاً مذهب الصدوق .



قال فى الحدائق فى مقام عدة الحامل والمحصور فى كلام الاصحاب ان عدتها وضع الحمل حياً كان او ميتاً تاماً كان او ناقصاً اذا تحقق انه مبده نشو آدمى ويدل عليه قوله عز وجل واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن و هى باطلاقها شاملة لما ذكرناه من الافراد انتهى .

ولا يخفى ان عدة الحامل كما هى صريح قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن هى خصوص وضع الحمل لا قرب الاجلين من الشهور او الوضع كما عليه الصدوق و ابن حمزة فان قولهما على خلاف الكتاب والسنة المتواترة فاذا مضت عدتها بالاشهر التى هى اقرب الاجلين بالنسبة الى الوضع صدق عليها انه لم يضع حتى خرجت من العدة فهذا القول على خلاف صريح الكتاب فلا يعاب به اصلاً و حينئذ يكون الشهور او القروء مختص بغير ذوات الاحمال بنص تفريق الاية كل منها من الاخر .

ومن جميع ما ذكرنا ظهر عدم تمامية ما نسب الى العلمين الصدوق و ابن حمزة مع كثرة الروايات الدالة على ان العدة لها وضع الحمل .

ومن الروايات الدالة على المشهور مارواه فى الكافى عن زرارة عن ابى جعفر عليه السلام قال اذا طلقت المرثة وهى حامل فاجلها ان تضع حملها وان وضعت من ساعتها . وما فى الموثق عن عبد الرحمن بن الحجاج عن ابى ابراهيم عليه السلام قال سئلته عن الحبلى اذا طلقها زوجها فوضعت سقطاً تم او لم يتم فقد انقضت عدتها او ان كان مضغاً قال كل شىء وضعته يستبين انه حمل تم او لم يتم فقد انقضت عدتها وان كان مضغاً وهو صريح فيما ذكرناه .

ومارواه فى التهذيب عن عبد الرحمن بن ابى عبدالله عن ابى عبدالله عليه السلام قال سئلته عن رجل طلق امرئته وهى حبلى و كان فى بطنها اثنان فوضعت واحداً وبقى واحد قال تبين بالاول ولا تحلل للازواج حتى تضع ما فى بطنها .

وعن عبدالله بن سنان عن ابى عبدالله عليه السلام المرثة تضع ايحل لها ان تتزوج

قبل ان تطهر قال اذا وضعت تزوجت وليس لزوجها ان يدخل بها حتى تطهروا عن الحلبى فى الصحيح او الحسن عن ابى عبدالله عليه السلام قال طلاق الحلبى واحدة و ان شاء راجعها قبل ان تضع وان وضعت قبل ان يراجعها فقد بانث منه و هو خاطب من الخطاب.

وما رواه فى الكافى عن اسمعيل الجعفى عن ابى جعفر (ع) قال طلاق الحامل واحدة فاذا وضعت ما فى بطنها فقد بانث منه .

ورواه الصدوق عن زرارة عن ابى جعفر (ع) ومن الروايات الدالة على اقرب الاجلين مارواه فى الكافى والتهذيب عن ابى الصباح عن ابى عبدالله عليه السلام قال طلاق واحدة وعدتها اقرب الاجلين .

و عن الحلبى فى الصحيح عن ابى عبدالله عليه السلام قال طلاق الحلبى واحدة واجلها ان تضع حملها وهو اقرب الاجلين ورواه فى الكافى ايضاً عن ابن مسكان عن ابى بصير فى الصحيح عن ابى عبدالله عليه السلام مثله.

وفى الحدائق و السيد السند فى شرح النافع انما استدل لهذا القول برواية ابى الصباح ثم ردّها بضعف السند لاشتماله على محمد بن الفضيل وهو مشترك مع انك قد عرفت وروهذين المخبرين الصحيحين بذلك ثم قال ايضاً ما لفظه وقال الصدوق فى الفقيه و اعلم ان اولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو اقرب الاجلين فاذا وضعت او اسقطت يوم طلقها او بعده متى كان فقد بانث منه و حللت للازواج فاذا مضى بها ثلاثة اشهر من قبل ان تضع فقد بانث منه ولا تحل للازواج حتى تضع انتهى.

و نقل ذلك عن ابن حمزة ايضاً و قال العلامة فى المختلف المشهور ان عدة الحامل وضع الحمل فى الطلاق.

وقال الصدوق ثم اورد العبارة المذكورة ثم قال و قال السيد المرتضى مما

يظن ان الامامية مجمعة عليه و منفردة به القول ان عدة الحامل المطلقة اقرب الاجلين
بمعنى ان المطلقة اذا كانت حاملا ووضعت قبل مضي الاقراء الثلاثة فقد بانث بذلك
وان مضت الاقراء الثلاثة قبل ان تضع حملها بانث بذلك ايضاً وقد بينا فى جواب
المسائل الواردة من اهل الموصل المتضمنة انه ما ذهب جميع اصحابنا الى هذا
المذهب ولا اجمع العلماء مناعليه واكثر اصحابنا يفتى بخلافه وانما عول من خالف
من اصحابنا على خبر يرويه زرارة عن الباقر عليه السلام وقد بينا انه ليس بحجة ثم سلمناه
وناولناه .

وقال ابن ادريس وقد ذهب بعض اصحابنا الى ان الحامل عدتها اقرب الاجلين
من حملتهم ابن بابويه ومعنى ذلك انه ان مرت بها ثلثة اشهر فقد انقضت عدتها ولا تحل
للزواج حتى تضع ما فى بطنها وان وضعت الحمل بعد طلاقه بلا فصل بانث منه
وحلت للزواج وتعجب منه انتهى .

اقول ظاهر كلامى المرتضى وابن ادريس ذهاب جملة من الاصحاب الى هذا
القول وان منهم الصدوق وظاهر كلام المتأخرين تخصيص الخلاف بالصدوق الى
ان قال بعد نقل اخبار اقرب الاجلين ما لفظه ايضاً و التحقيق عندى فى الجواب
ان هذه الاخبار غير صريحة بل ولا ظاهرة فيما ادعاه الصدوق لان المفهوم من
اخبار المسئلة كملا بعد ضم بعضها الى بعض هو ان عدة الحامل وضع الحمل فانه
اقرب الاجلين كما هو مدلول صحيحتى الحلبى وابى بصير .

وانما وصف وضع الحمل بانه اقرب الاجلين لجواز حصوله بعد الطلاق
بلحظة او ايام يسيرة ونحو ذلك بخلاف التحديد بالثلاثة الاشهر فانه لا قرب فيها بالكلية
وح فمعنى قوله فى رواية الكنانى وعدتها اقرب الاجلين ان عدتها هو وضع الحمل
الذى هو اقرب الاجلين فهو صفة لموصوف محذوف لا ان المراد ما توهمه ره
ومن معه من ان المعنى اقرب العدتين بمعنى ان ايهما سبق اعتدت به فانه مردود
بالاية والاخبار المتكاثرة كما عرفت و على تقدير ما ذكرناه تجمع الاية و اخبار

المسئلة كما لا ويرتفع التنافي مع البين .

واما ما ذكره المرتضى من دلالة رواية زرارة عن الباقر عليه السلام على قول الصدوق فانا لم نقف فيما وصل اليها من الاخبار عليها و انما الذي وصل اليها ما ذكرناه من الروايات الثلث المنقولة انتهى .

ولا يخفى فيما نقل عن الصدوق رده و غيره على ما هو الظاهر من العبارة المحكية عن السيد في جواب مسائل اهل الموصل فان فيه اولا ان هذا القول على خلاف صريح الكتاب حيث انه تعالى ذكره بنحو غير قابل للتخصيص و ثانيا ان روايات طلاق الحامل واحد كلها معارضة مع ما دل على ان طلاقها كغيرها يقع الى الثلاث كما مر في طلاق الحامل فمن هذه الجهة لا يصح الاعتماد عليه فراجع وثالثا معنى كونه اقرب الاجلين كما ذكره في الحدائق ان نفسه اقرب الاجلين بالنسبة الى ثلاثة اشهر فانه بعيد بخلاف الوضع فانه كثيراً ما يتحقق بلحظة و كم له من افراد قرب زمان الطلاق والوضع و قلة ما اذا طلقها في زمان بقى اكثر من ثلاثة شهور كالخمس و الستة الى تسعة فصح نسبة الاقربى الى الوضع باعتبار اكثر افراده .

ويؤيده بل يدل عليه [صحيحها الحلبي و أبي بصير] عن الصادق عليه السلام « طلاق الحبلى واحدة و أجملها أن تضع حملها ، وهو أقرب الاجلين » حيث نسب الاقربى الى نفس الوضع لصراحة رجوع ضمير هو الى الوضع نظير اعدلوا هو اقرب للتقوى اى نفس الوضع اقرب الاجلين فالمعنى ان الوضع اقرب العديتين بخلاف الاشهر و الاقراء فهو اقرب منهما لان اكثر افراده و وقوع الطلاق مما قرب بالوضع ولا يضره اتفاق ابعديتها منها احيانا كما اذا طلقها بعد استقرار النطفة فالصحيحان قرينتان على حمل ما ظاهره غيره عليه .

والعجب من صاحب الجواهر فانه بعد رده قول الصدوق ايده و انصفه بقوله ولكن الانصاف عدم خلو قوله من قوة ، ضرورة كونه مقتضى الجمع بين الادلة

كتاباً وسنة ، اذ منها ما دل على اعتداد المطلقة بالثلاثة ، ومنها ما دل على اعتداد الحامل المطلقة كانت أو غيرها بالوضع ، فيكون أيهما سبق يحصل به الاعتداد نحو ما سمعته فى الثلاثة أشهر والاقراء ، بعد القطع بعدم احتمال كون كل منهما عدة فى الطلاق كى يتوجه الاعتداد حينئذ بأبعدهما انتهى .

ثم افاد بما توضيحه ان الصحيحين كان المراد بهما الاعتداد بالوضع فى حال كونه اقرب الاجلين اى العدة ما هو اقرب من الوضع و من الشهور و ذلك لان الموجود فى الخارج كما كان اقرب فكذلك كان ابعد فليس كون الوضع اقرب فى جميع الحالات الى ان قال و كان هذا هو الذى دعى المتأخرين الى الاطناب بفساد قول الصدوق «ره» وانه فى غاية الضعف الا ان الانصاف خلافه بل ان كان منشأ الشهرة هذا التوهم الفاسد من الصحيحين كان قولهم بمكانة من الضعف ، ضرورة عدم المعارض الا اطلاقات لاتصلح مقابلة للتصريح المصرح به فى المعبر من النصوص المتعددة انتهى .

وفيه من الضعف ما لا يخفى اذ ليس فقط الاطلاقات بما هى بل معارضتها بالكتاب الغير القابل للتخصيص والتقييد ضرورة ان قوله تعالى اجلهن ان يضعن حملهن مع كون اجلهن ايضا ثلاثة اشهر كذب محض تأمل تعرف .

وكيف كان فلا فرق فى اعتدادها بذلك ❦ سواء كان تاماً أو غير تام ولو كان علقه بعد أن يتحقق أنه حمل ❦ يندرج فى اطلاق الكتاب والسنة قال ابن الحجاج فى الموثق : سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الحبالى اذا طلقها زوجها فوضعت سقطاً تم أو لم يتم أو وضعته مضغة ، قال : كل شىء يستبين أنه حمل تم أو لم يتم فقد انقضت عدتها وان كان مضغة» .

ولا يخفى عموم الوضع لجميع ما يصدق عليه انه منشأ خلق الادمى ونشوه وانه بسقطه يخرج عن العدة وانه من مراتب وضع الحمل فان للوضع افراداً كالتوأمين والواحد التام الحى والتام الميت والناقص والمضغة والعلقة والنطفة المستقرة فى

الرحم بحيث يقال اهل الخبرة والقوابل انه منشأ نشوء الانسان و لذا عن الشيخ اطلاق انقضاء العدة بالنطفة.

و فى الجواهر بل فى كشف اللثام انه خيرة التحرير و الجامع ، لعموم النصوص ثم قال فيها أيضاً : (و الوجهان آتيان فى العلقه ، و هى القطعة من الدم التى لانخطيط فيها - بل قال - انه وافق المصنف و جماعة الشيخ عليها ، و هو قريب مع العلم بانها مبدأ نشوء آدمى و الا فلا) .

نعم هو ظاهر التحرير قال : « لافرق بين أن يكون الحمل تاماً أو غير تام بعد أن يعلم أنه حمل وان كان علقه ، سواء ظهر فيه خلق آدمى من عينين أو ظفر أويد أو رجل أو لم يظهر لكن تقول القوابل : ان فيه تخطيطاً باطنياً لا يعرفه الا أهل الصنعة ، أو تلقى دمًا متجسدًا ليس فيه تخطيط ظاهر ولا باطن ، لكن تشهد القوابل أنه مبدء خلق آدمى ، لو بقى لتخلق وتصور ، أما لو ألفت نطفة أو علقه انقضت بها العدة » انتهى .

﴿ولو طلقت فادعت الحمل صبر عليها أقصى الحمل ، وهو تسعة أشهر﴾ من حين الوطء غير خفى ان أقصى الحمل مساوق لحين الوضع بحيث لا يمهلهما ما فى بطنها فالصبر بهذا المقدار ان كان للعلم بصدقها فهو يحصل بقليل من ذلك كما اشار اليه فى الروايات المتقدمة .

والحاصل ادعاء الحمل سيظهر صحته وسقمه بادنئ وقت من غير احتياج الصبر الى أقصى الحمل وان كان لاجل دلالة الروايات تعبدًا فقيه تامل واضح فقد عرفت فى نظير الادعاء و هو الشك فيه وانه سيظهر ذلك ويستبين الحمل ان كان وان كان الصبر الى تسعة اشهر لاجل الخروج عن العدة فله وجه ولكنه غير مقام الدعوى فاذا طلقت كان عليها الخروج عن العدة اما بالشهور و القروء ان لم يكن حاملًا .

واما بالوضع ان كانت حاملًا فلا ربط له بدعوا هابل هو وظيفة الزوجة المطلقة

وسيطهر الامر لها من غير الاحتياج الى شىء اخر وان كان لاجل ارث الولد حتى ثبت بادعائها ان الزوج ذو ولد منها فهو ايضا امر سيطهر بادنى زمان ولا يحتاج الى الصبر الى تسعة اشهر وليست من النساء اللاتى خفى الله امر ولده الى زمان الحمل بل فى الشهر الثالث و الرابع كان ظهوره لكل من راه اظهر من الشمس فتأمل بذلك دقيقا حتى يعلم من ذلك فساد الشرح من الجواهر ايضا بقوله لانها بزعمها حينئذ من اولات الاحمال الواجب عليهن الاعتداد بذلك .

وكيف كان ففى المسالك مالفظه لما كان المرجع فى العدة شرعا اليها وكان من جملة متعلقاتها الحمل رجع اليها فيه اذا ادعته الى ان يقضى مدة يعلم انتفاءه وهو تسعة اشهر على اشهر الاقوال مع ان المصنف فيما سبق اختار كون اقصاه عشرة انتهى .

اقول ليس الكلام فى ان مرجع هذه الاحكام الى الزوجة بل الكلام فى ان العلم بالحمل لنفس الزوجة لو كانت شاكة فيه او لغيره يحصل باقل زمان يكون قريبا الى ثلث التسعة فلا يحتاج الى هذه المدة للشك بل هذا المقدار من التربص انما يكون لصورة العلم بمعنى ان الزوجة اذا طلقت فعلمت بعده بالحمل لا يجوز لها النكاح بل يجب عليه التربص حتى تضع فادعاء الحمل ان كان الغرض منه اثبات كون الولد للزوج للارث ونحوه سواء كانت صادقة او كاذبة كان اللازم هو الصبر حتى يعلم بذلك ومرجعه الى القوابل فيعلمن ذلك بعد شهر او شهرين بعد الوطاء الاخير .

و كذا فى صورة ظن الزوجة او شكها فى الحمل بعد الطلاق كما مر فى السابق فالتربص بالتسعة او عشرة انما ينفع للوضع بعد العلم بالحمل حتى صح للزوجة النكاح ثانياً لا لصورة الشك لها او ادعائها ذلك كذبا او علماً مع عدم علم الزوج فانه فى جميع ذلك لا يحتاج الى التربص بتسعة اشهر فانه زمان نفس الوضع لا العلم به.

وبالجملة مستند الاكتفاء بتسعة اشهر هنا رواية محمد بن حكيم عن ابي الحسن
 عليه السلام قال قلت له المرأة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها ويرتفع حيضها كم
 عدتها قال ثلاثة اشهر قلت فانها ادعت الحمل بعد ثلاثة اشهر قال عدتها تسعة اشهر قلت
 فانها ادعت الحمل بعد تسعة اشهر قال انما الحمل تسعة اشهر قلت تتزوج قال تحتاط
 ثلاثة اشهر قلت فانها ادعت الحمل بعد ثلاثة اشهر قال لا ريبه عليها تتزوج ان شئت
 وهى واردة فى مقام السؤال عن العدة فى صورة ادعاء الحمل فاجاب بان العدة تسعة
 اشهر و هو اقصى الحمل وهو يصح والمقصود منه هو وضع الحمل فيرجع الى
 ان فى ادعاء الحمل لم يتم العدة الا بالوضع الذى مقدار تربصها تسعة اشهر .

وفى المسالك بعد نقل الرواية قال : مع انه قد تقدم انها اذا ارتابت بالحمل
 تعدت ثلاثة اشهر بعد التسعة فمع دعويها الحمل اولى والقول بوجود تربصها سنة
 للشيخ فى آية ووافقه عليه العلامة فى القواعد والمختلف مع انها لا يقولان بان اقصى
 الحمل سنة الا هنا والمستند صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج قال سمعت ابا ابراهيم
 عليه السلام يقول اذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلاً انتظرت تسعة اشهر فان ولدت والا
 اعتدت ثلاثة اشهر ثم قد بانته وهذه الرواية تدل على وجوب التربص سنة كما سبق
 فى المسترابة لاعلى ان اقصى الحمل سنة كما اختاره فى غد وعلل فى المختلف بان
 الحمل قد يكون سنة فوجب الصبر الى تيقن الخروج .

وبالجملة فالقول بوجود التربص بها سنة قوى للرواية الصحيحة وقيام الاحتمال
 واما كون مجموع ذلك عدة او تختص العدة بثلاثة اشهر بعد التسعة كما ذكره
 ووردت به الروايات فلا يخلو من اشكال كما قررناه سابقاً وابن ادريس انكر الزيادة
 على التسعة مع الريبة و دعوى الحمل استناداً الى ان ذلك اقصى الحمل فلا وجه
 للزيادة عليها باستيناف عدة اخرى وعذره واضح حيث لا يعتبر الاخبار الواردة فى
 ذلك انتهى .

﴿ لا تقبل دعواها ﴾ للعلم ببطلانها حينئذ ﴿ وفى رواية ﴾ ان اقصى الحمل

﴿ سنة وليست مشهورة ﴾ كما عرفته فى محله .

قد عرفت ما فى ذلك سابقاً بل آنفاً وعرفت ما فى مدرك الحكم وما فى رواية سورين كليب وعمار وعرفت من ان الحكم بتربص تسعة اشهر لظن الحمل الجارى فيما ظنت المرءة بالحمل بعد نكاحها فراجع جميع ما قدمناه .
وكيف كان فلو ادعت الحمل صبرت حتى يظهر الحال لا خصوص تسعة اشهر بل ولو كان اقل من ذلك .

﴿ ولو كان حملها اثنين ﴾ مثلاً ﴿ بانث ب ﴾ وضع ﴿ لاول و ﴾ ان كان ﴿ لم تنكح الا بعد وضع الاخير ﴾ كما عن النهاية وابنى حمزة والبراج ، لخبر عبد الرحمن عن الصادق (ع) « سلمته عن رجل طلق امرأته وهى حبلى وكان ما فى بطنها اثنان فوضعت واحداً وبقي واحد ، قال : تبين بالاول ، ولا تحل للازواج حتى تضع ما فى بطنها » ولان الحمل صادق على الواحد ، فيصدق الوضع بوضعه ، ولانه لا ريب فى انه كذلك حالة الانفراد فكذا عند الاجتماع ، للاستصحاب .
وعن ابي على اطلاق انقضاء العدة بوضع أحدهما ، ويمكن تنزيله على ما سمعته من الشيخ للخبر المزبور المؤيد بالاحتياط بالنسبة الى ذلك للشك فى صدق الوضع بوضع أحدهما .

قال فى الحدائق اختلف الاصحاب فيما لو كانت حاملاً باثنين فولدت واحداً فهل تبين بوضع الاول وان لم ينكح الا بعد وضع الثانى او انها لا تبين الا بوضعهما معاً قولان .

اولهما للشيخ فى النهاية رابن البراج وابن حمزة وابن الجنيد وعليه تدل رواية عبد الرحمن بن ابي عبد الله المتقدمة وقال امين الاسلام الفضل بن الحسن الطبرسى فى كتاب مجمع البيان وروى اصحابنا ان الحامل اذا وضعت واحداً انقطعت عصمتها من الزوج ولا يجوز لها ان تعقد على نفسها لغيره حتى تضع الاخر و يحتمل ارادة الرواية المذكورة ونقلها بالمعنى ويحتمل ان يكون رواية اخرى بهذا اللفظ ولعله الاقرب .

وثانيهما للشيخ في الخلاف والمبسوط وابن ادريس والعلامة والمحقق وادعى في الخلاف اجماع اهل العلم عليه واختاره في المسالك وسبطه السيد السند في شرح النافع تمسكاً بظاهر الآية فانه مع بقاء شئ من الحمل في الرحم لا يصدق وضع حملهن واستضعافاً للرواية قال والرواية واضحة المتن لكن في طريقها عدة من الواقعية والمجاهيل وذلك مما يمنع العمل بها وانت خبير بانها وان كان ظاهر الآية مما ذكره الا ان مقتضى كلامه (ره) ان لو صح الخبر لا يمكن تخصيص الآية وح فمن لا يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث ويحكم بصحة الاخبار جرياً على ما جرت عليه متقدموا علمائنا الا برار فانه له ان يخصص الآية المذكورة به اذ لمعارض له في البين الاطلاق الآية والجمع بين الدليلين بما ذكرنا اولى من طرح احدهما كما هو القاعدة المطردة في كلامهم ومن ذهب الى ما اخترناه المحدث الشيخ محمد بن الحسين الحر العاملي في كتاب الوسائل انتهى .

ولا يخفى عدم وضع الحمل حينئذ بحيث كانت خالية من الولد فيكون حملها حينئذ بمنزلة حمل واحد قد خرج بعضه فقط كراسه او صدره ونحوهما حيث لا يصدق عليه الاخراج البعض فكذلك في المقام والتايجاز لها التزويج بمجرد وضع الواحد وهو خلاف نص الرواية ومنه يعلم انه لو كان الحمل اكثر من الاثنين لم يصدق الوضع الابوضع الجميع ولذا قال :

﴿ والاشبه انها لاتبين الابوضع الجميع ﴾ بل الاقوى ذلك كما عرفت
 ﴿ ولو طلق الحائل طلاقاً رجعيّاً ثم مات في العدة استأنفت عدة الوفاة ﴾ .

وفي الجواهر بلا خلاف كما عن المبسوط ، بل هو كذلك فيما أجد في الجملة بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى المستفيضة أو المتواترة انتهى .

قال في المسالك الوجه في ذلك ان المطلقة بايناصارت بمنزلة الاجنبية واما الرجعية فهي بمنزلة الزوجة ومن ثم يبقى التوارث بينهما ويقع عليها الظهار والايلاء وغيرهما من احكام الزوجة فاذا مات المطلق استأنفت لموته عدة وفاة ولا تبني على ما مضى

من عدة الطلاق وقد روى ذلك في اخبار كثيرة انتهى .

ولولا وجود الروايات الصريحة عليه لكان للمناقشة فيه مجال واسع فانه بالطلاق ينقطع العصمة الواقع بينهما وبقاء بعض الاحكام لمصالح الاصلاح و الرجوع لا يدل على بقاء جميع احكام الزوجية فالمسلم من وجوب عدة الوفاة هو كونها بعد الفوت لا الطلاق الذي به يقطع العلاقة والاحترام وصارا اجنبيين . وانما حكم الشارع ببقاء بعض احكام الزوجية و لذا لا يثبت احكام الارث بالطلاق لصيرورتهما اجنبيين ولا جواز الوطء ان لم يكن بقصد الرجوع فلا يكون بعد الطلاق زوجا عرفا بل شرعا وعقلا حتى لزم احترامه بالصبر له اربعة اشهر وعشرا بل لعل بينهما كمال العداوة و الخصومة هذا مضافا الى اثبات الارث فيها و هو مشكل آخر .

لكن الروايات قد وردت فيه فلزم الاخذ بها تعبداً او ذلك لان احترام الزوج يكون من الشارع بحيث لا يرضى بتركه حتى بعد الطلاق كما في حديث السجود عليهم لولا اختصاصه بالله تعالى .

ففي مرسل [جميل بن دراج] عن أحدهما عليهما السلام : « في رجل طلق امرأته طلاقاً يملك فيه الرجعة ثم مات عنها ، قال : تعتد بأبعد الاجلين أربعة أشهر وعشراً » و خبر [هشام بن سالم] عن أبي عبد الله عليه السلام : « في رجل كانت تحته امرأة فطلقها ثم مات قبل أن تنقضى عدتها ، قال : تعتد بأبعد الاجلين : عدة المتوفى عنها زوجها » .

وخبر [محمد بن قيس] عن ابي جعفر عليه السلام قال : « سمعته يقول : ايما امرأة طلقت ثم توفى عنها زوجها قبل ان تنقضى عدتها ولم تحرم عليه فانها ترثه ، ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ، و ان توفت وهي في عدتها ولم تحرم عليه فانه يرثها » الحديث .

وخبر [سماعة] « سألته عن رجل طلق امرأته ، ثم انه مات قبل أن تنقضى عدتها

قال : تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ، ولها الميراث»

[وخبر محمد] «سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقة على طهر ثم توفى عنها وهى فى عدتها ، قال : ترثه ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ، وان ماتت قبل انقضاء العدة منه ورثها و ورثته» الى غير ذلك .

ثم ان الظاهر من هذه ثبوت الارث وظاهر الايات والاخبار اختصاص الارث بالموت فى حال بقاء الزوجية الحقيقية للاحكامية واسوء حالا فيما قلنا بان الزوج ايضا يرثها لو ماتت الزوجة فى العدة كما هو ظاهر الروايات فان العدة من جانب الزوجة فاذا ماتت انقطعت الزوجية .

ولذا ورد الروايات فى طلاق المريض كما تقدم وان ثبوت الارث من جانب الزوجة من حيث قصد اضرار الزوج بالطلاق ولذا حكم الشارع على زغمه الارث فالطلاق قد قطع العصمة فيما بينهما وانقطع حكم الارث كما لو لم يمتهن فثبوته فى حال العدة بعد ذهابه يحتاج الى دليل فى مقابل القواعد سيما فيما ماتت الزوجة حيث لا يكون زمان عدة .

وكيف كان فهذا فيما كان عدة الوفاة اطول كما هو كذلك فى الطلاقات المتعارفة فان العدة ثلاثة قروء او شهور وعدة الوفاة اربعة اشهر وعشرا و اما لو انعكس وكان عدة الطلاق اكثر كعدة المسترابة على المشهور من كون العدة تسعة اشهر او سنة لاقصى الحمل باضافة ثلاثة اشهر اخرى فهو مشكل جداً .

قال فى الجواهر أما لو انعكس كعدة المسترابة ففى الاجتزاء فيها بعدة الوفاة أى الاربعة أشهر وعشراً أو مع المدة التى يظهر فيها عدم الحمل أو وجوب اكمال عدة المطلقة بثلاثة أشهر بعد التسعة أو السنة أو وجوب أربعة أشهر وعشر بعدها أوجه ، أقرأها الاول لاطلاق الادلة المزبورة التى مقتضاها اندراجها فى المتوفى عنها زوجها ، وبطلان حكم الطلاق بالنسبة الى ذلك انتهى .

وكيف كان فالامر عندى لعله سهل حيث لا يثبت لى ما ذكره فى التريص

لتسعة اشهر او سنة وثلاثة اخر بعده في عدة مسترابة الحمل لما عرفت من ان ذلك زمان وضع الحمل لازمان العلم به والفرض ان في المسترابة والتي تظن بالحمل وكذا المدعية للحمل كان المطلوب هو حصول العلم به واذا حصل فلا يحتاج الى شيء آخر يعنى اذا حصل العلم كانت العدة بالوضع بلا كلام ان كانت حاملا والا بالقروء او الاشهر والكل اقصر زمانا من عدة الوفاة والا ولان معلوم والاخير يعلم ايضاً بمثل وقتها وزمانها فلا يلزم من الاخذ باستئناف عدة الوفاة اكثر مما يلزم لغير المسترابة والمدعية للحمل اذ غاية طول الاستئناف اذا كان او اخر عدة الطلاق كان المجموع سبعة اشهر وعشرا .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو كان بائناً اقتضت على اتمام عدة الطلاق ﴾ .

وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه، لانها أجنبية ، فهي على استصحاب عدتها غير مندرجة في الآية والرواية وان ورثت انتهى ولا اشكال فيه بل لولا الروايات لقلنا في الرجعية ذلك .

وخبر على بن ابراهيم عن بعض أصحابنا « في المطلقة الباتنة اذا توفى عنها زوجها و هي في عدتها ، قال : تعتمد بأبعد الاجلين « متروك ، للقطع و الارسال كما في الجواهر ﴿ فروع الاول لو حملت من زنا ﴾ سواء كان من غير الزوج كما اذا زوج من كانت حاملا من الزنا ثم طلقها او كان من الزوج بان زنا معها ثم زوجها بعد حملها او كان الزنا مع ذات البعل وصارت حاملا مع غيبة الزوج بحيث لم يمكن استناد الحمل اليه ﴾ ثم ﴾ حضر و ﴾ طلقها الزوج ﴾ فانه ح ﴾ اعتدت ﴾ الزوجة ﴾ بالاشهر ﴾ او الاقراء ايها كان سابقاً كما مر ﴾ لا بالوضع ﴾ فان العدة لصاحب العدة و هو حيثنذ زان لا اعتبار بالعدة منه سواء كان وضعها بعد الطلاق فوراً او بعد مضي الاشهر الثلاثة ففي الاول تربصت ثلاثة اشهر و في الثانى بعد مضي الثلاثة خرجت عن العدة ولو كانت حاملا بعد و جاز لها تزويجها مع الحمل .

وفى الجواهر بلاخلاف أجده فى شىء من ذلك، بل ولافى أن لها النزويج حينئذ بعد انقضاء العدة ، لعدم العدة لها بوضعه، وكذا لو لم تكن ذات بعل وكانت حاملة من زنا .

نعم لو لم تحمل فعن الفاضل فى التحرير أن عليها العدة حينئذ، وفى المسالك «لابأس به حذرا من اختلاط المياه و تشويش الانساب» بل فى الحدائق اختياره لخبر اسحاق بن جرير .

ولا يخفى انه ان قلنا بعدم احترام الزنا فثبوته محل كلام اماما عن أبى عبد الله عليه السلام «قلت له : الرجل يفجر بالمرأة ثم يبدوله فى تزويجها هل يحل له ذلك؟ قال : نعم اذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور» وخبر على بن شعبة المروى عن تحف العقول عن أبى جعفر عليه السلام «انه سئل عن رجل نكح امرأة على زنا أيحل له أن يتزوجها؟ فقال يدعها حتى يستبرئها من نطفته ونطفة غيره الحديث فانه لو لم يجب العدة على الزانية فلا فرق بين كونها حاملا و عدمها والا فتجب فى الحاليتين .

﴿ولو وطئت المرأة﴾ شبهة ﴿اما ان يمكن الحاق الولد بالزوج لحضوره وتردده اليها﴾ و ﴿اما لا يمكن ان﴾ الحق الولد بالواطى لبعده الزوج عنها ﴿كما اذا كان فى سفر او حبس ونحوها﴾ ثم ﴿جاء ورأى ذلك و﴾ طلقها الزوج اعتمدت بالوضع من الواطىء ﴿فى الثانى الذى لم يكن الزوج حاضرا حيث لا يمكن حينئذ الحاقه بالزوج فلا يجرى الولد للفراش ولا اشكال فيه وانما الاشكال فى قول﴾ ثم استأنفت عدة الطلاق بعد الوضع ﴿فان عدتها قد مضت بالوضع فلا عدة عليها بعد الوضع لعموم و اولى الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن .

ومن المعلوم انه يصدق عليها وضع الحمل فلا معنى لعدة اخرى ولا يكون للعدة سببان كى يقال بعدم التداخل حينئذ بل السبب هو الطلاق وهو واحد وكون العدة من غير الزوج لا يدل على تعدد السبب والمطلق هو الزوج و عليها العدة الواحدة .

غاية الامر قد عرض امر كانت العدة منتسبة الى غير الزوج لا ان المطلق غير الزوج فالمطلق واحد والعدة واحدة والاختلاف في نحو العدة فانه لو لم يعرض عليها ذلك كانت بالقروء او الشهور ومعه بالوضع كما انه لو حصل الحمل من الزوج كان كذلك .

وبالجملة لامعنى لعدم التداخل على فرض تعدد السبب فضلا عما اذا لم يكن فلا معنى للتعدد مع انه قول العامة وسيأتى بعض الكلام فى مسألة تداخل العدة وعدمه بعد ذلك فانظر .

وفى الحدائق فى مقام الثانى الذى لم يكن الزوج حاضراً قال ما هو لفظه وعلى الثانى يجب عليها كما صرحوا به عدتان بان تعتد اولا من الواطى بوضع الحمل ثم من الزوج عدة الطلاق قالوا ولا يتداخلان عندنا لانهما حقان مقصودان للاديين كالدين فتداخلهما على خلاف الاصل .

وانت خبير بما فى هذا التعليل وامثاله كما عرفت فى غير موضع مما تقدم وقد تقدم فى كتاب النكاح اختلاف الروايات فى اتحاد العدة او تعدها فى مثل هذا الموضع وهو نكاح الشبهة وان المشهور بين الاصحاب بل كاد يكون اجماعاً هو التعدد مع ان المفهوم من جملة من الاخبار ان التعدد مذهب العامة ومقتضاه حمل اخبار التعدد على النقية و ان القول بالاتحاد هو الاظهر .

و من الاخبار المشار اليها ما رواه المشايخ الثلاثة عن زرارة قال سألت ابا جعفر عليه السلام عن امرئة نعى اليها زوجها فاعتدت و تزوجت فجاء زوجها الاول ففارقها وفارقها الاخر كم تعتد للناس قال ثلثة قروء وانما يستبرء رحمها بثلثة قروء وتحل للناس كلهم قال زرارة وذلك ان الناس قالوا تعتد عدتين من كل واحد عدة فابى ذلك ابو جعفر عليه السلام وقال تعتد ثلثة قروء وتحل للرجال .

ومارواه فى الكافى عن يونس عن بعض اصحابه فى امرئة نعى اليها زوجها وتزوجت ثم قدم الزوج الاول فطلقها وطلقها الاخر قال فقال ابراهيم النخعى عليها ان تعتد

عدتين فحملها زرارة الى ابي جعفر عليه السلام فقال عليها عدة واحدة .

بالجملة فانهم لقصور تتبعهم للاخبار يقعون في مثل هذا وامثاله انتهى .

ولا يخفى ما في دليلهم على ذلك حيث صرحوا بان العدة حق للادمى مع ان حق الادمى لا بد وان يكون جميعه نفعاً لهم لاضرراً اما بالنسبة الى الزوجة فالتربص عليها بالشهور او القروء او الوضع اشد ضرراً عليها فى غالب الاوقات حيث ارادت التزويج بعد الطلاق بلافصل فربما يفوت عنها بالصبر ونحو ذلك وكذلك حال الزوج الجديد فربما تمايل الى تزويجها فوراً ولا يمكن له الصبر حتى مضت العدة فربما لا يتمكن من الصبر فوقع عليها فى حال العدة علماً او جهلاً فيوجب الحرمة الابدية عليه وعليها .

فهذا الحكم كيف يكون لهم وى نفع للصبر على الايام الكثيرة لكل واحد منها وليس الامر بالعدة الا بحكم الشارع اللزوم امتثال او امره فلو لذلك لم يكن متمثلاً احد فى مثل هذه الاحكام الصعبة مع صيرورتها اصعب لعروض الاجتهاد واستنباط المستنبطين قد عرفت آنفا الحكم بتربص تسعة اشهر او سنة ثم العدة بعده بالشهور .

وبالجملة العدتان متنافيتان للشريعة السهلة السمحة فضلاً عن ان يكون بنفع العباد وتكونان حقاً للاديين فلا معنى لهما اصلاً سيما كونهما راجعين الى النساء اللاتى ضعفن خلقه عن جميع الاشياء ولا يمكنهن التحمل ولا يكون ايمانهن فى الغالب بمثل الرجال حتى يصبرن على المصائب والالام هذا .

مضافاً الى ورود الاخبار الصحيحة على العدة الواحدة ومعها لامناس عن الاخذ بها وترك غيرها [كصحيح زرارة] عن الباقر عليه السلام « فى امرأة تزوجت قبل أن تنقضى عدتها؟ قال : يفرق بينهما ، وتعد عدة واحدة منها جميعاً » ونحوه [صحيح] ابي العباس عن الصادق عليه السلام ، [وخبر زرارة] عن الباقر عليه السلام ايضاً « فى امرأة فقدت زوجها أو نعى اليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال : تعد

منهما جميعاً بثلاثة أشهر عدة واحدة .

وفى الجواهر حملها الشيخ على عدم دخول الثانى بها ، الذى يمكن ارادته من قوله **الْبَيْتِ** فيها «تعتد منهما» على معنى أنه لعدة للثانى منهما - وان كان بعيداً لكن لا بأس به بعد رجحان الاول عليه من وجوه انتهى .

وهو كانه عجيب عن الشيخ وصاحب الجواهر وهذا سر ماذهب اليه أبى على و الصدوق و فى المحكى عن موضوع من مقنعة من التداخل سيما اذا كان التعدد مذهب العامة كما عرفت من عبارة صاحب الحدائق فان اللازم هو ترك ذلك مضافا الى اصالة البراءة عن الزائد وحصول العلم ببراءة الرحم حينئذ .

ويؤيد كونه عن العامة ما عن طبريات المرتضى «ان امرأة نكحت فى العدة ففرق بينهما أمير المؤمنين **عليه السلام** وقال : «أيا امرأة نكحت فى عدتها فان لم يدخل بها زوجها الذى تزوجها فانها تعتد من الاول ، ولعدة عليها للثانى ، وكان خاطبا من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ، وتأتى ببقية العدة عن الاول ثم تأتى عن الثانى بثلاثة أقرأ مستقبله » .

وروى مثل ذلك بعينه عن عمرو «ان طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها فنكحت فى العدة ، فضر بها عمر ، وضر بها زوجها بمخفقة ، وفرق بينهما ، ثم قال : ايا امرأة نكحت فى عدتها فان لم يدخل بها زوجها الذى تزوجها فانها تعتد عن الاول ولعدة عليها للثانى وكان خاطبا من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما وأنت ببقية عدة الاول ثم تعتد عن الثانى ولا تحل له أبدا» و لم يظهر خلاف لما فعل فصار اجماعاً انتهى .

ومن جميع ذلك ظهر عدم معارضة ذلك [حسن الحلبى] سأل الصادق **عليه السلام** وعن المرأة الحلبى يموت زوجها فتضع و تتزوج قبل أن يمضى لها أربعة أشهر وعشراً ، فقال : ان كان دخل بها فرق بينهما . ثم لم تحل له أبداً ، واعتدت بما بقى عليها من الاول وهو خاطب من الخطاب « ونحوه عن عبدالكريم ، عن محمد

بن مسلم لما ذكرنا فانه مطابقة للقاعدة فتأمل جيدا .

﴿ الثاني اذا اتفق الزوجان فى زمن الطلاق واختلفا فى زمن الوضع ﴾
 فعن الشيخ وجماعة ﴿ كان القول قولها ﴾ سواء ادعت تقدمه أو تأخره ﴿ لانه
 اختلاف فى الولادة وهى ﴾ من ﴿ فعلها ﴾ .

وفى الجواهر المؤتمنة عليه ، لانه ذات يد . فكما تصدق فى أصله تصدق
 فى وقته أيضاً .

﴿ و ﴾ كذا الحال ﴿ لو ﴾ فرض أنهما ﴿ اتفقا فى زمن الوضع واختلفا فى
 زمن الطلاق ، ﴾ ان ﴿ القول ﴾ حينئذ ﴿ قوله ﴾ سواء ادعى تقدمه أو تأخره ﴿ لانه
 اختلاف فى فعله ﴾ الذى هو الطلاق الذى كما يصدق فى أصله يصدق أيضاً فى
 وقته ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فى المسألتين اشكال ، لان الاصل عدم الطلاق وعدم الوضع
 فالقول قول من ينكرهما ﴾ .

وفى الجواهر وهى القاعدة المعلومة عندهم ، وهى تأخذ مجهول التاريخ
 عن معلومه ، وليس فى الادلة ما يقتضى تقديم ذى الفعل على وجه يعارض القاعدة
 المزبورة فى مقام الدعاوى ، من غير فرق بين التشخيص بالزمان والمكان وغيرهما
 من المشخصات التى يتصور فرض التداعى فيها الى ان قال :

نعم قد عرفت غير مرة الاشكال منا فى اقتضاء القاعدة المزبورة التأخر عن
 ذلك ، فان مرجعه الى كون الاصل مثبتاً فيعارض حينئذ بأصل آخر مثله ، وحينئذ
 فالمتجه عدم الفرق بين العلم بتاريخ أحدهما وعدمه فى اقتضاء الاصل عدم تقدم
 أحدهما على الآخر ، ويبقى معه - على تقدير كون المدعى لتأخر الطلاق - أصالة
 بقاء سلطنة النكاح ، فيقدم قوله بيمينه ومعها - على تقدير دعواها تأخره - أصالة
 بقاء حقوق الزوجة من النفقة وشبهها انتهى .

ظاهر المصنف فى الاول والثانى كون النزاع فى تقدم كل منهما على الآخر
 لبالنسبة الى الزمان كمن صدر منه طهارة وحدث ولا يعلم بتقدم احدهما على الآخر

ولافرق بين الفرعين الا فى ان معلوم التاريخ منهما تارة الطلاق و النزاع فى تقدم
الوضع عليه او تاخره واخرى فى ان معلوم التاريخ هو الوضع والنزاع فى تقدم
الطلاق عليه او تاخره وفى كليهما كان الاصل فى احدهما معارضا بالاخر مضافا الى
شبهة عدم اتصال زمان الشك بزمان اليقين .

والظاهر لافرق بين كونهما مجهولى التاريخ او احدهما معلوما والاخر
مجهولا لسراية الشك من المجهول الى المعلوم فاذا علم بكون الطلاق وقع فى
اول الزوال ولكن لم يعلم كون الوضع مقدما عليه او مؤخرا كان ذلك فى عدم
العلم بتقدم احدهما على الاخر مع ما لم يعلم وقوع احدهما فى وقت سواء ضرورة
انه حينئذ يلقى وقت الزوال فيسرى الشك فى كون ايهما مقدماً وايهما مؤخراً وشبهة
عدم اتصال زمان الشك بزمان اليقين جار فى كل مشكوك شك فى تقدمه او تاخره
على مشكوك آخر كما فى الكفاية .

توضيح ذلك ان الشك تارة بالنسبة الى اجزاء الزمان واخرى بالنسبة الى
حادث آخر وفى الاول كان زمان الشك فى جميع الانات متصلا باليقين بمعنى
ان فى جميع هذه الازمنة شك فى زوال يقين السابق فاذا قطع بالطهارة فى اول
الفجر فشك فى اول الزوال فى زوالها وبقائها كان يقينه منحصراً بالفجر وفيما
سواء فى جميع الانات والساعات الى الزوال شك محض ولذا يتصل زمان الشك
بزمان اليقين .

ولذا صح الاستصحاب ان لم يكن معارضا باستصحاب اخر و اخرى كان
الشك بالنسبة الى حادث آخر لابلان النسبة الى اجزاء الزمان كمن صدر عنه طهارة
وحدث ولم يعلم بتقدم ايهما .

وبالجملة فيما كان الشك فى اجزاء الزمان كان فى اليقين يقين وشك ممتد
فى جميع اجزاء الزمان ومتصل الى ذلك اليقين بخلاف ما اذا كان الشك بالنسبة
الى حادث آخر فانه هناك يقين سابق ويقين آخر على خلافه لم يعلم كونه مقدما

على يقين سابق او مؤخراً عنه فالشك فى اليقين السابق ليس فى زواله بل فى ان حدوث اليقين بخلافه كان قبله حتى باق بحاله الى الزوال او كان بعده حتى يزول فازمنة الشك فى الثانى لا يتصل باليقين السابق بل يحتمل فى البين وقوع حدث آخر وقع بعد اليقين بالطهارة .

فان قلت : انه من حيث الشك لا فرق بينهما ففى كليهما شك فى زوال يقين سابق .

قلت الفرق انه فيما لم ينفصل يقين آخر فى البين كان الشك من حيث زوال اليقين السابق وفيما ينفصل كان اليقين السابق بحاله والشك فى ان اليقين بالحدث مثلاً وقع بعده او قبله بحيث لو كان قبله فلا شك فى بقاء اليقين السابق ففى مثله لا يتصل الشك باليقين بل فى كل جزء من الزمان شك فيه يحتمل وقوع اليقين بالحدث آخر فيه فيكون الشك منفصلاً عن اليقين السابق لوقوع يقين آخر بعده فالشك ليس فى ان هذه الطهارة قد ارتفعت ام لا بل علم ببقائها الى الزوال لكن فى حدوث يقين آخر على خلافها فآتات زمان الشك ينفصل باليقين بخلاف آخر بعدها ففى المقام وقع طلاق ووضع ولم يتعلم بتقدم ايهما على الاخر .

والاثر ايضا على عدم احدهما فى زمان وجود الاخر ونحن نفرضه فيما علم تاريخ احدهما ثم نتكلم فى مجهول التاريخ .

فنقول اذا علما بالطلاق فى اول رمضان و يشكان فى تقدم الوضع عليه او تأخره ويقول احدهما الوضع مقدم والاخر الطلاق مقدم فيرجع الى الشك فى تأخر احدهما عن الاخر وتقدمه من غير تأثير للعلم بتاريخ احدهما .

وكيف كان فنفرض اول رمضان زمان العلم بعدم وقوع الحادثين وفى يوم بعده مثلاً زمان وقوع احد الحادثين ويوم آخر زمان حدوث الاخر من غير علم بتقدم احدهما على الاخر وآخر رمضان زمان العلم بتحققهما و بعد وقوع الثانى زمان الشك .

ففى كل زمان من اول رمضان الى آخره شك فى تقدم الطلاق او فى عدم الطلاق فى زمان وقوع وضع الحمل يحتمل تقدم الوضع عليه و هو نقض للحالة السابقة لان الفرض هو العلم بوقوع الوضع ايضاً فلو كان مقدماً على الطلاق قد نقض العلم بتقدم الطلاق على الوضع فلا يتصل زمان الشك فى تقدم الطلاق بزمان اليقين فلا يمكنه القول بان فى اول رمضان الطلاق المقدم على الوضع لم يكن فالاصل بقاءه الى آخر رمضان وذلك لاحتمال وقوع الوضع قبله فآفات الشك يقطعها اليقين بتقدم الوضع .

والحاصل المراد بعدم اتصال زمان الشك بزمان اليقين هو اليقين بوقوع الاخر ايضاً وليس ذلك فيما كان الشك بالنسبة الى اجزاء الزمان فالاصل فى المقام غير جار مضافاً الى المعارضة بالآخر والى كونهما مثبتاً.

﴿ الثالث لو اقرت ﴾ المطلقة ﴿ بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لسته اشهر فصاعداً منذ طلقها قيل ﴾ كما عن الشيخ ﴿ لا يلحق به والاشبهه التحاقه مالم يتجاوز اقصى الحمل ﴾ .

قال فى المسالك بعد المتن القول بعدم لحوقه بالمطلق للشيخ فى المبسوط لان قول المرثية مقبول فى انقضاء العدة بما يمكن صدقه كما مر والحكم بانقضائها يقتضى انتفاء الولد اذ لو كان لاحقاً لما انقضت العدة قبل وضعه مضافاً الى امكان تجدده بعدها لان التقدير مضى اقل الحمل من حين الطلاق واصالة عدم التقدم فلا يقبل منها دعوى ما ينافى اقرارها السابق ولان اقرارها بانقضاء العدة صحيح ظاهراً فلا يبطل بامر محتمل انتهى .

ولا يخفى ان المسألة على قول المصنف فى غاية الاشكال لانها ان كانت حائلاً فعدتها بالقروء او الشهور وان كانت حاملاً فعدتها بالوضع وح ان كانت بالاول فهو عبارة اخرى عن عدم الحمل وان كانت بالتانى فان اقرت قبل الوضع فهى كاذبة وان كان بعده فيعلم كلاهما بتمام العدة وكون الولد للزوج فالقرار

بمضى العدة اقرار منها بكون الولد للزوج واقرار من الزوج بالقبول .

وكيف كان فلا يبقى مورد شك فيه مع الاعتراف بمضى العدة فالاعتراف مع قطع النظر عن قبول قولها اعتراف بعدم كونها ذات ولد فانها ان كانت بالشهور او القروء فمضت بدون الولد و ان كانت بالوضع فالاعتراف بتمامها اعتراف بالحاق الولد به فان معنى الوضع كون الولد للزوج لاللزنا .

فالاعتراف بمضى العدة اعتراف اما بانقطاع الفراش و انتفائه واما بكون الولد لصاحب الفراش نعم يمكن فرض المسألة باشتباه الزوجة في اعترافها بقول قولها واما ان يصدقها ويقبل قولها فلا جرم لا يلحق الولد به لعدم امكانه ح .
فان العدة بين كونها بالشهور او القروء وبين كونها بالوضع فان كان بالقروء والشهور فلا فراش شرعاً بعده ولذا تكون اجنبية و مالكة لنفسها و لا طريق للزوج اليها حتى في العدة الرجعية لمضيها على الفرض و ان كان بالوضع فلم يمض العدة و كان الولد ولده فالاعتراف بمضى العدة يدور بين كون الولد له وبين عدمه فانه بالشهور لم يكن وبالوضع كان .

وبالجملة الاعتراف بمضى العدة فان كان لغير الحامل فصح فلا معنى لادعاء كون الولد له و ان كان للحامل ينفع الكلام في تصور انعقاد النطفة و ان الحاق الولد بالزوج كيف يتصور فان الطلاق انما يصح بعد الطهر بدون الواقعة فلا يتصور اللاحق الا بالزنا وهو كما ترى .

و اما بالجهل المسألة فطلقها بعد الدخول واما بالوطء شبهة وفي صورة الجهل يبطل الطلاق والعدة و كانت زوجته والولد له والكل خارج عن الفرض فصحة الطلاق وصحة العدة مع قطع النظر عن قبول قولها بمضى العدة كيف يتصور مع التحاق الولد به فانه ان كان من الولد فلا يلحق لانتهاء الفراش و ان كان بغير زنا لا يصح الطلاق في الحائل وفي الحامل ملحق بلا كلام فلا معنى للنزاع بوجه ومنه يعرف عدم صحة حمل الاقرار على الاشتباه ببيان ان اعترافها بالانقضاء

على زعم كونها حائلا وان عدتها بالشهور او القروء فمضت العدة المزعومة ثم رأت نفسها حاملا وان العدة بالوضع الذي لم يقع ، فان ظهور الحمل بعد ذلك اما بالوطء منه واما بالزنا والاول اما بوقوع الطلاق بعد الوطء واما في كونها حاملا والاول باطل والثاني رافع للنزاع والثالث خارج عن البحث .

نعم يمكن ان يجتمع حملها مع الحيض كما في المسترابة الحمل التي وردت فيه روايات متقدمة من ابن حكيم المشتملة على الطلاق الزوجة ومضى العدة حيث قال قلت له المرأة الشابة التي تحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمئنها ما عدتها قال ثلاثة اشهر .

قلت جعلت فداك فانها تزوجت بعد ثلاثة اشهر فتبين لها بعد ما دخلت على زوجها انها حامل الحديث وغيره مما يمكن ادعاء الحمل بعد الطلاق . وذلك انما يصح فيمن جمع حملها مع الحيض فكانت حاملا قبل الحيض فظهرت ولم يواقع الزوج معها فطلقها ولم تعلم الزوج بالحمل فصح الطلاق بالبداية مع كون الحمل قبل الحيض والطلاق .

ففي المقام على ما زعمت عدم الحمل فمضت الاشهر او القروء فاعترفت بانقضاء العدة ثم أحست الحمل وان العدة باقية ولم يتمكن من اطلاعها الزوج فادعت بكون الولد للزوج اذا مضى من حين الوطء ستة اشهر او اكثر ما لم يبلغ اقصى الحمل لكنه خارج عن الفرض فالاقوى قول الشيخ بعدم الاحاق لكن لابان يفرض المسئلة بنحو ما ذكر في المتن كما عرفت .

الفصل الخامس ﴿ في عدة الوفاة ﴾ ولا خلاف في انه ﴿ تعتمد الحرة المنكوحة بالعقد الصحيح ﴾ الدائم ﴿ أربعة أشهر وعشراً ان كانت حائلاً ﴾ .

وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى الكتاب و السنة التي تقدم جملة منها ، قال الله تعالى : «والذين يتوفون منكم و يذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً» ولا ينافيه قوله تعالى : «والذين يتوفون منكم و يذرون

أزواجاً وصية لازواجهم متاعاً الى الحول» بناء على أن المراد الاعتماد بالسنة لانها حينئذ منسوخة بالاولى انتهى .

أقول وعدم المنافاة من الاية الثانية واضح فان الظاهر منه انها غير العدة جداً بل وردت في الوصية للازواج على الاولياء من حيث وقوع التحزن والمصيبة عليهن فعلى الاولياء ان يدفعوا اليهن من متاع الدنيا من الكسوة والمنفقة والاطعمة وغير ذلك الى سنة حتى يصلح امورهن في هذه المدة فلا ربط لها بمثله عدة الازواج حتى ينفى آية أربعة أشهر وعشرا قال في المجمع [متاعاً الى الحول] يعنى ما ينتفعن به حولا من النفقة والكسوة والسكنى .

وقيل هو مثل المتعة في المطلقات و كان واجباً في المتوفى عنها زوجها بالوصية من مال الزوج [غير اخراج] ان لا يخرج من بيوت الازواج انتهى .

قال في الكشاف والمعنى ان حق الذين يتوفون عن ازواجهم ان يوصوا قبل ان يحتضروا بان تمتع ازواجهم بعدهم حولا كاملاً اي ينفق عليهن من تركته ولا يخرج من مساكنهن وكان ذلك في اول الاسلام ثم نسخت المدة بقوله اربعة أشهر وعشراً وقيل نسخ ما زاد على هذا المقدار انتهى .

ولافرق في الزوجة ﴿ صغيرة كانت أو كبيرة ﴾ مسلمة أو ذمية من ذوات الاقراء أولاً ﴿ بالغاً كان زوجها أو لم يكن ﴾ حراً أو عبداً ﴿ دخل بها أو لم يدخل ﴾ لاطلاق الادلة والاجماع والروايات الخاصة وغيرها كثيرة .

قال في الحدائق في عدة الوفاة وما يترك عليها والمعتدة عدة الوفاة اما ان تكون حائلاً او حاملاً فالكلام هنا في مواضع .

الاول في عدة الحائل لاختلاف بين الاصحاب وغيرهم في ان الحرة الحائل المتوفى عنها زوجها تعد اربعة اشهر وعشرة ايام صغيرة كانت او كبيرة مدخولاً بها ام غير مدخول بها دائمة او متمتعاً بها .

والاصل في ذلك قوله عزوجل والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجاً يتربص

بانفسهن اربعة اشهر وعشراً وهي باطلاقها شاملة لما ذكرنا من الافراد وغيرها من الامة والحامل الا ان هذين الفردين المذكورين خرجا بالدليل انتهى و الروايات الواردة في المقام كثيرة .

ومنها مارواه في الكافي والتهذيب في الصحيح عن محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام في الرجل يموت وتحتة امرئة لم يدخل بها قال لها نصف المهر ولها الميراث كاملا وعليها العدة كاملة وعن عبيد بن زرارة في الموثق قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرئة ولم يدخل بها قال ان هلكت او هلك او طلقها فلها النصف وعليها العدة كاملا ولها الميراث .

ومارواه في الكافي عن عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح عن رجل عن علي بن الحسين عليه السلام انه قال في المتوفى عنها زوجها ولم يدخل بها ان لها نصف الصداق ولها الميراث وعليها العدة .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن الحلبي في الصحيح او الحسن عن ابي عبد الله عليه السلام قال ان لم يكن دخل بها وقد فرض لها مهر فلها نصف ما فرض لها ولها الميراث وعليها العدة وبهذا المضمون عدة من الاخبار قد اشرت في الدلالة على ان المتوفى عنها زوجها قبل الدخول عليها العدة كاملا الا انه قد روى الشيخ في التهذيب عن محمد بن عمر الساباطي قال الرضا عليه السلام عن رجل تزوج امرئة فطلقها قبل ان يدخل بها قال لاعدة عليها وسئلته عن المتوفى عنها زوجها من قبل ان يدخل بها قال لاعدة عليها هما سواء .

وهذه الرواية معارضة مع الجميع ولا يخفى انه لولا الروايات العامة والخاصة في عموم العدة ولو قبل الدخول لامكن الخدشة في بعض الافراد كعدم الدخول في المتعة خصوصاً في مدة قليلة وخصوصاً فيما وقع الموت للزوج بعد تمام الصيغة وخصوصاً فيما كان الزوج صغير ومات عنهما .

بل فيما كانت الزوجة ايضاً صغيرة وغير ذلك من الموارد التي نشك في

صدق الزوجية وعليه يمكن التأمل في عموم بعض العبارة .

قال في الخلاف : اذا تزوج صبي صغير غير بالغ امرأة فمات عنها لزمها عدة الوفاة اربعة أشهر وعشراً سواء كانت حاملا او حائلا وسواء ظهر بها الحمل بعد وفات الزوج او كان موجوداً حال وفاته وبه قال مالك بن انس والشافعي وقال ابو حنيفة واصحابه ان ظهر الحمل بعد الوفاة اعتدت بالشهور كقولنا وان كان موجوداً حال الوفاة اعتدت عنه بوضعه انتهى وسيأتى تمام الكلام في الحداد على الصغيرة . وفي الحدائق بعد نقل اخبار عموم العدة وخصوصها لما لم يدخل ايضاً ونقل رواية عمار الدالة على عدم قال وردها المتأخرون كما في المسالك وشرح النافع السيد السند لضعف السند وشدوذها ومخالفتها للقرآن اقول والظاهر عندي انها محمولة على التقية كما يشير اليه ما رواه الشيخ في التهذيبين عن عبيد بن زرارة قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل ان يدخل بها أعليها عدة قال لا قلت المتوفى عنها زوجها قبل ان يدخل بها أعليها عدة قال امسك عن هذا .

وما رواه في الكافي عن عبيد بن زرارة في الموثق عن ابي عبد الله عليه السلام في المتوفى عنها زوجها ولم يدخل بها قال هي بمنزلة المطلقة التي لم يدخل بها وان كان سمي لها مهرأ فلها نصفه وهي ترثه وان لم يكن سمي لها مهرأ فلا مهر لها وهي ترثه قلت والعدة قال كف عن هذا ولا ريب ان امره عليه السلام للسائل بالكف في هذين الخبرين لوجه له الا التقية انتهى .

اقول لا كلام في كون الروايتين ظاهرتين في التقية ولكن الاشكال في صدق الزوجية في بعض الافراد فاذا زوج رجل امرأة متعة الى ساعة بحيث كان مقصوده اطفاء شهوته حالاً ثم مات بعد تمام الصيغة بلا فصل كيف يصدق عليها الزوجية العرفية مع انه عند العرف على بقائها عنده مدة ولو كان قليلا وشريكا معه في التعيش والاكل والشرب والنوم واسوء حالاً ما اذا كان الزوج والزوجة صغيرين ومدة المتعة قليلا وكان الغرض منها للاولياء مجرد المحرمية مع الام ونحوها عند من يجوز ذلك .

وكيف كان فيدل على العموم مارواه الصدوق فى النهاية فى الصحيح او الحسن عن صفوان عن عبد الرحمن بن الحجاج قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن المرثية يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها العدة قال تعتمد اربعة اشهر وعشراً الى ان قال قلت فعد قال فقال نعم اذا مكثت عنده اياماً فعليها العدة وتحد واذا كانت يوماً او يومين او ساعة من النهار فقد وجبت العدة ولا تتحد .

وما رواه عن عمر بن اذينة عند زرارة فى الصحيح قال سئلت ابا جعفر عليه السلام ما عدة المتعة اذا مات عنها الذى يتمتع بها قال اربعة اشهر وعشراً قال يا زرارة كل النكاح اذا مات الزوج فعلى المرثية حرة كانت او امة وعلى اى وجه كان النكاح متعة او تزوجها او ملك يمين فالعدة اربعة اشهر وعشراً وعدة المطلقة ثلثة اشهر والامة المطلقة عليها نصف ما على الحرة وكذلك المتعة عليها ما على الامة .

﴿ وتبين بغروب الشمس من اليوم العاشر ﴾ الذى يتحقق بذهاب الحمرة المشرقية ، كما حقق فى محله . ﴿ لانه نهاية اليوم ﴾ للاتفاق كما فى كشف اللثام ، والاجماع كما فى المسالك ، على أن المراد بال عشر عشر ليال مع عشرة أيام ، ﴿ ولو كانت حاملا اعتدت بأبعد الاجلين ﴾ من وضع الحمل ومضى الاربعة أشهر وعشر ، وحينئذ ﴿ فان وضعت قبل استكمال الاربعة الاشهر والعشرة أيام صبرت الى انقضائها ﴾ وكذا العكس .

وفى الجواهر بلا خلاف أجد فيه عندنا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى النصوص المستفيضة أو المتواترة انتهى .

وقد مرت بعضها ويأتى بعضها الاخر انشاء الله .

﴿ وكيف كان فلا خلاف نصاً وفتوى فى أنه ﴾ يلزم المتوفى عنها زوجها ﴾ اذا كانت حرة ﴿ الحداد ﴾ .

وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى المعتمدة المستفيضة بل المتواترة التى مر عليك بعض منها ، ويمر عليك آخر انشاء الله .

﴿وهو﴾ لغة وشرعاً ﴿ترك ما فيه زينة من الثياب ، والادهان المقصود بها الزينة ، والتطيب﴾ فيها أو في البدن ، والتكحيل بالاسود أو بغيره مما فيه زينة بلونه أو بغيره ، بل عن المبسوط أنهم يكتحلن بالصبر ، لانه يحسن العين ويطري الاجفان ، فالمعتدة ينبغي أن تتجنبه ، لما روت ام سلمة أن النبي ﷺ قال لها : «استعمليه ليلا وامحيه نهاراً» الحديث انتهى .

وكيف كان فالروايات الواردة فيه كثيرة [صحيح] ابن يعفور عن ابي عبد الله عليه السلام «سألته عن المتوفى عنها زوجها ، فقال : لا تكتحل للزينة ، ولا تطيب ولا تلبس ثوباً مصبوغاً ، ولا تبيت عن بيتها ، وتقضى الحقوق ، وتمشط بغسلة ، وتحج وان كانت في عدتها» .

[وفي خبر] زرارة عن ابي جعفر عليه السلام في حديث «تمسك عن الكحل والطيب والاصباغ» .

[وفي خبر] ابي العباس عن الصادق عليه السلام «لا تكتحل للزينة ، ولا تطيب ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً ، ولا تخرج نهاراً ، ولا تبيت عن بيتها ، قلت : ارأيت ان ارادت ان تخرج الى حق كيف تصنع ؟ قال : تخرج بعد نصف الليل ، وترجع عشاء» .

[وفي خبر] ابي بصير عن ابي عبد الله عليه السلام «سألته عن المرأة يتوفى عنها زوجها وتكون في عدتها أن تخرج في حق ؟ فقال : أن بعض نساء النبي ﷺ سألته فقالت : ان فلانة توفى عنها زوجها ، فتخرج في حق ينوبها ؟ فقال لها رسول الله ﷺ : اف لكن ، قد كنتن قبل ان ابعث فيكن ، وان المرأة منكن اذا توفى عنها زوجها أخذت بعرة فرمت بها خلف ظهرها ، ثم قالت : لا امتشط ولا اکتحل ولا اختضب حولا كاملا ، وانما امرتكن بأربعة أشهر وعشراً ، ثم لاتصبرن ، لاتمتشط ولا تکتحل ، ولا تختضب ، ولا تخرج من بيتها نهاراً ولا تبيت عن بيتها ، فقالت : يا رسول الله : فكيف تصنع ان عرض لها حق ؟ فقال عليه السلام : تخرج بعد زوال الليل

وترجع عند المساء ، فتكون لم تبت عن بيتها ، قلت له : فتحجج ، قال : نعم ، الى غير ذلك من النصوص هذا .

وقد تصعب بعض ما فى هذه النصوص مثل عدم الخروج من البيت والبيتوتة فى غير بيتها او الخروج بعد نصف الليل حيث ان خطره فى مثل زماننا اكثر من الخروج فى النهار بمراتب كثيرة بل لا يؤمن على نفسها الخروج فى مثل الوقت وحفظ بضعها من الاشرار فان زماننا من شر الازمنة ونحو ذلك اعادنا الله من شر هذا العصر وهذا هو العصر الذى يخبر عنه المعصوم بقوله سيأتى زمان لا يبقى من الاسلام الا اسمه .

وكيف كان وليس ببعيد حمل ذلك على الكراهة واستحباب تركها بقريئة .
[موثق الساباطى] عن الصادق عليه السلام انه سأل عن المرأة يموت عنها زوجها هل يحل لها «أن تخرج من بيتها فى عدتها؟ قال : نعم ، وتختضب ، وتدهن ، وتمشط ، وتصبغ وتصنع ماشاءت لغير ربية من زوج» [ولموثق] ابن بكير «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التى توفى عنها زوجها تحجج؟ قال : نعم ، وتخرج ، وتنتقل من منزل الى منزل» [وخبر عبيد] بن زرارة عنه عليه السلام أيضاً ، بل [ولمكاتبة] الصفار فى الصحيح للعسكري عليه السلام «فى امرأة مات عنها زوجها وهى فى عدة منه ، وهى محتاجة لاتجد من ينفق عليها ، وهى تعمل للناس هل يجوز لها أن تخرج وتعمل وتبيت عن منزلها فى عدتها؟ فوقع عليه السلام : لا بأس بذلك انشاء الله» ولذا كان المحكى عن الشيخ الجمع بين النصوص بحمل النهى عن البيتوتة على الكراهة .

وفى الجواهر بل لم أجد أحداً من معتبرى الاصحاب منعها من ذلك انتهى ومنه يظهر جواز الخروج فى حال الاختيار على كراهة فلا يتم ما عن الحدائق الجمع بينهما بذلك اضطراراً .

واما [مكاتبة الحميرى] لصاحب الزمان روحى له الفداء المروية فى الاحتجاج وغيره «سألته عن المرأة يموت زوجها هل يجوز لها أن تخرج فى جنازته أم لا؟

فوقَّع تخرج في جنازته ، وهل يجوز لها وهي في عدتها أن تزور قبر زوجها أم لا؟
فوقَّع : تزور قبر زوجها ، ولا تبیت عن بيتها ، وهل يجوز لها أن تخرج في قضاء
حق يلزمها أم لا تخرج من بيتها في عدتها؟

فوقَّع : اذا كان حق خرجت فيه وقضته ، وان كان لها حاجة ولم يكن لها
من ينظر فيها خرجت لها حتى تقضيها ، ولا تبیت الا في منزلها .
فهى ايضا كانت ظاهرة في الكراهة حتى بالنسبة الى عدم الخروج عن المنزل
ولو بقريئة ساير الروايات كما في مرسل يونس عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن
المتوفى عنها زوجها أتعد في بيت تمكث فيه شهراً أو أقل من شهر أو أكثر ثم
تتحول منه الى غيره فتمكث في المنزل الذى تحولت اليه مثل ما مكثت في المنزل
الذى تحولت منه ، كذا صنعتها حتى تنقضى عدتها؟ قال : يجوز لها ذلك ولا بأس»
وظهورها في عدم الكراهة ايضاً قوى .

[وفى صحيح] سليمان بن خالد «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة توفى عنها
زوجها أين تعتد ، في بيت زوجها تعتد او حيث شاءت؟ قال : حيث شاءت ، ثم
قال : ان علياً عليه السلام لما مات عمر أتى الى ام كلثوم ، فأخذها بيدها وانطلق
بها الى بيته وغير ذلك من الصبوح ، فالمتجه حينئذ ما اقتصر عليه من المنع من
الزينة في الثوب و البدن والطيب و جواز التردد فممنها في الاسواق لحوائجها
والبيتوتة في منازل الاقرباء والاحباء .

﴿ولابأس بالثوب الاسود والازرق﴾ ونحوهما ﴿لبعده عن شبهة الزينة﴾
في العادة التي قد عرفت انها المدار ، وربما تحصل ببعض الثياب الفاخرة التي
لم تكن مصبوغة .

وعن المبسوط «واما الاثواب ففيها زيتان : أحدهما تحصل بنفس الثوب
وهو ستر العورة و سائر البدن ، قال الله تعالى : خذوا زينتكم عند كل مسجد»

والزينة الاخرى تحصل بصبغ الثوب ، فاذا اطلق فالمراد به الثانى ، و الاول غير ممنوع منه للمعتدة وان كان فاخر أمرتفعاً مثل المروى المرتفع والسابورى والديبى والقصب والصيقلى وغير ذلك مما يتخذ من قطن وكتان وصوف ووبر .

وأما ما يتخذ من الابر يسم قال قوم: ما يتخذ منه من غير صبغ جازلبسه وما صبغ لم يجز ، والاولى تجنبه على كل حال .

وأما الزينة التى تحصل بصبغ الثوب فثلاثة أضرب .

ضرب يدخل على الثوب لنقى الوسخ عنه ، كالكحلوى والسواد، فلاتمنع المعتدة منه ، لانه لازينة فيه ، وفى معناه الديباج الاسود .

والثانى ما يدخل على الثوب لتزيينه، كالحمرة والصفرة وغير ذلك ، فتمنع المعتدة منه ، لانه زينة .

وأما الضرب الثالث فهو ما يدخل على الثوب ويكون متردداً بين الزينة وغيرها مثل أن يصبغ أخضر أو أزرق ، فان كانت مشبعة تدرى الى السواد لم تمنع منه، وان كانت صافية تضرب الى الحمرة منعت منها « انتهى .

والظاهر ان الرجوع الى العرف فان عد عنده زينة فتجنب والافلا فيجوز لها بل يستحب لها مثل السواك وتقليم الاظفار ، وتسريح الشعر .

وفى الجواهر ودخول الحمام والاحتحال بما لازينة فيه ، واقتراش الفرش النفيسة، والمساكل مزينة ، وتزيين اولادها وخدمها، ونحو ذلك مما لا يرجع الى زينتها ، بل لابس بما يرجع اليها أيضاً للضرورة ، كالاكتحال بالاسود ، ولكن تقتصر على مقدارها ، ولذا قال غير واحد : انها تكتحل به ليلا وتمسح نهاراً انتهى .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿يستوى ذلك فى الصغيرة والكبيرة والمسلمة والذمية﴾

وفى الجواهر كما صرح به غير واحد بل ظاهر المسالك المفروغية منه بل عن الشيخ فى الخلاف نفى الخلاف فيه لاطلاق الادلة لكن عن ابن ادريس والفاضل فى المختلف التردد فيه من ذلك ومن أنه تكليف لا يتوجه الى الصغير وتكليف الولى غير معلوم ،

ولا اشارة فى الادلة اليه ولا مفهوم من أمرها بالاحداد ، بل فى كشف اللثام هو الاقوى وفاقاً للجامع ، مؤيداً له بظهور أن السر فيه أن لا يرغب فيها ولا يرغب فى الصغيرة ، ومال اليه فى الرياض ان لم يتم الاجماع انتهى .

وهذا هو الذى قد اشرت اليه فى العدة وهو كلام متين و عبارة الخلاف هكذا المتوفى عنها زوجها اذا كانت صغيرة عليها الحداد بخلاف وينبغى لوليها ان يجنبها ما على الكبيرة اجتنابه من الحداد وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة لاحداد عليها .

[دليلنا] عموم الخبر (الاخبار) وطريقة الاحتياط وروى ان امرأتى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ان ابنتى توفى زوجها وقد اشتكت عينها افا كحلها فقال لا ولم يسئل هل هى صغيرة ام كبيرة فدل على ان الحكم لا يختلف انتهى .

وغير خفى انه لو لم يتوجه التكليف الى الصغير فى الحداد لما يتوجه اليه فى العدة ايضا فمضافا الى كون صدق الزوجية العرفية فى الصغيرين متعة فى مدة قليلة اول الكلام كان ثبوت حكم العدة والحداد للصغيرة ايضا كذلك فالتكليف الى الصغيرة مما لا يصغى اليه ومضافا الى ان الصغيرة فرع دخولها فى المكلفين .

[فان قلت] عمومات الروايات شاملة لها .

[قلت] فعمومات الصوم والصلاة ايضا شاملة لها وهو كما ترى فالتكليف كلها

صدرت بنحو العموم لكنها واردة على المكلفين .

ومن ذلك ظهر ما فى كلمات الاصحاب وصاحبى الحدائق والجواهر قال الاول منهما ما لفظه قد صرح فى المسالك بانه لا فرق فى الزوجة بين الصغيرة والكبيرة ولا المسلمة والكافرة ولا بين المدخول بها وغيرها لاطلاق الادلة المتقدمة وعلى هذا فالتكليف فى الصغيرة متعلق بالولى فعليه ان يجنبها ما تتجنبه الكثيرة من الامور المعتبرة فى الحداد ونحوها المجنونة انتهى .

وظاهر ان الحكم المذكور اتفانى حيث لم يشر الى خلاف فيه مع ان المنقول

عن ابن ادريس منع ذلك فى الصغيرة فانه لاحداد عليها واليه مال العلامة فى المختلف
ايضاً حيث نقل ذلك عن ابن ادريس فقال فى الكتاب المذكور بعد ان نقل عن الشيخ
فى الخلاف والمبسوط القول بوجوب العدة عليها مالفظة :

وقال ابن ادريس ولى فى الصغيرة نظر لان لزوم الحداد حكم شرعى وتكليف
سمعى والتكاليف لاتتوجه الا الى العقلاء وانما ذهب شيخنا فى مسائل خلافه الى ان
الصغيرة يلزمها الحداد ولم يدل باجماع الفرقة ولا بالاخبار وهذه المسئلة لانص
لاصحابنا عليها ولا اجماع .

ثم قال فى المختلف وقول ابن ادريس لا بأس به لان الحداد هو ترك ما يحصل
به الجمال والزينة ولبس الثياب المزعفرات والملونات التى تدعو النفس اليها
وتميل الطباع نحوها وهو انما يؤثر فى البالغ دون الصبية غالباً انتهى .
اقول ما استدل به ابن ادريس من اختصاص الخطابات بهذه التكاليف فى
الاخبار المتقدمة بالبالغة العاقلة والاصل برائة ذمة الولى جيد وجيه انتهى .

اقول قد عرفت منى فى العدة ايضاً اذا كانت الزوجة صغيرة وحينئذ لا يرتبط
ذلك الى عموم الادلة بعد فرض كون العمومات راجعة الى الكبار وقال الثانى منهما
وبالجملة فالمراد التربص بها هذه المدة مجردة عن الزينة ، وهو معنى
يشمل الصغير والكبير والعاقل والمجنون ، على معنى تكليف الولى بذلك أو سائر
الناس ، كما هو واضح بأدنى تأمل فى أدلة الاعتداد والحداد المستفاد منهما أنهما
من خطاب الوضع بالمعنى المزبور ، ولذا لم يتوقف صحة الاعتداد على ملاحظة
الامتثال انتهى .

ومن العجيب قوله على تكليف الولى بذلك فان كل نفس مرهون بعمل
يتوجه اليه بل يمكن دعوى عدم قبول تحمل شخص عن شخص شيئاً من الاحكام
سواء كان على نحو العمل عن جانبه او اجباره الغير عليه الا فيما اخرجه الدليل
كالنيابة وكقضاء الصوم والصلاة على ارشد الاولاد .

وكيف كان فلا معنى لتوجه التكليف الى الولي ولا الى نفس الصغيرة واما مسألة كون الخطاب وضعاً لا تكليفاً فهو امر ثبوته مستقلاً من دون مدخلية احكام تكليفية محل كلام بين الاعلام حيث ذهب شيخنا المرتضى الى كون الاحكام الوضعية منتزعة عن الاحكام التكليفية بمعنى انه ليس شيء في البين سوى احكام التكليفية وحينئذ يتوقف على تعلق التكليف على الصبيان والمجانين حتى ينتزع عنه الاحكام الوضعية .

اقول لا اشكال في عموم الكتاب والسنة لكن الكلام في صدق الزوجية والتميقن منه هو الكبار الذين يتعيشون كل منهما مع الاخر اما الصغار فيرفع عنهم قلم التكليف والوضع ايضاً منتزع عن التكليف الغير الموجود في حال الصغر . واما الكبار ففيما يحكم العرف بمثل الزوجية ، وكيف يصدق في مثل ما ذكرناه متعة امرأة ساعة ونحوه خصوصاً اذا كان الزوج صغيراً وكان الغرض مجرد المحرمية الا ترى في ظاهر الآية ويذرون ازواجاً فانه ظاهر فيما كانا معاً مدة كثيرة ثم فات عنهن الزوج ويذرون الازواج واين مما كان العقد الى ساعة فقط ثم مات بعد ذلك في حينها او بعد تمامها الزوج .

الا ترى الى قوله عَلَيْهَا في صحيح عبد الرحمن قال عَلَيْهَا نعم اذا مكث عنده اياماً فهو صريح في عدم الصدق بمجرد اجراء صيغة في مدة قليلة لا يكون بينهما معاشرة ولا تردد في امور الحياة ولادخول في البين ولا كلام بينهما بل لا يمكن الالتزام بمقالة الاصحاب في اجراء الاحكام الوضعية في حق الصغار من وجوب العدة والحداد في مثل المقام فكما رفع عنهم الصوم والصلاة رفع عنهم امثال هذه التكاليف المشككة الصعبة .

وكذا نحو حصول الجنابة واتلاف الاموال وكسرهم وسرقتهم وغير ذلك فاذا لم يكن تكليف في البين فكيف يثبت عليهم اسباب الموجبة للمؤاخذة عند البلوغ .

والمحصل ان القول بثبوت الاحكام الوضعية باى نحو كان مما لا يصغى اليه عند التأمل والدقة بل ليس الاحكام تكليفية ينتزع منها الوضعية والا فليس فى البين شىء سوى التكليفية فكما ان الفوقية والتحتية ليستا بشىء سوى الفوق والتحت اللذان هما منشأ انتزاعهما فكذلك الاحكام الوضعية ولا يحكم بذلك الا الاذهان الساذجة عن هذه الابحاث فانه لا يرى الا نفس الحكم الشرعى فلا يتصور كون الدلوك سببا لايجاب الصلاة تكوينا لخصوصية فيه اوجبت ذلك واذا لم يتصور فلا يكون شىء الاجعل الشارع وجوب الصلاة عند الزوال فينتزع منه كون الدلوك سببا وكذا اذا جعل الر كوع جزء فينتزع منه الجزئية .

واما مع قطع النظر عن وجوب الصلاة فلا وجود للسببية والجزئية وكذا حال الشرطية والمانعية وليس هنا امور واقعية مع قطع النظر عن جعل وجوب الصلاة وليس مصلحة ذاتية بين دلوك الشمس لايجاب الصلاة لم يكن تلك المصلحة قبل ذلك مع قطع النظر عن حكم الشارع .

ولذا صح القول بان الاوامر والنواهي تابعة لوجود المصلحة فى نفس الحكم لا المأمور بها والمنهى عنها فقول الاشاعرة بان المصلحة والمفسدة فى نفس امر المولى ونهيه لافى المأمور به ليس ببعيد ولا يلزم من ذلك ان يكون كذلك فى جميع الحالات وان كان قد تكون المصلحة والمفسدة فى المأمور به والمنهى عنه ايضاً .

ومقصودنا عدم كون المأمور به ذا مصلحة فى جميع الاوقات بل يمكن خلوه عنها كما فى ذبح اسماعيل واى مصلحة فى ذلك مع كون الأمر يعلم بنسخه ومع ذلك امره بذلك فليس المصلحة الا فى نفس الحكم حتى يظهر لنفس المأمور انه مطيع او عاص بل علم ذلك نفس المولى الجاهل كما فى غير الموالى الشرعية فيأمره بشىء خال عن المصلحة لاجل ان يعلم انه اطاعه اولا واكثر الاحكام كذلك . وفى لبس الذهب للرجال اى مفسدة ليست هذه فى لبسه للنساء وبابى ملاك

يتصور جوازه للنساء دون لبس الرجال و كان فى ذهنى من سابق الايام ان الغرض من الامر بالصلاة فى تمام عمر مكلف هو ان يمثل اولا لاشىء آخر فانه اذا نظر فى الصلاة بعين التامل ليس يرى فيها مصلحة او جبت على المكلفين در كهها حتى وجبت بل ليس الغرض منها الامتثال امر الله تبارك وتعالى وصيرورة الممثل فى ذلك فى عداد المطيعين بل هو الغرض الاصلى من الاوامر المولوى بل لو لوحظت المصلحة لكانت فى اوامر الموالى العرفية والعباد .

بداهة ان الناس اذا امروا غيره بشىء كان فيه حصول غرض او اصلاح امر لا يحصل الا بالامتثال بخلاف المولى الحقيقى الذى غنى عن الناس وعن اعمالهم فلا شىء فى الاطاعة كى يصل اثرها الى الامر و لا الى المأمور سوى عده فى ذلك من المطيعين .

نعم فى مثل النهى عن الظلم والسرقة والقتل فساد فى نفس المنهى عنها بلا كلام بل يمكن القول بان المفسدة فى جميع النواهي ليست الا فى نفس المنهى عنها بخلاف مثل الصوم والصلاة والحج والجهاد والزكاة فانها لا يلحظ فيها مصالح الا ما ذكرنا فالحسن ما امر به الشارع والقبح ما نهى عنه الشارع كان فى نفس المأمور به والمنهى عنه مصلحة ومفسدة او لا بل كان فى مجرد الامتثال .

ومنه يظهر انه لامصلحة موجودة فى الدلوك حتى يقتضى كونه سببا لوجوب الصلاة مع قطع النظر عن امر الشارع وكذا حال الشرط والجزء والمانع .
والحاصل ان الاحكام الوضعية كلها تابعة للاحكام التكليفية مطلقا من غير تفصيل بداهة ان مثل السببية والممانعية وكذا الجزئية والشرطية ان اريد بها التكوينية فهى خارجة عن البحث .

بداهة ان النار سبب وهلة للاحراق تكويننا والماء مانع عنه كذلك جعله جاعل كذلك اولا فلا كلام لاحد فى ان النار سبب للاحراق وان اريد بها التشريعية فلا اشكال ايضا فى انه مالم يجعل الشارع مثل الصلاة واجبة لم يصح انتزاع كون

الدلوك سببا وكذا ما لم يجعل الشارع الركوع جزءا للصلاة لا يصح انتزاع الجزئية وكذا ما لم يجعل الشارع الطهارة شرطا للصلاة لا يصح انتزاع الشرطية للصلاة فالقول كون جميع الاحكام الوضعية منتزعة عن الاحكام التكليفية وبعده ينتزع منه الاحكام الوضعية فالقول بتقسيم احكام الوضعية بثلاثة اقسام وجعل التفصيل بينها بجعل الصحة في بعضها دون البعض غير مستقيم بل لا ينال جميعها يد الجعل الاتباع الاحكام التكليفية وحيث لم تتعلق على غير البالغين والمجانين فلا يكون الاحكام الوضعية ثابتاً عليهم.

[فان قلت] فعلى هذا احكام الضمان لا يكون ثابتا عليهم فلو اتلفوا مال الغير او قتلوا نفسا بغير الحق لما كان ضامنا .

[قلت] الاحكام التكليفية ثابتة لهم لكن لا بالفعل بل معلق على البلوغ لاجل مانع عن تعلقه عليهم فعلا لقصورهم عن ذلك فما يكون من قبيل ما كان اثاره دائما ثابت عند التكليف والبلوغ لرفع المانع حينئذ فيكون مابالقوة فعلا فعليا عند ذلك . واما ما لا يربط له بالتكليف وليس راجعا الى زمان البلوغ فلا يتعلق اصلا مثل العدة والمحداد والجنابة واكل النجس والاعمال الراجعة الى اليوم الحاضر التي ذو حكم لوفعله الكبير لا يتعلق به حكم لوفعله الصغير .

[فان قلت] النزاع لفظي فان القوم ايضا يقولون بان المؤاخذة في اول التكليف واثبات الاوامر والنواهي من هذا الوقت .

[قلت] كلا فانهم قائلون بثبوت الاحكام الوضعية من حين الصدور لحصول الجنابة لهم بالدخول والضمان فعلا ونحوهما والمقصود لاسببية للجنابة بالدخول مستقلا ولو بدون حكم الشرع بالجنابة والفرض ان حكمه ليس على رقبة الصغير والمجنون ونحوها فيجرى احكام الطاهر على الصغير والصغيرة اللتين صارا مفعولا او فاعلا .

قال شيخنا المرتضى ره في رسائله ما لفظه ثم انه لا باس بصرف الكلام الى

بيان ان الحكم الوضعى حكم مستقل مجعول كما اشتهر فى السنة جماعة اولا وانما مرجعه الى الحكم التكليفى .

فنقول ان المشهور كما فى شرح الزبدة بل الذى استقر عليه رأى المحققين كما فى شرح الوافية للسيد صدر الدين ان الخطاب الوضعى مرجعه الى الخطاب الشرعى وان كون الشئ سببا لواجب هو الحكم بوجوب ذلك الواجب عند حصول ذلك الشئ فمعنى قولنا اتلاف الصبى سبب لضمانه انه يجب عليه غرامة المثل او القيمة اذا اجتمع فيه شرائط التكليف من البلوغ والعقل وغيرهما .

فاذا خاطب الشارع البالغ العاقل الموسر بقوله اغرم ما اتلفته فى حال صغرك انتزع من هذا الخطاب معنى يعبر عنه بسببية الاتلاف للضمان ويقال انه ضامن بمعنى انه يجب عليه الغرامة عند اجتماع شرائط التكليف ولم يدع احد ارجاع الحكم الوضعى الى التكليف الفعلى المنجبر حال استناد الحكم الوضعى الى الشخص حتى يدفع ذلك بما ذكره بعض من غفل عن مراد النافين من انه قد يتحقق الحكم الوضعى فى مورد غير قابل للحكم التكليفى كالصبى والنائم وشبههما .

وكذا فى غير السبب فان شرطية الطهارة للصلاة ليست مجعولة بجعل مغاير لانشاء وجوب الصلاة الواقعة حال الطهارة وكذا مانعية النجاسة ليست الامتنعة من المنع عن الصلاة فى النجس وكذا الجزئية منتزعة من الامر بالمركب .

والعجب ممن ادعى بدهاءة بطلان ما ذكرنا مع ما عرفت من انه المشهور والذى استقر عليه رأى المحققين الى ان قال بعد رد قول من زعم كون الوضعى غير التكليفى وان الفرق بينهما واضح وان قول الشارع دلوك الشمس سبب لوجوب الصلاة والحيض مانع منها خطاب وضعى وان استتبع تكليفا وان هناك امران متباينان كل منهما فرد للحكم ما لفظه ايضا .

