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

**جلسه122– 03 /10/ 1397 زوجه بودن حقیقی یا حکمی /مطلقه رجعیه** **/کتاب العده**

**خلاصه بحث:**

استاد گرامی بحث عدم اثبات تخصص با اصاله العموم را مطرح می‌کنند و در ادامه به استدلال پنجم و اشکالات آن می‌پردازند.

**تقریب منطقی**

موضوع بحث این بود که در دوران امر بین تخصیص و تخصص، اصل تخصص است یا تخصیص. تقریب منطقی آن را قبلاً عرض کردم. به شکل دیگری هم تقریب منطقی می‌توان کرد و آن این است که مثلاً در جایی که اکرم کل عالم ذکر شده است و ما می‌دانیم زید وجوب اکرام ندارد، با قیاس شکل دوم بگوییم «زیدٌ لیس بواجب الاکرام، کل عالمٍ واجب الاکرام». شرایط قیاس شکل دوم یعنی اختلاف صغری و کبری در کیف (ایجاب و سلب) و کلیت کبری تمام است و نتیجه می‌شود: زیدٌ لیس بعالم. ولی این به همان بحث قبلی بازگشت می‌کند، چون انتاج قیاس شکل دوم به ارجاع به قیاس شکل اول با عکس نقیض است. کبری با عکس نقیض می‌شود: «کل من لیس بواجب الاکرام فلیس بعالم» و به شکل اول بازگشت داده می‌شود. پس این تقریب هم در واقع همان تقریب قبلی است و فقط صورت اولیه‌اش فرق دارد.

در این که معتده رجعیه زوجه است یا نیست، یک تقریب این بود که چون بعضی از احکام زوجیت در مورد معتده رجعیه ثابت است، بنابراین با همان تقریب عکس نقیض و دوران امر بین تخصیص و تخصص و همان تقریبات، زوجیت را اثبات کنیم. تقریب آن در جلسه قبل گذشت. عرض کردیم که این جا یک اشکال مبنایی هست و یک اشکال بنـایی. اشکال مبنایی این است که با عکس نقیض مدعا را نمی‌توان اثبات کرد. این بحث از مباحث خیلی اثربخش در فقه است، ولی عنوان مستقلی در اصول برایش ندیده‌ام و در لابه‌لای بحث‌های اصولی عنوان پیدا کرده است. مطالبی هم که در جلسه قبل عرض کردم عمدتاً مطالب حاج اقا بود و من هم مختصر مطالبی دارم که دیگر نیاوردم. این را در بحث عام و خاص و مطلق و مقید مفصل بحث کرده‌ام. شکل‌های مختلفی دارد و هر کدام بحث‌های مختلفی دارد و شیوه بحث هر کدام فرق دارد. حاج آقا هم به صورت‌های مختلف در بحث‌های فقهی اشاره کرده‌اند. یک بحث بحث کبروی است که در دوران امر بین تخصیص و تخصص، با اصاله العموم تخصص را نمی‌شود اثبات کرد.

**اشکال بنایی**

بحث دیگر این است که با پذیرش کبری هم این جا مشکل دیگری وجود دارد که شبیه همین استدلال را برای اثبات عدم زوجیت هم می‌شود ذکر کرد، چون بعضی احکام زوجیت را دارد و بعضی احکام عدم زوجیت را دارد. مثلاً با اتیان فاحشه مبیّنه توسط معتده رجعیه می‌شود او را اخراج کرد. المعتده الرجعیه یجوز اخراجها باتیان الفاحشه المبینه. الزوجه لا یجوز اخراجها باتیان الفاحشه المبینه. نتیجه می‌شود که المعتده الرجعیه لیس بزوجه. بنابراین آن اصاله العموم با این اصاله العموم تعارض دارد.

البته این استدلال مبتنی بر این است که اتیان فاحشه مبینه را چگونه تقریب کنیم. قبلاً بحث کردیم که بعضی اتیان فاحشه مبینه را به ملاک نشوز مثبت می‌دانند آن هم به دو شکل. بعضی می‌گویند الا ان یأتین بفاحشه مبیّنه یعنی اگر قبل از طلاق زن نشوز داشته باشد و در واقع منشأ طلاق نشوز زن باشد، حق سکنی نمی‌آید. ممکن است بگوییم این زوجه چون نشوز کرده بوده است نمی‌دانیم هنوز هم زوجه است یا نه، ولی ثبوت حق سکنی را استصحاب می‌کنیم. شکل دیگر این است که قبلاً نشوز نداشته است، ولی همین که

بدرفتاری می‌کند مصداق نشوز است. البته تقریب دوم خیلی درست نیست، زیرا مجرد بدرفتاری شخص مصداق نشوز نیست. در ادله اثبات نشوز عدم تمکین وجود دارد، اما دلیل نداریم که بدرفتاری و بداخلاقی نشوز باشد و موجب سقوط حق سکنی، حق نفقه و... باشد.[[1]](#footnote-1) [[2]](#footnote-2) اگر اتیان فاحشه مبیّنه را به معنای بدرفتاری و بدخلقی بدانیم، چنان که ما استظهار کردیم، از این جا مطلب را نمی‌توان تمام کرد. الا ان یقال که اگر از باب قدر متیقن باشد، این استدلال تمام است.

