**فقه، جلسه 89: 24/12/۱۳۹۹، استاد سید محمد جواد شبیری**

**اعوذ بالله من الشیطان الرجیم**

**بسم الله الرحمن الرحیم**

و به نستعین انه خیر ناصر و معین الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آله الطاهرین

و اللعن علی اعدائهم اجمعین من الآن الی قیام یوم الدین

مسألة ۱۵ را شروع کردیم، یک مقداری اوّل مسأله را می‌خوانم بحث دارد باید موردش صحبت کنیم.

«مسألة 15: قد عرفت سابقا انّ فسخ النكاح بأحد أسبابه كالطلاق في إيجاب العدة عليها إذا كانت مدخولة» سابقاً این مطلب ذکر شد که فسخ نکاح مانند طلاق هست که اینجا عده را واجب می‌کند در صورت دخول. که خب بحث گذشت و بعضی روایات هم داشت و روایاتش را آنجا ذکر کردیم. آن که مورد بحث هست عبارت بعدی هست.

«و الظّاهر جواز الفسخ منها بل أو منه بأحد أسبابه إذا كانت مطلقة رجعية لأنّها بحكم الزوجة ما دامت في العدة»

در عدة رجعیه مرد یا زن اگر مسوغات فسخ برایش باشد می‌تواند از این مسوغات استفاده کند و فسخ کند. و ایشان تعلیل می‌آورد «لأنّها بحكم الزوجة ما دامت في العدة» این تعبیر.

این یک تعبیری هست که ایشان دارد. این مسأله حالا من فرصت این‌که تمام کتب فقهی را نگاه کنم نداشتم. ولی اوّلین بار تا آنجایی که من دیدم در قواعد علامه این مسأله مطرح شده و ایشان قائل شده که حق فسخ ندارد، عبارتشان این هست، در قواعد علامه، جلد ۳، صفحة ۶۸: «و لو طلّق قبل الدخول ثمّ علم بالعيب لم يسقط عنه ما وجب بالطلاق» خب اینش به بحث ما ربطی ندارد. «و كذا بعده.» یعنی بعد از دخول هم اگر عَلِم بالعیب باشد این لم یسقط عنه ما وجب بالطلاق. خب حالا آن قسمت مورد بحث نیست که آیا علم به عیب آن چیزی که به وسیلة طلاق واجب شده را ساقط می‌کند یا ساقط نمی‌کند، آنها را حالا کار ندارم.

بعد می‌گوید: «و ليس له الفسخ» این مرد اینجا حق فسخ ندارد. بعد از دخول علم به عیب پیدا کرده باشد حق فسخ ندارد «و لا بعد الرجعة مع العلم قبلها.» اگر بعد از رجعت بخواهد فسخ بکند، اگر قبل از رجعت علم داشته باشد آنجا اینجور نیست که حق فسخ داشته باشد بعد از رجعت، آنجا دیگر این شکلی نیست.

این مطلب را در قواعد دارد مرحوم فخر المحققین هم در ایضاح الفوائد که حاشیة بر قواعد هست این قواعد، جلد۳، صفحة ۶۸ بود، در ایضاح الفوائد، جلد ۳، صفحة ۱۸۱ هم حاشیه‌ای بر این مطلب ندارد، کأنّ این مطلب را پذیرفته.

ولی مرحوم صاحب جامع المقاصد، محقق کرکی رحمت الله علیه در جامع المقاصد، جلد ۱۳، صفحة ۲۷۳، این مطلب را نپذیرفته با این عبارت: «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»

ایشان می‌گوید چون مطلّقة رجعیه زوجه هست، بنابراین آن که روایاتی که گفته به وسیلة عیب زوجه می‌شود فسخ کرد داخل در آن نصوص داخل می‌شود. «و من فوائده تعجيل البينونة» فائده‌اش این هست که این بینونت بین زن و شوهر زودتر اتفاق می‌افتد. خب در دوران عدة رجعیه بینونت نیست، چون بینونت نیست، یک سری احکامی را شخص، مرد نمی‌تواند زوجة پنجم بگیرد، خواهر یکی از زوجه‌ها را بگیرد در این ایام، چون بینونت حاصل نشده، زن و شوهر از همدیگر ارث می‌برند، نفقة عده به عهدة شوهر هست و اینجور احکام که احکام عدة رجعیه هست، اگر فسخ شد این عده‌اش می‌شود عدة بائن، عدة بائن که شد دیگر این احکام بار می‌شود. خب این جامع المقاصد.