اقول لو فرض نفسه حاكما بحكم تكليفى وضعى بالنسبة الى عبده لوجد من نفسه صدق ما ذكرنا فانه اذا قال لعبده اكرم زيد ان جائك فهل يجد من نفسه انه

انشاء انشائين و جعل امرين احدهما وجوب اكرام زيد عند مجيئه سببا و الاخر كون مجيئه لو وجوب اكرامه او ان الثانى مفهوم منتزع من الاول لا يحتاج الى جعل مغاير لجعله ولا الى بيان مخالف لبيانه الى ان قال :

هذا كله مضافا الى انه معنى لكون السببية مجعولة فيما نحن فيه [اي فى الاحكام الشرعية] حتى يتكلم انه بجعل مستقل اولا فانالانقل من جعل الدلوك سببا للوجوب خصوصا عند من لا يرى كالا شعارة الاحكام منوطة بالمصالح والمفاسد الموجودة فى الافعال الانشاء الوجوب عند الدلوك والافالسببية لقائمة بالدلوك ليست من لوازم ذاته بان يكون فيه معنى يقتضى ايجاب الشارع فعلا عند حصوله ولو كانت لم تكن مجعولة من الشارع ولا يعقلها ايضا صفة او جدها الشارع فيه باعتبار الفصول المنوعة و لا الخصوصيات المصنفة او المشخصة هذا كله فى السبب والشرط والمانع والجزء .

واما الصحة والفساد فهما فى العبادات موافقة الفعل المأتى به للفعل المأمور به او مخالفة له ومن المعلوم ان هاتين الموافقة والمخالفة ليستا بجعل واما فى المعاملات فهما ترتب الاثر عليها وعدمه الى آخره .

و بالجملة اصل الكلام اى انتزاعية الاحكام الوضعية من التكاليف عندى كالشمس فى رابعة النهار بل لا اشكال عندى فى ذلك بوجه والاشتباهاات ناشئة من الاسباب التكوينية كسببية النار للاحراق فانه ليس بجعل جاعل بل كان هذه العلية والسببية موجودة ذاتا وان فى النار خصوصية يحرق ما حاذها وكذا الماء سبب للبرودة ذاتا وتكوينها وكذا شرطية كون الاحراق بعدم وجود مانع له فكون الماء والرطوبة مانعة عن تأثير النار فى المحروق تكويننا لا يناله يد الجعل . والكل خارج عن محل الكلام .

وانما النزاع فى تلك الاسباب شرعاى السببية الشرعية والشرطية والمانعية كذلك فاذا نظر العاقل فيه علم بانه ليس فى البين شىء سوى نفس الاحكام الشرعية

وان الشارع اذا حكم بشيء ينتزع منه السببية والشرطية والعجزية والمانعية اذا كان للمنتزع عنه سبب وجزء وشرط ومانع .

ومنه يعلم فساد ما قبل بصحة بعض الامورات مثل الحجية والقضاوة والرقية والزوجية والملكية فان الجميع مما ينتزع عن الاحكام التكليفية والاشكال انما يكون في بعض الاحكام الثابتة لغير من اتصف بالتكليف كالصغير .

وبالجملة المسألة في غاية الاشكال فانه مع رفع القلم عن الصبي والمجنون ان قلنا بثبوت الحكم الوضعي فهو مشكل سواء قلنا بجعله مستقلاً او العدم فان كليهما من احكام الشرع وهو مناف لرفع القلم عنه ولو لم يكن الامر بالدفع في حال الصغير لان المفروض ثبوت مثل الدية او القتل او الحد عليه ولو اهمله الشارع الى زمان البلوغ فكيف يمكن ثبوت حكم عليه في الاستقبال مع قوله رفع القلم عنه .

وان قلنا بكون مثل السببية منتزعة عن التكليف فلا تكليف فعلاً ومجىء التكليف عند البلوغ وانتزاعه في حال البلوغ بلائمر لعدم وجود المنتزع عنه ان اريد ثبوت التكليف بعده لا في حال الصباوة وان اريد مطلقاً فيعود الاشكال فانه على الانتزاعية لا يكون منشأ الانتزاع فعلاً وعلى الاستقلال ينافى رفع القلم . اللهم الا ان يكون معنى رفع القلم رفع القلم الفعلي اى في حال الصباوة دون رفع اصل التكليف بمعنى ثبوت وجوب الدية والضمان في الحال والمطالبة به في الاستقبال فهو كما ترى .

فقوله قد فمعى قولنا اتلاف الصبي سبب لضمائه الخ باى معنى اريد ولو بان يقول له الشارع عند بلوغه اغرم لافى حال الصغير لكننا نقول مطالبة الشارع من حين البلوغ ان كان لاجل ان الحكم ثابت له بعد البلوغ فلازمه عدم ثبوت شيء عليه في حال الصباوة وان اريد مطالبة منه ما صدر عنه في حال عدم التكليف فهذا ينافى رفع القلم عنه اذ معناه رفع القلم مطلقاً لامهاله في الحال ومطالبه في الاستقبال .

وبالجملة حكم الوضعى ليس الا الاعتبار وهو عين الحكم التكليفى بمعنى أن الشارع اذا جعل الحكم بمقتضى مولوته كان فى المأمور به مصلحة او لا انتزع منه الحكم الوضعى فليس فى مكان تحقق الحكم الوضعى دون التكليفى كيف وهو مساوق لوجود التحتية والفوقية بدون الفوق والتحت.

ومنه ظهر حال الاستدلال على مجعولية الاحكام الوضعية بأن الحكم التكليفى قد لا يكون ويكون الحكم الوضعى مثل ايام الصباوة والجنون ومثل النائم فلا يكون الاحكام التكليفية مع بقاء الاحكام الوضعية من ثبوت ضماناتهم وحصول جنابتهم وعدتهم وحدادهم وغير ذلك .

قال بعض الشارحين لكلام شيخنا المرتضى فى حاشيته ما لفظه اما دليل القول بالجعل مطلقاً فوجوه حسبما يستفاد من مطاوى كلماتهم أحدها انه لو لم يكن الحكم الوضعى مجعولاً بل كان منتزعا عن الحكم التكليفى لاستحال تخلفه عنه ضرورة استحالة تخلف الامر الانتزاعى عن منشأ انتزاعه على ما يقتضيه قضية التبعية ونحن نرى بالوجدان كثيراً كما فى الضمان الموجود فى حق الصغير والنائم والمجنون وغيرهم ممن لا تكليف عليه المسبب عن اتلافهم مال الغير .

وهكذا ثانيها ماورد فى الشرع من القضايا الظاهرة فى جعل الحكم الوضعى كقوله من اتلف مال الغير الحديث وقوله عجل الله فرجه فى بعض الروايات انى قد جعلته حاكماً وقوله الماء كله طاهر الى غير ذلك من القضايا الظاهرة فى جعل الحكم الوضعى وليس هنا ما يقتضى تصرف هذه الروايات عن ظاهرها فيحكم بمقتضاها .

ثالثها ما يستفاد من كلام السيد المحقق الكاظمى من أن ادعاء الحكم الوضعى عين الحكم التكليفى وأن معنى سببية الدلوك هو وجوب الصلاة عنده مخالف لمانشاهد بالوجدان و يرى بالعيان من تغايرهما هذا وانت بعد التأمل فيما ذكرنا من الامور وما ذكرنا فى دليل المختار يعلم بفساد هذه الوجوه :

أما الاول فلانك قد عرفت أن الذي يحتاج اليه القائل بعدم الجعل هو وجود الحكم التكليفي المتعلق بالمكلف ولو معلقاً فانه اذا قال الشارع يجب على كل بالغ عاقل غرامة ما أتلفه في حال صغره ينتزع منه سببية الاتلاف للغرامة كما لو قال للمكلف اغرم ما أتلفته من غير فرق بينهما في الصلاحية لانتزاع السببية منهما اصلاً فان وجوب الغرامة المتعلق بالاتلاف حال الصغر كوجوبها المتعلق بالاتلاف حال الكبر فيستفاد من كل منهما سببية الاتلاف على أنه يمكن فرض وجود خطاب وتكليف في حال الصغر ايضاً لكن لا بالنسبة الى الصبي بل بالنسبة الى وليه .

ولاريب في اكتفاء هذا المقدار ايضاً ضرورة ان الذي يقتضيه قضية التبعية هو وجود حكم تكليفي يصلح لانتزاع الحكم الوضعي منه سواء كان متعلقاً بنفس الفاعل او بغيره ولا اشكال في صلاحية التكليف المتوجه الى الولي بغرامة ما أتلفه الصبي لانتزاع سببية اتلافه لوجوب غرامة الولي كما هو واضح واما الثاني فلانك قد عرفت وجود الصارف للقضايا الظاهرة في الجعل وكونها أخباراً عن جعل الحكم التكليفي محضاً وهو حكم العقل باستحالة تعلق الجعل بالحكم الوضعي على ما عرفت تفصيل القول فيه في بيان دليل المختار.

واما الثالث فلانك قد عرفت ايضاً ان احد لم يدع ايجاد الوضع والتكليف مفهوما ضرورة استحالة ذلك على ما عرفت وقد عرفت ايضاً مراد من عبر بها هو ظاهره ذلك ليس ظاهره قطعاً وانما هو في مقام نفى الجعل ليس الافراج انتهى اقول وحيث ان مسألة جعل الحكم الوضعي عندي غير ثابت فجوابه عن دليلين الاخرين هو الجواب عندنا لكن لنا معه بحث في جوابه عن استدلالهم الاول حيث قال اما الاول فلانك قد عرفت الخ .

وحاصله امكان تعلق حكم تكليفي معلقاً بالفعل على الصغير بل معلقاً على زمن كبره وهو امر ممكن فكما صح ان يقول حج ان استطعت فكذلك صح ان يقول اغرم ما أتلفت في حال صغرك ان كبرت وبلغت وحيث ينتزع منه سببية الاتلاف

للغرامة وسببية امر موجود في حال صغره هذا حاصل جوابه الاول وحاصل جوابه الثاني امكان تعلق التكليف بوليّه هذا .

ولا يخفى في الجوابين اما الجواب الثاني فهو مما يضحك به الشكلى اذ فساده يعلم لمن له ادنى تامل فانه كيف يصح صدور الفعل عن الصبي ويكون ضمانه على الغير ولو كان وليا بل هو مستلزم للضرر والعسر والمخرج على الولي فان الصغير لعدم عقله قد صدر في كل يوم ما يوجب الضمان ونحوه فيكون الجميع على الولي على ان اللازم ح عدمه لو لم يكن لهم وليا .

وبالجملة الاعراض عنه اجدر فالعمدة هو صرف الوقت الى جوابه الاول فنقول فعلى فرض انتزاع الوضع من الحكم المعلق بالتكليف اولا كيف يمكن كون منشأ الانتزاع في حال البلوغ والانتزاع في حال الصغر فلا بد اما من القول بنبوت التكليف في حال الصغر حتى صح الانتزاع في هذه الحالة واما القول بأن الانتزاع في حال لم يكن وجود لمنشاء الانتزاع واما القول بان الانتزاع في حال الكبر مؤثر لحال الصغر والكل فاسد فهذا الجواب ليس جواب من قال لو كانت الاحكام الوضعية انتزاعية لم يكن في حال الصغر حكم تكليفي كى ينتزع عنه الوضع فالاولى ان يجاب بان معنى رفع القلم عن الصبي والمجنون والنائم هو رفع ما يكون من قبيل حق الله كصومهم وصلاتهم وحجهم وزكاتهم وخمسهم وجنابتهم ودخول مساجدهم ونحوها دون ما يكون من قبيل حق الناس كسرقتهم وقتلهم واتلافهم مال الغير فما يكون من قبيل الاول متوقف على البلوغ وما يكون من قبيل الثاني فهو ثابت عليهم ويؤخذ بهم عند اجتماع شرائط التكليف من غير احتياج الى الحكم وضعي فبمجرد صدور شيء منهم مما يوجب الضمان توجه خطاب التعليق عليهم بمثل اغرم ذلك عند البلوغ .

فان قلت هذا ايضا ينافى رفع قلم التكليف .

قلت كلا فان المنافى له هو اثبات التكليف الفعلى دون المعلق على زمان البلوغ فلا تكليف فعلا و لا عقاب و انما تثبت عند البلوغ فالقلم التكليف الفعلى المرفوع هو راجع الى حق الله وما هو ثابت بنحو المعلق على البلوغ هو ما يكون راجعاً الى الناس فالنتيجة هو رفع الحكم بنحو الكلية عنه فى حال الصغر مطلقا و يثبت بعضها عند البلوغ بل لا يحتاج ذلك الى توجه التكليف فى حال الصغر اليهم اصلا .

فان الاحكام الشرعية قد تعلق فى اللوح المحفوظ على المكلفين على نحو الكبرى الكلية حتى تعلق عليهم كل حكم على موضوعه عند تحققه مطلقا كوجوب الصلاة عند الدلوك و مقيداً كوجوب الحج للمستطيع والصوم للصحيح و معلقا على البلوغ كوجوب الخروج عن عهدة مال الغير عند البلوغ وهكذا فكما اذا قال يجب الحج عند الاستطاعة فكذلك قال يجب الخروج عن الضمان عند البلوغ فكما ان الصبيان لا يكونون مورداً لوجوب الحج ولو بعد البلوغ لعدم تحقق شرطه و هو الاستطاعة و بمجرد تحققها تعلق الحكم عليهم فكذلك الصبيان الذين صدر عنهم موجب الضمان لم يتعلق عليهم شيئاً الا عند البلوغ فبمجرد البلوغ قد تحقق موضوع وجوب الخروج عن العهدة .

[فان قلت] لازم ذلك عدم الخروج عن عهدة مال الغير ان ما توا قبل التكليف وعدم الوصول الى ذلك الوقت .

[قلت] كلا لان امثال هذه التكاليف قد تعلق عليهم بنحو القطع والشارع امهلهم الى زمان البلوغ حتى يؤدوا .

و ان شئت قلت زمان التعلق حال الصباوة و زمان الخروج عن العهدة حال البلوغ مهملة للشارع الرؤف فلو اتلفوا مال الغير كان وجوب الاداء ثابتاً عليهم حتى يبلغوا زمان التكليف فلو ماتوا قبل البلوغ وجب الخروج عن اموالهم و اداء دية من قتلهم ونحو ذلك على الاولياء ان كان لهم مال و كان لهم ولى و الا فمثل

سائر الديون الثابت على الذين لا يمدرون على الاداء فيكون راجعاً الى القيامة اما بالعفو و اما بالعقاب فلا يحتاج الى حكم وضعى حيثئذ كى لزم اشكال انفكاك التابع عن المتبوع بل حكم تكليفى بالاداء حال البلوغ ان وصلوا اليه فكل ما قال القوم فى مثل جنابته بان الجنابة حاصله عليهم لو دخلوا او ادخلوا بهم لكن وجوب الغسل عند البلوغ لقلنا فيما كان من حقوق الناس لاحق الله الثابت على المكلفين فظهر من جميع ذلك عدم ثبوت مثل الجنابة وحرمة الدخول فى المساجد فى هذه الحالة و كذلك الاحكام التكليفية مثل وجوب العدة و الحداد و الخمس و الزكاة و الحج و غير ذلك.

فان قلت ما الفرق بين ما ذكرت وما ذكره القوم مع ان الكل يقولون بان المؤاخذة و اثبات التكليف حين البلوغ و لاشىء عليهم فى حال الصباوة بخلاف مثل الديون و الضمانات و الغرامات فانها ثابتة لكنه عند البلوغ يامر بالاداء .

قلت الفرق واضح فان ما يكون من قبيل الثانى عند القوم من الاحكام الوضعية المجمولة مستقلا على الجميع من غير اشتراط البلوغ اصلا .

كيف و هو الذى قد غرهم ثبوت الاحكام الوضعية مستقلا و لو لم يكن فى موردها ايضا حكم تكليفى بخلاف ما ذكرنا فانه عليه لا يكون حكم وضعى ثابت للصغار و المجانين فى حال عدم التكليف بل ليس الا الحكم التكليفى فى حقوق الناس بنحو لا ينافى رفع القلم عنهم بان يكون توجيه الخطاب بنحو يتعلق بالبالغين فيما تحقق البلوغ كما توجه الخطاب بالحج بالمستطيع فيما يتحقق الاستطاعة فلا يتوقف على ثبوت الاحكام الوضعية كى يقال بانها مجمولة مستقلا .

و من العجيب هو اثبات وجوب العدة عليهم لو مات عنها الزوج مع انه حكم تكليفى فضلا عن الوضعى و عدم ثبوت الاحكام التكليفية عليهم من اوضح الواضحات وهو صريح قوله رفع القلم عن الثلاثة فكيف يزعم الاصحاب عموم والذين يتوفون منكم الخ .

ولا ينظرون الى عموم رفع القلم مع كونه حاكما وبيانا وشارحا لجميع الأدلة ومن العجيب جعل الكلب والخنزير نجس والماء طاهر وامثال ذلك من احكام الوضع مع ان من الاحكام التكليفية المسلمة بين الجميع للشارع هو وجوب الاجتناب عن النجس فاذا كان حكمه كذلك فلا بدله من بيان موضوعات النجاسة حتى يعلم المكلفين النجاسات حتى يتمكنوا من الاجتناب عنها .

ولا يصح من الشارع بيان احكام تكليفية من دون بيان موضوعاتها فقوله الكلب او الخمر او الخنزير نجس ليس بيان الوضعية جدا بل بيان موضوعات احكام التكليفية فكانه قال و اجتنبوا عن نجاسة الكلب كما فى قوله انما الخمر والميسر رجس فاجتنبوه .

فاى ربط فى بيان موضوعات الاحكام بالحكم الوضعى وليس فى موضع ايضا وضع من الصحة والفساد ونحوهما مما يتوهم كونهما وضعية بل الصحة امر تترتب على اتيان ما امر به على نحو مبرء للذمة والفساد هو الاتيان بغير هذا النحو فاذا اتى بالصلاة بغير ما جعله شرطاً كصلاة الجمعة بدون الاقتداء بامام معصوم كان باطلا وفسادا ومعه كان صحيحاً .

وكذا فى المعاملات ان اتى المعاملة بنحو يترتب عليها الاثر ينتزع منه الصحة كبيع الشاة وان لم يترتب عليها الاثر عد فاسداً كبيع الخنزير وبالجملة لا وجود لاحكام الوضعية اصلا سوى التوهيمات الفاسدة .

وكذا فى امثال ذلك فقوله الماء طاهر فى مقام جعله موضوع ما اوجب به الوضوء والغسل وازالة الخبائث فاذا قال الشارع اجتنب عن النجس فلا بد من بيان موضوع النجس فكما ان الحكم راجع الى الشارع فكذلك بيان موضوعه فكما ان الحكم غير مربوط بالوضع فكذلك بيان موضوعه فبيان الحكم وموضوعه ومتعلقاته وشرايطه وموانعه كلها راجعة الى الحكم .

وبالجملة ليس من الحكم الوضعى فيما ذكر عين ولا اثر فنحو كل شىء

ظاهر فى مقام جعل الحكم بالطهارة لجميع المشكوكات وهو عبارة اخرى عن انه لا يجب الاجتناب عن مشكوك الطهارة ومشكوك الحرمة وانما يجب عما علم نجاسته او حرمة فقد تلخص من جميع ذلك عدم وجود للاحكام الوضعية وان ابيت الاعن ثبوتها فى نحو جعلته حاكما او حجة وامثال ذلك .

فنقول لو سلم فانها لا يضر بما كنا بصده من عدم الحكم التكليفى لنحو الصغار والمجانين ولا وضعى فى مورد ذلك كى ينتزع عنها حكما وضعيا ثابتا للصغار فى حال صغره .

وقد عرفت ان ما يكون من قبيل العبادات فيرتفع الشارع وجوبه ولزومه مطلقا حكما كان او موضوعا كالجنابة ونحوها بخلاف ما يكون من نحو ما يرجع الى حقوق الناس و ديونهم فهو ثابت عليهم بنحو لا ينافى اداءه فى حال صغره ولا يتوقف على حكم وضعى اصلا بل يثبت على ذمتهم فى حال البلوغ كما يثبت غيره فاذا وضع الحكم فى لوح محفوظ بنحو الكبرى الكلية مثل قوله يجب على الكبار غرامة ما اتلفوا من اموال الناس يكون هذا الحكم ثابتا على ذمتهم فى حال بلوغهم كما اذا قال يجب على الناس حج البيت من استطاع .

فكما ان حكم وجوب الحج يتعلق عليهم بمجرد الاستطاعة فكذلك يتعلق وجوب الاداء والخروج عن عهدة مال الغير بمجرد التكليف فقلبه كان الوجوب ولم يتعلق به الاداء فوراً بل الوجوب المعلق مشروط بالبلوغ كما كان وجوب الحج عليهم معلقا على الاستطاعة .

فجميع ما ذكره الاصحاب من ثبوت الجنابة عليه فيما وطئ زوجته او الاجنبية او وطئت الصغيرة وغير ذلك غير ثابت وغير صحيح جداً وانما تعلق عليهم تلف الاموال معلقا على البلوغ وثمره ذلك انهم ان ماتوا قبل البلوغ وكان لهم مال وجب على الولى هو الاداء من اموالهم والا فان امكن للغرماء اخذ مقدار مالهم عليه أخذه تقاصا والا فيقع الامر الى القيامة فتدبر .

ومن جميع ذلك ظهر عدم وجوب العدة على الصغيرة لومات عنهازوجها سواء دخل بها ام لا بل يجوز لها بعد القوت هو التزويج .
ومنه ظهر ايضاً حال الحداد ثم انه لو تركن الكبار الحداد كلا او بعضا فهل يختل به العدة بان يكون من شرطها الحداد فيجب استثناف العدة كلا او بعضاً اولا ولعل الظاهر الثانى فانه من قبيل تعدد المطلوب فلا يوجب تركه الا العصيان بخلاف ترك العدة فانه يوجب تحريم الابد .

﴿و﴾ أما الحداد ﴿فى الامة﴾ اذا كانت زوجة ففيه ﴿تردد﴾ وخلاف ﴿أظهره﴾ أن ﴿لاحداد عليها﴾ وفاقاً لجماعة ، بل قيل : انه الاشهر ، لصحيح زرارة عن أبى جعفر عليه السلام «ان الامة والحررة كلتيهما اذا مات عنهما زوجها سواء فى العدة ، الا أن الحررة تحدد والامة لاتحدد» .

وفى الجواهر وبه يقيد اطلاق الادلة وفيه كلام اجماله كون الزوجية وثبوت احكامها لا يختص بالحررة او الامة فعمومات ثبوت الحداد تجرى فيهما معا ولذا حكى عن المبسوط والسرائر وظاهر أبى الصلاح وسلاورابن حمزة ، فأوجبوا الحداد عليها كالحررة ، للنبوى «لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر أن تحدد على ميت فوق ثلاث ليال الاعلى زوج أربعة أشهر وعشراً» ولم يفرق ولسان الرواية بحيث يوجب الظن القوى بصدورها .

﴿و﴾ كيف كان فلا خلاف فى أنه ﴿لايلزم الحداد المطلقة بائنة كانت أو رجعية﴾ وذلك لانقطاع علقة الزوجية بالمررة فى البائن كما لاعدة عليها حينئذ .

وبالجملة ان الحداد للموت للتفجع والتحزن على فراق الزوج واى ربط له بذلك الامر وكون الزوج حيا بل لعل لبس الثياب الموصوف بالحداد كالسواد لاجل الطلاق عد عند العقلاء استهزاء وسخرية حتى عند الزوج بل اذا بلغ ذلك الزوج لعله ساء عنده هذا الامر هذا مضافاً الى انه لامورد للمطلقة البائنة لان الطلاق يقطع الزوجية ويكون الزوج وغيره عندها سواء .

واما الرجعية فهي مأمورة بالتزيين وتشوقها لزوجها لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ، أى يرجع بطلاقها ولو ورد ما يكون ظاهراً فيه اثباتاً ونفيًا كان في مقام توضيح الواضحات او كان وارداً في جواب السائلين عن تلك الامور مثل خبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عن علي بن الحسين «المطلقة تحدد كما تحدد المتوفى عنها زوجها ، لا تكتحل ، ولا تطيب ، ولا تختضب ، ولا تمتشط» .

ولذا في الجواهر و هو من الشواذ ، وحمله الشيخ على استحباب ذلك للبائنة ، ولاريب في بعده ، لقصور الخبر عن اثباته بل حمله على الانكار فيكون قوله عليه السلام لا تحدد استفهاماً انكارياً اي لا تحدد .

قال ويمكن حمله على ارادة الانكار أو على ارادة تجنب السوء لها كما أوماً اليه خبر علي بن جعفر المروى عن قرب الاسناد عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام «سألته عن المطلقة لها أن تكتحل وتختضب أو تلبس ثوباً مصبوغاً ؟ قال : لا بأس اذا فعلته من غير سوء» والامر سهل .

﴿ولو وطئت المرأة بعقد الشبهة ثم ماتت اعتدت عدة الطلاق حائلاً كانت أو حاملاً﴾ بلا خلاف ولا اشكال ﴿و﴾ ذلك لانه بعد أن ظهر الحال ﴿كان الحكم للوطء لا للعقد ، اذ ليست زوجة﴾ .

وفي الجواهر كى تندرج في المتوفى عنها زوجها ، فلم يبق الا أنها موطوءة وطاءً محترماً تعتمد منه عدة الطلاق ، كما في حال حياته ، ولعل نص المصنف وغيره على ذلك لخلاف بعض العامة الناشئة من استحسان اوقياس أو اجتهاد فاسد انتهى .

ثم انه لاحداد على غير الزوجة من أقارب الميت حتى امهات الاولاد من الاماء للاصل وغيره وفي [مضمرة ابن مسلم] «ليس لاحد أن يحد أكثر من ثلاثة أيام الا المرأة على زوجها حتى تنقضى عدتها» وفي مرسل أبي يحيى الواسطي عن أبي عبد الله عليه السلام « يحد الحميم على حميمه ثلاثاً والمرأة على زوجها أربعة أشهر وعشراً

وفى نبوى المزبور ما سمعت .

وفى الجواهر وظهور مرسل الواسطى فى وجوب الثلاثة لاعامل به ، مع أنه قاصر عن ذلك ولذا حملته بعض على النذب ، كظهور تحريم ما زاد من المضمهر والمرسل لم أجد قائلاً به أيضاً ، فلا يبعد حمليه على الكراهة ﴿ تفريع لو كان له أكثر من زوجة ﴾ مثلاً ﴿ فطلق ﴾ بئناً أو جمعياً ﴿ واحدة لابعينها فان قلنا ان التعيين شرط فلا طلاق ، وان لم نشترطه ومات قبل التعيين فعلى كل واحدة الاعتداد بعدة الوفاة ، تغليباً لجانب الاحتياط ﴾ اللازم مراعاته هنا ، كما ستعرف ﴿ دخل بهن أو لم يدخل ﴾ .

ولكن اللازم هو التعيين وبدونه لا معنى للطلاق اصلاً اذ الحكم ونحوه لا بد وان يتعلق على موضوع وشيىء معلوم ولا معنى لوقوع الطلاق اما عليها واما عليها فانه ايقاع لا بد من تعلقه على المرأة معلومة كى تخرج عن تحت الزوج وخروجهما عن الزوجية بمجرد اطلاق زوجتى طالق الا ان يكون مورد الطلاق جميع زوجاته فقال زوجاتى كلهن طالق .

﴿ و ﴾ من هنا ﴿ لو كن حوامل ﴾ أو احداهن ﴿ اعتددن بأبعد الاجلين ﴾ بناء على عدم اشتراط التعيين لكون الاحتياط حينئذ فيه على حسب ما عرفت ومع ذلك ففيه تأمل .

﴿ وكذا ﴾ الحال ﴿ لو طلق احداهن بئناً ﴾ معيناً لها فى نفسه مثلاً ﴿ ومات قبل ﴾ ذكر ﴿ التعيين فعلى كل واحدة ﴾ منهن ﴿ الاعتداد بعدة الوفاة ﴾ ولكن العلم بذلك منهن غير ممكن فيشك فى التعيين والاصل عدمه بل على القول باشتراط التعيين يحمل على البطلان لعدم العلم بتعيين المطلق فلا معنى لعدة الوفاة حينئذ ﴿ ولوعيتن قبل الموت ﴾ ثم مات ﴿ انصرف ﴾ الطلاق الواقع فيهما أولاً ﴿ الى المعينة ﴾ قد عرفت بطلان الطلاق اذا ابهمه حين الاجراء فلامورد للتعيين بعداً الا اذا وقع الطلاق ثانياً معيناً او اراد حين الاجراء معينة وبينه لغيرهن بعداً .

﴿و﴾ حيثُ فقد ﴿تعتد من حين الطلاق﴾ لما تقدم من وقوع الطلاق بالاول وان تأخر التعيين و﴿لا﴾ تعتد ﴿من حين الوفاة﴾ ذلك لان الفرض كون طلاقها بائناً مبهماً ثم عين .

نعم ﴿لو كان رجعيّاً اعتدت عدة الوفاة من حين الوفاة﴾ لما عرفت من انقلاب عدة الرجعية الى عدة الوفاة لومات المطلق في اثنائها .

﴿والمفقود﴾ زوجها ﴿ان عرف خبره أو أفق على زوجته وليه﴾ من نفسه أو متبرع أو كان له مال يمكن الانفاق منه عليها وان تكون متمكنة من الصبر على ترك المجامعة ﴿فلا خيار لها ولو جهل خبره ولم يكن من ينفق عليها﴾ ولو متبرع ﴿فان صبرت فلا بحث﴾ ضرورة كون ذلك كله للارفاق بها ﴿وان رفعت أمرها الى الحاكم أجلها أربع سنين ، وفحص عنه فان عرف خبره صبرت، وعلى الامام أن ينفق عليها﴾ في الاجل المزبور ﴿من بيت المال﴾ المعد للمصالح التي هذه منها .

﴿وان لم يعرف خبره أمرها بالاعتداد عدة الوفاة ثم تحل للازواج﴾ . وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى ، بل الاجماع بقسميه عليه، انتهى وظاهر العبارة لزوم امرها الى الحاكم فهو العمدة في هذا الباب المهم وان اللازم هل الرجوع الى الحاكم ولو بعد مضي سنين كثيرة او يكفى مضي اربع سنين من اول الامر ولوبدون المراجعة الى الحاكم .

قال في الخلاف امرأة المفقود الذي لا يعرف خبره ولا يعلم احى هو ام ميت تصبر اربع سنين ثم ترفع خبرها الى السلطان لينفذ من يعترف خبر زوجها في الافاق فان عرف له خبره لم يكن لها طريق الى التزويج وان لم يعرف له خبر امر وليه ان ينفق عليها فان انفق عليها فلا طريق لها الى التزويج وان لم يكن له ولي امرها ان تعتد عدة المتوفى عنها زوجها فاذا اعتدت ذلك حلت للازواج .

وللشافعي فيه قولان قال في القديم تصبر اربع سنين ثم ترفع امرها الى الحاكم حتى يفرق بينهما ثم تعتد للوفاة و(ثم) تحل للازواج وروى ذلك عن عمرو بن

عمرو ابن عباس ومالك واحمد واسحق .

وظاهر كلام الشافعى يدل على ان مدة التربص تكون من حين الفقد والغيبة واصحابه يقولون ان ذلك يكون من وقت ما ترفع امرها الى الحاكم ويضرب لها المدة وقال فى الجديد انها تكون على الزوجية ابدأ لا تحل للزواج الى ان يتيقن وفاته وهو اصح القولين عندهم وروى ذلك عن على عليه الصلوة والسلام وبه قال ابو حنيفة واصحابه واهل الكوفة باسرههم ابن ابى ليلى وابن شبرمة والثورى وغيرهم .
[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم انتهى وكيف كان فلا بد من نقل الروايات ومنها عن جعفر عن ابيه عليه السلام ان علياً عليه السلام قال فى المفقود : لا تتزوج امرأته حتى يبلغها موته أو طلاق ، أو لمحقق باهل الشرك ولا يحفى ما فى هذا الاطلاق من العسر ومنها [صحيح الحلبي] «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المفقود قال : المفقود اذا مضى له أربع سنين بعث الوالى أو يكتب الى الناحية التى هو غائب فيها ، فان لم يجد له أثراً أمر الوالى وليه أن ينفق عليها ، فما أنفق عليها فهى امرأته ، قال : قلت : فانهم تقول ؟ انى اريد ما تريد النساء قال : ليس لها ذلك ولا كرامة فان لم ينفق عليها وليه أو وكيله أمره بأن يطلقها ، وكان ذلك عليها طلاقاً» ظاهره بعد مضى اربع سنين بدون الحاكم بعث الوالى فيشعر فى امر طلاقها .

ومنها [صحيح بريد] «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف يصنع بامرأته؟ قال : ما سكت عنه وصبرت يخلى عنها ، فان هى رفعت أمرها الى الوالى اجلها أربع سنين ، ثم يكتب الى الصقع الذى فقد فيه ، فيسأل عنه ، فان خبر عنه بحياة صبرت ، وان لم يخبر عنه بشيء حتى تمضى الاربع سنين دعى ولى الزوج المفقود . فقيل له : هل للمفقود مال ؟ فان كان له مال أنفق عليها ، حتى يعلم حياته من موته وان لم يكن له مال قيل للولى : أنفق عليها ، فان فعل فلا سبيل لها أن تتزوج ما أنفق عليها ، وان أبى أن ينفق عليها جبره الوالى على أن يطلق تطبيقه فى استقبال العدة وهى طاهر ، فيصير طلاق الولى طلاق الزوج ، فان جاء زوجها من قبل أن

تنقضى عدتها من يوم طلقها الوالى فبدا له أن يراجعها فهى امرأته ، وهى عنده على تطليقتين ، وان انقضت العدة قبل أن يجيىء أو يرجع فقد حلت للزواج ، ولا سبيل للاول عليها .

وظاهره انه من اول الامر رفع امرها الى الوالى فبعد اربع سنين شرع فى امرها وظاهر الاول بعد مضى اربع سنين فلو كان الشرط مضى اربع سنين من حين الرجوع الى الوالى لما صح له القول بانه اذا مضى له اربع سنين بعث الوالى فيظهر منهما ان المناط اربع سنين سواء كان مع المراجعة الى الوالى من اول فقهه او بعد مضيه .

واما ما فى الفقيه وفى رواية اخرى « ان لم يكن للزوج ولى طلقها الوالى ويشهد شاهدين عدلين ، فيكون طلاق الوالى طلاق الزوج ، وتعتمد أربعة أشهر وعشراً ، ثم تتزوج ان شئت » فلا ذكر من المدة المذكورة .

واما [خبر أبى الصباح] عن أبى عبد الله عليه السلام « فى امرأة غاب عنها زوجها أربع سنين ، ولم ينفق عليها ، ولم تدر أحي هو أم ميت ؟ أيجبر وليه على أن يطلقها ؟ قال: نعم ، وان لم يكن ولى طلقها السلطان ، قلت : فان قال الوالى أنا أنفق عليها ، قال: فلا يجبر على طلاقها ، قال : قلت : أرأيت ان قالت : أنا اريد ما تريد النساء ، ولا أصبر ولا أفعد كما أنا ؟ قال : ليس لها ولا كرامة ، اذا أنفق عليها » فهو اصرح من الجميع و ان المعيار مضى اربع سنين فلا دليل فى البين على تقييد الاخبار بكون الرجوع الى الوالى وبعده امرها بالتربص اربع سنين والحاصل بعد مضى اربع سنين كان الامر باجبار الوالى بالطلاق .

نعم [فى موثق سماعة] « سألته عن المفقود ، فقال : ان علمت أنه فى أرض فهى تنتظر له أبداً حتى يأتيها موته أو يأتيها طلاقه ، وان لم تعلم أين هو من الارض كلها ؟ ولم يأتيها منه كتاب ولا خبر فانها تأتى الامام ، فيأمرها أن تنتظر أربع سنين ، فيطلب فى الارض ، فان لم يجد له أثراً حتى تمضى أربع سنين أمرها أن تعمد أربعة أشهر وعشراً ، ثم تحل للزواج ، فان قدم زوجها بعدما تنقضى عدتها فليس له عليها رجعة

وان قدم وهى فى عدتها أربعة أشهر وعشراً فهو أملك برجعتهما « كان ذلك يعنى الرجوع الى الامام .

ومن المعلوم انها لاتنا فيها فان الكل صحيح بوجه لاتقاوم الكثيرة الدالة على عدم ذلك فانها بين عدم لزوم اصلا وبين ان الوالى متصد لامرها بعد مضى الارباع لانها اصبرها ايضا اربع ولومضى قبل المراجعة مامضى ومما يضحك به الثكلى ماعن ابن ادريس من ان ذلك فى زمان انبساط يد الامام و اما فى مثل زمن الغيبة الذى لايمكن الوصول فيبقى الزوجة بحالها حتى تموت .

قال على ما حكى عن السرائر : «انها فى زمن الغيبة مبتلاة ، وعليها الصبر الى أن تعرف موته أو طلاقه » وحينئذ فتسقط ثمرته لزمان الغيبة وذلك لان احكام الله كانت بحيث باقية الى يوم القيامة الا ان يكون نحو صدورها عنه تعالى يقتضى تركها فى زمن الغيبة كصلاة الجمعة فانها لمكان اشتراط كون اقامتها مع امام معصوم اقتضى تعطيلها الى زمان ظهور القائم روحى و ارواح العالمين له الفداء والافحلال محمد حلال الى يوم القيامة وحراره حرام الى يوم القيامة .

ولا يصح ان يكون حكماً مختصاً بيوم دون يوم وزمان دون زمان ويرفع ما ذكره ادلة نفى الضرر والخرج نحو قوله تعالى ما اريد منكم الحرج خصوصا فى مثل عصرنا الحاضر الذى يكون المؤمن المتدين بالدين كالكبيريت الاحمر فكم زوجوا المحترمات المؤمنات وبتروهن بحالهن ظلما ويفقدون منهن سنين عديدة فلايد من طريق نجات من ذلك بالطلاق ويرفع يد ظلمهم عنهن فكيف يرضى نفسه بالحكم بمثل ذلك . ونظيره ماعن المسالك من الحكم لهن بالبقاء ولو كان مائة سنين لو لم يرفع امرهن الى الحاكم مع انه قد لا يكون اولا يقدر من الرجوع اليه و ما ابعد ما بينه وبين ما عن الحدائق من عدم لزوم الرجوع الى الحاكم اصلا بل بعد اربع سنين من فقدان الزوج وعدم الخبر عنه يطلقهن اولياتهن وهو مقتضى سهولة الشريعة وموافقة لقوله لاضرر ولاضرار ونحو ذلك .

ولقوله عز من قائل يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر و قوله ايضاً ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم مع انه قول بلا دليل بل الادلة على خلافه ولومع قطع النظر عن العسر والحرج .

الاترى في صحيح الحلبي اذا مضى له اربع سنين بعث الوالى فان ظاهره مضى هذه المدة بدون المراجعة اليه فيظهر منه ان القاعدة حينئذ مضى اربع سنين مطلقا وكيف يلتزم ذلك الحكيم مع سهولة الشريعة مع امكان كونه مستلزما للزنا كثير الاحتياج الزوجة الى الزوج .

وعلى ذلك لا يضره ظاهره بعضها كون الاربعة المراجعة لوجود قرينة قطعية لرفع اليد عن امثال هذه الظهورات المخالفة مع القواعد العامة الجارية في جميع الموارد كما عرفت .

قال في الحدائق ما لفظه وقد انقضت كلمة الاصحاب كما هو ظاهر الاخبار الاتية ايضاً على انه يجب الصبر عليها ما أنفق عليها في مال المفقود او الولى او غيرهما واما مع عدم من ينفق فانه يجب الصبر عليها اربع سنين ليطلب فيها وان النفقة في ضمن الاربعة اما من مال المفقود وان كان له مال والا فمن بيت المال وبعد الاربعة مع حصول الفحص فيها او بعدها يجرى عليها الحكم المذكور والواجب اولاً نقل ما وصل اليها من اخبار المسئلة الى ان ساق الاخبار بتمامها .

ونقل بعض الاقوال الراجع بالمقام وتكلم بعض التكلم ثم قال ظاهر كلام الاصحاب الاتفاق على انه لا يقع الطلاق او الامر بالاعتداد الا بعد الفحص عنه بان ترفع امرها الى الحاكم فيؤجلها اربع سنين من حين رفع امرها اليه ويفحص عنه في تلك الاربعة سنين .

فان لم يعرف خبره امر الولى بالطلاق او امرها بالاعتداد قال في القواعد ولو لم ترفع خبرها الى الحاكم فلا عدة حتى يضرب لها المدة ثم تعتد ولو صبرت مائة سنين وابتداء المدة من رفع القصة الى الحاكم وثبوت الحال عنده لامن وقت انقطاع الخبر .

وفى انطباق الاخبار على ما ذكره اشكال فان المفهوم منها بعد ضم بعضها الى بعض ان الاربع سنين المضروبة اعم من ان يكون من حين الفقد وانقطاع الخبر او دفع الامر الى الحاكم وان الفحص اعم من ان يكون فى الاربع او قبلها او بعدها من الولى او الوالى او غيرهما .

اما صحيحة الحلبي او حسنته فانها دلت على انه اذا مضى له اربع سنين بعث الوالى او يكتب وهى ظاهرة فى كون الاربع من حين الفقد وانه لم يقع الفحص فى الاربع من حين الفقد الا انه لما لم يقع الفحص فيها وجب ان يكون بعدها واما صحيحة بريد فانها ظاهرة فيما ذكره وكذا موثقة سماعة فانها قد تضمنتا رفع الامر الى الحاكم وانه يأمرها بالتربص اربع سنين ثم يطلب فيها وان مبدء الاربع هو الرفع الى الحاكم الا ان باب الاحتمال غير مغلق .

واما رواية ابى الصباح الكنانى فانها ظاهرة فيما دلت عليه صحيحة الحلبي من ان الاربع مبدءها من حين الفقد وان الرفع الى الحاكم انما وقع بعد الاربع وهى خالية من ذكر الفحص عنه فيجب تقييدها بذلك حسبما تضمنته صحيحة الحلبي بان يفحص عنه بعد الاربع او فى اثنائها .

ثم مع عدم معرفة خبره يجبر الولى على ان يطلقها ثم السلطان مع عدمه والظاهر ان الوجه فى الجمع بين هذه الاخبار هو انه لم ترفع امرها الى الحاكم الا بعد مضى الاربع من حين الفقد فانه يفحص عنه حتى يعلم امره وانه مع ظهور فقده وعدم العلم بحيوته يجرى عليه الحكم المذكور من غير مدة تقييد .

وان رفعت امرها من اول الامر قبل مضى الاربع من حين الفقد او فى اثنتها فانه يجب عليها التربص مدة الاربع او تمامها والفحص فى تلك المدة ثم اجراء الحكم المذكور .

الثالثة قال فى المسالك لو تعذر البحث من الحاكم اما لعدمه او لقصور يده تعين عليها لصبر الى ان يحكم بموته شرعاً او يظهر حاله بوجه من الوجوه

لاصالة بقاء الزوجية وعليه يحمل ما روى عن النبي الى ان قال بعد نقل مايدل على ان هذه امرئة ابتليت فلتصبر .

اقول لا يخفى ما فيه من الاشكال والداء العضال والضرر السنفي بالاية والرواية الواردتين فى امثال هذا المجال وبهما استدلوا فى غيرحكم من الاحكام وخصصوا بهما ما كان ثمة من دليل مطلق وعام ولا ريب ان كلامه ره هذا مبنى على ظاهر ما اتفقت عليه كلمتهم من توقف الطلاق او الاعتداد على رفع الامر الى الحاكم الشرعى كما سمعت من عبارة العلامة فى عد من انه لو مضت مائة سنة ولم ترفع امرها الى الحاكم فلا طلاق ولاعدة بل تبقى على حكم الزوجية وان الفحص ضمن الاربع سنين لابد ان يكون من الحاكم وفى الحكم بتعيينه من الاخبار المذكورة نظر لما عرفت آنفاً من ان بعضها وان دل على الرفع الى الحاكم الا ان البعض الاخر خال من ذلك وان الفحص المأمور به لا يتعين كونه من الحاكم بل يكفى لو كان من الولى او غيره انتهى .

ولا يخفى فيما حكاها عن الشهيد من الاشكال الموجب للعسر والحرج المنافى للايات والاخبار كما اشار اليه بقوله والداء العضال والانصاف ان ذلك فى محله ولعل الشهيد تبع العلامة فى القواعد لكن عبارته التى حكاها عنه التى مرت بك آنفاً قد دلت على توجه العلامة بهذا الاشكال المنافى للكتاب والسنة حيث قال وفى الحكم بتعيينه من الاخبار المذكور نظر الخ و قد انصف قده ذلك غاية الانصاف والعجب من صاحب الجواهر حيث نقل العبارة عن القواعد ثم ايده بما قال الكاشانى فى الجمع بين النصوص الخ لم نهض للرد عليه وهو منه بعيد منشائه شهرة الرجوع الى الحاكم مع ان اللازم على الفقيه ملاحظة جميع الروايات والقواعد العامة فان فيها احكام ضررى وحرجى الحاكمة على الموارد الخاصة فراجع الى المتفرقات والمتشكلات الواقعة فى موارد متعددة كباب الجبيرة من الغسل والوضوء ونحوهما فكيف بالمقام والمرأة الشابة الحسنة وباب المعاصى عليها مفتوحة

ويد الشيطان مبسوطه واذا لم تجد من انفق عليها لحوائجها وقعت فى الزنا فاللازم على الحكيم هو طريق خلاص لها من هذه العويصة .

كيف وهو لازم قوله ما جعل عليكم فى الدين من حرج وقوله يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر .

ثم قال قد ايضاً بالفظه ويؤيد ما فهمناه من هذه الاخبار ما صرح به المحدث الكاشانى فى الوافى حيث قال بعد نقل اخبار المسئلة المذكورة حسبما نقلناه وان اردت ان يتضح لك ما تضمنته هذه الاخبار بحيث تتلايم وتطابق فاستمع لما يتلى عليك .

فنقول وبالله التوفيق اذا فقد الرجل بحيث لم يوجد له خبر اصلا فان مضى عليه من حين فقد خبره اربع سنين ولم يوجد من انفق على امرته بعد ذلك ولم تصبره على ذلك اجبر وليه على طلاقها بعد تحقق الفحص عنه سواء وقع الفحص قبل مضى الاربع او بعده وسواء وقع من الولي او الوالى او غيرهما وعدتها عدة الوفاة الى آخر كلامه (ره) وهو كما ترى ظاهر فى ترتيب الحكم على حصول هذه الامور من الحاكم او غيره ومحصله انه مع مضى اربع سنين من حين الفقد وحصول الفحص من كل من كان قبل مضى الاربع او بعده فانه بعد مضى المدة المذكورة يجب على الولي طلاقها او الحاكم وان لم ترفع امرها الى الحاكم بالكلية .

وبالجملة فانه لا ظهور فى هذه الاخبار على توقف الطلاق على رفع الامر الى الحاكم وان مبدء الاربع التى يجب عليها التربص فيها من مبدء الرفع وان الفحص انما هو من الحاكم كما هو ظاهر كلامهم بل الذى يظهر منها انما هو وجوب التربص اربع سنين رفعت امرها اليه قبل الاربع ام لم ترفع وان مبدء الاربع من حين الفقد ولا ينافيه قوله فى صحيحه يريد اجلها اربع سنين .

وكذا موثقة سماعة لامكان حملهما على ان ذلك كان مبدء الفقد وان المراد تمام الاربع لو علم الفقد سابقاً قبل الرفع جمعاً بينهما وبين صحيحة الحلبي الظاهرة

فى ان مبدأ الاربع من حين الفقد وكذا رواية ابى الصباح وانه يجب الفحص عنه من كل من كان فى الاربع او بعدها فانه بعد تحقق الفقد يجب على الولى او الوالى مع عدم الولى طلاقها و ذكر الرفع فى صحيحة بريد و موثقة سماعة انما خرج مخرج التمثيل لا الحصر و اصل الحكم انما يدور ويبنى على مضى اربع سنين مع حصول الفحص كيف كان .

هذا ما ادى اليه الفهم القاصر من هذه الاخبار وان كان الاحتياط فيما صاروا اليه ومتى ثبت ان الحكم لا اختصاص له بالحكم كما ذكرناه فلا اشكال فى انه مع فقدة او قصور يده فانه لا ينتفى الحكم المذكور بل يجب على عدول المؤمنين القائمين مقامه فى تولى بعض الامور الحسبية القيام بذلك وتخرج الايات و الاخبار الدالة على نفى الضرر والحرر والضيق فى هذا الدين شاهداً على ذلك .

و كيف كان فان ما ذكرناه ان لم يكن ارجح فلا اقل ان يكون مساوياً لما ذكره فى الاحتمال من الاخبار .

واما المخبر ان اللذان ذكرهما فالظاهر انهما من اخبار العامة لعدم وجودهما فى اخبارنا وبهما يظهر قريب ما احتملناه فى رواية السكونى من حملها على التقية مضافاً الى نقل القول بذلك مطلقاً عنهم انتهى .

فلا اشكال عليه بعد مضى اربع سنين فيجوز طلاقها من الوالى او الوالى او بنفسها مع عدمهما او عدم التمكن منها وقد عرفت فى المجلد الرابع والثلاثين موارد جواز فسخ المرأة عقدها وفى المقام اولى منها بذلك .

ومن ذلك يظهر ما فى كلمات صاحب الجواهره حيث تكلم بعد نقل عبارة الحدائق كثيراً بما لا يسمن ولا يبنى من جوع بعد ظهور الاخبار فى كفاية الطلاق بعد مضى اربع سنين مطلقاً ثم لا فرق فى المفقود من حيث جهات السبب فيه من حيث كونه فى سفر او معركة او محل زلزلة او سيل او قطاع طريق و نحو ذلك حتى فيما فقد فى وطنه وبلده دفعة لعدم الفرق بين انحاء الفقدان .

و كيف كان ﴿فلوجاء زوجها﴾ أى ظهرت حياته ﴿وقد خرجت من العدة ونكحت﴾ زوجاً آخر ﴿فلاسييل له عليها﴾ اجماعاً بقسميه ، لما عرفت و لظاهر النصوص المزبورة ، بل وان اعتدت بامر الحاكم من دون طلاق على القول به .

﴿وان جاء فى﴾ أثناء ﴿العدة فهو أملك بها﴾ .

و فى الجواهر للنصوص المزبورة الدالة على أنها بحكم العدة الرجعية وان كانت بقدر عدة الوفاة حتى على القول بالاعتداد بأمر الحاكم من دون طلاق ، انتهى .

ويمكن ان يقال انه لو لم يكن الطلاق لازماً ومضى مقدار اربع سنين ومقدار العدة كفى فى خروجها عن العدة حيث لا يلزم فى مقدار زمان الخروج كونه بقصد العدة فلو مضى مقدار العدة يكفى فى الخروج عنها لعدم القصد فى مضيه كما تقدم وسيأتى .

فالظاهر من الروايات كفاية المضى بمقدار اربع سنين فهذا المقدار وقت الذى لو امكن الوصول الى الحاكم فحكم باعتدادها عدة الوفاة وان لم يمكن لعدمه او عدم التممكن اليه فحيث كان المضى بمقدار مذكور بحكم وفاته فبعد اربع دخلت فى العدة فى الواقع والنفس الامر فسواء كان الاعتداد بامر الحاكم اولاً فاذا مضى منذ فقد الزوج اربع سنين واربعة اشهر وعشرا كانت خارجة عن العدة بناء على عدم لزوم الطلاق كما هو ظاهر المصنف والشيخين وجماعة كما فى المسالك لرواية سماعه .

و الظاهر عدم لزوم الطلاق فان الطلاق انما يصح قبل الفوت فمضى اربع سنين بمنزلة الفوت فلا يحتاج الى الطلاق حينئذ فيبقى فى البين هو القصد فى مضى العدة .

و بالجملة قد عرفت عدم كون اربع سنين بعد الزوج محتاجاً الى الحاكم

بل الضابط تمضيه فبعده يخير ولى الزوجة بطلاقها وان لم يكن لها ولى طلقها السلطان
اي الامام المعصوم كما هو صريح رواية ابي الصباح .

فهذه الرواية صريحة في ان المعيار بمضى اربع سنين والرجوع الى الحاكم
لازم فيما دل عليه دليل لافيما يظهر من الدليل عدم مدخليته لبداية انه ليس جميع
الامورات بيد الحاكم فالقوى ح عدم لزوم الطلاق وعدم لزوم القصد في مضي العدة
اما الاول فيظهر من اخبار الباب .

واما الثاني فمن اخبار عدم لزوم القصد في مضي العدة كما سيأتي .
واحتمله ايضاً في المسالك قال السادس اذا لم نقل بالطلاق يتوقف اعتدادها
على امر الحاكم لها بها فلا يعتد بما مضى قبل حكمه عملاً باصالة بقاء الزوجية
الى ان يثبت المزيل ولا ثبوت قبل امره كما لا يعتد بما مضى من المدة قبل رفع
امرها اليه كمدة العنة ويحتمل الاكتفاء بمضيها لظاهر خبر سماعة انها تعتد بعد ان تطلبه
اربع سنين اه ولا شعار الحال بالقوات ولا دلالة عليها انتهى .

فمبدء الفحص حين فقد باى نحو كان فليس الفقيه كنفس النبي و الامام
بحيث كان كل الامور بيده واجازته بل بمقدار يقتضى الدليل ذلك .

وبالجملة الظاهر كون مضي اربع سنين مطلقاً مناط جواز التفريق كما هو
ايضاً ظاهر الخلاف سواء قلنا بعدم لزوم الطلاق بعد ذلك كما هو ايضاً ظاهر الخلاف
او قلنا بلزومه وكيف كان فبعد المدة المذكورة كان الامر بيد الزوجة اما بالولى
او الحاكم او بنفسها واذا مضى اكثر من اربع سنين وبقدر العدة مضت العدة ايضاً
وهو مقتضى آيات عدم الضرر والعسر والخرج وكذا المفقود ايضاً باى نحو فقد
كما في المسالك ولا يتم ماورد عليه في الحدائق فان المستفاد من الاخبار انه لكل
من فقد في البحر او الحرب او الغرق او السيل او القتل وبأى ارض علم فقده .

نعم اذا ذهب في مكان معد للقتل ونحوه بحيث اذا لم يعلم خبره مدة معتداً
بها مع الظن القوي بالموت من اخبار المخبرين الغير عادلين بحيث يقطع بالقطع

العادي بل لا يدمر - عدم الاحتياج الى الصبر في هذه المدة كما لا يحتاج اليه اذا علم ذلك بالظن القوي الخاص كالعدلين الذين قولهما حجة حيث انه البينة الشرعية ونظيره اشياء الموجب للعلم فيصح حينئذ بعد عدة الوفاة التزويج لها .

قال في الحدائق الرابعة قال في المسالك ايضاً لافرق في المفقود بين من اتفق فقده في جوف البلد وفي السفر وفي القتال وما اذا انكسرت سفينة ولم يعلم حاله لشمول النص لذلك كله وحصول المعنى ولا يكفي دلالة القرائن على موته بدون البحث الا ان ينضم اليها اخبار من يتاخم قوله العلم بوفاة فيحكم بها حينئذ من غير ان يتربص به المدة المذكورة ولا فرق حينئذ بين ان يحكم الحاكم بموته وعدمه بل اذا ثبت ذلك عندها جاز لها التزويج ولم يخبر لغيرها ان يتزوجها الا ان يثبت عنده ذلك ايضاً ولو حكم الحاكم بها كفى في حق الزوج بغير اشكال . اقول في فهم ما ذكره من لطلاق في الفقد وشموله لهذه الافراد المعدودة من النصوص نظر فان ظاهر الاخبار المتقدمة تخصيص الحكم بالسفر الى قطر من الاقطار او مطلقاً من غير معلومية ارض مخصوصة وانه يكتب او يرسل في الفحص عنه الى ذلك القطر او في الجوانب الاربعة او بعضها مما يعلم او يظن السفر اليه . واما الفقد في البلد او في معركة القتال او السفينة التي انكسرت في البحر فلا يكاد يشم له رايحة من هذه الاخبار بل ربما كانت ظاهرة في خلافه اذ لا يتحقق الفحص في شيء من هذه المواضع المعدودة وايضاً فانه بالنسبة الى هذه الافراد المعدودة فلتدل القرائن الموجبة للعلم العادي على الموت بخلاف مجرد السفر الى بلد وفقد خبره والفرق بين الامرين ظاهر غاية الظهور لمن اعطى التأمل حقه في هذه السطور .

ومن هنا كان بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين يحكم بخروج هذه الافراد عن حكم المفقود المذكور في هذه الاخبار قاله ونعم ما قال ان من حصل العلم العادي بعدم حيوته فانه يجوز نكاح زوجته وان لم ترفع امرها الى الحاكم .

ومثله يأتي ايضاً في قسمة الميراث لان المفقود في مثل البحر مع كثرة المترددين من السواحل المحيطة بموضع الغرق يحصل العلم من جارى العادة بهلاكهم كما هو واضح وهو اقوى من العلم بالشاهدين وكذا المفقود في المفاوز في شدة الحر والبرد مع احاطة الودان بالاطراف ولم يخبر عنه منها مع كثرة المترددين وكذا المفقود في المعارك العظام لا يحتاج فيه الى التاجيل اربع سنوات ليفحص فيها عن حاله في الاطراف لان ذلك انما هو في المفقود لا كذلك .

واما هنا فيكفى في مثله حصول المترددين في الاطراف التي يظن بجارى العادة انه لو كان حياً لكان فيها واتى بخبره المترددون وحيث لم يأت له خبر علم هلا كه انتهى .

والى هذا ايضاً كان الاخنف المولى محمد جعفر الاصفهاني المشهور بالكرباسي صاحب الحواشى على الكفاية وهو من فضلائنا المعاصرين قد زوج جملة من النساء اللاتي فقدت ازواجهن في معركة قتال الافغان مع عسكر شاه سلطان حسين في مفازة قرب كرمان .

وبالجملة فان مورد الاخبار المتقدمة السفر وان الفقد حصل فيه فيرسل الى الفحص عنه في تلك الجهة او الجهات وما ذكره ليس كذلك والاشترك في مجرد الفقد لا يوجب اللاحق فانه قياس محض وايضاً فان الفحص المأمور به في الاخبار لا يتحقق في هذه الافراد فاذا كان الفقد في مفازة كطريق الحج مثلاً اذا قطع على قفل الحاج جملة من المتغلبين وقتلوهم واخذوا اموالهم فالى من يرسل وممن يفحص وهكذا في معركة القتال .

وبذلك يظهر لك ما في دعواه شمول النص لهذه الافراد فانه كيف تكون شاملة لها وموردها الفقد في السفر الى البلدان المعهودة بالناس لتمكن الفحص منهم والسؤال وتحقيق الاحوال نعم الجميع مشتركون في المعنى وهو الفقد وعدم العلم بالحياة والموت ولكن مجرد ذلك لا يكفي في ترتب الاحكام المذكورة . انتهى .

وكيف كان فاذا مضى من فقدان اربعة سنين وبمقدار اربعة اشهر وعشراً حلت للازواج بل ظنى انه اذا وجد بعد المدة وقبل التزويج بالثانى لا يكون له ذلك الا باختيار الزوجة فانه حينئذ بمنزلة من طلق زوجته ومضى ايام عدتها فان الزوجة املك بنفسها من غيرها فكذلك فى المقام فلا يحتاج الى كون العدة بالقصد بناء على بعض الروايات .

مثل [صحيح الحلبي] عن ابي عبد الله عليه السلام «قلت له : امرأة بلغها نعى زوجها بعد سنة او نحو ذلك فقال: ان كانت حبلى فأجلها أن تضع حملها ، وان كانت ليست بحبلى فقد مضت عدتها اذا قامت لها البينة أنه مات فى يوم كذا وكذا ، وان لم يكن لها بينة فلتعتد من يوم سمعت» .

[وخبر الحسن بن زياد] «سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المطلقة يطلقها زوجها ولا تعلم الا بعد سنة ، و المتوفى عنها زوجها ولا تعلم بموته الا بعد سنة ، قال: ان جاء شاهدا عدل فلا تعتدان ، والا يعتدان» .

[وخبر وهب بن وهب] عن جعفر عن ابيه عليهما السلام « ان علياً عليه السلام سئل عن المتوفى عنها زوجها اذا بلغها ذلك وقد انقضت عدتها فالحداد يجب عليها ؟ فقال على عليه السلام : اذا لم يبلغها حتى تنقضى عدتها فقد ذهب ذلك كله ، وقد انقضت عدتها » .

فما عن ابن الجنيدي - من القول بمضمونها فى غاية القوة ومال اليه فى المسالك جامعاً بينها وبين الاولى بالحمل على النذب وتامام الكلام فى محله .

وعلى هذا كانت الزوجة املك بنفسها لوجاء الزوج بعد تمام العدة لافى اثنائها قال المصنف .

﴿ وان خرجت من العدة ولم تتزوج ﴾ فعن الشيخ ﴿ فيه روايتان أشهرهما ﴾
رواية وعملاً ﴿ أنه لا سبيل له عليها ﴾ .

وفى الجواهر بل لم نقف على رواية الرجوع فيما وصل اليها كما اعترف

به غير واحد ممن سبقنا ، بل في المسالك «لم نقف عليها بعد التتبع التام ، وكذا قال جماعة ممن سبقنا نعم صريح النصوص السابقة أنه لا سبيل له عليها ، حتى موثق سماعة الذي لم يذكر فيه الطلاق ثم قال :

ومنه يعلم ما في تفصيل الفاضل في المختلف بأن العدة ان كانت بعد طلاق الولي فلا سبيل للزوج عليها ، وان كانت بأمر الحاكم من غير طلاق كان أملك بها وذلك لان الاول طلاق شرعى قد انقضت عدته ، بخلافه الثانى ، فان أمرها بالاعتداد كان مبنياً على الظن بوفاته ، وقد ظهر بطلانه ، فلا اثر لتلك العدة ، والزوجة باقية ، لبطلان الحكم بالوفاة ، انتهى قد عرفت ان ظاهر المصنف عدم الاحتياج الى الطلاق فيكون الموجب للخروج حينئذ مضى اربع سنين ومقدار العدة فلو مضى هذا المقدار كانت الزوجة املك لنفسها كان ذلك بطلاق الولي او الحاكم او فسخها الطلاق بنفسها وقد عرفت مواقع اختيارها فسخ العقد مثل العيوب ومثل عدم الانفاق عليها ومثل الخارج عن شئونها .

وكيف كان فقد وقع الخلاف فى جميع ذلك وفى الطلاق وعدمه وكون العدة عدة وفات او طلاق وطلاق الحاكم لازم اولاً .

وفى الحدائق ايضا ما لفظه اختلف الاصحاب لاختلاف هذه الاخبار فى انه بعد الطلب اربع سنين ولم يعرف له خبر فهل يكفى امر الحاكم لها بالاعتداد عدة الوفاة ام لا بد من الطلاق اولاً من الولي او الحاكم مع عدمه وعلى تقدير الثانى فهل العدة عدة الطلاق او عدة الوفاة اقوال فذهب الشيخان الى الاول .

وبه قال ابن البراج وابن ادريس وهو الذى صرح به العلامة فى القواعد (د) والمحقق فى كتابيه وعلى هذا القول يدل موثقة سماعة .

وقيل بالثانى وان العدة عدة الوفاة وهو مذهب الصدوق فى المقنع وابن حمزة قال فى المقنع اذا امتنع الولي ان يطلق اجبره الوالى على ان يطلقها فيصير طلاق الولي طلاق الزوج فان لم يكن له ولي طلقها السلطان واعتدت اربعة اشهر وعشرة

ايام ونحوه كلام ابن حمزة واختاره العلامة في المختلف .

وبدل على طلاق الولي اكثر الاخبار المذكورة وعلى طلاق الوالي رواية
ابى الصباح والمرسلة المنقولة عن الفقيه .

وعلى كون العدة في هذه الصورة عدة الوفاة المرسلة المذكورة .

وقيل بان العدة في هذه الصورة انما هي عدة الطلاق وهو ظاهر اكثر الاخبار
المذكورة واليه يميل كلام السيد السند في شرح النافع وقبله جده ره في المسالك
ويظهر من هذه الاخبار ان العدة عدة الطلاق الا ان قائلين بالطلاق صرحوا
بان العدة عدة الوفاة ولا يخلو من اشكال ورواية سماع الدالة عليها موقوفة ضعيفة
السند انتهى .

وقال ابن الجنيد وان لم يأت خبره بعد اربع سنين و كان له ولي احضره
السلطان وامره بالنفقة عليها من مال المفقود او من مال وليه فان انفق والا امر السلطان
بان يطلق فان طلقها وقع طلاقه موقع طلاق زوجها وان لم يطلق امرها والى المسلمين
ان تعتد فاذا خرجت من العدة حلت للزواج .

وظاهر هذه العبارة انه مع تعذر الطلاق من الولي فان الوالي يامرها بالاعتداد
من غير طلاق وان العدة حينئذ عدة الوفاة .

واما في صورة طلاق الولي فانها مجملة بالنسبة الى العدة وحينئذ يكون
هذا قولاً رابعاً في المسئلة الى ان قال ان المستفاد من هذه الاخبار بعد ضم مطلقها
الى مقيدها ومجملها الى مبينها انه يطلقها الولي ومع عدمه فالحاكم وتعتد عدة الوفاة .
وتوضيحه ان غاية ما تدل عليه موثقة سماعه انه بعد تحقق انقطاع خبره يأتى

الامام فيامرها بالاعتداد عدة الوفاة وهى بالنسبة الى الطلاق وعدمه مطلقة فيمكن
تقييدها بالاخبار الدالة على الطلاق بمعنى انها تعتد بعد الطلاق عدة الوفاة واخبار
الطلاق بالنسبة الى العدة وانها عدة وفاة او طلاق مجملة مطلقة فيجب حملها على
مادلت عليه موثقة سماعه من عدة الوفاة وسند ما ذكرنا مرسلة الصدوق حيث تضمنت

عدة الوفاة بعد الطلاق من الولي او الوالى ولا ينافى ذلك جواز المراجعة فى العدة لو قدم وهى فى العدة لان هذه العدة عدة طلاق من جهة وعدة وفاة من جهة .

واما رواية السكونى فضعفها ومعارضتها بما ذكرناه من اخبار المسئلة يمنع القول بها مؤيداً ذلك بعمل الطائفة على خلاف ما دلت عليه فهى مردودة الى قائلها ولا يحضرنى الان مذهب العامة وحملها على التقية غير بعيد انتهى .

وانت اذا تأملت جميع ما ذكرنا وما ذكره قده وما ذكره القوم تجد ما هو الحق فى البين مضافا الى سهولة الشريعة المقدسة والله العالم .

﴿ فروع الاول لونها كحت بعد العدة ثم بان موت الزوج كان العقد الثانى صحيحاً ﴾ وفى الجواهر بلا خلاف ولا اشكال ، بل قد عرفت الاجماع عليه لوجاء حياً فضلاً عن مجيبه خبر موته . ﴿ ولا عدة ﴾ عليها من موته كما هو ظاهر النصوص السابقة أو صريحها ﴿ سواء كان موته قبل العدة أو معها أو بعدها ﴾ وذلك ﴿ لان عقد الاول سقط اعتباره فى نظر الشرع ﴾ بالطلاق أو بالامر بالاعتداد ﴿ فلاحكم له ﴾ -هـ ﴿ موته كما لاحكم له ﴾ -هـ فى حال ﴿ حياته ﴾ المصرح به فى النصوص بل لأجد فيه خلافاً معتداً به بيننا .

﴿ الثانى لانفقة على الغائب فى زمان العدة ولو حضر قبل انقضائها نظراً الى ﴾ انها عدة نشأت من ﴿ حكم الحاكم بالفرقة ﴾ فهى اما عدة وفاة وان جازله الرجوع فى أثنائها أو عدة طلاق ، ولكن لادليل على النفقة فيه ، وان جازله الرجوع ، بدعوى ظهور الادلة فى أن نفقة المطلقة الرجعية فيما لو طلقها هو ، لا الطلاق فى مثل الفرض الناشى من حكم الحاكم الذى هو باق على مقتضى أصالة البراءة بعد خروج المرأة عن الزوجية انتهى .

والمسألة غير خالية عن الاشكال ﴿ و ﴾ لذا قال ﴿ فيه تردد ﴾ وذلك لما عرفت من عدم لزوم حكم الحاكم بنحو الاطلاق فيصح فى موارد التى لم يكن حكم الحاكم فى البين فلازم ذلك عدم اناطة المسألة بحكم الحاكم بل اللازم هو التأمل فيما يقتضى

القاعدة وحينئذ ان كان جواز التزويج لها كاشفا عن موته فلا نفقة في زمان العدة بل وكذا لو لم يكن كاشفا عنه بل كاشفا عن كونها مطلقة بحكم الشرع بطلاق البائن .
وكيف كان فالاصل عدم وجوب النفقة ح لامن حيث انه غائب فان الغيبة لاتدل على عدم النفقة بل من حيث امكان كون المدة المذكورة بمنزلة الموت او الطلاق البائن .

وكيف كان فالمسألة المهمة هو كون البحث في وجوب النفقة في المدة المذكورة التي كان غائبا لو كانت الغيبة بسوء اختياره وعمده كانت مع تمكن الزوجة ايضا فان النفقة لاتسقط بحال فلو كان غيبته عمدا او للفرار عن اخذه وحسبه ونحوه كان عليه نفقة الايام الماضية لو اتى بها ولم ار من صرح لذلك مع انه اهم ما في الباب لبداية وجوب النفقة بمجرد العقد مع تمكين الزوجة وعدم الشذوذ .

فلوظفرت بالزوج مع حياته وعدم مجيئه في المدة المذكورة حتى تزوجت بالثاني كان عليه نفقة جميع مدة حياته وان ظفروا على موته وكان ذا مال وجب الاخراج من امواله كسائر ديونه ولم يصرح به الاصحاب في المقام .

نعم صرح في المسالك في باب وجوب النفقات عند عبارة المصنف لو كان غائبا ما لفظه اذا غاب الزوج فان كانت غيبته بعد ان مكنته الزوجة وجبت النفقة عليه وجرت عليه مدة غيبته وان كانت غيبته قبل التمكين فان اكتفينا بالعقد بشرط عدم المانع فالحكم كذلك وان اعتبرنا التمكين في الوجوب شرطا او سببا فلا نفقة لها .

فان حضرت عند الحاكم وبذلت له التسليم والطاعة كتب الى حاكم البلد الذي فيه الزوج ليعلمه بالحوال ويستدعيه انشاء فان سار اليها وتسلمها او بعث وكيلا فتسلمها وجبت النفقة ح وان لم يفعل فاذا مضى زمن امكان الوصول اليها عادة فرض لها النفقة في ماله وجعل كالمتمسلم لها لان الامتناع منه ولو اقتصر على الارسال اليه بغير توسط الحاكم الذي هو في بلده جاز ايضا لكن يشترط ثبوت ذلك عنده باخبار عدلين

ولو لم يعرف موضعه كتب الحاكم الى حكام البلاد التي يتوجه اليها القوافل من تلك البلدة عادة ليطلب وينادي باسمه فان لم يظهر فرض الحاكم نفقتها في ماله الحاضر واخذ منها كفيلا بما يصرفه اليها لانه لا يؤمن ان يظهر وفاته او طلاقه .

ولو لم يرسل الحاكم اليه ولكن بلغه تمكينها بقول من يثبت به ومضى زمن يمكنه الوصول فلم يصل فالاقوى جواز فرض الحاكم لها النفقة اذا ثبت عنده وصول الخبر اليه على ذلك الوجه ولو لم يظهر له خبراً ولم يتمكن الحاكم من الارسال والبحث عنه وقفت النفقة على القول بتوقفها على التمكين انتهى .

وقد كثروا فروعات لحال العدة ومجيئه وعدمه في تلك الحالة وفي وجوب نفقة حال العدة وعدمه ولم يذكروا ما ذكرناه في المقام وهو اولى بذكره مما ذكره
 * الثالث لو طلقها الزوج أو ظاهر واتفق * كون ذلك * في زمن العدة * التي هي من طلاق الحاكم أو أمره * صح * بلا خلاف ولا اشكال ، بناء على صحة ذلك في العدة الرجعية .

* ولو اتفق * كون ذلك * بعد العدة لم يقع * ولو قبل التزويج * لانقطاع العصمة * بينهما بانقضائها على كل حال مع فرض عدم معرفة خبر وتمام الكلام في محله .

* الرابع لو أتت بولد بعد مضي ستة أشهر من دخول الثاني لحق به * لان الولد للفراش * ولو ادعاه الاول وذكر أنه وطأها سراً لم يلتفت الى دعواه * لزوال فراشه بل لا يتصور ذلك لان امكانه مستلزم لخروجه عن فرض الغيبة مع ان الكلام فيها على ان ادعائه في حال كونها زوجة للغير فيكون زناً وبدون تزويج الثاني يخرج ايضاً عن فرض المسألة وكون الوطاء بنحو الشبهة منه كيف يتصور في حق الزوجة وكونها عمياء او في حالة النوم مع كونها في بيت الثاني كيف يتحقق فرض ذلك .
 * و * ابعد من الجميع ما * قال الشيخ ره : يقرع بينهما وهو * كما ترى * بعيد * في الغاية فانه مضافا الى ان الفراش للثاني انه فرع امكانه .

﴿والخامس لا يرثها الزوج لوماتت بعد العدة وكذا لا يرثه﴾ بلا اشكال ،
بناء على ما عرفت من انقطاع العصمة والعلقة بينهما بانقضائها وان لم تتزوج لما
عرفت من ان انقضاء المدة المذكورة ومدة العدة يجعلهما اجنبيين .
لكن عن المسالك على القول بأنه لو حضر حينئذ كان أحق بها يحتمل ثبوت
التوارث ، لظهور كونه موجوداً الى تلك الحال المقتضى ببقاء الزوجية في نفس
الامر ، انتهى .

وفيه ان كونه احق بزوجه من غيره غير ملازم لثبوت الارث وبالجملة بعد
انقضاء المدة انقطع جميع ما كان بين الزوجين .

قال في الجواهر السادس لو غلط الحاكم بالحساب فأمرها بالاعتداد فاعتدت
وتزوجت قبل مضي مدة التربص بطل النكاح الثاني لوقوعه على غير الوجه الشرعي
بل هو نكاح لذات بعل شرعاً ، بل الاقرب تحريمها عليه أبدأ مع الدخول ، لكونه
تزوجاً لذات بعل ، وهو محرم أبدأ نصاً واجماعاً كما عرفته في محله انتهى .

﴿الفصل السادس في عدد الاماء والاستبراء﴾ لهن وكيف كان ف﴿عدة الاماء
في الطلاق مع الدخول﴾ والبلوغ وعدم اليأس ﴿قرآن وهما طهران وقيل حيضتان
والاول اشهر﴾ كما عرفت في الحرة ﴿وأقل زمان تنقضي به عدتها ثلاثة عشر يوماً
ولحظتان﴾ لحظة بعد وقوع الطلاق ولحظة اخرى من الحيض نحو ما سمعته في الحرة
﴿ و ﴾ منه يعلم وجه ﴿البحث، في اللحظة الاخيرة﴾ في أنها من العدة
أو بها يحصل العلم بانقضائها ، ضرورة كون الكلام ﴿ كما في الحرة ﴾ .

﴿ و ﴾ أما ﴿ ان كانت لا تحيض وهي في سن من تحيض اعتدت بشهر
ونصف ، سواء كانت تحت حر أو عبد ﴾ كما في خبر محمد بن الفضيل عن
أبي الحسن الماضي عليه السلام وفي مضمرة سماعة «عدة الامة التي لا تحيض خمسة وأربعون
يوماً» وفي الفقيه عنه أيضاً عن ابي عبد الله عليه السلام عدة الامة التي لا تحيض خمس
وأربعون ليلة .

﴿ و لو اعتقت ﴾ الامة ﴿ ثم طلقت فعدتها عدة الحرة ﴾ بلا خلاف ولا اشكال ، ضرورة كونها حرة مطلقة فتندرج في أدلتها ، بل ﴿ وكذا لو طلقت طلاقاً رجعياً ثم اعتقت في العدة أكملت عدة الحرة ، ولو كانت بائناً أثبت عدة الامة ﴾ بلا خلاف فيهما ، كما في الجواهر ﴿ وعدة الذمية كالحررة في الطلاق ﴾ وما يلحق به ﴿ والوفاة ﴾ .

وفي الجواهر بلا خلاف محقق أجده وأن نسبه الفاضل الى بعض الاصحاب ولكن قد اعترف غير واحد بعدم معرفته ، بل عن بعضهم الاجماع عليه ، لاطلاق الأدلة وخصوص صحيح السراج عن الصادق عليه السلام في الاخيرة « قلت له : النصرانية مات عنها زوجها وهو نصراني ما عدتها ؟ قال : عدة الحرة المسلمة أربعة اشهر وعشراً » .

بل وصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام فيها أيضاً ، لكنه مخالف في الطلاق قال . « سألته عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها هل عليها عدة منه مثل عدة المسلمة ؟ فقال . لا لان أهل الكتاب ممالك الامام ، ألا ترى أنهم يؤدون الجزية كما يؤدي العبد الضريبة الى موليه ؟ قال : ومن أسلم منهم فهو حر يطرح عنه الجزية ، قلت : فما عدتها ان أراد المسلم أن يتزوجها ؟ قال عدتها عدة الامة حيضتان أو خمسة وأربعون يوماً قبل أن تسلم .

قال قلت له : فان أسلمت بعد ما طلقها ، فقال : اذا أسلمت بعد ما طلقها فان عدتها عدة المسلمة ، قلت : فان مات عنها وهي نصرانية وهو نصراني فأراد رجل من المسلمين أن يتزوجها ، قال : لا يتزوجها المسلم حتى تعتد من النصراني أربعة أشهر وعشراً ، عدة المسلمة المتوفى عنها زوجها ، قلت : كيف جعلت عدتها اذا طلقها عدة الامة ، وجعلت عدتها اذا مات عنها عدة الحرة المسلمة وأت تذكر أنهم ممالك الامام ؟ فقال : ليس عدتها في الطلاق مثل عدتها اذا توفى عنها زوجها » . وعن الكافي زيادة « ان الحررة والامة كليتهما اذا مات عنهما زوجها سواء

فى العدة ، الا أن الحرة تحد والامة لاتحد » واليهما أشار المنصف بقوله : ﴿ وفى رواية تعدد عدة الامة و ﴿ لكن ﴾ هى شاذة ﴾ .

وفى الجواهر لم نتحقق بها عاملاً ، بل ظاهر الجميع أو صريحهم خلافها فلا تصلح مقيدة لاطلاق الادلة من الكتاب والسنة المؤيد بالاحتياط والاستصحاب فما فى الحدائق - تبعاً لما حكاه عن سيد المدارك من الاشكال فى ذلك فى غير محله ، بل هو ناش عن اختلال الطريقة انتهى .

﴿ وعدة الامة من الوفاة ﴾ لزوجها ﴿ شهران وخمسة أيام ولو كانت حاملاً اعتدت بأبعد الاجلين ﴾ من الوضع أو المدة بلا خلاف أجده فى الاخير ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل دليله واضح .

وفى الجواهر قال انما الكلام فى المدة هل هى المذكورة أو اربعة أشهر وعشراً ؟ خيرة المصنف فى غير ذوات الولد الاول ، بل هو المشهور بين الاصحاب بل فى الرياض لعل عليه عامتهم الا من ندر من متأخريهم ، لقاعدة التنصيف انتهى يعنى انه اذا كان عدة الاماء نصف عدة الاحرار فالقاعدة مقتضية لكون ذلك فى جميع الموارد سواء كان عدة الطلاق او الوفاة فقاعدة لتنصيف جارية فى الجميع وهذا مضافاً الى روايات كثيرة .

مثل [قول لصادق عليه السلام فى خبر أبى بصير] « عدة الامة التى يتوفى عنها زوجها شهران وخمسة أيام » الحديث .

[و الباقر عليه السلام فى الصحيح] عن محمد بن قيس « وان مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحرة شهران وخمسة أيام » [ومضمرة سماعة] فى الموثق « سألته عن الامة يتوفى عنها زوجها ، فقال عدتها شهران وخمسة أيام ،

[وصحيح الحلبي] عن الصادق عليه السلام « عدة الامة اذا توفى عنها زوجها شهران وخمسة أيام » [وخبر محمد بن مسلم] عنه عليه السلام أيضاً « فى الامة اذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام » الى غير ذلك .

نعم قد ينافيها بعض الروايات الظاهرة فى عدم الفرق بين الاماء والحرائر مثل [صحيحة] زرارة عنه عليه السلام أيضاً « يا زرارة كل النكاح اذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت أو أمة أو على أى وجه كان النكاح من متعة أو تزويج أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر وعشراً » .

[وموثق سليمان بن خالد] عن أبى عبد الله عليه السلام « عدة المملوكة المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشرا .

وفى الجواهر بعدها القاصر عن معارضة ما عرفت من وجوه انتهى .

اما الموثقة فواضح واما الصحيحة فلعدم مقاومتها مع اكثر منها عدداً وصحة **﴿ و ﴾** كيف كان فالظاهر عدم الاشكال فى عموم تنصيف العدة بالنسبة الى الاماء نعم **﴿ لو كانت ام ولد لمولاهما كانت عدتها أربعة أشهر وعشراً ﴾** بل فى المسالك نسبتها الى الشيخ وأتباعه وعلى هذا يمكن حمل ما دل على عدم التنصيف على امهات الاولاد ممنه جمماً فانه اولى من الطرح مهما امكن مع كونه حينئذ اولى بالواقع والقواعد فان امهات الاولاد متشبهة بالحرية من حيث اولادها فيكون كالحرة حينئذ .

ويدل عليه [صحيح سليمان بن خالد] « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الامة اذا طلقت ما عدتها؟ فقال : حيضتان أو شهران حتى تحيض ، قلت : فان توفى عنها زوجها ، فقال : ان علياً عليه السلام قال فى امهات الاولاد : لا يتزوجن حتى يعتدن بأربعة أشهر وعشراً وهن اماء » .

نعم [خبر ابن وهب] عن أبى عبد الله عليه السلام « سألت عن رجل كانت له ام ولد فزوجها من رجل فأولدها غلاماً ، ثم ان الرجل مات فرجعت الى سيدها ، أله أن يطأها قبل أن يتزوج بها ؟ قال : لا يطأها حتى تعتد من الزوج الميت أربعة أشهر وعشراً ثم يطأها بالملك بغير نكاح » لا يخلو من اشكال .

فان المراد هو ام ولد لمولاهما لا لغيره فان صيرورتها ذا ولد للزوج الذى

ليس بمولاه لا يوجب كون عدتها اربعة اشهر وعشراً مع كونها امة وانما يوجب ذلك لموت مولاه فتأمل فيه ﴿و﴾ منه يعلم عدم تمامية قول المصنف ﴿لوطلقها الزوج رجعية ثم مات وهي في العدة استأنفت عدة الحرة﴾ .

وبالجملة قوله لو كانت ام ولد لمولاه لا يعم لمثل الفرض فان الزوج لا يكون مولاه وان كانت ذا ولد منه لكنه بالنسبة اليه لا تتشبه بالحرية فالمعيار حينئذ مولاه لا الزوج وبالنسبة اليه كانت قاعدة تصنيف العدة بحالها .

والحاصل ان اريد بامهات الاولاد اعتم من اولاد المولى لا يتم لانه لا يخرجها عن كونها امة ولازمه كون عدة الوفاة شهرين وخمسة ايام وان اريد منه خصوص اولاد المولى ففي المقام لا يتحقق امهات الاولاد بالنسبة الى الزوج وكيف كان ولعله اراد الاعم من قوله .

﴿و﴾ انها ﴿لولم تكن ام ولد استأنفت للوفاة عدة الامة﴾ شهرين وخمسة ايام ، بناء على ما عرفته من الاصح من كون عدتها ذلك وان كانت ام ولد للزوج وان السناط كونها ام ولد لمولاه ﴿ولو كان الطلاق بائناً بقيت على عدتها منه﴾ لا الوفاة اى شهر ونصف .

﴿ولو مات زوج الامة﴾ غير ذات الولد ﴿ثم اعتقت أتمت عدة الحرة ، تغليبا لجانب الحرية﴾ [ولصحيح جميل وهشام بن سالم] عن أبي عبدالله عليه السلام «في امة طلقت ثم اعتقت قبل أن تنقضى عدتها ، قال تعتد بثلاث حبص ، فان مات عنها زوجها ثم اعتقت قبل أن تنقضى عدتها فان عدتها اربعة أشهر وعشراً» .

﴿ولو كان المولى يطأها ثم دبّر لها اعتدت بعد وفاته﴾ مع بقائها على حكم وطئه ﴿بأربعة أشهر وعشر ولو أعتقها﴾ منجزاً ﴿في حياته اعتدت﴾ من وطئه المزبور ﴿بثلاثة أفرأ﴾ ان كانت من ذواته ، والا فبالاشهر الثلاثة كالحرة المطلقة وفي الجواهر بلا خلاف و [لصحيح داود] عن أبي عبدالله عليه السلام «في المدبرة ذامات مولاه ان عدتها اربعة أشهر وعشراً من يوم موت سيدها اذا كان

سيدها يطأها ، قيل له : فالرجل يعتق مملوكته قبل موته بساعة أو يوم ، فقال : تعتد بثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء من يوم أعتقها سيدها .

﴿ وكل من يجب استبرأؤها إذا ملكت بالبيع يجب استبرأؤها لو ملكت بغيره من استغنام أو صلح أو ميراث أو غير ذلك ، ومن يسقط استبرأؤها هناك ﴾ أى فى البيع ﴿ يسقط فى الأقسام الأخر ﴾ لاتحاد المدرك فى الجميع ، فلا حاجة الى اعادته ﴿ ولو كان للانسان زوجة فابتاعها بطل نكاحه ﴾ .

وفى الجواهر اجماعاً ، لان البضع لا يستباح بسببين كما هو مقتضى التفصيل فى الآية القاطع للاشتراك انتهى ﴿ وهل ﴾ له ﴿ وطؤها ﴾ بملك اليمين ﴿ من غير استبراء ﴾ .

وفى الجواهر بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه انتهى قد عرفت تحقيق الكلام فى السابق ﴿ ولو ابتاع المملوك ﴾ المأذون ﴿ أمة واستبرأها كفى ذلك فى حق المولى لو أراد وطأها ﴾ مع فرض العلم أو اخبار العبد به وكان ثقة . ﴿ واذا كاتب الانسان أمة حرم عليه وطؤها ﴾ لما تسمعه فى باب الكتابة ﴿ فان انفسخت الكتابة ﴾ للعجز مثلاً ﴿ حلت ﴾ له ﴿ ولا يجب ﴾ عليه ﴿ الاستبراء ﴾ مالم يكن وطء محترم بلاخلاف .

﴿ وكذا لو ارتد المولى أو المملوك ﴾ عن ملة ﴿ ثم عاد المرتد ﴾ منهما الى الاسلام ﴿ لم يجب الاستبراء ﴾ وان حرم عليه الوطء حال الارتداد . ﴿ ولو طلقت الأمة بعد الدخول ﴾ بها ﴿ لم يجوز للمولى الوطء الا بعد الاعتداد ﴾ وان لم تنتقل عن ملكه بلاخلاف ولا اشكال .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ تكفى العدة عن الاستبراء ﴾ للمولى الاول ، للاصل وظهور النصوص فى جواز وطئها له .

﴿ ولو ابتاع حربية فاستبرأها فأسلمت ﴾ بعده أو فيه ﴿ لم يجب استبراء ثان ﴾ وان كان يحرم عليه وطؤها حال الكفر . للاصل بعد اطلاق الأدلة السالم عن احتمال

اشترط صحة الاستبراء بكون الامة محللة للمولى لولا الاستبراء بعد عدم الدليل عليه ، فيكفى حينئذ وان كانت محرمة عليه بسبب آخر ، لحصول الغرض المقصود فماعن بعض العامة -- من الوجوب ، لتجدد ملكه الاستمتاع بالاسلام -- واضح الضعف ﴿ وكذا لو ابتاعها واستبرأها محرماً بالحج ﴾ مثلاً ﴿ كفى ذلك في استحلال وطئها اذا أحل ﴾ لساعرفت ، بل هو أوضح .

﴿ الفصل السابع فى اللواحق وفيه مسائل الاولى لايجوز لمن طلق رجعيأ أن يخرج الزوجة من بيته الا أن تأتى بفاحشة ﴾ مثل الزنا حاملاً كانت أو حائلاً وفى الجواهر كما أنها لايجوز لها أن تخرج هى بنفسها ايضاً بلاخلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه انتهى .

وبدل عليه من الكتاب قوله تعالى « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » ومن السنة [صحيح أبى خلف] « سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن شىء من الطلاق ، فقال : اذا طلق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فقد بان منه ساعة طلقها ، وملكك نفسها ، ولا سبيل له عليها ، وتعنت حيث شاعت ، ولا نفقة لها قال قلب أليس لله تعالى يقول : لا تخرجوهن -- الى آخره فقال : انما عنى بذلك الذى يطلق تطليقة بعد تطليقة فذلك التى لا تخرج حتى تطلق الثالثة فاذا طلقت الثالثة فقد بان منه ، ولا نفقة لها ، والمرأة لتى يطلقها الرجل تطليقة ثم يدعها حتى يخلو أجلها فهذه أيضاً تعنت فى منزل زوجها ، ولها النفقة والسكنى حتى تنقضى عدتها » .