مشکل عمده همان مشکل کبروی است که اساساً در دوران امر بین تخصیص و تخصص، با اصاله العموم تخصص را نمی‌توان اثبات کرد.

**استدلال پنجم**

مرحوم آقای خویی می‌فرماید در روایات در مورد هنگامی که عده منقضی می‌شود تعبیر بانت الزوجه آمده است و معنایش این است که تا آن زمان زوجه بوده است و از آن زمان از زوجیت خارج می‌شود. روایاتی که در آن بانت وجود دارد خیلی زیاد است.

**اشکال اول**

به نظر می‌رسد که از چند لحاظ فرمایش مرحوم آقای خویی ناتمام است. نکته اول این است که بانت به چه معنا است، مطلق انقطاع یا یک انقطاع خاص غیرقابل رجوع. در روایات طلاق بائن در مقابل طلاق رجعی قرار گرفته است. ممکن است بگوییم بائن به معنای ما لا رجعة فیه است. بنابراین معنایش این است که الانقطاع الذی لا رجعه فیه، با انقضای عده حاصل می‌شود و ربطی به این ندارد که در ایام عده زوجه است یا نیست.

**اشکال دوم**

نکته دوم این است که بانت در لغت به معنای انقطاع است و به معنای خروج از زوجیت نیست. انقطاع یعنی علقه‌ای که زن داشت از بین رفت. تردیدی نیست که در بین زن و شوهر در دوره اعتداد هم یک علقه وجود دارد. آیا این علقه، علقه زوجیت است یا علقه‌ای است که از جواز رجوع مرد انتزاع می‌شود؟ علقه یعنی بین زن و شوهر یک حلقه ارتباطی وجود دارد و مرد نوعی سلطه بر زن دارد. بانت یعنی زن از مرد جدا شد و حلقه اتصالی که بین آنان بود گسسته شد. حلقه اتصال یا کامل است که زوجیت است و احکام خاص خودش را دارد یا ناقص است ولو به این نحو که مرد می‌تواند زن را به زوجیت خود دربیاورد و به تعبیر مرحوم فخر المحققین ملک ان یملک. تعبیر ملک ان یملک که مرحوم فخر المحققین فرموده یک نوع علقه است، یعنی

زن ملکت نفسها نیست. در روایات بعضی جاها به جای بانت آمده است: اذا انقضت العده ملکت نفسها.[[3]](#footnote-3) گویا قبلاً مالک نفس نبوده است، زیرا شوهر می‌توانست رجوع کند. همین که شوهر می‌تواند رجوع کند، احکام شرعیه خاصی هم برایش مترتب است. یکی از احکام این است که نمی‌تواند ازدواج کند. تعریض به خطبه و تصریح به خطبه در ایام اعتداد جایز نیست. این‌ها از آثار مطلق العلقه است، نه خصوص علقه زوجیّت.

قبلاً در کلام شافعی بود یا پیروانش از طرف او این استدلال را آورده بودند که علت این که در ایام عده تصریح به خطبه یا تعریض به خطبه جایز نیست این است که لانّها فی معنی الزوجات. اگر مراد از این تعلیل این است که به طور کلی فی معنی الزوجات است، یعنی نازل منزله زوجات شده است و یک قانون عام داریم، شافعی اصلاً این را قبول ندارد و می‌گوید که بسیاری از احکام زوجیت در دوره عده جاری نمی‌شود و هیچ گونه استمتاعی را جایز نمی‌داند، حتی عقیده‌اش این است که مباشرت رجوع نیست و می‌گوید رجوع باید قولی باشد. اگر مراد از لانّها فی حکم الزوجات نسبت به این حکم خاص است، این مصادره به مطلوب است. می‌گوییم چرا خطبه و تصریح به خطبه جایز نیست، می‌گوید چون در این حکم خاص حکم زوجه را دارد. بحث ما این است که آیا در این حکم خاص حکم زوجه را دارد یا خیر.

