**درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری(دام ظله)**

**جلسه365– 24 /12/ 1399 فسخ در عده طلاق رجعی** **/تداخل یا عدم تداخل عدد /اقوال فقها در عده**

# مساله‌ی پانزدهم از فصل پنجم تکمله‌ی عروه

مسألة 15: قد عرفت سابقا انّ فسخ النكاح بأحد أسبابه كالطلاق في إيجاب العدة عليها‌ إذا كانت مدخولة، و الظّاهر جواز الفسخ منها بل أو منه بأحد أسبابه إذا كانت مطلقة رجعية لأنّها بحكم الزوجة ما دامت في العدة، و حينئذ فإذا طلّقها ثمّ فسخت أو فسخ هو من غير قصد للرجوع قبله هل يكفي إكمال عدة الطلاق أو تجب عدة الفسخ أيضا، فعلى التداخل تستأنف العدة للفسخ من حينه، و على عدمه تعتد له بعد انقضاء عدة الطلاق وجهان، قال: في القواعد و لو فسخت النكاح في عدة الرجعي ففي الاكتفاء بالإكمال إشكال، و عن كشف اللثام في بيان وجه الإشكال: من انّ الفسخ انّما أفاد البينونة و زيادة‌ قوة في الطلاق من غير رجوع إلى الزوجية أو وصول وطء محترم، و هو خيرة المبسوط و من انّ الطلاق و الفسخ سببان للعدة و الأصل عدم التداخل، و لمّا كانت العدتان حقين لمكلف واحد و أبطل الفسخ حكم الطلاق و لذا لا تثبت معه الرجعية استأنفت عدة الفسخ، قلت: و الأقوى هو الوجه الأول لانصراف دليل وجوب العدة للفسخ عن هذه الصورة، و الأحوط الثاني لكن بالتداخل على ما هو الأقوى، و على فرض عدمه فاللازم استينافها للفسخ بعد إكمال عدة الطلاق، لا كما ذكره كاشف اللثام لأنا نمنع إبطال الفسخ حكم الطلاق من هذا الوجه، نعم قد أبطل حكمه من حيث جواز الرجوع.[[1]](#footnote-1)

قبلا گذشت که اگر نکاح فسخ شود، در صورتی که زن مدخوله باشد، این فسخ مانند طلاق، موجب وجوب عده می شود.

ظاهر این است که در زمان عده‌ی طلاق رجعی نیز فسخ از طرف مرد یا زن جائز است؛ زیرا در زمان عده، زن در حکم[[2]](#footnote-2) زوجه است و تمام احکام زوجیت جاری است.

## جواز یا عدم جواز فسخ در عده‌ی طلاق رجعی در کلام فقها

### کلام علامه در قواعد

و لو طلّق قبل الدخول ثمّ علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق، و كذا بعده[[3]](#footnote-3). و ليس له الفسخ و لا بعد الرجعة مع العلم قبلها.[[4]](#footnote-4)

مرحوم علامه می فرماید: اگر مرد پس از دخول زنش را طلاق دهد، حق فسخ ندارد.

فخر المحققین در ایضاح الفوائد که حاشیه‌ی قواعد است، حاشیه ای بر این مطلب ندارد و گویا این کلام علامه را پذیرفته است.

### کلام محقق کرکی در جامع المقاصد

و لقائل أن يقول: ينبغي أن يكون له الفسخ في الطلاق الرجعي إذا لم يعلم بالعيب حتى يطلق مع بقاء العدة، لأن المطلقة الرجعية زوجة، فيندرج في النصوص الدالة على الفسخ بعيب الزوجة، و من فوائده تعجيل البينونة، فتحل الخامسة و أختها‌ و ينقطع الإرث و تسقط نفقة العدة و غير ذلك.[[5]](#footnote-5)

محقق کرکی می فرماید: از آن جا که مطلقه‌ی رجعی زوجه است، بنابراین روایاتی که جواز فسخ به واسطه‌ی عیب زوجه را بیان کرده اند، شامل این صورت نیز می شود.