[وفى موثق اسحاق بن عمار] « سألت أبا الحسن عليه السلام عن المطلقة أين تعنت؟ قال : فى بيت زوجها » .

[وفى خبر أبى بصير] عن أحدهما عليهما السلام « عن المطلقة أين تعنت؟ قال : فى بيتها اذا كان طلاقاً له عليها رجعة ، ليس له أن يخرجها ، ولا لها أن تخرج حتى تنقضى عدتها » .

[وموثقة سماعة] « سألته عن المطلقة أين تعتمد؟ قال: فى بيتها لاتخرج، وان أرادت زيارة خرجت بعد نصف الليل، ولاتخرج نهاراً، وليس لها أن تحج حتى تنقضى عدتها » .

[وفى صحيح الحلبي] عن أبى عبد الله عليه السلام « لاينبغي للمطلقة أن تخرج الا باذن زوجها حتى تنقضى عدتها ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر ان لم تحض » الى غير ذلك من النصوص .

ظاهر الاخير هو ان تأذن زوجها وهو الموافق لحكمة جعل السكنى للزوجة اذا الغرض تمايل الزوج فى مدة مضى العدة بها والمخروج باذنه من هذا القبيل بخلاف العكس والمخالفة وعدم الامتثال فانه يوجب النفاق والشقاق والعداوة خصوصاً اذا كان الاذن للسفر معا والاية و ان كانت مطلقة لكنها ليست فى مقام البيان من جميع الجهات فلا بد من تخصيصها بالسنة القطعية ولذا ورد فى خبر [معاوية بن عمار] من أن « المطلقة تحج فى عدتها ان طابت نفس زوجها » .

وفى الجواهر ودعوى قصوره عن ذلك باعراض الاكثر ممنوع، خصوصاً بعد تصريح جماعة من الاصحاب - كما فى المسالك منهم أبو الصلاح والفاضل فى التحرير بالجواز انتهى .

ونعم ما عن الفضل بن شاذان من « أن معنى الخروج والاخراج ليس هو أن تخرج المرأة الى أبيها أو تخرج فى حاجة لها أو فى حق باذن زوجها، مثل ماأنتم وما اشبه ذلك، وانما الخروج والاخراج أن تخرج مراغمة وبخرجها مراغمة فهذا الذى نهى الله عنه، فلو أن امرأة استأذنت أن تخرج الى أبويها أو تخرج الى حق لم يقل: انها خرجت من بيت زوجها، ولايقال: فلان أخرج زوجته من بيتها، انما يقال ذلك: اذا كان ذلك على الرغم والسخطة، وعلى أنها لاتريد العود الى بيتها وامساكها على ذلك، لان المستعمل فى اللغة هذا الذى وصفناه الى أن قال: ان أصحاب الاثر وأصحاب الرأى وأصحاب التشيع قد رخصوا لها

في الخروج الذي ليس على السخط والرغم ، وأجمعوا على ذلك » .

وفي الجواهر بعده قال وحينئذ فالقول به لا يخلو من قوة ، بل يمكن تنزيل من اطلق على ارادة غير الفرض ، خصوصاً بعد التصريح من بعضهم فيما يأتي من جواز الخروج الى حج التطوع بالاذن ودعوى الفرق بين الخروج الى حج مثلاً وبين الانتقال من منزل الى منزل آخر خالية عن الدليل ، بل اطلاق صحيح الحلبي السابق شامل للامرين ، على ان الممنوع كتاباً وسنة الاخراج والخروج ، فمع فرض جوازه بالاذن لافرق بين افراده انتهى فعدم الجواز من الزوج او الزوجة فيما كان على رغم الاخر فيجوز لو لم يكن كذلك .

وكيف كان فقد اختلف في معنى الفاحشة ﴿ و ﴾ في بعض الاخبار ﴿ هو أن تفعل ما يجب به الحد ، فتخرج لاقامته ، وأدنى ما تخرج له ان تؤذي أهله ﴾ وظاهرهما بل صريحهما عدم انحصارها في الاول ، كما عن بعضهم . بل عن النهاية [قدروى] « أن أدنى ما يجوز له معه اخراجها ان تؤذي أهل الرجل » بل هو المروى عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام .

وكذا في الخلاف والمبسوط والتهيان ومجمع البيان والجامع وغيرها الاقتصار عليه ، مستدلاً عليه في الاول بالاجماع وعموم الآية وباخراجه عليه السلام فاطمة بنت قيس لما بذت على أحماؤها وعن مجمع البيان هو المروى عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام .

وفي بعضها هي ايداء اهل الرجل كخبر [محمد بن علي بن جعفر] « سأل المأمون الرضا عليه السلام عن ذلك ، فقال : يعنى بالفاحشة المبينة أن تؤذي أهل زوجها ، فإذا فعلت ذلك فان شاء أن يخرجها من قبل أن تنقضى عدتها فعل » ومرسل ابراهيم بن هاشم عنه عليه السلام أيضاً في قوله عز وجل : « لا تخرجهن - الى آخره - » قال : « إذا ما لاهل الرجل وسوء خلقها » .

وفي خبر ابن أسباط عنه عليه السلام أيضاً « الفاحشة أن تؤذي أهل زوجها وتسبهم »

وفى بعضها كون المراد بها السحق كما عن الفقيه «سئل الصادق عليه السلام عن قول الله عزوجل : « لا تخرجوهن » فقال : الا أن تزنى فتخرج ، و يقام عليها الحد » وفى سعد بن عبدالله المروى عن اكمال الدين واتمام النعمة قال : « قلت لصاحب الزمان عليه السلام : أخبرنى عن الفاحشة المبيّنة اذا أتت المرأة بها فى أيام عدتها حل للزوج أن يخرجهامن بيته ؟ فقال : الفاحشة المبيّنة السحق دون الزنا ، فان المرأة اذازنت واقيم عليها الحد ليس لمن أرادها أن يمتنع بعد ذلك من التزويج بها لاجل الحد فاذا سحقت وجب عليها الرجم ، والرجم خزى ومن قد أمرالله برجمه فقد أخزأه ومن أخزأه فقد أبعدته ، ومن أبعدته فليس لاحد أن يقربه » .

فالمراد حينئذ هو معنى اللغوى وهو كل ما يوجب نفرة عند العرف والشرع مما يترتب عليه السوء والانكار عند احدهما مما يوجب لا ينداء الغير فيصدق الفاحشة على المذكورات وغيرها .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا اشكال فى أنه ﴿ يحرم الخروج عليها مالم تضطر ﴾ بلا خلاف .

﴿ و ﴾ لذا قال ﴿ لو اضطرت الى الخروج خرجت بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر ﴾ بلا خلاف [لمكاتبة الصفار] الى أبى محمد الحسن بن على عليه السلام « فى امرأة طلقها زوجها ولم تجر عليها النفقة للعدة ، وهى محتاجة ، هل يجوز لها أن تخرج و تبيت عن منزلها للعمل و الحاجة ؟ فوق عليه السلام : لا بأس بذلك اذا علم الله الصحة منها .

نعم اللازم هو الاكتفاء بما يرتفع به الضرورة لكن عن المسالك التصريح بوجود خروجها بعد انتصاف الليل والعود قبل الفجر ناسباً الى المصنف وجماعة والى موقوفة سماعه انتهى .

ولا يخفى انه مضاف الى عدم تصريح فى نصه المجوز ذلك بان الخروج بعد انتصاف الليل والعود قبل الفجر انهما وقتان مضران للمرأة فى الخروج والعود فى مثل زماننا .

وقد عرفت التصريح بذلك فى بعض اخبار الحداد وعرفت ماسمعت وجهه هناك وان امكن لكون الزمان فى هذا الوقت كان أمناً فى هذا الوقت بخلاف مثل زماننا فانه مضافا الى كونه مظنة لسوء الظن للزوج بل لكل من علم بذلك و الى عدم تصريح بذلك فى المقام ان كان المقصود بذلك حفظها عن تعرض الجهال بحالها كان اللازم مراعات الازمان فى حقها ولزم العمل بالنص فيماورد ان كانت الامنية فى خروج الزوجة فى انتصاف الليل لافى مثل عصر الحاضر الذى يكون الامر بالعكس .

هذا مضافا الى عدم دليل لا للخروج بعد انتصاف الليل ولا دفع الضرورة بهذا المقدار ولا لحصول غرضها ولا حاجتها فى مثل ذلك الوقت اذ كل الناس فى امثال هذه الاوقات فى النوم بل كان ذلك موجبا لمضرات اخر للوارد والمورود وأظن ان الغالب لا يتفكر فى جميع جهات المسألة .

ونظير ذلك ما حكاه فى الجواهر عن الرياض قال ومن الغريب ما فى الرياض فانه بعد أن نسب وجوب العود قبل الفجر الى الاشهر قال : « بل لم أفق على مخالف الا من بعض من ندر ممن تأخر ، والاصل فيه الموثق الذى مر ، ولا قدح فيه من حيث الموثقية والاضمار كما هو المقرر . مع أنه على تقديره فهو بالشهرة العظيمة منجبر ، فهو اظهر ان ارتفع به وبغيره الضرر ، والا بأن كان الدفع بالغير منحصراً جاز قولاً واحداً ، اذ هو كما ترى ، انتهى .

ثم قال بعده اذ هو كما ترى اذ لا دلالة فى الموثق المزبور على ذلك ، خصوصاً بالنسبة الى وجوب العود قبل الفجر ، لخلوه عن التعرض له أصلاً وما فيه من النهى عن الخروج نهائياً لا يقتضى ذلك ، كما هو واضح انتهى .

﴿ و ﴾ كيف كان ؟ ﴿ لا تخرج فى حجة مندوبة ﴾ مثلاً ﴿ الا باذنه ﴾ بلا كلام .

﴿ وتخرج فى الواجب ﴾ المضيق ﴿ وان لم ياذن ﴾ لانه من الضرورة

الا اذا كان موسعاً فانه اتجه المنع ﴿ وكذلك ﴾ الكلام ﴿ في ﴾ جميع ﴿ ما تضطر اليه ولا وصلة لها ﴿ اليه ﴾ الا بالخروج .

و في الجواهر من حفظ مال أو نفس أو عرض ، بل صرح غير واحد بأن من ذلك ما اذا كانت الدار غير حصينة ، وكانت تخاف من النصوص ، أو كانت بين قوم فسقة تخاف على نفسها منهم ولو على المرض ، أو كانت تتأذى من الجيران او من الاحماء تأذياً شديداً ، ولم يمكن اخراجهم عنها ، بأن كانوا في مسكن يملكونه ونحو ذلك انتهى ، ومن هذا البيان يظهر سر ما قلنا آنفا .

﴿ وتخرج في العدة البائنة اين شاعت ﴾ لانقطاع العصمة بينهما وان كانت حاملا تجب نفقتها على الزوج للنصوص .

المسألة ﴿ الثانية ﴾ لا اشكال في أن ﴿ نفقة الرجعية لازمة في زمن العدة ، وكسوتها ومسكنها ﴾ بل الظاهر أنها ﴿ يوماً فيوماً ﴾ ضرورة كونها كنفقة الزوجة بل هي هي ، لان الطلاق لم يسقطها ، ولا فرق عندنا فيها ﴿ مسلمة كانت أو ذمية ﴾ وفي الجواهر لاطلاق الادلة وفيه ان الاطلاق ناظر الى من يجوز تزويجها دائماً والذمية لا يجوز ذلك الا متعة والمتعة لا يكون لها حق النفقة بحال .

﴿ واما الامة فـ ﴾ قد عرفت انه ﴿ ان أرسلها مولاها ليلا ونهاراً فلها النفقة والسكنى لوجود التمكين التام ، ولو منعها ليلا أونهارا فلا نفقة ، لعدم التمكين ﴾ لكن تمام الكلام في كتاب النكاح ، ويتبعها المحكم بالنسبة الى طلاقها رجعية ، فلاحظ وتأمل .

﴿ و لا نفقة للبائن و لا سكنى الا ان تكون حاملا ، فلها النفقة و السكنى حتى تضع ﴾ .

وفي الجواهر الا انها سكنى نفقة لا سكنى اعتداد على وجه يحرم عليه اخراجها الى منزل آخر لائق بها ويحرم عليها الخروج انتهى .

﴿ كذا قد عرفت فيما تقدم أنه ﴾ تثبت العدة للوطء بالشبهة ﴿ بلا خلاف

ولا اشكال ﴿و﴾ لكن ﴿هل تثبت النفقة﴾ ايضاً ﴿لو كانت حاملاً؟ قال الشيخ: نعم﴾ وربما فرعه على كون النفقة للحمل دون الحامل . ﴿وفيه اشكال ينشأ من توهم اختصاص النفقة﴾ سواء قلنا : انها للحمل أوللحامل ﴿وفيه اشكال ينشأ من توهم اختصاص النفقة﴾ سواء قلنا : انها للحمل أوللحامل ﴿بالمطلقة الحامل دون غيرها من البائنات﴾ للاصل وغيره ، بل هو ليس من التوهم ، بل هو المتحقق ، فالصحيح أن لانفقة لها مطلقاً ، كما في الجواهر .

﴿فروع في سكنى المطلقة الاول لو انهدم المسكن﴾ على وجه لا يمكن اصلاحه أو يعسر بحيث يكون فيه الاعتداد ﴿او كان مستعاراً﴾ قدرجع به المعير ﴿او مستأجراً فانقضت المدة جازله اخراجها﴾ فليس لها الزامه بذلك ﴿و﴾ جاز ﴿لها الخروج﴾ فليس له الزامها بذلك ﴿لانه اسكان غير سائغ﴾ في الاخيرين قطعاً ، لكونه مالا للغير .

نعم جازبل يجب على الزوج اخذ المسكن لها من احدهما لوامكن بالاجارة ونحوها حتى انقضى زمان العدة مع اجتماع شرائط البقاء فيها بان يكون محفوظاً من الاجانب والفواحش ولو لم يمكن ذلك لا بالاجارة ولا بالتبرع وجب عليه ان يسكنها في مكان آخر بالاجارة ونحوها .

واما ملاحظة الاقربية الى منزل سكونتها فلا يعتبرجد "العدم دخل في الاقربية بذلك بعد لزوم الخروج منه ولو حسنه في المسالك لكنه ليس في محله بل اللازم ملاحظة الانسيبة بالنسبة اليها مما ذكرنا ولو كان في مكان بعيد .

﴿ولو طلقت في مسكن دون مستحقها﴾ من المنازل فان رضيت بالمقام فيوالا ﴿جازلها﴾ المطالبة بـ ﴿الخروج عند الطلاق الى مسكن يناسبها﴾ .

وفي الجواهر وان كانت رضيت به حال النكاح ، لاستصحاب الجواز السابق لها قبل الطلاق ، باعتبار كون ذلك حقاً لها ، بل عن المبسوط بعد حكمه بالجواز أن عليه حينئذ نقلها الى اقرب المواضع الى ذلك فالاقرب ﴿و﴾ ان كان قد عرفت ما ﴿فيه﴾ بل في اصل حكمه بجواز المطالبة ﴿تردد﴾ مما عرفت و من ظهور

الكتاب والسنة في حرمة الخروج عليها من حيث الاعتداد ولا يخفى ان حرمة الخروج لها ليست بجواز الاطلاق لما عرفت موارد الجواز ولعله هو منها لكن الكلام في اصل جواز مثل هذه المطالبة ولعله مشكل جدا خصوصاً في وقت الطلاق واسكان المنزل للعدة .

ثم انه قال في الجواهر ولو أراد الزوج أن يساكنها في دار واحدة بأن تكون في بيت وهو في بيت آخر فان كانت المطلقة رجعية ففي القواعد لم تمنع بل في كشف اللثام عندنا لان له وطءها ومقدماته ويكون لها رجعة وان لم ينوها كما عرفت فالخلوة بها أولى خلافاً للامة انتهى .

اقول اما الجواز في دار واحد بان تكون الزوجة في بيت الزوج في بيت الزوج في بيت آخر فهو حق بل هو الظاهر من حكمة جعل السكنى لها مادامت في العدة لانها في دار سكونتها وخروج الزوج عنها بل هو غير مراد قطعاً والحاصل ليس المقصود جعل اصل السكنى للمطلقة في زمان العدة بل المقصود هو الالتئام والاستحلاب والوفى بينهما فصدق الخلوة بالاجنبية في غير محله جداً .

واما قول كشف اللثام بجواز وطئها وان لم ينو الرجوع فان اراد بذلك ان الوطء رجوع قهري وان لم يقصده عمداً وسهواً بان كان بنائهما بعد الوطء بالبقاء معا كما قبل الطلاق و الرجوع بها فيرجع الكلام الى ان الرجوع لا يحتاج الى القصد بل يكفيه نفس الفعل الكاشف عنه فله وجه

فان اراد جواز الوطء المطلقة من دون نظر وقصد الى الرجوع وعدم كونه رجوعاً قهرياً بل يجوز له وطئها من دون بناء على الرجوع فعهدته على مدعيه حيث انه من الاعاجيب وعدم الفرق بينها حينئذ مع الاجنبية في الحرمة والائتم لو لم يكن بقصد الرجوع اصلاً نعم جواز النظر بها ثابتة كما كان قبل ذلك بل جواز النظر الى الوجه والكفين لا يختص بالمطلقة بل يعم غيرها .

واما التلذذ بغيرهما كالنظر الى ما لا يجوز له والتقبيل والتكلم من حيث الشهوة

فان كان الجميع بقصد الرجوع فلا اشكال فيه و كان هو رجوعاً يحتاج الى طلاق جديد والافكان حراماً بلا كلام اصلاً وقد اشترت اليه قبلاً

وبالجمله الوطاء بعد الطلاق بدون قصد الرجوع يدور بين الامور الثلاثة الرجوع قهراً بحيث يحتاج بعده الى الطلاق الى ان ينتهى الى الثالث رغماً للواطى ولم ار من التزم بذلك والاباحة المحضه بحيث لم يكن رجوعاً ولازناً ولا موجبة للحد والعقاب ولازمه جواز وطء المطلقة الرجعية فى جميع ايام العدة من دون ان يكون رجوعاً حتى مضت العدة وهو كما ترى .

والزما المحرم الموجب للحد وهو الحق من غير فرق بينها وبين الاجنبية الا فى جهات لم يكن الوطاء منها

قال الشيخ فى الخلاف المطلقة الرجعية لا يحرم وطئها ولا تقبيلها بل هى باقية على الاباحة و متى وطئها وقبلها بشهوة كان ذلك رجعة وبه قال ابو حنيفة واصحابه والاوزاعى والثورى وابن ابى ليلى وقال الشافعى هى محرمة كالمبتولة ولا يحل له وطئها ولا ان يستمتع بها بوجه من الوجوه الا بعد ان يراجعها والرجعة عنده تحتاج الى قول بان يقول راجعتك مع القدرة ومع العجز كالمخرس فبالاشارة والايماء كالنكاح سواء وبه قال ابو قلابه وقال مالك ان وطئها ونوى الرجعة كان رجعة فان لم ينو الرجعة لم يكن رجعة وبه قال ابو ثور وعطا وروى ذلك عن ابن عمر .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم وايضاً قوله تعالى «وبعولتهن احق بردهن فسمى المطلق طلاقاً رجعياً بعلا واذا كان هو بعلاً فهى بعلة فثبت بذلك الزوجية بينهما والاباحة تابعة للزوجية انتهى .

قوله كان ذلك رجعة ظاهر فى حصول الرجعة بالفعل كما هو يحصل بالقول ولا كلام فى جواز الاباحة بقصد الرجوع بل هو لازم جواز الرجوع فعلاً والكلام فى مجرد الاباحة ولو بدون قصد الرجوع و بالجمله صريح العبارة كون الوطاء رجوع فعلى فى مقابل الشافعى الذى عنده كان الرجوع بالقول .

قال فى المسالك مالفظه فلو كان بيتا واحداً يلىق بهالكن الزوج كان سا كنا معها قبل الطلاق وجب عليه الخروج عنها ان كان الطلاق باينا حيث يجب لها السكنى لتحريم الخلوة بالاجنبية وان كان الطلاق رجعياً فظاهر الاصحاب عدم وجوب انفرادها لانها بمنزلة الزوجة وبشكل بان التمتع بها بالنظر وغيره انما يجوز بنية الرجعة لامطلقاً فهى بمنزلة الاجنبية فى اصل تحريمه وان كان حكمه اضعف فتكون الخلوة بهامحرمة كغيرها والاصل فى تحريم الخلوة بالاجنبية

قول النبى ﷺ لا يخلون رجل بامرأة فان ثالثهما الشيطان وهذه المسئلة من المهمات ولم يذكرها الاصحاب فى باب النكاح و اشاروا اليها فى هذا الباب والمعتبر من الخلوة المحرمة ان لا يكون معهما ثالث من ذكر او انثى بحيث يحتشم جانبه ولو زوجة اخرى او جارية او محرم له انتهى

ولقد اجاد ويلىق بان يتكلم فيه الاصحاب كثيراً ومن المعلوم ان الوطاء المحرم الموجب للعقاب بل الحد هو وطاء الذى لا يملك المرأة رأساً او يملكها مع القصد فلو لم يكن كلاهما كان مع التى لم يكن زوجة من قبل على السواء والحاصل المراد بعدم المالكية مالكية الشرعية وهى تزول بالطلاق ولا يعود الا بالرجوع ولا يتحقق الا بالقول او الفعل بالقصد والالزم ان يكون الطلاق بمنزلة العدم وكانه لم يقع وهو كما ترى .

ومن العجيب ما فى الجواهر فانه فى مقام رد الشهيد قال :

وفيه (أولاً) أنه مناف لما تقدم فى الرجعة من عدم الحاجة الى النية على الاصح ، (وثانياً) بما يظهر من النصوص المتكثرة من أن لها التزين والتشوق له ونحوهما استجاباً له ، بل والاجتماع معه ، بل هو المراد من قوله تعالى : « لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً » بل فى النصوص المزبورة تعليل ذلك بذلك ، بل هو المقصود من عدم اخراجهن من بيوتهن ، بل لعل سكنها معه هو المنساق من قوله تعالى : « اسكنوهن من حيث سكنتم » لأقل من الشك فى شمول ما دل

على تحريم الخلوة بالاجنبية لها . والاصل البراءة، خصوصاً بعد أن لم نعر على دليله سوى النبوى انتهى .

وفيه مواقع للنظر اما اولاً فقوله عدم الحاجة الى النية ان اراد منه الرجوع حقيقة بحيث لو لم يرد بها بعده يحتاج الى الطلاق ثانياً فلا كلام فيه ويرجع الى كون الفعل هو رجوعاً كالفعل فالوطء بعنوان البقاء معها والاقامة عليها نفسه نية ولا يحتاج الى نية سواء بل هو فى الحقيقة خارج عما اراده حيث ان كلامه فى جواز وطئها بدون ان يكون رجوعاً والافيه مافيه .

واما ورد من ان لها التزوين الخ فكلها حق ولكن كلها لاجل الاشتياق الى الرجوع وارجاع الزوجية والمعاشرة الاولى لاجل التعيش والتلذذ من دون رجوع .

فهذه الامور الواردة فى حق الزوجة كلها لجلب الزوج الى ما كان سابقاً والافلو كان بعنوان التلذذ المجرد من ذلك القصد كما يتلذذان كل منهما من غيرهما فلا اشكال فى الحرمة وعدم الفرق بينهما وبين الاجنبية بل لو كان قصد الزوج عدم الرجوع بحال فلا يجوز له هذه المقدمات بحال ولو كان وظيفة الزوجة ذلك لاجل الرجوع .

وبالجملة كل ما ورد فى الزوجة من التزوين والتكلم والتعشق معه كان لاجل الرجوع وهو المراد من قوله لعل الله يحدث بعد ذلك امراً بل بقاء احكام الزوجية فى الجملة كله لذلك ولذا لو كان الطلاق ثانياً فلا يجوز ذلك بحال اصلاً الا ان يرجع الى الرجوع ايضا بل المقصود من الاسكان فى بيت الزوج ايضا ذلك لالتعيش والتلذذ منها ايضا فى زمان العدة من دون قصد للرجوع اصلاً .

والحاصل ما يخرج المقام من الخلوة مع الاجنبية كله لاجل ان يرجع الى سابقه والافلو كان من قصد الزوج عدم المعاشرة معها فلا يجوز له الخلوة والتكلم بعنوان المعاشرة بل لا بد من الاقتصار على النظر الى الوجه والكفين

الذين كانا جائزين قبلا والتكلم معها بقدر الحاجة كل ذلك لما أشار اليه من النصوص العامة الشاملة للمقام على فرض عدم قصد الرجوع بحال مثل قوله لا يخلون رجل بامرأة ، فان ثالثهما الشيطان .

وخبر مسمع بن أبى سيابة عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «فيما أخذ رسول الله صلى الله عليه وآله البيعة على النساء أن لا يحنن ولا يحنن مع الرجال في الخلاء» وخبر موسى بن ابراهيم المروى عن المجالس عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يبيت في موضع يسمع نفس امرأة ليست بمحرم ومرسل مكارم الاخلاق للطبرسى عن الصادق عليه السلام قال: «أخذ رسول الله صلى الله عليه وآله عن النساء أن لا يحنن ولا يحنن ولا يحنن مع الرجال في الخلاء» .

ثم انه بعد التكلم فى الخلوة قال و من الغريب اعتماد بعض الناس هنا على الحرمة بدعوى ظهور عبارة المسالك فيه بقوله: «أشاروا» الى آخره . وأغرب منه ما يحكى عن بعض من قارب عصرنا من دعوى الاجماع على ذلك فضلا عن دعوى آخر الشهرة ، ضرورة أمثال هذه الدعاوى لا تورث الفقيه الماهر ظناً بمثل هذا الحكم العام البلوى الذى تنافيه السيرة القطعية ، بل وجملة من النصوص الدالة على صحبة غير المحرم فى طريق الحج وغيره ، لان المؤمن ولى المؤمنة و غير ذلك ، انتهى .

وانت اذا تأملت فى هذه العبارات لوجدت انها رعد وبرق لامطر فيها وموجب للخوف ولا رحمة معها وكيف كان فقد علمت ان الخلوة معها تجوز مع قصد الرجوع ولا اقل من انه لم يكن من قصده العدم فتكلم وتعشق معها رجاء لحصول الميل الى ارجاعها وبدونه تحرم بلا كلام وهى والاجنبية سواء .

﴿ الثانى لو طلقها ثم باع المنزل فان كانت معتدة بالاقراء لم يصح البيع ، لانها تستحق سكنى غير معلومة فتتحقق الجهالة ﴾ لعدم معلومية مدة الخروج عن العدة الموجبة للخروج عن الدار ولا يخفى ان الفرق عند العرف يسير لا يعتنى به

عندهم فلو بطل المعاملة بامثال ذلك لبطل اكثر البيوع ﴿ولو كانت معتدة بالاشهر صح لارتفاع الجهالة﴾ بكون المدة ثلاثة اشهر .

﴿الثالث لو طلقها﴾ في منزل من منازلها التي تباع في الدين ﴿ثم حجر عليه الحاكم قيل﴾ والقائل المشهور ، بل في المسالك «بين الاصحاب وغيرهم ، لم ينقل أحد فيه خلافاً» عدا المصنف : ﴿هي أحق بالسكنى ، لتقدم حقها على الغرماء﴾ كالمرتهن والمستأجر وغيرهما ﴿وقيل﴾ وان كنا لم نعرفه : ﴿تضرب مع الغرماء بحقها من اجرة المثل﴾ .

وفي الجواهر ووجهه بأن حقها في السكنى تابع للزوجية السابقة ، ولهذا كان مشروطاً بشروطها من بقائها على الطاعة والتمكين وغيره من الشرائط ، فلا يكون حقها أزيد من حق الزوجة ، والزوجة انما تستحق السكنى يوماً فيوماً ، وعلى تقدير الحجر عليه لا تستحق السكنى الا يوم القسمة خاصة ، فاذا بقي من استحقاقها في السكنى شيء ضربت به مع الغرماء كالدين ، لانه متعلق بذمة الزوج وان اخص برتبة المسكن الخاص انتهى .

﴿والاول اشبه﴾ وتام الكلام في الحجر ﴿أما لو حجر عليه ثم طلق كان﴾ حقها من اجرة المثل ﴿أسوة مع الغرماء﴾ بلا خلاف أجده هنا بين من تعرض له ﴿اذ لامزية لها﴾ عليهم .

وفي الجواهر قالوا وليس ذلك كدين يحدث بعد الحجر لا يزاحم صاحبه الغرماء ، لان حقها وان كان حادثاً فهو مستند الى سبب متقدم ، وهو النكاح ، وأيضاً فانه حق يثبت لها بالطلاق من غير اختيارها ، فأشبه ما اذا أتلف المقلس مالا ، فانه يزاحم الغرماء ، ومقتضاه الضرب بغير المسكن من النفقة انتهى و سيأتى بيان ذلك في محله .

﴿ارابع لو طلقها في مسكن لغيره﴾ قد تبرع به لها مثلاً لا له ﴿استحقت السكنى في ذمته﴾ لانها من جملة النفقة اللازمة له ، اذ لم تكن في بيت له يحرم

عليه اخراجها منه ، فليس حينئذ الا استحقاق النفقة كذا في الجواهر ❀ فان كان له غرماء ❀ وقد فلسه الحاكم ❀ ضربت مع الغرماء بأجرة مثل سكنائها ❀ اللائقة بها ❀ فان كانت معتدة بالاشهر فالقدر معلوم ❀ عادة، واحتمال التخلف زيادة ونقصاناً منفي بالاصل .

❀ وان كانت معتدة بالاقراء أو بالحمل ضربت مع الغرماء بأجرة سكنى أقل الحمل أو أقل الاقراء ❀ لانه المتيقن ❀ فان اتفق ❀ كذلك فلا اشكال ❀ والا أخذت نصيب الزائد ❀ لتبين استحقاقها حينئذ كدين ظهر بعد القسمة كما في الجواهر . ❀ وكذا لو فسد الحمل ❀ باسقاط ونحوه ❀ قبل أقل المدة رجع عليها بالتفاوت ❀ لظهور الزيادة عندها على ماتستحقه .

❀ الخامس لو مات فورث المسكن جماعة لم يكن لهم قسمته اذا كان بقدر مسكنها الا باذنها أو مع انقضاء عدتها لانها استحققت السكنى فيه على صفته ❀ .

ولا يخفى ما فيه فانه بالموت انقلب عدة الطلاق بعدة الوفاة ولذا كانت عليها عدة الوفاة وفيه لم يستحق الزوجة نفقة ولا سكنى اصلاً ولو كانت حاملاً ولا تؤثر حينئذ استحقاقها السكنى على هذه الصفة مع امكان ان يقال كان استحقاقها كذلك معلومة على عدم فوت الزوج بعد وضوح كون الحكم هو الانقلاب بالموت في الجواهر قال جازلهم قسمة عندنا لانقلاب عدتها حينئذ عدة وفاة ، ولا سكنى لها فيها حتى لو كانت حاملاً .

❀ و ❀ لعله لذا قال المصنف : ❀ الوجه أنها لا سكنى لها بعد الوفاة مالم تكن حاملاً ❀ وتبعه عليه الفاضل ، نعم عن الشيخ أن لها النفقة من نصيب ولدها ❀ السادس لو أمرها بالانتقال ❀ من منزل كانت تسكن فيه سواء كان ملكاً لزوجها أو مستأجراً أو مستعاراً ❀ فنقلت رحلها وعيالها ثم طلقت وهي في الاول اعتدت فيه ❀ دون الثاني الذي يصير بيتها اذا انتقلت ببدنها اليه ، اذا المعتبر عندنا الانتقال بالبدن الذي به يتحقق الصدق عرفاً دون المال .

﴿ولو انتقلت﴾ ببدنها بنية السكنى ﴿وبقى عيالها ورحلها ثم طلقت اعتدت في الثاني﴾ الذي قد صار بيتها حينئذ بذلك ، فيشملة النهي عن الاخراج والخروج ﴿ولو انتقلت الى الثاني ثم رجعت الى الاول لنقل متاعها﴾ مثلاً ﴿ثم طلقت اعتدت في الثاني ، لانه صار منزلها﴾ الان فمضيها الى الاول كمضيها الى زيارة أو سوق .

﴿ولو خرجت من الاول فطلقت قبل الوصول الى الثاني اعتدت في الثاني﴾ كما في القواعد ومحكى المبسوط ﴿لانها مأمورة بالانتقال اليه﴾ عن الاول الذي خرج عن كونه بيتها بخروجها منه بعد الامر .

ثم اعلم ان المخالفة في ذلك بالخروج والايصال انما هو في الاثم فقط فلا يضر بالعدة ابدأ بل لو خرجت نفسها عن العدة عصياناً بعد مضي زمانه ولو كان في جميع اياها على خلاف ميل الزوج تمت العدة .

قال في الجواهر ثم ان من المعلوم عدم كون ذلك شرطاً في صحة العدة ، فلو أخرجها آنماً أو خرجت هي عاصية حتى مضت عدتها صحت ، ولا تحتاج الى اعادة ، لاطلاق ما دل على انقضاء عدتهن بالاقراء أو الاشهر كتاباً وسنة واجماعاً ، فالامر حينئذ بذلك للتعبد المحض ، لانه شرط انتهى .

﴿لسابع البدوى تعتد في المنزل الذي طلقت فيه﴾ وان كان بيتها من صوف او شعر او غيرهما ، اذ لافرق بينه وبين الاجر والطين في صدق البيت الذي هو العنوان في الكتاب ﴿بلوارتحل النازلون به ارتحل معهم دفعا لضرر الانفراد﴾ من الوحشة ولخرف وغيرهما ﴿وان بقي أهلها فيه أقامت معهم مالم يغلب المخوف بالاقامة ، ولورحل أهلها﴾ التي كانت تستأنس بهم في بيتها ﴿وبقي﴾ من النازلين فيه ﴿من فيه منعة﴾ وتأمين معهم ﴿فالشبه﴾ كما عن المبسوط ﴿جواز النقل دفعا لضرر الوحشة بالانفراد﴾ بل في كشف اللثام «وان بقي معها لثامن لو طلقها في السفينة فان لم تكن مسكناً﴾ لها بأن كانت مسافرة مثلاً ففي

القواعد تبعاً للمصنف ﴿أسكنها حيث شاء﴾ لانها حينئذ كغيرها من المسافرات ﴿وان كانت مسكناً﴾ لها بأن كان زوجها ملاحاً مثلاً ﴿اعتدت فيها﴾ لانها حينئذ بيتها بمنزلة الدار للحضرية .

﴿التاسع اذا﴾ طلقت وهى فى مسكنه فخرجت بغير اذنه و﴿سكنت فى منزلها﴾ فلا اجرة لها قطعاً وان كانت قبل الطلاق ساكنة فى منزلها وطلقها وبقيت فيه ﴿ولم تطالب بمسكن﴾ مع حضوره وملائكته ﴿فليس لها المطالبة بالاجرة﴾ كما فى القواعد ﴿لان الظاهر منها التطوع بالاجرة﴾ فهى حينئذ كمن قضى دين غيره بغير اذنه .

﴿وكذا لو أستاشرت مسكناً فسكنت فيه لانها﴾ انما ﴿تستحق السكنى﴾ عليه ﴿حيث يسكنها لاحيث تتخير﴾ وقد يشكل بأن سكنها من جملة النفقات الواجبة التى تستقر فى الذمة بفواتها ويجب قضاؤها ، ولا يلزم من سكوتها أن تكون قاضية لدينه بغير اذنه وفيه ما لا يخفى .

﴿والمسألة الثالثة لانفقة للمتوفى عنها زوجها﴾ ولاسكنى من مال الزوج اذ لامال له ﴿ولو كانت حاملاً﴾ للاصل ﴿و﴾ غيره ، كما تقدم الكلام فيه فى كتاب النكاح . نعم ﴿روى أنه ينفق عليها من نصيب الحمل﴾ الذى يعزل له والمسألة غير خالية عن الاشكال ولوورد فيه النص فانه يتوقف على كون ابيه ذا مال أولاً والى جواز التصرف من ماله ثانياً والى كون الحمل مالكاً ثالثاً .

وأما الروايات الدالة عليه فهو قول [الصادق] عليه السلام فى خبر أبى الصباح الكنانى «المرأة المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذى فى بطنها» .

وقال أحدهما عليهما السلام فى [صحيح ابن مسلم]: المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من ماله «بناءً على رجوع الضمير الى الولد وان لم يجر له ذكر ، بل عن النهاية والكافى والمقنع والفقيه الفتوى بذلك .

[وما فى خبر السكونى] عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام «نفقة الحامل المتوفى

عنها زوجها من جميع المال حتى تضع» - اما لآخر ففى الجواهر مع الضعف والمعارضة بما سمعت وعدم القائل بمضمونه بل فى كشف اللثام الاجماع على خلافه - يحتمل الاستحباب ، وأن المراد الانفاق من الجميع حتى اذا وضعت الولد حياً أخذت النفقة من نصيبه انتهى .

واما الاولان فهما معارضتان بغيرهما [كصحيح] محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام سأله « عن المتوفى عنها زوجها أها نفقة ؟ قال : لا ، ينفق عليها من مالها » وحسن الحلبي سئل الصادق عليه السلام « عن الحلبي المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة ؟ قال : لا » . وفى الجواهر بعدهما قال :

ومن هنا كان الاقرب عدم النفقة لها كما صرح به جماعة ، بل المشهور ، بل لم أجد فيه خلافاً الا ممن عرفت ، سواء قلنا : ان النفقة للحمل أو للحامل ، لان ذلك انما هو فى المطلقة البائن ، فما عن المختاف من أنه « ان كانت النفقة للحمل أنفق عليها والاولا » كما ترى .

﴿ و ﴾ لذا قال المصنف ايضاً ﴿ فى الرواية ﴾ اى جنس الرواية ﴿ بعد ﴾ وفى الجواهر باعتبار مخالفتها قواعد المذهب التى (منها) عدم تملك الحمل قبل سقوطه حياً و(منها) عدم وجوب نفقة الاقارب الا فى حال مخصوص ، وهو الاعسار وكلام الخصم ودليله مطلق ، نعم عن الجامع التقييد بذلك (ومنها) أن به تعريضا بمال الوارث للتلف حيث يسقط الحمل ميتاً .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لها ﴾ أن تبيت حيث شاءت ﴿ لانقطاع الزوجية بالموت وعدم استحقاقها لشيء .

﴿ المسألة الرابعة لو تزوجت فى العدة لم يصح ﴾ بلاخلاف كما تقدم الكلام فى كتاب النكاح ، ومن غير فرق بين حال الجهل والعلم ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لم تنقطع عدة الاول ﴾ قطعاً ، لان مجرد العقد الفاسد لا يقطعها .

﴿ ف ﴾ حينئذ ﴿ ان ﴾ عقدها و ﴿ لم يدخل الثانى بها فهى عدة الاولى بلاخلاف

﴿و﴾ لاشكال ، بل ﴿ان وطأها الثانى عالما بالتحريم فالحكم كذلك﴾ ايضاً ،
لما عرفت من أنه لاحرمة لما زان سواء ﴿حملت﴾ منه ﴿أو لم تحمل﴾ فهى حينئذ
فى عدة الاول ولاعدة عليها للثانى ، كما تقدم الكلام فيه سابقاً ايضاً .

﴿ولو كان جاهلاً ولم تحمل أتمت عدة الاول ، لانها أسبق واستأنف اخرى
لثانى على أشهر الروايتين﴾ وفى الجواهر عملاً بل المشهور بل عن الخلاف
الاجماع عليه ولاصالة عدم التداخل انتهى .

والمسألة فى غاية الاشكال اما عبارة الخلاف فالذى رأيت هو لفظه اذا نكحت
المعتدة ووطئها النكاح وهما جاهلان بتحريم الوطى او كان الواطى جاهلاً والمرأة
عائمة فلاحد على الواطى ويلحقه النسب وتحرم (عليه) على التأيد وروى ذلك
عن عمرو به قال مالك والشافعى فى القديم وقال فى الجديد تحل له بعد انقضاء
العدة وبه قال اهل العراق ورووه عن على عليه الصلوة والسلام وهكذا حكم كل
وطى بشبهة يتعلق به فساد النسب كالرجل يطأ زوجة غيره بشبهة اوامته .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم وروى ذلك عن عمرو لا يخالف له فى
الصحابة انتهى .

وهذه العبارة متكفلة للحرمة الابدية من دون تعدد العدة وعدمه ولم يظهر
منه شىء آخر اصلاً ويمكن أن يكون له عبارة اخرى لم أرها اللهم الا أن يقال أنه
يستفاد مافى المتن من قوله وروى ذلك عن عمرو هو ايضاً غير تام لامكان أن يكون
نظره ايضاً الى الحرمة الابدية .

وكيف كان فلا دلالة للعبارة على ذلك اصلاً وحينئذ فالذى يفيد فى المقام
هو التأمل فى صحة التداخل حينئذ وعدمه لادعوى الاجماع والشهرة عليه فانه ان
صح التداخل فى المقام بزعم أن العدة مضى زمان المعدود وهو قابل لوقوعه عن
متعدد فلا يضره الاجماع على خلافه مع ورود الروايات الصحيحة ايضاً على التداخل
وكفاية عدة واحدة وخصوصاً فيما كان مقتضى عدم التداخل انفكاك المسبب
عن سببه .

قال في الحدائق قد صرح الاصحاب بأنه لو تزوجت في العدة لم يصح ولم تنقطع عدة الاول فان لم يدخل فهي في عدة الاول وان وطئها الثاني عالماً بالتحريم فالحكم كذلك حملت أو لم تحمل ولو كان جاهلاً ولم تحمل أتمت عدة الاول لانها أسبق واستأنف أخرى للثاني على أشهر الروايتين .

أقول أما عدم صحة العقد عليها في العدة باية كانت اورجعية فهو مما لا خلاف فيه نصاً وفتوى علم بالحكم أولم يعلم وقد تقدمت الاخبار المتظافرة بذلك في كتاب النكاح وأما عدم انقطاع عدة الاول فظاهره لعدم القاطع لها ومجرد العقد عليها لا أثر له في ذلك لفساده وكونه في حكم العدم .

وأما انه اذا وطئها الثاني ودخل بها بعد العقد عالماً بالتحريم فالحكم كذلك يعنى أنه لا عدة فعلل بأنه زان ولا حرمة لمائه فتكفى باكمال العدة الاولى سواء كانت عدة طلاق أم عدة وفاة أم غيرهما وهو مبني على ما هو المشهور بينهم بل ربما ادعى عليه الاجماع من أنه لا عدة على الزانية لا من ماء الزاني ولا غيره مع أنا قد قدمنا في غير موضع ورود الاخبار بالعدة في هذا الموضع وهو مذهب ابن الجنيدي أيضاً وحينئذ فالظاهر عدم الاكتفاء باكمال العدة الاولى كما ذكره .

وأما أنه لو كان جاهلاً ولم تحمل فانها تتم عدة الاول ثم تستأنف أخرى للثاني فالوجه في ذلك أن الدخول بها جاهلاً يصير النكاح وطئ شبهة وهو نكاح صحيح موجب للعدة وأما عدم تداخل العديتين فعلل بأنه الاصل وأنهما حقان مقصودان كالدين وأسنده هنا الى أشهر الروايتين الى أن ساق الروايات .

ثم قال والظاهر من نسبة الرواية الى الشهر فان المراد بها الشهرة في الفتوى فان المشهور هو التعدد كما عرفت والا فالشهرة في الرواية انما هي في جانب الروايات الدالة على الاتحاد اذا عرفت ذلك .

فاعلم أن الشيخ في كتابي الاخبار أجاب عن روايتي زرارة وأبي العباس الداليتين على الاتحاد بالحمل على ما اذا لم يكن الثاني دخل بها وهو كما ترى غفلة

عجيبة فانهما قد صرحتا بأنها تعتد منهما جميعاً عدة واحدة و كيف تعتد وهى غير مدخول بها .

وجملة من المتأخرين كالسيد السند فى شرح النافع حملوا أخبار التعدد على الاستحباب والظاهر عندى حملها على التقيہ التى فى اختلاف الاحكام اصل كل بلية .

ويدل على ذلك رواية زرارة قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن امرئة نعى اليها زوجها فاعتدت وتزوجت فجاء زوجها الاول ففارقها وفارقها الاخر كم تعتد للناس فقال ثلثة قروء انما يستبرء رحمها بثلاثة قروء وتحل للناس كلهم .

قال زرارة وذلك أن الناس قالوا تعتد عدتين من كل واحد عدة فأبى ذلك أبو جعفر عليه السلام وقال تعتد ثلثة قروء وتحل للرجال ورواية يونس عن بعض اصحابه فى امرئة نعى اليها زوجها فتزوجت ثم قدم الزوج الاول ففارقها وطلقها الاخر قال فقال ابراهيم النخعى عليها أن تعتد عدتين فحملها زرارة الى أبى جعفر عليه السلام فقال عليها عدة واحدة ومن هذين الخبرين يعلم أن الاتحاد مذهب العامة فيجب حمل اخباره على التقيہ بلاشكال انتهى .

أقول وأما تعجبه عن الشيخ من حمله أخبار الاتحاد على ما اذا لم يدخل الثانى فى محله ونظيره فى الجواهر فان قوله تعتد عنهما كيف يصح حمله على عدم دخول الثانى حيث انه مع عدم الدخول لا يصح القول بالاعتداد عنهما ولكن أعجب مما حكاه عنه ما يرد عليه وهو قولان له أحدهما فقال ابراهيم النخعى عليها أن تعتد عدتين الخ .

الثانى قوله يعلم أن الاتحاد مذهب العامة فيجب حمل أخباره على التقيہ وذلك أن التعدد مذهب العامة لا الاتحاد الا أن يحمل على غلط الكتاب ولعل الثانى أحق وكون الغلط من النسخة خصوصاً بقريئة قوله حملوا أخبار التعدد على الاستحباب و كيف كان فالمسألة عندى فى غاية الاشكال .

ويدل على التعدد روايات مثل [صحيح الحلبي] عن أبي عبد الله (ع) «سألته عن الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن يمضى لها أربعة أشهر وعشراً ، فقال : ان كان دخل بها فرق بينهما ، ثم لم تحل له أبداً ، واعتدت بما بقى عليها الاول واستقبلت عدة أخرى من الاخر ثلاثة قروء ، وان لم يكن دخل بها فرق بينهما ، واعتدت بما بقى عليها من الاول ، وهو خاطب من الخطاب» .

[وموثق ابن مسلم] عن أبي جعفر (ع) «سألته عن الرجل يتزوج المرأة فى عدتها ، قال ان كان دخل بها فرق بينهما ، ولم تحل له أبداً ، واعتدت بما بقى عليها من الاول ، واستقبلت عدة اخرى من الاخر ، وان لم يكن دخل بها فرق بينهما و تمت عدتها من الاول و كان خاطباً من الخطاب» .

[وخبر على بن بشير] النبالي عن أبي عبد الله عليه السلام وفيه «وان فعلت ذلك بجهالة منها ثم قدفها بالزنا ضرب قاذفها الحد ، وفرق بينهما وتعتد بما بقى من عدتها الاولى وتعتد بعد ذلك عدة كاملة» .

ولما عن طبرسيات المرتضى من «أنه [روى] أن امرأة نكحت فى العدة ففرق بينهما أمير المؤمنين عليه السلام وقال : أيما امرأة نكحت فى عدتها فان لم يدخل بها زوجها الذى تزوجها فانها تعتد من الاول ، ولاعدة عليها للثانى ، وكان خاطباً من الخطاب ، وان كان دخل بها فرق بينهما ، وتأتى ببقية العدة عن الاول ، ثم تأتى عن الثانى بثلاثة أقراء مستقبله» وروى مثل ذلك بعينه عن عمر و «أن طلحة كانت تحت رشيد الثقفى ، فطلقها فنكحت وهى فى العدة فضر بها عمر ، وضرب زوجها ، وفرق بينهما ، ثم قال أيما امرأة نكحت فى عدتها فان لم يدخل بها زوجها الذى تزوجها فانها تعتد من الاول ، ولاعدة عليها للثانى وكان خاطباً من الخطاب ، وان كان دخل بها فرق بينهما وأتت ببقية عدة الاول ، ثم تعتد عن الثانى ، ولا تحل له أبداً» ولم يظهر خلاف لما فعل ، فصار اجماعاً انتهى .

وفى الجواهر بل لم أجد خلافاً فى ذلك ممن تقدم الا من الاسكافى انتهى

وتدل على عدم التعدد ايضاً روايات صحيحة لا يمكن طرحها ولا يمكن العمل بهما بنحو الجمع الا بحمل الاولى على الاستحباب او التقيّة .

منها [صحيح زرارة] عن الباقر عليه السلام «فى امرأة تزوجت قبل ان تنقضى عدتها قال : يفرق بينهما ، وتعند عدة واحدة عنهما جميعاً» [وخبر أبى العباس] عن أبى عبد الله عليه السلام «فى المرأة تتزوج فى عدتها ، قال : يفرق بينهما ، وتعند عدة واحدة عنهما جميعاً [ومرسل جميل] عن أحدهما عليه السلام «فى المرأة تتزوج فى عدتها ، قال يفرق بينهما ، وتعند عدة واحدة منهما جميعاً» .

[وخبر زرارة] عن الباقر عليه السلام فى امرأة فقدت زوجها أو نعى اليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال : تعند منهما جميعاً ثلاثة أشهر عدة واحدة وليس للآخر ان يتزوجها أبداً» .

[وخبر زرارة] « سالت أبا جعفر عليه السلام عن امرأة نعى اليها زوجها فاعتدت وتزوجت ، فجاء زوجها الاول ففارقها و فارقها الآخر ، كم تعند للناس ؟ قال : ثلاثة قروء انما تستبرىء رحمها بثلاثة قروء وتحل للناس كلهم ، قال زرارة : وذلك أن الناس قالوا : تعند عدتين ، من كل واحد عدة فأبى ذلك أبو جعفر عليه السلام وقال تعند بثلاثة قروء وتحل للرجال» .

(ومرسل يونس) فى امرأة نعى اليها زوجها ، فتزوجت ثم قدم الزوج الاول فطلقها وطلقها الآخر ، فقال ابراهيم النخعى عليها أن تعند عدتين ، فحملها زرارة الى أبى جعفر عليه السلام فقال : عليها عدة واحدة هذا ومما يرد على الاولى انفكاك المسبب عن السبب اذ اللزم فى العدة وقوعها بعد سببها طلاقاً كان او فوتاً او وطئاً فلامعنى للفصل بين السبب والمسبب .

ومما يرد على الثانية عدم قابلية زمان واحد للعدة عن الاكثر لكنه مبنى على لزوم عن الشخص لا مجرد مرور الزمان ضرورة انه اذا كان المنطوق بمجرد مرور الزمان يمكن وقوع الزمان للثنتين .

و كيف كان فما يجاب عن الاولى بان العمل الشرعية معارف لاعل حقيقة فلا بأس بالتخلف والانفكاك وعن الثانية بالتعبد كما ترى اذ لفرق في العلة بين كونها شرعية او عقلية فلا يصح الانفكاك بين السبب والمسبب مطلقا والتعبد الذي مرجعه الى ورود النص انما يكون فيما صح .

فان قلت فما العلاج حينئذ في المقام .

قلت قد يحتمل التعدد على الاستحباب او التقية و على كليهما لعله ارتفع الاشكال اذ معنى التقية عدم الثبوت و معنى الاستحباب عدم اللزوم فالمعنى لزوم العدة الواحدة للطلاق والفوت فقط فيرجع حينئذ الاولى الى الثانية فيكون مضمونهما حينئذ وجوب عدة واحدة لهما فيكون قوله إِلَّا و تمتد عدة واحدة عنهما شامل لجميع الموارد سواء كانتا معا اوفى ابتداء الثانية اوفى انتهاء الاولى .

نعم لا يعم صورة انقضاء الاولى الا في نحو يوم او ساعة فوقع الثانية فيه فان اللازم حينئذ عدتان احدهما للاولى و الثانية للثاني من غير اشكال لخروجه عن مورد الاخبار عرفا فلا يعم الاطلاق لذلك وان ابيت الا عن نحو من الشمول ولو في اجتماعهما في ساعة فضلا عن يوم فكان بدلالة الاقتضاء وصونا للكلام الحكيم عن اللغوية خروج هذا القسم لان الفرض مضى عدة الاولى للاول فكيف يصح عددها للثاني بعد تمامها فالتداخل انما يقع في زمن اجتماعهما معا .

والظاهر لا اشكال فيه ايضا لما سيأتى في المسألة الخامسة من مضى العدة بمرور الزمان بمقداره بلغ الزوجة اولم يبلغ كما في طلاق الغائب والفوت على الروايات فقصد ووقعها عن شخص معين غير معتبر حينئذ .

فان قلت ان العدة من الامور القصدية نظير الغسل في الماء الذي قابل لان يقع على امور متعددة فكما لا يكفي نفس غسل الوجه او البلدان في الوضوء والغسل فكذلك لا يكفي نفس مضى الزمان في العدة بل لا بد من القصد .

قلت كلا وقياسه على الغسل مع الفارق فانه يتم في الوضوء والغسل بخلاف

العدة فان عمدة نظر الشارع فيها الى استبراء الرحم وهو حاصل بمجرد مضى الزمان مضافا الى اعتضاده بسهولة امر الشارع واحكامه .

والحاصل لامناص عن القول بوحدة العدة لهما غاية الامر ان اتفق السببان معا الا بقليل كما لو طلقها فوق الدخول عليها بعد ساعة او يوم مثلا فلا اشكال فى وقوع عدة عنهما كما لا اشكال فى عكسه كما عرفت فهذه الصورة خارجة عن فرض وقوعها لهما لمضى الاولى ولزوم عدة للثانية وما بينهما يدخلان فى وقوع عدة واحدة عنهما بمعنى انه بمقدار مضى من الاول كان مختصا بالاول وبعد وقوع الدخول صارت عنهما فى مقدار بقى من الاولى فاذا تمت الاولى بقى ما بقى لخصوص الثانية فبعد حمل التعدد على النقية او النذب كان المقصود هو الاتحاد عنهما جميعا بهذا النحو فالظاهر لا اشكال فيه .

قال فى الجواهر وعلى كل حال فدليل التداخل ما سمعت ومن هنا مال جماعة من متأخري المتأخرين الى قول ابن الجينيد حاملين أخبار التعدد على النذب أو على النقية التى يشهد لها - مضافاً الى ما سمعت من كونه فتوى عمر - الى ان قال بعد نقل الروايتى زرارة ويونس الا أن الجميع كما ترى بعد ما عرفت من الشهرة العظيمة فضلا عن الاجماع المحكى بل يمكن دعوى تحصيله، فلامكافئة حتى يجمع بينهما بذلك .

ودعوى عدم معقولية التعدد هنا واضحة المنع ، ضرورة أن العدة انما هى تربص مدة من الزمان عن التزويج ، والاتصال بالسبب غير معتبر فى مفهومها شرعاً ولا لغة نعم ظاهر الادلة فوريتها ، فمع فرض التعدد يكون الفورية حينئذ على حسب الامكان بالتعاقب .

على أنه اجتهاد فى مقابلة النصوص المعمول بها بين الاصحاب ، بل قد سمعت دعوى الاجماع على مضمونها ، فلا تصلح النصوص المزبورة بعد الاعراض عنها مكافئة لها ، بل المتجه طرحها او حملها على ما عن الشيخ من كونها مع عدم دخول

الثانى وحينئذ فيكون ما فيها من الاعتداد منهما على معنى أنه لاعدة عليها للثانى وقد تقدم جملة من هذا الكلام فى هذه المسألة فى كتاب النكاح بل وفى فروع الفصل الرابع من هذا الكتاب ، فلاحظ وتأمل انتهى .

وفيه اولاً ان الشهرة العظيمة اذا كانت فاسدة عند التأمل والنظر فلاوجه لحجيتها اصلاً وقد عرفت فساد التداخل مراراً فلايفيد الشهرة ولا لاجماع جدا وثانياً قوله ان العدة انما هى تربص مدة من الزمان فان كان المقصود كفاية مطلق التربص بمقدار العدة فهو يجتمع مع عدة كثيرين اذا قصد عنهم بل اذا لم يقصد بل مضى ثلثة اشهر او نصفه على من عليه العددالكثيرة من المتعة كل من فى يوم واحد او ايام .

نعم اصل المطلب حق وان العدة عبارة عن مضى مقدار من الزمان كان ذلك مع العلم والتربص بهذا القصد ام لا وحينئذ يرتفع الاشكالات بل يجمع بين الاخبار بان نزاع التعدد والوحدة راجعان الى شىء واحد فلا يحتاج الى الاستدلال للتعدد بالشهرة العظيمة دون الوحدة بل مراد كلا الطائفتين عدم الاحتياج الى التعدد مع حصوله فان العدة على الفرض مضى مقدار من الزمان فاذا لم يشترط اتصال المسبب بالسبب يرتفع الاشكال عن كلا الطائفتين بل ولو على الفورية ووقوع العدة الثانية ايضاً مع الاخرى .

و حينئذ لا اشكال فى امكان التداخل فلا يحتاج الى رد نصوص الوحدة باعراض المشهور عنها وانها غير مكافئة مع نصوص التعدد فالتربص بمقدار العدة قابلاً لوقوعه عن المتعدد كالغسل الواحد القابل لوقوعه جنابة وحيضاً وجمعة وهو معنى قوله الابتلاء عنهما جميعاً .

وح فيما كانت من الواحد فمعلوم و اذا ضم اليها الثانية شروع من هذا الحين منهما فكانت اواسط من الاولى و اولاً من الثانية الى ان يتم الاولى فبقى الباقي مختصاً بالثانية وهكذا ان وقع الوطاء شبهة لاكثر من واحد وهو امر ليس

بمحال ولو كان مستبعداً كما اذا كانت المرأة عمياء او اغماء وفى كل ليل يزعم آخر انها زوجته كما اذا كان فى محل واحد فبعد العلم والتجنب عنهم كانت عليها عدة واحدة اولها عند وطء الاول و آخرها عند تمام آخر ويمكن ان يمتد بين المبدء والمنتهى شهور فالتداخل بهذا المعنى لا ينافى الفورية واتصال المسبب بالسبب

﴿ و لكن ﴾ هنا نقول ايضاً : ﴿ لو حملت ﴾ هنا ﴿ و كان ما يدل على انه للاول ﴾ ولو فرض انه طلقها حاملاً ثم وطأها المشتبه ﴿ اعتدت بوضعه للاول ﴾ قطعاً ، لان الكلام هنا فى المطلقة وان كان حكم التزويج فى العدة شاملاً لها ولغيرها ﴿ وللثانى بثلاثة أقرء بعد وضعه ﴾ ان كانت معتدة بها ، والا فبالاشهر .

﴿ وان كان هناك ما يدل على انه للثانى ﴾ ولو بولادته لاكثر من اقصى الحمل وهو تسعة اشهر من وطء الاول ولما بينه وبين الاقل من وطء الثانى اى الاقل من ستة اشهر ﴿ اعتدت بوضعه له ، وأكملت عدة الاول بعد الوضع ﴾ بلا خلاف ولا اشكال ، وقد نفى عنه الخلاف والاشكال فى الجواهر .

وليت شعرى كيف صح نفى الاشكال عن مثله مع انه لا معنى لرفع اليد عن العدة الاولى الا بمضى زمانه بل هى اسبق من الثانية بل لا وجه للفصل بينها بمقدار زمان الوضع بل لا وجه لتكميل الاولى بعد مضى الزمان بل لا يصدق على مثل هذه العدة الايات لان الظاهر بل الصريح منها هو الاتصال والتوالى بل لا يكون الامر بيد المرأة فى الفصل .

فانه نظير كون جعل الزوجة فى حال جريان دم الحيض الذى لا يتم الا بمضى ثلاثة ايام ان يجعل يوماً منها ايام الحيض واليومين الباقيين بعد عشرة ايام او اكثر فكما لا يكون الامر حبيدها حتى تمت زمان العادة بدون اختيار لها الا فيما دلت الاخبار على تحيضها كما فى مستمرة الدم وفيما يوجب العدة للانقلاب الى عدة اخرى كانقلاب عدة الطلاق الى عدة الوفاة فكذلك زمان انقطاع العدة والفرض عدم دلالة النصوص عليه ولازمه انه لو كان فى اواخر الاولى رفع اليد عنها بالثانية

بل القاعدة ح يقتضى الاشتراك من حين وقوع الثانية وعدم اشكال ح لامكان الوقوع ح عنهما كما فى اخبار الاتحاد بقوله عنهما فيقع العدة بعد وقوع الثانية مشتركة حتى تتم الاولى ثم يختص بالثانية.

والفرض العلم بكون الحمل للثانى وقابلية وقوع الزمان عنهما بل لم يلزم القصد فمن حين الوضع تقع عن الثانية والحاصل ان العدة تثبت بمجرد وقوع سببها من غير اختيار لجعل المرأة فى تغييرها وتبديلها وهو مقتضى عدم انفكاك المعلول عن علته فاذا طلقها قد ثبت العدة عليها اعتدت اولا فاذا وقع فى البين سبب اخر قد دخل هى ايضا فى الاولى وتمضى مشتركا حتى يتم الاولى ومنه يعلم عدم تمامية قوله ﴿ولو كان ما يدل على انتفائه﴾ اى الحمل ﴿عنهما﴾ .

وفى الجواهر بان ولدته لاكثر من مدة الحمل من وطء الاول ولاقل من ستة اشهر من وطء الثانى لم يعتبر زمن الحمل به من العدين لفرض خروجه عنهما ﴿أتمت بعد وضعه عدة الاول، واستأنفت عدة الاخير﴾ فالعدة عبارة عن التربص فى مقدار من الزمان قصداً لشخص معين وبدون القصد مع عدم العلم بوقوع السبب فالمسبب لا ينفك عن سببه وما فى المتن مبنى على مضمون الاخبار التى دلت على عدم التداخل واستلزام كل سبب مسبباً بعده ولو بنحو عدم الاتصال .

وقد عرفت ارجاعها الى مادل على عدم التعدد بنحو التداخل ومنه يعلم حال اكثر الفروع المترتبة على هذا الامر وان امر العدة لا ينفك عن سببها ولا اختيار للمعتدة فيها اصلاً والله العالم .

﴿ولو احتمل أن يكون منهما قيل﴾ و القائل الشيخ : ﴿يقرع بينهما﴾ للاشكال ﴿و يكون الوضع﴾ حينئذ ﴿عدة ممن يلحق﴾ الولد ﴿به و﴾ لكن ﴿فيه اشكال ينشأ من كونها فراشاً للثانى بوطء الشبهة ، فيكون أحق به﴾ تقديماً للفراش الفعلى على غيره .

المسألة ﴿الخامسة تعتد زوجة الحاضر من حين الطلاق أو الوفاة﴾ .

و فى الجواهر بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، لقاعدة اتصال العدة بسببها ، و لصدق تربصها المدة المزبورة ، بناء على أن المراد منه جلوسها عن النكاح المدة المزبورة ، كصدق ضى ذلك ، فيندر جان حينئذ فى اطلاق ما دل على ذلك ، وللمفهوم فى النصوص الآتية فى الثانية ، ولغير ذلك انتهى .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ تعتد ﴾ من الغائب فى الطلاق من وقت الوقوع ﴿

وفى الجواهر عند المشهورين الاصحاب ، بل عن الناصريات لاجماع عليه انتهى .
[صحيح ابن مسلم] قال لى ابو جعفر عليه السلام : « اذا طلق الرجل وهو غائب فليشهد على ذلك ، فاذا مضى ثلاثة اقرء من ذلك اليوم فقد انقضت عدتها .

[و صحيح الحلبي] عن أبى عبد الله عليه السلام « سألته عن الرجل يطلق امرأته وهو غائب عنها من أى يوم تعتد ؟ فقال : ان قامت لها بيّنة عدل أنها طلقت فى يوم معلوم وتيقنت فلتعتد من يوم طلقت ، وان لم تحفظ فى أى يوم أو فى أى شهر فلتعتد من يوم يبلغها » صريح خبر الاخير هو الصبر حتى ياتيها الخبر وهو طريق الاحتياط لئلا اتفق الكذب لكنه لو عجل فى التزويج لما كان باطلا كما عرفت ﴿ و ﴾ كما يكون فى الطلاق فى صورة عدم قيام البينة عندها هو البلوغ فكذلك مطلقا ﴿ فى الوفاة من حين البلوغ ﴾ .

وفى الجواهر لامن حين الوفاة على المشهور أيضاً ، بل عن الناصريات الاتفاق عليه ، بل عن السرائر والتحرير نفى الخلاف فيه ، للنصوص المستفيضة أو المتواترة انتهى .

قال الشيخ فى الخلاف : اذا مات عنها وهو غائب عنها وبلغها الخبر فعليها العدة من يوم يبلغها وبه قال على عليه الصلوة والسلام وذهب قوم الى ان عدتها من يوم مات سواء بلغها بخبر واحد او متواتر وبه قال ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير وعطا والزهرى والثورى ومالك وابو حنيفة واصحابه وعامة الفقهاء والشافعى وغيره وقال عمر بن عبد العزيز ان ثبت ذلك بالبينة فالعدة

من حين الموت وان لم يثبت بالبينة بل بالخبر والسمع فمن حين الخبر .

[دليلنا] اجماع الفرقة وطريقة الاحتياط واما اذا طلقها وهو غائب فان عدتها من يوم طلقها لامن يوم يبلغها والخلاف بين الفقهاء فيها مثل الخلاف فى المسئلة الاولى سواء انتهى .

ويدل عليه ايضا روايات كثيرة [كصحيح ابن مسلم] عن أحدهما عليه السلام «فى رجل يموت وتحتة امرأة وهو غائب ، قال : تعد من يوم يبلغها وفاته» .

[وخبر أبى الصباح الكنانى] عن أبى عبدالله عليه السلام « ألتى يموت عنها زوجها وهو غائب فعدتها من يوم يبلغها ان قامت لها المينة أولم تقم » .

[وصحيح] يزيد بن معاوية عن أبى جعفر عليه السلام انه قال : « فى الغائب عنها زوجها اذا توفى ، قال : المتوفى عنها زوجها تعتد من يوم يبلغها الخير ، لانها تحدد عليه » .

[وصحيح البنظى] عن الرضا عليه السلام المروى عن قرب الاسناد « سأله صفوان ابن يحيى وأنا حاضر عن رجل طلق امرأته وهو غائب فمضت أشهر ، فقال : اذا قامت المينة أنه طلقها منذ كذا وكذا وكانت عدتها قد انقضت فقد حلت للازواج قل : فالمتوفى عنها زوجها ، قال : هذه ليست مثل تلك ، هذه تعتد من يوم يبلغها الخير ، لان عليها ان تحدد » وغير ذلك من الروايات الدالة على ان الاعتداد من حين الخبر .

ولا يخفى ان المسألة ذات قولين وروايتين احدهما ما على طبق المتن وثانيهما على خلافه اى مع حين وقوع الفوت او الطلاق والثانى اوفق بشريعة السهلة السمحة الرفاعة للعسر والحرج والضرر بخلاف الاولى فربما لم يبلغ الخبر عن الزوج لفوته ومضى سنين عنه وزوجته قد تزوجت للجهل بالحكم وتصير ذات اولاد منه ثم تأتيتها نعى زوجها وعلمت بالحكم وتفحصت وعلمت بان تزويجها بعد فوت الزوج ومضى العدة .

ولازم القول الاول حرمتها على الثانى فيوجب انه دام تعيشها واولادها ومفاسد مترتبة عليه بما لاتعد ولا تحصى بخلاف الثانى فان عدة الوفاة قدمت قهراً وصح تزويجها مع الثانى وهكذا او بناء الشرع على السهولة .
وكيف كان فمما دل على كون العدة من حين الوقوع موافق للآيات الرافعة للعسر والحرج .

ويدل عليه [صحيح الحلبي] عن أبى عبد الله (ع) «قلت له : امرأة بلغها نعى زوجها بعد سنة أو نحو ذلك ، فقال : ان كانت حبلى فأجلها أن تضع حملها ، وان كانت ليست بحبلى فقد مضت عدتها اذ قامت لها البينة أنه مات فى يوم كذا وكذا وان لم يكن لها بينة فلتعتمد من يوم سمعت» غير خفى أن العدة حينئذ من يوم سمعت من حيث أنهما لم يثبت قبل موته فالبينة من حيث ثبوت مضي أربعة أشهر وعشراً والا فلو علمت بالثبوت لما احتاجت الى البينة .

[وخبر الحسن بن زياد] « سألت أبا عبد الله (ع) عن المطلقة يطلقها زوجها ولا تعلم الا بعد سنة ، والمتوفى عنها زوجها ولا تعلم بموته الا بعد سنة ، قال : ان جاء شاهدا عدل فلا تعتدان ، والا يعتدان» .

[وخبر وهب بن وهب] عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أن علياً (ع) - مثل عن المتوفى عنها زوجها اذا بلغها ذلك وقد انقضت عدتها فالحداد يجب عليها ؟ فقال على (ع) : اذا لم يبلغها حتى تنقضى عدتها فقد ذهب ذلك كله ، وقد انقضت عدتها» .

ولا يخفى أن هذه الروايات مضافاً الى موافقتها لادلة رفع الحرج والضرر معاضدة مع اصالة عدم لزوم بلوغ الخبر بل يكفى نفس وقوع القوت ومضى اربعة أشهر وعشراً ولولم يقصدها الزوجة وقد عرفت فى المسألة الرابعة أنه لو كان القصد لازماً لما يصح الطائفتين من الاخبار ودوران أمرها بين الحالين انفكك المسبب عن السبب او تدخل امرين فى زمان واحد بخلاف ما اذا لم يلزم القصد .

ثم ان صريح الاخبار ان الحداد فيما علمت الزوجة بالقوت وكان مع العدة دون صورة عدم العلم ومضيها بنفسها فانه حينئذ لا يجب الحداد ايضاً فما عن ابن الجنيد - من القول بمضمونها في غاية القوة فعليه يمكن الجمع بين الاخبار بحمل ما دل على البلوغ على الندب كما في المسالك والحاصل الظاهر من الكتاب والسنة هو مضي مقدار أربعة أشهر وعشراً لاشيء آخر فلو سلم كون اخبار عدم الاشتراط موافقة للعامة كما قيل كانت موافقاً لاطلاق الكتاب وهو مقدم على موافقة العامة .

ومنه يظهر ما في الجواهر في رده المسالك من حمل الاخبار على الندب بقوله لكنه كما ترى ، ضرورة كونه فرع المكافئة ، على أن الحمل على التقية أولى من الندب انتهى فان معيار المكافئة عمدتها الكتاب ولذا تمسك بالاطلاقات في المسالك محتجاً لابن الجنيد والكتاب لم يقيده بالقصد ولا يكون هذا المقدار بعد البلوغ فالامر بالاخذ عند معارضة الاخبار بقوله (ع) خذ بما وافق الكتاب .

ويدل عليه نوع دلالة ايضاً [صحيح منصور] «سمعت أبا عبد الله (ع) يقول في المرأة يموت زوجها أو يطلقها وهو غائب ، قال : ان كانت مسيرة أيام فمن يوم يموت زوجها تعند ، وان كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر ، لانها لا بد أن تحمله» وبهذا الصحيح فصل الشيخ بين المسافة القريب والبعيد فهو ايضاً موافق في الجملة مع الاخبار التي جعلت المناط بيوم القوت أو الطلاق بل لعله موافق لها كلا والمقصود أنه مع الخبر لزم التمسك به ولا كلام فيه واما مسألة الحداد التي تذكر فيه فهو انما يجب مع الامكان وهو فيما تعلم بقاء زمانه فيجب ولا يكفي مجرد مضي الوقت بدون القصد بخلاف ما اذا لم تعلم زمانه حتى مضي والفرق أنه في الاول صدق ترك الحداد عمداً .

وبالجملة القول بكون العدة بالبلوغ مضافاً الى كونه صعبة للزوجة كان مستلزماً لانفكاك المسبب عن السبب بكثير وقد عرفت في المسألة الرابعة عدم صحة ذلك فالعدة وهي المعلول متصلة بسببها وعلتها وهو القوت ومن اشكالات هذا

القول ان المرأة لو كانت مجنونة أو صغيرة ولم يبلغ الولي موت زوجها كانت باقية فى العدة الى الافاقة والكبر لوقلنا بثبوت الاحكام الوضعية للصغير والمجنون قال فى الجواهر ولو كانت المرأة امراً مجنونة أو صغيرة ولم يبلغ الولي موت زوجها حتى كبرت أو افقت فهل تعتد حينئذ، لان ذلك الوقت بالنسبة اليها بلوغ، أو تحسب عدتها من حين الوفاة ، لقاعدة الاتصال السابقة وظهور النصوص فى غير الفرض ؟ وجهان ، لم أجد لهما تنقيحاً فى كلام الاصحاب ، ولكن ثانيهما لا يخلو من قوة ، بل لعل العمل عليه انتهى تامل فيه وفى صعوبته ،

وكيف كان فى التفصيل فى ان العدة فى الطلاق من حين الوقوع وفى القوت من حين البلوغ اشكال ﴿ ولو ﴾ كان الذى ﴿ اخبر غير العدل ، لكن لا ننكح الا بعد الثبوت ﴾ شرعاً ﴿ وفائدته الاجتزاء بتلك العدة ﴾ لو بان صدق المخبر ، بل لو تزوجت فبان كونه بعد عدتها صح ، ولا تحرم على الثانى فان انقضاء العدة فى الواقع لا يلزم العلم بها فاللازم على الزوجة هو العلم بالانقضاء فمضى العدة فى الواقع امر وجواز البدار فى التزويج امر آخر .

وفائدة ذلك كما ذكره هى أنه لو عجل بعد مقدار زمان العدة فى التزويج بمخبر غير حجة فزعمت صحة القوت أو الطلاق ثم بان صدق المخبر صح تزويجها وهو ايضاً دليل على أن المعيار مجرد المضى بمقدار زمان العدة قضاء لحصول المسبب بعد السبب وعدم صحة الانفكاك بينهما قال فى المسالك لافرق فى جواز الاعتداد بعدة الوفاة مع بلوغها خبر موته بين كون المخبر مما يفيد قوله ظن الموت وعدمه ولا بين الصغيرة والكبيرة والذكر والانثى لصدق كونه مخبراً ومبلغاً للخبر ونحو ذلك مما ذكر فى الاخبار فاذا اعتدت على ذلك الوجه توقف جواز تزويجها على ثبوت موته بالبينة أو الشيعان وان تأخر عن العدة زماناً طويلاً وأما الطلاق فالمعتبر فى خبره ما ثبت به فى أى وقت اتفق ثم ان مضت مدة بقدر العدة من حين ثبوت الطلاق جاز لها النكاح والا انتظرت تمامها .

ثم قال الثانى لوبادرت فنكحت بالخبر قبل ثبوته وقع العقد باطلا ظاهراً ثم ان تبين بعد ذلك موته قبل العقد وتام العدة قبله ظهر صحته فى نفس الامر ولم يفتقر الى تجديده ولا فرق مع ظهور وقوعه بعد العدة بين كونه عالماً بتحريم الفعل قبله وعدمه وان اثم فى الاول وان فرض دخول الزوج الثانى قبل العلم بالحال والحكم بالتحريم ظاهراً ثم انكشف وقوعه بعد الموت أو الطلاق وتام العدة قبله لم تحرم عليه بذلك وان كان قد سبق الحكم به ظاهراً لتبين فساد السبب المقضى للتحريم انتهى قوله وقع العقد باطلا ظاهراً فيه انه لا وجه للبطلان بل يوجب التوقف حتى يظهر الحال. وبالجملة من القواعد العقلية تحقق المسبب عند وجود السبب بلاتأخير فى البين ولو فى آن فالعدة حيث كانت مترتبة على القوت والطلاق فلامحالة بمجرد تحقق السبب تحقق المسبب علمت به الزوجة أولاً فالمسبب واقع لامحالة عند تحقق السبب فاذا مضى بهذا المقدار تمت العدة واقعاً والثمره فى البدار والتعجيل وعدمه فى الاثم وعدمه فانه لو ظهر صحة الطلاق او القوت مع مضى زمان العدة صح العقد قطعاً ولو كانت حين الاجراء غير عالمة بذلك وليس امر العقد كالصلاة والصوم اللتين لم تقعا مع الشك لانهما تعبدان لزم وقوعهما مع اليقين بالصحة كى يصح قصد الامر لكن العقد دائر مدار واقعه فصح مع الشك ان كان فى الواقع صحيحاً فعليه لوبلغها خبر القوت أو الطلاق فظنت بذلك ولو ضعيفاً فاعتدت وتزوجت بعده صح ثم ان لم يظهر خلافه والا فان ظهر فساد الخبر بطل العقد .

والحاصل لافرق بين الطلاق والقوت فى ان كلامهما غير محتاج الى البلوغ فكما أن الطلاق يمضى عدته بمجرد وقوعه فكذلك القوت.

فان قلت انه من المسلم المتفق عليه عدم جواز تزويج المرأة مع الشك فى مضى العدة ولو كان فى الواقع صحيحاً لكنه حسب الظاهر لا يجوز فما الفرق بين وقوعها بمضى زمانه وبين المشهور.

قلت انه اذا علمت بالموت ومضى أربعة اشهر وعشرا جازلها التزويج قطعاً

بخلاف المشهور فانه اذا علمت بالموت وجب عليها الاعتداد حتى يمضى اربعة اشهر وعشرا فاذا مضى ذلك من حين الموت او ماهو بمنزلة الموت كمضى اربع سنين على المفقود قد تمت العدة لوقلنا بعدم الاحتياج الى الطلاق فلا يحتاج الى تربصها بعد ذلك .

وبالجملة الظاهر من قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وقوله تعالى فعدتهن ثلاثة اشهر وقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجاً يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشر الدال بظاهره على التسوية بينهما فى التربص وكونه من حين الطلاق والوفاة لتعليق الحكم على وصفين بالتطبيق والوفاة عنهن الحاصل من حينهما هو ان المناط مجرد مضى زمانهما .

فان قلت أليس الظاهر من يتربصن هو انه من فعل الزوجة وانهن يتربصن بانفسهن بهذا المقدار .

قلت مضافا الى ان هذا الظهور معارض مع ظهور فعدتهن ثلاثة اشهر فانه صريح فى ان المعيار مضى هذا المقدار مطلقاً ان ذلك بحسب الغالب من وقوع الموت والطلاق بمحضهن وعلمهن بالموت او الطلاق .

ومن المعلوم ان المقام يقتضى كون الخطاب متوجا اليهن حينئذ بخلاف صورة عدم علم الزوجة بالسبب فان المسبب قد يقع بعد السبب قهراً كيف وقوله عز من قال فعدتهن ثلاثة اشهر ظاهر فى عدم مدخلية القصد بل مضى ذلك المقدار بل يمكن ان يقال عدم كون ثلاثة اشهر قصداً وذلك لامكان ان لا يقصده الزوجة عمداً بحيث عازمة على التزويج ولم يتيسر لها ذلك الا بعد تمام العدة فتأمل او قصد ثلاثة اشهر مطلقة ولازم وقوعها بقصد عدم وقوعها بعد السبب فالسبب مقتضى لوقوع المسبب فوراً بلا فرق بين السبب الشرعى والعقلى فالسبب التكوينى والتشريعى سواء فى ذلك .

فان قلت لم يلزم فى العدة القصد بل يمضى هذا المقدار من الزمان فلم

خاطب الزوجات بذلك الموضوع ان مضى الزمان ليس باختيارى للبشر .

قلت الخطاب من اجل ان التربص فى هذا المقدار قد لزم عليهن فلا يكن معجلن فى التزويج .

﴿ و ﴾ منه يعلم ما فى قول المصنف ﴿ لو علمت الطلاق ولم تعلم الوقت اعتدت عند البلوغ ﴾ لامكان كون البلوغ بعد عشر سنة او ازيد فبقيت مهملة وبلاعدة حتى ياتيها البلوغ مع علمها بالطلاق الذى علمت عدم انفكاكه عن لزوم العدة وهو عجيب بل اذا علمت بالطلاق علمت بالاعتداد ولو فى حال علمها به بل العلم بالطلاق ملازم لوقوعه قبلا فهو اعلى واقوى من البلوغ فانه علمت بالقطع بان اللازم عليها الاعتداد من دون حالة منتظرة .

ولكن الانصاف كون المسألة مشكلة فى الغاية خصوصاً فى الوفات لظهور روايات كثيرة فى ان العدة من حين بلوغ خبر الموت لاوقوعه بل فى بعضها التصريح بانه ولو كان بعد سنة او سنتين فانه صريح بصحة انفكاك المعلول عن العلة وابدأ بما قيل من ان عدة الوفات من عبادات النساء فيحتاج الى القصد لكانه مع ذلك لا بد من تعميم الفوت بما يعم من مضى اربع سنين حيث انه بمنزلة الموت ايضا فلا بد من التربص بعد مضى اربع سنين مطلقا باربعة اشهر وعشراً ولكنك عرفت ايضا انه لو لم تصبر بعد بلوغ الخبر مطلقا وتزوجت بعد التربص المذكور ولو من دون العلم بالموت اعتمادا على الخبر فبان بعده الصدق ووقوع العقد بعد العدة صح العقد .

و كيف كان فالروايات متعارضة وقد عرفت ان اللتى ظاهرها مضى الفوت موافقة مع الشريعة السهلة فتدبر .

قال فى الحدائق ما لفظه تنبيهات الاول ظاهر الاخبار المتعلقة بعدة الوفاة وانها تعتمد من يوم يبلغها الخبر او يوم ياتيها الخبر ونحو ذلك من هذه العبارات انه لافرق فى جواز الاعتداد لها بين كون المخبر ثقة يفيد قوله ظن الموت ام لا صغيراً كان

او كبيراً ذكر اكان او انشى كل ذلك للاطلاق الا انها وان اعتدت وحدثت بمجرد ذلك لكن لا يجوز لها التزويج الا بعد الثبوت الشرعى بالبينة او الشياخ وان طالت المدة المتوسطة واما خبر الطلاق فلا بد ان يكون ثابتاً معلوماً كونه فى اى وقت كما اشارت اليها الاخبار المتقدمة .

ومنها قوله الطلاق فى صحيحة الحلبي او حسنته ان قامت لها بينة عدل انها طلقت فى يوم معلوم وتيقنت فلتعتمد من يوم طلقت و فى صحيحة البنزطى المنقولة من كتاب قرب الاسناد اذا قامت البينة انه طلقها منذ كذا و كذا و نحوها صحيحة الاخرى المنقولة من الكافى وما اطلق من الاخبار يحمل على هذه الاخبار المفصلة المبينة ثم انه متى ثبت عندها خبر الطلاق ووقته فان كان قد مضى من الزمان ما تنقضى به العدة فقد انقضت عدتها ولتزوج ان شئت والا انتظرت تمام المدة.

الثانى لو بادرت فتزوجت بعد ان اعتدت بذلك الخبر الغير الثابت شرعاً فان التزويج يقع باطلا بحسب الظاهر لانا و ان جوزنا لها الاعتداد بمجرد ذلك الخبر الا انه لا يجوز لها التزويج الا بعد الثبوت الشرعى والحال انه لم يثبت .

نعم لو ظهر ان التزويج كان قد وقع بعد الموت والخروج من العدة كان صحيحاً لمطابقة ما وقع ظاهراً للواقع و ان ائتم بالمبادرة الى ذلك قبيل الثبوت الشرعى لو كان عالماً بتحريم الفعل فى تلك الحال و بذلك صرح شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك ثم قال ولو فرض دخول الزوج الثانى قبل العلم بالحال والحكم بالتحريم ظاهراً ثم انكشف وقوعه بعد الموت والطلاق و تمام العدة لم تحرم عليه بذلك و ان كان قد سبق الحكم به ظاهراً لتبين فساد السبب المقتضى للتحريم انتهى وهو جيد.

ومرجع ذلك الى الاكتفاء فى الصحة بمطابقة الواقع انتهى و يترتب على ذلك ايضاً انه لو تيقنت من قول مخبر لا يفيد قوله العلم او الظن القوى او كانت غافلة عن ذلك ولم يعلم ان اللزوم فى التزويج هو اليقين بعدم العدة وتزوجت فى

حال الغفلة والدخول عليها ثم تبين وقوع العقد بعد الفوت والعدة صح ايضاً.

المسألة السادسة اذا طلقها بعد دخول، ثم راجع في العدة، ثم طلق قبل المسيس لزمها استئناف العدة، لبطلان الاولى بالرجعة * .

وفي الجواهر المقتضية فسخ الطلاق وعود النكاح السابق، بل هو معنى الرجوع في الحقيقة، وليست هي سبباً لانشاء نكاح جديد، والا لتوقف على رضاها، فيصدق حينئذ على الطلاق الثاني أنه طلاق امرأة مدخول بها بالنكاح الذي يريد فسخه بالطلاق، خلافاً للعادة، فأوجبوا عليها اكمال العدة الاولى التي بطلت بالفراش الحاصل بالرجعة انتهى .

* * كذا * لو خالعهما بعد الرجعة * اذ هو كالطلاق بالنسبة الى ذلك وان * قال الشيخ هنا: الاقوى ان لاعدة، و * لكن * هو * كما ترى * بعيد * بل فاسد خصوصاً اذا اراد اختصاص الخلع بذلك عن الطلاق، كما هو ظاهر المتن، ضرورة عدم الفرق بينهما * لانه * كما يصدق على الطلاق أنه طلاق امرأة مدخول بها فتجب العدة لها، كذلك يصدق انه * خلع عن عقد تعقبه الدخول * لما عرفت من ان الرجعة أفادت عوده الى النكاح الاول هذا كله في المطلقة رجعيًا .

و * أما لو خالعهما * من أول الامر * بعد الدخول * بها وصبرورتها في طهر جديد * ثم تزوجها في العدة، وطلقها قبل الدخول لم تلزمها العدة لان العدة الاولى بطلت بالفراش الجديد و * الفرض انه اى * العقد الثاني لم يحصل معه دخول * .

وحاصل الفرق بين الرجوع وبين الخلع انه بعد الرجوع عاد النكاح الى الاول وبطل العدة كانه لم تقع رأساً فبعد الرجوع كانه نكاح الاول وفراشه فراشه. فعليه ينقطع ويرتفع ما مضى من العدة بل يجب عليها بعد الطلاق استئناف العدة لانها كانت في نكاح قد دخل بها اذا فرض بقاء النكاح الاول وحينئذ يصدق عليه الزوجة المدخول بها فيجب عليها عدة مستقلة مستأنفة.

وهذا بخلاف الخلع فانه يقطع النكاح السابق والفراش الذى كان معه فبعد التزويج كان نكاحا جديدا وفراشا حادثا فاذا طلقها بعده بدون الدخول لاعدة عليها فمدة الفرق فى الرجوع انه عاد النكاح الاول وفى الخلع ارتفع .

قال فى الحقائق ما لفظه هذا كله اذا كان الطلاق الاول رجعيًا اما لو كان بائناً كما اذا خالع زوجته المدخول بها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول فانه لا يلزمها منه العدة لان العقد الثانى لم يعد الفراش الاول وانما احدث فراشاً آخر والعدة الاولى بطالت بالفراش المتجدد ولم يحصل فيه دخول فاذا طلقها حينئذ فقد صدق انها مطلقة عن نكاح غير مدخول بها فيه فيدخل تحت عموم قوله تعالى ثم طلقوهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها .

وقيل يلزم العدة وهو منقول عن القاضى ابن البراج فى المهذب محتجاً بانها لم تكمل العدة الاولى وقد انقطعت بالفراش الثانى فتجب العود اليها بعد الطلاق قالوا و ضعفه واضح مما بيناه هذا خلاصة ما ذكره فى هذا المقام وهو ينحل الى مسائل ثلث .

الاولى ما اذا طلقها طلاقاً رجعيًا ثم راجعها ثم طلقها قبل الدخول وقد عرفت مما ذكره انه بالرجعة قدرجع النكاح الاول فالطلاق الثانى الواقع بعد الرجعة انما وقع لزوجة مدخول بها فيجب العدة البتة الى ان قال :

قال الثانية اذا كان الثانى بائناً وهذا هو الذى خالف فيه الشيخ فقال بسقوط العدة كما تقدم من ذكر دليله وما اورد عليه وفيه ما فى سابقته من البحث المذكور فان المسئلتين من باب واحد .

