**درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری**

**جلسه118– 26 /09/ 1397 زوجه بودن حقیقی یا حکمی /مطلقه رجعیه** **/کتاب العده**

خلاصه بحث:

استاد گرامی در ادامه بحث تأسیس اصل در مورد زوجیت معتده، به بررسی اصول مختلف و اشکالات مطرح می‌پردازند.

**قاعده مقتضی و مانع**

در جلسه قبل موضوع بحث این بود که اصل اولی در معتده رجعیه این است که او را زوجه بدانیم یا زوجه ندانیم. یک تقریب ذکر کردیم که با تمسک به قاعده مقتضی و مانع معتده را زوجه بدانیم به این صورت که ازدواج مقتضی زوجیت دائمیه و طلاق مانع استمرار زوجیت است و نمی‌دانیم که مانعیت طلاق از زمان انقضای عده است یا از وقتی که طلاق واقع می‌شود. قاعده مقتضی و مانع اقتضا می‌کند که مانعیت طلاق بعد از انقضای عده حاصل شود.

مباحثی مطرح شد و گفتیم این جا از باب مقتضی و مانع نمی‌تواند باشد، چون ما جایی قاعده مقتضی و مانع را قبول داریم که از باب تزاحم ملاکات باشد. اگر این از باب تزاحم ملاکات باشد، لازمه‌اش این است که طلاق نباید جایز باشد، زیرا ایجاد ظرف تزاحم به حکم عقل حرام است، در حالی که ما می‌دانیم طلاق حرام نیست و این کاشف از این است که این جا بحث تزاحم نیست.

بعضی از دوستان گفتند که هر جا که تزاحم رخ دهد ایجاد ظرف تزاحم حرام نمی‌شود و گاهی مصلحت الزامیه با مصلحت ترخیصیه مزاحم است و آن جا دیگر نمی‌توانید بگویید که ایجاد ظرف تزاحم اشکال دارد.[[1]](#footnote-1) [[2]](#footnote-2) [[3]](#footnote-3) نمی‌خواهم بحث کنم که اصل این بیان درست است یا نه، ولی اصل این بیان ربطی به عرض ما نداشت. بحث ما این است اگر در بقای زوجیت بعد از طلاق و حتی بعد از انقضای عده که مسلماً دیگر عقد باقی نیست مصلحت ملزمه وجود دارد، چرا شارع بعد از انقضای عده حکم به عدم بقای زوجیت کرده است. باید در بقای زوجیت مفسده‌ای باشد تا با مصلحت ذاتی بقای زوجیت تزاحم کند. این جا بحث ترخیص در کار نیست. بحث ما این است که طلاق منشأ می‌شود که مصلحت الزامیه بقای زوجیت از بین برود و مفسده‌ای در باقی ماندن ازدواج ایجاد شود و لازمه‌اش این است که مصلحت الزامیه‌ای که در بقای زوجیت هست از بین برود. ربطی به بحث معارضه مصلحت الزامیه و ترخیصیه ندارد.[[4]](#footnote-4)

بنابراین اگر ما بودیم فی نفسه باید بگوییم طلاق جایز نیست، ولی شارع حکم به حرمت طلاق نکرده و طلاق را مجاز دانسته است، زیرا چه بسا در نفس طلاق یک مصلحت و در تحریم طلاق یک مفسده وجود داشته باشد. لازمه این مطلب این است که طبع اولیه این است که طلاق حرام باشد، ولی خیلی وقت‌ها ممکن است حرمت طلاق مزاحمات دیگری داشته باشد. از این حیث که طلاق منشأ از بین رفتن مصلحت ملزمه بقای زوجیت می‌شود، باید طلاق حرام باشد، ولی ممکن است شارع مقدس می‌بیند که اگر جلوی طلاق را بگیرد

مشکلات دیگری پیش می‌آید. پس نمی‌توان به طور کلی آن بیان را آورد. احتمال آن باعث می‌شود که این حرف‌ها را نتوانیم مطرح کنیم. از مسلم بودن جواز طلاق استفاده نمی‌شود که تزاحمی بین بقای زوجیت و عدم بقای زوجیت در ملاکات وجود ندارد. ممکن است تزاحمی وجود دارد و شارع مقدس به خاطر این تزاحم حکم به عدم بقای زوجیت کرده است و آن مصلحت الزامیه بقای زوجیت را فدا کرده است. اما با همه این‌ها چرا شارع اصلاً زمینه این تزاحم را فراهم کرده است؟ به خاطر این که ممکن است در خود عدم اجازه طلاق مفسده وجود داشته باشد.