من در جلسه قبل در ضمن صحبت در مقام پاسخ به این مطلب بودم که این مصادره به مطلوب نیست. شافعی یا شافعیه و به تبعش مرحوم شیخ که این استدلالات را مطرح کرده‌اند بیانشان این است که وقتی علقه خاصی این جا وجود دارد - زوجیت باشد یا ملک ان یملک - و هنوز انقطاع از شوهر سابق حاصل نشده است، عقلائاً معنا ندارد کسی دیگر وارد شود. شبیه جایی است که دو نفر با هم دارند معامله می‌کنند و می‌گویند وسط معامله دیگری حق ندارید وارد شوید. آن جا هنوز معامله واقع نشده است. شبیه این است که بگوییم در ایامی که خیار ثابت است معامله صحیح نیست. عقلائاً مانعی ندارد. می‌خواهد بگوید که چون هنوز اتصال بین زوجه و زوج سابق قطع نشده است و علقه‌ای شبیه علقه زوجیت هنوز وجود دارد، تعریض به خطبه و تصریح به خطبه جایز نیست. ظاهراً معنای بانت این است که هر گونه علقه ارتباطی بین زن و شوهر از بین می‌رود. زن مثل سایر زن‌ها می‌شود و مرد هم خاطب من الخطاب می‌شود و با دیگران فرقی پیدا نمی‌کند.

جوهره استدلال مرحوم آقای خویی همان استدلال مرحوم محقق حلی در مورد تعبیر فارغت است. این دو استدلال دو بیان مختلف از یک واقعیت است. آن واقعیت این است که یک نوع علقه بین زن و شوهر در ایام عده هست و بحث سر این است که این علقه، علقه زوجیت است یا علقه جدیده که جواز الرجوع مقوم آن است.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

1. پاسخ سؤال: یک تقریب در مورد اتیان فاحشه مبینه این بود که برای اجرای حد او را خارج میکنند. آن تقریب نمیآید، چون اگر زوجه هم خلافی کرده باشد میشود او را برای اجرای حدود بیرون برد، گر چه شوهرش راضی نباشد. ما قبلاً بحث کردیم که مراد از اتیان فاحشه مبینه همین بدرفتاری و بدخلقی و مانند آن است. البته اخراج برای اجرای حد هم جایز است، ولی طبق قاعده است و نیاز به آیه شریفه ندارد. خود آن ضرورت است و اخراج لضرورة مجاز است. [↑](#footnote-ref-1)
2. پاسخ سؤال: بحث این است که این یک حکم خاص است که حتماً باید در همان خانه ساکن باشد. طرف مستثنی منه آن را در نظر بگیرید. اگر نسبت به آن خانه خاص نگاه کنیم، معنایش این است که معتده نسبت به آن خانه خاص حق دارد و اگر اتیان به فاحشه مبیّنه نکرده باشد، باید در همان خانه باشد. ایشان روی این مبنا که آیه شریفه نسبت به آن خانه خاص حق را ثابت میکند مطرح میکنند. این حق نسبت به آن خانه خاص با اتیان فاحشه مبینه از بین میرود و اصل حق سکنی باقی است. اگر نسبت به این خانه حق نداشته باشد چه اتیان به فاحشه مبینه کرده باشد چه نکرده باشد میتواند او را جای دیگری ببرد. صورتی که ایشان مطرح کردهاند روی این فرض است که زن معتده نسبت به خصوص خانهای که هنگام طلاق در آن وجود داشت حق دارد. اگر این باشد، باز هم این یک حکم خاص است که زوجه ندارد. [↑](#footnote-ref-2)
3. الکافی، محمد بن یعقوب کلینی، ج6، ص90. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي خَلَفٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ مُوسَى بْنَ جَعْفَرٍ ع عَنْ شَيْ‏ءٍ مِنَ الطَّلَاقِ فَقَالَ إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ طَلَاقاً لَا يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ فَقَدْ بَانَتْ مِنْهُ سَاعَةَ طَلَّقَهَا وَ مَلَكَتْ‏ نَفْسَهَا وَ لَا سَبِيلَ لَهُ عَلَيْهَا وَ تَعْتَدُّ حَيْثُ شَاءَتْ وَ لَا نَفَقَةَ لَهَا قَالَ قُلْتُ أَ لَيْسَ اللَّهُ عَزَّ وَ جَلَّ يَقُولُ- لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لا يَخْرُجْنَ‏ قَالَ فَقَالَ إِنَّمَا عَنَى بِذَلِكَ الَّتِي تُطَلَّقُ تَطْلِيقَةً بَعْدَ تَطْلِيقَةٍ فَتِلْكَ الَّتِي لَا تُخْرَجُ وَ لَا تَخْرُجُ حَتَّى تُطَلَّقَ الثَّالِثَةَ فَإِذَا طُلِّقَتِ الثَّالِثَةَ فَقَدْ بَانَتْ مِنْهُ وَ لَا نَفَقَةَ لَهَا وَ الْمَرْأَةُ الَّتِي يُطَلِّقُهَا الرَّجُلُ تَطْلِيقَةً ثُمَّ يَدَعُهَا حَتَّى يَخْلُوَ أَجَلُهَا فَهَذِهِ أَيْضاً تَقْعُدُ فِي مَنْزِلِ زَوْجِهَا وَ لَهَا النَّفَقَةُ وَ السُّكْنَى حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا. [↑](#footnote-ref-3)