الثالثة ما اذا كان الطلاق الاول بائناً من خلع ونحوه وهذا هو محل الخلاف مع القاضى ابن البراج .

قال الشيخ فى الخلاف على ما نقله فى المختلف اذا تزوج امرئة ثم خلعها ثم تزوجها و طلقها قبل الدخول بها لاعدة عليها وقال ابن البراج فى المهذب فان خالعها ثم تزوجها

ثم طلقها استأنفت ايضاً العدة ولم يجز لها ان تبني على ما تقدم.
 ثم قال فى المختلف والوجه ما قاله الشيخ فى الخلاف انتهى وعليه جملة من وقفنا
 على كلامه من الاصحاب ولم ينقل فيه الخلاف الا عن القاضى المذكور والظاهر
 ان ما ذكره من الفرق بين المسئلتين الاولتين وبين الثالثة انما الجاهم اليه الحكم
 فى الثالثة بسقوط العدة فى الطلاق الثانى استناداً الى ما ذكره عن ظاهر الاية وعلى هذا
 بنو الحيلة فى اسقاط العدة فى هذه الصورة فجزوا لغير الزوج ان يعقد عليها بعد هذا
 الطلاق الاخير لكونها مطلقة غير مدخول بها الى ان قال .

والى ما اخترناه فى هذه المسئلة من استئناف العدة كما ذكره القاضى مال جملة
 من متأخرى المتأخرين قد تقدم ذكرهم فى الموضع المشار اليه وعلى ما ذكرناه يتجه
 ان يقال ان سقوط العدة الاولى بتزويجها فى العدة وهو المشار اليه بالفراش المتجدد
 انما تثبت بالنسبة الى الزوج لحل ذلك له خاصة حيث انه لا يجب الاستبراء من
 مائه الذى هو العلة فى وجوب العدة واما غيره فانه لا يجوز له العقد عليها فى هذه
 الحال مع العلم اجماعاً نصاً وفتوى لكونها فى العدة .

وحينئذ فاذا طلقها بعد هذا العقد فانه لاعدة عليها من هذا الطلاق الثانى
 بلا اشكال لدلالة الاية المذكورة المعتمدة بالاخبار على عدم وجوب العدة على
 المطلقة الغير المدخول بها ونحن انما نوجب عليها العدة من الخلع الاول الذى
 قد تقدم فان عدته انما سقطت سابقاً بالنسبة الى الزوج خاصة كما عرفت .

وحينئذ فقولهم فقد صدق انها مطلقة عن نكاح غير مدخول بها فيه مغالطة
 ظاهرة فان هذا الصدق المدعى انما يتم بالنسبة الى الطلاق الثانى وهو ليس محل
 البحث وانما محله الخلع الذى تقدم فان الادلة الدالة على وجوب العدة منه
 دالة باطلاقها على هذا الفرد الذى هو محل البحث غاية الامر انه قام الدليل على
 سقوطها بالنسبة الى الزوج خاصة فهو باق تحت اطلاق الادلة المشار اليها وتخرج
 رواية ابن ابى عمير المتقدمة فى الموضع المشار اليه شاهداً على ما ذكرناه انتهى بطوله

ونظير المسألة ما اذا كان المدخول بهامته ففسح الزوج عقدها ثم عقدها اذ ائما فطلقها من غير دخول في العقد الدائم فانه على مذهب القوم لاعدة عليها فانه في العقد الدائم كان الفراش جديداً من غير دخول ولكن عندي يحتاج الى العدة لصدق الزوجة المدخول عليها حينئذ موافقا لصاحب الحدائق .

والحاصل ان الاحكام الزوجية حيث كانت باقية بعد الطلاق الرجعي في الجملة فاذا رجع فيها يرجع تمام الاحكام ويجعله كالاول والفرض ان زوجته زوجة مدخول بها وكانت مدخولا بها بالنكاح الاول وبالعقد الاول واما في الخلع فداعرض عن نكاح الاول ورفع يده عنه ولذا قد اخذ الفدية في مقابل رفع يده فلاحق له للرجوع نعم يجوز له عقد جديد في حال عدتها او بعده فاذا عقدها ثانيا فكما انه نكاح جديد لو وقع العقد بعد تمام العدة فكذلك لو وقع في حال العدة فالعقد جديد والفراش حديث فلو طلقت بعد العقد بدون الدخول كانت غير مدخول بها في هذا العقد هذا حاصل مراد المشهور من الفرق .

وفيه ان العقد وان كان جديدا وكذا الفراش لكن الزوجة هل تكون مدخولا بها في النكاح الاول ام لا لسبيل الى الثاني فكانت هي الزوجة المدخول بها ولا فغير المدخول بها التي لاعدة لها هي الزوجة التي لا يدخل بها الزوج اصلا كما ان المدخول بها هي الزوجة التي دخل بها الزوج ولو في العقد الاول قبل الخلع ولو لم يدخل بها بعد التزويج .

فلو سلم الفرق بين الطلاق والخلع بذلك وان في الثاني فراش جديد بعد العقد في العقد بخلاف الرجوع لكن الزوجة هي الزوجة الاولى التي قد دخل بها فالدخول اذا وقع لا يخرج ولا يغيره عقد دون عقد كيف والاجاز متعة امرأة شابة في يوم واحد بالاشخاص الكثيرة بان عقدها الاول الى ساعة ثم بعد تمامها او في اثنائها فسخ العقد ثم عقدها ثانيا كذلك وفسخه في الثاني بدون الدخول فيجوز عقدها بالثاني لكونها في هذا العقد غير مدخول بها وهو بعينه ما قلتم في الخلع لانه بعد فسخ الزوج لا يملكها لامكان عدم قبول المرأة للمتعة ثانيا بعد فسخه

ولا يمكن للرجل اجبارها عليه فلو رضيت ثانيا كان الفراش جديدا بالضرورة ويكون غير الاول بالبداهة فلو كان ميزان الفرق بين الطلاق والخلع بوجود العدة في الاول دون الثانى هو ذلك لكان لازمه جواز ما ذكره بلا فرق بينهما وقد عرفته فى بحث الحيل فى المجلد ٣٧ فراجع .

هذا كله لو سلم الفرق بينهما بذلك والا فيمكن ان يقال بان التزويج فى عدة الخلع كالرجوع فى عدة الطلاق فى ان كلا منهما عاد النكاح الاول الذى كانتا فيه . والفرق ان الرجوع اختيارى للزوج والتزويج باختيار الزوجة وذلك لا يوجب كون الفراش بعد العود غير الفراش الاول . فان قلت الفراش بعد التزويج غير الفراش الاول .

[قلت] قد عرفت عدم الفرق بينهما فكما ان الخلع يوجب قطع الروابط بالمرّة فكذلك الطلاق فكما ان التزويج فى عدة الخلع نكاح جديد وفراش جديد فكذلك الرجوع فى الطلاق الرجعى توضيح ذلك انه لا اشكال فى زوال حكم النكاح بالطلاق فى الجملة ولذا لا يكون فراشه بعد الطلاق فراشه ولا يجوز له الدخول فيه بدون الرجوع كما عرفت .

فالفراش الذى يجوز له النوم معها وغشيانها ورؤيتها فيه عريانا والتكلم والضحك معها وغير ذلك ارتفع جميعها بالطلاق وزالت رأسا والزائل لا يعود جدا والرجوع بمنزلة سبب جديد للنكاح فكما ان العقد فى العدة سبب للحلية الحادثة فى الطلاق البائن والخلع فكذلك الرجوع فى الرجعى فالرجوع فى الرجعى عقد جديد كما ان العقد فى عدة الخلع عقد جديد لا للعقد الاول فما ذكر فى الخلع يجرى فى الطلاق والرجوع .

مع انهم لا يلتزمون به بل فى الثانى قائلون باستئناف العدة .

فان قلت لو كان الرجوع موجبا لنكاح جديد فيوجب عدم العدة عليها لان الفرض عدم الدخول فى النكاح الجديد .

قلت العدة من حيث ان الزوجة مدخول بها قيل الرجوع وهو ملاك العدة وعدمها لا كون الزوجة في عقد غير مدخول بها ولو كان كذلك في السابق فعليه العدة في المقامين فهذا هو الفارق بينهما ولو سلم الفرق بين الطلاق بعد الرجوع او بعد التزويج في الخلع بدون الدخول فالفرق الذي عند القوم غير فارق عندي وان المعيار كون الزوجة غير مدخول بها والفرض كونها مدخولا بها في المقامين فلزم عليها العدة في الفرضين .

قال في الحقائق ما لفظه قالوا اذا طلقها طلاقا رجعياً ثم راجعها انقضت العدة بالرجعة وعادت الى النكاح الاول المجامع للدخول وصارت كأنها لم تطلق بالنسبة الى كونها الان منكوحة ومدخولا بها وان بقي للطلاق السابق اثر مامن حيث عدة في الطلقات الثلث المحرمة فاذا طلقها بعد هذه الرجعة قبل الميسس لزمها استئناف العدة لانها بالرجعة عادت الى النكاح الذي مسها فيه فالطلاق الثاني طلاق في نكاح وجد فيه الميسس سواء كان الثاني بائناً ام رجعياً لاشتراكهما في المقتضى للعدة وهو كونه طلاقاً عن نكاح وجد فيه الوطى وفي معنى الطلاق البائن الخلع وفي هذا الاخير قول للشيخ في المبسوط بعدم العدة للخلع انتهى .

وقد عرفت وبالجمله سواء قلنا بان بعد الرجوع هو النكاح الجديد او النكاح الاول قبل الطلاق فاذا طلقها ثانياً صدق عليه طلاق زوجة مدخول بها فلزم عليها العدة بلا اشكال كما عرفت في عبارة الحقائق من غير فرق في ذلك بين كون طلاق الثاني طلاقاً رجعياً او خلعاً اذ الفرض ان الرجوع في قوة اعساده النكاح الاول فلو طلقها او خالعها ثانياً طلق او خالع المدخول بها .

وبالجمله هذا الكلام من هذا الاعظم عجيب في الغاية ﴿ و ﴾ لذا ﴿ قيل ﴾ والقائل القاضى : ﴿ يلزمها العدة ، لانها لم تتمكن العدة الاولى ﴾ وليس المراد كما في الجواهر انه يجب عليها كمال العدة الاولى التي لم تتمها ، وانقطاعها انما هو بمقدار زمان الفراشية ، فمع فرض زواله بالطلاق الثاني وجب عليها كمال

الاولى المستصحب بقاؤها انتهى بل المراد اصل استئناف العدة لاتكمال العدة والايان بما بقى منها فان ماضى منه قد زالت بالرجوع او التزويج فلزم عليها عدة كاملة سلمنا كان مراد هذا القائل باكمال العدة لكنه غير صحيح ايضا .

فالتحقيق عدم الفرق بين رجوعه ثم طلقها قبل الدخول او تزويجها فى عدة الخلع وطلاقها بدون الدخول فى ان اثر دخول الاول بحاله ولم يصدق غير المدخول بها الاعلى التى لم يمسه الزوج رأسا بعد العقد .

نعم ان دخل بها وطلقها وتمت عدتها ثم زوجها ثانيا ثم طلقها بدون الدخول يصدق انها غير مدخول بها فان الفرض ان العقد الذى كانت مدخول بها فيه قد تم ومضى عدته والفرض فى العقد الثانى لم يكن مدخولا بها

﴿ و ﴾ منه ظهر ان ﴿ الاول ﴾ وهو عدم العدة لو خالعا ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها بدون الدخول فى غير محله وان الذى هو ﴿ اشبه ﴾ بالقواعد ما قبل من لزوم العدة لما عرفت من صدق المدخولة عليها والله العالم .

المسألة ﴿ السابعة ﴾ لاخلاف فى أن ﴿ وطء الشبهة يسقط معه الحد ﴾ الذى عنوانه الزنا ﴿ وتجب ﴾ له ﴿ العدة ﴾ لاطلاق مادل على وجوبها بالادخال مطلقا سوى كونه بعنوان الزنا فانه حينئذ لاتجب العدة على المدخول بها لو كانت تعلم بعدم جواز الدخول عليها بل تجب عليها الحد حينئذ لامكان ان تعلم بالحال ولم يظهر للدخل من غير فرق بين جميع الاقسام سواء كانت فى عدة الغير ولم يظهر او كان الغير زاعما انها زوجته ولم تظهر المرأة ولم تخبره بذلك وغير ذلك ولو لم تعلم المرأة وعلم الرجل كان الامر بالعكس فلا تجب عليها العدة من مائه ويجب عليه الحد ولا يلحق به الولد لو كانت حاملا بل يلحق بالام حينئذ كما ستعرف . وكيف كان فيدل عليه روايات .

مثل ما عن حفص بن البختري ونحوه عنه ايضا عن ابى عبدالله باضافة

الغسل عن ابى عبدالله عليه السلام فى رجل دخل بامرأة ، قال : اذا التقى الختانان وجب

المهر والعدة وايضا عن الحلبي ، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دخل بامرأة قال:
إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة .

وهذه الروايات كما ترى ظاهرة في تحقق العدة بمجرد الدخول كانت
الموطوءة زوجة او لانعم يجب من حيث العدة تقييده بعدم كونه زنا ﴿ و ﴾ ولذا قال
﴿ لو كانت المرأة عالمة بالتحريم وجهل الواطئ لحق به النسب ، ووجبت له
العدة ، وتحد المرأة ﴾ حد الزانية ﴿ ولا مهر ﴾ لها لانها بغى .

وفي الجواهر بلاخلاف ولا اشكال في شيء من ذلك ، كما أنه لو انعكس
الامر لحق الولد بالامرأة ، ويحد الرجل حد الزاني ، ولها عليه مهر المثل ،
ولاعدة عليها على الاصح ، وان كان هو الاحوط .

قال في الحقائق قد صرحوا بان الشبهة في الوطئ ان وقعت من الطرفين
فالولد يلحق بهما وعليها العدة ولها مهر المثل اذا كانت حرة وان اختصت باحدهما
لحق به التسب ووجبت العدة عليها سواء كانت هي المختصة بالشبهة او هو مراعاة
لحق الوطئ الصحيح من طرف المشتبه عليه ويختص الحد بالعالم منهما ثم ان
كانت هي العالمة فلامهر لنا والاثبت ﴿ ولو كانت الموطوءة ﴾ لعالمة بالتحريم مع
جهل الواطئ ﴿ أمة لحق به الولد ﴾ قطعاً ، لانه أشرف الابوين ﴿ نكار ﴾ عليه ﴿ ه
﴿ أى الواطئ ﴾ قيمته لمولاه حين سقط ، ومهر ﴿ مثل ﴾ لاسه ﴿ وان كانت هي بغياً
﴿ وقيل : العشران كانت بكرأ ، ونصف العشر ان كانت ثيباً ، وهو المروى ﴾ .

المسألة ﴿ الثامنة اذا طلقها بائناً ثم وطأها لشبهة قيل ﴾ وان لم نعرف القائل
به قيل المصنف : ﴿ تتداخل العدتان ﴾ بأن تستأنف عدة كاملة للاخير منهما ،
وتدخل فيها بقية الاولى ﴿ لانهما لواحد وهو حسن ﴾ عند المصنف ، بل جزم به
الفاضل في القواعد على ما حكى عنه ﴿ حاملاً كانت ﴾ المطلقة ﴿ أو حائلاً ﴾ .

وفي الجواهر خلافا للمحكي عن الشيخ و ابن ادريس ، فلا تتداخل ، بل
في كشف اللثام نسبتة الى اطلاق الاكثر ، وفي غيره الى المشهور انتهى .

ودعوى الشهرة على التدخل حسن كما فى المتن لكن الكلام فى تعلق التعدد على وطء الواحد ثم الكلام فى التداخل لامكان ان يقال لامورد للتداخل اذا كان الواطء واحدا خلافا للجواهر قال ان الاصح عندنا عدم التداخل ، بل لكل وطء عدة مستقلة كالشخصين ، لتعدد السببين انتهى .

ولا يخفى ان بنائهم على عدم التداخل من حيث روايات التعدد ومن حيث ان كل سبب لا بد له من مسبب وقدمر تمام الكلام فيهما فراجع .

المسألة ﴿التاسعة اذ انكحت فى العدة الرجعية﴾ لمشتبه ﴿وحملت من الثانى اعدت بالوضع من الثانى﴾ قطعاً دون الاول ، لان الحمل له دونه ﴿وأكملت عدة الاول بعد الوضع﴾ بأشهر أو أقراء ، لما عرفت من عدم التداخل ﴿وكان للاول الرجوع فى تلك العدة﴾ التى هى له ﴿دون زمان الحمل﴾ الذى هو عدة المشتبه خلافاً للمحكى عن المبسوط والمسألة على الظاهر مشكلة ولنا بحث مع الاعلام .
واما كون العدة وضع الحمل من الثانى فلاشكال فيه واما ما بقى من عدة الزوج بعد الوضع فقد عرفت ما فيه من ان المسبب لا يصح انفكاكه عن السبب مع انه لامانع عن التداخل بما مر و عرفت من الروايات وحينئذ من حين انعقاد النطفة يتداخل فى مقدار الباقي من عدة الزوج فلاعدة عليها بعد الوضع الا اذا كان اول حملها آخر عدة المطلق فيكون عدة الباقي الى الوضع .

واما مسألة رجوع الزوج فمن المعلوم انه يصح له الرجوع فى زمن العدة المختصة به متصلة لامنفضله فان عدته يتحقق من حين الطلاق الى ان يتم ثلاثة اشهر وقع بينها حمل شبهة اولاً بحيث اذا تم هذه الازمنة تمت عدته فلا يكون له الرجوع جداً .

واما الكلام مع المبسوط فقوله بجواز الرجوع فى زمن الحمل حق لاشبهة فيه اصلاً لكننا نقول فى اى زمان الحمل اراد فان كان فى مقدار تداخل مع عدة المطلق فنعم الوفاق وان اراد الاعم حتى لو كان بعد ثلاثة اشهر بعد الطلاق فعدهته

على مدعيه وعبارته المحكية هذه «مذهبنا أن له الرجعة في زمن الحمل ، لان الرجعة تثبت بالطلاق ، فلم تنقطع حتى تنقضى العدة ، وهذه ما لم تضع وتكمل عدة الاول فعدتها لم تنقض ، فتثبت الرجعة عليها مادامت حاملا و بعد أن تضع مدة النفاس و الى أن تنقضى عدتها بالاقراء - بل قال - : لو قلنا : لارجعة عليها في زمن الحمل تثبت له الرجعة عليها أيام النفاس و ان كانت هي لم تشرع في عدتها ، لان عدة الاول قد انقضت ، وهي المانع له من الرجوع وان لم تكن معتدة منه في تلك الحال كحالة الحيض في العدة» انتهى ما حكى عنه .

قوله ان له الرجعة في زمن الحمل صريح في الجواز وقوله ما لم تضع وتكمل عدة الاول فعدتها لم تنقض ظاهر في ان للمطلق هو الرجوع حتى بعد الوضع في مقدار الباقي من عدته فكانه قد اوسع زمان رجوعه من اول انعقاد النطفة الى تمام ما بقى من ثلاثة شهر وهو كما ترى .

وقد عرفت من الروايات السابقة التداخل وان عليها عدة واحدة عنهما و حينئذ اذا انعقدت النطفة تداخل العدة في مقدار الباقي مع الحمل الى ان يتم ثلاثة اشهر او القروء بناء على اجتماع الحمل مع لحيض وبعد تمامه يختص العدة بالثاني وتمت عدة الاولى فلا يجوز له الرجوع بمقتضى اخبار التداخل بل الجميع على ما بيناه هناك لان زمان عدة الاول قد انقضى وعلى هذا فلو حملت بعد شهر من عدة الاول كان للمطلق الرجوع في شهرين باقيين في حال الحمل وبعده تملك المرأة نفسها وليس للزوج حق وتسلط عليها تأمل وراجع ما تقدم حتى يحصل لك اليقين بما ذكرنا .

قال في الحدائق ما لفظه هذا فيما لو كان جاهلا ولم تحمّل و اما لو حملت فيأتى بناء على وجوب تعدد العدة و عدم التداخل التفصيل بانه ان كان ثمة ما يبدل على انه للاول بان وطئت للشبهة بعد الحمل اعتدت للاول اولا بوضعه ثم تعتد للثاني بالاقراء والا بالاشهر وان كان الحمل للثاني ويعلم بوضعه لما زاد عن اكثر الحمل

من وطى الاول ولما بينه وبين الاول من وطى الثانى اعتدت بوضعه للثانى واكملت عدة الاول بعد ذلك فان كانت وحجيته كان له الرجوع فى زمن الاكمال دون زمان الحمل على الاشهر .

و ربما قبل بجواز الرجوع فى زمن الحمل ايضاً لانها لم تخرج بعد من عدته الرجعية لكن لا يجوز الوطى الى ان تخرج من عدة الشبهة ولو فرض انتفاء الحمل عنهما بان ولدته لاكثر من عدة الحمل من وطى الاول و لاقل من ستة اشهر من وطى الثانى لم يعتبر زمان الحمل من العدتين واكملت الاولى بعد الوضع بالاقراء والاشهر على حسبها ثم اعتدت بعدها للاخير كذلك ولو احتمل ان يكون منهما كما لو ولدته فيما بين اقل الحمل واقصاه بالنسبة اليهما انقضت احدى العدتين بوضعه على كل حال واعتدت بعد ذلك للاخر .

ثم ان الحق بالاول استأنف عدة كاملة للثانى بعد الوضع وان الحق بالثانى اكملت عدة الاول كما لو كان الحمل للثانى ابتداء انتهى .

وقد ظهر بحمد الله جواز الرجوع فى العدة بمقدار زمان عدته لا الاكثر لخروج زمانه وهل يحرم اذا رجع فيما يجوز وطء زوجته كما عرفت من عبارة الحدائق او يجوز لانه امرته وقد رجع اليها فلا يكون وطء الغير اشتباهاً موجبا لحرمة ذلك والظاهر عدمه .

﴿ كتاب الخلع والمباراة ﴾

قال فى الجواهر بضم الخاء من الخلع بفتحها الذى هو بمعنى النزاع لغة وشرعاً ازالة قيد النكاح بفدية من الزوجة و كراهة منها له خاصة دون العكس الى ان قال وكيف كان فالمباراة بالهمز وتقلب ألفا لغة المفارقة، يقال : بارأ الرجل شريكه اذا فارقه ، وشرعاً ازالة قيد النكاح بفدية منها مع كراهة من الجانبين . وكيف كان فشرعية الخلع ثابتة كتاباً وسنة واجماعاً من المسلمين وهل هو

كالطلاق فى كونه مبغوضا عندالله او كونه راجحا بل واجبا كما عن الشيخ وأبى الصلاح وابن البراج وابن زهرة عندتحقق موضوعه ، قال الشيخ فى النهاية : «انما يجب الخلع اذا قالت المرأة لزوجها : انى لااطيع لك أمراً ، ولااقيم لك حداً ولا أغتسل لك من جنابة ، ولاوطن فراشك من تكرهه ان لم تطلقنى ، فمتى سمع منها هذا القول وعلم من حالها عصيانها فى شىء من ذلك وانلم تنطق به وجب عليه خلعها» واحتج له بأن النهى عن المنكر واجب، وانما يتم بهذا الخلع فيجب واجيب بمنع المقدمة الثانية .

وربما حمل كلام الشيخ على شدة الاستحباب ، بل فى الحدائق حمل الوجوب فى كلامه على الثبوت ، بمعنى أنه لايشرع ولايثبت الا بعد هذه الاقوال ، نحو ما تضمنته النصوص من أنه «لايحل له خلعها حتى تقول ذلك» وليس فى شىء منها أمر بذلك . وعلى كل حال فلا ريب فى ضعفه ومنافاته اصول المذهب وقواعده . فلا يكون واجبا ولا مستحبا بل لارجحان له اصلا وانما يرتفع المبغوضية من حيث ان البغض وكراهة الشرع فيما اذا كان من ناحية الزوج مع ملائمة الزوجة وموافقها واما صورة عدم الموافقة واظهار كراهتها بمثل هذه الكلمات فيرتفع المنع والبغض المتعلق على الزوج بل الظاهر بقاءه على الاباحة الاصلية وعدم صحة اجبارها الزوج وبقي الطلاق بيد من اخذ بالساق بحاله .

نعم نتيجة تنفر الزوجة واظهارها بمثل هذه الكلمات جواز خلعها من الزوج ولو كانت المخالفة من الزوجة وعدم الاطاعة محرمة جدا فلو كان بمثل هذه الكلمات من الزوجة واجبا لتنافى مختارية الزوج فى امر الطلاق حيث وجب عليه بل وجب اجباره الحاكم بذلك وهو كما ترى بل مجرد الاباحة ظاهرة من قوله عزم من قائل «فان خفتم الايقيما حدودالله فلا جناح عليهما فيما افتدت به» . بل قد عرفت فى كتاب النكاح عدم وجوب الطلاق حتى فيما اذا زنت الزوجة بل حتى فيما عادت بالزنا وكررت فالقول بالوجوب مشكل فلا يصح حمل

الوجوب على الثبوت ايضا لبداها انه بعد هذه الاقوال لا يثبت ايضا بل بقي على مجرد الاباحة بل على الوجوب كان ذلك طريقا لخلاص الزوجة نفسها عن تحت الزوج فلافائدة في كون الطلاق بيد الزوج .

وبالجملة فلا وجوب حينئذ بالنسبة الى الزوج ولكن احتمال الحرمة من جانب الزوجة بل هي قوية لعدم جواز خروجها عن طاعة الزوج الا في موارد تثبت لها من جانب الشرع جواز الفسخ وكيف كان فظاهر الاخبار حرمة ذلك على الزوجة كما هو حرمة على الزوج اذا اضر بزوجه حتى راضت بالخلع وقد ورد في الاخبار الذم على كل منهما عند ارادة ذلك كما سيمر عليك .
وكيف كان فما يدل على جواز الخلع عند كلمات مخصوص من الزوجة كثيرة مثل .

ماروى عن [ابن عباس] «أنها جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس الى رسول الله ﷺ وهي بنت عبد الله بن ابي وكان يحبها وتبغضه ، فقالت : يا رسول الله ﷺ لا أنا ولا ثابت ، ولا يجمع رأسى ورأسه شيء ، والله ما أعيب عليه فى دين ولا خلق ، ولكن أكره الكفر بعد الاسلام ما أصفه بغضاً ، انى رفعت جانب الخباء فرأيتُه أقبل فى عدة فاذا هو أشدهم سواداً وأخصرهم قامة وأقبحهم وجهاً ، فنزلت الآية ، وكان قد أصدقها حديقه ، فقال ثابت : يا رسول الله ترد الحديقه ، فقال رسول الله ﷺ : ماتقولين ؟ فقالت : نعم وأزیده ، فقال : لاحديقه فقط ، فاختلفت منه .

ومثل ما عن محمد ابن مسلم ، عن أبى جعفر عليه السلام قال : اذا قالت المرأة لزوجها جملة لا أطيع لك أمراً مفسراً وغير مفسر حل له ما أخذ منها وليس له عليها رجعة .

وما عن محمد بن مسلم ايضا مثله .

وما عن على بن الحكم ، عن زرعة . عن سماعة بن مهران قال : قلت

لابى عبد الله عليه السلام : لا يجوز للرجل أن يأخذ من المختلعة حتى تتكلم بهذا الكلام كله، فقال : اذا قالت : لا اطيع الله فيك حل له أن يأخذ منها ما وجد .

وما عن الحلبي ، عن أبى عبد الله عليه السلام قال : لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها والله لأبر لك قسماً ولا اطيع لك أمراً ولا أغتسل لك من جنابة ولا وطن فراشك ولا ذنن عليك بغير اذنك ، وقد كان الناس يرخصون فيما دون هذا ، فاذا قالت المرأة ذلك لزوجها حل له ما أخذ منها الحديث .

وما عن محمد ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام قال : المختلعة التي تقول لزوجها اخلعنى وأنا اعطيك ما أخذت منك ، فقال : لا يحل له أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول : والله لا أبر لك قسماً ولا اطيع لك أمراً ، ولا ذنن فى بيتك بغير اذنك ، فاذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حل له ما أخذ منها الحديث .

وما عن سماعة قال : سألته عن المختلعة قال : لا يحل لزوجها أن يخلعها حتى تقول : لأبر لك قسماً ولا اقيم حدود الله فيك ، ولا اغتسل لك من جنابة ولا وطن فراشك ، وأدخلن بيتك من تكره من غير أن تعلم هذا ولا يتكلمونهم هى التي تقول ذلك ، الحديث .

وما عن أبى الصباح الكنانى ، عن أبى عبد الله عليه السلام قال : اذا خلع الرجل امرأته فهى واحدة بائنة وهو خاطب من الخطاب ولا يحل له أن يخلعها حتى تكون هى التي تطلب ذلك منه من غير أن يضربها وحتى تقول : لأبر لك قسماً ، ولا هى اغتسل لك من جنابة ، ولا دخلن بيتك من تكره ، ولا وطن فراشك ، ولا اقيم حدود الله فاذا كان هذا منها فقد طاب له ما أخذ منها .

وما عن أبى بصير ، عن أبى عبد الله عليه السلام قال : ليس يحل خلعها حتى تقول لزوجها ، ثم ذكر مثل ما ذكر أصحابه ثم قال ابو عبد الله عليه السلام : وقد كان يرخص للنساء فيما دون هذا ، فاذا قالت لزوجها ذلك حل خلعها وحل لزوجها ما أخذ منها الحديث .

وما عن يعقوب بن شعيب ، عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال في الخلع اذا قالت لأغتسل لك من جنابة ، ولا أبر لك قسماً ، ولا وطن فراشك من تكرهه فاذا قالت له هذا حل له ما أخذ منها .

وما عن العياشى فى تفسيره ، عن ابى بصير ، عن ابى عبد الله عليه السلام قال : سألته عن المختلعة كيف يكون خلعها ؟ فقال : لا يحل خلعها حتى تقول : أبر لك قسماً ولا اطيع لك أمراً ، ولا وطن فراشك ، ولا دخلن عليك بغير اذنك ، فاذا هى قالت ذلك حل له خلعها ، وحل له ما أخذ منها من مهرها وما زاد وذلك قول الله : « فلاجناح عليهما فيما افتدت به » واذا فعل ذلك فقد بانت منه وهى أملك بنفسها ان شاءت نكحته ، وان شاءت فلا ، فان نكحته فهى عنده على ثنتين .

وكيف كان فظاهر تلك الروايات حرمة ذلك على الزوجة كما تحرم على الزوج اذا فعل ما اوجب ذلك الكلمات على الزوجة وبالجملة لاشكال فى الحرمة اذا كانا بصدد الاضرار على الاخر .

ويدل عليه ما عن عقاب الاعمال عن النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث قال : ومن أضر بامرأة حتى تفتدى منه نفسها لم يرض الله له بعقوبة دون النار لان الله يغضب للمرأة كما يغضب لليتيم ، ألا ومن قال لخدمه أو لمملوكه أو لمن كان من الناس : لالبيك ولا سعديك ، فقال الله له يوم القيامة : لالبيك ولا سعديك اتعس فى النار .

ومن صار « خان خ ل » مسلماً فليس منا ولسنا منه فى الدنيا والاخرة ، وأيما امرأة اختلعت من زوجها لم تنزل فى لعنة الله وملائكته ورسله والناس أجمعين حتى اذا نزل بها ملك الموت قال لها : ابشرى بالنار فاذا كان يوم القيامة قيل لها : ادخلى النار مع الداخلين ، الا وان الله ورسوله بريثان من المختلعات بغير حق ، الا وان الله ورسوله بريثان ممن اضر بامرأته حتى تختلع منه .

وعن [روضة الواعظين] قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة .

أقول ﴿﴾ وكيف كان ﴿﴾ النظر في الصيغة والفدية والشرائط والاحكام ،
 اما الصيغة فـ ﴿﴾ اللفظ الصريح فيه ﴿﴾ أن يقول : خلعتك على كذا أو فلانة مختلعة
 على كذا ﴿﴾ .

وفي الجواهر بلاخلاف أجده في المقام وان توقفوا في الجملة الاسمية في
 العقود ، بل قد عرفت الخلاف في « أنت مطلقة » في الطلاق ، وان كان التحقيق عندنا
 ماسمعه غير مرة من عدم الاقتصار على لفظ مخصوص مادة او كيفية ، بل يكفي
 كل ما دل على انشاء الخلع من لفظ صريح في نفسه أو بالقربة انتهى .

﴿﴾ وعلى كل حال فـ ﴿﴾ هل يقع ﴿﴾ الافتراق ﴿﴾ بمجرد ﴿﴾ من دون اتباع
 بطلاق ؟ ﴿﴾ المروى ﴿﴾ مستفيضاً ﴿﴾ نعم ﴿﴾ لكن ﴿﴾ قال الشيخ : لا يقع حتى يتبع
 بالطلاق ﴿﴾ .

وفي الحدائق ما لفظه واختلف الاصحاب رضوان الله عليهم في صيغة الخلع
 اذا وقعت بلفظ الخلع من الصيغ المتقدمة ونحوها هل يجب اتباعها بلفظ الطلاق ام
 تكفي وحدها قولان .

والى الثانى ذهب المرتضى رضى الله عنه في المسائل الناصرية فقال عندنا
 ان الخلع اذا تجرد عن لفظ الطلاق بانتهى به المرثة وجرى مجرى الطلاق ونحوه
 قال ابن الجنيد حيث صرح بانه ليس عليه ان يقول قد طلقتك اذا قال قد خلعتك
 والى هذا القول مال العلامة فى المختلف والتحرير والشهيد فى شرح الارشاد ونقله
 فى المختلف عن ظاهر الشيخ المفيد والصدوق وابن ابي عقيل وسلار وابن حمزة
 واعتضده السيد السند فى شرح النافع وقبله جده والظاهر انه المشهور والى الاول
 ذهب الشيخ فى كتابى الاخبار وتبعه ابن البراج فى المذهب وابن ادريس وهو الظاهر
 من كلام ابي الصلاح واختاره الشهيد فى اللمعة .

وظاهر المحقق فى كتابيه التوقف فى المسئلة حيث انه قال فى الشرايع وهل
 تقع مجردة المروى نعم وقال الشيخ لا تقع حتى تتبع بالطلاق ونحوه فى المختصر

حيث قال وهل يقع بمجردة قال علم الهدى نعم وقال الشيخ لاحتمى يتبع بالطلاق انتهى .

وانت خبير بان اقتصاره على مجرد نقل القولين كما فى المختصر ونسبته احدهما الى الرواية كما فى الشرايع ظاهر فيما قلناه والاصل فى هذا الاختلاف اختلاف اخبار الواردة عنهم عليه السلام فى هذا المقام .
فالواجب اولاً نقل ما وصل اليه من اخبار المسئلة الى ان ساق روايات الباب ثم قال بعد كلام طويل .

وبالجملة فالظاهر انه ان ثبت ان مذهب العامة الاقتصار على صيغة الخلع كما ادعاه الشيخ وابن سماعة فحمل تلك الاخبار على التقية غير بعيد الا ان الظاهر من صحيحة سليمان بن خالد المتقدمة انما هو العكس فانه عليه السلام بعد ان اُفتى باكتفاء بمجرد الخلع وانه لا ضرورة الى الاتباع بالطلاق قال ولو كان الامر اليه لم يجز طلاقها فانه ظاهر كما ترى فى ان الاتباع بالطلاق انما اجازوه تقية ولو كان الامر رجوع اليهم لم يجزوا الطلاق هنا بل اكتفوا بالخلع .
وكيف كان فالمسئلة عندى لا تخلو من شوب الاشكال وللتوقف فيها مجال انتهى .

وفى استفادة عكس التقية من [صحيح سليمان] بن خالد قلت له . أ رأيت ان هو طلقها بعد ما خلعها أيجوز ؟ قال : ولم يطلقها وقد كفاه الخلع ؟ ولو كان الامر اليه لم يجز طلاقها ما لا يخفى فان كون الخلع طلاقاً صريحاً كلمات العامة والروايات كلها بهذا المضمون فلا بد من ذكر بعض عبارات العامة حتى يعلم ان مذهبهم كون الخلع طلاقاً ولا يحتاج الى لفظ الطلاق فيستفاد منه ان جميع الاخبار الواردة على حصول الطلاق بلفظ الخلع كان من باب التقية او كان مذهبهم احتياج الخلع بالطلاق كى يكون العكس وان الاتباع بالطلاق تقية كما فهم فى الحدائق فقال فى الفقه على المذاهب ما لفظه المالكية قالوا الخلع شرعاً هو الطلاق بعوض

وقد تقدم تعريف الطلاق الى ان قال الشافعية قالوا الخلع شرعاً هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض الى ان قال الحنابلة قالوا الخلع هو فراق الزوج امرأته او غيرها بالفاظ مخصوصة .

ولا يخفى ان ظاهر هذه العبارات كلها ان الخلع نفسه طلاقاً فلا يصح الاستفادة العكس فلاخبار الواردة على ان الخلع طلاق كلها وردت على طبق العامة نعم ظاهر قوله ط لو كان الامر الينا لم نجز طلاقها قد يظهر منه ما افاد فان المعنى لو كان الامر الينا لم نجزان يقع الطلاق بعد الخلع لكفاية الخلع فنجوز الطلاق بعده لعدم القدرة لكن لا يخفى ان كفاية الخلع فى الطلاق كان مفاد جميع هذه الاخبار المتواترة فكيف لا يكون لهم قدرة على بيانه مع ان لازم استفاد منه عدم القدرة على الفتوى بكون الخلع طلاقاً وهو اقوى شاهد على ان عدم القدرة على بيان لزوم الطلاق بعد الخلع .

وكيف كان فمع قطع النظر عن رواية سليمان بن خالد كان كفاية كون الخلع طلاقاً مذهب ما عرفت فالرشد فى خلافهم والحاصل مفاد جميع الروايات موافقة للعامة ومعه كيف يطمئن النفس بكون صدورهما على جهة الواقع .

[وفى صحيح ابن بزيغ] «سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن المرأة تبارىء زوجها أو تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك أو هى امرأته ما لم يتبعها بالطلاق ؟ فقال : تبين منه وان شاعت أن يرد اليها ما أخذ منها وتكون امرأته فعلت ، فقلت : انه قد روى أنه لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق ، قال ليس ذلك اذا خلعاً ، فقلت : تبين منه ؟ قال : نعم .»

و صحيحه الاخر عنه عليه السلام «سألته عن المرأة تبارىء زوجها أو تختلع منه بشاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه ؟ فقال : اذا كان ذلك على ما ذكرت فنعم ، قال : قلت قد روى لنا أنها لا تبين منه حتى يتبعها بالطلاق ، قال : فليس ذلك اذا خلعاً ، فقلت تبين منه ؟ قال : نعم .»

[وقال الصادق عليه السلام فى صحيح الحلبي : «عدة المختلعة عدة المطلقة ،

وخلعها طلاقها ، وهي تجزى من غير أن يسمى طلاقاً .

وقال الصادق عليه السلام «المختلعة التي تقول لزوجها : اخلعنى وأنا أعطيك ماأخذت منك، فقال : لايجل له أن يأخذ منها شيئاً حتى تقول : والله لأأبرك قسماً، ولاطيع لك أمراً ولأأذن في بيتك بغير اذلك ولاوطنن فراشك غيرك فاذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حل له ما أخذ منها ، وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها ، وكانت بائناً بذلك ، وكان خاطباً من الخطاب » الى غير ذلك من النصوص الظاهرة فى حصول الطلاق بالخلع لكن قد عرفت ما فيه فان الكلام فى قولهم وكان الامر الينا لم نجز طلاقها فانه ظاهر فى انهم (ع) لايقدرّون على غير ذلك الحكم و عليه لايعتنى بمثل الف رواية صريحة فى عدم الاحتياج الى الطلاق فانه موجب للوهن فيها مع كثرتها مضافا الى ان الاصل فى الفراق والبيئونة هو الطلاق بل ويدل عليه .

[خبر] موسى بن بكر عن الكاظم عليه السلام قال : قال على عليه السلام : المختلعة يتبعها الطلاق مادامت فى العدة والاشكال عليه بمثل ضعف السند مشترك الورود فى اكثر الروايات وبالادلة فى غير محله نعم يمكن ان يقال بعدم مقاومته مع هذه الكثرة لكن مع احتمال صدورها تقيه لايطمئن النفس بالعمل بها وتركها هو طريق النجاة خصوصا مع ذهاب هؤلاء الى العمل به مؤيدة بان ذلك ليس زائدا على نحو معاملة ومبادلة ومضمونها اخذ المال فى مقابل رفع اليد عن الزوجة ولو سلم فلا اقل من الشدة فاللازم ان يتعقبه بالطلاق وعدم الالتقاء بنفس الخلع .

وكيف كان فالمسألة مهمة والاحتياط فى النكاح مقتضى لذلك اليس فى الروايات ومنه الولد فيمكن فى الواقع عدم كفاية الخلع مجرداً عن الطلاق فيكون الزوجة ذات بعل .

وقد تزوجت وتعيشت مع الغير فى مدة كثيرة هذا مع انه مشكل من حيث ان الظاهر من هذه الصيغة هو رفع اليد عن الزوجة فى مقابل المذكور وهو لا يدل على البيئونة الحقيقية كالطلاق مع كون المتيقن من حصول الفراق هو لفظ الطلاق

اجراء الصيغة بنحو خلعتك على كذا نظير قوله بعنتك بكذا فى كونه مفيد الانتقال المال اليه فالصيغة فى المقام مفيدة لصيرورة المال للزوج واما صيرورتها مبانة عن الزوج فلا بل يحتاج الى صيغة الطلاق ولعله واضح عند التأمل ولو كان قصد الزوج من المال رفع اليد عنها لكن رفع اليد لا يحصل الا بالسبب وهو الطلاق فداعيه من المال رفع اليد عن الزوجة لكن الزوجة لا تخرج عن تحته بالقصد الابيه مع لفظ وضع له شرعاً.

والحاصل انه لو بنى على اتباع الخلع بالطلاق كان الركن والعمدة حينئذ هو الطلاق فانه هو المراد والمقصود والخلع حينئذ مقدمات حصول الطلاق وبالجملة الطلاق ايقاع لا يحتاج الى قبول بخلاف الخلع فانه يحتاج الى ايجاب من المرأة و قبول من الزوج فهو معاملة اجنبية عن الايقاع فطلاق الخلع باعتبار ان شرط وقوعه وايقاعه فى الخارج وقوع معاملة وتراضى بين الزوجين بحيث لو لم يكن ذلك لما وقع بينهما طلاق .

فالطلاق مطلقا ايقاع يحصل بدون رضى الزوجة و طلاق الخلع يحتاج الى ارضائها الزوج و كراهتها عن الزوج حتى بذلت لاجل وقوع ايقاع الطلاق ومنه يعلم ان الخلع بنفسه ليس بطلاق اصلا بل الطلاق امر يتوقف على حصول بذل الزوجة و ان شئت قلت ان الخلع من شرائط الطلاق نظير شرائطه الاخر وبهذا الشرط يصير فرد من الطلاق.

ثم انه حكى عن السيد المدارك قدس سره فى شرح النافع بعد ان نقل عن الشيخ العمل برواية موسى بن بكر المتقدمة وانه اجاب عن الاخبار المتقدمة بالحمل على التقية لانها موافقة لمذهب العامة ما لفظه وهذا الحمل انما يتم مع تعارض الروايات وتكافؤها من حيث السند و الامر هنا ليس كذلك فان الاخبار المتقدمة مع صحتها وسلامة اسانيدها مستفيضة جداً.

و ما احتج به الشيخ رواية واحدة رواها موسى بن بكر و هو واقفى غير

غير موثق فكيف يعمل بروايته ويتركها الاخبار الصحيحة الدالة على خلافه ما هذا الاعجب من الشيخ ومع ذلك فهذه الرواية متروكة الظاهر لتضمنها ان المختلعة يتبعها بالطلاق مادامت في العدة والشيخ لا يقول بذلك بل يعتبر وقوع الطلاق بعد تلك الصيغة بغير فصل فماتدل عليه الرواية لا يقول به وما يقول به لا تدل عليه الرواية انتهى ما حكى عنه .

وانت اذا تأملت فيما ذكرت تقدر على فساد ما ذكره قده فان قوله عَلَيْهَا لو كان الامر البينا صريح في صدور هذه الروايات عنهم على جهة غير الواقع خوفاً للعدو وحينئذ لا يحتاج الى المعارضة كي يحمل على التقية مع ان المعارضة ايضا حاصله بين الاخبار وبين ما يتمسك به الشيخ وقوله ما احتج به الشيخ رواية واحدة فيه ان الرواية الواحدة اذا اشتملت من المزايا ما لم يشتمل معارضتها كانت مقدمة على غيرها وان كانت كثيرة فالاخبار الصحيحة صح العمل بها لو لم يكن صادرة تقية و الواقفية لا يكون مناط القدر بعد ما كان المسلم بين الاصحاب هو العمل برواياتهم في جميع ابواب الفقه بعد كونهم محل الاعتماد والوثوق.

نعم قول الكاظم عَلَيْهَا مادامت في العدة مما يوجب التأمل فيه لكن لا ما ذكره بل من حيث ان لازمه التناقض فان قوله عَلَيْهَا مادامت في العدة ظاهر في حصول الطلاق بنفس الخلع فانه لو لم يحصل لما كان لها العدة فهي حاصلة بعد الطلاق الصحيح فلو لم يحصل بالخلع طلاق لما كانت لها العدة ، و لو حصل لما يحتاج الى الطلاق ثانيا .

ولكن يمكن الجواب عنه ايضا بان غايته عدم لزوم اتباعه الطلاق متصلا بل يجوز ولو كان منفصلا عنه ويكون المراد من العدة حينئذ مقدار العدة وزمانها فيكون المقصود قابلية الخلع لاتباعه بالطلاق في مثل مدة العدة فلا ينافي ذلك وجوب العدة من حين وقوع لفظ الطلاق بعد الخلع بداهة انه لو خالعه في الامس ثم طلقها في الغد بل بعد ايام صح فانه هو الطلاق حقيقة وكذا بكثير من الايام فالمراد

من العدة مقدار من الفصل بل لا بد من هذا المعنى بدلالة الاقتضاء صونا للكلام الحكيم عن اللغوية والتنافى فاراد بالعدة مجازاً مقدار زمانها وفى الوسائل حمل العدة على الطهر فقال المراد بالعدة هنا عدة الطهر اى لوحضت بعد الخلع وقبل الطلاق لم يجز بل ينتظر الطهر.

ولابأس بذلك الحمل لامكان انه بعد الخلع حاضت وح لو كان اللازم بعده لفظ الطلاق لم يصح لامكان الحيض فلا بد وان يصبر حتى طهرت و يمكن حينئذ ان يكون التغيير بالعدة ايضا للتقية كى لا يكون معهم المخالفة بالكلية فانه فى هذه العبارة ميل بالعامية ومفاده مفاد الروايات فانه اذا وقع الطلاق بنفس الخلع يكون بعده زمان العدة فاتى بالحكم الواقعى بنحو لا يكون للخصم اعتراض عليه و كيف كان صححت الرواية على كل من هذه التوجيهات .

و يؤيده بل يدل عليه ما رواه عبيد بن زرار ، عن أبى عبدالله عليه السلام قال : ما سمعته منى يشبه قول الناس فيه التقية ، وما سمعت منى لا يشبه قول الناس فلا تقية فيه .

فان كون الخلع طلاق مع انه خلع على ما بذلت هو معاملة بينهما ومقدمة للطلاق بعده لضرورة انه لولم تبذل لم يطلقها زوجها فكون الخلع طلاقا يشبهه قول الناس بل اصالة بقاء النكاح كافية مع الشك فى مزيله .

وفى الوسائل بعده قال: وفى معناه أحاديث كثيرة جداً يأتى بعضها فى القضاء وقد نقل الشيخ عن ابن سماعة أنه استدل به على أن ما تضمن أن الخلع طلاق ورد من باب التقية مضافاً الى القرائن والتصريحات انتهى .

و كيف كان قد عرفت ان عمدة الاشكال هو الحكم بوقوع الطلاق فى العدة مع ان العدة يتوقف على الطلاق و ح ان كان الخلع طلاقا صح زمان العدة بعده وكان الطلاق لغواً وان لم يصح لم يكن بعده زمان العدة وهذا وامثاله قدح يوجب الطرح لامجرد كون الراوى واقفيا ونحوها بعد احراز عدالته ووثاقته .

وكيف كان فقد عرفت ان البذل والمخلع مفيد ان لنقل المال عن الزوجة الى الزوج لاحصول البيئونة بينهما فلا بد من بعده من الطلاق ولا اقل من الاحتياط لامكان ان لا يحصل بيئونة بمجرد الخلع ومؤيدا بخبر موسى بن بكر و لان لفظ الخلع غير لفظ الطلاق والشارع جعل لفظ الطلاق للفراق بالطلاق .

﴿ وكيف كان ففى المسالك وكشف اللثام ﴾ لا يقع ﴿ عندنا ﴾ بفاديتك مجرداً عن لفظ الطلاق ولا فاسختك ولا ابتكتك ﴿ ونحوها لانها كنايات فلا يقع بها كالطلاق ، لاصالة بقاء الزوجية .

﴿ وكيف كذا ﴾ لا يقع ﴿ بالتقابل ﴾ الذى قد عرفت عدم مشروعيته فى عقد النكاح الذى قام الطلاق والخلع مقامه فيه .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ بتقدير الاجتزاء بلفظ الخلع هل يكون فسخاً أو طلاقاً؟ قال المرتضى ﴿ وتبعه المشهور: ﴾ هو طلاق ﴿ بل ظاهر ناصريات المرتضى أو صريحه الاجماع عليه بعد أن حكى عن بعض المخالفين أنه فسخ ﴿ وهو ﴾ اى الطلاق ﴿ المروى ﴾ كما مر عليك الروايات ، وفى بعضها «خلعها طلاقها» وفى آخر «وكانت عنده على تطليقتين» وفى الثالث «وكان تطليقة بغير طلاق يتبعها» وفى رابع «الخلع والمباراة تطليقة بائن وهو خاطب من الخطاب» الى غير ذلك ﴿ وهو ﴾ العويصة الاخرى انه بعد اطلاق الروايات على الخلع بانه طلاق .

﴿ قال الشيخ : الاولى أن يقال فسخ ﴾ لانه ليس بلفظ الطلاق ، وهو لا يقع عندنا بالكناية ، و لانه لو كان طلاقاً لكان رابعاً فى قوله تعالى «فلا جناح عليهما» لان قبله «الطلاق مرتان» الى آخرها ، وبعده «فان طلقها فلا تحل له» الى آخرها ، فذكر تطليقتين والخلع تطليقة بعدها ، ولانها حلت من صريح الطلاق ونيته فكان فسخاً كسائر الفسوخ كذا فى الجواهر و اصله من العامة ﴿ وهو ﴾ من الشيخره ﴿ تخريج ﴾ اى اجتهاد من النصوص الى غير النصوص ومضى منها الى غيرها . وان شئت قلت ان ذلك منه اجتهاد فى مقابل النصوص و وجهه واضح

اذ النصوص كلها واضحة الدلالة على كونه طلاقاً لفسخاً فمن ايها استفاد الفسخ.
ثم ان عبارة الشيخ فى الخلاف ايضاً مجمل حيث قال الصحيح من مذهب اصحابنا ان الخلع بمجرد لا يقع ولا بد معه من التلفظ بالطلاق وفى اصحابنا من قال لا يحتاج معه الى ذلك بل نفس الخلع كاف الا نهم لم يبينوا انه طلاق او فسخ وللشافعى فيه قولان احدهما ان الخلع طلاق ذكره فى الاملاء واحكام القرآن وبه قال عثمان بن عفان ورووه عن على عليه الصلوة والسلام وعبدالله بن مسعود وبه قال مالك والاوزاعى وابو حنيفة واصحابه وقال فى القديم الخلع فسخ وهو اختيار الاسفراينى وبه قال ابن عباس وصاحبه عكرمة و طاوس وفى الفقهاء احمد واسحق وابو ثور. [دليلنا] ان ما اعتبرناه مجمع على وقوع الفرقة به وما قالوه ليس عليه دليل و من لم يعتبر من اصحابنا التلفظ بالطلاق الاولى ان يقول انه فسخ وليس بطلاق لانه ليس على كونه طلاقاً دليل ويدل عليه قوله تعالى «الطلاق مرتان فامسك بمعروف او تسريح باحسان» ثم ذكر الفدية بعد ذلك ثم ذكر الطلقة الثالثة فقال «فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره» فذكر الطلاق ثلثاً وذكر الفدية فى ثنائه فلو كان طلاقاً كان الطلاق أربعاً وهذا باطل بالاتفاق انتهى .

هذه العبارة تدل على عدم كون الخلع فسخاً عنده من وجهين الاول قوله وفى اصحابنا الخ حيث انه اولا افاد ان الخلع يلزم الطلاق .

ثم قال و من اصحابنا من قال بعدم لاحتياج الى الطلاق بل نفس الخلع طلاق وهؤلاء الذين قالوا كذلك لم يبينوا بكون الخلع طلاقاً فيظهر منه ان الذى قال للزوم الطلاق ليس عنده كذلك فيكون الحاصل ان الذى قال لم يحتج الخلع الى الطلاق يمكن عنده كون الخلع فسخاً دون الذى احتج به الى الطلاق فنفسه خارجة عن هذا النزاع الثانى .

قوله ومن لم يعتبر الخ اى من لم يعتبر فى الخلع الطلاق كان الاولى عنده فسخاً ولكن نفسه حيث اعتبر لفظ الطلاق فلا يكون عنده فسخاً بل يمكن استفادة ذلك من قوله دليلنا الخ فان الذى مجمع على صحته كون الخلع يتبعه الطلاق

وانه ليس بفسخ بخلاف غيره هذا حال هذه العبارة .

نعم و يظهر من اقامة الدليل لمن قال بالفسخ كانه هو مذهبه فتأمل واصله من العامة قال ابن القدامة فى المغنى ليس فى الباب شىء اصح من حديث ابن عباس انه فسخ واحتج ابن عباس بقوله تعالى الطلاق مرتان ثم قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان اربعا ولانها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ انتهى .

وفى الدليلين ما لا يخفى اما الاول فقوله عز من قائل الطلاق مرتان فى مقام بيان كون الطلاق الرجعى الذى يكون للزوج قدره على الرجوع هو مرتان لا الثلاثة فانه فيها لا يمكن الرجوع وانه بعد الطلاق لزم اعطاء تمام المهر وعدم منعهن على شىء منه ثم بين بقوله فان خفتم الخ صورة عدم الملازمة والميل من الزوجة وانه حينئذ يحل للزوج الاخذ مما اعطته وهو حكم آخر غير مربوط باعداد الطلاق فبين تبارك وتعالى الى هنا حكمان حكم طلاق الرجعى وحكم الخلع ثم بين حكم الطلاق الثالث بقوله فان طلقها فلا يحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فقوله فان طلقها راجع الى صدر الايات .

وهو قوله الطلاق مرتان اى ان طلقها بعد مرتان فلا يحل له الخ فبين فى الايات ثلاثة احكام الاول حكم الطلاق الرجعى الى ما دون الثالث الثانى مع الثالث الثالث طلاق الخلع فالايات باجمعها اجنبية عن بيان الاقسام وكونه رابعا لو كان طلاقا وهل يتوهم من الايات عاقل بان المراد من قوله فيما افتدت به هو الفسخ هذا .

وبالجملة الاستدلال بقوله عز من قائل الطلاق مرتان لجعله اثنين وقوله وما افتدت ثالثا لو كان طلاقا ثم تطليقة بعدها رابعا من الاعاجيب ولازمه انه لو قال الطلاق ثلاث مرأة يريد انه طلاق لارجعة فيه كان خامسا مع بعدهما مع انه بديهي

ان المراد بقوله الطلاق مرتان ان الطلاق لو وقع مرتان لم يحتج الى زوج آخر فهذا هو المراد لاعدده اثنان فلا يكون فى مقام تعداد الطلقات واقسامها كقول القائل الطلاق رجعى وبائن وخلع بل لو سلم كونه فى مقام بيان الاقسام كان جعل المرتين مرتين فاسداً جداً .

فان المقصود ان الطلاق الرجعى الذى واحد من الاقسام لو وقع منه المرتان كان باقيا برجعيته ما لم يبلغ الى الثلاث لان وقوعه مرة اخرى يجعله الثانى فى مقابل الواحد كى يكون الطلاق الواحد واحداً من الاقسام والطلاق ثانياً ثانياً من الاقسام حتى يرد عليه ما ذكرت من انه لو ذكر الثلاث كان ثالثاً فلو كان الفسخ طلاقاً كان رابعاً وبعد ذكره الطلاق الثالث بقوله فلو طلقها كسان خامساً فالطلاق واحد وقع منه مرة او ازيد وقوله فلاجناح عليهما ثانياً فانه اشارة الى طلاق الخلع والحاصل ليس هو تبارك و تعالى الا فى مقام بيان طلاق الرجعى و الخلع وان الاول ما لم يبلغ الى الثلاث لم يحتج الى زوج اخر بخلاف الخلع حيث لارجعة فيه واما دليله الثانى فقوله خلت عن صريح الطلاق ونيته فلو سلم انه لو كان شيئاً خلا عن لفظ الطلاق ونيته كان فسخاً لكن ذلك لا يزيد حكمه عن نفس الفسخ مع نيته فهل يحصل مع ان البيونة تحتاج الى لفظ الطلاق وانه بسا جمع جميع اهل العلم .

لا يكون الفسخ من الفاظ لطلاق ولا يحصل الطلاق بالفسخ ولا يكون مشروطاً بشرائط الطلاق فان للفسخ موارد معينة كموارد العيب فى احد الزوجين فيفسخ عند العيب من دون مراعات شرط كحمال الطهر وعدم الموافقة ورضاية الزوج وقد مرّ الكلام فيه فراجع ج ٣٧

وكيف كان فلا اظن بالشيوخ كونه قائلاً بان الخلع المجرد عن الطلاق فسخ لما عرفت من ان كلماته ظاهر فى ان هذا القول لبعض اصحابه وعرفت ايضاً اجمال عبارته ومثله عبارة اخرى فى الخلاف حيث قال ما لفظه .

المختلعة لا يلحقها الطلاق ومعناه ان الرجل اذا خالع زوجته خلعاً صحيحاً ملك به العوض وسقطت به الرجعة ثم طلقها لم يلحقها طلاقه سواء كان بصريح اللفظ او بالكناية في العدة كان او بعد انقضائها بالقرب من الخلع او بعد التراخي عنه وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعروة بن الزبير وفي الفقهاء الشافعي واحمد ابن حنبل و اسحق وذهب الزهري والنخعي والثوري وابو حنيفة واصحابه الى ان يلحقها طلاقها قبل انقضاء العدة ولا يلحقها بعد انقضائها .

وانفرد ابو حنيفة بان قال يلحقها الطلاق بصريح اللفظ ولا يلحقها بالكناية مع النية وذهبت طائفة الى انه يلحقها بالقرب من الخلع ولا يلحقها بالبعد منه ذهب اليه مالك والحسن البصري ثم اختلفا في القرب فقال مالك ان يتبع الخلع بالطلاق فنقول له خالعي بالف فقال خالعتك بالف انت طالق وقال الحسن البصري القرب ان يطلقها في مجلس الخلع والبعث بعد التفرق عن مجلس الخلع .

[دليلنا] انا قد بينا ان الخلع بمجرد لايقع وانما يحتاج الى التلفظ بالطلاق فاذا تلفظ به فلا يمكنه ان يطلقها ثانياً الا بعد المراجعة على ما نبينه في كتاب الطلاق وهذه لا يمكن فيها المراجعة ومن قال من اصحابنا انه لا يحتاج الى لفظ الطلاق فلا يمكنه ايضاً ان يقول باتباع الطلاق لانه لا رجعة فيها فلا يمكنه ايقاع الطلاق لانها قد بانت بنفس الخلع .

و ايضاً قوله تعالى « الطلاق مرتان فامسك بمعروف او تسريح باحسان » فلما قال الطلاق مرتان قيل ثم ماذا يارسول الله ﷺ فقال او تسريح باحسان فموضع الدلالة هو انه جليل التسريح الى من اليه الامسك فلما ثبت انه بعد الخلع لا يملك امسكها دل على انه لا يملك تسريحها وعليه اجماع الصحابة روى ذلك عن ابن عباس وابن الزبير رواه الشافعي عنهما ولا يخالف لهما في الصحابة انتهى .

صريح صدر العبارة عدم الحاق الطلاق بالخلع بل نفسه طلاق و صريح دليله بقوله انا قد بينا الخ ايضا احتياج الخلع بالطلاق وهما متعارضان .

وكيف كان فعبارات الخلاف مجتمعة في فهم مراده ويظهر من بعضها كون

الخلع لزم اتباعه بالطلاق . والا يكون فسخا . ومن بعضها يظهر ان ذلك مذهب من اصحابه .

وعلى اى حال ظاهر روايات كثيرة كونها خلما اى طلاق الخلع لا يحتاج الى لفظ الطلاق وقد عرفت صحة احتياجه الى الطلاق وان الاخبار وردت تقيية فيقع الكلام فى الخلع المجرد بعد عدم كونه طلاقا وان ظاهر كلام البعض انه فسخ وفيه مضافاً الى عدم اشارة فى الاخبار الى الفسخ ان للفسخ موارد منصوباً ليس المقام احدها كموارد العيب فى الرجل او المرأة وموارد عدم الكفوية المشأنية او الاسلامية وموارد عدم انفاق النفقة .

ونحو ذلك مما كانت الزوجة على غير قبيلة ارادت الزوج ففى المقام لا يكون فسخا بلا كلام فيدور الامر بين بطلانه وبين كونه طلاقا صحيحا والثانى مشكل اذا تجرد عن الطلاق فيعين الاول اى بطلان الفسخ .

وبالجملة ان الطلاق ليس من الامور التى يفسخ بادننى شىء فالخلع المجرد لافسحا ولا طلاقا بل هو امر باطل لاتبين الزوجة عنه ولا يملك ما اخذ منها .

وعلى كل حال ﴿ف﴾ قد فرغوا على ذلك أن ﴿من﴾ قال هو فسخ لم يعتد به ﴿ولم يعده﴾ فى عدد الطلقات ﴿ولو حصل له اكثر من الثلاثة كما اذا عاد الى الزوجية بعد الفسخ مرارة فلا يحكم بالتحريم لا ابدأ ولا الى التسع بدون المحلل وفى الجواهر بعده قال قلت : كأن هذا البحث ساقط عندنا ، لتظافر نصوصنا بكونه طلاقاً ، بل الفتاوى أيضاً كذلك ، بل لو قلنا : انه فسخ أمكن دعوى اجراء حكم الطلاق عليه للنصوص المزبورة بالنسبة الى ذلك وغيره ، ومن هنالم نعرف القائل بذلك من أصحابنا ، نعم مع قطع النظر عن النصوص المزبورة يتجه ما ذكره الشيخ ، لانه سبب آخر من أسباب الفراق ، خصوصاً بعد أن أفردوا له كتاباً غير كتاب الطلاق الذى قد عرفت أنه الفراق بقول : «أنت طالق» ومن هنا يظهر لك الحال على التقديرين بحيث يسقط القول الاخر انتهى .

قد عرفت اولاً احتياج الخلع الى الطلاق وان ما دل على الكفاية ظاهر في التقية وثانياً لو قلنا بكونه فسخاً كان مقابلاً للطلاق قطعاً فلا يجري عليه حكم الطلاق لافي عدد الطلقات ولا في اجتماع شرائط الطلاق حيث لم يكن دليل على اجتماع الشرائط فيما يجوز لاحد الزوجين الفسخ كما في صورة العيب ونحوه .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ يقع الطلاق مع الفدية بائناً وان انفرد عن لفظ الخلع ﴾ .

قال في المسالك اذا وقع الطلاق مع الفدية سواء كان لفظ الخلع او قلنا انه طلاق او اتبع به ام بلفظ الطلاق وجعله بعوض فانه يقع بائناً لارجعياً للنصوص الدالة عليه وقد تقدم بعضها انتهى والمقصود ان العوض يخرج عن الرجعي بل يكون الطلاق بائناً حينئذ فالطلاق مع العوض خلع قصده اولا كما ان البيع سلماً سلم قصد السلم اولا فال مورد مورد الخلع ولا يقع بغيره فيكون حينئذ دائراً مدار واقعه بخلاف ما قابل لامور ويشترك بين جمع فانه لا يميز حينئذ الا بالقصد فالطلاق مع العوض لا يحتمل غير الخلع فلا يحتاج الى قصده بخلاف مثل الارتماس في الماء فانه للغسل يحتاج الى القصد .

قال في الجواهر ما لفظه ففي المقام اذا وقع الطلاق بالفدية مع الكراهة كان خلعاً قصده اولى بقصده بعد أن عرفت أنه قسم خاص منه ، فيكفي في تحققه حينئذ قصد الطلاق فيما هو موضوع الخلع وان لم يقصد الخلع ، كما يكفي في كون البيع سلماً قصد البيع فيما هو موضوع السلم وان لم يقصد السلمية ، ومن هنا كانت جميع شرائط الطلاق شرائط الخلع ولا عكس ، كالسلم بالنسبة الى البيع كما أنه بذلك يظهر أنه لا وجه لدعوى أعمية الطلاق بالعوض من الخلع فيشترط لكراهة في الثاني دون الاول ، كما وقع من ثاني الشهيدين في المقام وغيره ، ضرورة عدم الدليل ، بل ظاهر الأدلة خلافها ، منها المعتبرة المستفيضة الدالة على عدم حلية أخذ شيء من المرأة مع عدم الكراهة واطلاق أدلة الطلاق

لا يقتضى مشروعيته مع العوض وان لم تكن كراهة ، خصوصاً بعد عدم قابلية الطلاق للتمليك المنافى لاصالة بقاء المال على ملك مالكة .

ولذا لم يقبل شرطية تمليك شىء من الاشياء ، لامن طرف المطلق ولا المطلقة وهو واضح ، وسيأتى لك زيادة تحقيق لذلك ، وان كان مما ذكرنا يظهر لك النظر فى كلام جملة من الاساطين فضلا عن غيرهم ، وحينئذ فيمكن ارادة المصنف ما ذكرنا انتهى .

ولا يخفى ان ظاهر كلامه هو تحقق مصداق الخلع والكلام فى قصده وعدمه وانه بعد تحقق الخلع بان يكون مع العوض والكراهة لا يحتاج الى القصد مع ان الكلام فى انه مع خلو الطلاق مع الفدية عن الكراهة خلع اولا وعبارة المتن خالية عنها فهل مراده كما شرحه فى الجواهر صورة وجود الكراهة فيكون خلعا ولو لم يقصده او اراد كونه اعم من الخلع كما شرحه فى المسالك .

والظاهر عدم ارادته ايضا حيث قال بعده لا وجه لدعوى اعمية الطلاق بالعوض من الخلع فان هذه العبارة صريحة فى اشتراط الخلع بالكراهة وبدونه لم يكن خلعا وحينئذ هل يكون مراد المصنف فى لزوم القصد مع وجود الكراهة حتى يقال لا يحتاج حينئذ الى القصد كما قال فيمكن ارادة المصنف ما ذكرنا اولا بل يكون مراده صورة عدم الكراهة وانه صح ايضا باثنا ولو لم يكن خلعا لامكان عدم الكراهة وما فى الجواهر غير ظاهر من العبارة وان كتان يصح من حيث عدم الدليل عليه .

وكيف كان فمع الكراهة بلا اشكال وانما الكلام فى عدمها كما هو ظاهر المتن ويمكن ارادة صورة الكراهة كما صرح فيما يأتى من عدم تحقق الخلع مع الثام الاخلاق ولا يملك العوض حينئذ ويؤيده انه لو لم يكن خلعا فى اى اقسام الطلاق دخل بعد عدم كونه رجعيًا لانه لا يشترط فيه العوض والمسألة من هذه الجهة فى غاية الاشكال من حيث عدم اشتمال العبارة على الكراهة ومن حيث تعميم

الشارح المسالك من جهة الكراهة وعدمها قال .

واعلم انه مع اشتراط الخلع والطلاق بعوض في هذا الحكم يفترقان بان الخلع يختص بحالة كراهة الزوجة له خاصة كما انفردت المبارات بكون الكراهة منهما واشترط كون العوض بقدر ما وصل اليها منه بخلاف الطلاق بالعوض فانه لا يشترط فيه شيء من ذلك فكان التعبير به مع افادته المقصود من الخلع اولى خصوصاً مع اشتباه حالهما في الكراهة او اختلافها فيها انتهى .

ولا يبعد ان ذلك يكون شرحاً لعبارة المصنف كما لعله الظاهر منه .

و يمكن ان يكون مراد المصنف في مجرد الخلو عن لفظ الخلع كما هو ظاهر العبارة لافي الخلو عن الكراهة و المراد انه يقع الخلع بلفظ الطلاق .

و حينئذ لا ينافي عدم ذكره الكراهة و كيف كان فيرد على ما شرحه في المسالك بالافتراق عن الخلع بالكراهة انه في اى طلاق كان مع العوض والتأم الاخلاق ولا يتم ذلك الا بجعل الخلع عبارة عن نفس الطلاق مع الفدية و جعل الكراهة مع الزوجة من اظهر افراده لابيحيث لها مدخلية في الصحة فمعنى الاعمية صدق الفدية فيهما مع كون الكراهة في الخلع دون الاخر فيكون كلاهما طلاقاً باثنا مع اختصاص ذى الكراهة بالخلع دون الاخر وعلى هذا فحقيقة الخلع هو الطلاق الواقع مع البذل والكراهة دون الاخر ويرد عليه انه ان لم يكن خلعا ففى اى الاقسام قد دخل .

وبالجملة حينئذ وان اندفع الاشكال عن الطلقات الخالية عن الكراهة لكن الاشكال في انه يحتاج الى دليل غير اخبار الخلع وليس الا تلك الاخبار الظاهرة في البطلان لو لم يكن كراهة من الزوجة و عدم كون الزوج مالكا للعوض و الفرض ان اكثر افراد الخلع ليس بمثل الكراهة الواقعة في اخباره فضلا عما اذا لم يكن .

وفى الحقائق ما لفظه اعلم انه قد تكرر في كلام الاصحاب رضوان الله عليهم

ذكر طلاق الفدية والطلاق بعوض وانه تقع به البيئونة كما تقع بالخلع ولم اقف في الاخبار على اثر لهذا الفرد والموجود فيها انما هو الخلع والمباراة الا ان ظاهر الاصحاب من غير خلاف يعرف الا من شيخنا الشهيد الثاني انه هذا الفرد الذي ذكره لا يخرج عن الخلع او المباراة فهو امر كلي شامل لكل منهما فهو اعم من كل منهما وليس بخارج عنهما بل هو منحصر فيهما لا وجود له في مادة غيرهما لاشتراطه بالكراهة المشترطة فيهما فان كانت من الزوجة خاصة فهو خلع و ان كانت منهما معاً فهو مباراة ولما كان اعم من كل منهما فهو لا ينصرف الى واحد منهما الا بالنية والقصد واجتماع شرائط ذلك المقصود فحيث يطلق فان قصد به الخلع واجتمعت شرائطه وقع خلعاً وان قصد به المباراة واجتمعت شرائطها وقع مباراة ومع الاطلاق يقع البيئونة به.

ويجوز انصرافه الى ما اجتمع شرائطه منهما ولو انتفت شروط كل منهما كما لو انتفت الكراهة بالكلية فهل يقع باطلا من اصله او صحيحاً رجعياً قولان يأتي الكلام فيهما انشاء الله ولم نقف على خلاف لما ذكرناه في كلام الاصحاب الا لشيخنا المتقدم ذكره فانه ذهب الى ان الطلاق بعوض وهو طلاق الفدية خارج عن الخلع والمباراة لاشتراطهما بالكراهة وعدم اشتراطه بها فعنده تحصل البيئونة وان لم يكن ثمة كراهة .

ثم نقل ايضاً عبارات الشهيد في المسالك واللمعة وان طلاق الفدية عنده خارج عن الخلع ويصح مع عدم الكراهة ان قال مالفته ايضاً. الثالث عدم الدليل على ما ذكره وهو دليل عدم كما تقرر في كلامهم لان الاصل في الطلاق ان يكون رجعياً الا ما قام الدليل فيه على البيئونة به ولا دليل هنا على ثبوت البيئونة بهذا الطلاق المجرد عن الكراهة وان بذلت له ما لا بل اما ان يقع باطلا من اصله كما هو احد القولين او رجعياً كما هو القول الاخر والاخبار الدالة على البيئونة في هذا المقام منحصرة في الخلع والمباراة ولم يصرح في شيء منها بطلاق الفدية و لا طلاق

العوض الذى هو محل البحث كما توهمه من دلالة الاخبار على هذا الفرد فانه لا وجود لهذه التسمية فى الاخبار بالكلية نعم لما كان المعتبرة فى الخلع والمباراة بعد اجتماع شرائط كل منهما ما يدل من الالفاظ على المعنى الذى يدل عليه احد ذيك اللفظين من غير اختصاص بهما جوزنا لفظ الطلاق فى كل منهما فكما يقع الخلع بقوله خلعتك على كذا كذلك يقع بقوله طلقتك على كذا و هكذا فى المباراة .

وقد مر الى ذلك الاشارة بما قدمناه من ان طلاق الفدية اعم من كل منهما لانه فرد برأسه خارج عنهما كما توهمه قدس سره .

الرابع عبارات الاصحاب فى هذا الباب فانها متفقة النظام على تخصيص البينونة وحل الفدية بالكرامة و انه مع عدمها فلا تحل الفدية ولا تبين منه ومنها عبارة المختلف فى الشرايع المتقدمة قريبا ونحوها عبارة العلامة فى القواعد حيث قال ولو خالها والاخلاق ملتزمة لم يصح الخلع ولم يملك الفدية ولو طلقها حينئذ بعوض لم يملكه ووقع رجعياً ونحوه فى التحرير والارشاد والتلخيص .

وقال فى كتاب نهج الحق و كشف الصدق ذهبت الامامية الى انه اذا كانت الاخلاق ملتزمة بين الزوجين والحال عامرة فبدلت له شيئاً على طلاقها لم يحل له اخذه الى ان قال .

وقال الشيخ جمال الدين الشيخ احمد بن عبد الله بن المتوج البحرانى عطر الله مر قده فى كتاب آيات احكام القرآن و اما الطلاق بفدية و هو ان تقول الزوجة للزوج طلقنى على كذا فيقول هو على الفور فلانة على كذا طالق وهذا ان وقع فى حال الكرامة منها فلفظه لفظ طلاق الفدية ومعناه خلع يحل له اخذ ما بذلته من غير حد وان وقع فى حال يكون الكرامة منهما فلفظه لفظ طلاق الفدية ومعناه المباراة فلا يحل له ان يتجاوز فى الفدية قدر ما وصل اليها انتهى .

وهذه العبارة كما ترى صريحة فيما قدمناه من ان طلاق الفدية لا يخرج عن

الخلع والمباراة بل هو اعم من كل منهما ولا وجود له فى غيرهما وقال الشهيد فى شرح لمعة ولا يصلح الامع كراهتها ولو لم تكره بطل البذل ووقع الطلاق رجعياً انتهى . وبالجملة فان كل من تعرض للمسئلة فانه لم يذكره الاعلى هذا الوجه الذى ذكرناه و هذه العبارة من الحاكى و المحكى عنه صريحة فى جعلهما الطلاق مع العوض داخلاً فى الخلع والمباراة مع ان الظاهر من كثير كونه فى المقابل الخلع لادخل فيه ثم قال قدس سره فى الخامس اتفاق الاصحاب ظاهراً على ان الطلاق بعوض يتعلق به احكام الخلع وقد اعترف قدس سره بذلك فيما قدمناه من عبارته المذكورة فى مبحث المباراة من قوله و ظاهر كلامهم انحصاره يعنى الطلاق بعوض فيهما يعنى الخلع والمباراة واعتبار مراعاة الحال فيه .

وحينئذ فاما ان يكون لدليل او نص يدل على مساواة الطلاق بعوض الخلع فى جميع احكامه او لكونه فرداً من افراده مندرجاً تحت اعداده فيكون خلعا بعينه والاول منتف فانما بعد التتبع التام للاخبار لم نقف فيها على الطلاق بعوض وطلاق الفدية والتسمية بهذا الاسم بالكلية فضلاً عن الدلالة على ان حكمه حكم الخلع او انه امر خارج عنه مشارك له وانما وقعت هذه التسمية فى كلام الاصحاب خاصة . وحينئذ فيتعين الثانى ووقوع هذه التسمية من الاصحاب وقعت تفريحاً على انه لا يتعين فى الخلع الاقتصار على هذه المادة بل كلما افاد مفادها من لفظ الطلاق وغيره يقع الخلع به بعد استجماع شرايطه كما تقدم تحقيقه .

السادس تصريح جملة من الاصحاب بعد الطلاق الفدية من الخلع كالشيخ فى المبسوط حيث قسم الخلع الى واقع بصريح الطلاق والى واقع بغيره وجعل الاول طلاقاً وخلعاً وجعل الخلاف فى الثانى هل هو طلاق ام فسخ قال واما اذا كان الخلع بصريح الطلاق كان طلاقاً بلاخلاف وقال العلامة فى الارشاد والصيغة وهى خلعتك على كذا وانت او فلانة مختلعة على كذا وانت طالق على كذا ونحوه فى القواعد والتحرير .

وقال سبطه السيد السند في شرح النافع ان الطلاق بعوض من اقسام الخلع كما صرح به المتقدمون والمتأخرون من الاصحاب ثم قال ولنعم ما قال وما ذكره جدى فى الروضة والمسالك من ان الطلاق بعوض لا يعتبر فيه كراهة الزوجة بخلاف الخلع غير جيد لانه مخالف لمقتضى الادلة وفتوى الاصحاب فاننا لانعلم له فى ذلك موافقا انتهى السابع ما ذكره فى المسالك فى شرح قول المصنف ويقع الطلاق مع الفدية بائناً الخ من قوله فانه يقع بائناً لارجعياً للنصوص الدالة عليه .

فان فيه انه ان اراد بالنصوص هى نصوص الخلع كما يشير اليه قوله وقد تقدم بعضها فهو جيد ولا دلالة فيه على ما يدعيه فان دخول الطلاق بالفدية تحت الخلع واجراء احكام الخلع عليه مع استجماع شرايطه انما هو لكونه خلعا لالكونه طلاقا بالفدية فاننا لانشترط فى الخلع الاتيان بهذه الصيغة بخصوصها بل كلما جرى مجريها ومن جملته لفظ الطلاق وان اراد بالنصوص المذكورة ما صرح به فى بحث المباراة من قوله لعموم الادلة على جواز الطلاق مطلقا فهو محل بحث و نظر .

اذ لا يخفى على الحاذق اللبيب والموفق المصيب ان غاية ما تدل عليه اخبار الطلاق هو جوازه وصحته فى الجملة واما انه كالخلع والمباراة فى كونه بائناً ويملك الزوج فيه الفدية فلا دلالة لها بوجه ان لم تكن بالدلالة على خلافه انسب والى ما ذكرناه اقرب لان الطلاق من حيث هو لا يقتضى البينونة بمجرد بل مقتضاه هو جواز الرجوع ما لم تخرج من العدة لامتداد حكم الزوجية وبقائه الى ذلك الوقت والبينونة ونحوها انما عرض له باسباب زائدة على مجرد الطلاق وبالجملة فان كلامه قدس سره فى هذا المقام من افحش الاوهام والعجب من جملة ممن عاصروناهم من علماء الطرق حيث اعترفوا بما ذكره قدس سره فى هذه المسئلة فجزوا على منواله وحكموا بصحة اقواله وطلقوا النساء واباتوهن من ازواجهن وحللو الفدية من غير كراهة فى البين والله الهادى لمن يشاء انتهى كلامه بطوله .

اقول ويرد عليه مضافاً الى انه فسر كلام الاصحاب بان طلاق الفدية لا يخرج عن الخلع والمباراة وانه ان كانت الكراهة من الزوجة فقط فهو خلع وان كان منهما فهو مباراة فطلاق الفدية غير خارج عنهما كما صرح بذلك فى اول عبارته بقوله فهو امر كلى شامل لهما ايضاً .

مع ان الظاهر انه تفسير بما لا يرضى صاحبه لبداهة ان صريح عبارة الشهيد خلوه عن الكراهة فاذا لم يكن الطلاق مع العوض مشروطاً بالكراهة فكيف داخل فى الخلع والمباراة اللذان قوامهما بالكراهة فليس مراد الاصحاب بالطلاق مع العوض دخوله فيهما فى مقابل الشهيد القائل بخروجه عنهما فحقيقة النزاع يرجع الى ان الطلاق مع العوض مع خلوه عن الكراهة هل يكون داخل فى الخلع ام هو خارج عنه كما عليه الشهيد .

والحاصل ان المسألة فى غاية الاشكال من حيث ان الطلاق مع العوض مشروط بالكراهة من الزوجة وهو غير حاصل فلا يعمه ادلة الخلع ولا عمومات الطلاق كتاباً و سنة اذ العمومات انما تقع على مصاديقها لا على الامور الخارجة عنها فالطلاق بمنزلة الجنس وله افراد مختلفة كالرجعى والبائن والخلع ونحوها والمقام فى اى اقسام حتى يجرى عليه احكامه بعد القطع بعدم دخوله فى اخبار الخلع والطلاق الرجعى لم يكن فيه عوض وكان الرجوع مع الزوج وكلاهما مفقود فى الطلاق مع العوض فلا يمكن ادخال المقام تحت عمومات الكتاب والسنة اذ شمول هذه الادلة فى موردتها ومصادقتهما .

والتحقيق انه لا خلاف بينهم فى تحقق الكراهة من الزوجة وانه بدونها لا يصح الخلع ولا يملك الفدية كما اذا كان الاخلاق ملتزمة لكن الكلام فى انه ما المراد بهذه الكراهة فان كان المراد به ما هو ظاهر الاخبار فهو فى غاية الاشكال بل يمكن القول بعدم مصداق لمثل ذلك وانه لا يكون زوجة تتكلم مع الزوج بمثل ماورد فى الاخبار بان تقول لادخلن فى فراشك من تكرهه .

نعم هذا اظهر افراد الكراهة لكن لابيحيث ينصرف اللفظ الى مثلها كما ان لفظ الانسان العام لجميع الافراد لا ينصرف عند الاطلاق الى افضل افراده كالنبي وعلى الصلاة .

وهذا مضافا الى وقوع القسم بعدم تحقق الخلع الابامثال ذلك فهذه الاخبار من هذه الجهة في غاية الاشكال كما في الحدائق قال بعد نقل روايات الباب ما لفظه ويشكل ذلك بما لو لم تنته للكراهة الى هذا المقدار فانه بموجب هذه الاخبار لا يجوز خلعها مع ان الذي شاهدناه من مشايخنا بل هو ظاهر متأخرى اصحابنا هو الاكتفاء بما هو دون هذه المرتبة .

ويشكل ايضا بما لو لم تفعل امثال هذه الاقوال فان النصوص على كثرتها متفقة على انه لا يحل اخذ شيء منها ولا يصح خلعها حتى تقول ذلك حتى انهادلت على انه لا بد ان يكون تلك الاقوال منها دون ان يعلمها غيرها، والمفهوم من كلام متأخرى الاصحاب عدم اشتراط ذلك لانهم جعلوا مناط الخلع وحصول الكراهة منها ولم يشترط احد منهم الاثبات بهذه الاقوال بالفعل بل كالمادل على الكراهة من لفظ او فعل او نحو ذلك فهو كاف في صحة الخلع وترتب احكامه عليه ولم اقف على من تنبه لهذين الاشكالين في المقام الا السيد السند في شرح النافع فانه تنبه للاشكال الاول منهما فقال بعد نقل كلام ابن ادريس المذكور وعلى هذا فيشكل وقوع الخلع في كثير الموارد اذ لم يعلم وصول الكراهة من الزوجة الى هذا الحد انتهى .

وقد غفل عن الاشكال الثاني مع انه اشد واعضل فان كثير أمن النساء وان كرهن كراهة تامة لانهن لا يهتدين الى هذه الاقوال ولا امثالها والنصوص كما ترى ظاهرة في اشتراطها وكذا ظاهر كلام ابن ادريس .

وبالجملة فالمسئلة عندى غير خالية من شوب الاشكال انتهى .
والتحقيق في دفع الاشكال ان يقال ان الجمود على نفس تلك الكلمات مع هذا القسم بمثل والله يوجب لترك العمل بالروايات لانحصارها في فرد نادر فلا بد من

التوسعة فيها بارادة نفس الكراهة باى مرتبة منها وهى كلى مشكك لامحالة ولها افراد مختلفة شدة وضعفا فيعم الكراهات الشديدة الذاتية بمثل مضمون الاخبار والكراهات العرضية الحاصلة لامور خارجية زائلة فتارة يكون الزوجة مكرهه من الزوج من سوء خلقه او ظلمه بلاوجه شرعى او عدم انفاقه او اتصافه ببعض الاوصاف الزائلة كالضرب واعتياده بما يسمى فى عصرنا بهروئين ونحو ذلك واخرى يكون من سوء خلقه وقبح منظره فالكراهة تعم جميع الاقسام ولا يختص بمثل الثانى .

وبالجملة يعم الكراهة العرضية ايضا فبذلت للزوج يخلعها مع انه لولا عروض هذه الامور لكان اخلاقهما ملتزمة فصح الخلع حينئذ ويحل له اخذ ما بذلت بل كثيرا ما يميل الزوجة الى غير الزوج وترجى كونه زوجها لها فبذلت الفا مثلا ليخلعها عنه مع كونه لولاه لكان ملتزمة مع الزوج بل نفس البذل كاشف عن كراهتها مع الاقامة على الزوج وهذا المقدار كاف فى صدق الكراهة كيف كان ولا يمكن البذل الامع الكراهة فانه لولاها لما بذلت للفرقة .

غاية الامر كما عرفت ان مراتب الكراهة مختلفة واسبابها متعددة ففى بعض الموارد هى مرتبتها الشديدة وفى بعضها هى المرتبة الخفيفة ومن ذلك يظهر ان الطلاق بعوض لا واقعية له بدون الكراهة الا اذا حصل البيئونة ويملك العوض من حيث وجود الكراهة الكاشفة عنها نفس البذل ولولم تجرى الكراهة واظهارها باللسان فالطلاق بالعوض لا يخرج عن الكراهة والخلع .

وبالجملة البذل للطلاق ليس الامع الكراهة فيهبين مهورهن لاجل الطلاق مع ان الكراهة من الزوجة فى نهاية الخفة بل لاجل نقصان النفقة على زعمها وعدم قناعتها بما حصل لها من الحلال فمالت الى الفرقة والبيئونة فهل يصح القول بأن امثالها طلاقات رجعية وصح للزوج الرجوع اولم يصح الرجوع ايضا للزوج اذا رجعت فى البذل كما هو لازم الخلع اوصح القول بأن هذه الطلاقات باطلة .

بل يمكن ان يقال قد يجمع الكراهة العرضية مع غاية الحب والالتيام كما فى

موارد افتراق احدهما عن الاخر قهرا وجبرا بحيث لامناص لهما عن الافتراق فبذلت لان يخلعها مع حصول الكراهة على الفرقة كما اذا كانت الزوجة عالمة او طيبة او قابلة لا يوافق اشتغالها بالتبعل او يؤمر بالمسافرة الى البلاد الخارجة فتقصدها حربتها و خلاصها عن طاعة زوجها كما ان موارد التثام الاخلاق ايضا لا ينافي الكراهة الباطنية كما سيأتى فكثيراً ما ان الزوجات مكروهات من بعلوتهن لكن لا يظهرن ذلك لهم اصلاً بل يعاشرن معهم فى حسن المعاشرة و كيف يمكن فرض الكراهة .

و الحاصل امثال هذه الطلقات كثيرة و الجمود على الاخبار بمثل تلك الكلمات فى غاية القلة فلا بد من توسعة الكراهة بمثل ما ذكرنا و يجعل طلاق الخلع عبارة عن صورة بذل الزوجة للفراق و البينونة كان منشأ الكراهة او عدمها او الالتزام ببطلان جميع الطلقات الواقعة مع البذل مع عدم الكراهة و الاخير كما ترى و جعله رجعياً حينئذ اسوء حالاً منه بل الالتئام الذاتى ايضا كما يجمع مع الكراهة العرضية كما عرفت قد يحصل آنأ كما وقع بين المتلائمين امر منكر عند الزوجة فادى الى التكلم بمثل ما وقع فى الاخبار كما وقع ذلك غالباً بين المتخاصمين . و بالجملة الكراهة تارة بمثابة لانتتمكن من الصبر على الزوج و اخرى لامور عارضة حتى فى مثل الصبر على الفراق او لكلمات واقعة بينهما يوجب المخاصمة الآتية .

