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

**جلسه123– 04 /10/ 1397 زوجه بودن حقیقی یا حکمی /مطلقه رجعیه** **/کتاب العده**

**خلاصه بحث:**

استاد گرامی پس از بررسی کلام مرحوم فخر المحققین و شهید ثانی8 در مورد زوجیت معتده، به بررسی موارد ذکر تعبیر بانت در روایات می‌پردازند و سپس بحث دوران بین تخصیص و تخصص و مناط حجیت ظواهر را مطرح می‌کنند.

در مورد این بحث که معتده رجعیه زوجه است یا نیست، دیشب مقداری تورّق کردم و منابع جدیدی را دیدم که بعضی از آن‌ها برایم خیلی جالب بود. در چند جای مسالک این بحث مطرح شده است: جلد 9 صفحه 189 تا 191، 262 و 325. خواجویی در رسائل فقهیه جلد 2 صفحه 11 خواسته است که مطالب مسالک را پاسخ دهد و قبل از آن در کشف اللثام جلد 8 صفحه 76 و 167 نیز این بحث آمده است.

**کلام مرحوم فخرالمحققین**

قبل از همه این‌ها ایضاح الفوائد فخرالمحققین8 جلد 3 صفحه 326 مقدار قابل توجهی بحث دارد و نکته جالب این است که غیر از بعضی استدلالات جدید که در موردش صحبت می‌کنیم، بعضی از بحث‌هایی را که ما مطرح کردیم دقیقاً به همان شکل فرموده است. ما قالب‌های منطقی را ذکر کردیم و در استدلالات مرحوم فخرالمحققین نیز قالب‌های منطقی خیلی پررنگ است.

ایشان می‌فرماید: لو ارتدّت بعد الطلاق اگر زن بعد از طلاق مرتد شد، آیا می‌شود به او رجوع کرد یا خیر؟ ففی المنع من الرجعة إشکال ینشأ من کون الرجعیة زوجة بنابراین باید بگوییم جایز است، چون این زوجه است و زوجیت مرتده مانعی ندارد. و من عدم صحة الابتداء فکذا الرجعة ابتدای نکاح به مرتده جایز نیست، گویا رجعت هم نوعی ابتدای نکاح است. و کذا الإشکال لو طلق الذمیة، در مورد ذمیه نیز همین اشکال هست، ولی این جا مطلب واضح‌تر است، چون اگر زن و شوهر هر دو ذمی باشند و شوهر مسلمان شود، ازدواج او با ذمیه باطل نمی‌شود و اعتداد هم ندارد. بعد مرحوم علامه می‌فرماید: و الأقرب جواز الرجوع.[[1]](#footnote-1) نمی‌دانم به لو طلق الذمیه برمی‌گردد یا به هر دو مسئله برمی‌گردد، البته این خیلی مهم نیست.

مرحوم فخرالمحققین در مسئله اول یعنی لو ارتدّت بعد الطلاق می‌فرماید: و الأصح عندی الأول یعنی نظریه اول که می‌شود رجوع کرد. لأن الرجعیة زوجة و لهذا یثبت لها أحکام الزوجیة و لانّه یجوز الوطی ابتداء من غیر تلفظ بشی‌ء و لا شی‌ء من غیر الزوجة کذلک إجماعا.[[2]](#footnote-2) همان قیاس شکل دوم است که ما تشکیل دادیم. می‌فرماید: هذه المرأه المعتده الرجعیه یجوز وطئها ابتدائا لا شیء من غیر الزوجه یجوز وطئها ابتدائا بنابراین این زن زوجه است. سپس استدلالات دیگری می‌آورد که بعد در باره آن‌ها صحبت می‌کنم.