بحث ما این بود که وقتی این تزاحم صورت می‌گیرد شارع مقدس مصلحت بطلان عقد را مقدم داشته است. یعنی یک مصلحت ملزمه این جا وجود داشته است و شارع آن را تفویت کرده است. ممکن است بگوییم از این که شارع طلاق را تجویز کرده است استفاده می‌شود که چنین تزاحمی نبوده است و اگر تزاحمی وجود داشت، نباید شارع اجازه طلاق می‌داد. این اشکال بود.

**ارتکاز عقلایی**

پاسخ مطلب این است که ممکن است تزاحم بوده باشد و مصلحت الزامیه بقای طلاق هم فوت شده باشد، ولی اجازه طلاق توسط شارع به خاطر این است که خود طلاق مصلحت داشته است و تحریم الطلاق مفسده داشته است. پیاده کردن قاعده مقتضی و مانع در این جا فرع این است که مقتضی بقای زوجیت حتی بعد از انقضای عده را تمام بدانیم. کشف این مقتضیات و ملاکات وابسته به ارتکازات عقلایی و ارتکازات متشرعه است. آیا واقعاً ارتکاز متشرعه بقای زوجیت حتی بعد از طلاق و انقضای عده را اقتضا می‌کند؟ هیچ این طور نیست و متشرعه نسبت به این مسئله ارتکاز خاصی ندارند. فرض این است که طلاق صورت گرفته است، مدتی هم به طرفین مهلت داده شده و عده هم سپری شده است. آیا بعد از تمام شدن طلاق و عده باز هم عقلائاً مصلحت این است که آن طلاق کان لم یکن فرض شود؟ اصلاً این طور نیست. آیا قبل از انقضای عده به مجرّد تحقق طلاق مصلحت این است که زوجیت باقی بماند؟ مصلحت عقلائاً این طور نیست و مشکوک است. عقلا چیز خاصی نمی‌دانند.

با توجه به این که شارع فرموده است طلاق ندهید، وقوع طلاق با وجود نهی شارع به دلیل این است که دعوای زن و شوهر بالا گرفته است و این اختلافات تا حدی است که به آن نهی شدید اعتنا نکرده‌اند، آیا در این صورت عقلا می‌گویند مصلحت این است که زوجیت ادامه پیدا کند؟ جاهایی که بین زن و شوهر دعوا و کتک‌کاری رخ داده است، دیگر زندگی نیست. خیلی وقت‌ها که به آخر خط رسیده‌اند و طلاق داده می‌شود، نمی شود گفت که بقای علقه زوجیت بعد از طلاق مصلحت دارد. پس احراز ذی مصلحت بودن بقای زوجیّت بعد از طلاق ثابت نیست و مقتضی در این جا احراز نشده است و ربطی به قاعده مقتضی و مانع ندارد.

خیلی وقت‌ها چه بسا بقای زوجیّت قبل از طلاق هم مصلحت نداشته باشد، ولی شارع مقدس چون نمی‌خواهد خودش دخالت قانونی کند، تصمیم‌گیری را به شوهر واگذار می‌کند. علت این که اختیار طلاق به شوهر داده شده این است که بقای زوجیت مصلحت نبوده است و دخالت مستقیم شارع نیز مصلحت نبوده است. در بعضی شرایط هم ممکن است عسر و حرج و موارد شدید باشد که مثلاً شوهر نفقه نمی‌دهد و حاکم شرع تفریق ایجاد کند. پس شارع به شوهر یا به حاکم شرع اجازه می‌دهد. این تصور که بقای زوجیت در همه شرایط مصحلت دارد، نه عقلائاً این طور است نه شرعاً. بنابراین احراز مقتضی که شرط اجرای قاعده مقتضی و مانع است در ما نحن فیه نیست.[[5]](#footnote-5)