و كيف كان فظنى ان الكراهة بمفاد الاخبار غير متحقق المصداق و لو حصل كان نادراً فى الغاية و لازمه تعطيل الاخبار حيث لا يمكن سوق تلك الروايات الكثيرة لمثل فرد نادر شاذ فلا مناص عن توسعة الكراهة بما يعم جميع الموارد لا بمثل تلك الكلمات ومنها و لادخلن فى فراشك من تكرهه و ليس فى بين النساء من بهذه القباحة فلا جرم لا بد من ارادة الكراهة اعم من مرتبتها القوية و الضعيفة بل يمكن ان يقال ان لفظ الكراهة ليست فى الاخبار بل الموجود هذه الكلمات الكاشفة عن البعض و العداوة و هى حاصلة فى جميع موارد البذل بحسب مراتب

البغض والكراهة بالنسبة الى عمل يوجب ذلك فالجمود على الاخبار موجب لبطلان جميع الطلقات الواقعة مع العوض فيكفي مجرد الرضاية على العوض .
قال في الحدائق واللفظ هنا ولا صيغة في البين ازيد مما استقر عليه رضاها من الفدية بعد تحقق الكراهة بتلك الاقوال ولا ينافي ذلك ما في بعض اخبار المسئلة من قوله ^{الطلاق} ولا يحل له ان يخلعها حتى تكون هي التي تطلب ذلك منه من غير ان يضر بها وحتى تقول ما ابر لك قسماً ولا اغتسل لك من جنابة الى آخره فانه لادلالة في هذا الخبر على ازيد من اشتراط طلبها الخلع وان تكون هي المريدة له وان تقول مع ذلك تلك الاقوال المحرمة بمعنى ان الخلع لا يقع حتى يكون الداعي اليه من جهتها .

و اما انه يشترط ذلك في صيغة الخلع ولا تصح الا به متقدماً او متأخراً فلا دلالة عليه وسبيله سبيل الاقوال المذكورة في اشتراطها في صحة الخلع اذ ليس لمراد الاتوقف صحة الخلع على صدور هذه الاقوال في الجملة وان لم يكن في مجلس الخلع انتهى .

فينحصر الخلاص من الاشكال بتعميم الكراهة بحيث يعم جميع موارد الطلاق مع العوض ولولم يكن بمثل الكراهة في الاخبار ويمكن ان يجعل الاية دليلاً على الطلاق مع الفدية مع التيام الاخلاق حيث ان الظاهر منها هو مجرد الخوف عن عدم القيام بوظيفة الزوجية بل الاية نص في ذلك كما صرح به في الخلاف حيث قال فيه ان قوله تعالى «فلا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله» وهذا نص فانه حرم الاخذ منها الا عند الخوف من ان لا يقيما حدود الله وقال تعالى [فان خفتن الايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به] فدل ذلك على انه متى ارتفع الخوف حصل الجناح انتهى فان الظاهر من الاية هو خوف عدم اقامة حدود الله مع الزوج وانه حيثئذ يصح له الفدية وحصل الفراق وليس في الاية ذكر من الكراهة اصلاً وخوف

عدم اقامة الحدود تارة لاجل الكراهة عن التربص مع الزوج واخرى لامور آخر
بل يجتمع مع كمال الائمة كما فى صورة الفراق العرضى للاجل المسافرة من
واحد منهما وعدم امكان مصاحبة الاخرى معه وخافت الزوجة من عدم اقامتها على
حدود الله فبذلت لخلص نفسها .

وبالجملة خوف عدم اقامة حدود الله وعدم القيام بوظائف الزوجية من اطاعة
الزوج وتجب قلبه موجب لحل ما اخذ منها فالاية ناظرة الى الطلاق مع الفدية فى
صورة عدم الكراهة من الزوجة بل بذل المال لمجرد خوف عدم قيامها بوظائف
الزوجية .

فالانصاف ان عبارة المصنف فى الوقوع مع العوض متين بمقتضى الاية
فهى الدليل عليه ولذا حكى فى الجواهر عن ميرزا القمى رجوعه الى صحة
قول الشهيد بعد بقائه اربعين سنة على عدم صحة الطلاق مع العوض فقول الجواهر
يا ليت لم يرجع اليه فى غير محله والاولى له دقة النظر الى الاية حتى يرى ان
رجوعه كان اولى فالطلاق مع العوض وصحته من مصاديق الاية جداً ولا يلزم كون
دفع العوض ناش عن الكراهة بل قد يكون وقد لا يكون .

وبالجملة يمكن كون نظر الاخبار الى الكراهة من الزوجة بانواع الكراهات
كما تقدم فيكون دليلاً على طلاق الخلع ويكون الاية ناظرة الى صورة عدم قيام
الزوجة على وظائف الزوجية فيكون دليلاً على الطلاق مع العوض فصور خوف
عدم القيام بوظائف الزوجية داخله فى الاية حتى مع عدم الكراهة .

﴿فروع الاول لو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها مجرداً عن لفظ الطلاق
لم يقع﴾ الطلاق ﴿على القولين﴾ اى القول بان الخلع فسخ ، والقول بأنه طلاق .

﴿ولو طلبت خلعاً بعوض فطلق به لم يلزم البذل على القول بوقوع الخلع
بمجرده فسخاً﴾ لعدم وقوع الخلع كى يكون فسخاً ﴿ويلزم على القول بان طلاق
اوانه يفتقر الى الطلاق﴾ ولا يخفى انه على القول بان طلاق كان طلاقاً خاصاً

وطلاق العام غير دال على الخاص فلم يلزم البذل حينئذ مطلقاً نعم من وقوع الطلاق حينئذ رجعيًا كلام . قال في الحدائق قالوا لو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها مجرداً عن لفظ الطلاق لم يقع على القولين ولو طلبت خلعاً بعوض فطلق به لم يلزم البذل على القول بوقوع الخلع بمجرد فسخاً ويلزم على القول بأنه طلاق اوانه يفتقر الى الطلاق وعلل الاول بان لم يأت بما طلبت فلا يستحق ما بذلت لاجله لانها طلبت الطلاق وهو امر يقع به المينونة وترفع به الزوجية اجماعاً ويقع به نقصان الطلاق ليكون جزء من المحرم بخلاف الخلع لما قد عرفت من الخلاف فيه فانا اذا قلنا انه فسخ فكونه خلاف ما طلبته واضح وان جعلناه طلاقاً فهو طلاق مختلف فيه وما طلبته ولا خلاف فيه فظهر انه خلاف مطلوبها على القولين وعلل الثانى وهو ما لو طلبت منه خلعاً بعوض فطلق به بانا ان جعلنا الخلع فسخاً فطلق لم يلزم البذل لانه لم يأت بما طلبت ويقع أطلاق رجعيًا اذ لا مانع من صحته كذلك فانه غير مشروط بالعوض ولا بالتماسها او رضاها وان جعلنا الخلع طلاقاً او مفتقراً الى الطلاق واتبعه به لزم البذل لاتيانه بما التمسته وزيادة كما علم من السابقة .

اقول حيث انما ذكره غير منصوص ولا مبرهن عليه بالادلة الواضحة فللمناقشة فيه مجال واسع اذ لا يخفى على من اعطى التأمل حقه فى الاحكام الشرعية الدائرة مدار الادلة القطعية انه لما كان المفهوم من نصوص هذا الباب هو ان مرجع الفراق مع البذل المشترط بالكراهة الى وقوع صيغته بلفظ الخلع خاصة او لفظ الطلاق خاصة وهما معاً وانه مع الوقوع باحد هذه الصيغ يقع باثناً ويملك الزوج الفدية الى غير ذلك من احكام الخلع وانما ذهب اليه الشيخ من كونه متى وقع بلفظ الخلع خاصة فهو فسخ قول مطرح بالنصوص فهو فى حكم للعدم فللقائل ان يقول انه اذا كان الحكم الشرعى تساوى الصيغ لثالث فى الاحكام وانتظامها فى ذلك على احسن نظام فلا فرق حينئذ بين ان يطلب منه طلاقاً بعوض فيخلعها او خلعاً فيطلقها بالعوض لان مرجع الجميع شرعاً الى امر واحد وليس بينهما فرق الا باختلاف الالفاظ والا فالمرجع شرعاً الى امر واحد كما عرفت

واختلاف الالفاظ ولا يترتب عليه اثر شرعاً .

وبالجمله فانه قد أتى بما طلبته فى كل من الصورتين لان المراد هو الفراق البائن الذى به تحل الفدية وهو الذى طلبته وان عبرت تلك العبارة وهو قد اتى به وان عبر بعبارة اخرى ترجع الى تلك العبارة شرعاً .

واما الخلاف والوافق فى تلك الالفاظ فلا دخل له بعد ثبوت الحكم شرعاً للجميع وترتب الحكم الشرعى على كل منهما كما هو المعتمد عندهم وعليه دلت نصوص المسئلة وان لم يكن ما ذكرناه هو المتعين لما عرفت فلا اقل ان يكون مساوياً فى الاحتمال لما ذكره وبه لا يتم ما اعتمده انتهى .

﴿ الثانى لو ابتداء فقال ﴾ للكارهه ﴿ أنت طالق بألف أو وعليك ألف ﴾ لم يصح خلعاً مع عدم قبولها نعم ﴿ صح الطلاق رجعياً ﴾ ان كان قصده والافلا ﴿ ولم يلزمها الالف ولو تبرعت بعد ذلك بضمائها ﴾ أى الالتزام بها- لم ينفع فى صحته خلعاً ﴿ لانه ﴾ ك﴿ ضمان ما لم يجب ﴾ فى عدم الالتزام به ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لمودفعتها اليه ﴾ بعد مضى زمان القبول ان صح ﴿ كانت هبة مستأنفة ولا تصير المطلقة بدفعها بائنة ﴾ قال فى الحدائق فى هذا المقام ما لفظه قالوا لو ابتداء فقال انت طالق بالاف او وعليك الف صح الطلاق رجعياً ولم يلزمها الالف و لو تبرعت بعد ذلك بضمائها لانه ضمان ما لم يجب ولو دفعتها اليه كانت هبة مستأنفة ولا تصير المطلقة بدفعها بائنة ثم نقل عبارة المسالك بعد قول المصنف الى ان قال .

اقول لا يخفى على من تأمل اخبار هذا الباب بالتأمل الصائب ونظر فيها بالذهن الثاقب انه لادلالة فيها على ما ادعوه من هذا التقدير الذى قرره وغاية ما يستفاد منها هو انه متى حصلت المنازعة والمجادلة بين الزوجين واظهار النفور منها والتراضى على بذل معين بأى نحو كانت تلك الالفاظ الجارية بينهما من لفظ الخلع او الطلاق او غيرهما فانه بعد تراضيهما على فدية مخصوصة تنخلع منه بمجرد تلك الالفاظ الجارية بينهما ويكون ذلك بحضور العدلين وكونها ظاهر

او نحو ذلك مما يشترط فى الصحة .

واما وجوب سؤالها اولا او قبولها ثانياً وكون ذلك فورياً ونحو ذلك مما ذكره فلا دليل عليه الا مجرد دعواهم ذلك فى المعاوزات وان الخلع من جملتها مع اننا لانسلم لهم هذه الدعوى فانك قد عرفت فى كتاب البيع انه لا يشترط فى صحته ووقوعه ازيد من تراضى البايع والمشتري على نحو مخصوص بما يتعلق بكل من المبيع والتمن فانه يلزم البيع بمجرد ذلك وما اشترطوه من الايجاب والقبول على الوجوه التى قرروها والاعتبارات التى اعتبروها فانه لا دليل على شىء منها وحديث جميل المتقدم اظهر ظاهرهما ذكرناه فى الخلع و عليه تنتظم اخبار الباب كاملا ولا سيما الاخبار الكثيرة الدالة على انه اذا قلت تلك الاقوال المحرمة حل له ما اخذ منها وكانت عنده على تطبيقيتين باقيتين فان ظاهرها انه بمجرد هذه الاقوال الموجبة للكراهة واخذ ما بذلته له تنخلع منه بالشروط الاخر المعلومة من الاخبار الاخر من حضور الشاهدين ونحوه وليس هنا صيغة ولا عقد ازيد من هذه الالفاظ الجارية بينهما التى استقر رضاها عليهما ونحو ذلك فى البيع وغيره من المعاوزات كما تقدم تحقيقه فى محله .

ومن اوضح الاخبار الدالة على ما قلناه مارواه الثقة الجليل على بن ابراهيم فى تفسيره عن ابيه عن ابن ابي عمير عن ابن سنان يعنى عبدالله عن ابي عبدالله عليه السلام قال الخلع لا يكون الا ان تقول الى ان قال فاذا قالت ذلك فقد حل له ان يأخذ منها جميع ما اعطاها وكل ما قدر عليه مما تعطيه من مالها فان تراضيا على ذلك على طهر بشهود فقد بان منه بواحدة وهو خاطب من الخطاب فان شئت زوجته نفسها الحديث وهو صريح كما ترى فى ترتب ذلك على مجرد حصول التراضى بينهما على ما وقع وانها تختلع منه بمجرد ذلك انتهى .

اقول ما افاده فى محله فان قول المصنف فقال انت طائق بالف امان ان ترده بقولها لا فلا كلام واما سكت حتى طلقها بحضورها وفى الثانى ان سكوتها دليل رضاها

كما ان سكوتها فيما قال زوجتك بالف دليل على رضاها ويدل عليه ردها بعد ذلك فان رد الالف انما يكون بعنوان الخلع والافلولم يكن للخلع لما دفعها اليه فلم يكن ضمانها ضمان مالم يجب ولادفعها هبة مستأنفه بل كان الدفع بعنوان عوض الخلع فالطلاق طلاق الخلع بل لامعنى للرجعى فيما كان من قصده بائناً وكذلك الامر فى العكس بان ابتدأت بذلك فطلقها الزوج ان لم يقصد بالطلاق الرجعى فان طلاقه اياها ليس الا بالالف الذى قالها بل فى البيع كذلك فاذا قال البايع بعتك دارى بالف فقال المشتري بعد ذلك اشترىها بألف صح البيع .

والحاصل سكوتها مع اطلاعها وقوعها عندها دليل على رضاها فان الخلع شبيه بالبيع والمعاملة فى ان دفع العوض من المرأة من غير فرق بين من ابتداء به .
 الفرع ﴿ الثالث اذا قالت : طلقنى بألف كان الجواب على الفور ﴾ الذى تقتضيه المعاوضة لما عرفت ﴿ فأد تأخر ﴾ على وجه ينافى ذلك ﴿ لم يستحق عوضاً وكان الطلاق رجعياً ﴾ مع فرض اجتماع شرائطه ، والا كان بائناً .

﴿ النظر الثانى فى الفدية ﴾ وهى ﴿ كما صح ﴾ من حيث عدم لزوم الغرر ﴿ أن يكون مهرأ صح أن يكون فداء فى الخلع ﴾ .

وفى المسالك بعد العبارة قال عوض الخلع سبيله سبيل المهر فلا يتقدر ويجوز ان يكون قليلا وكثيراً عيناً وديناً بعد ان يكون متمولاً مع ساير شروط الاعواض كالقدرة على التسليم واستقرار الملك وغيرهما ولا يتقدر فى جانب الكثرة بما وصل اليها من مهر وغيره بخلاف عوض المبارات والاصل فى الفرق قبل الاجماع عموم قوله تعالى فلاجتاح عليهما فيما افتدت به وحسنة محمد بن مسلم عن ابي عبدالله عليه السلام الى ان قال فاذا فعلت ذلك حل له ما اخذ منها وفى رواية سماعة فاذا هى اختلعت فهى باين وله ان يأخذ من مالها ما قدر عليه ولان الكراهة لما كانت منها ناسب ان يجوز طلب ماشاء عوضاً عن الخلع بخلاف ما اذا اشترى كا فى الكراهة انتهى .

وفى الجواهر قال لكن لأجد ذلك فى شىء من النصوص ، نعم فى بعضها «حل له أن يأخذ منها ما وجد» وفى آخر «يحل له أن يخلها بما تراضيا عليه من قليل أو كثير» وفى ثالث «حل له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه .

وفى صحيح زرارة عن الباقر عليه السلام «المبارأة يؤخذ منها دون المهر ، والمختلعة يؤخذ منها ماشئت أو ماتراضيا عليه من صداق أو أكثر ، وانما صارت المبارأة يؤخذ منها دون المهر والمختلعة يؤخذ منها ماشاء لان المختلعة تعتدى بالكلام وتتكلم بما لا يحل لها» الى غير ذلك ، مضافاً الى عموم الآية انتهى .

﴿و﴾ على كل حال ﴿لا تقدير فيه ، بل يجوز ولو كان زائداً عما وصل اليها من مهر وغيره﴾ بلاخلاف كما فى الجواهر .

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

وفى الجواهر لادليل على اعتبار ذلك ، بل ظاهر الأدلة السابقة عموماً وإطلاقاً خلافاً ، بل هو مناف لقوله ﴿و﴾ قول غيره : ﴿يكفى فى الحاضر المشاهدة﴾ التى يمكن فرض مقدار ما يحصل من العلم منها فى الغائب الذى هو مال معين لكن لا يعرف وزنه ولا عدده ولا جنسه انتهى وقد عرفت فى شرائط الثمن والمثمن ما يدل على الكفاية .

﴿وينصرف الاطلاق﴾ فيما لو قالت مثلاً : «مائة دينار - أو - درهم» ﴿الى غالب نقد البلد﴾ وان تعدد ﴿ومع التعيين﴾ فلا اشكال فى الرجوع ﴿الى ما عين﴾ بينهما وان كان غير الغالب كما هو واضح .

﴿و﴾ على كل حال فقد ظهر لك أنه ﴿لو خالها على ألف ولم يذكّر المراد ولا قصده﴾ ولا قرينة تصرف الاطلاق اليه ﴿فسد الخلع﴾ للجهالة المضرة بالمعاوضة كما عرفت ﴿ولو كان الفداء مما لا يملكه المسلم﴾ عالمين به ﴿كالخمر﴾ والخنزير

فسد البذل بلا اشكال ولا خلاف ، لاشترط المالية فيه ، بل قيل : ﴿فسد الخلع﴾ لفساد
 المعاوضة حيثئذ ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ ﴿يكون﴾ الطلاق ﴿رجعياً﴾ .
 وفي الجواهر لما عرفت من عدم اعتبار العوض في مفهومه ، وأن انشاء
 الطلاق مستقل وان كان الباعث له عليه البذل المزبور ، الا أن أقصاء عدم كونه بائناً
 لفحوى ما سمعه من النصوص المتضمنة لكون الطلاق رجعياً لورجعت بالبذل انتهى
 ولا يخفى ما فيه ﴿و﴾ عند المصنف ﴿هو حق ان أتبع بالطلاق ، والا كان البطلان
 أحق﴾ .

اما فساد الخلع ففي محله فان الخلع شبيه بالمعاملة في وقوعه مع العوض
 ولولاه لما طلقها فاذا لم يكن للعوض مالية لم يقع المعوض اصلاً كما في البيع واما
 وقوعه رجعياً ففيه ان القصد وقوع الطلاق خلعا فلا يصير رجعياً لانه خلاف ما قصده
 واما صيرورته رجعياً بعد ما كان بائناً فيما اذا رجعت الزوجة بالعوض فهو للدليل
 وقياسه مع الوقوع من حين اجراء الصيغة كذلك على خلاف القصد فمضافاً الى كونه
 قياساً كان بلا دليل .

واما صحته ان اتبع بالطلاق فهو على ما عرفت انما يصح حيثئذ طلاقاً اذا كان
 العوض مملوكاً والا فيبطل فان كان مراده ما تقدم من لزوم اتباع الخلع بالطلاق والا
 لا يصح الخلع فيرجع الى صحة الخلع اولا كي يكون هذا البحث في الخلع الصحيح .
 وحيثئذ نقول لافرق في بطلان الخلع اذا كان عوضه فاسداً بين العلم به والجهل
 لان المفروض وقوع الخلع على نفس العوض المعين الذي لا مالية له اصلاً ولو
 كان جاهلاً فالخلع باطل من هذه الجهة ولو صح من حيث اتباعه بالطلاق وان
 كان مقصوده صحة الخلع ولو بدون اتباعه بالطلاق .

وحيثئذ يقال ان كان مراده بالطلاق هو طلاق الرجعي الذي لا يحتاج الى العوض
 فهو حق ان قصد الرجعي والافلاوان كان مقصوده هو الطلاق الخلع بزعم انه اذا
 كان العوض فاسداً رجع الى الرجعي فهو فاسد ايضاً وكيف كان ان لم يتبع بالطلاق

فهو فاسد من اصله ومعه ايضا كذلك فى صورة فساد العوض ولو جاهلا ان لم يقصد الرجعى .

ومن ذلك ظهر ما فى كلمات الاعلام وفى المسالك ما لفظه قد تقدم ان شرط الفدية ان يكون ما لامملو كاللمرثة لانه عوض عن حق البضع فلا بد من صلاحيته للمعاوضة فلو بدلت له خمراً او خنزيراً فان كان عالماً بالحوال فساد الخلع لان العوض جزء ما هيته فلا يتحقق بدون العوض وهو منتف هنا قال الشيخ ويقع طلاقاً رجعياً لاشتماله على الامرين الطلاق والعوض فان بطل احد هما يبقى الاخر كما لو اختلفت احدى الشرائط كما سبق .

ورده المصنف بانه مع الاقتصار على الخلع لا يتحقق صحة الطلاق مع فساد العوض لان الخلع الذى يقوم مقام الطلاق او هو الطلاق ليس الا اللفظ الدال على الابانة بالعوض فبدونه لا يكون خلعاً فلا يتحقق رفع الزوجية باينا ولا رجعياً وانما يتم اذا اتبعه بالطلاق ليكون امرين متغايرين لا يلزم من فساد احدهما فساد الاخر فيفسد حينئذ الخلع لفوات العوض ويبقى الطلاق المتعقب له رجعياً لبطلان العوض الموجب لكونه باينا وهذا اقوى انتهى .

ولا يخفى ان ظاهر توضيحه لبيان المصنف فى رد الشيخ ان الاتباع بالطلاق ليس لصحة الخلع بل الخلع صحيح ولو بدون ان اتبع بالطلاق ولكن حينئذ ان اقتصر على الخلع يفسد من حيث فساد عوضه مطلقاً واما اذا اتبعه بالطلاق فيكون امرين طلاق وعوض فاذا بطل العوض بقى الطلاق .

قوله فان بطل احدهما يبقى الاخر فرض قده ان الطلاق والخلع امران مستقلان غير مربوط احدهما بالاخر وحينئذ صح ما ذكره من انه اذا بطل احدهما كبطلان العوض بقى الاخر لكن فيه انهما ليسا كذلك بل الطلاق مربوط بالعوض ضرورة انه فى مقابل الرجعى فهو مشروط بالبذل وكان البذل بمنزلة الثمن فى البيع والطلاق بمنزلة المبيع فهو مع كونه طلاقاً مشتمل على المعاملة و رفع اليد عن

البضع فى مقابل العوض فليس امر مستقل بل لو انتفى العوض انتفى المعوض وهو الطلاق فالاقوى بطلان الخلع حيثئذ بعد عدم القصد الى الرجعى فتدبر .

﴿و﴾ أما مع الخل كما ﴿لو خالها على خل﴾ بزعمهما ﴿فان خمراً صَحَّ و كان له بقدره خلا﴾ بلاخلاف كما فى الجواهر ولو لم يكن محل الاتفاق كان للاشكال عليه مجال لعدم مدخلية العلم والجهل لو وقع الخلع على نفس الخمر المعين الخارجى فان الخلع قد وقع حيثئذ بلاعوض .

﴿ولو خال على حمل الدابة أو الجارية لم يصح﴾ مع عدم وجوده لعدم كونه متمم "لا عرفاً وشرعاً بل مع وجوده فى بطن الام للجهالة .

وفى المسالك بعد العبارة لافرق فى ذلك بين كونه موجوداً فى بطنها بالفعل وعدمه كما لو خالها على ما تحمله فى المستقبل لاشتراكهما فى الجهالة والممانعة وزيادة الثانى بكونه معدوماً ﴿ويصح﴾ بذل الفداء منها ﴿بلا خلاف ولا اشكال ، لانه هو المنطبق على نسبه اليها﴾ و﴿كذا﴾ من وكيها ﴿القائم مقامها بعموم الوكالة واطلاقها .

بل فى المسالك فى تفسير عبارة المتن ﴿و﴾ كذا ﴿ممن يضمه﴾ فى ذمته ﴿باذنها﴾ فيقول للزوج : «طلق زوجتك على مائة وعلى ضمانها» والفرق بينه وبين الوكيل أن الوكيل يبذل من مالها باذنها وهذا يبذل من ماله باذنها يرجع عليها بما يبذله بعد ذلك .

﴿وهل يصح من المتبرع﴾ و ان كان العقد ايجاباً وقبولاً من الزوج والزوجة ؟ ﴿فيه تردد﴾ ، والاشبه المنع ﴿عند المصنف والشيخ وغيره من الاصحاب والظاهر هو باطلاقه ممنوع لامكان ان يودى امر الزوجة الى الاضرار وعدم قدرتها على القيام مع الزوج بحيث لو تمكنت من اداء المال والدفع الى الزوج لفعلة للخلاص عنه .

وحيثئذ لو تبرع المتبرع عنها فكانه دفع نفسها فانه احسان من الغير اليها فلا منع حيثئذ اصلاً و كثيراً ما يكون الزوج مع صفات لا يمكن تحملها مع حفظ

الدين بل قد يامر الزوجة بالفسق علانية ولا يخلصها الا البذل ﴿أما لو قال : « طلقها على الف من مالها و على ضمانها او على عبدها هذا و على زمانه ﴾ اي ان قال المتبرع طلقها على عبدها اي كان عبدها لك و على ضمانه بحيث لو لم تعط الزوج ألفا و عبدها كان على ضمانه لك .

وحيثذ ﴿صح﴾ الخلع كما ان نفسها قالت للزوج طلقني على عبدي وحيثذ ﴿فان﴾ رضيت الزوجة بما قال المتبرع قبل اجراء الصيغة صح الطلاق و على الزوجة دفع الالف او العبد الى الزوج وان ﴿لم ترض بدفع البذل﴾ بعد تمام الصيغة بان انكرت الدفع ﴿صح الخلع وضمن المتبرع ﴾ ﴿و﴾ لكن عند المصنف ﴿فيه تردد﴾ و في الجواهر لان مرجعه ضمان الاجنبي أيضا الذي قد عرفت عدم ثبوت شرعيته ، بل هو من ضمان مالم يجب انتهى وفيه تأمل و تحقيقه في محله .

﴿ولو خالعت في مرض الموت صح وان بذلت أكثر من الثلث و كان من الاصل﴾ لعموم «الناس مسلطون على اموالهم» المقتصر في الخروج منها على التبرعات المحضنة ، كالصدقة والهبة ونحوهما .

﴿وفيه قول﴾ آخر بل في المسالك أنه المشهور بين الاصحاب والمعمول به بينهم وهو ﴿أن الزائد عن مهر المثل من الثلث﴾ لكونه كالمحابة في المعاوضات ﴿وهو أشبه﴾ عند المصنف و تحقيقه في محله ثم الكلام في ارث المختلعة حيثذ بعد موت الخالغ .

و في الحدائق ما لفظه الخامسة قال في المختلف لو خالغ المريض لم ترثه الزوجة في العدة سواء قلنا انه طلاق او مفتقر اليه لانتفاء التهمة قال ابن ادريس و الى هذا القول ذهب شيخنا ابو جعفر في استبصاره قال ولنا في ذلك نظر وهو يدل على ترده لنا ما تقدم من انتفاء سبب التوارث وهي التهمة .

وما رواه محمد بن القاسم الهاشمي عن الصادق عليه السلام قال سمعت يقول لانثرت المختلعة والمبارثة والمستأجرة في طلاقها من الزوج شيئا اذا كان ذلك منهن في

مرض الزوج وان مات في مرضه لان العصمة قد انقطعت منهن ومنه انتهى .
 اقول ما ذكره العلامة قدس سره من نفى التوارث لانتفاء سببه وهو التهمة
 جار على مذهبه في المسئلة كما تقدم ذكره وهو المختار كما تقدم ذكره واما على
 القول المشهور من ان مطلقة المريض ترثه في مرضه وان خرجت من العدة بالمرّة
 ما لم تتزوج او يبرء او تمضى سنة سواء كان السبب الداعى الى الطلاق من جهته او
 من جهتها فانها ترثه في هذه الصورة وهو مردود بالاخبار المتقدمة التى من جملتها
 هذا الخبر و من تشأ تنظر ابن ادريس هنا انتهى .

اقول غاية ما يمكن تصديق ذلك هو فى صورة التى كانت فى زمن العدة
 بحكم الزوجية لا ما اذا خرجت عنه بمجرد الطلاق والخلع وحصلت البيونة فى
 زمن حياة الخالع لانقطاع العصمة بالمرّة حيثئذ .

﴿ ولو كان الفداء ارضاع ولده ﴾ منها أو من غيرها أو حضانتها ﴿ صح ﴾
 عندنا للعمومات ، لكن ﴿ مشروطاً بتعيين المدة ﴾ رفعا للجهالة القادحة فى اصل
 المعاوضة .

﴿ وكذا ﴾ يصح ﴿ لو طلقها على نفقته ﴾ بعد الرضاع مثلا أو مضافة اليه ،
 لكن فى المتن وغيره ﴿ بشرط تعيين القدر الذى يحتاج اليه من المأكل والكسوة
 والمدة ﴾ بل عن المسالك وغيرها يعتبر تعيين ما ينفق عليه كل يوم من الادام والطعام
 والكسوة فى كل فصل أو سنة أو بضبط المؤنة فى جملة السنة ، ويوصف بالاوصاف
 المشروطة فى السلم والامر سهل .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ لو مات قبل المدة كان للمطلق استيفاء ما بقى فان
 كان رضاعاً رجع باجرة مثله ، وان كان انفاقاً رجع بمثل ما كان يحتاج اليه فى تلك
 المدة مثلا أو قيمة ﴾ فان الجميع على طبق القاعدة .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لا يجب عليها دفعه ﴾ أى العوض من الاجرة والنفقة
 ﴿ دفعة ﴾ معجلا ، لان موت الولد لا مدخل له فى حلول الدين ﴿ بل ﴾ انما يجب

﴿ ادراجاً في المدة كما كان يستحق عليها لو بقي ﴾ للاصل وغيره خلافاً لما عن العامة من القول بالحلول.

﴿ ولو تلف العوض ﴾ المبذول ﴾ قبل القبض لم يبطل ﴾ الخلع بلا خلاف ولا اشكال ، للاصل و العمومات التي خرجنا عنها بالبيع لدليله ، بل في المتن وغيره انه باق على ﴾ استحقاقه ، ولزمها مثله أو قيمته أن لم يكن مثلياً ﴾ بل ظاهر كشف اللثام اتفاقنا عليه .

﴿ ولو خالعا بعوض موصوف فان وجد ﴾ الزوج ﴾ ما دفعته على الوصف ﴾ المشترط فذاك ﴾ والا كان له رده والمطالبة بما وصف ﴾ الذي هو حقه. وله الرضا بالمدفوع وفاء عن حقه مع التراضي منهما بلا خلاف ولا اشكال ، وان كان مادفعته معيياً تخيير بين قبوله والمطالبة بأرشه وبين رده والمطالبة بفرد آخر كما تقدم ذلك في السلم كذا في الجواهر.

﴿ ولو كان ﴾ ما خالعا عليه شيئاً ﴾ معيناً فبان معيياً رده ﴾ ان شاء ﴾ وطالب بمثله أو قيمته وان شاء أمسك مع الارش ، وكذا لو خالعا على عبد على أنه حبشي فبان زنجياً أو على ثوب على انه نقي فبان أسمر ﴾ وعلمه في المسالك بان فوات الجزء الموجب للعيب أو للوصف كتبويض الصفقة ، فيتخير بين رده وأخذ عوضه وبين ابقائه مع ارشه .

﴿ اما لو خالعا على انه ﴾ اي الثوب ﴾ ابريسم فبان كتاناً صح الخلع ، وله قيمة الابريسم ، وليس له امساك الكتان لاختلاف الجنس ﴾ .

﴿ ولو دفعت الفأ وقالت : « طلقني بها متى شئت » لم يصح البذل ﴾ وان قال الزوج بعدها بلا فاصل : « انت طالق عليها » لعدم انشاء فعلى ، اذا المفهوم من هذه العبارة الاعلام بانها باذلة ذلك ، وليس هو انشاء بذل نحو قول المشتري : « يعني مالك هذا بدرهم متى شئت » كما في الجواهر ولا بأس به .

﴿و﴾ على كل حال ﴿لو طلق كان رجعيًا والالف لها﴾ مع قصد الرجعي والاف يبطل .

﴿ولو خالع اثنتين﴾ فصاعداً ﴿بفدية واحدة صح﴾ بلا خلاف اجده فيه ﴿و﴾ على كل حال ﴿كانت﴾ الفدية المبذولة ﴿بينهما بالسوية﴾ لو كان بنائهما على ذلك قبل الصيغة لابعدها لامكان كون العوض لهما ألفامع عدم رضائهما بالسوية فيلزم الجهالة في العوض بما يعتد به .

و الحاصل لو علم من حالها بالقرائن او بالتلفظ مع الزوج بمقدار الاداء من الواحدة صح بل وان كانت بينهما بالتفاوت والافيه اشكال الا اذا كانتا متساويتين في ذلك ايضاً .

﴿و لو قالنا طلقنا بالف فطلق واحدة كان له النصف﴾ بناء على التسوية وما يقتضيه التوزيع على مهر المثل أو المسمى لها في النكاح على القولين الاخرين ﴿و﴾ كيف كان ﴿لو عقب بطلاق الاخرى كان رجعيًا﴾ ان كان مورده كذلك ﴿ولا عوض له لتأخر الجواب عن الاستدعاء المقتضى للتعجيل﴾ الذي قد عرفت اعتباره .

﴿ولو خالعهما على عين فبانت مستحقة قيل﴾ والقائل الشيخ و تبعه غيره : ﴿يبطل الخلع﴾ الذي هو معاوضة ، لبطلان أحد العوضين ، لكن قد عرفت المناقشة في ذلك غير مرة ﴿و﴾ من هنا قال المصنف : ﴿لو قيل يصح﴾ الخلع ﴿ويكون له القيمة أو المثل ان كانت مثلياً كان حسناً﴾ لكون ذلك هو المتعارض في تدارك الفداية .

وفيه انه عوض الخلع بمنزلة الثمن في البيع فيجوز فيه اكثر احكام فكما في البيع لو وقع المبيع على الثمن الجزئي الخارجي الذي كان للغير بطل فكذلك في المقام وكما ان في البيع لو وقع المبيع على الثمن الكلي صح ولزم على المشتري اداء الثمن من مال حلال فكذلك في المقام فالخلع على مال الغير

المخارجى مع العلم به قد بطل لانه كالخلع بلاعوض .

﴿ ويصح البذل من الامة ﴾ بلاخلاف أجده فيه ، بل لعله اجماع ، ﴿ فلو أذن ﴾ لها ﴿ مولاها ﴾ بالافتداء ﴿ انصرف الاطلاق الى الافتداء بمهر المثل ﴾ كأنصرف اطلاق الامر بالشراء الى قيمة المثل ، ويكون فى ذمة السيد لافى كسبها ان كانت ذات كسب .

﴿ ولو بذلت زيادة عنه قيل : يصح ﴾ الخلع ﴿ و ﴾ لكن ﴿ تكون ﴾ الزيادة ﴿ لازمه لذمتها تتبع بها بعد العتق واليسار ﴾ وأما مقدار مهر المثل فعلى السيد للاذن ﴿ وتتبع بأصل البذل مع عدم الاذن ﴾ بعد العتق واليسار ، وهذا منه ، فتأمل جيداً .

﴿ ولو بذلت عيناً ﴾ من أعيان سيدها ﴿ فأجاز المولى صح الخلع والبذل ﴾ كما لو أذن ابتداء ﴿ والاصح الخلع دون البذل ، ولزمها قيمته أو مثله تتبع به بعد العتق ﴾ واليسار ، لكونه حينئذ كما لو ظهر مستحقاً .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ يصح ﴾ البذل ﴿ من ﴾ المكاتبه المطلقة ﴿ ولو من المال الذى فى يدها ﴾ ولا اعتراض للمولى ﴿ عليها بلاخلاف كما فى الجواهر ﴾ وأما المشروطة فكالفن ﴿ معللاً بأنها لا تخلص من محض الرق الابداء جميع المال وتمام الكلام فى مورد الحاجة النظر الثالث فى الشرايط .

﴿ و ﴾ أنه ﴿ يعتبر فى الخالع شروط أربعة : البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد ﴾ سواء قلنا بأنه طلاق أو فسخ ﴿ فإنه على كل حال ﴾ لا يقع مع الصغر والجنون ﴿ اللذين قد عرفت اجماع على سلب عبارة معهما فى مثل ذلك ﴾ ﴿ كذا ﴾ لا ﴿ يقع ﴾ مع الاكراه ﴿ الذى قد عرفت تحقيق الحال فيه ﴾ ولا مع السكر ولا مع الغضب الرافع للقصد ﴿ كغيره من الايقاع والمعاوضة . ﴾ ﴿ ولو خالع ولى الطفل بعوض صح ان لم يكن طلاقاً ﴾ مع المصلحة أو مع عدم المفسدة ﴿ وبطل مع القول بكونه طلاقاً ﴾ وعرفته سابقاً ما يتعلق بالمقام

﴿ويعتبر في المختلعة﴾ البلوغ والعقل و﴿أن تكون طاهراً طهراً لم يجامعها فيه اذا كانت مدخولاً بها غير﴾ صغيرة ولا ﴿بائسة و كان حاضراً معها﴾ على حسب ماسمعه في الطلاق الذي قد عرفت كون الخلع فرداً منه ، فكل ما دل على اشتراطه فيه يشترط في الخلع .

مضافاً الى قول الصادق عليه السلام [في خبر حمران]: «لا يكون خلع ولا تخيير ولا مباراة الاعلى طهر من المرأة من غير جماع وشاهدين يعرفان الرجل ويريان المرأة ويحضران التخيير و اقرار المرأة أنها على طهر من غير جماع يوم خيرها . وقول [الباقر] عليه السلام : «لا طلاق ولا خلع ولا مباراة ولا خيار الاعلى طهر من غير جماع» وغيرهما من النصوص الدالة على اعتبار ذلك فيه قال في الخلاف لا يصح الخلع الا في طهر لم يقربها فيه بجماع اذا كان دخل بها وخالف جميع الفقهاء في ذلك وقالوا يجوز في حال الحيض وفي طهر قربها فيه بجماع . [دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم ايضاً فانه اذا خالعا على ما وصفناه صح الخلع بلا خلاف وليس على صحة ما قالوه دليل .

﴿و﴾ كذا يعتبر في الخلع ﴿أن تكون الكراهية من المرأة﴾ خاصة لامنه وحده ، فلا يجوز أخذ العوض ، ولا منهما فيكون مباراة ، ولا خلاف في أصل اشتراط الكراهية .

فالمسألة اجماعية كما عن الشيخ وغيره من المتقدمين ، بل عن ابن ادريس «أن اجماع أصحابنا منعقد على أنه لا يجوز الخلع الا بعد أن يسمع منها ما يلحق ذكره من قولها : «لا أغتسل لك عن جنابة ، ولا اقيم لك حداً ، ولا وطن فراشك من تكرهه» أو يعلم ذلك منها فعلاً» .

وقد تقدم الروايات الكثيرة عليه فراجع .

والظاهر من تلك الكثيرة المتواترة ان المجوز للخلع نفس سماع هذه الكلمات من الزوجة حتى مع علمه بانها لا يفعل ما يقول لقوة ايمانها وانما تكره

قيامها عند الزوج فيتمسك بمثل هذا كلمات حتى توجب صدور هذا الامر منه .
 ﴿و﴾ كيف كان ف﴿لمو قالت : لادخلن عليك من تكره لم يجب خلعها﴾
 للاصل ، وظاهر نفي الجناح والحل فى الكتاب والسنة ﴿بل﴾ لادليل عليه .
 قال فى المسالك الاصح ان الخلع لايجب على الزوج طلقاً للاصل ولان
 الله تعالى رفع فيه الجناح الموهوم لكونه محرماً ورفع لجناح يرفع التحريم
 ولايدل على ماسواه بل يشعر بعدم رجحانه وفى حسنة الحلبي السابقة ونظايرها
 دلالة على اثبات حله مع كراهتها خاصة والقول بوجوبه اذا قالت له ذلك للشيخ
 فيه وتلميذه القاضى وجماعة استنادا الى ان ذلك منكر والنهى عن المنكر واجب
 وانما يتم بالخلع فيجب وجوابه منع انحصار النهى فى الخلع بل تاديه بالطلاق
 المجرد عن البذل اقرب اليه وانسب بمقام الغيرة والنخوة من مراجعتها على بذل
 المال الحقيق ويمكن ايضاً تاديه بالضرب وغيره مما يدفع به لمنكر والاقوى
 استحباب فراقها اما كونه بطريق الخلع فغير واضح الامن حيث جعله بعض افراد
 الفرقة وقال فى الخلاف الظاهر ان مراد الشيخ بذلك شدة الاستحباب فيه نظر
 لا يخفى انتهى .

ولقد اجاد فى عدم الوجوب وحصول الغرض بالطلاق بل لافائدة فى بذلها
 مع سماع مثل هذه الكلمات من صاحب الغيرة جداً او بالجملة امثال ذلك لا يوجب
 الخلع بحيث لو لم يفعل عد عاصيا ومنه يعلم انه لاوجه لقوله ﴿يستحب﴾ .
 وفى الجواهر الا انه للتسامح فيه يمكن أن يكون وجهه الخروج من شبهة
 الخلاف ﴿و﴾ لما أرسله فى المتن من أن ﴿فيه رواية بالوجوب﴾ .
 وفى الجواهر وان كنا لم نقف عليها كما اعترف به غيرنا ايضاً ، الا أنه لا ينافى
 ذلك الاستدلال على الندب المتسامح فيه بها .

ومن ذلك يظهر لك ضعف المحكى عن الشيخ والقاضى وجماعة من القول
 بالوجوب اذا قالت ذلك أو خفيف عليها الوقوع فى المعصية ، استناداً الى أن ذلك

منكر منها والنهي عن المنكر واجب ، وانما يتم بالخلع انتهى وقد تقدم ذلك ايضا فى اول الخلع .

﴿ ويصح خلع الحامل مع رؤية الدم كما يصح طلاقها ولو قبل انها تحيض ﴾ وقد عرفت الروايات الكثيرة الدالة على ان خمسة يطلق على كل حال ومنها الحاصل والخلع ان قلنا طلاق فلا كلام وكذا ان قلنا مع الطلاق طلاق وان كان فسحا مع تجرده ففيه كلام .

ولكن قد عرفت ان ظاهر الروايات انه طلاق لولا احتمال التقية وفي المسالك ما لفظه اذا جعلنا الخلع طلاقا فما يعتبر فى الطلاق ويرخص فيه من طلاق الحايض فى المواضع الثلاثة آت هنا وان جعلناه فسختبع الطلاق فكانت بطريق اولى وان لم نقل بافتقار الى الطلاق فغايبته الحاقه به اما زيادته عليه فى الشرايط فلا اذلاليل عليه وخالف فى ذلك بعض الاصحاب فحكم بعدم جواز خلع الحامل ان قلنا انها تحيض الا فى طهر آخر غير طهر الموافقة بخلاف الطلاق ويمكن الاحتجاج له بعموم الخبر السابق من القول بانه فسخ لا طلاق فيلحقه وادل على استثناء الحامل فى الطلاق وكيف كان فالمذهب هو المشهور ورجحان كونه طلاقا كافة فى مشاركته له فى الحكم انتهى .

ويدل عليه [خبر زرارة ومحمد] عن أبى عبد الله عليه السلام « الخلع تطليقة بائنة وليس فيه رجعة ، قال زرارة : لا يكون الا على مثل موضع الطلاق ، اما طاهراً واما حاملاً بشهود » ﴿ وكذا التى لم يدخل بها ولو كانت حائضاً ، وتخلع اليائسة وأن وطأها فى طهر المخالعة ﴾ .

﴿ ويعتبر فى العقد حضوراً شاهدين دفعة ﴾ بمعنى سماعهما صيغة العقد .
 ﴿ و ﴾ حينئذ ف ﴿ لو افترقا لم يقع ﴾ وقال المسالك « واعلم أن اثبات هذا المطلوب من النصوص على القول بكونه فسحاً لا يخلو من الاشكال ، ولعل الاستناد الى الاجماع أسهل » انتهى . قد عرفت ان المستفاد من الادلة انه طلاق

وعدم صحة كونه فسخا ولوقيل به لم يكن له شرائط الطلاق .
 ﴿و﴾ يعتبر فيه أيضاً ﴿تجريده عن شرط﴾ ولا يخفى ما فى هذا الاعتبار
 مع عموم المؤمنون عند شروطهم مع عدم منافاته للمقام قال فى المسالك الكلام
 فى اشتراط تجريده عن الشرط كالكلام فى الطلاق من انه مذهب الاصحاب
 ودليله غير صالح وعموم الادلة الدالة على مشروعية يتناول المشروط وورود النص
 بجواز تعليق الظهار على الشرط يونس بكونه غير مناف للصحة فى الجملة الا ان
 الخلاف هنا غير متحقق فان تم فهو الدليل انتهى .

ولا يخفى ان الطلاق يقتضى التنجيز والشرط عدمه وهما متنافيان .
 ﴿ويصح الخلع من المحجور عليه لتبذير اوفلس﴾ بلا خلاف بل ولا
 اشكال ، لاطلاق الادلة وعمومها السالمة عن معارضة الحجر الذى لا ينافى ذلك
 كذا فى الجواهر .

﴿و﴾ كذا يصح الخلع ﴿من الذمى﴾ بل ﴿والحربرى﴾ بلا خلاف ولا
 اشكال لاطلاق الادلة ﴿و﴾ عمومها ، بل ﴿لو كان البذل خمراً او خنزيراً صح﴾
 معاملة لهم بدينهم ﴿و﴾ ان لم يجز بين المسلمين نعم ﴿لو أسلم أو احدهما قبل
 الاقباض ضمنت القيمة عند مستحليه﴾ للتعذر الشرعى المنزل منزلة التعذر الحسى
 ﴿و﴾ كيف كان ف ﴿الشرط﴾ الذى يتوقف صحة الطلاق الخلقى على
 تجرده منه ﴿انما يبطل اذا لم يقتضه العقد ، فلو قال : فان رجعت ، رجعت لم
 يبطل﴾ ؛ ﴿-هذا الشرط ، لانه مقتضى الخلع ، وكذا لو شرطت هى الرجوع فى
 الفدية﴾ الذى هو لها شرطت او لم تشرط ، بل فى المسالك « الضابط فى كل
 شرط لا يصح تعليق العقد عليه هو الشرط الخارج عن مقتضى العقد

﴿اما لو قال : « خالعتك ان شئت : لم يصح وان شئت ﴾ مقارناً لتام

ايجابه ﴿لانه شرط ليس من مقتضاه﴾ ورابع للتنجيز المفروض اعتباره

﴿وكذا لو قال : ان ضمنت لى الفا او اعطينى او ماشا كله وكذ﴾ باقى

ادوات التعليق نحو ﴿ متى او مهما او اى وقت او اى حين ﴾ فلا يصح اذا قال خالعتك ان اعطيتنى او متى اعطيتنى او مهما اعطيتنى ونحو ذلك والفرق بين ان اعطيتنى وبين ان رجعتنى رجعتك خفى لان الاول ايضا من مقتضى العقد ﴿ النظر الرابع فى الاحكام وفيه مسائل الاولى لو اكرهها على الفدية فعل حراماً ﴾ بلاخلاف ولاشكال ، ضرورة كونه ظلماً محرماً ، ويتحقق الاكراه عليها بنحو ما سمعته من الاكراه على الطلاق وغيره من العقد والايقاع ، اذ الاكراه حقيقة واحدة فى الجميع .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لو طلق به ﴾ اى بالاكراه ﴿ صح الطلاق ولم تسلم له الفدية ﴾ التى فرض الاكراه عليها ﴿ وكان له الرجعة ﴾ ان كان قصده الرجعى والا بطل اصل الطلاق .

المسألة ﴿ الثانية لو خالعتها والاخلاق ملتئمة ﴾ اى لا كراهة بينهما ﴿ لم يصح الخلع ولا يملك الفدية ﴾ .

وفى الجواهر بلاخلاف ولاشكال ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى السنة المستفيضة أو المتواترة التى قد دمر كثير منها ، بل وظاهر اعتبار الخوف من عدم اقامة حدود الله تعالى المتنتفى فى الفرض .

﴿ ولو طلقها والحال هذه بعوض لم يملك العوض ، و ﴾ لكن ﴿ صح الطلاق وله الرجعة ﴾ .

قال فى الجواهر مع فرض كون مورده رجعيّاً ، والا كان بائناً او باطلاً على البحث السابق بلاخلاف أجده فى شىء من ذلك ، بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً الى النصوص المستفيضة على عدم حل اخذ شىء منها مع عدم الكراهة .

هذا ولكن فى المسالك بعد ان ذكر الحكم الاول قال : « هذا بالنسبة الى الخلع ، واما الطلاق بعوض فمقتضى كلام المصنف والجماعة كونه كذلك الى ان قال .

وقد اظنبت فى الحدائق فى بيان فسادہ بعد ان حكى ما وقع له من ذلك فى المسالك والروضة فى مواضع ، وحكى عن بعض معاصريه موافقته له فى ذلك ، وأنهم طلقوا بالعوض جملة من النساء مع عدم الكراهة ، فضلاً عن الجهل بالحال ولقد عثرت على رسالة كبيرة مصنفة فى هذا المسألة للعام الربانى المحقق المدقق الميرزا أبى القاسم القمى قدس سره وهو وان ابداع فيها وذكر فيها أنه منذ اربعين سنة او أزيد كان على الخلاف ما ذكره الشهيد ولكنه ظهر له بعد ذلك صحته ، وصنف الرسالة المزبورة التى هى وان ابداع فيها لكنها اوفق بفقہ الاعاجم المبنى على التجشم والتدقيق المعلوم كونه على خلاف طريقة المعتدلين من أهل الفن ، وكان منشأ الوهم ما وقع للمصنف وغيره من ذكر حكم الخلع مستقلاً ، وذكر حكم الطلاق بعوض غير مرة ، وما وقع لبعضهم كالفخر والمقداد وابى العباس فى تعريف الخلع مما يقتضى كون الطلاق بعوض مفهوماً آخر غير الخلع ، ومن ذلك ونحوه نشأ الوهم فى أنه شىء مستقل يوافق الخلع ويفارقه ، بل ظاهر بعض كلمات القمى فى الرسائل المزبورة انه حيث يكون موافقاً للخلع يقصد به معنى الخلع لا الطلاق ولقد أشرت سابقاً الى ما يفسد هذا كله ، فلا حظ وتأمل .

ولكن نزيدك هنا أنه ليس فى شىء من النصوص طلاق العوض أو طلاق الفداء الى ان قال ومن الغريب دعوى الفاضل المزبور تحقيق الطلاق بالعوض فى غير مورد الخلع ، وذكر له اقساماً ستة : اولها الطلاق بالعوض ، والثانى الصلح عن الطلاق بكذا ، والثالث الهبة المعوضة بالطلاق ، والرابع الجمالة على الطلاق والخامس اشتراط الطلاق بعقد بيع مثلاً ، والسادس الطلاق مع شرط العوض ، وذكر أن دليل صحة ما عدا الاول والثانى منها عمومات الصلح والهبة والجمالة والبيع .

ثم اظنبت فى اقتضاء الطلاق الواقع فى المذكورات البيئونة الا مع التقابل

والتفاسخ اويكفى وقوعه وان جاز له الرجوع به حيث يكون رجعياً ، وتجشم لكونه كالخالع حينئذ يكون المراد فى الصلح والهبة والجمالة والشرط فى البيع طلاقاً لارجعة له فيه ، فهو حينئذ فى قوة اشتراط عدم الرجعة به وان كان لولا ذلك لكان رجعياً ، وجعل دليل الاول قوله تعالى « أوفوا بالعقود » الشامل ولو للعقد الجديد وما دل على الوفاء بالميثاق او العهد المحتمل ارادته ايضاً من الوفاء بالعقود ، ودليل الاخير « المؤمنون عند شروطهم ، الشامل للالزام بالعوض على جهة الشرطية ولو فى ضمن الايقاع كالشرط فى العتق ، الى غير ذلك مما ذكره فيها الذى لولا الادب معه لقلنا فيه ما قلنا .

ومن هنا ذكرنا أنها أوفق بفقه الاعاجم ، وليته بقى على حاله قبل الاربعين سنة ، ضرورة خروج مفهوم الطلاق بعوض عن المذكورات أجمع ، فانه فيها قد وقع عوضاً ، لأنه بعوض الذى يراد منه أنت طالق بكذا على وفق الخلع ، على انه يمكن المناقشة فى صحة الصلح عن الطلاق ، بل وجعله عوضاً عن الهبة ، بل وفى كونه عملاً بجعل وان صرح بجوازه ثانى الشهيدين وبعض من تأخر عنه انتهى موضع الحاجة .

هذا والذى يمكن ان يقال بعد العلم باتفاقية عدم تملك العوض مع عدم الكراهة وعدم وقوع الطلاق رجعياً على الخلاف انه يمكن القول بوقوع الطلاق صحيحاً مع عدم كونه خلعا ويملك العوض غايته لابعنو ان كونه عوضاً للخلع بل بعنوان الهبة العوضه اذ كثيراً ما كانت الزوجات مع عدم الكراهة من الزوج واما يطلبن الطلاق من بعولتهن ببذل المهر والزيادة عليه لامر يصعب عليهن الصبر عليه لفقير الزوج وعدم النفقة او كبره وعدم قدرته على المواقعة بحيث يشبعهن ونحو ذلك والزوج يرضى ايضاً وما ذكره قدّمه مما ظاهره المنع ممنوع .

وفى المسالك ما لفظه اما بطلان الخلع فلما تقدم من اشتراط صحته بكرهاتهاله فبدون الكراهة يقع باطلا لفقده شرطه والقيام اخلاقهما كناية عن عدم ظهور الكراهة

والا فانها امر نفسى يمكن مجامعتها لالتيام الاخلاق ظاهراً بان تكتم الكراهة وتحسن معه الخلق و لكن لما كان ذلك على خلاف الغالب لم يعتبره اذما يضممره الانسان يظهر على فلتات لسانه و صفحات وجهه و لو فرض عدم ظهور كراهتها مع وقوعها فى نفس الامر لوجب الحكم بفساده لان العبرة بظهور الشرط لا بحصوله فى نفس الامر واما بالنسبة اليها فيما بينها و بين الله تعالى فيحتمل وقوعه فيلحقها حكم المطلقة بالنسبة اليها وان كانت بالنسبة اليه زوجة لكن الاقوى فساده مطلقاً لما تقرر من دلالة النصوص على ان المعتبر اظهارها الكراهة بالقول هذا بالنسبة الى الخلع .

واما الطلاق بعوض فمقتضى كلام المصنف والجماعة كونه كذلك لاشتراكهما فى المعنى بل عده فى المبسوط خلعاً صريحاً حيث فتمه الى واقع بصريح الطلاق والى واقع بغيره وجعل الاول طلاقاً و خلعاً وجعل الخلاف فى الثانى هل هو طلاق ام لا وهذا ان كان اجماعاً فهو الحجة فى حكمه و الا فلا يخلو من اشكال لان النصوص انما دلت على توقف الخلع على الكراهة و ظاهر حال الطلاق بعوض انه مغاير له وان شاركه فى بعض الاحكام انتهى .

و ظاهر كلامه صحة الطلاق بعوض وانه مغاير مع الخلع الباطل بدون الكراهة ولا يخفى انه لو قلنا بصحة الطلاق المذكور كما عرفت مفصلاً فلا كلام والالزم القول بالبطلان فلا معنى لكونه رجعيّاً الا اذا كان حين اجراء الصيغة قاصد للرجعة والافصح كون القصد بائناً و صيرورته رجعيّاً دون اثباته خرط القتاد .

قال فى الخلاف اذا كانت الحال بين الزوجين عامرة و الاخلاق ملتزمة و اتفقا على الخلع فبذلت له شيئاً حتى يطلقها لم يحل ذلك و كان محظوراً و به قال عطاء و الزهرى و النخعى و داود و اهل الظاهر و قال ابو حنيفة و الشافعى و مالك و الاوزاعى و الثورى ان ذلك مباح .

[دليلنا] اجماع الفرقة على انه لا يجوز له خلعها الا بعد ان يسمع منها ما لا يحل

ذكره من قولها لا اغتسل لك من جنابة ولا اقيم لك حدا ولا وطن فراشك من تكرهه او يعلم ذلك منها وهذا مفقود هي هنا فيجب ان لا يجوز الخلع وايضاً قوله تعالى «فلا يحل لكم ان تاخذوا مما آتيتموهن شيئاً الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله» وهذانص فانه حرم الاخذ منها الا عند الخوف من ان لا يقيما حدود الله وقال تعالى [فان خفتما الايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به] فدل ذلك على انه متى ارتفع الخوف وقع الجناح انتهى .

وقد تقدم الكلام فيه مفصلاً وعرفت ان ظاهر الاية هو الصحة مع الالتيام الاخلاق وان المعيار لها هو خوف عدم قيامها بوظائف الزوجية مع علمها بان جهاد المرأة حسن التبعل سواء كان منشأه الكراهة الذاتية او العرضية او المفارقة القهرية التي لا يمكن احدهما من المصاحبة مع الاخر فراجع ما تقدم منا والغرض ان طلب الطلاق قد يجمع مع خوف عدم القيام بوظائف الزوجية واقامة حدود الله في حقه

وفي الحدائق قال وفي مقام حديث يناسب ذكرها وهو ان رجلاً مرض مرضاً شديداً وكان له زوجة تقويم عليه وتخدمه خدمة فائقة لم ير مثلها في الأزواج فلما من الله عليه بالصحة قال لزوجته ان لك على حقامن اعظم الحقوق احب ان اكا فيك به واجازيك عليه وهو انك قد خدمتني سيما في هذا المرض خدمة زائدة فاطلبى ما تريدن فانه لا بدله من مكافاتك فقالت له اله عن هذا فابى لا اطلب شيئاً فالح عليها واكد تمام التأكيد بحيث انها لم تجد رفعا له فقالت ان كان ولا بد فاني اطلب الطلاق منك فتعجب الرجل غاية العجب وقال انك بهذه المحبة التي تظهر منك بهذه الخدمة العظيمة في الصحة وللمرض كيف تطلبين الطلاق فقالت اعلم انى منذ تزوجت بك فاني كارهة لك تمام الكراهة وانما كانت هذه الخدمة منى امثالاً لامر الله سبحانه في القيام بما اوجبه على من حقوقك والظاهر ان الرجل اجابها الى الطلاق بعد ذلك وقال ايضاً بقى الكلام في انه لو خلا الطلاق بعوض عن الكراهة فعلى المشهور من عدم

حصول البيئونة به كما ادعاه شيخنا المتقدم ذكره فهل يكون صحيحاً رجعيّاً او باطلا من اصله قولان الظاهر ان المشهور الاول وبه صرح جملة ممن قدمنا كلامه كالمحقق والعلامة في جملة من كتبه والشيخ منتجب الدين في كتاب الحاوى .
وبالثاني صرح السيد السند في شرح النافع وعلله بان الطلاق الرجعى غير مقصود ولا مدلول عليه باللفظ انما المقصود من لفظ الطلاق البائن لان الكلام انما يتم باخاره والغرض انما تعلق بذلك الطلاق الخاص ولم يتم فلا يتجه صحة طلاق آخر .

وبالجملة فما وقع غير مقصود وما قصد غير صحيح ولا واقع والعقود بالقصود وتبعه في هذا القول جملة ممن تأخر عنهم منهم صاحب الكفاية وشيخنا الشيخ سليمان البحرانى وتلميذه الوالد قدس الله روحهما والمسئلة عندى موضع توقف واشكال لعدم النص الذى به يتضح الحال

وما احتج به السيد المذكور من الدليل وتبعه عليه هؤلاء الاجلاء فهو وان كان مما يتسارع الى الفهم قبوله الا انك قد عرفت فى غير موضع مما تقدم ما فى بناء الاحكام الشرعية على مثل هذه التعليقات العقلية لاسيما وقد ورد فى جملة من النصوص ما يهدم هذه القاعدة ويزلزل ما يترتب عليها من الفائدة فان السيد قدس سره وجدده قبله وتبعهما جماعة ممن تأخر عنهما قد صرحوا بان العقد المشتمل على شرط فاسد باطل من اصله وعللوا بهذا التعليل من ان اصل العقد العارى عن الشرط غير مقصود والقصد انما توجه للمجموع وهو غير صحيح فما كان مقصودا غير صحيح وما كان صحيحاً غير مقصود والعقود بالقصود فيلزم بطلان العقد مع انا رايانا جملة من النصوص الصحيحة الصريحة قد صرحت بحصة العقد وبطلان الشرط فكيف يمكن اتخاذ ما ذكره قاعدة كلية والحال كما ترى انتهى .

ولا يخفى قوة ما افاد فى شرح النافع فان من شرط حصول الخلع هو

الكراهة من الزوجة فاذا لم تكن بوجه لم يكن المشروط ولا يصح طلاق الخلع الذي هو المقصود والرجعى غير مقصود جدا الا اذا كان حين الطلاق عالماً بعدم وقوع الخلع فقصد بالطلاق الرجعى فصح بلا كلام ويقبل قوله فى ذلك لانه لا يعلم الا من قبله .

ومنه يعلم صحة قبول قوله فى الرجعى فى كل مورد كان من هذا القبيل والحاصل قوام الطلاق وكيفية بالقصد والرجعى والخلع ماهيتان مختلفتان ولهما احكام مختلفة فلا يتحقق احدهما الا بان يقصد فى حين اجراء الصيغة لان المفروض تحققه وابعاده فى الخارج .

ومن العجيب دعوى المشهور بان لا يحصل بهذا الطلاق البينونة ثم اختلفوا فى كونه رجعيا او باطلا مع انه لو لم يحصل البينونة لم يحصل الرجعى ايضا فانه ايضا بينونة و ليس المراد مجرد حصول البينونة باى نحو كان والفرق بينه وبين تخلف عن القصد عن المقصود فى الشرط الفاسد للنص الوارد فيه .

فانه مضافا الى ما عرفت فى السابق من عدم بطلان العقد ان الفرق بينهما واضح فان القصد قد وقع على اصل وقوع شىء غاية الامر داعيه انه على شىء واخرى لا يقع الاعلى شىء والمقام من قبيل الثانى بعد فرض كون الرجعى والخلعى متباينان فان القصد لم يكن متعلقا بالرجعى رأساً بل بالخلعى وهو غير واقع بخلاف الشرط الفاسد فان القصد متحقق بالمشروط لامحالة ولو سلم ففى موارد التخلف كان مع الدليل وهو لا يدل على كونه كذلك مطلقا .

وبالجملة اصل الطلاق حيث كان بمنزلة الجنس وله افراد مختلفة فلا يتقوم الا بالفصل كالخلع والرجعى والمباراة والبائن فنفس الجنس لا قوام له الا بالفصل فيكون نفسه خاليا عن القيود بمنزلة غسل الوجه بلا قصد فكما لا يقع وضوء ولا غسل فكذلك لفظ الطلاق فقوامه بالتحقق بنحو خاص بخلاف الشرط الفاسد حيث يقع المشروط كان معه الشرط او لا غاية الامر داعيه مع الشرط .

واما عبارة صاحب الكفاية فهى نصها وهل يقع الطلاق رجعياً على هذا التقدير قال الفاضلان نعم وفيه اشكال لان الطلاق الرجعى غير مقصود ولا مدلول عليه باللفظ و استجود بعض المتأخرين وقوع الطلاق باطلا من اصله و هو غير بعيد انتهى .

وبالجملة قصد الزوجة بالبذل هو طلاق الخلع الذى لا يكون للزوج الرجوع و حينئذ لا يكون خلعا لعدم الكراهة ولا رجعياً لعدم القصد فيبطل راساً الا اذا كان الزوج حين اجراء الصيغة مع شرائطه الاخر قصد رجعياً من دون نظر الى البذل فيقع الرجعى وله الرجوع ولا يملك العوض وهو غير صيرورة الطلاق رجعياً .
وكيف كان فلا بد من العلاج لموارد الخلو عن الكراهة بل مع العلاقة التامة فهل الطلاق حينئذ صحيح بائناً او رجعياً او باطل وهل العوض يملكه او لا لعدم دخوله فى الخلع ولا فى عمومات الطلاق حيث ان فيها لا يكون عوضاً والقرض انه لا كراهة من الزوجة ايضاً مع ان موارده كثير ايضاً اذ كثيراً ما يكون بين الزوجين علاقة وملائمة لكنه بالعرض انتهى الى امر لا يمكن القيام بامر احدهما كما اراد الزوج الخروج الى البلاد النائية فى سنين عديدة ولا يتمكن الزوجة من الخروج معها وبالعكس اذا امر الزوجة من جانب سلطان الوقت بالخروج الى تلك الممالك كما اذا كانت طيبة او قابلة ولا يتمكن الزوج من الخروج معها ولا يطلقها الزوج بلا عوض فالاضطرار ادت الى دفع العوض فهذا الامر قد امكن وتكثر بين الناس .
لكن الكلام فى صحته وحل المال للزوج مع ان جميع الروايات ظاهر فى ان الحل متوقف على ظهور كلمات قبيحة ظاهرة فى نهاية الكراهة للزوجة فكيف يصح مع كمال الملائمة .

هذا كله على فرض خروجه عن مورد الاخبار والايات ولكنه يمكن ان يقال بكون موارده من مصاديق الاية فان خفتم الخ لعدم اخذ الكراهة فيهما اصلاً بل جعل المعيار فى الاية خوف عدم اقامة حدود الله على الزوجة وعدم امكان اقامتها

بوظائف الزوجية وحينئذ صح منها دفع الفدية للطلاق وصحة الاخذ من الزوج مع حصول اللثام منهما لكن المفارقة القهرية يوجب لهذا الخوف فيكون الاية في مقام صحة اخذ العوض وما لكيته للزوج وحصول الفراق فيكون دليلا للطلاق مع البذل من دون كراهة والاخبار واردة لصورة الكراهة من الزوجة فليس مورد الاية والاخبار شبيء واحد بل الاخبار راجعة الى خصوص الكراهة من الزوجة ولو بالمرتبة الضعيفة منها والاية في مقام الخوف من عدم امكان قيامها بوظيفتها كان مع الكراهة منها وعدمها .

فلمعمرى ان هذا البيان متين وبذلك يمكن كون الطلاق مع العوض حتى في صورة اللثام داخل في الاية ويكون الحق مع الشهيد من كون الطلاق مع العوض من الخلع لكون الخلع مع الكراهة دون الطلاق مع العوض وهو السر في طلاق بعض مشايخ صاحب الحدائق مع العوض كثيرا من النساء كما قدمر .

واما جعل ذلك على خلاف الاجماع فالامر سهل بعد عدم تماميته اولا وعدم حصوله مع الخلاف ثانيا تامل في المقام فانه من مزال الاقدام افعال يوجب نفرة الزوجة مثل .

المسألة ﴿الثالثة﴾ قد عرفت في اول باب الخلع عدم جواز افعال يوجب نفرة الزوجة مثل سوء الخلق والمعاشرة والعزل والمنع على الزوجة والضيق عليها ومنعها من الامور المباحة وامثال ذلك حتى وقعت في عسر وحرَج من اعمال الزوج فرضيت بالفداء حتى خلصت من يده وكان غرضه من الايذاء استرداد ما دفع اليها من المهر ونحوه .

ولكن ﴿اذا انت بالفاحشة﴾ والزنا فانه حينئذ ﴿جاز عضلها﴾ عندنا ﴿لتفدى نفسها﴾ ويدل عليه قوله تعالى «ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتينتموهن الا ان ياتين بفاحشة مبينة» ﴿وقيل : هو﴾ اى جواز العزل والضيق عليها حتى في صورة الزنا ﴿منسوخ﴾ بآية الحد ﴿ولم يثبت﴾ النسخ ، بل ولا القائل به منا ،

كما اعترف به فى الجواهر والمسالك وكشف اللثام.

قال فى المسالك الاصل فى هذه المسئلة قوله تعالى ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما اتيتموهن الا ان ياتين بفاحشة مبينة وقضية الاستثناء جواز عضلهن مع اتيانهن بفاحشة مبينة ليفتدين انفسهن واصل العضل التضيق والمنع تقول اردت امرأ فعضلتنى عنه اى منعتنى وضيق على واعضل فى الامر اذا ضاق قاله الهروى وغيره والمراد هنا مضارة الزوجة المذكورة وسوء العشرة معها ليضطرها الى الافتداء منه بمالها واختلف فى الفاحشة المستثناة بسببها فقيل هو الزنا وقيل ما يوجب الحد مطلق وقيل كل معصية وكون الحكم على خلاف الاصل ينبغى معه الاقتصار على محل الوفاق وهو الاول لانه ثابت على جميع الاقوال وهذا العضل للافتداء فى معنى الاكراه عليه كما تقدم فلذلك كان حكمها على خلاف الاصل .

وقيل ان هذه الاية منسوخة بقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منها مائة جلدة وانه كان قبل نزول الحدود للرجل ان يعزل الزانية لتفتدى نفسها فلما نزلت لتفتدى نفسها فلما نزلت الحدود حرم اخذ المال بالاكراه ويضعف بعدم المنافاة بين الامرين والاصل عدم النسخ والاكثر على عدم انتهى .

وذلك لان النسخ مضافا الى كونه خلاف القاعدة والاصل عدمه ومضافا فبعده الى عدم صحة صدوره من العالم بجميع الجزئيات الى يوم القيامة انه لا ينافى التضيق هنا مع الحد فان العضل والضيق يوجب الاخذ منها واليمينونة عنها تحد وكيف كان فالمراد بالعضل هنا مضارة الزوجة والتضيق عليها بسوء العشرة لتضطر الى الافتداء منه بمالها ، لان أصل العضل على ما عن الهروى وغيره : التضيق والمنع ، يقال : أردت امرأ فعضلتنى عنه زيد اذا منعه وضيق عليه، وأعضل فى الامر اذا ضاق كذا فى الجواهر وفيه ايضا .

وأما الفاحشة فى المسالك «قيل : هو الزنا ، وقيل : ما يوجب الحد مطلقا ، وقيل : كل معصية - ثم قال - : وكون الحكم على خلاف الاصل ينبغى

الافتقار منه على محل الوفاق ، وهو الاول ، لانه ثابت على جميع الاقوال .
 وفي كشف اللثام «هى كل معصية كما فى التبيان ومجمع البيان وأحكام
 القرآن للراوندى انتهى وفى الحدائق والاولى حمل الاية على كل معصية .
 ومما يؤيد خصوص الزنا مضافا الى ظاهر لفظ الفاحشة انه لو كان المراد
 بهما عموم المعاصى لم يبق مصداق للاية اذ من جملة معاصى العظيمة هو الكذب
 والغيبة والتهمة والنميمة وكل واحد منها اعظم من الزنا عقابا ولا يخلو منها احد
 من النساء الامن كانت تالى تلو العصمة فهذه المعاصى يصدر عن اكثر النساء
 فيوجب الضيق والايذاء عليهن حتى يضطرن الى دفع الفدية فيوجب كثرة الطلاق
 الذى لا يستطيعون الى العود وهو منفور فى الشرع فيظهر منه عدم ارادة جميع
 المعاصى بل اللازم هو الاكتفاء بما هى ظاهرة فيه وعلم ماورد على العموم موكولا
 الى اهله .

وعن الحدائق «وأما مايتعلق بهذه الاية من الاخبار فلم أقف الا على ما ذكره
 أمين الاسلام الطبرسى فى كتاب مجمع البيان . حيث قال : «الأن يأتين بفاحشة
 مبينة» أى ظاهرة ، قيل : وفيها قولان : أحدهما يعنى : الأن يزينين ، عن الحسن
 وأبى قلامه والسدى ، وقالوا : اذا اطلع منها على زنية فله أخذ الفدية منها ، والآخر
 أن الفاحشة النشوز ، عن ابن عباس ، والاولى حمل الاية على كل معصية ، وهو
 المروى عن أبى جعفر واختاره الطبرى» انتهى .

المسألة ﴿الرابعة﴾ اذا صح الخلع فلارجعة له ولها الرجوع فى الفدية مادامت
 فى العدة و﴿ان لم يرص الزوج بذلك وظاهره جواز رجوع الزوجة فى الفدية
 وان لم يمكن للزوج الرجوع كالمحبوس نعم﴾ مع رجوعها يرجع ان شاء و﴿وامكن
 وفى الجواهر لأجد فيه خلافاً ، ايضاً الامن ابن حمزة ، فاعتبر التراضى
 منهما مع اطلاقهما ، أما اذا قيدها أو أحدهما كان للمرأة الرجوع بما بذلت ، وله
 الرجوع بها ان شاء ، ولاريب فى ضعفه وان نفى عنه البأس فى المختلف ، ضرورة

كونه كالاجتهد في مقابلة النص الحاكم على قاعدة كون ذلك مقتضى المعاوضة بعد تسليم كونها كذلك حقيقة انتهى .

والعمدة ما يظهر من الروايات مثل قول الرضا عليه السلام في صحيح ابن بزيع «تبين منه، و ان شاعت أن يرد اليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت» و في ذيل صحيح ابن سنان المروى في المحكى عن تفسير على ابن ابراهيم «لارجعة للزوج على المختلعة، و لا على المبارأة الا أن يبدو للمرأة، فيرد عليها ما أخذ منها» بل و مفهوم موثق أبى العباس عن الصادق عليه السلام «المختلعة ان رجعت في شيء من الصلح يقول: لا رجعت في بضعك» و غيرها من النصوص الصريحة و الظاهرة، و صريحها كون الرجوع من الزوجة برجوعها الى ما بذلت فيكون للزوج رجوعا ان شاء فيكون الطلاق حينئذ رجعيا كما اذا كان كذلك من اول الامر فهنا امور الاول اذا رجعت الزوج بعد رجوع الزوجية فهل يعود جميع احكام الرجعية او اختص ذلك بما اذا كان رجعيا من اول الامر .

ولعل الظاهر هو الاول فان بقاء احكام الزوجية للطلاق الرجعي سواء كان من اول تحققه كان رجعيا او يرجع اليه بعد الرجوع الى البذل والاشكال بان احكام الرجعية لم يكن من اول الطلاق للبائن فانها من احكام الطلاق الرجعي والفرص عدمه فجميع الاحكام من اول تحققه ساقطة فكيف يتحقق بعد ذلك مندفع بان السقوط من حيث عدم تحقق موضوعه فاذا تحقق ثبت الجميع .

قال في الحدائق ما لفظه قد عرفت انه برجوع المرثة في البذل تصير العدة الرجعية بعد ان كانت بائنة قبل ذلك وحينئذ فهل يترتب عليها احكام العدة الرجعية مطلقا كوجوب النفقة والسكنى وتحديد عدة الوفاة لومات في هذه العدة ونحو ذلك ام لا اشكال ينشأ من ان كونها عدة رجعية يقتضى ذلك اذ لا معنى للعدة الرجعية الا ما يجوز للزوج الرجوع فيها وهو يقتضى بقاء الزوجية الموجبة للاحكام المذكورة ومن انها ابتدئت على البيونة وسقوط هذه الاحكام فعودها بعد ذلك

يحتاج الى دليل والاصل يقتضى استصحاب الحكم السابق ولا يلزم من جواز رجوعه على هذا الوجه كونها رجعية .

اقول لاريب ان الانسب بالقواعد الشرعية والضوابط المرعية وان لم يوجد نص فى خصوص هذه المسئلة بالكلية هو الوجه الاول من الاحتمالين المذكورين فتجب هذه الاشياء المعدودة ونحوه .

ومنه ما لومات الرجل او المرثة فى تلك الحال فالظاهر انه لا خلاف فثبوت التوارث من الطرفين انتهى ونظيره فى الجواهر قال :

ثم انه حيث ترجع المرأة بالبذل ويكون للزوج حق الرجوع فهل تكون بذلك مطلقة رجعية يثبت لها جميع احكامها من النفقة والتوارث وغيرهما كما هو احد الوجهين او القولين ، لعدم كون الرجعية الا من جاز الرجوع فيها ، وايماء الخبرين المزبورين الى ذلك ام لا ، لانها ابتدأت على البيونة وسقوط هذه الاحكام فعودها بعد ذلك يحتاج الى دليل ، والاصل بقاء الاحكام السابقة ، ولا يلزم من جواز رجوعه على الوجه المزبور كونها رجعية مطلقاً ، لجواز ان يراد بالرجعية ما يجوز للزوج الرجوع فيها مطلقاً ، بل فى المسالك هو الظاهر الى آخر عبارته قد فاعل الظاهر هو انه بالرجوع قد ثبت جميع الاحكام ولا يحتاج ذلك الى تكلفات لاثباته كما افاد قد من قبيل ان الاصل فى الطلاق هو الرجعى حتى فيما اذا فسد طلاق صار رجعياً او بمثل عدم ظهور الادلة فى كون الخلع طلاقاً وان البيونة من جهة الفداء فمع فرض الرجوع فيه يرجع الطلاق الى اصله وهو كونه رجعياً وانه من ذلك لا يجوز بعد الخلع فى زمان عدتها تزويج اختها او الرابعة من حيث انه بعد صيرورته رجعياً كانتا اختاً او خامسة

وبالجملة لا ارى وجها للمنع وانه بعد الرجوع يجرى احكام الزوجية .

والحاصل اذا خلعها صارت اجنبية بحيث لا يمكن له الرجوع اليها وفى

تلك الحالة يجوز له تزويج اختها او الرابعة وحيثئذ وان جازت للزوجة الرجوع

فىما بذلت ويكون الطلاق رجعيا لكن لايجوز للزوج الرجوع لوجود المانع نعم لو رجعت الى ما بذلت قبل تزويجها الاخت لما جاز له تزويجها فيكون الزوج قد زوج فى زمان لا مانع منه ورجوعها الى ما بذلت ايضاً فى زمان لا ممانع منه والمانع من حيث رجوع الزوج بزوجه من حيث صيرورة اختها اخت الزوجة او الخامسة فلا منافات بين كون الطلاق رجعيا مع عدم امكان الرجوع . وبالجملة بعد طلاق المخلع جاز له تزويج الاخت او الرابعة لحصول البيونة وحينئذ ان رجعت الى ما بذلت قبل تزويج الاخت فليس للزوج تزويج احدهما لانه بالرجوع صار الطلاق رجعيا فيكون الاخت بحكم اخت الزوجة والرابعة بحكم الخامسة وكلاهما غير جائز وان رجعت بعد تزويج الاخت او الرابعة صحت تزويجه ولا يصح له الرجوع بل عليه رد ما اخذت منها فيسقط حق رجوعه اليها لمانع فعلى .

وتوهم عدم جواز تزويج الاخت او الرابعة غير جائز مطلقا لتزول الرجوع وعدمه بالرجوع بالبذل وعدمه فلايجوز له تزويج احدهما ولو قبل رجوع الزوجة فى غير محله وذلك لانه قبل الرجوع الى ما بذلت كانت مبانة قطعاً فجاز له تزويج اختها لعدم مانع فعلا لاعقلا ولا عرفيا ولا دليل على المنع بتوهم امكان صيرورة البيونة مثزلة فاذا جاز له التزويج فعلا وفعل كان ذلك مانعا لرجوعه بعد الرجوع الى ما بذلت .

وكذا تزويج الرابعة فانه زوجها فى حال عدم مانع فعلى وبعد التزويج حصل المانع من الرجوع فللزوجة هو الرجوع الى ما بذلت صح للزوج الرجوع الى الزوجية اولا لموانع كعدم القدرة على الانفاق او للحبس او مثل المقام فجواز الرجوع الى ما بذلت بنحو الاطلاق ومن الزوج لولا المانع .

نعم بعد الرجوع الى ما بذلت فلايجوز له تزويج الاخت قطعاً لانه حينئذ

بحكم الزوجة فلا يجوز له تزويج الاخت الا بعد تمام العدة فالفرق بين تزويج
اخت الزوجة قبل رجوع الزوجة الى البذل بين الجواز فى الاول دون الثانى
قال فى الجواهر فى هذا المقام ما لفظه ولعله لذلك وغيره اطلق الاصحاب
فى كل مقام يبطل الخلع فيه صيرورة الطلاق رجعيا ، وحينئذ فلا يجوز له نكاح
الاخت ولا الرابعة بعد رجوعها بالبذل ، اما قبله فلا اشكال فى الجواز ، وان ذكر
بعض وجهاً للعدم ، باعتبار تزلزله ، لامكان رجوعها ، لكنه فى غير محله ، اذ هو
حينئذ كالاتجاه فى مقابلة اطلاق النصوص انه تطليقة بائنة انتهى .

وقال فى الحقائق الثانى هل يجوز للرجل ان يتزوج اخت الزوجة التى
خلعتها وكذا هل يجوز ان يتزوج برابعة ام لا وجهان بل قولان اظهر هما الاول
لتحقق البينونة التى من فروعها ذلك .

وعليه يدل بالنسبة التى تزويج الاخت مارواه ثقة الاسلام فى الصحيح عن ابى بصير
عن ابى عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل اختلعت منه امرئة يحل ان يخطب اختها من
قبل ان تنقضى عدة المختلعة قال نعم قد برئت عصمتها وليس له عليها رجعة .

وعلى القول بالمنع بانه عقد متزلزل فى حكم الرجعى ولانه على تقدير
تقدم ذلك ثم رجوعها يصير جامعاً بين الاختين وازيد من العدد الشرعى .

وضعف التعليل الاول اظهر من ان يخفى اذ لا تزلزل مع ثبوت البينونة به
وكونه يصير رجعياً بعد رجوعها لا يوجب منع اجراء احكام البينونة عليه قبل
الرجوع ولا يوصف بالتزلزل فى تلك الحال الاولى واما الثانى فهو مبني على تجويز
الرجوع لها وسيأتى ما فيه انتهى .

ولا يخفى ان الصحيح نص فى الجواز معللاً ببراءة عصمتها فصح ان يقال ان
القول بعدم الجواز اجتهاد فى مقابل النص بل من هذا النص يستفاد جواز التزويج
دائماً او متعة فى عدة الاخت اذا كانت بائنة لانقطاع العصمة حينئذ وعدم قدرة
المتمتع من ارجاعها الى الزوجية بعد تمام المدة او الفسخ فلا مانع من تزويج

الاخت حينئذ في عدة اختها المتمتع بها ففي كل مورد حصل انقطاع العصمة والزوجية يجوز عقد الاخت مطلقا في عدة اختها .

ثم انه هل يجوز للمختلعة الرجوع الى ما بذلت بعد العلم بعدم امكان الرجوع للزوج فالظاهر القوي جوازه لما عرفت من دلالة النصوص على جواز رجوعها فيما بذلت وانه حينئذ صار الطلاق رجعيا ولم يلزم كون ذلك فيما جاز للزوج الرجوع بل يجوز حينئذ للزوج الرجوع لولا المانع فر بما لم يشاء الرجوع اصلا او شاء لولا المانع خلافا لما في الحدائق حيث قرب عدم جواز رجوع المختلعة حينئذ .

قال ثم انه على تقديره ما اخترناه من جواز التزويج فهل للزوجة الرجوع في البذل بعد تزويجه باختها او اخذ الرابعة ام لا وجهان اقربهما الثاني لما تقدم من ان رجوعها مشروط بامكان رجوعه وهو في هذه الحال لا يمكنه الرجوع اليها . وما قيل من انه يمكن ازالته بتطليق الاخت والرابعة بسائة فله الرجوع حينئذ لزوال المانع مردود بان ظاهر الاخبار الدالة على الانقلاب رجعياً بعد رجوعها انما بمجرد رجوعها في البذل صارت امرئته من غير توقف على امر اخر وهذا لا تصير امرئته بمجرد ذلك كما لا تصير ذات الطلقة الثالثة والغير المدخول بها امرئته بمجرد الرجعة فاذا لم تصر امرئته بمجرد رجوعها في البذل امتنع رجوعه وقد عرفت انه حتى امتنع رجوعه فيها امتنع رجوعها في البذل انتهى .

وفيه مالا يخفى لبداهة انه برجوع المختلعة لا تصير زوجة قطعاً وانما تصير زوجة بعد رجوع الزوج ايضا فرجوع المختلعة لا يوجب الاصيرورة الخلع رجعيا وهو لا يزيد حكمه على ازيد من صورة كون الطلاق من الاول رجعيا ويكون اختيار الرجوع بيد الزوج .

وبالجملة قوله بمجرد رجوعها في البذل صارت امرئته غير قابل لان يسطر

فان امرته انما كانت فيما اذا رجع الزوج لامطلقاً فمعنى قوله **عَلَيْهَا** صارت امرأته في قوة كونها امرأته لو اراد الرجوع اليها فيما معنى لقوله من غير توقف على امر آخر فهل المقصود بمجرد رجوع المختلعة لايحتاج الى رجوع الخالع بل كانت زوجة فهو كما ترى وان كان المقصود انه جاز حينئذ للخالع الرجوع وبعد الرجوع صارت زوجة فهو لايدل على عدم جواز رجوع المختلعة فيجوز الرجوع لها ثابت بنحو الاطلاق امكن للخالع الرجوع اولاً.

وكذا ما في الجواهر حيث ذهب الى عدم جواز الرجوع فيما لايصح للزوج ذلك حيث قال انما الكلام في اشتراط جواز رجوعها بامكان صححة رجوعه وعدمه ، صريح جماعة كما عن ظاهر الشيخ الاول ، بل ربما نسب الى الشهرة ، وظاهر غير واحد ممن أطلق جواز الرجوع بها حتى المصنف الثاني .

ولعل الاقوى الاول ، لقاعدة «لاضرر ولاضرار» وغيرها ، مضافاً الى ظاهر النصوص المزبورة ، حتى الاول منها الذي مقتضاه اشتراط الجواز المستفاد من قوله **عَلَيْهَا** « فعلت » برد ما أخذت منه ، وكونها امرأة له المنزل على ارادة بحكم امرأته ، باعتبار جواز الرجوع له حينئذ ، للاجماع على عدم رجوعها زوجة له بمجرد رجوعها بالبذل ، فلا يجوز لها رد ما أخذت منه ، ولا تكون امرأة له كما في المطلقة ثلاثاً .

وأما الموثق فدلالته ظاهرة والالبقى الشرط بلا جزاء ، بل لعل اتفاق الاصحاب على تقييد جواز رجوعها بالبذل بما اذا كان في العدة مع خلوا النصوص عنه مبني على التلازم المزبور ، للعلم بعدم جواز الرجوع له بعدها ، لصيرورة المرأة أجنبية حينئذ كالصغيرة والبايسة اللتين لاعدة لهما اللتين قد استفاضت النصوص بكون طلاقهما حيث يقع بائناً ، فتقيد جواز رجوعها بالعدة مقدمة لجواز رجوعه حينئذ انتهى .

وقد ظهر فساد مما تقدم وقد عرفت جواز الرجوع للزوجة صح للزوج

الرجوع اولا كما اذا كان محبوسا او في بلدة اخرى اختياراً او قهراً واما اذا امكنه الرجوع كما اذا زوج اخت زوجته بعد خلع زوجته حيث صح له بعد رجوع الزوجة طلاق اختها بائنا كى يرتفع المانع فعلى القول بجواز رجوع الزوجة مطلقا كما هو المختار فلا كلام وعلى قول المانعين فيما لم يصح للزوج الرجوع هل يعم مثل هذه الصورة التى كان الامر باختيار الرجوع وامكان رفعه المانع كما فى المثال اولا .

وفى الجواهر ايضا ذهب الى عدم جواز رجوع المختلعة حينئذ ايضا فقال مالفظه وهل لها الرجوع بالبذل حينئذ وان لم يجز له الرجوع باعتبار كون المانع من قبله ، مع أنه يتمكن منه أيضا ولو بتطبيق الاخت مثلا بائنا - كما مال اليه بعض الناس - أو لا يجوز الرجوع الى ان قال ولعله الاقوى ، ولا ينافى شيئا مما ذكرنا ما فى شرح الارشاد وغيره من نفى الخلاف أو الاتفاق على كون البذل جائزا من جهتها المعلوم ارادة ذلك فى الجملة منه خصوصا بعد ذكرهم له فى سياق المسألة ، وانما ذكر فى أثناء كلام لهم فى غير المقام ، كما هو واضح بأدنى ملاحظة انتهى .