**کلام شهید ثانی8**

این عبارت ایضاح است و شهید ثانی8 این عبارت را با تصحیح در مسالک آورده و مطلب را دقیق‌تر کرده

است. ایشان می‌فرماید: «و الأقوی جواز الرجعة هنا، لأن العائد بالرجعة هو النکاح الأول، فکان فی حکم المستدام، و أثره لم یزل بالکلّیة اثر نکاح اول به طور کامل از بین نرفته است، بل یتوقّف علی انقضاء العدّة، با انقضای عده زوجیتی که معلول آن نکاح است از بین می‌رود، و من ثمَّ جاز وطؤها بنیّة الرجعة بغیر لفظ یدلّ علیه، و لا شی‌ء ممّن لیست بزوجة یجوز وطؤها کذلک.»[[3]](#footnote-3) بنیّة الرجعة را اضافه کرده است که اضافه دقیقی است، چون در مورد جواز وطی زن در ایام عده بحث وجود دارد. جواز تکلیفی وطی به نیت رجعت مسلم است، اما جواز تکلیفی با غیر نیت رجعت مسلم نیست. از روایات هم ممکن است استفاده شود که محرم است، ولی این محرم منشأ رجوع تلقی می‌شود. بعد استدلالات دیگری دارد که برگرفته از کلام مرحوم فخرالمحققین است.[[4]](#footnote-4)

این استدلال چه به نحو قیاس شکل اول باشد، چه قیاس شکل ثانی، چه عکس نقیض، مبتنی بر این است که آیا در دوران امر بین تخصیص و تخصص، با اصاله العموم تخصص را می‌توانیم اثبات کنیم یا خیر؟

**تمسک به بانت**

در جلسه قبل کلام مرحوم آقای خویی را ذکر کردیم که به بانت تمسک کرده و فرموده‌اند چون انقضای عده با تعبیر بانت در روایات آمده است، پس معتده هنوز در زوجیت باقی است. ما دو اشکال مطرح کردیم که معلوم نیست مراد از بانت مطلق الانقطاع باشد، بلکه ممکن است انقطاع بلا رجعت باشد، بنابراین معنایش این است که در ایام عده رجعت وجود دارد، اما از آن استفاده نمی‌شود که زوجیت وجود دارد. اشکال دیگر این است که فاعل بانت زن است، نه زوجیت. وقتی می‌گوییم بانت الزوجیة، معنایش این است که قبل از این زوجیت بوده و حالا از بین رفته است. وقتی می‌گوییم بانت المرأة، یعنی این مرأة قبلاً اتصال داشته و حالا برایش انفصال رخ داده است. اتصال بین زن مرد اعم از زوجیت است و جواز رجوعی که مرد دارد نیز بین زن و مرد اتصال ایجاد می‌کند.

**موارد تعبیر بانت در روایات**

تعبیر بانت در روایت‌های زیادی در مورد انقضای عده به کار رفته است. تعبیر تبین و بائنة و شبیه آن هم هست که آن‌ها را مراجعه نکردم. خود بانت چهل پنجاه مورد است که ممکن است مطلب مرحوم آقای خویی از آن استفاده شود. نوادر اشعری[[5]](#footnote-5) صفحه 114 رقم 286؛ تفسیر قمی جلد 1 صفحه 74، 76 و 78؛ قرب الاسناد 253 رقم 1001؛ تفسیر عیاشی جلد 1 صفحه 115 رقم 358، صفحه 117 رقم 367؛ کافی جلد 5 صفحه 358 رقم 9، صفحه 435 رقم 3؛ جلد 6 صفحه 64 رقم 1 و 2، صفحه 66 رقم 4، صفحه 67 رقم 5، صفحه 77 رقم 3، صفحه 78 رقم 4، صفحه 81 رقم 3، صفحه 86 رقم 1، صفحه 87 رقم 2 و 6، صفحه 88