همین مطلب را در کشف اللثام، جلد ۷، صفحة ۳۸۰ آورده، ولی با این عبارت: «و قد يقال له: الفسخ في الرجعيّة لبقاء العلقة، و إفادته تعجيل البينونة» نه لأن مطلقة الرجعیة زوجة. لبقاء العُلقة تعبیر کرده. حالا اینها فرق‌هایش را بعد عرض می‌کنم. چون تعبیرات چه فرق‌هایی با هم دارد. نمی‌دانم قد یقال اشاره به همان عبارت جامع المقاصد است، ولی عبارت را یک مقداری، استدلال را تغییر داده روی مبنای خودش خواسته استدلال را تمام کند یا کس دیگری این بقاء العلقه را گفته یا نه، من به هر حال کلمة لبقاء العُلقه را که زدم نیاورد جای دیگری غیر از همین کشف اللثام و مصادر متأخر از کشف اللثام. این کشف اللثام، جلد ۷، صفحة ۳۸۰ هم این عبارت را دارد.

مرحوم صاحب جواهر هم از جواهر همین مطلب را اخذ کرده، جواهر، جلد ۳۰، صفحة ۳۶۱. در جواهر این هست:

«لا فسخ له هنا لعدم الزوجية، بل و كذا بعده» بعده یعنی بعد الدخول، هنا یعنی قبل از دخول.

«لا فسخ له هنا لعدم الزوجية، بل و كذا بعده حتى في الرجعية، لذلك أيضا» یعنی لعدم الزوجیة «مع احتماله فيها» این را در حد احتمال تعبیر می‌کند. «لبقاء العلقة، فيفيد حينئذ تعجيل البينونة» همان عبارت‌هایی که در کشف اللثام و قبل از آن در جامع المقاصد هست، در جواهر، جلد ۳۰، صفحة ۳۶۱ وارد شده است.

مرحوم سبزواری هم در مهذّب الاحکام، جلد ۲۵، صفحة ۱۳۰ و ۱۳۱ همین مطلب را دارند و ایشان فتوا می‌دهند به این‌که می‌تواند فسخ کند و می‌خواهد استدلالی هم که می‌کند می‌گوید مطلقة رجعیه بحکم الزوجه هست آن، الآن یادم رفت، زوجة یا بحکم الزوجة، کدام تعبیر را کرده که می‌گوید که در کلام آقایان به صورت ارسال مسلّم این مطلب وارد شده.

اینجا کلام مرحوم محقق کرکی که گفته زوجة روی مبنای خودشان خب اگر کسی زوجه بداند مطلقة رجعیه را، طبیعی است که آن نحوه‌ای که ایشان مشی می‌کند به راحتی قابل تطبیق هست. همچنین اگر ما گفتیم مطلقة رجعیه به منزلة زوجه هست، در جمیع احکام، یک موقع ما یک دلیل عام داریم که المطلقة الرجعیة بحکم الزوجة، بنابراین هر حکمی از احکام زوجیت که در ادلة دیگری ثابت باشد، عموم تنزیل اقتضاء می‌کند که آن حکم در مورد مطلقة رجعیه باشد. بنابراین وقتی عموم تنزیل یک همچین اقتضایی را کرد ما احکام را، احکام زوجیت. یکی از احکام زوجیت هم جواز الفسخ هست، آن احکام را ما بار می‌کنیم.

خب، بنابراین دو تا مبنا مطلب صاف است. ولی ما هیچ یک از این دو تا مبنا را نپذیرفتیم. گفتیم نه مطلقة رجعیه زوجه هست، در حکم زوجه هم به این معنا که یک روایت عامی داشته باشیم که ازش استفاده بشود که هر یک از احکام زوجیت، تمام احکام زوجیت بر مطلقة رجعیه بار می‌شود به طوری که اگر حکمی از احکام مطلقة رجعیه، احکام زوجه بر مطلقة رجعیه بار نشود، این به منزلة تخصیص این دلیل باشد، ما یک همچین دلیل عامی نداریم و نمی‌توانیم مطلقة رجعیه را به این معنا به منزلة زوجه بدانیم. بله، یک سری احکام خاصه‌ای را دارد، نمی‌دانم ارث می‌برد و نمی‌دانم نفقه‌اش لازم هست. بعضی از این احکامی که در مورد مطلقة رجعیه هست که حکم زوجه را شارع بار کرده، بار می‌شود. ولی این‌که بگوییم یک چیز عامی داشته باشیم که مطلقة رجعیه هست ما یک همچین چیزی را دلیل برایش نتوانستیم پیدا کنیم.

خب حالا اگر دلیل پیدا نکردیم مسأله چطور می‌شود؟ من به نظرم می‌رسد که به دو بیان می‌توانیم همین مطلبی که مرحوم سید فرمودند و در کلام کشف اللثام، احتمالش را مطرح کرده و کلام کشف اللثام و جواهر هم می‌تواند به آن حمل بشود.