وانت اذا تأملت فيما ذكرنا تجد صدق ما حكاه عن شرح الارشاد فالاقوى جواز رجوع الزوجة مطلقا صح للزوج الرجوع اولا كان رفع المانع باختياره اولا ثم انك قد عرفت جواز رجوع الزوجة فى زمان عدتها وانه بعد الرجوع جاز للزوج ايضا الرجوع فلولم يرجع اولم يتمكن منه ومات فى زمن عدتها هل يثبت التوارث الممنوع قبل الرجوع اولا يثبت فالظاهر القوى هو الثانى لانه برجوع الزوجة صار الخلع بمنزلة العدم و كانه كان الطلاق رجعيا من الاول فكما كان لهما التوارث فى زمن العدة كان ثابتالهما بعد رجوع الزوجة .

قال فى الحدائق مالفظه لاشكال فى انه لا توارث بين المختلعين لما عرفت من البيونة بالخلع والخروج عن الزوجية بالكلية وانقطاع العصمة بينهما و يدل

عليه قوله في رواية ابن رباب المتقدمة ولا ميراث بينهما في العدة ولا ريب في ثبوت التوارث بعد رجوعها ورجوعه لانه برجوعه فيها بعد رجوعها صارت زوجة وانما محل الاشكال فيما لورجعت هي ولم يرجع هو ويأتي على ما قدمنا ذكره في الموضع الاولى من المقام الرابع ثبوت التوارث ونحوه من تلك الاحكام المذكورة ثمة لانها برجوعها في العدة تصير العدة رجعية يملك الزوج الرجوع فيها ومن شأن العدة الرجعية ترتب تلك الاحكام عليها انتهى والظنى انه لاشكال فيه بعد ثبوت اصل التوارث في زمن العدة الرجعية .

نعم الاشكال فيما رجعت الى البذل وامتنع الزوج من الردفاش من انه بمجرد رجوعها صارت رجعية وان امتنع من الرد او يتوقف على رده اليها ثم انه هل يصح للزوجة الرجوع ببعض ما بذلت اولا الظاهر الثاني لان الرجوع فيما بذلت لاجل صحة رجوع الزوج ايضاً وهو فيما رجعت في الكل فان الرجوع هو الرجوع في الكل اذ الكل واقع في مقابل عدم الرجوع فالرجوع في بعض ما بذلك لا يوجب صيرورة الطلاق البائن رجعياً .

وبالجملة معنى الرجوع بما بذلت هو اسقاط الخلع والرضا بالزوجية فانه لازمه وليس الا الرجوع في الكل ففي البعض وكان الخلع بحاله فلا يصح للزوج الرجوع فلا يكون لها اخذ البعض .

قال في الحقائق هل يجوز لها الرجوع في بعض ما بذلته وجهان اختار ثانيهما السيد السند في حينئذ النافع حيث قال والظاهر انه ليس للمرئة الرجوع في بعض ما بذلته قال في المسالك لورجعت في البعض خاصة هل يصح الرجوع ومترتب عليه صحة رجوعه لم اقف فيه على شيء يعتد به وفيه اوجه كل منها محتمل احدها جواز الرجوع .

ويترتب عليه رجوعه اما الاول فلما اتفق عليه الاصحاب من ان البذل غير لازم من جهتها فكما يصح لها الرجوع في الجميع يصح في البعض لان الحق

لها فلها اسقاط الجميع فان عدم الرجوع فى قوة الاسقاط اذ لا يلزم منه رجوع العوض الاخر بل جوازه . واما الثانى فلانه مترتب على رجوعها وقد حصل وفى رواية ابى العباس ما يرشد اليهما لانه قال عنه المختلعة ان رجعت فى شىء من الصلح يقول لا رجعت فى بغضك وهو صريح فى الاكتفاء بالبعض وترتب رجوعه عليه .

والثانى المنع فيهما .

اما الاول فلان جوازه يقتضى صيرورة الطلاق رجعيا وانما تصير رجعيا اذا لم يشتمل على عوض والعوض باق فى الجملة اذ لافرق فيه بين القليل والكثير ومن ثم لو جعل ابتداء ذلك القدر الباقي بل اقل منه كفى فى البيئونة فالجمع بين كون الطلاق رجعيا وبقاء العوض فى مقابلة متنافيان وفى صحيحة ابن بزيع ما يرشد اليه لانه قال وان شئت ان يرد اليها ما اخذ منها وتكون امرته فعلت وهى العمدة فى الباب لصحتها وظاهرها اعتبار رد الجميع لان ما من صبيغ العموم فلا يترتب عليه الحكم بالبعض .

وثالثها جواز رجوعها دونه .

اما الاول فلما تقرر من ان البذل من جهتها جايز فيتخير فى الرجوع .

واما الثانى فلان بقاء شىء من العوض مانع من رجوعه وهو حاصل هنا واضعفها الاخير لما يظهر من تلازم الامرين حيث لا يكون المانع من قبله وهو هنا ليس كذلك ولان هذا لو صح لزم الاضرار به بان ترجع فى اكثر البذل وتبقى شيئا بصيرا لتمنعه من الرجوع وهو منفي ولا وسيلة له الى اسقاطه بخلاف ما تقدم والموسط لا يخلو من قوة انتهى .

اقول لا يخفى ان المسئلة المذكورة محل توقف واشكال اما بالنظر الى

التعليقات العقلية فلما عرفت من تصادمها وتقابلهما مع ما عرفت من انها وان خلت من ذلك لاتصلح لتأسيس الاحكام الشرعية .

واما بالنظر الى الروايات فلتعارضها ايضاً بحسب الظاهر انتهى غير خفى ان امثال ذلك الادلة تطويل بلا طائل بعد معلومية القاعدة فى ذلك فالظاهر كون البذل فى مقابل اسقاط حق الزوج من الرجوع وانه لو رفع اليد عن البذل بتمامه قد اسقط البيئونة ويتحقق حق الرجوع لافى البعض فليس لها حق الرجوع الى البعض فان بالبعض لا يصح للزوج الرجوع .

وذهب الى صحة الرجوع بالبعض ايضا فى الجواهر فقال ثم انه لا يخفى عليك ظهور الموثق المزبور، وقوله عَلَيْهَا فى صحيح ابن سنان «ينبغى» الى آخره المعلوم منه ارادة استحباب اشتراط مقتضى الخلع فيه جواز رجوعها ببعض البذل ، وأنه يثبت له حق الرجوع بذلك .

ولابنا فى ذلك قوله عَلَيْهَا فى الصحيحين «ما أخذ منها» الظاهر جميعه بعد أن لم يكن ظاهراً فى الشرطية، واقصاه أن ذلك أحد أفراد الرد ، فلا ينافى استفادة جواز الفرد الاخر له وهو رد البعض من الموثق والصحيح ، مؤيداً ذلك بأنه اذا صح لها الرجوع بالجميع صح لها الرجوع بالبعض ، لان الحق لها . فلها اسقاط بعضه ، كما لها اسقاط جميعه انتهى .

ولا يخفى اولا ان قوله عَلَيْهَا ما اخذ منها ظاهر فى الكل والبعض ليس ما اخذ منها وليس هو احد افراد ما اخذ منها وثانيا ان جواز الرجوع لاجل انقلاب البيئونة بالرجعية وهو فيما صح للزوج الرجوع ولا ينقلب ولا يكون له الرجوع الا بالرجوع فى الكل وهو واضح فان رفع اليد عنها فى مقابل الكل والرجوع ايضا فى الكل فلا يجوز للزوجة الرجوع فى بعض ما بذلت اصلا .

المسئلة ﴿ لخامسة لو خالعهما وشرط الرجوع لم يصح ﴾ الشرط الذى علق عليه المشروط لا مطلقا ولو كان فاسدا لما عرفت فى السابق من عدم سرايته بالعقد قال فى الجواهر لكونه مخالفاً للسنة المقتضية كون الخلع طلاقاً بائناً بل يبطل الخلع أيضاً كما صرح به فى المسالك ، لكنه شبه المعاوضة التى قد عرفت بطلانها ببطلان الشرط

فيها في محله ، خلافاً لابن ادريس كما تقدم تحقيق الحال فيه في كتاب البيع ، ولا يكون الخلع ببطلان الشرط طلاقاً ، لما عرفت من عدم انعقاد الطلاق به عندهم ، وأن العوض عندهم جزء مفهومه ومنه الشرط ، فمع فرض بطلانه يبطل أصل الخلع انتهى .

قد عرفت في ج ٣٥ عدم بطلان المشروط ببطلان شرطه فراجع ﴿و كذا﴾ يبطل الشرط ﴿لو طلق بعوض﴾ .

وفي الجواهر لانه شرط باطل على كل حال ، من غير فرق بين كون الخلع بصيغة «خلعت» أو صيغة الطلاق بعوض ، نعم في المسالك هنا أنه ينبغي أن يقع الطلاق رجعياً ان خلا من موجبات البينونة ، والاتجه بطلانه ، وهو مبني على مذاقه الذي قد تقدم النظر فيه ، ضرورة عدم الفرق في القصد بين كون مورد الطلاق رجعياً وغيره ، فمع فرض عدم اقتضاء فساد العوض أو الشرط فساد أصل الطلاق لكونهما قصدين متباينين يتجه صحة الطلاق كيفما كان مورده ، والابطال فيهما ، وظاهر الاصحاب عدم مدخلية العوض في صحة قصد الطلاق ، فيتجه في المقام المفروض فيه بطلان الشرط صحة الطلاق وان بطل المعنى المعاوضي الذي به صار خلعاً على طريقة المعاوضة التي تبطل ببطلان الشرط فيها انتهى .

المسألة ﴿السادسة المختلعة لا يلحقها طلاق بعد الخلع﴾ ان اراد بعدم اللاحاق عدم لزوم اتباع الخلع بالطلاق بل يقع بلفظ خالعتك فقد عرفت ان الاقوى عدم كفاية لفظ الخلع من دون اتباعه بالطلاق فيلزم بعده صيغة الطلاق ايضاً وان اراد بعد وقوع الخلع الصحيح الذي يتبع بالطلاق ايضاً لا يحتاج ثانياً بالطلاق فهو حق ﴿لان الثاني﴾ اي الطلاق ﴿مشروط بالرجعة﴾ بان يرجع اليها والفرض ان الخلع يرتفع موضوع الزوجية كى يصح الرجوع وهو والظهار كما يأتي والايلاء كلها في مورد الزوجية ﴿نعم لورجعت في الفدية فرجع﴾ هو بها ﴿جاز استئناف الطلاق﴾ لصيرورتها زوجة حينئذ ، كما هو واضح .

﴿المسألة السابعة اذا قالت : «طلقني ثلاثاً بألف» فطلقها قال الشيخ ﴿فما حكاها المصنف والفاضل في محكمي التحرير عنه : ﴿لا يصح﴾ عندنا ﴿لانه طلاق بشرط﴾ وفيه ما لا يخفى من أنه لا شرط في الفرض . ﴿و﴾ لذا قال المصنف مشيراً الى النظر فيه : ﴿الوجه أنه طلاق في مقابلة بذل ، فلا يعد شرطاً﴾ .

قال في الجواهر لكن في المسالك «الذي رأيناه في كلام الشيخ خلاف ذلك ، وأنه نقل البطلاق معللاً بالشرط في كلام آخر يخالف ما نقله المصنف في اللفظ والمعنى ، وهو أنه جعل مورد الشرط ما لو قالت : «طلقني على أن لك على الماء» وهذا اللفظ هو المحتمل للشرط دون ما عبر به المصنف ، لان الباء صريحة في العوض انتهى .

ولا يخفى انه لو كان بهذا اللفظ ايضاً لما كان ظاهر في الشرط بل هو واقع في مقابل الطلاق فان العوض لا بد من ذكره فلم يكن شرطاً بل تعيين للعوض في الخلع .

و كيف كان فاذا قالت كذلك فان كان مرادها ثلاث صحيح وهو الذي بينها رجعتان فيكون رجعيًا والعوض ليس الالخلع وان كان بدون الرجوع فيما بين الطلقات كما هو الظاهر فانها في مقام طلاق الخلع الذي علمت بانه لا رجوع بعده وانه لا يبذل في الذي بعده رجوع وعلى كل حال ﴿فان قصدت﴾ الزوجة ﴿الثلاث ولأء﴾ بان يقول الزوج انت طالق انت طالق انت طالق ﴿لم يصح البذل﴾ عليه لانه حينئذ بالطلاق الاول صارت مطلقة وطلاق الثاني بدون الرجوع باطل فالمطلقة لا يصح طلاقها ثانياً الا بعد الرجوع بها والرجوع ايضاً ممتنع لان المفروض ان الطلاق خلع لا رجوع فيه .

﴿وان طلقها ثلاثاً مرسلًا﴾ بان قال انت طالق ثلاثاً فكذلك لم يصح البذل عليه فان امره يدور بين بطلانها الطلاق رؤسا لعدم وقوع الثلاث عندنا بدون الرجوع او صح الاول من الثلاث ولغى لفظ ثلاثاً فلا يملك البذل حينئذ بذلك

لان بذل الالف واقع على الثلاث وهو غير واقع فما هو المقصود غير واقع
وما وقع وهو الواحدة منها على فرض صحته غير المقصود كما اشار اليه المصنف
بقوله ﴿لانه لم يفعل ما سأله﴾ من الطلاق الثلاث المقتضى للبينونة ، ولو بزعمها .
﴿وقيل﴾ كما عن موضع من المبسوط بناء على وقوع الواحدة بالآخر
﴿يكون له الثلث﴾ من الالف ﴿لوقوع الواحدة﴾ ظاهره راجع الى القسمين
ولاء ومرسلا وبيانه ان الواحدة واقعة قطعاً ما لو كان الطلاق ولأء فلانه اذا قال
انت طالق قد وقع الطلاق الاول الذى هو الخلع .

وقوله ثانيا وثالثا انت طالق وقع لغوا فاسداً ولا يضر بصحة الاول او كان
تأكيداً للاول وكذلك مرسلا على القول بصحة الطلاق بقوله انت طالق ووقع
قوله ثلاثا لغو بل لوجه لبطلان الطلاق رأساً لاجل اتصاله بلفظ ثلاثا حيث ان
لفظ الطلاق بمجرد وقوعه قد يقع وائر اثره الذى هو البينونة فلا يضره بعده
شياء اصلا فلا فرق حيثذ بين وقوع الطلاق مرتبا او لاء فانهما قصدت ووقعت
الواحدة نعم فى توزيع الالف على الثلاث مشكل لانها جعلها فى مقابل طلاق
صحيح وقد حصل والتصريح بلفظ الثلاث ناشر اما الجهلها عن حقيقة الحال واما
ارادت تأكيداً للاول استحكامه للطلاق الاول فالاولى حيثذ القاء الثانيتين وجعل
الطلاق خلعا فى مقابل الالف .

﴿أما لو قصدت الثلاث التى يتخللها رجعتان﴾ فمن القواعد وغيرها ﴿صح﴾
ان اراد الصحة خلعا فهو على خلاف تصريحها بالثلاث وان اراد رجعياً بقرينة
يتخللها رجعتان فلا يبدل فى طلاقها .

وكيف كان ﴿فان طلق ثلاثاً فله الالف﴾ كما عن المبسوط ولا يخفى ما فيه
فانه ان كان مع الرجوع فيها فهو طلاق رجعى لاحق له اصلا ولا يباح له شيئاً
فضلا عما اذا كان له جميع الالف ﴿وان طلق واحدة﴾ ايضا فمع منافاته لقولها

ثلاثا كان خلعا صحيحا لاشتماله على العوض بعد القاء ما زاد على الواحدة وكان عليها جميع الالف ولا معنى لما ﴿قيل له : ثلث الالف﴾ معللا بقوله ﴿لانه جعلته فى مقابلة الثلاث ، فاقتضى تقسيط المقدار على الطلقات بالسوية﴾ ضرورة ان التراضى من الزوجة بدفع الف فى مقابل ثلاث مع الرجعة فيما بينها فهو باطل من حيث كونه رجعيا فلا يصح عليه البذل ولو غمض عن الرجوع فيما بين كان ايضا تراضيه اعلى ثلاث طلقات غفلة عن حصول الحرمة الكبرى بالواحدة ايضا فلانظر لها الى التقسيط .

والحاصل ان كان قصدها مع الرجوع فيما بين بطل البذل وبدون الرجوع سواء كان الثلاث مرسلا او مرتبا كان واحدا فكان خلعا لزم عليها الالف لانه ﴿و﴾ لذا قال المصنف ﴿فيه﴾ اى فى التقسيط ﴿تردد منشأ جعل الجملة﴾ الالف ﴿فى مقابلة الثلاث بماهى﴾ ثلاث ﴿فلا يقتضى التقسيط مع الانفراد﴾ هذا مع عدم مضى طلاق بينهما .

﴿و﴾ اما ﴿لو كانت﴾ الزوجة ﴿معه﴾ اى مع الزوج من حيث الموافقة ﴿على طلقة﴾ باقيه لانه وقع عليها طلقتان وبقي طلاق واحد ﴿فقات طلقنى ثلاثا بالف﴾ مع انه لامورد حينئذ للثلاث اذا الفرض بقى طلاق واحد ﴿فطلق واحدة﴾ فهل لها حينئذ الف او الثلث فان الالف فى صورة استحقاتها والفرض عدمه فيوزع الالف على مقدار استحقاتها كما قال ﴿كان له ثلث الالف﴾ اولا .

﴿و﴾ لذا ﴿قيل﴾ كما عن المبسوط ﴿له الالف ان كانت عالمة والثالث ان كانت جاهلة﴾ المراد بالعلم انها علمت بانها بقى من طلاقها واحدة وانه به حصلت الحرمة الكبرى والزوج لا يرضى بالطلاق فدفعت الى زوجها الف للطلاق فمع العلم بأن الباقي واحدة قالت ثلاثا بالالف فكانه حينئذ جعلت الالف فى مقابل طلاق واحد والتصريح بالثلاث لغو لكونه فى البين ليس الا الواحدة او اريدت بالثلاث تأكيدا للزائد عن الاول .

وكيف كان فح لامعنى للتوزيع وحينئذ فالمراد بالجعل فى مقابل هذا العلم فلم يعلم بذلك ماللجهل بالحكم واماللسيان وغير ذلك فيمكن حينئذ التوزيع فلايستحق الزوج الا ثلث الالف ﴿ وفيه اشكال ﴾ يعلم بالتامل ومع الغض عنه كان الالف فى مقابل الواحدة والقاء الزائد ويمكن ارادتها ثلاثا قدام منه اثنان وهو الواحدة الباقية .

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

المسألة ﴿ الثامنة لوقالت : « طلقنى واحدة بألف » فطلق ثلاثاً ولاء ﴾ بأن قال : « أنت طالق ثلاثاً ﴾ ﴿ وقعت واحدة ﴾ بناء على حصولها بذلك ﴿ و ﴾ حينئذ يكون ﴿ له الالف ﴾ لا تيانه بما سألت .

﴿ ولو قالت : طلقنى واحدة بألف فقال : أنت طالق فطالق فطالق ﴾ فانه لاخلاف عندنا ولا اشكال فى أنها متى قالت : ذلك ﴿ طلقت بالاولى ولغا لباقي ﴾ لعدم حصول رضائها بالثلاث فان الحلع شبيه بالمعاملة ودفع العوض فى مقابل الواحدة لا لثلاث فكانت الزائدة على الواحدة لغوا باطلا ﴿ فان قال : الالف فى مقابلة الاولى فالالف له ﴾ .

ولا يخفى ان فرض المسألة قول الزوجة طلقنى واحدة بالف ولم يكن ذكر من ثلاث وحينئذ قول الزوج الالف فى مقابلة الاولى فان كان قبل الطلاق فلم يكن فرض المسألة اكثر من واحد وان كان مع قول الزوجة طلقنى واحدة بالف ﴿ طلقتها ثلاثاً ثم بعد الطلاق قال لها جعلت الالف فى مقابلة الاولى كان لها الجواب بان غير الواحد لم يكن داخلاً فى الطلاق .

وبالجملة هذه الفروض مع الغمض عن اشكالها انما يتصور فيما كان فرض
الزوجة ايضا الثلاث لا الواحدة اللهم الا ان يرادوا مسألة اخرى فيما كان الفرض
بينهما ثلاث طلاقات .

﴿و﴾ حينئذ قوله صح ﴿كانت الطلقة﴾ الاولى ﴿بائنة﴾ ولغت الثانية
والثالثة لان فرض الزوجة حينئذ هو الثلاث .

وحيثئذ صح قوله ﴿ولو قال في مقابلة الثانية كانت الاولى رجعية﴾ فانه اذا
كان الزوجان على ثلاث طلاقات صح للزوج جعل الاولى رجعية فانه لو كانت
الاولى رجعية لا يستحق الالف اصلا فلا يكون مورد لجعله في مقابل الثانية فان
الثانية طلاق بعد الطلاق وهو باطل بل يحتاج بعد الطلاق الذي اقر به الى الرجوع
ثم طلقها بائنا مع فرض بقاء رضائها الاول فاذا قالت الزوجة طلقني واحدة بالف
لم يكن ثانية كى يقول الزوج جعلت العوض في مقابل الثانية ولا يصح جعل الاولى
رجعية اذا كان من قصده جعل الثانية بائنا ولا مع الرجوع بعده ثم طلقها بائنا
لانه خلاف فرض الزوجة حيث جعلت الفأ في مقابل طلاق واحد خلعا في حال
طلاق الاول .

﴿و﴾ حينئذ صح قوله ﴿بطلت الثانية والفدية﴾ لان المفروض كون
الاول رجعيا فلامورد للثانية والفدية فانه لو كان فرضهما وتبانيهما على الثلاث
كان للزوج اختيار جعل الاولى رجعيا بان لم يلتزم بما التمسست الزوجة .

وحيثئذ صح قوله ﴿ولو قال : في مقابلة الكل﴾ فانه لو كان التباني على
الثلاث صح اطلاق الكل عليه والا فلا كل في البين اذ الفرض كان بنائها على طلاق
واحد ويكون الالف حينئذ للزوج فلو كان التراضى بينهما على الثلاث طلاقات
وفرض صحته بدون الرجوع وقال الزوج جعلت العوض في مقابل الكل او بعضه
صح من هذه الجهة ووقعت الاولى فقط واما مع فرض كون الطلاق واحدا وجعل
الالف عوضا للواحد لامعنى لقول الزوج في مقابلة الكل لعدم كل حينئذ تدبر
فيما ذكر .

وكيف كان في ﴿قال الشيخ : وقعت الاولى وله ثلث الالف﴾ وليت شعري ان الزوجة اذا قالت طلقتني واحدا بالف من اين له ثلث الالف فانه يتوقف على كون البناء منهما على ثلاثة طلقات فقال الزوج طلقت في مقابلة الكل او البعض سلمنا جواز التعدي عن فرض الزوجة فهل يصح الثلاث بدون الرجوع شرعا كما يقسم العوض على البعض او جعله في مقابلة الكل فلا يكون الاكثر واقعة في الطلاق ولا يصح على فرض دخوله ايضا ﴿و﴾ لذا قال المصنف ﴿فيه اشكال﴾ اى فى حكم الشيخ بالتقسيم فان ما التمسته الزوجة هو طلاق واحد بالف تامل فيما ذكرنا ولو جعل المصنف قوله فان قال الالف الى آخره مسألة اخرى مشتملة على التبانى بثلاث طلقات او جعلها من فروع المسألة السابعة كان اولى والله العالم .

المسألة ﴿التاسعة اذا قال أبوها : طلقها وأنت برىء من صداقتها﴾ او بعضه بمعنى أنه بذل له مالها فى ذمته على طلاقها ﴿فطلق صح الطلاق رجعياً﴾ ان كان مورده كذلك ﴿ولم يلزمها الابراء ، ولا يضمه الاب﴾ وفسره فى الجواهر بقوله الذى هو اجنبى بالنسبة الى ذلك مع بلوغ البنت ورشدها ، والفرض عدم وكالته فلا ضمان عليه للزوج ولا للبنت بعد عدم حصول الخلع والبراءة ، نعم لو أجازت هى ذلك وقلنا بصحة الفضولى فى ذلك صح البذل وكان خلعاً انتهى .

ولا يخفى انه لو طلقها الزوج بكلام أبيها من دون نظر الى العوض بل بعضا وعناد القول الاب صح كونه رجعيا وعدم لزوم الابراء واما لو كان طلاقها للعوض الذى وعدته كان داخلا فى الطلاق مع العوض الذى مر الكلام فيه وحينئذ ان كان الاب وكيلا عن بنته صح الطلاق بائنا وتملك الزوج العوض والا فلا بل يبطل والله العالم .

﴿العاشرة اذا وكلت فى خلعها مطلقاً﴾ صح ، لمعلومية عدم اعتبار المباشرة فى البذل ، فتشمله عمومات الوكالة و ﴿اقتضى﴾ اطلاق الوكالة الذى هو بمعنى الاقتصار على التوكيل من غير ذكر المقدار لاعموماً ولا خصوصاً ﴿خلعها بمهر

المثل ﴿﴾ فما دون ﴿﴾ نقداً بنقد البلد ﴿﴾ بناء على انصرافه من الاطلاق المزبور على نحو التوكيل في البيع والشراء وان كان لا يخلو من نظر .

﴿﴾ وكذا ﴿﴾ الكلام في ﴿﴾ الزوج اذا وكل في الخلع وأطلق ﴿﴾ على الوجه المزبور اقتضى أيضاً الخلع بمهر المثل فمافوق نقداً بنقد البلد ﴿﴾ فان بذل وكيلاً ﴿﴾ المزبور الـ ﴿﴾ زيادة على مهر المثل بطل البذل ﴿﴾ أو كان موقوفاً على الاجازة ، فان لم تحصل بطل ﴿﴾ ووقع الطلاق رجعياً ﴿﴾ ان كان مورده كذلك ، وكان الخلع بصيغة الطلاق ﴿﴾ ولا يضمن الوكيل ﴿﴾ للاصل وغيره .

﴿﴾ ولو خلعها وكيلاً الزوج بأقل من مهر المثل بطل الخلع ﴿﴾ ان لم تحصل الاجازة ﴿﴾ ولو طلق بذلك البذل لم يقع ﴿﴾ الطلاق فضلاً عن الخلع مع فرض عدم الاجازة ﴿﴾ لانه فعل غير مأذون فيه ﴿﴾ فيكون طلاق أجنبي ، غير خفي انه لو كان وكيلاً في ذلك بنحو الاطلاق فكان مأذوناً فيه ولو بأقل من مهر المثل كما صح لو زاد على ذلك حينئذ يصح الخلع بمقدار رضيت الزوجة اقل كان او كثيراً نعم لو نهاه عن الاقل من مهر المثل فخلعها بالاقل المنهى لما صح مع تأمل فيه ايضاً .

﴿﴾ ويلحق بالاحكام مسائل النزاع وهي ﴿﴾ كثيرة لا يخفى حكمها المبني على قواعد التداعى ، ومن هنا اقتصر المصنف منها على ﴿﴾ ثلاث ﴿﴾ : ﴿﴾ الاولى اذا اتفقا في القدر ﴿﴾ كالمائة ونحوها ﴿﴾ واختلفا في الجنس ﴿﴾ كالدرهم والدينار والابل والغنم مثلاً ﴿﴾ فالقول قول المرأة ﴿﴾ بيمينها ، كما عن المبسوط .

وفي المسالك بعد عبارة المصنف قال اذا اتفقا على وقوع الطلاق بعوض مبدول من جانبها ولكن اختلفا في جنسه مع اتفاقهما على قدره او انهما اتفقا على جنس مخصوص وتلفظا به وانما وقع الاختلاف فيما عيناه منه فقالت هو مائة درهم فقال بل مائة دينار مثلاً فقد قال المصنف وقبله الشيخ والاكثر ان القول قول المرثة لانها منكرة لما يدعيه والاصل عدم استحقاقه اياه وهو مدع فعليه البينة وعليها

اليمين فتحلف يمينا جامعة بين نفى ما يدعيه واثبات ما تدعيه فينتقى ما ادعاه وليس له اخذ ما تدعيه لاعترافه بعدم استحقاقه اياه نعم لو اخذه على وجه المقاصة اتجه جوازه ويشكل هذا القول من رأس لانها كلامهما مدع ومدعى عليه والاخر ينكر ما يدعيه وهذه قاعدة التحالف فى نظائره من عوض البيع والاجارة وغيرهما وانما يتجه تقديم قول احدهما اذا اتفق قولهما على قدر وادعى الاخر الزيادة عليه وانكرها الاخر ليكون منكر الزيادة منكر أبكل وجه ومدعيها مدعيها بخلاف صورة النزاع لان دعوى الذهب لا يجمع دعوى الفضة والانكار من كل منهما لما يدعيه الاخر متحقق فلو قيل بانهما يتحالفان ويسقط ما يدعيانه بالفسخ او الانفساخ ويثبت مهر المثل الا ان يزيد عما يدعيه الزوج كان حسنا ولا يتوجه هنا بطلان الخلع لاتفاقهما على صحته وانما يرجع اختلافهما الى ما يثبت من العوض ويحتمل ان يثبت مع تحالفهما مهر المثل مطلق لتساقط الدعويين بالتحالف خصوصا اذا كان الواجب منه مغايراً لما يدعيه الزوج حتى لا يدخل فى ضمن دعواه ولو انعكس الفرض بان اتفقا على الجنس واختلفا فى قدره كما لو قال انها بذلت الف درهم فقالت بل مائة درهم قدم قولها هنا قطعاً لان المائة قدر يتفقان على ثبوته وانما يختلفان فى الزيادة وهى منكراً فيقدم قولها فى نفسه انتهى .

ومحصل الكلام ان باب المدعى والمنكر هو توافقهما على شىء معلوم معين والنزاع فى زيادة احدهما او اصل وجوده والاخر منكره كدين يدعى المديون مائة والدائن منكره ويقول الف لاما اذا لم يجتمع ما بينهما الى شىء كما فى المقام حيث ان الزوجة تدعى ان ما بذلت مائة درهم والزوج يدعى انه مائة دينار فلا يكون جامع ومتيقن بينهما فكل منهما مدع ومنكر فالزوج مدع لمائة دينار ومنكر لمائة درهم والزوجة بالعكس فالمقام مقام التداعى وبعد التحالف يفسخ ما يدعيانه ويثبت مهر المثل .

وعن كشف اللثام بعد أن حكى عن الجامع قولاً بالتحالف ، وعن المبسوط

انه حكاه عن العامة قال : « وهو أولى ، فاذا تحالفا ثبت مهر المثل » انتهى والاولوية وان كان في محلها لكن لازمه الفسخ وبطلان الخلع لاثبوت مهر المثل .
قال في الحدائق ما لفظه لو اتفقا على قدر البذل كمائة مثلاً واختلفا في الجنس فادعت الزوجة انه مائة درهم وادعى الزوج انه مائة دينار والمشهور وبه صرح الشيخ وغيره ان القول قول المرثة لانها منكرة لما يدعيه والاصل عدم استحقاقه ثم نقل عبارة المتقدمة من المسالك ثم قال ما لفظه اقول مما ذكره قدس سره من رجوع حكم المستئلة الى التحالف جيداً .

وانما يبقى الكلام في انه بعد التحالف وسقوط كل مما يدعيه فان الظاهر هو بطلان الخلع بالمرّة لخلو الخلع من العوض لانه منحصر في احد هذين المذكورين وقد تساقت معاً بالتحالف ومهر المثل غير مذكور في صيغة الخلع ولا مقصود ولا مراد بالكلية فباي وجه يثبت هنا وتقديره والرجوع اليه بعد التحالف لانه له لانه ليس من قبيل المهر الذي يجب تقديره مع خلو عقد النكاح عنه .
وانما هو عوض يجب ذكره في عقد الخلع ويكون ركناً من اركانه وهو هنا منحصر في احد هذين المذكورين لانه لا بد بحسب الواقع ان يكون احدهما صادقاً والاخر كاذباً لكن لما اشبهه ذلك وكان اللازم شرعاً هو التحالف الموجب لسقوطهما معاً لانه منه خلو الخلع من العوض وهو موجب لبطلانه ظاهراً وان كان صحيحاً في الواقع يتعلق به احكامه بالنسبة اليهما لمعلومية ذلك عندهما كما في نظائره من العقود الصحيحة في الواقع الفاسدة بحسب الظاهر ويؤيده ما تقدم في كتاب البيع من انه بالتحالف يبطل البيع ونحوه من العقود التي يكون الحكم فيها ذلك .

و اما قوله ولا يتجه هنا بطلان الخلع لانفاقهما على صحته فقيه ان البيع كذلك ايضاً مع انهم صرحوا بالبطلان بعد التحالف وذلك انه اذا قال البائع يمتك بهذا العبد او بهذا الدينار وقال المشتري بل بهذه الجارية او بهذه الدراهم

فانهما قد اتفقا على وقوع البيع مع انه بعد التحالف الذى هو المحكم فى هذه الصورة يحكم ببطلان البيع وان اختلفوا فى ان البطلان هل هو من اصل فينزل البيع بمنزلة العدم او من حين التحالف او الفسخ كما نقله شيخنا فى المسالك فى كتاب البيع .

وبالجملة فان العقد الذى يجرى فيه التحالف لاشكال فى صحته بحسب الواقع ونفس الامر لاشتماله على شرايط الصحة لكن باعتبار هذا الاختلاف بين المتعاقدين الموجب للتحالف الذى يتساقط به الدعويان ويلزم منه الخلو من العوض يجب المحكم بالبطلان فى ظاهر الامر والالزم الترجيح بغير مرجح .

وبالجملة فانى لاعرف لما ذكره وجه صحة يعتمد عليه لما عرفت انتهى ولعل نظره فى عدم البطلان الخلع الى ان الخلع ليس من المعاوضة الحقيقية كما فى الجواهر فرجع النزاع الى كونه لفظيا بعد الاتفاق على ان مورد النزاع هو التحالف والقائلون بعدم بطلان الخلع والرجوع الى مهر المثل ذهبوا الى عدم كونه معاوضة موجبة لبطلانه والقائلون الى البطلان ذهبوا الى كونه من المعاوضات فسان البذل عوض للخلع قال فى الجواهر .

قلت : لا يكاد يخفى وجه التحالف على مثل المصنف والفاضل وغيرهما خصوصاً بعد أن ذكروا ذلك فى نظائره ، الا أن ذلك منهم هنا مؤيد لما ذكرناه سابقاً من عدم كون الخلع عندهم من المعاوضات الصرفة ، بل هو قسم من الفداء وحينئذ يتجه ما ذكره ، لعدم تعلق الدعوى بالمعاوضة ، خصوصاً بعدما عرفته غير مرة من عدم بطلان الخلع بفساد العوض ، وليس هو الا لكونه أمراً مستقلاً لتلحقه احكام المعاوضة ، فليس الزوج الا مدعياً به ، وليست الامراة الا منكراً لما يدعيه ولا ينافى ذلك قرارها له بغير ما ادعاه ، وفى الحقيقة ليست هى مدعية على الزوج شيئاً .

ثم لو سلم كونه كالمعاوضات كان المتجه فسخ الخلع او انفساخه لا الرجوع

الى مهر المثل ، واتفقهما على الصحة غير مجد كما لا يجدى فى البيع ، للحكم شرعاً بنفى ما ادعاه كل منهما باليمين ولو اتفقا على عدم غيره انتهى .

والظاهر لا كلام فى كونه معاوضة اوشبيهة بها الاقل ويكفى ذلك فى فساده نفساً وعوضه ولذا تقدم منا بطلان الخلع لو كان العوض المعين خمرأ حتى مع الجهل وزعم كونه خلا فالفسخ يبطله خلاف ما فى المسالك من قوله انه بالفسخ او الانفساخ حينئذ يثبت مهر المثل فانه لو كان المراد فسخ الخلع فلا معنى له الا بطلانه .

وان اريد فسخ غيره فلا يكون شياً آخر فى البين فقد تلخص ان المورد هو التداعى وبعد التحالف يبطل الخلع بحسب الظاهر وان كان صحيحاً حسب الواقع فيجب على من علم بالحال معاملة الصحة الواقعى ولو حكم بالفساد ظاهراً كما عرفت من الحقائق .

المسألة ﴿الثانية﴾ لو اتفقا على ذكر القدر ﴿﴾ وهو المائة مثلاً ﴿﴾ دون الجنس واختلفا فى الارادة قبل ﴿﴾ والقائل الشيخ فى محكى المبسوط : ﴿يبطل﴾ لامكان ان يراد كل منهما خلاف الاخر بان يراد الزوجة مائة درهم والزوج مائة دينار ولا يعلم الا من قبلهما .

وفى المسالك المراد انهما اتفقا على ذكر القدر وعلى عدم ذكر الجنس لفظ وعلى انهما ارادا جنساً معيناً اتفقت ارادتهما عليه ولكن الان اختلفا فى ذلك الجنس الذى اراده حالة العقد بان قالت له طلقنى بمائة فطلقها بها ثم قال ان اردنا بها مائة دينار فقالت بل مائة درهم فقال المصنف وجماعة القول قولها ايضاً لان العقد صحيح فى نفسه حيث اتفقا على ارادة جنس معين والارادة كافية فى صحته وان لم يتلفظ بها وحينئذ فيرجع الاختلاف فى الارادة الى الاختلاف فى الجنس المعين فيرجع اليها فيه كالسابق ولان الاختلاف فى ارادتها ولا يطلع عليها الا من قبلها ويشكل الاول بما ذكر فى الاول من ان الاختلاف فى الجنس لا يقتضى تقديم قولها بل التحالف والثانى بان الاختلاف يرجع الى تعيين ما اتفقا عليه من الارادة لا الى

ارادتها وحدها فان المعتبر ارادتهما معاً ولا يكفي ارادتها وحدها و اراد كل منهما لا يطلع عليها الا من قبله فلو قيل بالتحالف هنا ايضاً لان كلا منهما منكر لما يدعيه الاخر كان وجهها انتهى ولا يخفى ان قول المصنف دون الجنس معناه ان المعلوم نفس المقدار هو المائة دون الجنس فانه محل الاختلاف بين كونه ذهباً او ابلاً كما يدعيه الزوج او كونه فضة او غنماً كما تدعيه الزوجة والظاهر كونه من موارد تداعي لعدم جامع بينهما فيتحالفان ويطل اصل الخلع

وهو عين المسألة الاولى وحينئذ لا فرق بين الاختلاف في الجنس كالذهب او الفضة او كان في ارادته لعدم الفرق بين ان يقول الزوجة كانت المائة درهما وبين ان تقول ما اردت ذهباً وكذا لا فرق بين ان يقول الزوج كانت المائة ذهباً وما اردت درهما .

وكيف كان هي عين الاولى وان الزوجة مدعية للدرهم و الزوج منكر له وكذا الزوج مدع للدينار و الزوجة منكر لها فالاتفاق في المائة والنزاع في ارادة الجنس فلا فرق بين المسألتين الا بالعبارة و يكون المرجع الى التحالف و فسخ الخلع وبطلانه بحسب الظاهر و يكون الزوجة زوجته بحسب الظاهر واما حسب الواقع فان كان كل منهما معتقداً لما قالوا و زعمت الزوجة كون ما بذلت فضة و زعم الزوج كونه ذهباً فطابق الواقع مع الظاهر و الا لزم على الذي علم بالحال العمل بما هو وظيفته واقعاً فانه لو كان في ادعاءه كاذباً فالتحالف باطل واقعا و الخلع صحيح و اللازم عليه هو العمل بما علم فلا يكون زوجته :

وكذا لو علمت الزوجة بالحال وان البذل مائة دينار لما يجوز لها الاختلاف فيكون بحسب الظاهر زوجته لا واقعاً بداهة انه لو اقرت بكون البذل مائة دينار ودفعتها الى الزوج حصلت البيئونة فانكارها ادت الى التحالف الموجب لبطلان الخلع والطلاق ظاهر او عدم تحقق البيئونة .

﴿وقيل على الرجل البيئنة وهو أشبه﴾ عند المصنف والوجه ما ذكرنا من

التحالف المسألة ﴿ الثالثة لوقال : خالعتك على ألف في ذمتك فقالت : بل في ذمة زيد فالبينة عليه واليمين عليها ﴾ كما عن الشيخ والمتأخرين .

﴿ و ﴾ حيثند ﴿ يسقط العوض عنها مع يمينها ، و لا يلزم زيد ﴾ للاصل واعتراف الزوج بكون البذل في ذمتها ، ولكن تكون بائنة عنه لاعترافه بخلمها على الوجه الصحيح شرعاً انتهى .

ان اريد بكونهما معترفين باصل الخلع والنزاع في ان الزوجة مدعية لكون عوض الخلع على ذمة زيد متبرعاً والزوج مدع لكونه في ذمة الزوجة فهو مع ان الاصل عدم التبرع وكونه في ذمة الخارج عن طرقى المعاملة كانا كليهما مدع ومنكر فان الزوجة مدعية لكونه على ذمة الغير والزوج منكر له والزوج مدع لكونه على ذمة الزوجة والزوجة منكر لها فيتمحالفان فيبطل اصل الخلع ويكون زوجته .

وان اريد ان زيدا جعل العوض في ذمته فضولة من غير اذن الزوجة فيبطل الخلع ايضا بانكارها وعدم اجازتها فيكون المقصود من قول المصنف بل في ذمته ما يرجع الى انكار الزوجة فكان الزوجة قالت انا لم ارض بذلك وباخذ العوض عن اقدم على الخلع وكيف كان فلا يتصور معنى صحيح لهذا الفرع .

﴿ وكذا لوقالت ﴾ في جواب دعواه : ﴿ بل خالعت فلان والعوض عليه ﴾ وهذا ايضا نظير ما قلنا بعبارة اخرى فكانها منكورة لاصل الخلع فقالت في مقام الانكار والاستهزاء خذ العوض ممن خالعت .

﴿ أما لوقالت ﴾ في جواب دعواه : ﴿ خالعتك بكذا وضمنه عنى فلان أو يزنه عنى فلان لزمها الالف ﴾ لاقرارها ﴿ ما لم تكن بينة ﴾ على دعواها ، ﴿ لانها دعوى محضة ، ولا يثبت على فلان شيء بمجرد دعواها ﴾ .

هذا تمام الكلام فى الخلع ﴿ واما المباراة ﴾ فقال فى المسالك بعد العبارة ما لفظه المباراة طلاق بعوض مترتب على كراهة كل من الزوجين صاحبه واصلها المفارقة ولها احكام يخصها واحكام تشارك مع الخلع فيها فشرائط الخالع والمخالعة

والعوض مشتركة فلذا اقتصر و اعلى قليل من احكامها وقد دل على اشتراطها بكرة كل من الزوجين صاحبه رواية سماعه الى ان ساقها وغيرها انتهى .

وقد وقع الخلاف في ان المباراة قسم من الخلع او مبين معها وفي الجواهر الاول قال هي قسم من الخلع ، كما اعترف به في كشف اللثام ، بل هو مقتضى اثباتهم لها احكام الخلع من دون دليل دل على تنزيلها منزلته ، بل هو مقتضى استدلالهم بآية الفدية على الخلع وبعض احكامه ، مع أنها في المباراة باعتبار ظهورها في كون المورد خوف عدم اقامتهما حدود الله تعالى الذي هو كناية عن حصول الكراهة منهما ، الى غير ذلك من الامارات الدالة على أنها ضرب من الخلع ، الا انها اختلفت باسم خاص لمكان انفرادها عن مطلق الخلع ببعض الاحكام ، الى ان قال .

ولذا توهم بعض الناس وجعل المباراة ايقاعاً مستقلاً مقابلاً للخلع ، ولم يعلم أن مقابلتها باعتبار المعنى الخاص للخلع لا مطلقاً ، على نحو مقابلة السلم للبيع ، والا فهي قسم من المعنى العام للخلع الذي هو عبارة عن فدية الزوجة نفسها الكراهة لارادة الفك من قيد الزوجية ، سواء كان ذلك مع كراهة الزوج أولاً انتهى .

وقديظن ان هذا المقدار ايضاً يوجب لكونها في مقابل الخلع بل ذلك يوجب التفاوت في حقيقة كل منهما وان في ماهية المباراة مأخوذة كون الكراهة منهما فيعلم منه ان ماهية المباراة غير ماهية الخلع فلو كانا مختلفين في الفردية لا التقسيمية كان اللزوم كونهما متحدان معاً في اصل الساهية بمعنى ان اللزوم في كليهما كراهتهما عن الآخر او في كليهما كراهة من المرثة غايته مختلفان في غير ذلك كما جواز اخذ الزيادة في الخلع دون المباراة مثلاً و لزوم اتباع المباراة بالطلاق اتفاقاً بخلاف الخلع فانه محل خلاف في ذلك و قياس الظهار بالسلم وانه كما هو قسم من البيع وفرد له فكذلك الظهار قسم من الخلع باطل جداً للفرق الواضح بينهما .

قال في الحدائق و اصلها المفارقة وهي هنا عبارة عن الطلاق بعوض مع كراهة كل من الزوجين الاخر ولها احكام تخصها و احكام تشارك و اصلها الخلع

فيها انتهى ولا يخفى ان تغاير الاحكام كاشف عن تغاير حقيقتهما ومجرد اتحادهما في الكراهة لا يوجب كونهما حقيقة واحدة و الحاصل ان المباراة عبارة عن حصول كراهة فيما بينهما اوجبت النفاق والفراق فيما بينهما ولو لم يتكلما بمثل الكلمات المتقدمة في الخلع .

ويدل عليه موثقة سماعة عن أبي عبد الله وأبي الحسن عليهما السلام « سألته عن المباراة كيف هي ؟ فقال : يكون للمرأة شيء على زوجها من صداق أو من غيره و يكون قد أعطاهما بعضه ، فيكره كل منهما صاحبه ، فنقول المرأة لزوجها : ما أخذته منك فهولي وما بقى عليك فهو لك و ابارؤك ، فيقول لها الرجل : فان أنت رجعت في شيء مما تركت فأنا أحق ببضعك » .

فقوله عليه السلام فيكره [صحيح زرارة] عن أبي جعفر عليه السلام « المباراة يؤخذ منها دون الصداق ، والمختلعة يؤخذ منها ما شئت ؟ أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر و انما صارت المباراة يؤخذ منها دون الصداق و المختلعة يؤخذ منها ماشاء لان المختلعة تتعدى في الكلام ، وتتكلم بما لا يحل لها .

و كيف كان ﴿ فهو أن يقول : بارأئك على كذا فانت طالق وهي تترتب على كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه ﴾ بلاخلاف كما في الجواهر .

وقال انما الكلام في كون الكراهة هنا من المرأة هي الكراهة التي مر الكلام فيها في الخلع او انه يكفي هنا مطلقها وان قلنا بعدم الاكتفاء به في الخلع بل لا بد من زيادة تلك الالفاظ او مافي معناها؟ قد يظهر من ذكرهم اعتبار كراهة الزوج هنا زيادة على الخلع ان الكراهة منها متحدة فيهما ، و انما زادت باعتبار كراهة الزوج ، ولهذا لم يتعرضوا للبحث فيها بالنسبة اليها - كغيرها مما مر في الخلع من المباحث اتكالا على المساواة بينهما فيما لم يثبت زيادته ، لانها كما عرفت خلع بالمعنى الاعم انتهى .

اقول اولا قد عرفت في مقام اصلاح الطلقات الواقعة عن الانام لاجل ادنى

كراهة انها كلها طلاق الخلع ان الكراهة الواقعة فى الاخبار لم يصح كون المراد خصوصها لانها فرد نادر لم يتحقق الا ما شذ وانها هو الفرد الكامل الشديد فى الكراهة بل المراد كراهة ما بينهما لامورات عرضية وهى بهذا المعنى اريد فى المقام غايته من الزوج ايضاً ❀ و يشترط اتباعه ❀ أى القول المزبور فى المباراة ❀ بلفظ الطلاق ❀ .

وفى الجواهر بعد المتن قال بل الاجماع بقسميه عليه ، بل المحكى منه مستفيض أو متواتر، وحينئذ ❀ فلو اختصر المبارىء على لفظ المباراة لم يقع به فرقة ، ولو قال بدلا من « بارأئك » : « فاسختك » أو « أبنتك » أو غيره من الالفاظ صح اذا اتبعه بالطلاق ، اذ المقضى للفرقة التللفظ بالطلاق لا غير ❀ من الالفاظ المزبورة التى هى كنايات فى الطلاق والخلع ، وقد عرفت عدم عقد الخلع فضلا عن الطلاق بشىء منها ، كما أنك قد عرفت كون المباراة قسماً من الخلع الذى لا ينعقد بشىء من ذلك .

نعم لو بارأها بلفظ الخلع اتجه حينئذ عدم الاتباع بالطلاق ، بناء على عدم اعتبار اتباعه به ، وأنه بنفسه فاسخ للنصوص السابقة التى مثلها فى المقام صريحاً أو ظاهراً ، كخبر حمران « سمعت أبا جعفر عليه السلام يحدث يقول : المباراة تبين من ساعتها من غير طلاق ، ولاميراث بينهما ، لان العصمة بينهما قد بانة ساعة كان ذلك منها ومن الزوج » .

وموثق جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام « المباراة تكون من غير أن يتبعها الطلاق » وغيرهما من النصوص الظاهرة فى ذلك ايضاً التى هى كنصوص الخلع بالنسبة الى ذلك المبنية على أن المباراة خلع والخلع لا يحتاج الى الاتباع بالطلاق اذا وقع بصيغته لا اذا وقع بالكنايات .

وبذلك انكشفت الغمة التى وقعت على جملة من المصنفين فى المقام ، حيث أنكروا على الاصحاب اشتراط اتباع المباراة بالطلاق مع اتفاق النصوص

صريحاً وظاهراً على خلافه ، فمنهم من قدم اجماعهم عليها .
ومنهم من قدمها عليه ، ولم يعلموا ان كلام الاصحاب مبني على ما ذكره
من صيغ المبارات التي هي كنيات في الطلاق والخلع ، كما صرحوا به في صيغة
الخلع ، كما أنهم لم يعلموا أن ما في النصوص مبني على المبارات التي هي الخلع
المؤداة بصيغته ، لانها قسم منه ، وليست ابقاعاً جديداً اشتق لها صيغة من لفظها
انتهى .

ولا يخفى ان ظاهر الاصحاب اشتراط اتباع المباراة بالطلاق وهذه العبارة
ليست مجملات كما يشرح ويبين بان مرادهم عدم وقوع المبارات بالالفاظ الكنيات .
وليت شعري ما اراد بردهم فان كان مراده ان المنكرين منكرون لاشتراط
اتباع المباراة بالطلاق فهم هم الذين قالوا بان الاخبار على خلافه وعدم حصول
الطلاق بالكنيات .

والحاصل ان العبارة صريحة في ان مقصود الاصحاب من اشتراط الطلاق
من حيث ان صيغ المباراة كناية في الطلاق والخلع فلا يقع بها الطلاق وهو عين
مذهب القائلين لاجماع على لزوم لفظ الطلاق ومقابلته المنكرون للاشتراط
للاخبار الدالة على عدمه سواء كان المباراة قسماً من الخلع او سيما له ولو اراد
غيره فعليه البيان فالغمة بحالها .

وبالجمله اشتراط اتباع المباراة بالطلاق غير مربوط بكون المباراة فرداً
وعدمه وان المباراة من كنيات الطلاق فلا يقع الا بالطلاق مع انه لو سلم بان اشتراط
الطلاق من حيث عدم وقوع المباراة بالكنيات لكنه لا ينافي النزاع بين اشتراط
الطلاق وعدمه فالقائلون بالاشتراط يقولون لا يقع المباراة بالكنيات بل لزم لفظ
الطلاق والقائلون بعدمه يقولون ظاهر الاخبار الوقوع بلفظ بارتك ولا يحتاج الى
لفظ الطلاق وهذا لا يحتاج الى القول بان المنكرين للاصحاب لم يفهموا مرادهم بان
الغرض من الاشتراط عدم الطلاق بالكنيات .

والحاصل اصل الكلام فى لزوم لفظ الطلاق فى المباراة بالاجماع فى مقابل النصوص الدالة على عدم اعتبار لفظ الطلاق فلا بد من علاج هذه العويصة اما بحمل النصوص على التقية و الالتزام بلفظ الطلاق دون الكنايات او العمل بالنصوص والاكتفاء بمطلق لفظ كان كناية عن الطلاق وهذا النزاع اجنبى عن كون المباراة قسماً من الخلع او مقابلا له ومخالفا معه .

وان شئت قلت يرجع النزاع الى ان المباراة يحصل بمطلق الالفاظ التى هى كنايات فى الطلاق كما هو ظاهر النصوص او لا يحصل بل لزم اتباعه بلفظ الطلاق كما هو ظاهر المجمعين و المصنف فى المتن فلا بد من طرد احدهما اما الاجماع واما الاخبار .

ففى الحقيقة المعارضة بين دعوى الاجماع على لزوم الصيغة وبين الاجماع الدالة على عدمه .

فالكلام فى اصل لزوم الاتباع بالطلاق وعدمه لافى ان المباراة قسم من الخلع وعدمه فالغمة بحاله من غير انكشافها .

فاللازم هو حل الاختلاف بين الاخبار وبين الاجماع فاذا حمل الاخبار على التقية وقلنا باحتياج صيغة الطلاق المباراة كما قلنا فى الخلع ايضا ارتفع النزاع فمن قدم الاجماع كان من حيث قسده فى الاخبار ومن قدم الاخبار كان من حيث ان اصل الاجماع هو الاخبار الدالة على عدم اتباع المباراة بالطلاق كما فى الخلع فاللازم هو علاج هذا التنافى الشديد الذى مثل شيخ الطائفة قد حمل الاخبار على التقية فهل خفى عليه امر صيغة المباراة التى هى كناية فى الطلاق .

فالحمل على التقية من حيث عدم تمامية مفاد الاخبار على القواعد فانها تدل على ان الكراهة منهما وقبول العوض عن الزوجة طلاق وهو بدهى البطلان فلو حصلت البينونة بامثال تلك الكلمات لزم البينونة بين الزوجين فى كل يوم مرات فالنكاح الذى قد ثبت يحتاج رفعه بدليل قطعى من الشرع وليس اللفظ

الطلاق الواقع بعده هذه الكنايات والفاظ الظاهرة في حصول الشقاق بينهما فكيف يكون نفس هذه الكنايات طلاقاً كما هو مفاد الاخبار فلا مناص الا من حملها على التقية وفي الحدائق قال قال محمد بن الحسن الذي اعلم عليه في المباراة ما قدمنا ذكره في المختلة وهو انه لا يقع بها فرقة ما لم يتبعها بطلاق وهو مذهب جميع اصحابنا المحققين من تقدم منهم ومن تأخر وليس ذلك منافياً لهذا الخبر الذي ذكرناه وعنى به رواية جميل لان قوله المباراة تكون من غير ان يتبعها بالطلاق لا يفيد انه تقع الفرقة بينهما بذلك الى ان قال ولو كان صريحاً بالفرقة لكننا تحمله على ضرب من التقية كما قدمنا في باب الخلع .

وقال في الاستبصار هذه الاخبار اوردها على ما رويت وليس العمل على ظاهرها لان المباراة ليس يقع بها فرقة من غير طلاق وانما تؤثر في ضرب من الطلاق في ان يقع بائناً لا يملك معه الرجعة وهو مذهب جميع فقهاء اصحابنا المتقدمين عنهم والمتأخرين لانعلم خلافاً بينهم في ذلك والوجه فيها ان نحملها على التقية لانها موافقة لمذهب العامة ولسنا نعمل به انتهى .

وبشكل اولا بعدم الدليل على ما ذكره من الاخبار المذكورة وهي اخبار المسئلة كما لا بل هي في خلافه ما بين صريح الدلالة وظاهرها .

فمن الاول بخبر العاشر والحادي عشر ومن الثاني الخبر الاول والثاني والثالث والرابع والخامس فانما اشتملت عليه من انها تقول كذا وبقول الزوج كذا هو صيغة المباراة التي يترتب عليها حكمها مع استكمال باقى الشرايط من الطهارة والاشهاد وكونها في طهر لم يقربها فيه وهم رضوان الله عليهم قد صرحوا بان صيغة المباراة بان يقول بارتك على كذا فانت طالق .

وقال السيد السند في شرح النافع بعد نقل هذه الصيغة في كلام المصنف ما لفظه الكلام في صيغة المباراة كما في الخلع من افتقارها الى اللفظ الدال عليه من قبل الزوج والاستدعاء او القبول من جهة المرثثة مع ان ظاهر هذه الاخبار كما ترى

ان هذه صيغة المباراة التي يترتب عليها احكامها لان هذه الاخبار قد تضمنت ان المباراة التي يترتب عليها الاحكام عبارة عن هذا القول منها ومنه وليس في شيء منها تعرض للفظ الطلاق ولا استدعاء المرثة او قبولها كما ذكره السيد السند وغيره وعلى هذا النحو باقى اخبار المسئلة من قولهم وَالْخَلْعُ المباراة تطلقه باين ليس فيها رجعة ونحو ذلك فانه قد رتب الحكم فيها على المباراة الصادقة لما ذكرناه من الاقوال التي اشتملت عليها تلك الاخبار ونحوها .

وبالجملة فانه لا يشم لهذا الطلاق رايحة من اخبار المسئلة فضلا عن الدلالة عليه بل هي في عدمه اظهر من ان ينكر.

وثانياً ما ذكره شيخنا الشهيد الثاني في المسالك من ان المباراة لا يستعملها العامة ولا يعتبرون فيها ما يعتبره اصحابنا بل يجعلونها من جملة كتايات الخلع او الطلاق وحينئذ فكيف يتم حمل ما ورد من احكامها على التقية وانت قد عرفت فيما تقدم من اخبار الخلع ان بعضها دال على الاتباع بالطلاق كما يدعونه الا ان الاكثر الاصح منها على عدمه واما في هذا الباب فلا دلالة في شيء من اخباره كما على ما ذكروه .

وبالجملة فانه لم يبق في معارضة هذه الا ما يدعونه من الاجماع وقد عرفت ما فيه من الجدل والنزاع انتهى كلامه .

قال في المسالك واما عدم وقوعها بمجرد بل يشترط اتباعها بالطلاق فهو المشهور بين الاصحاب بل قال المصنف وجماعة انه اجماعى فان تم فهو الحجة والافقى الاخبار ما يدل على انها لا تقتصر الى الطلاق وحملها الشيخ على التقية كما حمل الاخبار الدالة على عدم افتقار الخلع اليه وليس بجيد لان المباراة لا يستعملها العامة ولا يعتبرون فيها ما يعتبره اصحابنا بل يجعلونها من جملة كتايات الخلع او الطلاق فلا وجه لحمل ما ورد من احكامها على التقية مع انه لا معارض لها يعتد به من الاخبار وانما العمدة على ما ادعوه من الاجماع وحيث قلنا بافتقارها الى الطلاق

جاز ان يقع بغير لفظ المباراة انتهى .

ولا يخفى عدم بعد لحملها على التقية كما عرفت في الخلع اذا لمسلم لحصول
البيونة هو صيغة الطلاق بخلاف مثل خالعتك وبارتكت فانها وامثالها من الكنايات
بل لا اقل من الشك في حصول البيونة والاحتياط يقتضى الطلاق بعده كما عرفت
في الخلع وحينئذ يمكن كون ذكر الاخبار من حيث حفظها ايضا في الكتب
لابعنوان التمسك بها للاحكام .

وكيف كان فالقدر المتيقن من الخلع والمباراة هو كونها مع الطلاق والله
العالم .

﴿و﴾ قد ظهر انه ﴿لواقصر﴾ في مورد المباراة ﴿على قوله : أنت طالق
بكذا صح ، وكان مباراة اذ هي عبارة عن الطلاق بعوض مع منافاة بين الزوجين ﴿
بل قد عرفت أن الطلاق بالعوض لامورد له الا الخلع والمباراة ، كما في الجواهر
وفي الحدائق ما لفظه قال المحقق في الشرايع بعد ذكر الصيغة وانها عبارة
عن ان يقول بارتكت على كذا فانت طالق ولو قصر على قوله انت طالق بكذا
صح وكان مباراة اذ هي عبارة عن الطلاق بعوض مع منافاة بين الزوجين اقول
قد عرفت مما قدمنا في كتاب الخلع ان الفرقة الحاصلة بالخلع او المباراة لا تنحصر
في لفظ الخلع او المباراة بل كلما افاد هذا المعنى من الالفاظ متى استكمل باقى
الشروط فانه يترتب عليه حكم تلك الفرقة الخاصة ومن ذلك قوله انت طالق
بكذا فان استكمل شرايط الخلع كان خلعا وان استكمل شرايط المباراة كان مباراة
وبالجملة فان الطلاق بعوض وان لم يرد بخصوصه في الاخبار الا انه لا يخرج
عن احدهما حسبما قدمنا تحقيقه في الموضوع الرابع من المقام الاول في صيغة
الخلع وما ذكره في المسالك هنا بناء على ما ذهب اليه من وجوده في مادة غيرهما
حيث قال ولو قيل بصحته مطلق حيث لا يقصد به احدهما كان وجهها لعموم الادلة
قد قدمنا ما فيه مما يكشف عن بطلان باطنه وخافيه انتهى .

﴿و﴾ كيف كان فلا خلاف في أنه ﴿يشترط في المبارء والمباراة ما يشترط في المخالغ والمخالمة﴾ من العقل والبلوغ وغيرهما في المبارء وكون الزوجة في طهر لم يقع المواقعة وغير ذلك مما تقدم وكون العوض معلوما مملو كما وكونه مما يملك وقدم جميع ذلك مفصلاً .

﴿و﴾ من ذلك يعلم أنه ﴿تقع الطلقة مع العوض بائنة ليس للزوج فيها رجوع الا أن ترجع الزوجة في الفدية ، فيرجع مادامت في العدة ، وللمرأة الرجوع في الفدية ما لم تنقض عدتها﴾ كما سمعت دليل ذلك كله في الخلع ، مضافاً الى قول الصادق عليه السلام في خبر زرارة ومحمد بن مسلم : «المباراة تطليقة بائنة وليس في شيء من ذلك رجعة» وقول أحدهما عليهما السلام في خبر اسماعيل الجعفي «المباراة تطليقة بائنة ، وليس فيها رجعة ، نحو قول الصادق عليه السلام في صحيح أبي بصير «المباراة تقول المرأة لزوجها : لك ما عليك واطر كني ، أو تجعل له من قبلها شيئاً ، فيتركها الا انه يقول : فان ارتجعت في شيء فأنا املك ببضعك ولا يحل لزوجها ان ياخذ منها الا المهر فما دونه ، وفي موثق ابن سنان : (المبارءة : تقول لزوجها : لك ما عليك وبارئني فيتركها ، قال : قلت فيقول لها : ان ارتجعت في شيء فأنا املك ببضعك قال نعم

وفي صحيح الحلبي : «المباراة أن تقول المرأة لزوجها : لك ما عليك واطر كني فيتركها ، الا أنه يقول لها : ان ارتجعت في شيء منه فأنا املك ببضعك » .
﴿و﴾ كيف كان في المبارءة كالمخلع ﴿في جمع ما تقدم﴾ لكن المبارءة ﴿تفترق عنه بامور ثلاثة :

أحدها : أنها ﴿تترتب على كراهة كل من الزوجين صاحبه ، ويترتب الخلع على كراهة الزوجة﴾ خاصة .

﴿و﴾ ثانيها : أنه ﴿ياخذ في المبارءة بقدر ما وصل اليها منه﴾ من المهر ﴿ولا يحل له الزيادة وفي الخلع جائز﴾ لما عرفت ، بلا خلاف أجده في عدم جواز الزيادة ، بل الاجماع بقسميه عليه .

وفى الجواهر بل عن جماعة من الاصحاب عدم جواز أخذ المساوى، بل لا بد أن يقتصر على الاقل انتهى .

وفى الحدائق قال اختلف الاصحاب فيما يؤخذ من فدية المباراة بعد الاتفاق على انه لا يجوز له الزيادة على ما اعطاها فالمشهور انه يجوز له المهر فما دونه وذهب جمع من الاصحاب الى انه لا يؤخذ الا دون ما دفع اليها ونقله فى المختلف عن الشيخ على بن بابويه فى الرسالة قال قال الشيخ على بن بابويه فى رسالته فى المباراة وله عن يأخذ منه ادون الصداق الذى اعطاها وليس له ان ياخذ الكل وممن صرح بجواز اخذ المهر كملا الشيخ المفيد وابن ادريس وهو المشهور بين المتأخرين وقال الصدوق فى المقنع ولا ينبغي له ان ياخذ منها اكثر من مهر، بل يأخذ منها دون مهرها وهو الظاهر من كلام الشيخ الكفاية وابن ابي عقيل وابن حمزة وهذا القول انما تعرض فيه للاكثر والاقل خاصة واما جميع ما اعطاه من غير زيادة ولا نقصان فهو مجمل فيه .

والذى يدل على القول المشهور الخبر الثالث وهو صحيح صريح فى ذلك وما ذكره السيد السند فى شرح النافع من انه ضعيف لاشتراك ابي بصير مردود بان الراوى عن ابي بصير هنا عبد الله بن مسكان وهو من قرابين ليث المرادى الثقة الجليل .

ويدل على ما ذهب اليه الشيخ على بن بابويه الخبر الثانى عشر وهو صحيح او كالصحيح لان حسنه انما هو بابراهيم بن هاشم وما قدح به فى الخبر المذكور فى المسالك من انه مقطوع مردود بانه وان كان كذلك فى التهذيب ومنه نقل الا انه فى الكافى كما نقلناه متصل لا قطع فيه .

ومن هنا يظهر لك بان ما رجحه فى المسالك من العمل بصحيفة ابي بصير بناء على رد هذه الرواية بالقطع ليس فى محله وما رجحه سبطه من العمل بهذه الرواية بناء على نقله لها من الكافى وهى حسنة عنده كالصحيح بناء على طعنه فى

صحيحة ابي بصير باشتراك الراوى ليس فى محله ايضاً لما ذكرناه من القرينة على انه لىث المرادى الثقة الجليل ولهذا وصفها فى المسالك بالصحة وبذلك يظهر لك تصادم الخبرين المذكورين مع صحتهما معاً فى البين وانه لاوجه لترجيح احدهما على الاخر من حيث السند .

ويمكن الجميع بينهما بحمل رواية الاقل من المهر على الافضل وان جاز له اخذ الجميع وهذا الموضوع احد مظاهر الفرق بين الخلع والمباراة كالموضوع الاول انتهى .

﴿ و ﴾ ثلثها : أنها ﴿ تقف الفرقة فى المباراة ﴾ التى فسرهما المصنف بان يقول بارأئك ﴿ على لللفظ بالطلاق 'تفاقأنا' بقسميه ﴾ وفى الخلع على الخلاف ﴿ السابق الذى عرفت الحال فيه ، كما أنك عرفت التحقيق فى المباراة .

وقد تم كتاب المباراة بحمد الله تعالى وصلى الله على محمد وآله المعصومين

اجمعين .

﴿ كتاب الظهار ﴾

وفى الجواهر قال الذى هو مصدر « ظاهر » مثل « قاتل » مأخوذ من الظهر ، لان صورته الاصلية أن يقول الرجل لزوجته : « أنت على كظهر امى » وخص الظهر لانه موضع الركوب ، والمرأة مركوبة وقت الغشيان انتهى .

﴿ و ﴾ كيف كان فى ﴿ النظر فيه ﴾ أى فى كتاب الظهار ﴿ يستدعى بيان امور

خمسة الاول فى الصيغة ﴾ .

﴿ وهو ﴾ يتحقق ﴿ أن يقول : أنت على كظهر امى ﴾ .

وفى الجواهر بلاخلاف نصاً وفتوى ، بل الاجماع بقسميه عليه من المسلمين

فضلا عن المؤمنين ﴿ وكذا ﴾ يتحقق ﴿ لوقال ﴾ بدل « أنت » ﴿ هذه ﴾ أو « زينب »

﴿ أو ما شاكل ذلك من الالفاظ الدالة على تمييزها ﴾ بلاخلاف أجده فيه أيضا ،

لظهور المثالية فيما ورد من النصوص بلفظ « أنت » نعم قد يقال باعتبار التلفظ بما

بدل عليها ، فلو قال : « كظهر امى » مضمراً لاسمها لم يقع ، للاصل وغيره .

﴿و﴾ كذا ﴿لأعبرة باختلاف ألفاظ الصلاة﴾ والحروف والالفاظ المختلفة التي لا توجب تغاير المعنى ﴿كقوله : أنت منى او عندى﴾ اولدى أو على أونحو ذلك ، لظهور اختلاف ماورد من النصوص فيها بعدم اعتبار لفظ مخصوص منها ، بل الظاهر عدم اعتبارها اصلا ، فلو قال : « أنت كظهر امى » صح كما لو قال « أنت طالق » .

﴿و﴾ كيف كان ﴿لو شبهها بظهر احدى المحرمات نسباً او رضاعاً كالام والاخت فيه روايتان﴾ : ولا يخفى ان المسألة مهمة من حيث تعميم الروايات ومن حيث انها على خلاف الاصل والتميقن منها هو الام النبى فلا بد من الاقتصار اليه فلا يعم الرضاعى ولا سائر المحرمات كالبنات والاخت فلا بد من ذكر الروايات الواردة فى المقام فنقول .

فمنها ما فى خبر حمران عن ابى جعفر عليه السلام المروى عن تفسير على بن ابراهيم قال : « ان امرأة من المسلمات أتت النبى صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يا رسول الله ان فلاناً زوجى ، وقد نشرت له بطنى وأعتته على دنياه وآخرته ، لم يرمنى مكروهاً أشكوه اليك ، قال : فبم تشكينه ؟ قالت انه قال : أنت على حرام كظهر امى وقد أخرجنى من منزلى ، فانظر فى أمرى ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم . ما أنزل الله تبارك وتعالى كتاباً أفضى فيه بينك وبين زوجك ، وانا اكره أن اكون من المتكلفين ، فجعلت تبكى وتشكى ما بها الى الله تعالى عزوجل والى رسول الله صلى الله عليه وسلم وانصرفت ، قال فسمع الله تبارك وتعالى مجادلتها لرسول الله صلى الله عليه وسلم فى زوجها وما شكت اليه ، فانزل الله عزوجل فى ذلك قرآناً :

بسم الله الرحمن الرحيم قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله ، والله يسمع تحاوركما ان الله سميع بصير ﴿ الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم ان امهاتهم الا اللاتى ولدنهم ، وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً وان الله لعفو غفور .

قال : فبعث رسول الله ﷺ الى المرأة فأتته ، فقال : جئني بزوجه فانت به فقال له : قلت لامرأتك هذه : انت على حرام كظهر امي ؟ فقال قد قلت لها ذلك فقال له رسول الله ﷺ قد انزل الله تعالى فيك وفي امرأتك قرآناً ، فقرأ عليهما الايات . ثم قال : فضم اليك امرأتك ، فانك قد قلت منكراً من القول وزوراً ، وقد عفى الله عنك وغفر لك ولا تعد ، قال : فانصرف الرجل وهو نادم على ما قال لامراته ، وكره الله عزوجل ذلك للمؤمنين بعد .

وانزل الله تعالى شأنه : « والذين يظاهرون من نساءهم ثم يعودون لما قالوا » يعني ما قال الرجل الاول لامراته : انت على حرام كظهر امي ، قال فمن قالها بعد ما عفى الله وغفر للرجل الاول فان عليه تحرير رقبة من قبل ان يتماسا ، يعني مجامعتها ذلكم توعظون به ، والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، يعني من قبل ان يتماسا ، فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً ، قال : فجعل عقوبة من ظاهر بعد النهي هذا ثم قال : ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله ، و تلك حدود الله ، قال : هذا حد الظهار .

قال حمران وقال ابو جعفر عليه السلام : ولا يكون ظهار في يمين ولا في غضب ، ولا يكون ظهار الاعلى طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين .

وهذا الرجل المزبور الذي هو مورد نزول آية الظهار أوس بن الصامت وزوجته خولة بنت المنذر ، لخبر ابن أبي عمير عن أبان وغيره ، عن أبي عبد الله عليه السلام المروي في الفقيه . قال : « كان رجل على عهد رسول الله ﷺ يقال له : أوس بن الصامت كان تحته امرأة يقال لها : خولة بنت المنذر ، فقال لها ذات يوم : أنت على كظهر امي ثم ندم ، فقال لها أيتها المرأة ما أظنك الله وقد حرمت على .

فجاءت الى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله : ان زوجي قال لي : أنت على كظهر امي ، وكان هذا القول فيما مضى يحرم المرأة على زوجها ، فقال لها رسول الله ﷺ : ما أظنك الا وقد حرمت عليه ، فرفعت المرأة يدها الى السماء ، وقالت أشكو

الى الله تعالى فراق زوجى .

فأنزل الله تعالى يا محمد «قد سمع»- الى آخرها- ثم أنزل الله عز وجل الكفارة فى ذلك، فقال : «والذين يظاهرون من نساءهم» الى آخرها . وان لم يكن بالتفصيل المزبور الذى فيه أن الكفارة على غير الرجل المزبور ممن يفعل فعله بعد نزول الآية ولا يخفى ان الظاهر من هذه الاخبار ثبوت الكفارة لغير الرجل الاول وانه قد ثبت للغيره ممن فعل ذلك بعده وهو قد يشكل من ان الكفارة لو كانت لازمة لزمت فى الجميع من غير اختصاص بمورد نزول الآية .

لكن عن المرتضى فى رسالة المحكم والمتشابه نقلا من تفسير النعمانى باسناده الى على عليه السلام «واما المظاهرة فى كتاب الله تعالى فان العرب كانت اذا ظاهر رجل منهم من امرأته حرمت عليه الى آخر الابد ، فلما هاجر رسول الله صلى الله عليه وآله كان بالمدينة رجل من انصار يقال له : أوس بن الصامت ، وكان أول رجل ظاهر فى الاسلام ، فجرى بينه وبين امرأته كلام ، فقال لها : أنت على كظهر امى ، ثم انه ندم على ما كان منه ، فقال : ويحك انا كنا فى الجاهلية تحرم علينا الازواج فى مثل هذا قبل الاسلام، فلواتيت رسول الله فسألته عن ذلك، فجاءت المرأة الى رسول الله صلى الله عليه وآله فأبرته فقال لها : ما أظنك الا قد حرمت عليه الى آخر الابد ، فجزعت وبكت ، وقالت : أشكو الى الله فراق زوجى .

فأنزل الله عز وجل : قد سمع- الى قوله- والذين يظاهرون ، فقالها رسول الله صلى الله عليه وآله : قولى لاوس زوجك : يعنى نسمة، قالت : وأنى له نسمة، والله ماله خادم غيرى بال فيصوم شهرين متتابعين ، فقالت : انه شيخ كبير لا يقدر على الصيام، فقال : مر به فليصدق على ستين مسكينا، فقالت : وأنى له الصدقة، فوالله ما بين لابتيتها أحوج منها قال : فقولى له فليمض الى ام المنذر قلياً أخذ منها شطر وسق تمر ، فليصدق على ستين مسكينا وهو ظاهر .

وفى الحدائق بعده ما لفظه اقول هذه الخبر لا يخلو من الاشكال فان ما تضمنه

من وجوب الكفارة يردّه ظاهر الآيه بالتقريب الذى قد منا ذكره وما صرح به فى الخبر الاول من العفو والمغفرة عن الاول وان الكفارة انما على من علم بالتحريم بعد هذه القصة ثم ظاهر لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ فمن قالها بعد ما عفى الله وغفر للرجل الاول فان عليه تحرير رقبة الى ان قال فجعل عقوبة من ظاهر بعد النهى هذا .

وايضا فان الظاهر ان الظهار هنا لم يستجمع شرائط الظهار الموجبة للتكفير سيما الشاهدين فانه لم يتقرر بعد وانما تقرر ورتب عليه الاحكام بعد هذه القصة انتهى وحاصل كلامه عدم لزوم الكفارة للرجل الاول حيث ان الله تعالى جعلها بعده لمن فعل مثل الرجل الاول .

ولا يخفى بعد الامكان جعل الكفارة بنفس عمل منكرو ولو كان قبله ليس هذا العمل اصلا هذا مضافا الى صريح الخبر بان الكفارة ثابتة ايضا لنفس الرجل الاول غاية خفف الله عليه لاجل عدم قدرته وسهله عليه بمقدار يمكنه واشكال عدم اجتماع شرائطه غير واراد قطعا من حيث ان الاحكام الشرعية كما وردت تدريجا فكذلك شرائطها فالاول الاسلام امر الناس بالصلاة والشرائط قد تحققت تدريجا وكذلك الزكاة والصوم .

وكذا المقام فاذا اثبت اصل الكفارة حتى يعلم ان هذا العمل عظيم عند الله ولا يصلح عوده الا بالكفارة ثبتت شرائطه بعد ذلك فحين عمل رجل الاول لم يكن فعل حتى يثبت شرائطه .

واما ما دل على عموم الحكم لكل ذوى الارحام فهو صحيح زرارة «سألت ابا جعفر عَلَيْهِ السَّلَامُ عن الظهار فقال : هو من كل ذى محرم : ام او اخت او عمه او خالة ولا يكون الظهار فى يمين قال قلت : كيف يكون؟ قال : الرجل لامرأته وهى طاهر فى غير جماع : أنت على حرام مثل ظهر امى او اختى و هو يريد بذلك الظهار وصحيح جميل بن دراج «قلت لابي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ : الرجل يقول لامرأته : أنت على كظهر عمته او خالته ، قال : هو الظهار » ومرسل يونس الاتى عن ابي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ

«وكذلك اذا هو قال : كبعض المحارم» دالة على تحقق الظهار مؤيدة باطلاق أدلته ولا يخفى ان الاخبار واضحة الدلالة في العموم لكنها معارضة مضافا الى كونها خلاف الاصل [بصحيح سيف التمار] (قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يقول لامرأته أنت على كظهر عمتي أو خالتي ، قال : انما ذكر الله الامهات ، وان هذا الحرام » والصحيح مضافا الى كونه مؤيدا بالأصل ان مفاده كانه حاو لعلمة عدم العموم وان الاصل في مدرك ذلك هو الكتاب وهو خصه بالام فما دل على العموم على خلاف الكتاب فلو شكك في ذلك من حيث كونها على خلاف الكتاب فقد يشكل التمسك بها . وكيف كان فالمسألة ذات قولين ﴿اشهرها الوقوع﴾ وهو قول الشيخ في الخلاف قال ما لفظه : اذا قال لها انت على كظهر بنتى او بنت بنتى او اختى او بنتها او عمتي او خالتي اختلفت اخبار اصحابنا في ذلك فالظاهر الاشهر الاكثر انه يكون مظاهر او به قال الشافعي في الجديد وقدرروا انه لا يكون مظاهرا الا اذا شبهها بامه وقال الشافعي في القديم فيه قولان احدهما مثل الاول والثاني مثل هذا .

[دليلنا] على الاول قوله تعالى «وانهم ليقولون منكراً من القول وزوراً» وذلك موجود في غير الامهات ودليل الثاني قوله عز وجل «ماهن امهاتهم ان امهاتهم الا اللاتي ولدنهم» فانكر عليهم تشبيه المرأة بالام ولم يذكر غيرها فوجب تعليق الحكم بهادون غيرها انتهى والعبادة الاولى صريحة في وقوع المظاهر بخلاف الثانية. وفي الحدائق نسب عدم الوقوع الى الخلاف والسر اثر مستد لابان الظهار تشبيه الظهر الى الام والظاهر ان وجه نسبة عدم الوقوع من حيث قوله ودليل الثاني فانه ظاهر بل صريح في عدم العموم وان الامهات لا تعم غيرها من المحرمات بل في دليله الاول ايضا ان المنكر من القول هو تشبيه نسائهم بخصوص الامهات لا غير وان قول الزور عبارة عن ذلك ولعله لذلك نسب العدم اليه في الحدائق .

وكيف كان فلا يكون العبارة ظاهرة في الوقوع ثم اعلم ان الآية ايضا لم تصرح بالام لكنه يظهر من قوله تعالى ما هن امهاتهم فانه صريح في ان المشبه

بها ليست الا ام ثم انه اختاره القول بالعموم في الجواهر قال لانقطاع الاصل بالنصوص المزبورة المعلوم رجحانها على صحيح سيف القابل لارادة بيان أن المذكور في الآية الامهات ، وهو كذلك ، ولكن لا ينافي ثبوت التحريم من السنة وأن قوله **عَلَيْهَا** : «وان هذا لحرام» جواب للسائل ، فيكون حينئذ كأخبار السابقة ، فلا ريب في أن الاقوى الوقوع انتهى .

وقال ايضا بعد ذلك كما انه بأن لك الوقوع بالتشبيه بالمحارم كالاخت والعمة فضلا عن الجدات التي هن امهات حقيقة في احد القولين وان كان الظاهر انسياق الوالدة بلا واسطة من الام انتهى .

وقد مال الى الوقوع صاحب المدارك والمسالك وغيرهما على ما حكى عنهم في الحدائق حيث تكلموا في الصحيح بما هو عجيب ونحن ننقل عين عبارة الحدائق قال ما هو لفظه .

بقي هنا مواضع وقع الخلاف فيها منها ما لو شبهها بظهر غير الام من المحارم نسباً اورضاعاً فقبل بانه لا يقع وهو اختيار الشيخ في الخلاف وابن ادريس في السرائر محتجاً عليه بان الظهار حكم شرعى وقد ثبت وقوعه اذا علق بالظهر واضيف الى الام ولم يثبت ذلك في باقى الارحام ولا المحرمات واستدل له بعض الاصحاب بما رواه الشيخ في الصحيح عن سيف التمار الى ان ساقه فقال .

ورد ذلك جملة من المتأخرين منهم السيد السند في شرح النافع وقبله جده في المسالك ومن تأخر عنهما بان الرواية غير دالة على ذلك بل هي بالدلالة على نقيضه اشبه فان ظاهر من قوله وان هذا المحرام في هذه الرواية انه ظهار محرم وان لم يكن ذكره الله في كتابه .

اقول ومن المحتمل قريباً ان لم يكن هو الاقرب ان الاشارة في الخبر انما توجهت الى الذي ذكره في كتابه لا الى الاخت وما بعدها .

ويؤيده انه الاقرب والمعنى ان الذى ذكره في كتابه ورتب عليه الظهار

انما هو الام وهو الحرام الذى اشار اليه عزوجل بقوله وانهم منكراً من القول وزوراً لا الاخت ونحوها هذا هو الظاهر من الخبر وعليه بنى الاستدلال واما ما ذكره فانه وان احتمل الا ان الظاهر بعده وعلى هذا يكون الخبر دليلاً للقول المذكور لا يعتربه فتور ولا قصور الا انه معارض بغيره كما ستقف عليه انتهى .

ولقد اجاد فى جعل الاقرب هو المعنى الاول بل على الثانى كان المعنى ان فى الكتاب وان كان هو الام لكن فى الاخبار اعم وهو مقدم على الكتاب تدبر مع كثرة ما ورد للعلاج ورفع المعارضة بين الاخبار بالرجوع الى الكتاب وانه هو الاصل وان ما خالف قول ربنا لم نقله وانه اضربه على الجدار فلو لم يكن نظره ^{إلى} ذلك لما كان معنى لقوله انما ذكر الله الامهات ولفظة هذا اشارة الى الامهات وهذا بناء على كون الحرام معرفا باللام .

ولكن فى بعض نسخ وان هذا الحرام كما فى الوسائل والجواهر فيكون فى حينئذ الام الابتدا ومفيدة للتاكيد والحصر والا لا يحتاج الى التاكيد باللام مع تعميم الحكم بغير الام من جميع المحارم والصحيح مطابق للكتاب ومعلل به فيفيد عدم الاعتناء بغير الامهات فهى المتيقن من جواز الاخذ به فلا يقطع بالحكم عموماً . بل المسلم من ذلك ايضاً هو الام النسبى لا السببى فلا يشمل الاخبار للام الرضاعى اصلاً وعموم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب راجع الى المصاهرة وان كل شىء يجرى فى الام النسبى جار فى المصاهرة فى الام السببى وعموم ذى محرم قد عرفت ان الكلام فى عمومه بعد تصريح الآية بالامهات خلافاً لما عن المسالك وهو كما ترى والى العدم .

مال فى الجواهر قال وقيل : لا يقع ، للاصل وانسياق النسبيات من المحرم والمحارم ، والتنزيل المزبور انما هو فى التحريم خاصة لا ما يشمل انعقاد صيغة الظاهر . الى ان قال . ومن هنا بان لك أن الاقوى عدم الوقوع بالام الرضاعية فضلاً عن غيرها انتهى .

وفى الحدائق ما نصه وقيل باضافة المحرمات الرضاعية الى المحرمات النسبية وهو قول الاكثر على ما ذكره فى المسالك و مثله سبطه فى شرح النافع اقول ممن ذكر هذا القول صريحاً الشيخ فى المبسوط حيث قال اذا شبهها بامرئة تحرم لاعلى التأييد كالمطلقة ثلثا او اخت امرئته او عمته او خالتها لم يكن مظاهراً بخلاف وان شبهها بمحرمة على التأييد الامهات والجدات كالبنيات وبنات الاولاد والاخوات وبناتهن والعمات والخالات فروى اصحابنا انهن يجربن مجرى الامهات فالنساء المحرمات عليه بالرضاع او المصاهرة فالذى يقتضيه مذهبنا ان من يحرم عليه بالرضاع حكمه من يحرم بالنسب لقوله إِنَّمَا يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واما من يحرم عليه بالمصاهرة فينبغى ان لا يكون مظاهراً لانه لا دليل عليه و نحوه ابن حمزة وابن الجنيدي فانهما صرحا بذلك.

واما باقى الاصحاب ممن نسب اليه هذا القول كالشيخ فى النهاية والشيخ الدفيد والصدوق فانما هو من حيث الاطلاق ونحوهم غيرهم كابن ابي عقيل وابن البراج فى الكافل وسلاح و ابن زهرة ويمكن ان يستدل على هذا القول زيادة على ما ذكره فى المبسوط من حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب باطلاق مرسله يونس المذكورة وكذا اطلاق قوله إِنَّمَا فى صحيحه زرارة هو من كل ذى محرم ولا ينافيه تخصيص العد بالام والاخت ومن معها لان الظاهر ان ذلك انما خرج مخرج التمثيل لا الحصر والالزام الحصر فى هذه الافراد المذكورة فى الرواية والنص والاجماع على خلاف.

وقيل باضافة محرمات المصاهرة وهو اختيار العلامة فى المختلف حيث قال بعد نقل اقوال المسئلة والوجه عندى الوقوع اذا شبهها بالمحرمات ع على التأييد سواء النسب والرضاع والمصاهرة للاشتراك فى العلة و الظاهر انه اراد بها تأييد التحريم فانه مشترك بين النسب والرضاع والمصاهرة و اورد عليه بان هذه العلة مستنبطة فلا عبرة بها .

نعم يمكن الاستدلال عليه باطلاق صحيحه زرارة ورواية يونس المذكورتين

لصدق كل ذى محرم على المحرمات بالمصاهرة و التمثيل بذى المحرم النسبى
ولا يفيد الحصر فيه و ظاهر السيد السند الميل الى هذا القول لاطلاق الصحيحة
المذكور وهو غير بعيد بل لا يخلو من قرب انتهى .

ولا يخفى تقدم صحيح سيف التمار على الجميع مستدلاً فيه بالكتاب والايان
فيه بلام المفيد للتأكيد والحصر .

فالظاهر لا اشكال فى عدم شمول غير الام النسبى ❀ و لو شبهها ❀ اى
الزوجة ❀ بيد امه او شعرها او بطنها ❀ او غير ذلك من اجزائها - من غير فرق
بين ما يتوقف حياتها عليه أولاً يتوقف ، و لا بين ما حلته الحياة من الاجزاء
وبين غيره - .

❀ قيل : لا يقع ❀ والقائل المرتضى ، بل قيل والمتأخرون ، بل فى انتصاره
أنه مما انفردت به الامامية ❀ اقتصاراً ❀ فيما خالف الاصل بل الاصول ❀ على
منطوق الاية ❀ وغيرها من أدلة الظهار المنساق غير المفروض منها ولو من ملاحظة
المبدأ انتهى قال فى الانتصار ما لفظه .

(مسألة) و مما انفردت به الامامية القول : بأن الظهار لا يقع الا بلفظة الظهر
ولا يقوم مقامها تعليقه بجزء من اجزاء الام او عضو منها اى عضو كان وخالف باقى
الفقهاء فى ذلك .