رقم 9، صفحه 90 رقم 5، صفحه 98 رقم 1، صفحه 101 رقم 1، صفحه 102 رقم 5، صفحه 111 رقم 6، صفحه 125 رقم 5؛ فقیه جلد 3 صفحه 509 رقم 4787، صفحه 511 رقم 4792، صفحه 514 رقم 4802، صفحه 516 رقم 4807؛ تهذیب جلد 8 صفحه 25 رقم 82 یکم باب، صفحه 26 رقم 83 دوم باب، صفحه 27 رقم 84 سوم باب، صفحه 30 حدیث 88 هفتم باب، صفحه 35 رقم 107 بیست و ششم باب، صفحه 53 رقم 173 نود و دوم باب، صفحه 69 رقم 229 صد و چهل و هشتم باب، صفحه 70 رقم 334 صد و پنجاه و سوم باب، صفحه 71 رقم 336 صد و پنجاه و پنجم باب، صفحه 118 رقم 409 هشتم باب، صفحه 120 رقم 414 سیزدهم باب، صفحه 123 رقم 429 بیست و هشتم باب، صفحه 128 رقم 440 سی و نهم باب، صفحه 129 رقم 444 چهل و سوم باب، صفحه 138 رقم 482 هشتاد و یکم باب. ممکن است بعضی موارد هم جا افتاده باشد، چون خیلی سریع یادداشت کردم. در موارد خیلی زیادی در باره انقضای عده تعبیر بانت آمده است.

در بعضی از این موارد، عرایضی که در باره انقطاع بلا رجعة یا مطلق انقطاع داشتم روشن‌تر است. من چند روایت را می‌خوانم. بعضی از این روایت‌ها بحث‌های خاصی دارد و کاری به این ندارم که مطلبش مفتی به است یا نیست، بلکه از این حیث می‌خوانم که اصل معنای بانت روشن شود.

**بررسی روایات**

در تفسیر عیاشی آمده است: «عن عبد الرحمن بن أبی عبد الله عن أبی عبد الله7 فی المرأة إذا طلقها زوجها متی تکون أملک بنفسها، چه زمانی زن املک به نفسش می‌شود؟ املک به نفس شدن یعنی اختیارش دست خودش است و شوهر هیچ گونه تسلطی بر او ندارد. امام7 طبق این روایت می‌فرمایند: قال: إذا رأت الدم من الحیضة الثالثة فقد بانت.»[[6]](#footnote-6)

بانت را مترادف املک بنفسها گرفته است، یعنی ارتباطش با شوهر قطع شود. از این استفاده می‌شود که بانت در جایی است که اختیار زن با خودش باشد. اگر زوجیت منقطع شده باشد، ولی هنوز املک نباشد، بانت نیست، بلکه بانت انقطاع زوجیتی است که اختیار زن هم با خودش باشد.[[7]](#footnote-7) [[8]](#footnote-8)

در روایت دیگر آمده است: «عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَحَدِهِمَا8‏ فِی‏ رَجُلٍ‏ تَزَوَّجَ‏ امْرَأَةً بِکْراً ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ یَدْخُلَ بِهَا بحث در باره احکام زن غیر مدخوله است. ذیل روایت مورد نظر من است: قِیلَ لَهُ فَلَهُ أَنْ یُرَاجِعَهَا إِذَا طَلَّقَهَا تَطْلِیقَةً قَبْلَ أَنْ تَمْضِیَ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ قَالَ لَا إِنَّمَا کَانَ یَکُونُ لَهُ أَنْ یُرَاجِعَهَا لَوْ کَانَ دَخَلَ بِهَا أَوَّلًا اگر دخول کرده

باشد حق رجوع دارد، فَأَمَّا قَبْلَ أَنْ یَدْخُلَ بِهَا فَلَا رَجْعَةَ لَهُ عَلَیْهَا قَدْ بَانَتْ مِنْهُ مِنْ سَاعَةٍ طَلَّقَهَا.»[[9]](#footnote-9)