یک بیان این است که ما در روایات موضوع جواز فسخ زوجه قرار داده نشده. آن که هست گفته الرجل یُردّ من الفلان. یا المرئة یُردّ فلان. خب این روایاتی که آن موضوع را رجل و مرئة قرار دادند، اطلاقش اقتضاء می‌کند که تا وقتی که یک نوع عُلقه‌ای بین مرد و زن باشد، این ردّ ثابت باشد. موضوعش را زوجیت نمی‌گیریم، وجود عُلقه است. و اطلاقات ادله نسبت به جایی که وجود عُلقه، عُلقه موجود باشد آن ثابت است. عبارت مرحوم کشف اللثام که استدلال می‌کند لبقاء العُلقه می‌تواند ناظر به این استدلال باشد که اطلاقات ادله اقتضاء می‌کند که تا وقتی که عُلقه موجود هست جواز فسخ باشد. خب این یک تقریب.

یک تقریب دیگر این‌که یک سری روایاتی ما داریم یُردّ النکاح. فسخ را به معنای ردّ نکاح قرار داده. مراد از ردّ نکاح این هست که نکاح، نه این‌که نگاه را می‌گوییم از اوّل کان لم یکن. نه، نکاح در عالم اعتبار یک بقایی برایش فرض می‌شود. نکاح یک سبب هست. سبب زوجیت هست. این نکاح که سبب هست، این نکاح یک بقایی برایش فرض می‌شود و آن زوجیت هم تا وقتی هست که آن نکاح که سبب هست در عالم اعتبار باقی باشد. ردّ نکاح این هست که آن سبب را بقاءً شخص رد کند و دیگر بقائش را از بین ببرد. خب که در نتیجه آن آثار نکاح از بین می‌رود. آثار نکاح از حین فسخ و از حین رد از بین می‌رود. یعنی قبل از این زوجیت بوده، ولی از این به بعد زوجیت نیست. خب این آثار نکاح در زمانی که هنوز طلاق نداده زوجیت است. بعد از طلاق هم زوجیت زائل شده ولی هنوز عُلقه موجود است. وقتی نکاح را، حالا آن کسی که اجازة فسخ دارد که عبارت باشد از کسی که اجازة فسخ دارد که عبارت باشد از مرد یا زن، هر کدام از اینها فسخ کردند، نکاح منفسخ می‌شود. نکاح که منفسخ شد اثر نکاح که عُلقة بین زوج و زوجه هست، این عُلقه از بین می‌رود. به وسیلة این فسخ آن علقه‌ای که بین زن و شوهر هست، آن عُلقه منقطع می‌شود. در نتیجه آثاری که آثار آن علقه بوده و در روایات بر وجود عُلقه آن آثار را بار کرده، آن آثار منتفی می‌شود. آن روایاتی که این تعبیری که مرحوم محقق کرکی می‌کند، تعجیل البینونة فتحل الخامسة، امثال اینها، اینها اشاره به آن نکته‌ای هست که در روایات ما هست. در روایات هست که مثلاً اذا برئت عصمتها منه. هنگامی که می‌گوید در زمانی خامسه بر مرد حلال می‌شود که عصمتش از یکی از این زوجه‌هایی که داشته، آن عصمتش منقطع بشود، از بین برود. یعنی آن عُلقه‌ای که بین این مرد و یکی از زوجه‌ها هست تا وقتی که باقی است، آن ازدواج با خامسه صحیح نیست، ازدواج با اخت آن صاحب العُلقه صحیح نیست، و همچنین ارث و نفقه به خاطر وجود همین عصمت و عُلقه‌ای که هست بین زن و شوهر وجود دارد.

به نظر می‌رسد که این هم استدلال دیگر. من فکر می‌کنم که این استدلال تمام باشد و بتوانیم به وسیلة این استدلال‌ها قائل به جواز فسخ بشویم، بگوییم احکام فسخ را می‌شود بار کرد و احکام فسخ، حالا یک سری از فوائدی را که ایشان ذکر کردند که گذشت. که احکام دیگر فسخ هم هست، مثلاً احکام فسخ این است که اگر فسخ به خاطر، حالا آن را نمی‌دانم، اگر فسخ کرد و به جهت تدلیسی که صورت گرفته باشد آن مهریه‌ای که به عهدة مرد هست آن مهریه را می‌تواند برود از مدلِّس بگیرد. برود از مدلِّس بگیرد ولی تا وقتی که مهریه را، این هم فکر می‌کنم از آثار همین هست، اگر فسخ نکرده باشد، حق فسخ نداشته باشد و فقط همان طلاق باشد، دیگر طلاق باشد آن احکام، ولو مهریه را باید به‌طور کامل بدهد نمی‌دانم آیا اینجا اگر مهریه را به‌طور کامل بدهد می‌تواند برود از آن مدلِّس بگیرد؟ فکر نمی‌کنم بتواند بدون فسخ برود از آن مدلِّس بگیرد. اگر فسخ کرد بتواند برود از مدلِّس. به هر حال، آنها ریزه کاری‌های این بحث هست که باید این ریزه‌کاری‌ها را دقت کرد ببینیم که ریزه کاری‌های بحث به چه شکل باید بحث دنبال بشود.