فقال أبو حنيفة وأصحابه : اذا قال انت على كيد أمى او كرأسها وذكر شيئاً
يحل له النظر اليه منها لم يكن مظاهراً ، فان قال : كبطنها أو فخذها و ما اشبه ذلك
كان مظاهراً ، لانه يجرى مجرى الظهر فى انه لا يحل له النظر اليه .

وقال ابن القاسم قياس قول مالك انه يكون مظاهراً بكل شىء من الام وقال
الثورى و الشافعى اذا قال : انت على كرأس امى او كيدها فهو مظاهر لان التلذذ
منها بذلك محرم عليه .

و الحججة لنا بعد اجماع الطائفة ما تقدم من ان الظهار حكم شرعى و قد

ثبت وقوعه ولزومه اذا علق بالظهر ولم يثبت ذلك فى باقى الاعضاء ، و ايضا فان الظهار مشتق من لفظة الظهر ، فاذا علق باليد وما أشبهها بطل الاسم المشتق من الظهر ولم يجز اجزاؤه .

فاذا قيل فى اليد معنى الظهر قلنا : الاتفاق فى معنى التحريم لا يوجب ان يكون اليد ظهرا ، والاسم مشتق من الظهر دون غيره انتهى .

قال فى المحذائق ما لفظه ومنها انه هل يقع بغير لفظ الظهر كان يقول كبطن امى او يدها او رجلها او شعرها ام لا قولان .

اولهما للشيوخ ره فى الخلاف وجماعة مدعيا عليه فى الخلاف اجماع الفرقه وانه اذ قال ذلك وفعل ما يجب على المظاهر كان احوط فى استباحة الوطى واذا لم يفعل كان مفرطاً .

وثانيهما للسيد المرتضى رضى الله عنه فى الانتصار مدعياً عليه الاجماع وتبعه ابن ادريس وابن زهرة وجمع من الاصحاب وعليه المتأخرون .

والذى وقفت عليه من الاخبار هنا ما رواه فى الكافى عن يونس عن بعض رجاله عن ابى عبدالله عليه السلام قال سئلته عن رجل قال لامرئته انت على كظهر امى او كيدها او كبطنها او كفرجها او كنفسها او ككعبها اىكون ذلك الظهار و هل يلزمه فيه ما يلزم الظاهر فقال المظاهر اذا ظاهر من امرئته فقال هى عليه كظهر امه او كيدها او كرجلها او كسعرها او كشيء منها ينوى بذلك التحريم فقد لزمته الكفارة فى كل قليل منها او كثير وكذلك اذا هو قال كبعض ذوات المحارم فقد لزمته الكفارة ثم نقل رواية السدير الآتية ثم قال هذان الخبران كما ترى ظاهران فيما ذهب اليه الشيخ ومن تبعه من وقوع الظهار بهذه الصيغة وجملة من المتأخرين كصاحب المسالك وسبطه ذكروا الرواية الثانية دليلاً للشيخ وردوها بضعف السند .

وانت خبير بان من لا يعمل بهذا الاصطلاح كالشيخ وامثاله من المتقدمين

وجملة من متأخرى المتأخرين فإنه لامناص له من العمل بالخبرين المذكورين لعدم المعارض في البين وغاية ما استدل به لقول السيد المرتضى بان الاصل الاباحة الا ما خرج عنها بدليل او اجماع وهو الظاهر فيبقى الباقي على الاصل ولان الظهار مشتق من الظهر فاذا علق بغيره بطل الاسم المشتق منه وهذه التعليقات عند من يعمل بالخبرين المذكورين غير مسموعة لأنها مجرد اجتهاد في مقابلة النصوص والاصل الذي اعتمده يجب الخروج عنه بالنص المذكور انتهى .

والمسألة مشكلة من حيث النص المصرح بعدم الفرق بين الظهر وسائر الاجزاء بعد كون المعيار هو التشبيه بالام المذكور في الكتاب ونص سيف التمار لا ينافيه بل يعاضده ايضاً ومن حيث التصريح بالظهر الذي لا يعم غيره ولعل الاول اولى بل هو موافق للاحتياط .

﴿ و ﴾ قال المصنف ﴿ بالوقوع رواية فيها ضعف ﴾ وهي رواية سدير عن الصادق عليه السلام ، قلت له : والرجل يقول لامرأته : أنت على كشعر امي أو كقبلها أو كبطنها أو كرجلها ، قال : ما عنى ؟ ان أراد به الظهار فهو الظهار .
وظاهر الرواية كون الظهار دائر مدار القصد ان قصد بالمدكورات ظهار فهو كذلك والافلا .

وفيه ان لزوم قصد وان كان لازماً كما في الانتصار بل بدون القصد لفظ الطلاق وغيره عبثاً لكن القصد مع الفاظ وموارد صرح به الكتاب او السنة الغير المعارضة موافقا للانتصار وخلافاً للخلاف قال اذا قال انت على كيد امي او رجلها ونوى قصده الظهار كان مظاهراً وللشافعي في القديم فيه قولان احدهما مثل ماقلناه ربه قال في الجديد وهو الاصح عندهم والقول الثاني لا يكون مظاهراً وبه قال ابو حنيفة اذا علق بالرأس والفرج وجزء من الاجزاء المشاعة و اذا علق باليد والرجل لم يكن مظاهراً .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم ولانه اذا قال ماقلناه وفعل ما يجب على

المظاهر كان احوط فى استباحة الوطئى واذا لم يفعل كان مفرطاً انتهى .
 وظاهره ايضاً الوقوع لو قصد به الظهار وقد عرفت اشكاله و ان لازمه
 القول المختص به والقصد فلا يقع بمطلق اللفظ ولو مع القصد ولا بمطلق القصد
 مع اى لفظ كاليد والرجل والشعر و الرأس وبالجملة هو الوقوع مع لفظ الظهر
 من خصوص الام مع القصد لكن الاحوط هو العمل بالروايتين .
 وهذا كله فى التشبيه بغير الظهر من الام واما لو شبهها بغير الظهر وبغير الام
 كيد الاخت مثلا كما قال ﴿ أما لو شبهها بغير امه بساعدا لفظة الظهر ﴾ من اليد
 والرأس وغيرهما ﴿ لم يقع قطعاً ﴾ للاصل السالم عن المعارضة بشيء فان
 الكلام فى التعميم بالمحارم لو كان التشبيه بالظهر لا بغيره و غير الام
 ﴿ ولو ﴾ شبه الجملة بأن ﴿ قال : انت ﴾ على ﴿ كأمى او مثل أمى ﴾
 بحيث دخل فيه كل اجزاء الام ﴿ قيل ﴾ و القائل الشيخ ومن تبعه : ﴿ يقع أن قصد
 به الظهار ﴾ و لعله الاقوى ، واولى من خصوص الظهر فانه لموضع مخصوص
 وفى هذه العبارة قد شبه كلها فيعمه جميع الادلة .

ولكن قال المصنف ﴿ وفيه اشكال منشأ اختصاص الظهار بمورد الشرع
 والتمسك فى الحل بمقتضى الاصل ﴾ .

ولا يخفى ان مورد الشرع قد يكون خصوص لفظ وقد يكون لفظ يدل عليه
 وعلى غيره مما له مدخلية فى نظر الشرع و مطلوب له ايضاً كما فى المقام ويؤيده
 انه لو شبه فرج زوجته على فرج امه بقصد الظهار قد وقع بلا كلام فانه اظهر فى
 تحقق الوقوع عند الشرع من خصوص الظهر فاللفظ الخاص وان كان حقاً لكن اذا
 لم يفد غير المقصود من الخاص .

نعم الظاهر من جميع الموارد كون المشبه بها هى الام لا غيرها من المحارم
 و كيف كان فهل يعم الام الجدة و الجدات لام او اب او لا فيه خلاف
 قال فى الحدائق ما لفظه ظاهر الاصحاب انه لا ريب فى تحريم التشبيه بالجدة
 لاب كانت او ام على تقدير القول بوقوع الظهار بالتشبيه بالمحرمات النسبية

وانما الكلام على تقدير الاختصاص بالام فهل يتعدى الى الجدة مطلقا وجهان .
احدهما نعم لصدق الام عليها في قوله حرمت عليكم امهاتكم فان المراد
بالامهات من ولدته بلا واسطة او بواسطة و ان علت و الاصل في الاستعمال
الحقيقة .

ويؤيده انهن يشاركن الام في سقوط القصاص ووجوب النفقة .
وثانيهما لا لجواز سلبها عنها فيقال ليست امي بل ام ابي و ام امي و لقوله
عزوجل ان امهاتهم الا اللاتي ولدنهم هي مفيدة للمحصر .
وانت خير بما في الثاني من القصور لضعف مستنده المذكور .
اما الاول دليله فانه اراد بقوله ليست امي ان اراد على الاطلاق في معنا السلب
وهو اول المسئلة فالاستدلال به مصادرة محضة وان اراد به يعنى بلا واسطة بل هي
امي بالواسطة فلاضير فيه .

واما ثاني دليله فلصدق ولادتها له بولادة احد ابويه والمراد ولد له بواسطة
اوغير واسطة مع ان المحصر في ظاهر الاية انما هو اضافي بالنسبة الى المظاهر
من امرته بكونها كاهن في التحريم عليه فلا تعلق لها بما نحن فيه و بذلك يظهر
لك قوة الوجه الاول من الوجهين المذكورين انتهى والظاهر دخول الجدة والجدات
في عموم الامهات * ولو شبهها بمحرمات بالمصاهرة تحريماً مؤبداً كام الزوجة
وبنت زوجته المدخول بها وزوجة الاب والابن لم يقع الظهار * للاصل بعد الانصراف
وعدم دليل يسرى من الام الى ام الزوجة وبنت الزوجة مثلاً .

* وكذا * لم يقع * لو شبهها باخت الزوجة أو عمتها او خالتها * مما يحرم
في حال دون حال فانه لا يقع قطعاً .

قال في الحدائق لاخلاف في ان ما عدامن حرم بالنسب او الرضاع او المصاهرة
من المحرمات الغير المؤبدة فانه لا يقع بهن ظهار وقد تقدم في عبارة الشيخ في
المبسوط ما يدل على انه لاخلاف فيه وقال في المسالك اما من لا يحرم مؤبداً كاخت

الزوجة وبنت غير المدحول بها مما يحرم جمعاً خاصة فحكمها حكم الاجنبية فى جميع الاحكام لان تحريمهما يزول بفراق الام و الاخت كما يحرم جميع نساء العالم على المتزوج اربعاً ويحل له كل واحدة ممن ليست محرمة بغير ذلك على وجه التخيير بفراق واحدة من الاربع والاولى بعدم الوقوع تشبيهاً بعمه الزوجة وخالتها لان تحريمهما ليس مؤبداً عيناً ولا جمعاً مطلقاً بل على وجه مخصوص كما لا يخفى انتهى .

وانت خبير بان ظاهر كلامهم يدور فى صحة المظاهرة وعدمها على كون المشبه بها مؤبدة التحريم و عدمه فان كان تحريمها مؤبدة صح ان يشبه بها فى الظهار ويكون ظهاراً صحيحاً و الا فلا .

و فيه ان هنا جملة من الافراد التى تحريمها مؤبداً كما تقدم فى كتاب النكاح مثل المطلقة تسعاً وام من لاط به وبنته واخته ومن زناها وهى ذات بل او فى عدة رجعية ونحو ذلك مما تقدم فان التحريم فى الجميع مؤبد وهى خارج عن الافراد الثلاثة المتقدمة مع ان الظاهر انه لا يقع الظهار بالتشبيه باحديهن اتفاقاً .

و بالجملة فانى لا اعرف للتقييد بالتأبيد هنا وجهاً وجيهاً بل ينبغى ان يجعل الحكم منوطاً بكل من خرج عن الافراد الثلاثة سواء كان تحريمه مؤبداً ام لا فانه لا يقع الظهار به انتهى وقد عرفت عدم الوقوع بمحرمة بالمصاهرة مطلقاً .

﴿ واولى من ذلك بعدم حصول التحريم ﴾ لوقال كظهر أبى او أخى او عمى ﴿ لم يكن شيئاً ﴾ بلاخلاف اجده ﴿ وكذا لو قالت هى انت على كظهر ابى او امى ﴾ اجمالاً

﴿ ويشترط فى وقوعه حضور عدلين يسمعان نطق المظاهر ﴾ على نحو الطلاق وفى الجواهر بلاخلاف اجده فيه نصاً وفتوى ، بل الاجماع بقسميه عليه نعم فى المسالك « واما اشتراط كونهما عدلين فلا دليل عليه الا من عموم اشتراط العدالة فى الشاهدين ، وفى اثبات الحكم هنا بمثل ذلك ما لا يخفى من الاشكال ، وقد تقدم

فى الطلاق رواية بالاجتزاء فيهما بالاسلام ، كما أطلق هنا» وقد عرفت البحث معه هناك انتهى .

ولعل المراد ان من قصد الظهار وثبت فلا بد وان يقع عند العدلين وشاهدين حتى يعلما ويشهدا بان فلانا قد ظاهر زوجته كمن طلق زوجته عندهما والا فكثيرا ما قد يقع امثال هذه الكلمات بين الزوجين ولم يكن غيرهما فالمقصود هو الاحتراز عن امثال ذلك .

وانه لو وقع هذا القول من الزوج عند التكلم معها لا يترتب عليه شيء من الكفارة ونحوها كما لو قال عندها فقط طلقتك فلا اثر له ولو مع قصد الطلاق واجتماع جميع الشرائط سوى الشاهدين فكما لو اراد الطلاق المؤثر لزم وقوعه عند العدلين فكذلك وقوع الظهار المؤثر عندهما لا عند الزوجة فقط وانه لا يؤثر فى شيء اصلا هذا اذا قصد الظهار فضلا عما اذا لم يقصد بالصيغة حرمتها عليه كما اذا قصد غير ذلك من التهديد والتخويف وامثالهما فلا يترتب عليه شيء اصلا وكما فى صورة الجهالة ايضا

﴿ ولو جعله يميناً ﴾ وفى المسالك المراد بجعله يميناً جعله جزءا على فعل او ترك قصدا للزجر او البعث على الفعل سواء تعلق به او بها كقوله ان كلمت فلانا او تركت الصلاة فانت على كظهر امي وهو مشارك للشرط فى الصورة و مفارق له فى المعنى لان المراد من الشرط مجرد التعليق وفى اليمين ما ذكرناه من الزجر او البعث والفارق بينهما القصد وانما لم يقع مع جعله يميناً للنهي عن اليمين بغير الله ولان الله تعالى جعل كفارة اليمين وفى حسنة حمران السابقة قال لا يكون ظهار فى يمين انتهى .

وفى الجواهر ايضا قال اى جزءا على فعل أو ترك - قصدا للزجر عنه أو البعث على فعل ، سواء تعلق به او بها كقوله : ان كلمت فلانا او ان تركت الصلاة فانت على كظهر امي ﴿ لم يقع ﴾ وفى الجواهر بلا خلاف اجده فيه فانه لا يمين بغير الله انتهى .

ولا يخفى المنافاة بين قوله بغير الله وبين قوله جزء في شرح المتن فان الظاهر من الثاني لزوم كون اليمين بالله فلا ينقد بغير الله وظاهر الاول كون المراد من اليمين هو الجزء الذي عين الظهار وبينهما بون بعيد وكلامه الثاني يتم فيما لزم اليمين بالله فوق بغيره كما في اليمين بالله في المنكر فلا يقع بغيره وليس هذا المعنى في الظهار اصلا

واما جعله جزء فهو على خلاف ظاهر اليمين نصا و لغة وعرفا فان الظاهر من قول ابي جعفر عليه السلام في صحيح زرارة : «لا يكون الظهار في يمين» وفي حسن حمران «لا يكون ظهار في يمين ولا في اضرار ولا في غضب» ليس هو جعله جزء كي يكون الدعوى قول الزوج اذا خرجت من الدار فظهرك على كظهر امي فظهرك على جزء للشروط في قوله اذا خرجت فهو اجنبي عن اليمين و يرجع الى عدم التعليق في الظهار فجعل اليمين جزء لا معنى له الا ذلك

وبالجمله اما ان يراد باليمين نفسه واما ان يراد به الجزء في الظهار كما صرح في الجواهر كقوله ان ذهبت الى مكان كذا فظهرك على كظهر امي فظهرك الخ جزء وجواب للشروط فاراد باليمين هو الجزء في الظهار فالمتصودح عدم صحة كون الظهار معلقا على شرط كما سيجيء مثل فعل نفسه او نفس الزوجة وانه ان فعلت كذا وقع الجزء وهو الظهار فيراد من اليمين هو الجزء الذي نفس الظهار ولكن في صحة ذلك الكلام تامل واضح لان اطلاق اليمين على الجزء غير خال عن الاشكال .

نعم اصل الكلام وعدم صحة الظهار جزء لفعل او ترك صحيح فانه يرجع الى التعليق الباطل جداً كما لو قال ان ذهبت الى فلان مكان او دار فلان او ان تركت شرب الدواء فانت على كظهر امي لكنه غير اليمين قطعاً حتى لو انضم اليه اليمين فان الغرض قد وقع على الجزء والقسم يؤكده كما قال والله ان ذهبت الى كذا فانت على كظهر امي .

ويمكن ان يكون المراد هو اليمين في الظهار كان يقال والله ظهرك على كظهر امي فالمراد حينئذ هو النهي عن وقوع القسم في الظهار فلا يكون حينئذ معلقا لكنه حرام من حيث اليمين ويمكن ان يكون المراد وقوع اليمين في صدر الجزاء بان يقول ان كلمت فلانا فوالله ظهرك على كظهر امي وحينئذ وجه عدم التحقق كونه معلقا ايضاً على التكلم ويمكن ان يكون المراد ان الظهار حيث كان حكمه حكم اليمين فنفس الظهار بمنزلة اليمين كما عرفت فلا يحتاج الى يمين مشتمل على اسم الله فاذا قال ظهرك على كظهر امي كانه قال والله انت على كظهر امي وكيف كان فتفسير اليمين بالجزاء في غير محله .

ومنه يظهر ما في كلام الوافي حيث جعل امثال هذه التعبيرات قرينة لعدم ارادة الظهار حقيقة وان الظهار وكذا الطلاق انما يصح ويؤثر لو قصد به تحريم الزوجة عليه واما لو لم يقصد ذلك فلا يحرم ولا يحصل اصلا فان ذلك في نفسه متين وعليه النص كما يأتي لكنه اجنبى عن مثل قوله لايمين في ظهار فانه مضاهياً الى بعده وعدم ظهوره في مثل ما لا اريد منه الظهار كاف قوله ^{الطلاق} في خبر زرارة ولاظهار لا ما اريد به الظهار فلا يحتاج افادة هذا المعنى الواضح من هذا النص الى قوله لايمين في الظهار .

قال في الوافي ما لفظه كالثلثة عن ابن بكير عن عبيد بن زرارة عن ابي عبد الله عليه السلام قال لاطلاق الا ما اريد به الطلاق ولا ظهار الا ما اريد به لظهار بيان يعنى لا يكون طلاق ولا ظهار الا ان يكون مقصود المتكلم من الصيغة ان يحرم امرأته على نفسه ويفترق بينها وبينه لا ان يكون مقصوده شيئاً آخر فيحلف عليه بالطلاق او الظهار كان يقول ان فعل كذا فامرأته طالق او هي عليه كظهرامه فان المقصود من مثل هذا الكلام انما هو ترك ذلك الفعل لا الطلاق وتحريم المرأة بل ربما يفهم منه ارادة عدم الطلاق و عدم التحريم كما هو ظاهر و لهذا لا يقع طلاق ولاظهار بهذا عند اصحابنا

وهذا معنى قولهم عليهم السلام فيهما مروياتي من الاخبار لظهار في يمين وما في معنهما من ابطال الظهار المعلق والظهار ونحوها نعم حكم الظهار نفسه حكم اليمين في وجوب الكفارة فيه واطلاق لفظ الحنث على المخالفة فيه وغير ذلك وان لم يذكر اسم الله سبحانه فيه

وبهذا التحقيق مع ماسياتي من تنمة القول فيه يزول الاشتباهات عن اخبار هذا الباب التي وقع في بعضها صاحب التهذيبين كما ستطالع عليه انتهى ، ويمكن ان يكون المراد من قولهم الظهار لا يكون ظهار في يمين ولا اضرار عدم صحة الظهار لو قسم بظهار زوجته فكما لا يقع في صورة الاضرار بزوجه او غيرها من متعلقها فكذلك لا يقع لو قال والله لظهرتك بمعنى عدم الاعتناء بالقسم وعدم ترتب شيء عليه من الكفارة فان القسم لا يقع على الحرام كما لو قال والله لشربت الخمر او كان المراد بالعدم عدم الكفارة بخصوص يمينه في مثل قوله والله ظهرك على كظهر امي فاذا اراد الوطاء ازم عليه كفارة لنفس ارادة الظهار دون قسمه وكيف كان فلامعنى لكون اليمين جزاء لشرط بمعنى ان المراد منه الجزاء قال في الحقائق ما لفظه قد صرح الاصحاب رضوان الله عليهم من غير خلاف يعرف بانه لا يقع الظهار في يمين ولا في اضرار ولا في غضب ولا في سكر و تفصيل هذا الاجمال بما يتضح به الحال .

اما بالنسبة الى كونه لا يقع يميناً فالمراد انه لا يجعل جزاء على فعل او ترك لقصد البعث على الفعل او الزجر عن الترك ولو علق لا يقصد شيء من هذين الامر فهو محل البحث الذي تقدم الكلام فيه صحة وبطلاناً وليس من اليمين في شيء والفارق بين الامرين هو القصد كما عرفت .

ويدل على عدم صحة قصد اليمين به اولا ما دل من الايات والروايات على عدم الحلف الا بالله عزوجل .

وثانياً مارواه في الكافي في الحسن او الموثق عن عبيد بن زرارة عن ابي

عبد الله عليه السلام قال لا طلاق الا ما يريد به الطلاق ولاظهار الا ما يريد به الظهار وحاصله انه لا يكون الطلاق طلاقاً ولا الظهار ظهاراً يترتب على كل منهما احكامه الا بالارادة والقصد الى الغرض من كل منهما وهو الفرقة الخاصة فلو اراد بالظهار ما تقدم من الزجر او البعث فقال ان كان كذا او ان فعلت كذا فامرئته طالق او كانت كظهر امه عليه فانه لا يكون طلاقاً ولاظهاراً .

وفي معنى هذه الرواية موثقة عمار عن ابي عبد الله عليه السلام قال سئلته عن الظهار الواجب قال لذي يريد به الرجل الظهار بعينه والمراد بالوجوب هنا المعنى اللغوي اى الثابت الذى يترتب عليه احكامه وقوله بعينه احتراماً عما ذكرناه من ارادة معنى آخر غير مجرد للمفارقة وقد تقدم نحو هذا للفظى آخر صحيحة زرارة المتقدمة فى صدر هذا المطلب وحسنة حمران المتقدمة فى التنبيه الثالث وفيها لا يكون ظهار فى يمين ولا فى اضرار ولا فى غضب .

وروى فى الكافى فى الصحيح عن صفوان عن ابي الحسن عليه السلام قال سئلته عن الرجل يصلى الصلوة او يتوضؤ فيشك فيما بعد ذلك فيقول ان اعدت الصلوة او اعدت الوضوء فامرئته كظهر امه ويحلف على ذلك بالطلاق فقال هذا من خطوات الشيطان ليس عليه شيء وهذا الخبر مفسر للخبر الاول فان الطلاق والظهار فى هذا الخبر لم يقصد معناهما الحقيقى المتبادر منهما فلذا جعله عليه السلام لغواً من القول والعامه يجعلونه حلفاً صحيحاً يترتب عليه اثره انتهى .

وقد عرفت ماهو الحق فى المقام ﴿ ولا يقع ﴾ انشاؤه ﴿ الامنجزاً ﴾ ، فلو علقه بانقضاء الشهر او دخول الجمعة ﴿ أو نحوهما من التعليق على الوقت ﴾ لم يقع على ﴿ تقو ﴾ الاظهر ﴿ . ﴾

قال فى الحدائق اختلف الاصحاب فى تعليق الظهار على الشرط كان يقول ان دخلت الدار او فعلت كذا فانت على كظهر امى مريداً به التعليق فهل يقع الظهار متى وجد الشرط ام لا قولان اختار اولهما الشيخ فى النهاية والخلاف والمبسوط

والصدوق في المقنع وبه قال ابن حمزة والعلامة والمحقق في النافع ونقله في المسالك عن اكثر المتأخرين قال انه الاقوى وكذا اختاره سبطه في شرح النافع واختار ثانيهما المرتضى في الانتصار والشيخ المفيد وابن البراج في كتابيه الكامل والمهذب وسلار وابو الصلاح وابن زهرة وهو ظاهر ابن الجنيد وبه صرح ابن ادريس فقال وهو الاظهر بين اصحابنا الذي يقتضيه اصول المذهب لانه خلاف بينهم ان حكمه حكم الطلاق ولا خلاف بينهم ان الطلاق لا يقع اذا كان مشروطاً وهو اختيار السيد المرتضى وشيخنا المفيد وعليه جملة اصحابنا وهو اختيار المختلف في الشرايع وظاهره انه قول الاكثر وان القول الاخر نادر مع انه في النافع وهو متأخر عن الشرايع جعل القول بالصحة مع الشرط اشهر الروايتين .

والاصل في هذا الخلاف اختلاف اخبار المسئلة المذكورة الى ان ساق الروايات الدالة على ان الظهار قسمان ثم قال هذه الروايات ظاهرة الدلالة على القول الاول مؤيداً بالعمومات والمؤمنون عند شروطهم وفي الجواهر فصل بين التعليق والشرط بالصحة في الثاني دون الاول فقال بعد قول المصنف بل الاشهر وفي الجواهر ، بل المشهور ، بل لا ينبغي الخلاف فيه ، لمنافاة ذلك للايقاع ، بخلاف التعليق على الشرط الذي هو - مع أنك ستسمع النص فيه - غير مناف لنفس الانشاء ضرورة رجوعه الى تأخير مقتضاه و الى متعلق الانشاء ، نحو التعليق «في أكرم زيداً غداً» وفي النذر ونحوهما مما كان التعليق فيه لمتعلق الانشاء لاله نفسه ، فانه غير متصور التحقق فضلاً عن صحته وفساده ، بخلاف تعليق الاثار و متعلق الانشاء فانه متصور و صحيح مع فرض الدليل عليه بالخصوص ، انتهى .

قد فصل قده بين التعليق والشرط بالصحة في الثاني دون الاول بتوهم ان في الشروط ليس تعليق حقيقة بل تأخير مقتضاه بمعنى حصول المنشأ عند التلفظ غاية الامر مقتضاه يؤخر الى ان يتحقق الشرط فيكون مفاد الشروط فيها مفاد اكرم

زيداً غداً فكما لاتعليق في هذا الحكم بوجه وان وجوب الاكرام يتحقق في الخارج بمجرد قوله اكرم غاية الامر تحقق الاكرام في الغد فالوجوب في الحال وفي حال الانشاء والواجب في الاستقبال .

فكذلك قوله ان ذهبت الى مكان كذا فظهرك على كظهر امي حيث ان التعليق ليس في الانشاء بل لمتعلق الانشاء وآثاره هذا غاية توضيح الفرق وهو في غاية الفساد حيث قال قده الايقاعات اللازم حصوله فوراً في الخارج بعد تحقق سببه بما اذا حكم الحاكم حكمه بقيد او شرط وما بعد ما بينهما اذا المطلوب في الثاني هو انفاذ حكمه في موطنه حالياً كان او استقبالياً فانشاء مثلاً وجوب الحج للمستطيع بنحو الكبرى الكلية سواء عبر عنه بنحو المستطيع يجب عليه الحج او بقوله والله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً .

وقال حج ان استطعت فان مفاد الكل هو انشاء وجوب الحج اذا حصل الاستطاعة لافعلاً ففي مقام جعل الاحكام بنحو الكلية يجعل تارة بدون شرط وقيد فيكون فعلياً من حين صدوره فلا يكون له حالة منتظرة الاتحقق موضوعه في الخارج واخرى معلقاً بوقته ومجيباً شرطه .

وانت اذا تأملت تاملًا دقيقاً تجد الفرض بين قوله اكرم زيداً غداً او ان جائتك وبين قوله ظهرك على كظهر امي ان خرجت من منزلي مثلاً بالصحة في الاول دون الثاني اذ لم يتحقق الظهار حين التلفظ لعدم خروجها من منزله وعند خروجها ليس شيئاً ولفظ وسبب لحصول الانشاء ولا يصح ان يقال يتحقق انشاء الظهار معلقاً او مشروطاً بحصول شرطه في الخارج اذا المطلوب حصوله فوراً فما لم تخرج من بيتها ومنزلها لاشيء في البين ويؤيده جواز وطئها قبل الخروج لعدم ظهار فعلاً وبعد الخروج لاسبب لتحققه خصوصاً اذا طال مكثها فيه وعدم خروجها بعد سنين وكيف كان فلا يرى فرقاً بينهما في البطلان وعدم الصحة والقائل بالصحة فيهما لابد له من التزام تأثير المعدوم في الموجود .

﴿و﴾ منه يعلم فساد ما ﴿قيل﴾ كما عن الشيخ ﴿يقع﴾ ولذا قال المصنف ﴿وهو نادراً﴾ وفي الجواهر اذ لم نعرف من وافقه عليه ، بل لعله لا قائل به بالمعنى المزبور ، فتمخرح المسألة عن الخلاف بعد حمل كلام القائل على ارادة تعليق الاثر والمتعلق انتهى وانت قد عرفت فساد كليهما .

والتحقيق عدم الفرق بين التعليق والشرط فيما يكون في الايقاعات والعقود المطلوبة ووقوعها فوراً في الخارج واما في غيرهما فيمكن في الموالى الحقيقية والعرفية سواء كان الشرط والتعليق محقق الوقوع كقولهم اكرم زيدا عند طلوع الفجر او مشكوك الوقوع كقولهم اكرم زيدا ان جائك فان المطلوب حينئذ ليس حصول الحكم في حين التكلم بل عند الطلوع او مجيء زيد ﴿وهل يقع في اضرار قيل﴾ كما عن النهاية والوسيلة : ﴿لا﴾ يقع لقول الباقر ^{عليه السلام} في حسن حرمان : «لا يكون ظهار في يمين ولا في اضرار» ﴿وفيه اشكال منشأ التمسك بالعموم﴾ والاطلاق كتاباً وسنة المنصرفين عن صورة الضرر قطعاً .

﴿و﴾ كيف كان في ﴿في وقوعه موقوفاً على الشرط تردد﴾ وخلاف و عند المصنف ﴿أظهره الجواز﴾

وفي الجواهر وفاقاً للمحكي عن الصدوق والشيخ وابن حمزة ، بل وأكثر المتأخرين ، فلو قال : «أنت على كظهر امي ان دخلت الدار» أو «ان شاء زيد» فدخلت الدار وشاء وقع ، انتهى

وقد عرفت عدم صحة الشرط ايضاً من حيث ان الشرط انما ينافى الوقوع الخارجى فان الايقاعات وما هو بمنزلتها انما يتحقق في الخارج بمجرد انشاء المنشأ وهذا المعنى لا يلائم التعليق والشرط اللانتم منهما عدم الوقوع رأساً فمعنى هذا المثال عدم وقوع الظهار فعلاً لعدم تحقق الشرط فعلاً و بعد تحققه لاصيغته ظهار كى يتحقق ولا معنى لوقوعه معلقاً على حصول الشرط وعدمه على عدم حصوله فانه في قوة عدم الوقوع بل عدم الوقوع حقيقة ضرورة انه في المثال لم

يتحقق في حال قوله ان دخلت الدار او ان شاء زيد وهو بديهي
 فيمكن ان لم يدخل الدار ولم تشأ زيد فانشاء في حال التلفظ انه لو شاء
 زيد كان كذا فغاياته انه او عده بانه لو شاء زيد جعلها كظهر امه فيحتاج الى ايجاد
 جديد لالسابق المشروط لان الانشاء لا بد وان يكون يؤثر اشياء في الخارج فوراً
 فالقوى الذي لا ريب فيه عدم حصول الانشاء معلقا ومشروطا بوجه من غير فرق
 بينهما فان المعاني يتحقق بمجرد الفاظها واللفظ سبب للايجاد وبهذا اللحاظ
 لا يصح التعليق في الاستصحاب و ان كان اشتهر فان الاستصحاب ابقاء ما كان ولم
 يكن شيئا باق فعلا والتقدير غير باق قطعاً كقولهم عصير العنبى اذا غلا ينجس
 او يحرم والتقدير غير التحقق

وبهذا يسرى الاشكال في جميع العقود والايقاعات ان لم يكن الشرط في الخارج
 عنهما فيبطل العقد ان قال انكحتك ان رضى اخوك او طلقتك ان جاء زيد او ان
 جاء شهر فالشرط تعليق وهو ينافى التنجيز وهذا هو المراد بقولهم لا يجوز الشرط
 في النكاح فان المراد به هو الشرط التي ينافى الانشاء بان يكون معلقا على شيء .
 ولذ ذهب على عدم الصحة والتحقق السيد وبنى زهرة وادريس وسعيد و
 البراج، بل عن الغنية والسرائر الاجماع عليه ، لمعلومية منافاة التعليق لانشاء العقد
 والايقاع الا ماخرج ، ومرادهم بما خرج هو ما لا يكون تعليقا كما لو شرط الزوجة
 عدم اخراجها من بلدها وعدم التسرى عليها ان صح هذا الشرط وشرط الزوج عدم
 خروجها بغير اذنه او عدم شربها لتوتون فان العقد في الجميع منجز والشرط خارج
 لازم سواء كان في ضمن العقد او كان العقد مبني عليه بان يكون التبانى عليه قبل العقد
 ويدل على عدم الصحة في التعليق او الشرط [خبر الزيات] قلت لابي الحسن الرضا
عليه السلام : انى ظاهرت من امرأتى ، فقال : كيف قلت ؟ قال : قلت أنت على كظهر
 امى ان فعلت كذا وكذا ، فقال : لاشيء عليك ، فلا تعد .

ومرسل ابن قنبر قال لابي الحسن **عليه السلام** انى قلت لامرأتى : أنت على كظهر امى

ان خرجت من باب الحجره فخرجت . فقال : ليس عليك شيء ، قلت : انى قوى على أن اكفر ، فقال : ليس عليك شيء ، فقلت : انى قوى على أن اكفر رقبه ورقبتين ، قال : ليس عليك شيء قويت أولم تقو» ومرسل ابن فضال عن أبى عبد الله عليه السلام «لا يكون الظهار الاعلى موضع الطلاق» وقد عرفت عدم وقوع الطلاق معلقاً ، فلا يقع الظهار ولا يخفى ظهور الخبرين فى الشرط .

والانصاف انه على هذه الروايات وتصريح الامام ثلاث مرآة على عدم شىء عليه وتكرار الراوى كان القول بالتحقق غريب فان العدم مطابق للقاعدة وليس وجه عدم شىء عليه الا عدم تحققه لاجل التعليق والشرط والا فلوجه لعدم كون شىء عليه بل اللازم فى الجواب اصبر حتى يعلم انها خرجت من الحجره اولا فالعمدة هى الروايات الواردة على خلافها كقول الصادق عليه السلام فى صحيح ابن الحجاج : «الظهار ضربان : أحدهما فيه الكفارة قبل الواقعة ، والاخر بعدها ، فالذى يكفر قبل الواقعة الذى يقول : أنت على كظهر امى ، ولا يقول ان فعلت بك كذا وكذا ، والذى يكفر بعد الواقعة الذى يقول : أنت على كظهر امى ان قربتك» ونحوه مضمرة الاخر : «الظهار على ضربين فى أحدهما الكفارة ، اذا قال : أنت على كظهر امى ، ولا يقول أنت على كظهر امى ان قربتك»

وقوله عليه السلام أيضاً وخبر عبدالرحمن بن ابى نجران قال : «سأل صفوان بن يحيى عبدالرحمن ابن الحجاج وأنا حاضر عن الظهار ، قال : سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول : اذا قال الرجل لامرأته : انت على كظهر امى لزمه الظهار ، قال لها دخلت أولم تدخلى خرجت اولم تخرجى اولم يقل شيئاً فقد لزمه الظهار» وصحيح حريز «الظهار ظهاران : فأحدهما ان يقول : أنت على كظهر امى ثم يسكت ، فذلك الذى يكفر قبل أن يواقع ، فاذا قال : أنت على كظهر امى ان فعلت كذا وكذا ففعل فحنث» فعليه الكفارة حين يحنث وظاهرها صحة الظهار معلقاً .

لكن هذه الاخبار لاتعارض ما تقدم آنفا من اطلاق عدم شىء عليه وتكرار الراوى بكونه قويا وجواب الامام ثانيا ليس عليك شىء قويت اولم تقواقوى شاهد على عدم تحقق .

﴿ولو قيد مدة كان يظاهر منها شهراً او سنة﴾ اويوماً ﴿قال الشيخ : لا يقع﴾ للاصل ، ولانه لم يؤيد التحريم ، فأشبهه ما اذا شبهها بامرأة لاتحرم عليه على التأييد فان وجه الحرمة حينئذ كون التشبيه بمن حرم عليه ابدا ولذا لو لم يكن الآية فى خصوص الامهات لقلنا بالتحريم بالتشبيه بكل المحارم كماورد النص به ايضا فحينئذ كان اللازم هو التشبيه بمن حرمها الله ابدا وكانت امّا فلزم كون التشبيه ابدا فكما لامعنى للتشبيه بمن حرمت عليه الى مدة كاخذت الزوجة مثلا وبنيت الزوجة التى كانت امها غير مدخول بها فانه لايجوز نكاحها ما دامت مع الام فيجوز لو طلق امها فكذلك فلزم كون التشبيه ابدا .

ويدل عليه صحيح سعيد الاعرج عن الكاظم عليه السلام « فى رجل ظاهر من امرأته يوماً ، قال : ليس عليه شىء » والصحيح صريح فى عدم كونه ولا يحصل به الظهار بخلاف المتن حيث قال ﴿و﴾ لكن ﴿فيه اشكال مستند الى عموم الآية﴾ والرواية فان مقتضاها الجواز ، مضافاً الى خبر سلمة بن صخر قال : « كنت امرأاً قد اوتيت من جماع النساء مالم يؤت غيرى ، فلما دخل رمضان ظهرت من امرأتى حتى ينسلخ رمضان خوفاً من أن اصيب فى ليلتى شيئاً فاتابع فى ذلك الى ان يدركنى النهار ولا أقدر ان اترك ، فبينما هى تخدمنى من الليل اذا انكشف لى منها شىء فوثبت عليها ، فلما اصبحت غدوت على قومى فاخبرتهم خبرى ، وقلت لهم : انطلقوا معى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبروه بامرى ، فقالوا : والله لانفعل نتخوف ان ينزل فيناقرآن ، ويقول فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم مقالة يبقى علينا عارها لكن اذهب انت فاصنع ما بذلك فخرجت حتى اتيت النبى صلى الله عليه وسلم ، فاخبرت بخبرى ، فقال لى : أنت بذاك فقلت : أنا بذاك ، فقال : أنت بذاك ، فقلت : انا بذاك ، فقال : أنت بذاك ، فقلت

نعمها اناذا فامض فى حكم الله عزوجل فانا صابر له ، قال : اعتق رقبة ، فضربت صفحة رقبتي بيدي ، فقلت : لاوالذى بعثك بالحق ما اصحبت املك غيرها ، فقال فصم شهرين متتابعين ، فقال يا رسول الله ﷺ : وهل اصابنى ما اصابنى الا من الصوم ؟ قال : فتصدق ، قلت : والذى بعثك بالحق لقدبتنا ليلتنا ومالنا عشاء ، فقال اذهب الى صاحب صدقة بنى رزين فقل له فليدفعها اليك ، فاطعم عنك وسقاً من تمر ستين مسكيناً ، ثم استعن بسائره عليك وعلى عيالك ، قال : فرجعت الى قومى فقلت : وجدت عندكم الضيق وسوء الرأى ، ووجدت عند رسول الله ﷺ السعة والبركة ، وقد امر لى بصدقتكم فادفعوها الى ، فدفعوها الى « وفى رواية اخرى » ان النبى ﷺ اعطاه مكتلاً فيه خمسة عشر صاعاً ، فقال : اطعمه ستين مسكيناً ، وذلك لكل مسكين مد .

وفيه اولا ان عموم الكتاب والسنة لانظر الى هذا القسم رأساً فلا يكون داخلا فى العموم قطعاً ولا بحيث يوجب الشك فيه بل يكون قريباً بما قال اكرم العلماء فشك فى الجاهل انه من افراده اولا بداهة ان العموم اذا تعلق بالنهاى عن شىء تعلق عليه بنحو الدوام كما اذا قال لاتشرب الخمر ولا تاكل لحم الخنزير وكذا المقام فاذا قال اذا ظهرت ظاهره الحرمة الا بدية بدون الكفارة فالمحلل له حينئذ الكفارة لامضى زمان الظهار لعدم صحة وقوعه الى مدة فالتمسك بالعمومات مصادرة وثانيا ان الخبر كما فى الجواهر من العامة قال هذا الخبر لم نجده فى طرقنا وانما هو من طرق العامة ، كما اعترف به غيرنا ايضاً ، واطلاق الادلة لاتناول فيه للفرض ، بل المنصرف منه غيره ، خصوصاً بعد ان كان الظهار فى الجاهلية لحرمة الا بدولم يشرعه الشارع ، بل جعله من المحرمات وانه لايفيد حرمة ولكنه يوجب الكفارة ، فالاطلاق حينئذ ليس الا للظهار المزبور ، بل لعل قوله تعالى : « ما هن امهاتهم ان امهاتهم الا اللاتى ولدنهم » مشعر بذلك ، بل ان شرع الاطلاق المزبور التقييد بالوقت فليشرع ايضاً التقييد بالمكان وبغيرهما من الاحوال الذى لم نعرف

له اثر فى كلام الاصحاب ، فلاريب فى أن المتجه بحسب الاصول العدم ، مؤيداً بالصحيح المزبور انتهى .

﴿وربما قيل﴾ والقائل علامة فى المختلف ﴿ان قصرت المدة عن زمان التربص لم يقع﴾ .

قال واحتج ابن الجنيد بالعموم ويحتمل القول بالصحة ان زاد عن مدة التربص والا فلا انتهى وظاهره جواز المدة مع الزيادة والا فلا يجوز المدة كما اذا كان مقدار شهر او شهرين واما اذا كانت اكثر من مدة التربص التى كانت ثلاثة اشهر من حين الترافع الى الحاكم فيجوز فالمانع عنده كون المدة اقل من ذلك لا الاكثر ﴿و﴾ ظاهر المصنف فى قوله ﴿هو تخصيص للعموم بالحكم المخصوص﴾ هو غير صحيح فانه ان عمل بالعموم كما اشار اليه فى قوله وفيه اشكال مستند الى عدم الاية فصح تخصيص الظهار بالوقت المعين وعدمه وكون المدة اقل من ايام التربص وعدمه فصح الظهار دائماً او فى وقت معين ولا يصح تخصيص العموم بحكم المخصوص وقتنا بعدم الصحة فيما كانت المدة اقل من ثلاثة اشهر وجوازه فيما كانت اكثر فانه عمل بالعموم فى بعض افراده دون بعض .

توضيح ذلك انه اذا وقع الظهار فان اتى المظاهر بالكفارة ووطئها فلا كلام والا فان صبرت الزوجة فلا كلام ايضا وان طال المدة والا فان رفعت الحكم الى الحاكم الشرعى امر الزوج بالكفارة والوطء ويمهله الى ثلاثة اشهر والا فطلقها الحاكم وحينئذ على القول بالصحة الى زمان لا بد وان يكون الزمان من حين الترافع الى الحاكم اكثر من ثلاثة اشهر فانه لو كان اقل كشهر لا يصل النوبة الى الحكم الحاكم الى ثلاثة اشهر بل اذا مضى شهر رفع حكم الظهار ولا يخفى ان زمان الرجوع الى الحاكم حيث كان مجهولاً لا يمكن صبر الزوجة فلا جرم لا يصح الى مدة اصلاً وهو ايضا دليل آخر على عدم الصحة وحيث مال المصنف الى عموم الآلية لجميع الاقسام .

قال ﴿ وفيه ضعف ﴾ وقد عرفت وجه عدم عموم الآية فلا يصح المدة في الظهار مطلقا .

﴿ فروع لو قال : أنت طالق كظهر امي وقع الطلاق ﴾ اذا قصده ، لوقوع صيغة صحيحة ﴿ ولغا الظهار ، قصده ﴾ بان اراد انت طالق وانت كظهر امي ﴿ او لم يقصده وقال الشيخ ان قصد الطلاق والظهار صح اذا كانت المطلقة رجعية ، فكانه قال : انت طالق انت كظهر امي ، وفيه تردد ، لان النية لا تستقل بوقوع الظهار ما لم يكن اللفظ الصريح الذي للاحتمال فيه ﴾ وفي قولهما كلام اما حصول اللغوية فهو خلاف الاصل العقلية اذا العاقل اذا تكلم بكلام اريد معناه لا محالة الا اذا كان الالفاظ عابثا او مجنونا فلामعنى لا ارادة عدم المعنى ولا لحصول اللغوية ولو مع الارادة .

واما قول الشيخ فهو في الجملة صحيح وكلاهما منوى ومقصود بوقوع معناه واللفظ صريح ايضا للاحتمال خلاف فيه فلا اشكال من هذه الجهة والاشكال في انه بمجرد قوله انت طالق خرج المرأة عن الزوجية فلامجال للظهار ولو كان الطلاق رجعيا فان بقاء احكام الزوجية لا ينفعه بعد كون المسلم ليس بقاء جميع الاحكام بل بمقدار صح لهما النظر والتكلم الموجبة للرجوع لافى جميع الاحكام وكيف كان فلو شك في ذلك فالاصل عدم الصحة فالتحقيق ان يقال ان قدم الظهار فطلقها رجعية صح لوقوع الظهار على الزوجة وان قدم الطلاق فلامعنى للظهار فصح ان يقول ظهر ك على كظهر امي وانت طالق بخلاف العكس .

﴿ وكذا ﴾ الكلام في عدم وقوع الظهار ﴿ لو قال : انت حرام كظهر امي ﴾ وذلك لعدم كونه من الفاظ الظهار كما عن الشيخ في المبسوط والخلاف مدعيهما الاجماع على ذلك .

وفي الجواهر ولعله لانه غير المعهود من صيغة الظهار في النصوص ، فالاصل

عدم ترتب حكمه عليها انتهى .

ولا يخفى ان معناه ايضا غير ظاهر فى صيغة الطلاق فان المستفاد منه هو اثبات حرمة زوجته عليه نظير حرمة امه عليه والمعنى كما يحرم على امي فكذلك انت حرام على والاول يحرم بالشرع والثانى غير محرم فيكون فى اخباره بالحرمة كاذبا ولم يكن انت حرام صيغة للحرمة شرعا فهو نظير قوله بامه انت حلال على فكما لا يحل عليه بهذا اللفظ الكذب فكذلك لا يحرم عليه زوجته بهذا اللفظ الكذب ما لم يكن من الشرع صيغة موضوعة للحرمة فالصيغة الموضوعية ظهر ك على كظهر امي فحيث كان ظهر الام حرام رويته بعنوان التلذذ فكذلك ظهر يشبه بها بحكم الشارع لا بكل كلام .

ولكن فيه ان الحكم بالصحة ووقوع الظهار بمثل هذا الكلام قد وقع فى صحيح زرارة عن الباقر عليه السلام جواب سؤاله عن كيفيته من قوله : « يقول لامرأته وهى طاهر فى غير جماع : انت على حرام مثل ظهر امي او اختي بل ارادة الظهار منه سهل بيان ان المراد من التشبيه هو الحرمة فكما يكون ظهر الام حرام عليه فكذلك من يكون شبيهة بظهرها ولو لم يأت بلفظ الحرام فيكون حينئذ لفظ الحرام تأكيداً لحكم الشارع بالحرمة نظيره ما فى خبر حمران عنه عليه السلام ايضا فى سبب نزول الاية من « ان الرجل قال لها : انت على حرام كظهر امي - الى قوله - : لما قال الرجل الاول لامرأته : أنت على حرام كظهر امي قال : ان قالها بعد ما عفى الله وغفر للرجل فان عليه تحرير رقبة » فمع ان قول الرجل الاول انت على حرام اجاب عليه السلام بان عليه تحرير رقبة فيعلم منه كونه ايضا من الفاظ الصيغة ولفظ الحرمة مندرجة فيه وقد اظهره مع ان القصد الى معناه ، وهو يستلزم القصد الى الحرمة فاذا نطق به كان اولى كما فى الجواهر والحدائق قال الثانى .

وكيف كان فان وقوع الظهار بهذه الصيغة يدل عليه ما فى صحيح زرارة المتقدم عن الباقر عليه السلام وفيه لما سأل عن الظهار كيف يكون قال عليه السلام يقول الرجل

لامرئته وهي طاهر في غير جماع انت على حرام كظهر امي وهي صريحة في المطلوب وقوله فيها حرام تأكيد لغرضه من الظهار فلا ينسأ فيه والعجب من الشيخ ره في تجويزه الظهار بالكنايات وما هو بعد من هذه مع الخلو عن النصوص في الجميع وضعه هذه الصيغة مع ورود النص الصحيح بها انتهى .

وقال الاول والعجب من تجويز الشيخ وقوعه بالكناية، وما هو بعد من هذه مع خلوها عن نص يقتضى صحتها ، ومنعه من هذه الصيغة مع ورود النص الصحيح بها بل مع قطع النظر عنه يتجه الصحة ، لتحقيق معنى الظهار بها وصراحتها فيه ومن هنا جزم في المسالك بالصحة تبعاً للمحكي عن الفاضل في التحريروالمختلف بل والقواعد ، وان قال : « على اشكال » .

نعم لو قال : « انت على حرام » ففي القواعد « ليس بظاهر وان نواه » ولعله للاصل بعد فرض ظهور النصوص في اعتبار التشبيه به ، انتهى وجه العدم هو الفرق بينه وبين ما تقدم لاشتماله على لفظ الظهر بخلاف انت على حرام فلا يكون ذلك من صيغ الظهار .

وبعد تحققها حكم الشارع بالحرمة والا فبمجرد قول متكلم انت حرام على لا يتحقق الحرمة فكما يكون حليتها بالسبب فكذلك حرمتها تكون بالسبب كالطلاق ونحوه مما دل عليه دليل قطعي [خبر زرارة] « سأل الباقر عليه السلام عن رجل قال لامرأته انت على حرام ، فقال : لو كان عليه سلطان لا وجمعت رأسه ، وقلت : الله احلها لك فما حرمتها عليك ، انه لم يزد على من أكذب فزعم ان ما احل الله له حرام ، ولا يدخل عليه طلاق ولا كفارة ، فقال زرارة : قول الله عزوجل : « يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ؟ » فجعل فيه الكفارة ، فقال : انما حرم عليه جارية مارية ، فحلف ان لا يقربها ، فانما جعل عليه الكفارة في الحلف ، ولم يجعل عليه في التحريم » وغيره من النصوص .

فقد تلخص الفرق بين انت على حرام وبين انت كظهر امي قال في المختلف

قال الشيخ في المبسوط والخلاف وتبعه ابن البراج لوقال انت على حرام كظهر امي لم يكن مظاهرا سواء نواه اولاً وهو يشكى على قوله في المبسوط لوني ببقوله انت طالق كظهر امي وقع الظهار ويصير التقدير انت عندي او على كظهر امي والوجه عندي او مني او على كظهر امي والوجه عندي الوقوع لرواية زرارة الصحيحة عن الباقر عليه السلام وقد سألته عن الظهار فقال يقول الرجل لامراته وهى طاهر فى غير جماع انت على حرام مثل ظهر امي واختي وهو يريد الظهار وهو نص فى الباب ولان قوله حرام تأكيد لغرضه فلا ينافيه ولان قوله كظهر امي لا بد وان ينوى به التحريم فاذا نطق به كان اولى انتهى .

والمحاصل فرق بين قوله انت على حرام وبين الاضافة اليه كظهر امي فان الثانى من الصيغ بخلاف الاول الذى كانه عد من التشريع المحرم وقد عرفت دلالة خبر حمران وصحيح زرارة على صحة مثل الثانى .
ويدل على بطلان الاول وعدم وقوع الظهار به .

﴿ولو ظاهر احدى زوجتيه ان ظاهر ضررتها ثم ظاهر الضررة وقع الظهاران﴾
وفى الجواهر المنجز والمعلق عليه ، بل فى المسالك «لوقال : ان ظاهرت من احدا كما أوأيكما ظاهرت منها فالأخرى على كظهر امي ثم ظاهر من احداهما صار مظاهراً من الأخرى أيضاً وان كان هو كما ترى ، أنتهى .

قد عرفت عدم وقوع الظهار فى المشروط والمعلق عليه فاذا قال ظاهرت زوجتى ان ظاهرت ضررتها او قال ان ظاهرت ضررتك فقد ظاهرتك او انت على كظهر امي لم يقع المعلق عليه لكن الظاهر ان المنجز قد وقع وحدة اى ظهار الضررة دون المعلق عليه نعم لو قلنا بوقوع الظهار معلقا فوقع .

والعجب من المصنف حيث ذهب الى عدم وقوع المعلق وتردد فى الشرط وقال فى المقام بالوقوع فان المعلق عليه لا خصوصية له سواء كان ظهار زوجته او خرجها الى السوق مثلا فكما انه اذا قال لها ان خرجت الى السوق فظهرت على كظهر امي قد وقع على هذا القول فكذلك اذا قال لها ان ظاهرت فاطمة مثلا فانت

على كظهر امي فظاهر فاطمة قد وقع المنجز والمعلق على هذا القول ولكنه قد عرفت فساد الوقوع معلقاً ففي المثال وقع ظهار فاطمة دون غيرها ﴿ولو ظاهرها ان ظاهر فلانة الاجنبية﴾ بان قال لزوجته ظهرك على كظهر امي ان ظاهرت فاطمة الاجنبية ﴿وقصد﴾ في ظهار فلانة الاجنبية مجرد ﴿النطق﴾ فقط ﴿بلفظ الظهار﴾ .

وحينئذ يقع ظهار زوجته لانه مشروط على امر غير باطل فعند من يصح الشروط في الظهار ﴿صح الظهار﴾ لزوجته ﴿عند مواجهتها﴾ ومقابلتها مع الاجنبية ﴿به﴾ اى بهذا اللفظ المجرد بدون الظهار ﴿وان قصد﴾ بكلامه والفاظه مع الاجنبية ﴿الظهار الشرعى لم يقع ظهار﴾ لبطان ظهار الاجنبية فيبطل ظهار زوجته لكونه مشروطا بشرط فاسد اذ قصد الظهار الشرعى انما يقع بالزوجة لا الاجنبية وحينئذ يبطل ظهار الزوجة ايضا لكونه معلقا على امر باطل .
واما مجردا للنطق بدون القصد بالاجنبية لا يبطل فصح ظهار الزوجة بناء على صحة الشرط وهذا المعنى اصح .

﴿وكذا﴾ لا يقع الظهار ﴿لو قال﴾ الزوج ان ظاهرت ﴿اجنبية﴾ غير معينة والفرق بينه وبين ما قبله هو كونها اجنبية معينة .

﴿ولو قال فلانة من غير وصف﴾ بالاجنبية بان قال ظهرك كظهر امي ان ظاهرت فاطمة وكانت اجنبية لكنه لم يذكر اجنبيتها ﴿ثم تزوجها﴾ اى فاطمة ﴿وظاهرها قال الشيخ : يقع الظهاران ، وهو حسن﴾ .

وفى الجواهر وان كان قد يحتمل العدم ، لكون الشرط حين ايقاع الصيغة غير مشروع ، وربما قيل : ان الشرط هو الذى يجوز وقوعه حال التعليق وعدمه ، ومن المعلوم أن ظهار الاجنبية حال التعليق غير صحيح انتهى وهو كسابقه فى عدم صحة كليهما بل هو عجيب بعد عدم تجويز المصنف الظهار فى المعلق وكون اللازم فى وقوع الظهار كون المرأة زوجته فى حال وقوع الظهار لاجراً .

الامر ﴿الثاني في المظاهر﴾ لاخلاف في أنه ﴿يعتبر فيه البلوغ وكمال العقل والاختيار والقصد﴾ بل ولاشكال ، بل الاجماع بقسميه عليه ، ﴿فلايصح ظهار الطفل ولاالمجنون ولاالمكره ولافاقد القصد بالسكر أو الاغماء أو الغضب﴾ أو النوم والسهو ونحو ذلك ، للدلالة العامة على ذلك كله ، نحو قوله ﷺ : «انما الاعمال بالنيات» و«رفع القلم» ونحوهما .

وفي الجواهر بل لم يحك أحد الخلاف هنا في المراهق وان عرفت البحث فيه في الطلاق ، ولعله لخصوص أدلته هناك بخلاف المقام الذي ظاهر أدلته كتاباً وسنة كون المظاهر مكلفاً ، ولذا وصف بالمنكر والزور ، ووجب عليه الكفارة انتهى .

﴿ولو ظاهر ونوى الطلاق لم يقع طلاق ، لعدم اللفظ المعبر﴾ فيه وهو أن طالق ﴿ولاظهار ، لعدم القصد﴾ وكذا لو طلق وقصد الظهار لم يقع ظهار ، لعدم اللفظ المعبر فيه ، ولاطلاق لعدم القصد بلاخلاف في شيء من ذلك عندنا ولااشكال ، خصوصاً بعد قول الصادق عليه السلام : «لايقع ظهار عن طلاق ولاطلاق عن ظهار» .

﴿ويصح ظهار الخصى والمجبوب﴾ وان لم تبق لهما مايتحقق به الجماع من ادخال الحشفة أو قدرها ﴿ان قلنا بتحريم ماعدا الوطء﴾ في الظهار ﴿مثل الملامسة﴾ وغيرها من ضرور الاستمتاع .

وفي الجواهر لاطلاق أدلة الظهار الممكن تحقق فائدته بامتناع غير الوطء من الاستماع نعم لو قلنا باختصاصه بالوطء لم يقع منهما ظهار ، لعدم فائدته ، بل في المسالك «هذا كله اذا لم نشترط الدخول بالمظاهرة ، والالم يقع منهما مطلقاً ، حيث لايتحقق منهما الدخول» قلت : قد يفرض عروض ذلك لهما بعد الدخول ، والامر سهل انتهى .

وحيث كان المراد بالتماس هو الوطء وانه هو الممنوع بدون الكفارة دون

غيرها فيصح منه لامحالة اذ الفرض جواز سائر التمتعات منها بدون الكفار .
 ﴿ وكذا يصح الظهار من الكافر ﴾ وفى الجواهر وفاقاً للاكثر نقلاً ان لم يكن تحصيلها ، لاطلاق الادلة ﴾ و ﴿ لكن ﴾ منعه الشيخ ﴾ وتبعه القاضى وسبقه الاسكافى فيما حكى عنهما ، بل ظاهر مبسوط الاول الاجماع عليه ﴾ التفاتاً الى تعذر الكفارة ﴾ منه التى هى من لوازم الظهار اذ هى عبادة لاتصح منه ، والى أنه حكم شرعى فكيف يصح ممن لايقربه ﴾ و ﴿ لا ريب فى أن ﴾ المعتمد ﴾ المزبور لهم فى المنع قوى بل لا كلام فيه لانه ﴾ ضعيف ﴾ وقوله ﴾ لامكانها ﴾ أى الكفارة منه ﴾ بتقديم الاسلام ﴾ كما ترى .

﴿ و ﴾ كذا ﴾ يصح من العبد ﴾ [صحيح جميل] عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث «فى الظهار ، وقال : ان الحر والمملوك سواء ، غير أن على المملوك نصف ما على الحر من الكفارة ، ليس عليه عتق رقبة ولا صدقة انما عليه صيام شهر» الامر ﴾ الثالث فى المظاهرة و ﴿ لا خلاف عندنا ولا اشكال فى أنه ﴾ يشترط أن تكون منكوحة بالعقد ﴾ كتاباً وسنة دواما او انقطاعا او أمة ﴾ فلا يقع بالاجنبية ولو علفه على النكاح ﴾ بأن قال : «أنت على كظهر امى ان تزوجتك» .

﴿ وأن تكون طاهراً طاهراً لم يجامعها فيه اذا كان زوجها حاضراً ﴾ أو ما فى حكمه ﴾ وكان مثلها تحيض ، ولو كان ﴾ زوجها ﴾ غائباً ﴾ بحيث لا يعرف حال زوجته ﴾ صح ، وكذا لو كان حاضراً وهى يائسة أو لم تبلغ ﴾ بلا خلاف أجده كما فى الجواهر لصحيح زرارة عن أبى جعفر عليه السلام وقد سأله عن كفيته ، فقال : «يقول الرجل لامرأته وهى طاهر فى غير جماع : أنت على حرام كظهر امى» .

ورواية حمران عنه عليه السلام أيضاً لا يكون ظهار الاعلى طهر بعد جماع بشهادة شاهدين مسلمين» وقول أبى عبد الله عليه السلام فى المرسل : «لا يكون الظهار الاعلى مثل موضع الطلاق» ومنه مع اعتضاده بفتوى الاصحاب واجماعهم يستفاد حكم الغائب وغيره على نحو ما سمعت فى الطلاق محرراً ، ﴿ وفى اشتراط الدخول

تردد **﴿و﴾** **﴿و﴾** لكن **﴿المروى﴾** صحيحاً عن الصادق **عليه السلام** **﴿اشتراطه﴾** ولا يخفى ان اطلاقات الكتاب والسنة ترد اشتراطه مع عدم الفرق عند العرف في ذلك بين الدخول وعدمه بعد كون المعيار صدق الزوجة وعليه كان بعيد او ان اختاره في المختلف تبعاً للشيخ .

قال اختلف الشيخان في كون الدخول شرطاً في الظهار ام لا فمنعه المفيد وجوز الظهار من الزوجة قبل الدخول بها وهو مذهب سلار وابن زهرة وابن ادريس ونقله عن السيد المرتضى والمفيد وجعله الشيخ ابو جعفر شرطاً فمنع من ظهار غير المدخول بها في النهاية والمبسوط والخلاف وهو قول الصدوق والظاهر من كلام ابن الجنيد وابن البراج في كتابيه والمعتمد ما قاله الشيخ لنا اصل بقاء عصمة النكاح وانتفاء التحريم بذلك خرج ما لو صدر مع الدخول للاجماع فينبغي الباقى على الاصل الى ان قال بعد سوق الروايات الدالة على عدم الاشتراط . احتجوا بعموم القرآن والجواب الخاص بمقدم وخبر الواحد قد بينا انه حجة في كتبنا الاصولية وانه يجوز تخصيص الكتاب العزيز انتهى .

وفي الحدائق مالفظة قد اختلف الاصحاب (ره) في اشتراط الدخول بالمظاهرة وعدمه بالنسبة الى صحة الظهار وعدمها فذهب جمع منهم الشيخ المفيد والسيد المرتضى وابن ادريس وسلار وابن زهرة وغيرهم الى العدم فجوزوا الظهار من الزوجة قبل الدخول بها وذهب جمع منهم الشيخ والصدوق الى اشتراط صحة الظهار بذلك وهو الظاهر من ابن الجنيد وابن البراج في كتابيه وعليه اكثر المتأخرين انتهى لثبوت النص على الاشتراط فيخصص به العمومات بلا كلام وعدم ما يدل على خلافه مضافاً الى لزوم الاقتصار على ما خالف الاصل على المتيقن منه بل الاشترط موافقاً للشريعة السهلة لقلة افراد اللزوم .

ففي صحيح ابن مسلم عن ابي جعفر وأبي عبد الله **عليهما السلام** قال «في المرأة التي لم يدخل بها زوجها ، قال : لا يتبع عليها ابلاء ولا ظهار» وفي صحيح الفضيل بن

يسار عن الصادق عليه السلام «سألته عن رجل مملك ظاهر من امرأته قال : لا يلزم ، ثم قال : وقال لى : لا يكون ظهار ولا ايلاء حتى يدخل بها» .

وفى الجواهر الى غير ذلك من النصوص المعتمدة مع ذلك بعمل الشيخ والصدوق وأكثر المتأخرين كما فى المسالك انتهى ﴿والقول الاخر مستنده التمسك بالعموم﴾ القابل للتخصيص كما عرفت .

وفى الجواهر ولا ينافى ذلك ما دل على أنه «لا يكون ظهار الاعلى مثل موضع الطلاق» من الخبر المزبور . ومن المعلوم عدم اعتبار الدخول فى صحة الطلاق ، فليكن الظهار كذلك ، ضرورة عدم اقتضاء الخبر المزبور الا أن الظهار لا يقع الا حيث يقع الطلاق ، لأنه حيث ما يقع الطلاق يقع الظهار ، كما هو واضح انتهى .
ويضعف اولاً بان مقتضى قبول الجملة الاولى هو العموم وعدم التخصيص فان قوله ان الظهار لا يقع الا حيث يقع الطلاق معناه العموم للدخول وعدمه لبداية ان الطلاق يقع مع الدخول وعدمه والفرض قبول ان الظهار كذلك واما قوله لانه حيث ما يقع الطلاق يقع الظهار فيرد عليه اولاً ان قبول الاولى مستلزم بقبول العكس بل هو ملازمة قطعية فانه اذا كان الظهار لا يقع الا فى مورد الطلاق العالم مع الدخول بعدمه كان الطلاق ايضاً لا يقع الا فى مورد الظهار الذى هو مع الدخول وعدمه .

سلمنا عدم قبول العكس بانكار الملازمة القطعية فما المراد بقوله لانه حيث ما يقع الطلاق يقع الظهار وما اراد من نفي هذه الجملة فان اراد امكان وقوع الطلاق بدون وقوع الظهار فمعناه انكار قوله ان الظهار يقع فيما يقع الطلاق فان معناه انه فى مورد يقع الطلاق يقع الظهار وان مورد قبول الظهار هو مورد وقوع الطلاق فهما كليان متساويان نظير كل انسان ناطق و كل ناطق انسان فكما صححت الجملتان صح ان الظهار فى مورد الطلاق والطلاق فى مورد الظهار فان اراد بان معناه تحقق الظهار بدون الطلاق فان اراد به مورد المتعة

لتحقق الظهار بدون الطلاق فهو اول الكلام والاشكال فان مقتضى كون الظهار فى مورد الطلاق هو نفى الظهار فى المتعة كما ان القائلين بالانكار فى المتعة مدر كههم هذا الخبر المرسل فهو عين المقام من حيث العموم والخصوص وانه هل يعمل بعموم الكتاب الدال على عدم الفرق بين الدخول وعدمه وبين الدوام والانقطاع او النص الدال على تخصيص الكتاب فالمسألة عين المسألة من حيث الاشكال والجواب .

وبالجملة الظهار يقع فى مورد الطلاق ومعنا ان الطلاق ايضا يقع فى مورد الظهار فلو تمسك بالخبر كان لازمه عدم اشتراط الدخول فان الظهار صح حيث صح الطلاق وهو يصح مع الدخول وعدمه فالظهار يصح مع الدخول وعدمه وحينئذ ما المراد بقوله الا ان الظهار الخ فان اراد به كون المسألة مشكلة من حيث اطلاق الكتاب والنصوص الموافقة له فوقع الظهار غير بعيد مع عدم الدخول ولكن يضعف باحتمال كون المراد من قوله ^{عليه السلام} ان الظهار لا يقع الا حيث يقع الطلاق ان شرائط الظهار هو شرائط الطلاق من العدلين والظهر وعدم المقاربة بعد الطهر وغير ذلك والانصاف انه مع هذا الاحتمال لا يمكن التمسك به لعدم الاشتراط فالاصل هو العمل بالاخبار وتخصيصا للكتاب .

ويؤيده ورود نصوص كثيرة على اشتراط الدخول فى الاماء ايضا كما سيأتى مع انه بناء على هذا الخبر لا يشترط الدخول فيها لعدم طلاق فيهن .

﴿هل يقع﴾ الظهار ﴿بالمستمتع بها فيه خلاف ، والظاهر﴾ الاشهر بل المشهور ﴿لوقوع﴾ لاطلاق الادلة ، خلافاً للمحكى عن الحلوى وظاهر الاسكافى والصدوق للاصل وهو غير جار مع الدليل اللفظى وهو عمومات الكتاب والسنة ولكن الانصاف عدم شمول العقد للانقطاع لالعدم كونه عقدا بل من حيث ان اكثر افراد الانقطاع بمثل ساعة بقدر جماع الوجدانى او يوم او شهر وقد عرفت

ان مدة التريص فيه ثلاثة اشهر من حين الرفع الى الحاكم وبعده لابد اما من الكفارة والوطء واما الطلاق فيلزم خروج اكثر افراده من هذا الحكم .

ويمكن ان يفصل بين قليل المدة لساعة ويوم مثلا وبين اكثره فتامل ويؤيده المنع ماورد من قولهم ^{عَلَيْهِ} لايقع الظهار الا فى موقع الطلاق ولاطلاق فى المتعة والمسألة مشكلة مع امكان انصراف العمومات عن المتعة بل لعله بنظر العرف فلايعامل مع الانقطاع معاملة الزوجية لعدم صدق الزوجة على من كان نظره الى التمتع منها مدة قليلا .

قال فى الحدائق المشهور بين الاصحاب (ره) وقوع الظهار بالمستمتع بها كالزوجة الدائمة وهذا مذهب السيد المرتضى وابن ابى عقيل وابى الصلاح وابن زهرة وظاهر الصدوق وابن الجنيد العدم حيث قالا ولايقع الظهار الاموقع الطلاق واختاره ابن ادريس .

احتج الاولون بالعمومات من الكتاب والسنة .

واحتج فى المختلف للقول الثانى بان الظهار حكم شرعى يقف على مورده ولم يثبت فى نكاح المتعة حكمه مع اصالة الاباحة .

ثم اجاب عنه بالمنع من عدم الثبوت قال وقد بينا العمومات .

واحتج فى المسالك لهذا القول بانتفاء لازم الظهار فان منه المرافعة المترتبة على الاخلال بالواجب بالوطى والزامه احد الامرين والفدية والطلاق وهو متمنع فى المتعة واقامة هبة المدة مقامه قياس وانتفاء اللوازم يدل على انتفاء الملزومات ثم انه اجاب عنه بان هذه اللوازم مشروطة بزوجة يمكن فى حقها ذلك فلايلزم من انتفائها انتفاء جميع الاحكام التى اهمها تحريم الاستمتاع من دون المرافعة وقد تقدم البحث فى ذلك فى بابها من النكاح انتهى وهو جيد .

ويمكن ان يقال بان ذلك لايجب منع الشمول فيما كان مدته قليلة كان السالبة بالانتفاء الموضوع فلايجرى ذلك الا فى الافراد الممكنة ولذا فى الجواهر

قال اصه وفيه منع كون ذلك لازم أصل الظهار ، وانما هو حكم ماتعلق منه بالزوجة التي يمكن ذلك في حقها ، خصوصاً بعد ما تسمع من صحة وقوعه بالمملوكة التي لايجرى فيها ذلك ، والمرسل عن الصادق عليه السلام «لا يكون الظهار الا على مثل موضع الطلاق» لاجابر له في المقام . بل يمكن دعوى انصرافه الى ارادة اعتبار شرائط الطلاق من الخلو عن الحيض ونحوه منه لانحو المقام ، كما أنه يمكن دعوى اندراج المتمتع بها في المثل انتهى فالاشتراط اولى .

﴿ وفي الموطوء بالملك ﴾ ولو مدبرة أو ام ولد ﴿ تردد ﴾ وخلاف ﴿ والمروى ﴾ صحيحاً وغيره ﴿ أنه يقع كما يقع بالحره ﴾ .
وفي الجواهر وهو الاقوى وفقاً للمشهور بين المتأخرين انتهى .

ويدل عليه [صحيح ابن مسلم] عن أحدهما عليهما السلام «سألته عن الظهار على الحره والامة ، فقال: نعم» ونحوه صحيحه الآخر عن أبي عبدالله عليه السلام ، وموثق اسحاق ابن عمار «سألت ابا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يظاهر من جاريته ، فقال : الحره والامة في ذلك سواء» وصحيح ابن البختري أو حسنه عن أبي عبدالله وأبي الحسن عليهما السلام «في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهز جميعا بكلام واحد ، فقال عليه السلام : عليه عشر كفارات» وخبر ابن أبي يعفور «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من جاريته ، قال : هي مثل ظهار الحره» .

وصحيح ابن ابي نصر المروى عن قرب الاسناد عن الرضا عليه السلام «سألته عن الرجل يظاهر من أمته ، فقال : كان جعفر عليه السلام يقول : يقع على الحره والامة الظهار» وعن المبسوط روى أصحابنا أن الظهار يقع بالامة والمدبرة وام الولد ودلائنها تامه .

خلافاً للمحكي عن بنى أبي عقيل وحمزة والبراج وادريس والمفيد وأبي الصلاح وسلاح ، للاصل وخبر حمزة بن حمران «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل جعل جاريته عليه كظهر أمه ، قال : يأتيها وليس عليه شيء» .

ولا يخفى قصوره عن المعارضة لهذه الروايات

ومن العجيب انه كيف يطرح هذه الكثيرة لاجل خبر ضعيف موافق للعامه كما في الجواهر قال القاصر عن معارضة ما تقدم بضعف السند ، والموافقة للعامه وباحتماله الاخلال بالشرائط كما عن الشيخ قال «لان حمزة بن حمران روى هذه الرواية في كتاب البزوفرى انه يقول ذلك لجاريته يريد أرضاء زوجته ، لا لارادة الظهار الحقيقي» انتهى لكنه غير خفى انه لولا هذه الكثيرة كان لامكان القول بظهور الكتاب والسنة في النكاح بالعقد بحال والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان في ﴿مع الدخول يقع ولو كان الوطء دبراً﴾

وفي الجواهر لما عرفته غير مرة من انه لاخلاف في تحقق الدخول بالوطء دبراً في كل ما جعل عنواناً له من الاحكام ولم نعرف مخالفاً في ذلك الا من المحدث البحراني ، فادعى انسياق الدخول في القبل من الادلة المزبورة ، وقد عرفت ارادة العموم من كثير من الموارد وعلى كل حال فيقع الظهار مع تحقق شرطه ﴿صغيرة كانت﴾ المظاهرة مع بها ولو حراما ﴿او كبيرة مجنونة أو عاقلة﴾

وفي الجواهر لان الصغير والمجنون لامدخلية لهما في أحكام الوضع وان لم يكونا لهما أهلية للترافع . كما ان حرمة الدخول بالصغيرة لاتنافى بتحقيق شرطية الظهار وحينئذ لا اشكال في وقوع الظهار في الفرض انتهى

﴿وكذا يقع في الرتقاء﴾ المدخول بها في دبرها ﴿والمريضة التي لاتوطأ﴾

في فرجها ، ولكن دخل بها في دبرها

الامر ﴿الرابع في الاحكام وهي مسائل الاولى﴾ لاخلاف في أن ﴿الظهار

محرم ، لاتصافه بالمنكر﴾ والزور في قوله تعالى «وأنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً» وهو القول بان ظهر ك على كظهر امي منكر وكذب وهما معاً محرمان مع

تصريح الرواية الواردة في سبب نزولها بكونه معصية .

﴿و﴾ لكن ﴿قبل﴾ وان لم نتحققه لاحد من أصحابنا ﴿لأعقاب فيه ، لتعقيبه

بالعفو ﴿﴾ فقال عزوجل بعد ذكره «وان الله لعفو غفور» وهو يستلزم نفي العقاب ولا يخفى ان العفو عبارة عن العفو عن العقاب وليس الالعصيان فالله تعالى متصف ذاته بالعفو والغفران و الرحمن والرحيم ومعناه انه تعالى يغفر ويعفو عن معاص العباد وبالجملة الظاهر من الاية كونه معصية بلا كلام لكنه موجب للعفو ويؤيده لزوم الكفارة وهو للعصيان هذامع تصريح الرواية الواردة في سبب نزولها بالمعصية

المسألة ﴿﴾ الثانية لاتجب الكفارة بالتلفظ ﴿﴾ عندنا بل وعند غيرنا بالاجماع بقسميه اذالم يردالعود الى المجامعة ﴿﴾ وانما تجب ﴿﴾ الكفارة ﴿﴾ بالعود وهو ارادة الوطء ﴿﴾ .

وفي الجواهرقال بل قيل انه يظهر من التبيان ومجمع البيان وغيرهماالاتفاق عليه انتهى .

فالمراد هووجوب الكفارة بمجردالعود الى الوطء فقد وقع نزاع العظيم في ان الوجوب الثابت بالعزم والارادة هل يستقر ولو كان منصرفا بعد الارادة عن الوطء وعزم على طلاقها بحيث كان وجوب الكفارة ثابت عليه ولو بعد الطلاق او لا يكون مستقرا وانما تجب بعد بقاء ارادته و ارادة امساكها بحيث لو انصرف لم يثبت الكفارة كما لم تكن بدون الارادة

وقد اشارالى الثانى المصنف بقوله ﴿﴾ والاقرب أنه لاستقرارلها ﴿﴾ فلو فارقتها بعد ارادة الوطء لم يكن عليه كفارة ﴿﴾ بل معنى الوجوب تحريم الوطء حتى يكفر ﴿﴾ كما عن المشهور ، لأنه يخاطب بالكفارة بمجرد الارادة المزبورة وان عدل عنها وطلق كما هو ظاهر النصوص التى دلت على أنه لايمسها حتى يكفر وعلى سقوط الكفارة اذا فارقتها قبل المس .

وقد اشار المصنف الى وجه ذلك وان وجوب الكفارة ليس على ظاهره بل بمعنى تحريم الوطء حتى يكفر ولازمه ان شرط الحلية الكفارة وبدونها يحرم الوطء

فاطلاق الوجوب على ارادة الكفارة مجاز وليس على معناه الحقيقى وفى الحقيقة معناه هو الشرط اى شرط حلية الوطء الكفارة كما يقال وجب الوضوء للصلوات الندية ومعناه شرط صحة الصلوات الندية هو الوضوء فليس وجوب الوضوء ح معناه الحقيقى كى يلزم ترك العقاب لو صلى بدون الوضوء اذ كون الصلاة مندوبا لامعنى بوجوب الوضوء فيه .

ومن ذلك القبيل كثير واطلاق الوجوب بمثل ذلك اى الشرط فى الصحة شايح فلا استقرار للكفارة بعد ارادة الوطء الا بدوام ارادته وعدم انصرافه وبعد الانصراف لا استقرار للوجوب لانه ليس وجوبا اصطلاحيا كى لا يسقط بعد وجوبه كما زعمه العلامة بل وجوب شرطى لم يكن اذالم يرد المشروط

وقدمال فى المسالك الى هذا المعنى حيث قال : «فان قيل : يلزم من هذا عدم وجوبها لان الواجب هو الذى لا يجوز تركه لالى بدل ، وهذه الكفارة قبل المسيس يجوز تركها مطلقا حيث يعزم على عدم المسيس اما مطلقاً أو مع فعل ما يرفع الزوجية ويترتب على ذلك أنه لو اخرجها قبل المسيس لا يجزى ، لانها لم تجب ، ولان نية الوجوب لها غير مطابقة ، وهذا المعنى الذى اطلقتموه عليه غير الوجوب المتعارف بل هو بالشرط أشبهه .

قلنا : الامر كما ذكرت ، واطلاق الوجوب عليها بهذا المعنى مجازى ، وقد نبهوا عليه بقولهم بمعنى تحريم الوطء حتى يكفر ، فهى حينئذ شرط فى جواز الوطء واطلاق الواجب على الشرط من حيث انه لا بد منه فى صحة المشروط مستعمل كثيراً ، ومنه وجوب الوضوء للصلاة المندوبة ، ووجوب الترتيب فى الاولين ، بمعنى الشرطية فيهما ، وأمانية الوجوب بالكفارة فجاز اطلاقها بهذا المعنى ، لان نية كل شىء بحسبه ، ولولم نعتبر نية الوجه كما حققناه فى أبواب العبادات لعدم الدليل الناهض عليه تخلصنا عن الاشكال انتهى

وقد تبعه غير واحد ممن تأخر عنه على ذلك وحيث جعل الاصحاب الوجوب

وجوب الشرطى لا الشرعى اورد عليه فى الجواهر بعد نقله عبارة المسالك بما هو لفظه لكنه كما ترى ، ضرورة ان الوجوب الشرطى لا يكفى فى ملاحظة الامتثال المتوقع عليه صحة العبادة التى لا تقع من دون امر شرعى ، وما ادرى ما الذى دعاهم الى ذلك ؟ اذلا منافاة بين الوجوب الشرعى والشرطى ، والفرض ظهور الكتاب والسنة فيهما معاً ، نعم انما ذلك مع الارادة المتمتعبة لاستباحة الوطء ويحصل ذلك باستمرارها الى تمام التكفير وان لم يطق ، امامع فرض الطلاق او الرجوع عن الارادة المزبورة او غير ذلك فلا وجوب ولو فى أثناء الكفارة .

وهذا هو المراد من عدم استقرار الوجوب فى مقابل القائل باستقراره وان رجع عن تلك الارادة ، بل قد يقال : ان الظهار هو السبب الموجب لها ، ولكن بشرط العود الذى هو الارادة المزبورة ، فمع فرض انتفاء استمرارها يرتفع الشرط فيرتفع المشروط بل هذا هو معنى قوله تعالى : «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية من قبل أن يتماسا» انتهى

ولا يخفى ان اقراره قده بعدم الوجوب مع فرض الطلاق او عدم ارادة الوطء كاف للقائلين بعدم كون المراد من وجوب الكفارة هو وجوبه الاصطلاحى الحقيقى حيث ان وجوب الكفارة لو كان بمعنى سائر الواجبات لم يرتفع بعد تحققه الا بالامتثال .

قال فى الحدائق ما لفظه المطلب الرابع فى الاحكام وفيه مسائل الاولى قد صرح الاصحاب رضوان الله عليهم بان الكفارة لا تجب بمجرد الظهار وانما تجب بالعود واردة الوطى وانه لا استقرار لها .

اقول تفصيل هذا الاجمال يقع فى مواضع ثلاثة

الاول انه لاختلاف بين كافة اهل العلم فى ان الكفارة لا تجب بمجرد الظهار وانما تجب بالعود قال الله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية مؤمنة الايه فانه سبحانه رتب التحريم على العود والمراد ارادة العود لا العود

بالفعل نظيره قوله عز وجل واذا قرأت القرآن فاستعذ بالله واذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم اى اذا اردت القراءة واذا اردتم القيام والمراد بما قالوا تحريم الوطء الذى حرموه على انفسهم بالظهار والمعنى انهم اذا ارادوا استباحة الوطء الذى حرموه على انفسهم بالظهار فلا بد اولاً من تحرير رقبة

ويدل على ما ذكرنا من الاخبار مارواه الشيخ فى الصحيح عن جميل بن دراج عن ابي عبدالله الى ان قال بعد ان ساق الروايات وتكلم فيها بعض الكلام ما هو لفظه ايضاً .

الثالث قد عرفت مما تقدم انه لا اشكال فى لزوم الكفارة بارادة العود لكن الكلام فى انه متى وجبت بذلك هل يكون وجوبها مستقراً بذلك حتى انه لو طلقها بعد ارادة العود وقبل الوطء تبقى الكفارة لازمة له وانه لا استقرار لوجوبها الا بالوطء بالفعل فمعنى الوجوب انما هو عبارة عن كونها شرطاً فى حل الوطء لتحريم العود بدونها قولان اشهرهما الثانى .

وهو الذى صرح به المحقق فى كتابيه قال فى الشرايع ولا استقرار لها بل معنى الوجوب تحريم الوطء حتى يكفر وعلى هذا فتكون الكفارة شرطاً فى حل الوطء كما ان الطهارة شرط فى صحة صلوة النافلة والاحرام شرط فى دخول الحرام ولا يصدق على شىء من هذه الشروط اسم الواجب بالمعنى المتعارف منه وهو ما يذم تاركه او يعاقب على تركه فان تارك الكفارة لولم يطاء لاثم عليه ولو وطء اثم على وقوع الوطء على هذا الوجه لاعلى ترك الكفارة كما ان من صلى النافلة من غير طهارة يعاقب على ايقاع الصلوة كذلك لاعلى ترك الطهارة وهذا الوجوب بهذا المعنى يسمى عندهم بالوجوب الشرطى لانه لا يترتب على تركه ما يترتب على ترك الواجب وانما وجوبه عبارة عن شرطية فى صحة ما جعل شرطاً له وعلى هذا القول يدل ظاهر الاية فان قوله عز وجل فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا غاية ما يدل عليه توقف اباحة التماس على تحرير الرقبة لا وجوب التحرير بمجرد ارادة التماس

وبالجمله فان مجرد ارادة العود مع عدم وقوع الوطى منه ولا التكفير لا يوجب حصول العصيان والموجود فى الاية تحرير من الرقبة قبل التماس وهذا لم يحصل منه مما ساءه بالكليه وعلى ذلك يدل ايضاً ظاهر صحيحه الحلبي المتقدمه قريباً فيمن يظاهر امرته ثم يريد ان يتم على طلاقها قال ليس عليه كفارة قلت انه اراد ان يمسهها قال لا يمسهها حتى يكفر فان غاية ما تدل عليه ان جواز المس متوقف على التكفير فمتى لم يمسه لا يستقر عليه وان اراد ومرجه الى ان التكفير شرط فى جواز المس وهو المراد من الوجوب الشرطى الذى ذكرناه لا الوجوب المستقر بالمعنى المتعارف ونحوها ايضاً صحيحه جميل ورواية ابى بصير المتقدمتان بالتقريب المذكور انتهى صريح العبارة ان الوجوب هو الوجوب الشرطى الذى دائر بوجود المشروط وهو الوطء الذى حرمه على نفسه فاذا لم يرد الوطء لا يكون وجوباً للكفارة وجعل قده هذا المعنى هو المشهور

ولولا ذلك المعنى لزم الكفارة بمجرد ارادة الوطء ولو كان ينصرف بعد الارادة فوراً اذ حالات الانسان فى اموراته مختلفة وقد يريد وقد ينصرف وقد شاء وقد لم يشأ وهو اى ثبوت الكفارة ح ما ينافى الشريعة السهلة وعن كشف اللثام ان الوجوب خلاف الاصل ، وانما علم من النصوص الوجوب بمعنى توقف المس عليه وان لم يكن ذلك وجوباً حقيقياً انتهى اى لم يكن اطلاق الوجوب على الكفارة بنفس ارادته مطلقاً على حقيقته بل معناه ان الوطء يتوقف على الكفارة واذا انصرف عنه فلا شىء عليه والمخالف هو العلامة فى التحرير عنه ما حكى عنه حيث ذهب الى بقاء الوجوب واستقراره ولو كان منصرفاً عن الوطء .

قال فى الحدائق ونقل عن العلامة فى التحرير انه استقر ان الوجوب يستقر بارادة الوطى وان لم يفعل محتجاً بالاية قال لان الله تعالى رتب وجوبها على العود بقوله ثم يعودون لما قالوا فتحريروا رقبه اى فعليهم ذلك والاصل بقاء هذا الوجوب

المترتب واجيب بمنع الدلالة على الوجوب مطلقا بل غاية ماتدل الاية عليه هو توقف التماس على الكفارة وهذا ماندعيه ولو سلم الوجوب فالمراد به المقيد بقبلية التماس والقبلية من الامور الاضافية لا يتحقق بدون المتضايقين فمالم يحصل التماس لا يثبت الوجوب وهذا هو المراد من الوجوب الغير المستمر وبالجملة فالقول المذكور ضعيف لا يلتفت اليه لما عرفت انتهى .