می‌خواهد بفرماید که چون انقطاع حاصل شده است حق رجوع ندارد. اگر مراد از بانت صرف انقطاع زوجیت باشد، صرف انقطاع زوجیت دلیل بر عدم رجوع نیست، چون ملازمه‌ای ندارد. خارجاً می‌دانیم مواردی که شخص از زوجیت خارج شده است حق رجوع ندارد، ولی آیا چون از زوجیت خارج شده است حق رجوع ندارد یا تصادفاً خارجاً این گونه شده است؟ امام7 دارند استدلال می‌کنند و می‌فرمایند چون بینونت حاصل شده است حق رجوع ندارد. باید مراد از بینونت انقطاع مطلق باشد. اگر استدلال به مورد باشد مصادره مطلوب است. ممکن است شخصی از زوجیت خارج شده باشد و بعد حق ارجاع داشته باشد. آن را انکار نمی‌کند. ظاهر این دلیل این است که نمی‌خواهد به امری که خارجیت ندارد تمسک کند. از زوجیت نداشتن نمی‌شود نتیجه گرفت که رجعت ندارد.

**دوران بین تخصیص و تخصص**

علاوه بر آن دو اشکال، این اشکال را هم طرح کردیم که استدلال شما تنها در صورتی صحیح است که در دوران امر بین تخصیص و تخصص قائل به تخصص شویم. شبیه آن را در مورد استدلال مرحوم شیخ طوسی در باره بعولتهنّ احق بردهن و استدلال مرحوم محقق حلی مطرح کردیم. حالا ببینیم آیا واقعاً وابسته به آن است یا خیر. در جلسه قبل خواستم بگویم که کلام آقای خویی8 وابسته به آن نیست و می‌شود حتی بنا بر این که آن بحث را نپذیریم، این را جاری بدانیم. برای واضح شدن مطلب بعضی نکات دوران امر بین تخصیص و تخصص را مطرح می‌کنم.

یک مرحله بحث این است که آیا با یک قضیه عام می‌شود عکس نقیض را اثبات کرد یا خیر. دو بحث در این جا وجود دارد. بحث اول این است که آیا ظن به قضیه کلیه ظن به عکس نقیضش را به دنبال می‌آورد یا خیر. بحث دوم این است که آیا دلیلی بر حجیت این ظن داریم یا خیر. ما مفصل بیان کردیم که در هر دو مرحله بحث داریم. تعبیر دقیق‌تر این است که آیا طریقیت که مناط حجّیّت است هم نسبت به قضیه اصلیه است و هم نسبت به قضیه عکس نقیض آن؟ ما با بیانات مختلف خواستیم بگوییم که آن طریقیت‌ها یکسان نیست. کلاً وارد این بحث نمی‌شوم و فقط عرض می‌کنم این که اصاله العموم به سبب طریقیت است یا خودش یک اصل عملی است در بحث دخالت دارد. ما بحث‌ها را بنا بر این مبنا که اصاله العموم را از باب طریقیت بدانیم مطرح کردیم. اگر از باب طریقیت نداریم و از باب اصل عملی بدانیم، شیوه بحث تغییر می‌کند.

مرحوم شیخ انصاری نکته بسیار جالبی دارند و در بحث حجّیّت اقوال لغوی‌ها می‌فرماید حکمت حجّیّت ظنون خاصه در نزد عقلا انسداد باب علم است. مثلاً ما قائل هستیم که ظواهر حجت است. چرا عقلا ظواهر و خبر واحد را حجت می‌دانند؟ می‌فرماید به خاطر این که اگر ما خبر واحد را حجت ندانیم، اخبارات یقینیه به مقداری نیست که در زندگی عقلا کافی باشد و حاجات عقلایی را برآورده کند و در مقام تفهیم و تفاهم، دلالت‌های اطمینانی و یقینی به میزان کافی نیست. البته انسداد تمام العله نیست و تعبیر مرحوم شیخ دقیق است که می‌فرماید حکمت جعل است، نه علت جعل. ما می‌خواهیم بگوییم که آن نکته عقلایی که باعث حجّیّت دلیل نسبت به خود مفادش می‌شود، حجّیّت دلیل نسبت به لوازم مفاد را به دنبال ندارد.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