فایده‌ی جواز فسخ این است که بینونت زودتر اتفاق می افتد. در زمان عده‌ی طلاق رجعی، بینونت نیست؛ به همین دلیل مرد نمی تواند خواهر این زن را عقد کند، یا زوجه‌ی پنجم اختیار کند، زن و مرد از هم ارث می برند و نفقه بر مرد واجب است.

### کلام کاشف اللثام

و قد يقال له: الفسخ في الرجعيّة لبقاء العلقة[[6]](#footnote-6)

تعبیر ایشان لبقاء العلقة است. قد يقال مشخص نیست که اشاره به کلام کیست و با جستجوی لبقاء العلقة، در مصادر متقدم چنین مطلبی را نیافتیم.

### کلام صاحب جواهر

و لا فسخ له هنا[[7]](#footnote-7) لعدم الزوجية، بل و كذا بعده[[8]](#footnote-8) حتى في الرجعية، لذلك[[9]](#footnote-9) أيضا مع احتماله فيها، لبقاء العلقة، فيفيد حينئذ تعجيل البينونة، و حل الخامسة، و الأخت، و انقطاع الإرث، و نفقة العدة[[10]](#footnote-10)

### کلام مرحوم سبزواری در مهذب الاحکام

(مسألة 19): لو طلق رجعيا ثمَّ علم بالعيب كان له الفسخ (72) فيفيد حينئذ تعجيل البينونة، و حل الخامسة و الأخت، و انقطاع الإرث، و نفقة العدة، و عدم الرجعة (73).

(72) لما أرسل إرسال المسلمات من أن الرجعية بمنزلة الزوجة.

(73) لانتفاء موضوع الزوجية بالفسخ فيترتب عليه جميع آثار عدمها.[[11]](#footnote-11)

## بررسی کلام فقها

با توجه به کلام محقق کرکی که مطلقه‌ی رجعیه را زوجه می داند، فسخ بدون اشکال جائز است.

همچنین اگر گفته شود مطلقه‌ی رجعی در همه‌ی احکام مانند زوجه است، عموم تنزیل حکم می کند که تمام احکام زوجیت که در ادله‌ی دیگر ثابت شده است، در مورد مطلقه‌ی رجعی نیز جاری باشد؛ در نتیجه جواز فسخ که یکی از احکام زوجیت است، در مورد مطلقه‌ی رجعی نیز جاری می شود.

طبق این دو مبنا مطلب واضح است؛ اما ما هیچ کدام از این دو مبنا را نپذیرفتیم؛ مطلقه‌ی رجعی، زوجه نیست. همچنین روایت عامی وجود ندارد که از آن استفاده شود که تمام احکام زوجیت در مورد مطلقه‌ی رجعی نیز وجود دارد. بله بعضی از احکام مطلقه‌ی رجعی با احکام زوجه مشترک است؛ اما دلیلی بر عمومیت احکام وجود ندارد.

به نظر می رسد به دو بیان می توان کلام مرحوم سید و احتمالی را که کاشف اللثام و صاحب جواهر بیان کرده اند، پذیرفت.

بیان اول: موضوع جواز فسخ در روایات، زوجه نمی باشد؛ بلکه مثلا گفته شده است: الرجل یُردّ من ... یا المراة یردّ من ... ؛ اطلاق روایاتی که موضوع را «رجل» یا «مرأة» قرار داده اند، اقتضا می کند تا وقتی که علقه ای بین مرد و زن باشد، ردّ ثابت باشد. موضوع، زوجیت نیست؛ بلکه وجود علقه است. کلام کاشف اللثام که می فرماید: لبقاء العلقة می تواند ناظر به این استدلال باشد.