**اصل عقلایی**

در جلسه قبل این نکته را مطرح کردیم که یک اصل عقلایی وجود دارد - هر چه می‌خواهید نامش را بگذارید، استصحاب، قاعده مقتضی و مانع یا... - که اعتباراتی مثل زوجیت، ملکیت، رقیت و... تا مزیل آن‌ها

ثابت نشود باقی هستند. در مقابل این بیان گفته می‌شود که یک قانون عقلایی وجود دارد که اثر انشا باید از حین انشا باشد و تفکیک منشأ از انشا خلاف ارتکاز عقلایی است. بنابراین اگر بین طلاق صحیح و ترتیب اثر طلاق صحیح فاصله بیفتد بر خلاف ارتکاز عقلایی است. شرط این تقریب این است که بگوییم ادله شرعیه اصلاً متکفّل بیان این مطلب نشده‌اند که آیا زوجیت در ایام عده باقی است یا نه، ولی اگر گفتیم که ادله شرعیه مختلف هستند و بعضی از ادله شرعیه اقتضا می‌کند که زوجیت باقی باشد و برخی از ادله اقتضا می‌کند که زوجیت باقی نباشد و از باب تعارض ادله نتوانستیم مسئله را حل کنیم، مشکل است که به آن اصل عقلایی تمسک کنیم.

**اشکال حاج آقا**

در بحث اصاله العموم آقایان می‌فرمایند عام حجت است و اگر نمی‌دانیم مخصصی وارد شده است یا خیر، به اصاله العموم تمسک می‌کنیم و اصاله العموم را یک اماره می‌دانیم. حاج آقا می‌فرماید معروف است که می‌گویند ما من عام الا و قد خص و معمول عموم‌ها مخصص دارند، با این حال این چه عامی است که تخصیص نخورده است. آیا اگر عامی صادر شده است، می‌توانیم ثبوتاً بگوییم که اصلاً مخصصی نبوده است؟ آیا عام اماریت دارد برای این که مخصصی صادر نشده است؟ مشکل دوم این است که این احتمال را که مخصصی وجود داشته و به ما نرسیده است با چه نفی می‌کنید؟ قاعده «لو کان لبان» در جایی که اطمینان‌بخش باشد درست است، ولی آیا در مورد مخصصات می‌توانیم بگوییم لو کان لبان؟ آیا ما قانونی داریم که می‌گوید هر چیزی که صادر شده است حتماً به ما رسیده است و از نرسیدن به ما کشف می‌کنیم که ثبوتاً وجود نداشته است؟[[6]](#footnote-6)

حاج آقا دو نکته دارند. نکته اول این است که اصاله العموم اماره نیست، بلکه اصل عملی است. یک قانون عقلایی وجود دارد که عمومات را تا مخصص نداشته باشد حجت می‌دانند، نه این که عام نسبت به عدم وجود مخصص اماریت و کاشفیت دارد. یک اصل عملی است و الا سنگ روی سنگ بند نمی‌شود.[[7]](#footnote-7)

از آن طرف بحث دیگر این است که از کجا می‌گوییم مخصص نبوده است، شاید مخصص بوده و به ما نرسیده است. این را از کجا می‌توانیم احراز کنیم؟ شبیه همین مشکل در مورد بسیاری از ارتکازات عقلایی هم وجود دارد. شما می‌گویید سیره عقلا وجود دارد و حجیت این سیره به امضای شرع است. امضای شرع با عدم ردع است. از کجا می‌گویید ردع نشده است؟ شاید ردع شده، ولی به ما نرسیده است. این یک مشکل عام است که شاید چیزهایی بوده، اما به ما نرسیده است. یک بیان، تناسب بین رادع و مردوع است. آیا در سیره‌های معمولی که به آن قوت نیست و دایره‌اش گسترده نیست، احتمال ندارد که یک ردع وجود داشته باشد و به ما نرسیده باشد؟