1. قواعد الاحکام، علامه حلی، ج3، ص134. و لو ارتدّت بعد الطلاق ففي المنع من الرجعة إشكال ينشأ من كون الرجعيّة زوجة، و من عدم صحّة الابتداء، فكذا الرجعة، فإن رجعت رجع في العدّة إن شاء. و كذا الإشكال لو طلّق الذمّية، و الأقرب جواز الرجوع. و لو منعنا الرجعة افتقر إلى أخرى بعد الإسلام. [↑](#footnote-ref-1)
2. إیضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، حلّی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، ج3، ص327. وجه القرب ان الرجعة استدامة لا ابتداء و الممنوع منه الابتداء (و من) حيث ان الطلاق ازالة قيد النكاح و الرجعة تقتضي ثبوته (فاما) ان يثبت بالرجعة عين النكاح الأول أو غيره (و الأول) محال لاستحالة إعادة الحكم المعدوم (و الثاني) يكون ابتداء لا استدامة و الأصح عندي الأول لأن الرجعية زوجة و لهذا يثبت لها أحكام الزوجية (و لانه) يجوز الوطي ابتداء من غير تلفظ بشيء و لا شيء من غير الزوجة كذلك إجماعا (و لجواز) الرجعة للمحرم و لا يجوز له ابتداء النكاح و تمنع ازالة النكاح بالكلية بل انما يزول بالطلاق و انقضاء العدة و لم يحصل الثاني و يتفرّع على ذلك انه لو أسلمت قبل انقضاء العدة (فإن قلنا) ببطلان الرجعة الاولى احتاج الى رجعة أخرى بعد الإسلام (و ان قلنا) بصحتها لم يفتقر. [↑](#footnote-ref-2)
3. مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، زین الدین بن علی العاملی (الشهید الثانی)، ج9، ص191. البحث في هذه كالسابقة، و يزيد هنا أنّ الذمّية لا تحرم استدامة نكاحها، فإذا لم نجعل الطلاق مزيلا للنكاح الأولى رأسا جازت الرجعة، بخلاف المرتدّة، لتحريم نكاحها حينئذ.و الأقوى جواز الرجعة هنا، لأن العائد بالرجعة هو النكاح الأول، فكان في حكم المستدام، و أثره لم يزل بالكلّية بل يتوقّف على انقضاء العدّة، و من ثمَّ جاز وطؤها بنيّة الرجعة بغير لفظ يدلّ عليه، و لا شيء ممّن ليست بزوجة يجوز وطؤها كذلك. و لأن النكاح لو زال لكان العائد بالرجعة إما الأول أو غيره، و الأول يستلزم إعادة المعدوم، و الثاني منتف إجماعا و إلّا لتوقّف على رضاها، فالنكاح الأول باق غايته أنه متزلزل، و استدامته غير ممتنعة بالذمّية. هذا إذا منعنا ابتداء نكاحها و إلا سقط التفريع. [↑](#footnote-ref-3)
4. شهید ثانی خیلی خوش قلم است، به خصوص در مسالک. مسالک از شرح لمعه هم خوش قلمتر است، چون مزجی بودن و ملخص بودن شرح لمعه مقداری عبارات آن را سخت کرده است. شهید ثانی قدرت قلم دارد، ولی مطالبش عمدتاً الهام گرفته از دیگران است. یکی از کسانی که در بعدیها خیلی تأثیر داشته فخر المحققین است. فخر المحققین به قول امروزیها در تولید علم خیلی نقش داشته است. دید منطقی دارد و سعی میکند قیاس شکل اول، شکل دوم و این جور قیاسها را بچیند. مرحوم محقق کرکی در جامع المقاصد خیلی وقتها حرفهای فخر المحققین را از قالب عقلگرایانه خشک درآورده و به صورت فقیهانهتر آن را طرح کرده است. جامع المقاصد که مثل ایضاح الفوائد شرح قواعد است، خیلی متأثر از فخر المحققین است. فخر المحققین به دلیل شیوه بیان و استدلالات منطقی که تا حدودی غیرعرفی است، مستقیماً در فقها تأثیر نگذاشته است، ولی با واسطه مؤثر بوده است. بعضی حرفهای فخر المحققین در کلام شهید اول آمده و از طریق کلام شهید اول به شهید ثانی، محقق کرکی و دیگران حرفش رسیده است. [↑](#footnote-ref-4)