بیان دوم: بعضی روایات، فسخ را به معنای رد نکاح قرار داده اند. مراد از رد نکاح این نیست که نکاح از اول کأن لم یکن است؛ بلکه برای نکاح در عالم اعتبار بقایی فرض می شود. نکاح سبب زوجیت می باشد. برای این نکاح بقایی فرض می شود و زوجیت تا وقتی وجود دارد که نکاح در عالم اعتبار موجود باشد. رد نکاح این است که این سبب بقائا از بین برود و در نتیجه آثار نکاح از بین برود. آثار نکاح از حین رد از بین می رود؛ یعنی تا هنگام رد، زوجیت بوده است و پس از آن زوجیت نیست. آثار نکاح قبل از طلاق، زوجیت است، پس از طلاق زوجیت زائل شده است؛ اما علقه موجود است. وقتی نکاح از جانب زن یا مرد فسخ می شود، اثر نکاح که علقه‌ی بین زوج و زوجه است از بین می رود؛ در نتیجه آثار علقه که در روایات بیان شده است، منتفی می شود. مواردی که محقق کرکی بیان می کند تعجيل البينونة، فتحل الخامسة و أختها‌ و ينقطع الإرث و تسقط نفقة العدة در روایات به آن ها اشاره شده است.

مثلا در روایتی چنین وارد شده است: ... إِذَا بَرِئَتْ‏ عِصْمَتُهَا وَ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَجْعَةٌ فَقَدْ حَلَّ لَهُ أَنْ يَخْطُبَ أُخْتَهَا ...[[12]](#footnote-12)

به نظر می رسد این دو بیان تام باشد و فسخ در عده‌ی طلاق رجعی جائز باشد.

مرحوم سید در ادامه می فرماید: حال اگر در زمان عده‌ی طلاق، زن یا مرد عقد را فسخ کند، در این صورت آیا عده‌ی طلاق کفایت می کند یا زن باید عده‌ی فسخ نیز نگه دارد که در صورت تداخل عده‌ی فسخ از لحظه‌ی فسخ آغاز می شود و در صورت عدم تداخل پس از انقضاء عده‌ی طلاق، آغاز می شود.

دو وجه وجود دارد: یک وجه این است که عده‌ی طلاق کافی است و فسخ حکم جدیدی ایجاد نمی کند.

وجه دیگر این است که عد‌ه‌ی فسخ لازم است. در صورت وجوب عده‌ی فسخ، یا این عده با عده‌ی طلاق تداخل می کند و یا تداخل نمی کند.

مطلبی که محقق کرکی بیان کرد: و من فوائده تعجيل البينونة مبتنی بر تداخل است که گفته شود عده‌ی طلاق به عده‌ی فسخ تبدیل می شود؛ در نتیجه عده‌ی زن از لحظه‌ی فسخ، عده‌ی بائن می شود.[[13]](#footnote-13)

1. [تکملة العروة الوثقی، السید محمد کاظم الطباطبائی الیزدی، ج1، ص112.](http://lib.eshia.ir/10081/1/112/15) [↑](#footnote-ref-1)
2. مبنای دیگر این است که حقیقتا زوجه است. [↑](#footnote-ref-2)
3. بعد از دخول [↑](#footnote-ref-3)
4. قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ج‌3، ص: 68‌ [↑](#footnote-ref-4)
5. جامع المقاصد في شرح القواعد، ج‌13، ص: 273 [↑](#footnote-ref-5)
6. كشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج‌7، ص: 380‌ [↑](#footnote-ref-6)
7. قبل از دخول [↑](#footnote-ref-7)
8. بعد از دخول [↑](#footnote-ref-8)
9. لعدم الزوجیة [↑](#footnote-ref-9)
10. [جواهر الکلام، محمد حسن نجفی، ج30، ص361.](http://lib.eshia.ir/10088/30/361/العلقة) [↑](#footnote-ref-10)
11. مهذب الأحكام (للسبزواري)، ج‌25، ص: 131‌ [↑](#footnote-ref-11)
12. [الکافی، محمد بن یعقوب کلینی، ج5، ص432.](http://lib.eshia.ir/11005/5/432/برئت) [↑](#footnote-ref-12)
13. ادامه‌ی کلام استاد برای مقرر ابهاماتی داشت. ان شاءالله استاد در جلسه‌ی آینده با بیان روشن تری مساله را توضیح خواهند داد. [↑](#footnote-ref-13)