قانونی که شرع دارد در خلأ ایجاد نمی‌شود، بلکه در یک بستر زمینه است، یعنی نظام قانون‌گذاری شرع در یک نظام قانون‌گذاری عرفی عقلایی شکل گرفته است. حاج آقا می‌فرماید اصل عقلایی این است که اگر نظام ما ناظر به آن نظام زمینه‌ای و اصلاح کننده آن است و ثابت نشود که آن را اصلاح و تصحیح کرده است، نظام اولیه حجت است. یعنی لازم نیست احراز شود که ردعی وارد نشده است. البته باید فحص کنیم و اگر بعد از تفحص در ادله ردعی ندیدیم، عقلا می‌گویند باید به همان نظام اولیه عمل کرد. ایشان همین نکته را در مورد عمومات می‌فرماید، یعنی عام معتبر است و باید مخصص آن ثابت شود.

**جمع مبانی**

با این که ایشان این مبانی را دارند، در جایی که مخصص مجمل و دایر بین اقل و اکثر است، می‌فرماید دیگر به عموم نمی‌شود تمسک کرد. آیا این مبانی را می‌توان با هم جمع کرد؟ از یک طرف بگوییم اگر مخصص عام ثابت نشود، آن عام حجت است و اگر رادع سیره عقلا ثابت نشود، آن سیره عقلا حجت است، با این حال

جایی که مخصص مجملی وجود دارد و قدر متیقنی هم دارد، در مواردی که دایر بین اقل و اکثر است، بگوییم در اکثر هم دیگر به عام نمی‌شود تمسک کرد.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

1. پاسخ سؤال: فرض کنید مصلحت الزامیهای در بحث سواک بوده است. میفرماید: لو لا ان اشق علی امتی لامرتهم بالسواک و شارع مقدس به دلیل این که ممکن است افراد به مشقت بیفتند امر نکرده است. از یک طرف مصلحت الزامی در مسواک کردن بوده است ولی به خاطر مفسدهای که در الزام وجود دارد یا مصلحتی که در ترخیص وجود دارد مسواک زدن را واجب نکرده است. [↑](#footnote-ref-1)
2. پاسخ سؤال: بحث ما تزاحم عند المولی است و از این لحاظ تفاوتی بین تزاحم ملاکی به اصطلاح شهید صدر و تزاحم اصطلاحی وجود ندارد. [↑](#footnote-ref-2)
3. پاسخ سؤال: نه، ممکن است مکلّف این ظرف را ایجاد کند. [↑](#footnote-ref-3)
4. پاسخ سؤال: اگر ملاک ملزمهای در زوجیت بعد از طلاق و انقضای عده وجود داشته باشد، نباید شارع اجازه دهد که شما طلاق دهید. معنای اجازه شارع نسبت به طلاق این است که شارع آن ملاک ملزمه را زیر پا گذاشته است. نمیشود شارع اجازه دهد که مکلف ملاک ملزمه را زیر پا بگذارد. باید بحث را به شکل دیگری مطرح کرد. این که شارع نباید اجازه طلاق بدهد درست است. اجازه طلاق دادن بنا بر این مبنا این محذور را دارد، ولی گاهی خود این که شارع جلوی طلاق را بگیرد مفسدههایی دارد. یعنی نباید فقط بقای زوجیت و عدم بقای زوجیت را بسنجیم بعد بگوییم اجازه طلاق توسط شارع مقدس باعث میشود که مصلحت بقای زوجیت از بین برود. گاهی خود اجازه طلاق دادن مصلحت دارد. [↑](#footnote-ref-4)
5. پاسخ سؤال: خیلی وقتها مصحلت در این است که حد و حدود گذاشته شود. گاهی مصلحت در نظام قانونی است. مصلحت شخصی را نباید در نظر گرفت. [↑](#footnote-ref-5)
6. پاسخ سؤال: بحث علم اجمالی نیست. بحث سر این است که اطمینان داریم که حجت به ما نرسیده است؟ [↑](#footnote-ref-6)
7. پاسخ سؤال: ایشان میفرماید کاشفیت هم ندارد. [↑](#footnote-ref-7)