5. کتاب حسین بن سعید که به نام نوادر اشعری معروف است. [↑](#footnote-ref-5)
6. تفسیر العیاشی، محمد بن مسعود العیاشی، ج1، ص115. رقم 358: عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله7 في المرأة إذا طلقها زوجها متى تكون أملك بنفسها قال: إذا رأت الدم من الحيضة الثالثة فقد بانت. [↑](#footnote-ref-6)
7. پاسخ سؤال: ظاهرش این است که املک بنفسها و بانت یکی است، یعنی با آن سازگار است. شبیه این در روایات خیلی بود. در بعضی موارد هو خاطب من الخطاب تفسیری از بانت است، یعنی این مرد با سایر خواستگارها مساوی میشود و اگر زن خواست میتواند جواب مثبت دهد و اگر نخواست نمیدهد. بانت به معنای حرمت ابد نیست. گاهی بانت به این معناست که انقطاع کامل حاصل شد. گاهی بانت در مقابل این است که نیازی به محلل دارد. ما میخواهیم بگوییم به این معنا نیست که نیاز به محلل دارد، بلکه بانت یعنی رابطه این زن و شوهر قطع شد و اگر بخواهند با هم ازدواج کنند، باید با عقد و نکاح جدید و تراضی صورت گیرد و فقط رضایت مرد کافی نیست. [↑](#footnote-ref-7)
8. پاسخ سؤال: مرحوم آقای خویی فرمودند که بانت یعنی خرجت عن الزوجیة و در نتیجه قبل از آن در زوجیت داخل است. ما گفتیم بانت به معنای خرجت عن الزوجیة نیست، بلکه یعنی تمام علقههای بین زن و شوهر از بین رفته است. این روایت معنای مورد نظر ما را تأیید میکند و از صدر و ذیل عبارت استفاده میشود که بانت مرادف املک بنفسها است و زن دیگر اختیاردار خودش است. جایی که شوهر اختیاردار است، ولو حق رجوع داشته باشد، بانت نیست. [↑](#footnote-ref-8)
9. الکافی، محمد بن یعقوب کلینی، ج6، ص84. مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ وَ عَلِيِّ بْنِ رِئَابٍ عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَحَدِهِمَا8‏ فِي‏ رَجُلٍ‏ تَزَوَّجَ‏ امْرَأَةً بِكْراً ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ كُلَّ شَهْرٍ تَطْلِيقَةً قَالَ بَانَتْ مِنْهُ فِي التَّطْلِيقَةِ الْأُولَى وَ اثْنَتَانِ فَضْلٌ وَ هُوَ خَاطِبٌ يَتَزَوَّجُهَا مَتَى شَاءَتْ وَ شَاءَ بِمَهْرٍ جَدِيدٍ قِيلَ لَهُ فَلَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا إِذَا طَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً قَبْلَ أَنْ تَمْضِيَ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ قَالَ لَا إِنَّمَا كَانَ يَكُونُ لَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا لَوْ كَانَ دَخَلَ بِهَا أَوَّلًا فَأَمَّا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا فَلَا رَجْعَةَ لَهُ عَلَيْهَا قَدْ بَانَتْ مِنْهُ مِنْ سَاعَةٍ طَلَّقَهَا. [↑](#footnote-ref-9)