ويمكن ان يكون مراد العلامة من هذه العبارة عدم انصرافه عن ارادته غاية الامر مع بقاء ارادته لم يفعل لمانع بحيث لو ارتفع لفعل ولكنه مع ذلك غير تام
 ﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لو وطأ قبل الكفارة لزمه كفارتا﴾

وفى الجواهر بلا خلاف معتد به أجده فيه ، بل عن الخلاف والانتصار والسرائر والغنية وظاهر التبيان والمبسوط الاجماع عليه ولعل وجه حصول سبب الكفارة أولا بالظهار والعود الذى قد عرفته والوطء سبب ثان لها باعتبار حصول الحنث به بالظهار الذى هو كاليمين والنذر بالنسبة الى ذلك انتهى

وعبارة الانتصار هذه ومما ظن انفراد الامامية به القول بان من ظاهر ثم جامع قبل ان يكفر لزمته كفارتان ، ووافق الامامية فى ذلك الزهرى وقتادة . وخالف باقى الفقهاء ووجبوا كفارة واحدة دليلنا الاجماع المتردد واعتبار اليقين ببرائة الذمة فان ذلك لا يحصل الامع الكفارتين دون الواحدة فان قيل اذا كانت الكفارة انما تلزم بالعود وهو امساكها زوجة ، والمقام على استباحة التمتع بها دون الجماع بدلالة قوله تعالى (من قبل ان يتماسا) فبالعود يلزم كفارة واحدة والجماع لا يوجب كفارة اخرى قلنا : الواجب بحكم الظهار اذا وقع العود الكفارة فاذا جامع قبل ان يكفر لا يمتنع ان يلزمه كفارة اخرى عقوبة انتهى

قال فى الخلاف الظهار على ضربين احدهما ان يكون مطلقا فانه يجب به الكفارة متى اراد الوطى والاخر ان يكون مشروطا فلا يجب الكفارة الا بعد حصول شرطه فان كان مطلقا لزمته كفارة قبل الوطى فان وطى قبل ان يكفر لزمته كفارتان

وكلما وطئى لزمته كفارة اخرى وان كان مشروطاً وحصل شرطه لزمته كفارة فان وطئى قبل ان يكفر لزمته كفارتان وفي اصحابنا من قال انه اذا كان بشرط لا يقع مثل الطلاق

وقال ايضا فيه اذا تظاهر وامسك ووجب عليه الكفارة فمن حين الظهار الى ان يطأ زمان اداء الكفارة فان وطئى قبل التكفير لزمه كفارتان احدهما نصاً والاخرى عقوبة بالوطئ وبه قال مجاهد

وقال الشافعى اذا وطئى قبل الكفارة فقدفات زمان الاداء ولا يلزمه بهذا الوطئ كفارة ولا يسقط عنه كفارة الظهار التى كانت عليه ومن الناس من قال انه تسقط عنه الكفارة التى كانت عليه .

[دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم وطريقة الاحتياط تقتضى ذلك ايضا .
وفي الحدائق المشهور بين المتقدمين وعليه كافة المتأخرين انه لو وطئى قبل الكفارة لزمته كفارة اخرى ولو كرر الوطئ تكررت الكفارة انتهى هذه كلماتهم ولا تنفيذ شيئاً من حيث الدليلية .

وقوله فى جواهر وجهه حصول سبب الكفارة اولاً بالظهار يعنى وجه ثبوت الكفارتين تعدد السبب الموجب لتعدد المسبب اى الكفار فالسبب الاول هو الظهار والسبب الثانى الوطء هذا توضيح كلامه اما الظهار فليس سبباً وعلّة لكفارة ابدأ فان العلة التامة اذا تحققت لا ينفك عن معلولها اى لزم كون المعلول مترتباً بعده ومن المعلوم انه بعد الظهار لا يترتب الكفارة اصلاً وانما يترتب لو اراد الوطء والا فلو طلقها بعد الظهار لا يكون كفارة على نفس ظهاره اصلاً فليس الظهار سبباً وعلّة للكفارة راساً وانما هو علّة لحرمة الوطء فانها هى التى لا ينفك عن الظهار واما كون الوطء سبباً ثانياً للكفارة فليس بصحيح ايضا فان الوطء ليس سبباً للكفارة بل شرطاً لباحة الوطء ولا يحل الا بالكفارة فاذا كفر اباح الحرمة التى جاءت من جانب الظهار وليس بعده ظهار آخر كى يتحقق السبب الا فيما كان

المشبه بهامتعددا وهو فعلا خارج عن البحث

والكلام فى المشبه بها الواحد وانها محرمة الوطء بالظهار و سبب حليته الكفارة فالوطء ليس بسبب وعلة للكفارة بل هو مسبب ومعلول قد تحققت بعلمته وهو الظاهر فالظاهر اوجب المعلول ولا يرتفع الا بالكفارة فاذا تحققت ارتفع المنع فلان منع بعد ذلك حتى يحتاج الى الكفارة على ان مادى على الكفارتين معارضة بالكثيرة الدالة على وحدتها .

وبالجملة ليس فى البين شيان بل شىء واحد وهو الوطء ولا يوجب الوطء الكفارة ايضا الا بعد الحنث واما قبله فلا يصد عنه شىء كى يوجب الكفارة فالدليل على خلاف المطلوب ادل اذ الكفارة انما تجب عند حنث ما لتزم على نفسه كمن نذر ترك شرب الرمان مثلا فبمجرد ارادة الشرب لا يصدق عليه الحنث ولا تجب الكفارة جدا الا اذا شربه فالظهار حرم الوطء عليه وانما يحنث اذا فعل لاما اذا اراد فان الارادة غير المراد جدا فدليله كما يدل على وحدة الكفارة كذلك يدل على انها بعد الحنث لا قبله .

وبالجملة الظهار سبب وعلة ومسببه ومعلوله حرمة الوطء فان الحرمة جاءت من جهة الظهار فالوطء المحرم معلول للظهار لا انه عللة وسبب آخر فبمجرد الظهار ثبت حرمة الوطء وهى مسبب عن سببه لانه سبب آخر ويدل على لزوم الكفارة بعد الحنث لا قبله .

[وخبر على بن مهزيار] قال : « كتب عبد الله بن محمد الى أبى الحسن عليه السلام جعلت فداك ان بعض موالىك يزعم أن الرجل اذا تكلم بالظهار وجبت عليه الكفارة حنث أو لم يحنث ، ويقول : حنثه كلامه بالظهار ، وانما جعلت عليه الكفارة عقوبة لكلامه ، وبعضهم يزعم أن الكفارة لا تلزم حتى يحنث فى الشىء الذى حلف عليه ، فان حنث وجبت عليه الكفارة ، والا فلا كفارة عليه ، فوقع عليه السلام بخطه : لا تجب الكفارة حتى يحنث » فهو صريح فى كون الكفارة انما تجب اذا فعل ما حرم عليه

وعمدة ما للمشهور من الدليل روايات مثل . [صحيح الحلبي] «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها ، قال : ليس عليه كفارة ، قلت : فان أراد أن يمسه ، قال لا يمسه حتى يكفر ، قلت : فان فعل فعليه شيء ، فقال : اي والله انه لائم ظالم ، قلت : عليه كفارة غير الاولى ؟ قال : نعم» و [خبر أبي بصير] «قلت : لابي عبد الله عليه السلام متى تجب الكفارة على المظاهر ؟ قال : اذا اراد أن يواقع ، قال : قلت : فان واقع قبل أن يكفر ، قال : فقال : عليه كفارة اخرى» .

و [حسن الصبقل] عن الصادق عليه السلام « قلت له : رجل ظاهر من امرأته فلم يكفر ، قال : عليه الكفارة من قبل أن يتماسا ، قلت : فانه أتاها قبل أن يكفر ، قال : بشما صنع ، قلت : عليه شيء ؟ قال : أساء وظلم ، قلت : فيلزمه شيء ؟ قال : رقبة أيضاً » .

وفى الجواهر بعد نقلها قال بل لم نجد في ذلك خلافاً الا من أبى على في خصوص من كان تكفيره بالطعام ، فلم يوجب تقدمه على المس ولا تكريره به ، كما هو ظاهر عبارته المحكية عنه وان كانت لا تحلو من سماجة ، ومن هنا حكى بعضهم عنه عدم وجوب التعدد بالوطء الاول مطلقاً ، ولكن ما ذكرناه هو مقتضى التدبر فيها محتجماً باطلاق الاية فيه ، بخلاف العتق والصيام انتهى .

وفى المسالك قول ابن الجنيد لا يخلو من قوة وفيه جمع بين الاخبار انتهى ولا يخفى ما في كونه جمعاً بين الاخبار بل الاخبار اجنبية عن كلامه الذي هو التفصيل في الخصال الكفارة بين كونه بالعتق او الصيام وبين كونه بالطعام فلا يلزم في الاخير بتكفيره او لا قبل الوطء ولا تكراره بخلاف الاولين فكالمشهور وفى الحدائق بعد نقل بعض الاخبار قال و انت خبير بان ظاهر كلام ابن الجنيد بل صريحه موافقة الاصحاب فيما اذا كان التكفير بالعتق او الصيام فوجب المعدد بالوطى بعد الظهار قبل الكفارة وتعدد الوطى وانما يخالفهم في

صورة ما اذا كان التكفير بالاطعام فانه لا يوجب ازيد من كفارة واحدة محتجا بظاهر الاية وهى قوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا الى ان قال فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا .

والتقريب فيها انه اشترط فى كفارة العتق والصيام انه لا يجوز له الواقعة الا بعد تلك الكفارة سواء واقعتها مرة او مرات فانه يكرر الكفارة بذلك لمنعه من المماساة قبل الكفارة فهو ممنوع فى المس الاول والثانى وهكذا فبكل منها ووجب الكفارة .

واما الاطعام فاطلقه ولم يشترط فيه ذلك قبل المماساة بل ظاهره انه متى كان كفارته الاطعام فانه يكفر بعد الظهار تماسا او لم يتماسا فانما عليه كفارة واحدة لانه لم يعلق الكفار على التماس كما فى الاولين بل قال فان لم يستطع التكفير بتلك الكفارتين على الوجه المذكور فكفارته اطعام ستين مسكينا مرة واحدة وان تماسا وتكرر التماس لانه لم يرتب الكفارة على التماس ليلزم تكررها بتكرره بل الموجب لها انما هو الظهار والواجب فيه كفارة واحدة والتعدد غير مستفاد من الاية فى هذه الكفارة .

واما الاخبار التى او ردها دليلا لابن الجنيد فلا دلالة فى شىء منها على هذا التفصيل الذى ادعى ابن الجنيد من تخصيص محل خلافه مع الاصحاب بكفارة الاطعام بل هى مطلقة كاطلاق الاخبار الدالة على القول المشهور ولا فرق فى شىء منها بين الكفارات الا ان تلك دلت على التعدد مطلقا وهذه دلت على وحدة الكفارة مطلقا كانت الكفارة اوصياما او طعاما فهى غير موافقة لابن الجنيد لانه يختص ذلك بما اذا كان الكفارة طعاما وهذه الاخبار مطلقة وحملها على خصوص الاطعام كما يقوله ابن الجنيد تعسف محض وتكلف صرف لا يساعد عليه شىء من عبارتها والفاظها انتهى .

وقول ابن الجنيّد ضعيف في بدو الامر بالنسبة الى كون الكفارة الاطعام وذلك لان كون الاولين مقيدا بكون التماس بعد الكفارة قرينة واضحة على كون الطعام كذلك وكم يكون في الكتاب من امثال ذلك واكتفائه في بيانه وقرينته بالصدر بل بالآيات الواقعة قبلا فانه كتاب فصيح لزم خلوه عن الزوائد الغير المحتاجة والافمن المعلوم عدم الفرق بين الخصال الثلاث في حصول الغرض بكل واحد بنحو واحد من غير مدخلية لذلك بل لو كان اللازم في بعضها التقييد دون بعضها لكان الاطعام اولى به من الصيام لكونه شهرين متتابعين ولكان في صبره على تمامه عسر وحرج وضرر على المظاهر فربما لا يمكن الصبر حتى يتم بخلاف الاطعام حيث يحصل فورا فلزم كونه قبل الوطاء جدا بخلاف الاولين فيكون المقصود عكس ما افاد .

ولكن يمكن ان يقال بعدم ارادته ظاهر كلامه مع علو مقامه لا يمكن ان يريد بذلك عدم تعدد الكفارة مطلقا كما عن بعض قدمر حكايته من الجواهر لعدم الفرق بين الخصال الثلاث وانما اراد بغير الطعام لاستحباب كما قواه الشهيد وانه وعدم التعدد جمع بين الاخبار .

وكيف كان فالعمدة هي العلاج بين الاخبار من حيث ظهور بعضها في كفارة وحدة الموافق للشريعة السهلة وعدم العسر والحرج ولكن مآثره التعدد يمكن كونه موافقا للكتاب من حيث التصريح بقبل التماس الذي لازمه التعدد وحيث قال عز من قائل فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فانه صريح في لزوم الكفارة قبل التماس ثم قال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا لوضوح انه لو لم يكفر قبل التماس لزم كفارة اخرى .

ويؤيده ان كون الكفارة بنفس الفعل مذهب العامة وعند التعارض موافق الكتاب مقدم على موافق العامة فيكون الكفارة بمجرد الارادة لكن الكلام في لزوم كون الكفارة قبلا فانه شبيهه بالقصاص قبل الجناية اذ لا يلزم عليه شيء قبل الارتكاب

فاذا خالف الانسان ما التزم على نفسه لزم عليه الجريمة لاقبله فالظهار يوجب حرمة الوطء عليه فاذا فعل الحرام كان عليه كفارة لجريمة عصيانه وقبل الارتكاب لا يصدر عنه شىء حتى وجبت الكفارة كما هو صريح الروايات وصريح القواعد الشرعية فلا بد من التصرف فى الكتاب بارادة الاستحباب فى قوله عز من قائل من قبل ان يتماسا فاللازم كفارة واحدة .

غاية الامر استحباب اتيانها قبلا فلو ترك الكفارة قبلا فيجب اتيانها بعدا بمقتضى الكثيرة المتواترة الدالة على اتيان كفارة واحدة وانه لو كرر الظهار كرر الواحدة لكل واحد مرتين بل لو وقع منه الف الظهار لزم عليه الف كفارة بمقتضى الاخبار هذا مضافا الى ان السبب الواحد له مسبب واحد والظهار سبب لكفارة واحدة وللازم صدور الكثير من الواحد وقد عرفت عدم تمامية اثبات تعدد السبب من الجواهر .

فان قلت الظهار حرم الوطء ولا يحل الا بالكفارة فما لم يكفر لم يحل الوطء فالكفارة قبلا لحلية الوطء وبدونها حرام عليه .

[قلت] ان المسلم المتيقن ان الظهار سبب للكفارة فيجب عليه كفارة بمقتضى علتها وليس فيه قبل او بعد وحرمة الوطء مطلقا ايضا غير معلوم بل المعلوم هو الحرمة بدون ارادة الكفارة رأسا لامع ارادة اتيانها ولو بعد العمل فالايات والاخبار كلها ظاهرة فى لزوم الكفارة للوطء .

وبالجملة لزوم الثانية على خلاف الاصل مضافا الى ان الواحدة على وفق الكتاب حيث لم يصرح بغيرها لو لم يأت بها قبلا فاللازم هو التكلم والبحث فى ان كونها قبل التماس من حيث انه لو لم يفعل ذلك بقيت على ذمته بحيث لو وطء وجبت عليه كفارة اخرى كما هو ظاهر بعض الاخبار اولا بل المقصود من تقييده بقبل التماس هو لزوم كفارة واحدة عليه وليس فى التصريح بالقبلية عناية بل لاجل ان لا يترك الكفارة لو لم يفعل قبلا ولعل الثانى هو المراد فالمقصود ولو بشرح بعض

الاخبار هو الاتيان بكفارة عند العود الى ما حرم عليه فيمكن كون ما في بعض الاخبار من القبلية تأكيداً للاتيان كما يقال للانسان عند ارادة شىء افعال او لا كذا ثم افعال ذلك ومعناه هو التأكيد حتى لا يترك بعد الوطء فان مواقع الموجبة للترك كثيرة . وقد يكون الكفارة غير ميسورة مثل عدم وجود ما يتحقق به الكفارة او عدم ثمن الكفارة وعليه لامخالفة بين الاخبار لان مفاد الكل هو الوحدة والاختلاف في لزوم كون الوحدة قبل التماس او كفاية كونه بعده وفي لزوم كفارة الاخرى لولم يفعل قبل التماس وعدمه .

والحاصل صرح الكتاب بلزوم كفارة قبل التماس ولو خالف التقدم ووطء فشك في لزوم كفارة الاخرى عليه كان الاصل عدمه .

لكن الاحوط هو الاتيان به فان الاحتياط حسن على كل حال فلا مخالفة حيثئذ بين الكتاب والسنة وان الاولى تقدم الكفارة عند الارادة لابلحيث لولم يتقدم لزوم اخرى ايضا .

ويمكن ان يقال ان وجه عدم تقييد الطعام بالقبل لذلك وانه لاعناية بخصوص كون الكفارة قبلا وان شئت قلت ان المراد بالتقبلية اصل اتيانها مطلقا . ومن ذلك يمكن كون مراد ابن الجنيد كفارة واحدة مطلقا .

فان قلت ان السنة المتواترة بيان للمكتاب المصرح بلزوم الكفارة قبل التماس وسكت عن صورة كفارة اخرى فيظهر من السنة كفارة اخرى قلت والفرض ان الاخبار في ذلك مختلفة وان ظاهر كثير منها عدم التعدد مطلقا فالجمع بين الجميع هو الانضمام بالوحدة واستحباب كونها قبل الوطء ولو خالف واتى بالوطء فيستحب له التعدد فهو محصور بين الاستحبابين الاتيان بالكفارة قبلا او استحباب التعدد لو فعل بعدا .

وكيف كان فما دل على كفاية الواحدة كثيرة جدا مثل رواية زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال ان الرجل اذا ظاهر من امرئته ثم يمسه قبل ان يكفر فانما عليه

كفارة واحدة ويكف عنها زوجها حتى يكفر او ليس هذا صريحا فى كفاية الوحدة ويقدم على ما ظاهره التعدد الغير المنافى للاستحباب .

ويدل عليه ايضا [خبر زرارة] « قلت لابي جعفر عليه السلام : انى ظهرت من ام ولدى ثم وقعت عليها ثم كفرت ، فقال : هكذا يصنع الرجل الفقيه اذا وقع كفر » [وخبره الاخر] « قلت لابي عبدالله عليه السلام : رجل ظاهر ثم واقع قبل ان يكفر فقال لى : اوليس هكذا يفعل الفقيه ؟ » وحمل الاول على الاستفهام الانكارى والثانى على زياد لفظة او خلاف الظاهر وانما يلتجأ اليه عند الاضطرار المنحصر فى طرح الخبر ليمثل المقام الظاهر كثير من الاخبار فى كفارة واحدة بعد المخالفة والحنث .

ويدل على جواز الوطاء قبل الكفارة موثقة ابى بصير الانية قال سالت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته قال ان اتاها فعليه عتق رقبة او صيام شهرين متتابعين او اطعام ستين مسكينا الحديث فانها صريحة فى ان الكفارة بعد الاتيان فمن مجموع تلك الروايات يظهر كونها قبل التماس محمول على التنب .

ويدل عليه وعلى الواحدة عبدالله بن الحسن ، عن جده على بن جعفر ، عن ابيه ، عن آبائه ، عن على عليه السلام فى حديث قال : أتى رجل من الانصار من بنى النجار رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : انى ظهرت من امرأتى فواقعها قبل ان اكفر ، قال : وما حملك على ذلك ؟ قال : رأيت بريق خلخالها وبياض ساقها فى القمر فواقعها ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : لانقر بها حتى تكفر ، وامره بكفارة الظهار وان يستغفر الله وما ، عن السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام وذكر نحوه الا انه قال : وامره بكفارة واحدة .

وما عن محمد بن مسلم ، عن ابى جعفر عليه السلام قال الظهار لا يقع الا على الحنث فاذا حنث فليس له ان يواقعها حتى يكفر فان جهل وفعل فانما عليه كفارة واحدة . وظهورها فى الوحدة غير خفى ففى الخبر الاول امره بالاستغفار لاجل عصيانه

بترك الكفارة قبلا ثم امره بنفس الكفارة الواحدة وفي الثاني صرح عليه السلام اولا ان الظهار لا يقع الاعلى الحنث والمخالفة اى الاتيان بالوطء فاذا حنث فليس له ذلك حتى يكفر اى بعد الحنث لزم كفارة واحدة فليس كفارة قبل الحنث وبعده تكون لما فعله جريمة .

ويدل على الوحدة ما كان مفادها تكرار الكفارة بتكرار الظهار فانها صريحة فى ان اللازم لكل ظهار كفارة واحدة ولو كان مائة ظهار مثل ما عن حفص بن البختري عن ابي عبد الله او ابي الحسن عليهما السلام فى رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن جميعاً كلهن بكلام واحد ، فقال : عليه عشر كفارات .

وما عن محمد بن مسلم ، عن ابي جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات او اكثر ما عليه ؟ قال : عليه مكان كل مرة كفارة وما عن ابي بصير ، عن ابي عبد الله عليه السلام مثله .

وما عن ابي الجارود زياد بن المنذر قال : سأل ابو الورد ابا جعفر عليه السلام وانا عنده من رجل قال لامرأته : انت على كظهر امى مائة مرة ، فقال ابو جعفر عليه السلام يطيق بكل مرة عتق نسمة ؟ قال : لا ، قال : يطيق اطعام ستين مسكينا مائة مرة قال : لا ، قال : فيطيق صيام شهرين متتابعين مائة مرة ؟ قال : لا ، قال يفرق بينهما . فانه مع تاكيده تكراره بمقدار مائة مرة وان لكل واحد كفارة لم يصرح بالتكرار وبان لكل الظهار كفارتين .

وما عن ابن ابي نصر ، عن عبد الرحمن بن الحجاج ، عن ابي عبد الله عليه السلام فى رجل ظاهر من امرأته اربع مرات فى كل مجلس واحدة قال : عليه كفارة واحدة وفى الوسائل حملة الشيخ على ان المراد كفارة واحدة فى الجنس كما يأتى ويمكن حملة على ما لو كرر الصيغة بقصد تأكيد الظهار الاول لانشاء ظهار آخر ، فان القصد والارادة شرط فى الظهار كما مر والظاهر ان المراد هو الواحدة فى كل كفارة .

وما عن الحلبي قال : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث

مرات ، قال : يكفر ثلاث مرات الحديث .

وما عن جميل ، عن ابي عبد الله عليه السلام فيمن ظاهر من امراته خمس عشرة مرة فقال : عليه خمس عشرة كفارة ولا يخفى اطلاق الجميع من حيث كونها قبل الوطاء وبعده .

وما عن الحلبي ، عن ابي عبد الله عليه السلام فى حديث قال : فان واقع - يعنى المظاهر - قبل أن يكفر ؟ قال : يستغفر الله ويمسك حتى يكفر .

وما عن الحسن الصيقل : سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يظاهر من امرأته قال فليكفر ، قلت : فانه واقع قبل أن يكفر ، قال : أتى حداً من حدود الله عز وجل فليستغفر الله وليكف حتى يكفر .

ولا يخفى صراحة الروايتين بوحدة الكفارة وان المراد بالامساك هو الوطاء الثانى فان الوطاء الاول قد وقع فالظاهر منه ان بعد الوطاء الاول ايضا لزم الكف حتى يأتى بالكفارة لكنه الكفارة لاتعدد فغاية ما يستفاد ان الواجب كون الكفارة قبلا بمعنى ان تركها قبلا موجب لللاثم فقط حيث يوجب الاستغفار الذى للعصيان لانه لزم كفارة اخرى بعد الوطاء فاللازم كفارة واحدة ولزومها قبل التماس بحيث يوجب تأخيرها بعد الوطاء للعصيان .

ولافرق فى ذلك بين تعدد الظهار ووحده كما اذا ظاهرها فى مجلس واحد خمس مرات فيجب عليه خمس كفارات لكل واحدة مرة فاذا كان اللازم كفارتين احدهما قبل التماس فان لم يكفر حينئذ قبلا ووطء يصدق عليه انه وطاء فى كل الخمسة قبل الكفارة فلزم عليه عشر كفارات خمس لكون الوطاء قبل الكفارة وخمس للبعد وهو كما ترى على خلاف هذا النص .

وما عن صفوان قال : سأل الحسين بن مهران ابا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل ظاهر من أربع نسوة ، قال : يكفر لكل واحدة كفارة ، وسأله عن رجل ظاهر من امرأته وجاريته معا عليه ؟ قال : عليه لكل واحدة منهما كفارة عتق رقبة أو

صيام شهرين متتابعين أو اطعام ستين مسكيناً .

وما عن غياث بن ابراهيم ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام في رجل ظاهر من أربع نسوة ، قال : عليه كفارة واحدة صرح فيها بكفاية الواحدة لكل كفارة هذا الذي الجأ الشهيد الى حمل التعدد على الاستحباب فقال في مسالكه بعد قوله ولو وطىء قبل الكفارة هذا هو المشهور بين الاصحاب المتقدمين منهم وجميع المتأخرين ومستنده صحيحة الحلبي السابقة الى ان ساق اخبار المرتين ثم قال وقال ابن الجنيد ثم نقل عبارته ثم نقل روايات الدالة على كفاية المرة كما سمعت ثم قال ما لفظه ايضا ويمكن على هذا حمل الاخبار الواردة بتعدد الكفار على الاستحباب جمعا بين الاخبار مع ان في تينك الروايتين رائحة الاستحباب لانه عليه السلام لم يصرح بان عليه كفارة اخرى الا بعد مراجعات وعدول عن الجواب كما لا يخفى الا ان الرواية الاولى من الصحيح وكذلك الثانية وليس في الباب صحيح غيرهما فتاويلهما للجمع لا يخلو عن اشكال والشيخ حمل الروايات الدالة على عدم تكرار الكفارة على من فعل ذلك جاهلا واستشهد عليه بصحيفة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال الظهار لا يكون الاعلى الحنث فاذا حنث فليس له ان يواقعها حتى يكفر فان جهل وفعل فانما عليه كفارة واحدة وحمل الرواية الاولى منها على ما اذا كان الظهار مشروطا بالموافقة فان كان الكفارة لا تجب الا بعد الوطىء فلو انه كفر قبل الوطىء لما كان مجزيا عما يجب عليه بعد الوطىء ولكن يلزمه كفارة اخرى اذا وطىء فنبه عليه السلام على ان الموافقة لمن هذا حكمه من افعال الفقيه الذي يطلب الخلاص من وجوب كفارة اخرى عليه وليس ذلك الا بالموافقة ولا يخفى عليك بعد هذه المحامل وقول ابن الجنيد لا يخلو من قوة ، وفيه جمع بين الاخبار انتهى .

ولا يخفى ان بعد المحامل في محله ولا مناص الا من هذا الحمل فانه عمل بجميع الاخبار مضافا الى انه لا معنى لكون كفارة الظهار وكفارة للحنث اذا

الثاني عين الاول وهو كفارة الظهار الذي حثه هذا مضافا الى ان الروايات الواردة في الظهار التي قد مرت في اول الظهار خالية عن كون الكفارة قبلا او بعداً بل امرت بكفارة واحدة مطلقا والحاصل لو لم يكن للتعدد معارضا فلامحالة كان اللازم هو اخذ به لكن الفرض تواتر ماورد في الوحدة وكفاية الكفارة الواحدة فاللازم هو العمل بجميع الروايات ولو بجمع بينهما بنحو يصاعد عليه العرف فاختيار الوحدة موافقة للشريعة السهلة .

ومنه يظهر فساد ما في الحدائق حيث نقل اولاً جمع الشهيد وحمل الشيخ فقال بما هو لفظه نعم الواجب الكلام في الجمع بين هذه الاخبار وشيخنا الشهيد الثاني في المسالك حمل الاخبار الاول على الاستحباب ثم انه استشكل ذلك باعتبار صحة روايتي الحلبي وابي بصير بناء على ما قدمنا نقله عنه من حكمه بصحتهما والتأويل فرع المعارضة والافعال عمل على الترجيح بالصحة والشيخ (ره) تعالى قد حمل الاخبار الاخيرة الدالة على عدم تكرار والكفارة على من فعل ذلك جاهلا .
واستدل عليه بصحيفة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال الظهار لا يقع الاعلى الحنث فاذا حنث فليس له ان يواقعها حتى يكفر فان جهل وفعل كان عليه كفارة واحدة .

اقول والتحقيق ان الرواية الاولى من الروايات الاخيرة وهي صحيفة زرارة ليست مما ذكره في شيء وانما المعنى فيها ما قدمناه ذكره من الحمل على ما اذا كان الظهار مشروطا بالمواقعة بان قال انت على كظهر امي ان واقعتك فانه لا تجب عليه الكفارة الا بعد المواقعة ولا يحصل الحنث الموجب لها الا بذلك .

و اما حسنة الحلبي فليس فيها الا انه اذا واقع قبل ان يكفر فليستغفر الله وليمسك حتى يكفر ولا دلالة فيه على انه يكفر كفارة واحدة بل هي اعم من الواحدة والاثنين وحينئذ فيحمل على الكفارتين جمعاً بين الاخبار المفصلة وعلى هذا فتتحصر المخالفة في رواية زرارة وهي لا تبلغ قوة في معارضة تلك الاخبار

فيجب حملها على ما ذكره الشيخ من الجاهل الناسي .

وبذلك يظهر قوة القول المشهور انتهى وضعفه يظهر مما فصلنا وانما الكلام في القبلية .

وقد عرفت ما في كلماتهم وقد حملوا ما دل على الوحدة بما لا يرضى صاحبه وكيف يصح من شيخ الطائفة حمل صحيح محمد بن مسلم على من فعل جاهلا مع انه اولا ذكره عنه بنحو الضابط الكلي لجميع الناس ان الظهار وهو تحريم وطء زوجته ولا يحل الامع الحنث فذلك لا يرتبط بالجاهل فانه قاعدة كلية وهي ان الكفارة بعد الحنث وانه اذا حنث اى وطء فليس بعده الوطء جائزاً الا بالكفارة وبعد هذه القاعدة للجميع قال فان جهل فليس الخ فيه حكم مخالف لما في القاعدة الكلية بل نفس كفارة واحدة فالرواية عمدة ما في الباب من حيث الصحة ومفاده ليس الا واحدة ونظيره في الفساد حمل ما دل على الكفارة الواحدة بعد الوطء بما اذا كان مشروطا وكان الوطء بعد تحقق شرطه اذ قبل الشرط لا يتحقق ظهار كى يلزم الكفارة .

ولا يخفى بعده مضافا الى عدم صحة الشرط والتعليق عند الاكثر .

وكيف كان فالمسألة مما قد زلت اقدام الرجال والله العالم باحكامه .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لو كرر الوطء تكررت الكفارة﴾ .

وفي الجواهر وفاقاً للمشهور، بل لاخلاف معتد به أجده فيه ، لصدق الوطء

قبل التكفير على كل منها ، وقد عرفت ظهور الادلة في كونه سبباً للتكفير، والاصل

عدم التداخل ، مضافاً الى خبر أبي بصير عن الصادق عنه «اذا واقع المرة الثانية

قبل أن يكفر فعليه كفارة اخرى» وليس في هذا اختلاف انتهى .

قد عرفت ان الظاهر من مجموع الروايات هو وحدة التكفير مثل قول

ابى جعفر عنه اذا ظاهر من امرأته ثم يمسه قبل ان يكفر فانما عليه كفارة واحدة

فهو صريح في ان المس اى الوطء قبل الكفارة لا يوجب الا كفارة واحدة وقوله

ثم يمسه مطلق شامل للمس الواحد او المتعدد فلا تكرر حينئذ فى الكفارة ولو بعد تعدد الوطء وكان قبل اداء الكفارة فليس عليه الا الواحدة اتى بها قبل الوطء او بعده تعدد الوطء اولا نعم على المشهور من تكرار الكفارة لو لم يأت بها قبل الوطء لكان التكرار فى محله مع انه ممنوع ايضاً اذ غايته عليه كفارتان احدهما قبل التماس و ثانيهما بعده فتم بعده وجوبها الشرطى لصدق وجوب الكفارة بعد الوطء ولزومها ثالثاً مع الوطء الثانى وهكذا يحتاج الى دليل اذ بالاول صدق الكفارة بعد الوطء فيتم كالصائم تعلق به الكفارة بعد الافطار فلا يكون صائماً بعده حتى يتعلق عليه كفارة اخرى .

وبالجملة فيما افادوا تأمل بل منع فان معنى وجوب الكفارة كما عرفت كونها شرطاً لحلية الكفارة يعنى بدونها كان الوطء حراماً فاذا حصل الشرط حلت الوطء وصدق كونه وطاءً بعد الكفارة وليس معناه ان لكل وطء ازم كفارة فالظهار سبب لحرمة الوطء لا للتكفير اذ بالظهار يحرم الوطء ويحتاج الى محمل فالكفارة شرط لمعلول اوجد علمته بسوء اختياره .

والحاصل قوله عز من قائل والذين يظاهرون من نساءهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبه ان الظاهر منه ان الظهار حرم الوطء وانه العلة التامة لها وانه لو ندموا على ما قالوا من تحريم الوطء الثابت بالعلة وعادوا الى ما نهوا فيه يحتاج الى تحرير رقبة الظهار ليس سبباً لتحرير الرقبة بل سبباً لحرمة الوطء التى يتوقف حليته على الكفارة فالسبب واحد وهو الظهار ومسببه واحد او هو حرمة الوطء الا بالكفارة فاذا حصلت الكفارة بعد وطء الاول قد حصل شرط الاباحة للباقي فكما لو كفر قبل التماس قد سقط عند الباقي فكذلك لو كفر بعد التماس سواء كان الوطء واحد او متعدداً وكيف يصح تكرار الكفارة بمجرد وقوع الوطء قبل التماس مع قوله عَلَيْهَا اذا وقع كفر .

وقوله في خبر آخر بعد السؤال عن رجل ظاهر ثم واقع قبل ان يكفر فقال **الإبلا** لى اوليس هكذا يفعل الفقيه وانه فى مقام اعطاء القاعدة الكلية الفقهاية وان ذلك هو الفعل الفقيه وانه بعد المخطاء يكفر لرفع عصيانه لاقبلا فقد ظهر من ذلك انه ليس اسبابا متعدداً كى يحتاج الى مسببات متعددة واما خبر ابى بصير فهو محمول على عدم قصده الكفارة رأسا بعد الظهار بل ذلك ظاهر منه و لو سلم اطلاقه لصورة القصد كان على خلافه الاخبار والقواعد ايضا .

والحاصل ان قوله لزوجه ظهر كظهر امى بما له من المعنى علة تامة لحصول حرمة الوطء لانه علة لحصول الكفارة وتحققها كيف فلو كان علة للكفارة لزم ان لا ينفك المعلول عن العلة مع ان الانفكاك كثير كما يطلقها بعد الظهار خلعا اورجعيلا لا يرجع فيها حتى ينقضى العدة فلا كفارة حينئذ فلو كان الظهار علة لها لزم انفكاك المعلول عن علته التامة فليس الظهار علة و سبباً للكفارة اصلا فلا يكون السبب متعدداً كى يقتضى مسبباً متعدداً اى كفارة متعددة بل الظهار يقتضى حرمة الوطء واحداً كان او متعدداً فقبل الكفارة يحرم و لو وقع ماء وطء وبعده قد تم المنع فالحرمة باقية الى ان يحصل الكفارة فيرتفع الحرمة نعم كل وطء بدون كفارة قبله حرام لانه يوجب كفارة اخرى .

المسألة الثالثة اذا طلقها رجعيّاً ثم راجعها لم تحل له حتى يكفر ﴿ بلا خلاف الا اذا لم يرد الوطء وذلك لانه فى زمن العدة كانت احكام الزوجية باقية فى الجملة ومن احكام الزوجية هو الكفارة لو اراد الوطء فكذلك اذا راجع فى العدة فعليه الكفارة عند اعادة الوطء سواء طلقها للفرار عن الكفارة ام لا . واما مرسل النميرى عن أبى عبد الله (ع) «رجل ظاهر ثم طلق قال : سقطت عنه الكفارة اذا طلق قبل أن يعاود المجامعة ، قيل : فانه راجعها ، قال : ان كان انما طلقها لاسقاط الكفارة عنه ثم راجعها فالكفارة لازمة له أبداً اذا عاود المجامعة ، وان كان طلقها وهو لا ينوى شيئاً من ذلك فلا بأس ان يراجع ، ولا كفارة عليه» .

فظاهره التفصيل بين قصد الفرار من الكفارة فثابتة وبين عدمه فيسقط و لو بارادة الوطاء وهو على خلاف الكتاب والسنة للزوم الكفارة على الواطى بلا كلام والخلاف فى وحدتها وتعددتها وفى الجواهر بعده قال مع سقوطه عن الحجية قاصر عن المعارضة من وجوه، ولذا لم اجد عاملا به. ﴿ ولو خرجت من العدة ثم تزوجها ووطأها فلا كفارة ﴾ .

قال فى الحدائق ما لفظه لا خلاف بين الاصحاب رضوان الله عليهم فى ان المظاهر اذا طلق طلاقا رجعيًا ثم راجع فى العدة فان حكم الظهار باق فلا تحل له حتى يكفر .

وانما الخلاف فى انها اذا طلقها بائنا او رجعيًا ولكن تركها حتى خرجت من العدة ثم تزوجها بعقد جديد فهل يكون حكم الظهار باقياً كالصورة الاولى ام لا قولان اشهرهما واطهرهما الثانى انتهى .

ويدل عليه خبر يزيد بن معاوية على ما عن الفقيه ويزيد الكناسى على ما عن غيره المنجبر بما عرفت ان كان فى سنده شىء ، قال : «سألت ابا جعفر (ع) عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها تطليقة ، فقال اذا طلقها هو تطليقة فقد بطل الظهار وهدم الطلاق الظهار ، فقلت له : فله أن يراجعها ؟

قال : نعم هى امرأته ، فان راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل ان يتماسا ، قلت : فان تركها حتى يحل اجلها وتملك نفسها ثم تزوجها بعد ذلك هل يلزمه الظهار من قبل ان يمسه ؟ قال : لا ، قد بانث منه وملكت نفسها .

وفى الجواهر مؤيدا بالنصوص المستفيضة الدالة على سقوط الكفارة عنه بالطلاق .

﴿ وكذا لو طلقها بائناً وتزوجها فى العدة ووطأها ﴾ ضرورة أنها بالطلاق البائى قد ملكت نفسها وانقطع حكم السبب الاول الذى وقع عليه الظهار وانما استحل نكاحها بعقد جديد .

وفى الجواهر خلافاً لسار و ابي الصلاح فأوجب احكم الظهار. ولو بالتزويج بعد عدة البائنة لاطلاق الاية الذى هو مع الاعضاء عن تقييده بما سمعت منساق الى العود بذلك السبب لامطلقاً انتهى .

وهو فى محله بعد وضوح بطلان حكم الظهار بمجرد كونها مالكة لنفسها مطلقاً سواء كان بعد العدة فى الطلاق الرجعى او فى العدة بعد الخلع كما عرفت من روايات كثيرة فلا بد من طرح المخالف او تأويله بما لا ينافى غيره .
نعم دليلهما على ذلك [حسن على بن جعفر] عن اخيه عليه السلام سأله «عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها بعد ذلك بشهر او شهرين فتزوجت ، ثم طلقها الذى تزوجها فراجعها الاول ، هل عليه فيها الكفارة للظهار الاول؟ قال : نعم عتق رقبة او صوم او صدقة » .

وفى الجواهر القاصر عن معارضة ما سمعت بمخالفة الشهرة وموافقة العامة وغير ذلك ، فلا بأس بحمله على النذب انتهى .
ويضعف ايضاً بان الظاهر منه ان تزويج الثانى وقعت فى العدة بمقتضى لفظه الفاء وصريح قوله بشهر او شهرين واشتماله على مراجعة الاول لا تزويجها مع انه لا بد من التزويج حينئذ فالخبر قاصر دلالة وسندا .
* وكذا * لا كفارة قطعاً * لو ماتا أو مات أحدهما * قبل العود بلا خلاف ولا اشكال * او ارتدا او احدهما * .

وفى الجواهر عن فطرة أو عن ملة قبل الدخول او بعده اذا كان المرتد الرجل عن فطرة ، حتى لو قلنا بقبول توبته على وجه يصح له تزويجه بامرأته لكن هو حينئذ كالمطلق بائناً بل اعظم ، ولو كان عن ملة او كانت المرتدة الامراة فهو بحكم الطلاق الرجعى ، ضرورة الرجوع الى الزوجة بالاسلام فى العدة كما هو واضح ويمكن كون اطلاق المصنف اتكالا على وضوحه ، وللفرق بين الطلاق الرجعى وبينه بجعله سبباً جديداً دون الطلاق ، والله العالم .

المسألة * الرابعة لو ظاهر من زوجته الامة ثم ابتاعها فقد بطل العقد * كما

عرفته وعرفت مافيه فى محله ولو قلنا بعدم بطلان العقد كان كفارة بحالها.

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو وطأها بالملك ﴾ الجديد ﴿ لم يجب عليه الكفارة ﴾ للاصل وغيره مما عرفت ﴿ ولو ابتاعها من مولاها غير الزوج ففسخ ﴾ نكاحه ﴿ سقط حكم الظهار ﴾ الذى قد تعلق به .

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو تزوجها الزوج بعقد مستأنف لم تجب الكفارة ﴾ وكذا لو اشتراها منه .

المسألة ﴿ الخامسة اذا قال « انت كظهر امى انشاء زيد » فقال شئت » وقع على القول بدخول الشرط فى الظهار ﴾ وقد عرفت مافيه .

﴿ ولو قال : انشاء الله ﴾ وقع ان قصد التبرك و الا ﴿ لم يقع ظهار ﴾ عندنا ، لانه لم يشأ المحرم ، بل ، وعند الاشاعرة ، للجهل بالشرط وان جوزوا مشيئته له .

المسألة ﴿ السادسة لو ظاهر من اربع بلفظ واحد ﴾ لا ياربع الفاظ مثل أنتن على كظهر امى ﴾ كان ﴿ مظاهراً منهم مع قصد الجميع والا فمن قصد منهم بلا خلاف ، بل عن المسالك وكشف اللثام الاجماع عليه ، فان فارقهن بما يرفع الكفارة من طلاق ونحوه فلا اشكال ، وان عاد اليهن أجمع فالمشهور أن ﴿ عليه عن كل واحد كفارة ﴾ بل عن الخلاف الاجماع عليه ، لصدق الظهار عن كل واحدة .

قال فى المختلف اذا كان له اربع نسوة او ثلاث فظاهر منهن بلفظ واحد فقال انتن على كظهر امى او بالتفريق بان واجه كل واحدة بالظهار تعدد الظهار بعدد النساء على قول اكثر علمائنا قاله الشيخان وابو الصلاح وابن البراج وابن ادريس .

وقال ابن الجنيد وان ظاهر من اربع نسوة فى كلمة واحدة كان عليه كفارة واحدة .

وجعله ابن البراج رواية لنا ان كل واحدة منهن قد تعلق بها حكم للظهار من التحريم ووجوب الترافع لو رافعته دون الباقيات فيتعلق به حكم الكفارة لوجود السبب التام انتهى .

ويدل على تعدد الظهار بتعدد النساء فيلزم لكل واحدة كفارة مع ارادة الوطء على كل منهن [حسن حفص بن البختري] عن الصادق والكاظم عليهما السلام «في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن كلهن جميعاً بكلام واحد ، فقال : عليه عشر كفارات» وخبر صفوان قال : «سأل الحسين بن مهران أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل ظاهر من أربع نسوة . فقال : يكفر لكل واحدة كفارة ، وسألته عن رجل ظاهر من امرأته وجاريتها ما عليه ؟ قال : عليه لكل واحدة كفارة» الحديث

وقد عرف ايضا امثال تلك الروايات آنفا فرجع والمخالف كما عرفت ابو علي فكفارة واحدة ، لانحداد الصيغة كاليمين ، ولخبر غياث بن ابراهيم عن الصادق عن أبيه عن علي عليه السلام «في رجل ظاهر من أربع نسوة ، قال : عليه كفارة واحدة»

ولا يخفى انه بظاهره غير الواضح ان اتحد الصيغة لا يلازم اتحد الظهار لامكان ان يكون اللفظ واحدا ولكن المدلول متعدداً فاذا اشار الى اربع نساته وقال اتن علي كظهر امي كن داخلات في عموم كلامه جدا ولو كان اللفظ واحدا وكما اذا قال باربع نساته اتن طالقات او زوجاتي طالقات مع وجود شرائط الطلاق واما خبر غياث فقولُه عليه السلام في رجل ظاهر من اربع نسوة الخ فمن للتبعيض قطعاً اي ظاهر بعض منهن وليس الا الواحدة فالواحدة المظاهرة معلومة عند المظاهر بقريئة حكمه بالواحدة من الكفارة سلمنا كون السؤال من ظهار الاربع

وكان الجواب هو وحدة الكفارة عن الجميع وحيث ان هذا المعنى لا يصح على ظاهره بدلالة لا قضاء وصونا لكلام الحكيم عن اللغوية يحمل على صورة ارادة وطء احدها من المعين اذ من المعلوم ان الظهار لا يترتب عليه الكفارة مطلقاً بل في صورة ارادة الوطء كما عرفت والافمن ظاهر زوجته من دون الارادة وطئها لا يوجب

الكفارة الا اذا راجعت الزوجة الى الحاكم فامر الزوج اما بالوطء او بالطلاق فليس الظهار موجب للكفارة بوجه فمن المحتمل ارادة وطئها المعين فقال الامام كفارة واحدة سلمنا عدم ذلك فنقول هذه الكفارة الواحدة كانت لظهار الجميع ووطء الجميع اولا

والاول باطل بالقطع بمقتضى الكتاب والسنة المترتبة الكفارة على وطء المظاهرة المعينة وليس فيها ما يظهر منهما كفاية كفارة عن وطء الجميع والثانى اما ان يراد به الواحد المعين فيصح كما عرفت واما الغير المعين فلا يصح لعدم امكان جعله للجميع وللبعض المبهم ترخيص من غير مرجح ﴿ولو ظاهر من واحدة مراراً﴾ وعاد لما قال بعد كل ظهار أولم يعد بعد كل ظهار بل عاد بعد الاخير ﴿وجبت عليه بكل مرة كفارة﴾

وفى الجواهر وفاقاً للاكثر ، لظهور الادلة فى سببية كل منها ، والاصل تعدد المسبب بتعدد السبب انتهى لاشكال فيما ظاهر زوجته ثم كفر ووطئها ثم ظاهرها ثانيا وهكذا فانه يجب عليه كفارة للظهار الثانى ولا اشكال ايضا فيما كرر عليها الظهار سواء ﴿فرق الظهار﴾ عن الاخر بان حصل التراخى بينهما او وقع فى مجلس غير مجلس الاول ﴿او تابعه﴾ وواقعه فى مجلس واحد من غير فصل ومن دون ارادة تأكيد لان الفرض ان الظهار سبب للمحرمة وهو متعدد على الفرض فيكون المسبب وهو المحرمة متعدد فان لكل سبب مسبب قطعاً فيتحقق حرمة الوطء من كل واحد من الظهارات المتعددة والفرض ان كل وطء حرام لا يحل الا بالكفارة فالظهار الاول موجب لمحرمة الوطء بدون الكفارة وكذا الظهار الثانى والثالث وهكذا وانما الاشكال فيما اراد المتكلم التأكيد .

قال فى الجواهر وان حكى عن المبسوط نفى الخلاف عن التعدد فى صورة التفريق ، وسواء اتحد المشبه به أو تعدد ، وسواء تخلل التكفير أو الوطء أولاً ، بل سواء قصد التأكيد بالثانى والثالث مثلاً أولاً وان حكى عن الشيخ فى المبسوط أنه نفى الخلاف عن الوحدة اذا نوى التأكيد ، بل ظاهر الفخر فى الايضاح أن

محل الخلاف في غير صورة التأكيدي ، ويقرب منه ما في كشف اللثام ، ولكن لم نتحققه ، بل لعل مقتضى إطلاق المتن والقواعد والنافع ومحكى الجامع وابن أبي عقيل وابن زهرة وابن ادريس عدم الفرق ولعله لذا صرح في محكى المختلف بعدم الفرق انتهى .

ويدل عليه روايات كثيرة كما مرت مثل صحيح ابن مسلم عن الباقر عليه السلام «سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر ما عليه؟ قال : عليه مكان كل مرة كفارة» وصحيحه الآخر عن أحدهما عليهما السلام : «سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر ، فقال : قال علي عليه السلام : مكان كل مرة كفارة» لحديث وصحيح الحلبي «ألت أبا عبد الله عليه السلام «عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات، قال : يكفر ثلاث مرات» .

وخبر جميل عن أبي عبد الله عليه السلام «فيمن ظاهر من امرأته خمس عشرة مرة قال : عليه خمس عشرة فارة» ﴿ومن فقهائنا من فصل﴾ بين الولاء والتفرقة . وهو الشيخ كما عن المبسوط من أنه «ان والى ونوى التأكيدي أو أطلق لم يلزمه أثر من كفارة ، وان نوى الاستئناف أو فرق تعددت ، تخلل التكفير أولاً» ونحوه عن الوسيلة صريحاً والخلاف مفهوماً فانه حكم بالتعدد اذا نوى الاستئناف لكن لم يفرق فيه بين التوالى والتفريق كما حكاه في الجواهر عنهم وقال بعده واضح الضعف لكنه ظن انه قوى اى ما افاد في المبسوط من كون الثانى تأكيدياً للاول ويساعده العرف فيما قال ولاء أنت على كظهر امي انت على كظهر امي ان الثانية تأكيدي للاول بل غير بعيد ان يكون كذلك مع الفصل بل يقوى لوقال قصدي مرة واحدة بذلك التكرار وجعلته تكراراً لقولى الاول .

نعم لا بد حينئذ قصده تكرر الاول و لا فيعد متعدداً بل لولا كثرة الروايات لكان للاشكال في ذلك مجال واسع فان القول الاول اثر اثره فلا مجال للقول الثانى كما لو عقد زيد فاطمة اولاً ثم عقده ثانياً فلا اثر للثانى اصلاً او طلقها اولاً

ثم طلقها ثانيا فلا يزيد الثانى على ما زاد على الامر الاول فامر الثانى تحصيل للحاصل ولا يحصل تشبيها ثانيا غير الاول نعم لو ظاهرها بالقول الاول وادى كفارته عند ارادة الوطء ثم ظاهرها ثانيا صح ذلك بلا كلام لكن على خلافه الروايات الكثيرة فلا بد من الالتزام بها فيما امكن الالتزام به كما فى صورة التفريق لالتتابع القابلة للتأكد .

وفى الجواهر ما لفظه هذا وفى المسالك « أنه يظهر من قول المصنف : «ومن فقهاثنا» الى آخره أن منهم من فرق بين ما لو تابع وفرق ، فحكم بالتعدد فى الثانى دون الاول .

وفى رواية ابن الحجاج ما يرشد اليه ، لانه حكم بالاتحاد مع اتحاد المجلس وتلك الاخبار الدالة على التعدد مطلقة ، فتحمل على اختلاف المجلس جمعاً بين الاخبار ، وهذا قول موجه بالنسبة الى دلالة الاخبار ، وطريق الجمع بينها ، الأنا لم نقف على القائل به من اصحابنا ، نعم نقله الشيخ فى المبسوط عن بعضهم ، ومقتضى طريقته أنه من العامة لامن أصحابنا « وفيه أنه مع قطع النظر عن ذلك قاصر ، عن تقييد تلك المطلقات المعتضدة بالعمل ، وبقاعدة تعدد المسبب بتعدد السبب .

ولا يخفى ان المسلم منه ما يتخلل الكفارة بعد السبب او كانت الاسباب متعاقبة لامتوالية وليس كل سبب موجباً لتعدد المسبب كما فى الاحداث الصغار والكبار فان السبب الثانى ليس الا تأكيداً وتشديداً للمسبب الثانى اذ بعد ما حصل حدث الجنابة لامعنى لحصول جنابة اخرى وان كان فرقاً بينها وبين المقام وبالجملة حرمة الوطء قد حصل بالظهار الاول فيكون الثانى تحصيلاً للحاصل لكن الروايات على خلافه .

وفى المختلف ما لفظه قال الشيخ فى النهاية ومتى ظاهر الرجل من امرأته مرة بعد اخرى كان عليه بعدد كل مرة كفارة فانه عجز عن ذلك لكثرتة فرق الحاكم بينه وبين امرأته .

والمبحث هنا يقع في مقامين الاول في حكم تكرير الظهار وتبعه ابن البراج

وابن ادريس .

وقال ابن الجنيد ان ظاهر بامه ثم ظاهر باخته لزمه كفارتان واحدة عن ظاهر
بالام والاخرى عن ظهاره بالاخت لانهما حرمتان انتهكهما وان كرر ظهاره بامه قبل
التكفير لزمه كفارة واحدة .

وقال الشيخ في المبسوط وتبعه ابن حمزة وان تكرر منه لفظ الظهار لم يخل
اما تكرر منه متوالياً او متراخياً والاول لم يخل اما اراد به التأكيد او الظهار فان
اراد به التأكيد لم يلزم غير واحد بلاخلاف وان اراد الظهار كان الجميع ظهاراً
والثاني يكون الجميع ظهاراً .

وقال ابن ابي عقيل ولو ان رجلاً تكلم بلفظ الظهار مرتين او ثلاثاً او اكثر
من ذلك في وقت واحد اوفى اوقات مختلفة كان عليه لكل مرة كفارة وهو موافق
لمذهب الشيخ لانه اكثر تفصيلاً منه وتنصيماً وهو المعتمد .

لنا ان كل ظهار سبب مستقل بالتكفير ووجوبه لفهوم الآية بان تعليق الحكم
على الوصف مشعر بالعلية .

وما رواه ابو بصير عن الصادق عليه السلام قال جاء رجل الى النبي ﷺ
فقال يا رسول الله ظهرت من امرأتى فقال اذهب فاعتق رقبة ومفهومه لاجل
الظهار ووجود السبب يستلزم وجود مسببه والا لم يكن السبب سبباً هذا خلف والظهار
كما وجد في المرة الاولى وجد في الثانية فلو اتحدت الكفارة لزم اما تخلف
المعلول عن علته التامة او اجتماع العلل على معلول واحد وكلاهما محال انتهى .
ويقتض بنواقض الاحداث الكبار والصغار فان الحدث حاصل بالسبب
الاول وفي الثاني لزم اما تخلف المعلول عن العلة واما اجتماع العلل على معلول
واحد وينقض ايضاً بوقوع الظهار وعدم ارادة الوطء وبالطلاق بعد الظهار وعدم
الرجوع فان العلة التامة متحققة من دون معلولها والحل ما عرفت في جواب صاحب
الجواهر من ان الظهار سبب لحرمة الوطء وهي المعلول لا الكفارة وهي التي

لا ينفك عن العلة الا فيما ذهب موضوعها فما افاد ابن الجنييد متين لولا الاخبار في الجملة وحاصله ان السبب ان كان متعدداً لزم تعدد المسبب فان التشبيه بالامسبب والتشبيه بالاخت سبب آخر ومقصودنا عدم صحة كل سبب يحتاج الى مسبب بنحو الاطلاق فمثل وجوب القتل لو كان باسباب مختلفة ليس قبلا للتعدد .

﴿و﴾ من جميع ما ذكرنا يعلم عدم صحة قوله ﴿لو وطأها قبل التكفير وجب عليه عن كل وطء كفارة واحدة﴾ قد عرفت ان تكرار الكفارة غير ثابت من جميع الاخبار وظاهر المتن ما اذا وقع الظهار على زوجة واحدة مرة واحدة وحينئذ اذا كان اتى بها مرة قبل الكفارة الاولى لزم عليه مائة كفارة تأمل فيه .
وفي الشريعة السهلة ومادل على ان لله لا يريد بكم العسر مع كثرة الروايات المتقدمة الدالة على ان الكفارة واحدة او انما تجب بعد الحنث مثل رواية على بن مهرباز المتقدمة ومثل ما اجاب بان الفقيه يفعل ذلك بعد السئوال عن وطء وقع قبل لكفارة وامثال ذلك الذي قدمر سابقا فلا يشبث الا كفارة واحدة ولو كان بعد عشر سنين والف دخول غاية الامر وقع الوطاءات على العصيان الا اذا كان الظهار عليها مكرراً فلا بد لكل لظهار كفارة فتدبر في جميع ما قلناه .

المسألة ﴿السابعة اذا أطلق الظهار﴾ ولم يقيده بقيد وشرط ﴿حرم عليه الوطاء حتى يكفر﴾ بلا خلاف معتد به ولا اشكال ، لما سمعته من الكتاب والسنة والاجماع ﴿ولو علقه بشرط﴾ كما لو قال مثلاً : «أنت على كظهر امي ان دخلت الدار أو كلمت زيداً» ﴿جاز الوطاء ما لم يحصل الشرط﴾ لعدم تحقق الظهار المشروط به ، فان دخلت أو كلمت زيداً وقع بعد الدخول والتكلم ، سواء طال الزمان أو قصر .

﴿و﴾ حينئذ ﴿لو وطأ قبله لم يكفر﴾ للاصل وغيره اقول قد عرفت انه عندي مسألة الشرط والتعليق غير ثابت في مثل الايقاعات والعقود وقد عرفت آنفا تردد المصنف في الشروط فلاجرم كان هذه الفروع على مذهب القوم واضاف

اليها الشارح الجواهر اكثر من ذلك وحيث لم اظن بصحتها فلم نتعرض لما كان في الشرح ففي الجميع لا يوجب الحنث الا من حيث مخالفة الشرط لا من حيث مخالفة الظهار .

﴿ولو كان الوطاء هو الشرط﴾ بأن قال : «أنت على كظهر امي ان وطأتك»
 ﴿ثبت الظهار بعد فعله﴾ على قول من صحح الظهار بالشرط كثيره من الشرائط
 ﴿ولا تستقر حتى يعود﴾ الى ارادة وطئها ثانياً لا الوطاء الاول اذ به يتحقق الظهار
 ﴿وقيل﴾ كما عن الصدوق والشيخ في الفقيه والمقنع والهداية والنهاية :
 ﴿تجب﴾ الكفارة ﴿بنفس الوطاء﴾ وان كان ابتداءه جائزاً ، لان الاستمرار وطاء
 ثان ، وانما السباح مسماه ، فيجب حينئذ بما زاد على مسماه بالنزع أو غيره .

﴿وهو﴾ غير ﴿بعيد﴾ لوضوح انه على فرض صحة الظهار وانعتاد يحصل
 بمجرد الشروع سيما اذا طالق وطئها وسيما اذا كان في مرة واحدة كرر الاخراج
 والدخول لكن الامر سهل عندي .

المسألة الثامنة يحرم الوطاء على المظاهر ﴿اذا عاد﴾ ما لم يكفر ﴿ولم يكن
 عازما على التكفير فان الوطاء حرام بمقتضى الكتاب والسنة واما لو كان غرضه
 اداء الكفارة لكنه يؤخرها عن الوطاء لجهات قد مر الكلام فيه مثل عدم وجود
 ما يحصل به الكفارة نفسه او ثمنه او المستحق لاخذها وكان من قصده الدفع بعد
 الوطاء لامر يجعله وعدم امكان الصبر فلا يبعد عدم الحرمة ايضا وقد سمعت مني
 عدم الحرمة حينئذ وكفاية المرة الواحدة سواء كفر بالعتق أو الصيام أو الاطعام﴾ .

ويدل عليه خبر زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال ان الرجل اذا ظاهر من
 امرأته ثم يمسه قبل ان يكفر فانما عليه كفارة واحدة ويكف عنها زوجها حتى
 يكفر والظاهر منه كون وجوب الدفع فوراً بالزم عليه التعجيل مهما امكن لقوله
عليه السلام ويكف عنها اي يكف عنها بعد الوطاء حتى يكفر لولم يكن له مانع من الاداء
 ﴿ولو﴾ كانت الكفارة هو الصوم ثم ﴿وطأها خلال الصوم﴾ قال المصنف

﴿استأنف﴾ اطلاقه وعدم تقييد الاستئناف بما وطء فى الليل او فى الشهر الثانى ظاهر فى ان الوطء مطلقا موجب للاستئناف فيظهر منه ان المحكم بالاستئناف ليس من حيث بطلان التابع بل من حيث ان يكون الوطء بعد الكفارة .

وبالجملة ليس نظره الى كون التابع صحيحا او باطلا كى يحتاج الى التقييد بالليل بل نظره الى عدم وقوع الوطء بين الكفارة فاذا وقع لزم الاستئناف ثم اشار الى قول من قيده بالليل لزمه انه لو لم يبطل التابع لم يلزم الاستئناف فقال ﴿وقال شاذ منا﴾ وهو ابنا ادريس وسعيد على ما حكى عنهما ﴿لا يبطل التابع لو وطأ ليلا﴾ .

وحيث عرفت ان نظر المصنف الى ان لزوم الاستئناف ليس من حيث بطلان التابع بل مطلقا ولو كان التابع صحيحا فقال ﴿وهو غلط﴾ اى قول ابن ادريس ومن زعم ان الاستئناف لاجل بطلان التابع لامطلقا غلط لاجل عدم الاعتناء بكفارة وقوع الوطء فى اثنائها لان ظاهر الادلة ان الكفارة قبل الوطء فاللازم كون الوطء بعد تمام الشهرين وحيث لم يكن كذلك لزم استئنافها فصح نسبه الغلط الى ابن ادريس وغيره وكيف كان فاطن ان نسبة الغلط الى المقيدىن بالوطء بالليل فى محله فلاشكالات عليه فى غير محله والنسخة صحيحة ولايحتاج الى ضرب لفظ الغلط والمسألة ليس فيها كثير اشكال كما زعمه صاحب الجواهر فلايرد على المصنف ما اورد عليه نعم حكمه بالاستئناف ايضا غير مفيد فانه لا يؤثر فى صيرورة الكفارة قبل الوطء بعد العلم بوقوع الوطء فى اثنائها بل عدم الاستئناف اولى .

قال فى الجواهر بعد قول المصنف وهو غلط ما لفظه وكأنه ظن أن ابن ادريس لم يفهم المراد بالتتابع فى كلام الشيخ ، لكن الانصاف أن المسألة فى غاية الغموض ، ولايستأهل القائل بالاتمام المحكم بغلطيته ، بل هو قول قوى ونظر حسن كما عرفت ذلك كله .

بل قد عرفت اختيار جملة من الاساطين له كالفاضل والشهيدىن والكر كى ،

ولعله لذا قال الاخير فى حاشيته على الكتاب : «والحق أن ما غلظه به المصنف من التغليب ونسبه الى الشذوذ توغل فى الخشونة وخروج عن الانصاف» قلت : ويمكن أن يكون قد تنبه المصنف لذلك فيما بعد فضرب على هذا ، ولكن قد تكثر النسخ فانه يحكى عن جملة منها خلوها عن ذلك انتهى .

اقول ان ابن ادريس فهم المراد بالتتابع وانه لا يبطل اذا وقع الوطء فى الليل بل يعرفه كل ذى مسكة فضلا عن مثله بل الذى يمكن ان لا يتوجه اليه هو عدم الاعتناء بكفارة وقع فى خلالها الوطء وزعم ان التابع لو صح لا يلزم الاستئناف وهذا الامر قد اوجب الاشتباه فزعم ان الوطء لو لم يضر بالتتابع لا يلزم الاستئناف لان الفرض لزوم كفارة صحيحة وقد اتى بها غفلة عن ان الكلام فى عدم وقوع الوطء فى اثنائها وحيث وقع فلايكفى فلزم الاستئناف وغفلة ايضا عن ان الاستئناف لا يوجب عدم كفارة وقع بينها الوطء عرفا وعقلا فلاوجه لايراد صاحب الجواهر او غيره وزعمهم كون لفظ الغلط غلط وقوله بانه يمكن ان يكون قد تنبه المصنف لذلك فيما بعد فضرب على الغلط وذلك لان نسبة الغلط فى محله واحتمال الضرب عليه ممنوع وقد يوجه بذلك صاحب الجواهر من عبارة القواعد فقال .
ومن التامل فيما ذكرنا ظهر لك الوجه فيما ذكره الفاضل فى القواعد ، فانه بعد أن حكى القولين فى المسألة قال : «وهل يكفى الاستئناف عن كفارة الوطء قبل اكمال التكفير اشكال» اذ هو ليس الا من جهة حصول الوطء فى الاثناء فلا يدخل فيما دل على ايجابه الكفارة زيادة على كفارة الظهار ، لظهوره فىمن وطأ قبل أن يشرع فى التكفير ، لكن قد عرفت أنه بأفساده الكفارة التى وقع فى اثنائها صار كالوطء قبل التكفير ، ولعله لذا وغيره لم أجد خلافاً فى ايجابه الكفارة أيضاً حتى من الفاضل فى غير المقام انتهى .

حيث قال فى وجه اشكال القواعد اذ هو ليس الا من جهة حصول الوطء فى الاثناء الخ لكن بعده قال لكن قد عرفت الخ وحاصله انه اذا فسد الكفارة بالوطء خرجت عن الاعتبار

فيمصدق وقوع الوطء قبل الكفارة ومن اجل ذلك التزموا بالاستئناف و كيف كان
فزعم كون مدار البحث على فساد التابع وعدمه خارجا عن المقصود كما صرح
به ابن ادريس وكذا صرح به فى الخلاف .

قال اذا وطىء غير زوجته فى حال الصوم ليلا لم ينقطع التابع ولا الصوم
وان وطىء نهاراً ناسياً فمثل ذلك وان وطىء نهاراً عامداً قبل ان يصوم من الشهر
الثانى شيئاً قطع التابع وان كان بعد ان صام من الثانى شيئاً كان مخطئاً ولم يقطع
التابع بل يبنى عليه وقال الفقهاء ان كان وطىء ليلاً مثل ما قلناه وان كان نهاراً قطع
التابع ووجب الاستئناف [دليلنا] اجماع الفرقة واخبارهم انتهى .

وظاهر قوله ولم يقطع التابع عدم وجوب الاستئناف وقد عرفت الخلط
بينهما ولعله من ذلك صرح فى الجواهر بغموض المسألة فى الغاية والذى يسهل
الامر ما عرفت منا من عدم لزوم كون الكفارة قبل التماس وانه محمول على
الاستحباب فلا فرق فى الصوم الشهرين بين وقوع الوطء فى اثنا عشر اولاً كما عرفت
من ابن الجنييد ذلك فيما كان الكفارة هو الاطعام ولا فرق ايضاً بين الخصال الثلاث
فلا يحتاج الى هذه التكاليف الشديدة فالحق هو جواز وقوع الوطء فى اثنا عشر الكفارة
وان كان عدمه اولى والله العالم .

﴿وهل يحرم عليه﴾ أى المظاهر بظهاره ﴿مادون الوطء كالقبلة والملاسة
قيل﴾ والقائل الشيخ وجماعة على ما قيل : ﴿نعم ، لانه مماسة﴾ .

وفى الجواهر لغة ، والاصل عدم النقل والاشتراك ، ولانه مقتضى تشبيهها
بالام التى يحرم فيها غير الوطء من الاستمتاع بها ، واختاره فى القواعد ، بل ظاهرها
تحريم مطلق الاستمتاع حتى النظر المحكى عن ظاهر بعض الاصحاب التصريح
بحليته انتهى .

وعبارة الخلاف هذه اذا ثبت الظهار حرم الوطى فيما دون الفرج وكذلك
القبلة والتلذذ وللشافعى فيه قولان احدهما وهو الاصح مثل ما قلناه والثانى انه لا يحرم

غير الوطى فى الفرج [دليلنا] قوله تعالى « من قبل ان يتماسا » فوجب الكفارة من قبل التماس واسم الميسيس يقع على الوطى وما دونه فتناوله الظاهر انتهى . ولا يخفى بعد كون المراد من الميسيس مطلق التمتع ﴿ و ﴾ لذا قال المصنف ﴿ فيه اشكال ينشأ من اختلاف التفسير ﴾ للمماسه فى الاية الشريفة المتعارف الكناية بها عن الوطء فى غير المقام ، فيحصل الظن بارادته منها هنا وان كان الميسيس أعم من ذلك لغة ، بل فى حاشية الكركى انها كناية مشهورة عنه ، ويعضد التفسير فيحمل عليه ، بل عن ابن ادريس الاتفاق على ارادته منه هنا .

قال فى المختلف قال الشيخ فى المبسوط والخلاف اذا ثبت الظهار وحرم الوطى حرم الوطى فيما دون الفرج وكذلك القبلة والتلذذ .

وقال ابن ادريس لا يحرم عليها تقبيلها ولا ضمها ولا عناقها احتج الشيخ رحمه الله بقوله تعالى من قبل ان يتماسا فوجب الكفارة قبل التماس واسم الميسيس يقع على الوطى وما دونه فتناوله الظاهر قال ابن ادريس لادلالة فيه لان الميسيس يراد به هنا الوطى بلاخلاف وقول ابن ادريس لا يخلو من قوة انتهى .

وهو قوى جدا كما فى قوله عز من قائل اولا مستم النساء فان المراد به الوطء قطعاً فبعد القطع بالمراد لامعنى للتمسك بالمعنى اللغوى فيجوز جميع التمتع منها الا الدخول قبلاً ودبراً .

قال فى الجواهر ويؤيده انه المنساق من نصوص الباب خصوصاً ما جاء فى العود المفسر فيها بارادة الوطء وخصوص ما سمعه من صحيح ابى بصير فى المسألة الاتية ولا اقل من الشك ، والاصل الحل ، والنشبه بالام يمكن كون المراد منه حرمة الوطء المستفاد من قوله تعالى : « حرمت عليكم امهاتكم » خصوصاً بعد أن لم تخرج المرأة عن ملك الاستمتاع بها ، فيمكن ان يكون مفاد الظهار حينئذ حرمة وطئها كالحيض والصوم وان كان فى الشرع احوال للمرأة بالنسبة الى الاستمتاع

بها الذي قد يحرم على الزوج كالمحرمة والمعتكفة لكن لا ريب في ان الاصل الحل حتى يثبت ما يقتضى التحريم على العموم ، كما هو واضح انتهى .

والحاصل ان الظهار كان سببا لحرمة خصوص الوطء لا غير ذلك من التمتع كالحائض الذي يحرم وطئها دون غير ما فلو لم يكفر بقيت على حرمة الوطء وابطاحه غيرها كالمبيت والتفخيذ ونحوهما

المسئلة ﴿ التاسعة اذ اعجز المظاهر عن ﴾ خصال ﴿ الكفارة أو ما يقوم مقامها ﴾ ان قلنا به كما ستسمع التحقيق فيه في محله انشاء الله ﴿ عدا الاستغفار قيل ﴾ والقائل الشيخ وجماعة ، بل نسبه غير واحد الى الاكثر : ﴿ يحرم عليه ﴾ الوطء ﴿ حتى يكفر ﴾ وفي الجواهر للاصل بعد اطلاق الادلة كتابا وسنة حرمة الوطء قبل التكفير انتهى .

ولا يخفى ما فيه بعد ما عرفت من عدم الدليل بنحو الاطلاق في طى كلماتنا مضافا الى الروايات الواردة في عدم لزوم الكفارة قبل التماس وعدم تكرره نعم قدورد روايات دلت على عدم السقوط ولو بالعجز

ويدل عليه [صحيح أبي بصير] عن الصادق عليه السلام « كل من عجز عن الكفارة التي تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقة في يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارة فالاستغفار له كفارة ما خلا يمين الظهار ، فانه اذا لم يجد ما يكفر به حرمت عليه أن يجامعها ، وفرق بينهما الا ان ترضى المرأة ان يكون معها ولا يجامعها» .

[وخبر أبي الجارود] قال : « سأل ابو الورد أبا جعفر عليه السلام وانا عنده عن رجل قال لامرأته أنت على كظهر امي مائة مرة فقال ابو جعفر عليه السلام : يطبق بكل مرة عتق نسمة ؟ قال : لا قال يطبق اطعام ستين مسكينا مائة مرة ؟ قال : لا قال : فيطبق صيام شهرين متتابعين مائة مرة قال : لا قال : يفرق بينهما » لكن الظاهر هو الصعوبة في الدين في الغاية مع ان الدين ليس بنائه على مثل ذلك

﴿و﴾ لذا ﴿قيل﴾ والقائل ابن ادريس وتبعه المصنف في النافع والفاضل
في محكمي المختلف ﴿يجزؤه الاستغفار وهو اكثر﴾

وفي الجواهر وان كنا لم نتحققه لان الاصل براءة الذمة من الحرمة في الحال
المزبور الذي ايجاب الكفارة معه تكليف بغير المقدور بل في حرمة الوطاء عليه مع
اصالة عدم وجوب الطلاق عليه من الحرج ما لا يخفى انتهى .

ويدل عليه روايات موافقة لسهولة الشريعة كموثق اسحاق بن عمار عن
الصادق عليه السلام «ان الظهار اذا عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر ربه ، ولينو ان لا يعود
قبل ان يواقع ، ثم ليواقع وقد اجزاء ذلك عنه من الكفارة ، فاذا وجد السبيل الى
ما يكفر به يوماً من الايام فليكفر ، وان تصدق بكفه فاطعم نفسه وعياله فانه يجزؤه
اذا كان محتاجاً ، والا يجد ذلك فليستغفر الله ربه ، وينوى أن لا يعود ، فحسبه بذلك
والله كفارة»

وخبر داود بن فرقد «الاستغفار توبة وكفارة لكل من لم يجد السبيل الى شيء
من الكفارة» والمسألة مشككة وفي الجواهر بعد نقل هذه الروايات .

قال في المختلف المقام الثاني في حكم العاجز عن التكفير قال الشيخ هنا
يفرق الحاكم بينهما ثم قال بعد ذلك في النهاية ومتى عجز عن اطعام ستين مسكينا
صام ثمانية عشر يوماً فان عجز عن ذلك ايضاً كان حكمه ما قدمناه من انها تحرم عليه
وطئها الى ان يكفر ،

وقال المفيد رحمه الله والكفارة عتق رقبة فان لم يجد صام شهرين متتابعين
فان لم يقدر على الصيام اطعم ستين مسكيناً فان لم يجد الاطعام كان في ذمته الى ان
يخرج منه ولم يجز ان يطاء زوجته حتى يؤدي الواجب عليه في ذلك وهو حسن وهو
اختيار ابن الجنيد .

وقال ابن بابويه في رسالته والكفارة تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام شهرين
متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعم ستين مسكيناً لكل مسكين مد من

طعام فان لم يجد تصدق بما يطبق .

وكذا قال ابنه في المقنع ثم قال فيه وروى في حديث آخر انه اذا لم يطق اطعام ستين مسكينا صام ثمانية عشر يوماً .

وقال ابن البراج فان كان غير قادر على الكفارة لم يلزمه الطلاق واذا عجز عن الاطعام صام ثمانية عشر يوماً واذا عجز عن ذلك ايضا لم يجزله وطى زوجته التي ظاهر منها وبقي على ذلك الى ان يكفر

وقال ابن حمزة اذا عجز عن فرضه صام شهرين متتابعين فان عجز صام ثمانية عشر يوماً فان عجز تصدق عن كل يوم بمدين من طعام فان عجز استغفر الله ولم يعد ذكر ذلك في اصناف الكفارات .

والظاهر من كلامه ادراج حكم الظهار فيه .

وقال ابن ادريس الاولى انه يستغفر الله تعالى بدلا عن الكفارة ولا يفرق الحاكم بينه وبين زوجته لان التفريق بينهما يحتاج الى دليل ولادليل على ذلك الا ان شيخنا رجح في استبصاره وقال يستغفر الله ويطأ زوجته وتكون الكفارة في ذمته اذا قدر عليها كفر لكن قال والصحيح ان الاستغفار كفارة لمن لا يقدر على الكفارة رأساً والوجه ما قاله ابن ادريس لناصاله براءة الذمة واباحة الوطى ويجاب الكفارة مع العجز تكليف بغير المقدور فيكون مدفوعاً انتهى .

وفي الجواهر اورد عليه بانه لا تكليف بالكفارة حتى يقال انه تكليف بغير مقدور وانما التكليف بحرمة الوطء بدون الكفارة فيمكن ترك الوطء حتى لا يلزم الكفارة ولا اشكال في تركه الا في صورة مضي اربعة اشهر من الوطء فهو واجب لولا المانع كما هنا فانه حيث توقف حلية بالكفارة ولم يقدر عليها وبدونها يحرم فلا يجب ذلك حينئذ .

وحيث قال العلامة ايجاب الكفارة مع العجز تكليف بغير المقدور فرده بانه لا تكليف بالكفارة كي يسقط بالعجز وانما التكليف بالوطء وانه ممتنع ومتوقف على

الكفارة قال قده بعد نقل اخبار المسئلة قال مالفظه وفيه ان الاخير مقيد بالصحيح السابق كما ان الاصل مقطوع بظاهر الادلة المقتضى حرمة الوطاء على المظاهر حتى يكفر .

ولا تكليف بالكفارة مع العجز عنها حتى يقال انه تكليف بغير المقدور، بل اقصاه الامتناع عن الوطاء ، وفرض ذلك في خصوص ما لو وجب الوطاء عليه - لكون المظاهرة زوجة وقدمضى لها أربعة اشهر - يدفعه منع التكليف له بالوطاء باعتبار توقيفه على التكفير المفروض تعذره ، فهو حينئذ غير مقدور، فلا تكليف به انتهى . ولا يذهب عليك منافات كلامه مع ما مر منه قده في مسألة تعدد السبب وان الظهار سبب للكفارة والوطاء سبب آخر للكفارة فيثبت كفارتان لو وطأ بدون الكفارة وظاهر هذا الكلام مع فساده ان الوطاء علة لوجوب الكفارة فكيف لا تكليف بالكفارة كما هو صريح كلامه في المقام .

وكنا قد اوردنا عليه بعدم تعدد الاسباب والظهار سبب واحد لتحريم الوطاء وحليته متوقف على الكفارة وما افاد في المقام يرجع الى ما اوردناه عليه فيما مر وكيف كان فما افاده هنا حق وان التكليف فقط بترك الوطاء وانه محرم من ناحية السبب الذي هو الظهار والكفارة شرط لباحة الوطاء والوطاء قد يجب من حيث ميل الزوجة بحيث لولاه لادى الى الزنا .

وقديجب من مضي اربعة اشهر ولانسلم منع التكليف بالوطاء بل يجب قطعاً ويباح بدون الشرط لسقوطه بعدم القدرة عليه بالتكليف بالوطاء قطعي في بعض الموارد وهو يتوقف على الكفارة المشروطة بالقدرة عليها كما هو صريح اخبار المقام فتأمل وتدبر .

ثم ان المراد بالاستغفار هل يكون لفظه وانه كاف في سقوط الكفارة او المراد به حقيقته والتوبة الى الله من هذا العصيان كما هو كذلك في سائر الموارد ذهب الى الاول في الجواهر والى الثاني في المسالك قال على ما حكى عنه.

واعلم ان المراد بالاستغفار في هذا الباب ونظائره ان يقول: استغفر الله مقترناً بالتوبة التي هي الندم على فعل الذنب و العزم على ترك المعادة الى الذنب أبداً ولا يكفي اللفظ المجرد عن ذلك ، وانما جعله الله كاشفاً عما في القلب ، كما جعل الاسلام باللفظ كاشفاً عن القلب ، واللفظ كاف في البدلية ظاهراً ، واما فيما بينه وبين الله تعالى فان لم يقترن بالتوبة التي هي من الامور الباطنة لم يترتب عليه اثر فيما بينه وبين الله تعالى ، بل كان الوطاء معه كالوطء قبل التكفير ، فيجب عليه به كفارة اخرى في نفس الامر وان لم يحكم عليه بها ظاهراً انتهى عبارته المحكية .
و في الجواهر بعده قال قلت : قد يقال ان الاستغفار هو طلب المغفرة في الله تعالى ، و ليست التوبة من مقوماته ، نعم ظاهر الموثق المزبور اعتبارها معه لكن الفتاوى مطلقة ، و دعوى الاجتزاء بذكره عنها لان المراد به القول المزبور مقترناً بها ممنوعة انتهى .

وهو في محله ولا استبعاد في ان الشارع جعل نفس انظر الاستغفار بمنزلة الكفارة في صورة العجز عنها ولو لم يكن مقترناً بالتوبة والله العالم .
المسألة ﴿ العاشرة ان صبرت المظاهرة ﴾ على ترك الزوج وطئها ﴿ فلا اعتراض ﴾ بلا خلاف اجده فيه ، بل و لا اشكال ، للاصل السالم عن المعارض بعد معلومية انحصار حق الاستمتاع فيهما ، فلا اعتراض لاحد عليهما .
﴿ وان ﴾ لم تصبر ﴿ رفعت امرها الى الحاكم ﴾ المعد لامثال ذلك ، فاذا احضره ﴿ خيره بين التكفير و الرجعة وبين الطلاق و انظره ﴾ للتفكر في ذلك ﴿ ثلاثة اشهر من حين المرافعة ، فان انقضت المدة و لم يختار احدهما ﴾ حبسه و ﴿ ضيق عليه في المطعم و المشرب ﴾ بان يمنعه عما زاد على سد الرمق مثلاً ﴿ حتى يختار احدهما ، و لا يجبره على الطلاق تعييناً و لا يطلق عنه ﴾ و لا على التكفير كذلك ، لعدم الدليل عليه .

لان المظاهر مختار في امر زوجته فربما لا يميل الى الطلاق ولا يقدر على

الكفارة فيصبر على الضيق الى ان يختار احدهما موثق ابى بصير قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ، قال : ان أتاها فعليه عتق رقبة او صيام شهرين متتابعين او اطعام ستين مسكيناً ، والا ترك ثلاثة ، فان فاء والا اوقف حتى يسأل الك حاجة في امرأتك او تطلقها ؟ فان فاء فليس عليه شيء ، و هي امرأته ، وان طلق واحدة فهو املك برجعتهما»

الحمد لله اولا وآخراً وصلى الله على محمد وآله الطاهرين.

ثم اعلم انى اكتفيت فى شرح المتن ونقل الاقوال وذكر الروايات بما فى الجواهر الا فيما يحتاج الى شرح ازيد ونقل الاقوال وذكروا روايات اكثر فتعديت عن ذلك وذكرت الثلاث بقدر الحاجة وقد وقع الفراغ من تسويد هذه الاوراق بيد الحقير الذليل العاصى

محمد رضا ابن الحسين المشتهر بالمحقق

غفر الله له ولوالديه وويليه الكفارات

انشاء الله وصلى الله على

محمد وآله الطاهرين

الى يوم الدين

فهرس كتاب حقائق الفقه

الصفحة

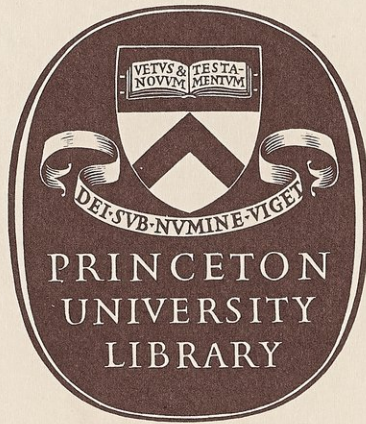
العنوان

٢	كتاب الطلاق
٣	فى ان عدة الحامل وضع الحمل
١٣	فى استئناف العدة لو كان الزوج فى العدة
١٥	فى عدم الاستئناف لومات فى الطلاق البائن
١٧	فى عدة الحامل
٢١	فى تقدم احد الحادئين على الاخر
٢٣	فى اتصال زمان الشك بزمان اليقين
٢٥	فىما لو اقرت الزوجة بانقضاء العدة
٢٧	فىما يتعلق بعد الوفاة
٢٩	فى وجوب الحداد على من فات عنها زوجها
٣٣	فى عدة الوفاة
٣٥	فى وجوب الحداد والعدة على الصغيرة وعدمه
٣٧	عموم الاحكام الوضعية الصغيرة وعدمه
٣٩	فىما يتعلق بالاحكام الوضعية
٤٩	فى فروع الحداد

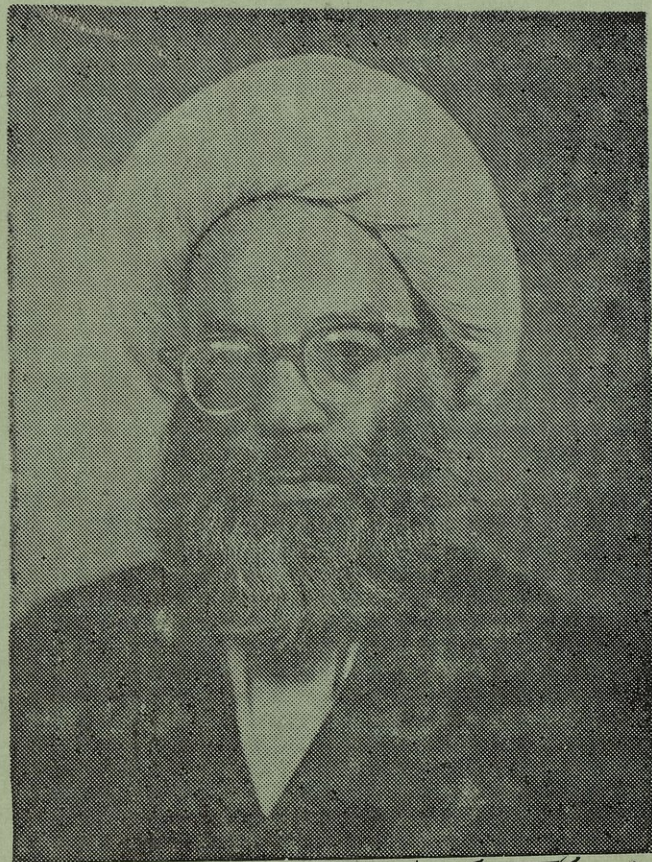
الصفحة	العنوان
٥٣	فيمن فقد زوجها
٧٣	في عدد الاماء وفروعاته
٧٧	في عدم جواز خروج المطلقة من بيت الزوج
٧٩	في احكام الرجعة وفروعاته
٩٥	في التزويج في العدة
١٠٥	في ان عدة الوفاة بالوقوع والبلوغ
١١٣	في لزوم العدة لو طلقها بعد الرجوع او الخلع
١٢١	فمن وطأ الشبهة موجب للعدة
١٢٣	فيمن نكحت زوجته شبهة في عدته الرجعية
١٢٤	كتاب الخلع
١٢٥	في الخلع والمبارات
١٢٧	في احتياج الخلع الى الطلاق
١٤٣	في كتاب الخلع الى الطلاق
١٤٥	في ان الطلاق مع العوض وخارج عن الخلع
١٥٥	في فروعات الخلع
١٦٧	في شرائط الخلع
١٧٧	لو طلقها والاخلاص ملتزمة مع العوض
١٧٩	في عدم صحة هذا الطلاق رجعيا
١٨١	في جواز عضلها لو اتت بالفاحشة
١٨٣	في ان الرجوع في الخلع على الزوجة
١٨٧	في جواز تزويج اخت الزوجة بعد الخلع
١٨٩	في عدم جواز رجوع الزوجة ببعض ما بذلت

الصفحة	العنوان
١٩٣	في ان مختلعة لايلحقها الطلاق
١٩٥	في فروعات مايتعلق بقولها طلقني بالف
١٩٩	فيما اذا الاب بالطلاق
٢٠١	في الوكالة في الخلع
٢٠٣	فيما اتفقا في القدر واختلفا في الجنس
٢٠٥	فيما اتفقا على المقدار واختلفا في ارادته
٢٠٨	كتاب المباراة
٢٠٩	في ان المباراة قسم من الخلع او مبين معه
٢١٧	كتاب الظهار
٢١٩	في اخبار المقام
٢٢٩	في عموم الام الجدة والجداة
٢٣١	في اشتراط وجود الشاهدين عند الظهار
٢٣٣	في المراد من عدم جعل اليمين في الظهار
٢٣٥	في عدم وقوع الايقاعات معلقا ومشروطاً
٢٤١	في الظهار
٢٤٣	في عدم وقوع الظهار الى مد
٢٤٥	فيما لو قال انت على حرام
٢٤٧	فيما يتعلق بظهار المعلق
٢٥١	في صحة الظهار الخصى
٢٥٣	في اشتراط الدخول وعدمه
٢٥٥	عموم الظهار في المتعة
٢٥٧	في وجوب الكفارة عند ارادة الوطاء

الصفحة	العنوان
٢٦٣	فى تعدد الكفارة وعدمه
٢٧٧	فى تكرار الكفارة ثانياً وثالثاً وهكذا
٢٧٩	فلو طلقها رجعيًا ثم راجعها
٢٨١	لو ظاهر من ربع بلفظ واحد
٢٨٣	فى تكرار الكفارة بتكرار الظهار بالواحد
٢٨٧	فىما قيد الظهار بقيد وشرط
٢٨٩	فى حرمة الوطاء بدون الكفارة
٢٩٣	فىما اذا عجز عن الكفارة
٢٩٧	فىما اذا رفعت الزوجة امره الى الحاكم



WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa.
SEPT - OCT 1989
We're Quality Bound



تمثال مبارک حضرت آیۃ الہ العظمیٰ جناب آقای حاج شیخ محمد رضا محقق تبرانی
مؤلف کتاب حقائق الفقہ