خب حالا ادامة کلام مرحوم سید را بخوانم. اصل این‌که می‌تواند فسخ کند را مرحوم سید می‌فرمایند: «و الظّاهر جواز الفسخ» این ظاهر که تعبیر کرد به اعتبار این است که عرض کردم مرحوم علامه در قواعد قائل به عدم جواز فسخ شدند.

«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»

یک وجه این است که ما بگوییم اصلاً همان عدة طلاقی که بود، همان کافی است، دیگر این فسخ حکم جدیدی را ایجاد نمی‌کند.

یک وجه این استکه بگوییم نه، عدة فسخ لازم است. عدة فسخ که لازم بوده خودش دو شق پیدا می‌کند. یکی این است که عدة فسخ لازم است تداخل می‌کند در آن عدة طلاق، یعنی الآن باید عدة فسخ را باید مراعات کند. ولی آن عدة طلاق در این عدة فسخ داخل می‌شود.

«و على عدمه» بنابر عدم تداخل «تعتد له بعد انقضاء عدة الطلاق» بعد از انقضای اوّل آن عدة طلاق را نگه می‌دارد بعدش عدة فسخ را انجام می‌دهد. البته آن مطلبی که مرحوم محقق کرکی در جامع المقاصد دارد و من فوائده تعجیل البینونة، آن مبتنی بر همین تداخل هست. که در واقع ما بگوییم که این عدة طلاقی که داشته، آن عدة طلاق تبدیل می‌شود به عدة فسخ، بنابراین همین الآن دیگر این اعتدادش، اعتداد بائن می‌شود. از آن رجعیه خارج می‌شود، تبدیل به بائن می‌شود. و احکام عدة بائن بار می‌شود که عدة بائن حکم‌هایش حلّ خامسه است، حل اخت است، انقطاع ارث است، نداشتن نفقه، این احکام مال بنابر تداخل هست. خب این «وجهان.»

«قال: في القواعد و لو فسخت النكاح في عدة الرجعي ففي الاكتفاء بالإكمال إشكال» حالا من فرصت نکردم این را مراجعه کنم ببینم لو فسخت النکاح فی عدة الرجعی، این مربوط به چه مسأله‌ای است. چون در قواعد آن عبارتی که خواندم این بود که لیس له الفسخ. اینجا ففی الاکتفاء بالاکمال إشکال، این در چه موردی هست که اجازه دارد که در عدة رجعی فسخ کند، حالا.

«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» ایشان می‌گوید که درست است که فسخ بینونت را افاده کرده و طلاق را قوت بخشیده. ولی به آن زوجیت سابق برنگشته. به معنای رجوع الی الزوجیة. یا این‌که یک وطی محترمی به این خانم وارد شده باشد که این وطی محترم خودش عده‌ای را لازم کرده باشد. و هو خیرة المبسوط که ما بگوییم که نه، در عدة رجعیه لازم نیست که. حالا این را من باز باید مراجعه کنم ببینم مبسوط در چه مسأله‌ای هست که اینجا گفته که می‌شود همان عدة قبلی را اکمال کرد. اصل این‌که به چه وجهی فسخ نکاح را، این را حالا رفقا نگاه کنند، من هم مراجعه می‌کنم می‌بینم مبسوط در کجای این مطلب را فرموده.

«و من انّ الطلاق و الفسخ سببان للعدة» طلاق و فسخ دو تا سبب عده هستند. «و الأصل عدم التداخل» اصل این است که اینها تداخل نکنند «و لمّا كانت العدتان حقين لمكلف واحد و أبطل الفسخ حكم الطلاق و لذا لا تثبت معه الرجعية استأنفت عدة الفسخ» بگوید چون دو تا عده حق برای مکلّف واحد هست و فسخ حکم طلاق را باطل کرده، بنابراین دیگر الآن حکم طلاق بار نمی‌شود و لذا لا تثبت معه الرجعیة، این رجعیة ثابت نمی‌شود، حق رجوع ندارد. یعنی این همان بحث تداخل را مطرح کردند. «استأنفت عدة الفسخ»

«قلت: و الأقوى هو الوجه الأول لانصراف دليل وجوب العدة للفسخ عن هذه الصورة» این‌که فسخ عده داشته باشد، از این صورت منصرف هست. این را رفقا مراجعه کنند ببینیم آن دلیل وجوب عده برای فسخ آیا منصرف هست یا منصرف نیست، این را مراجعه کنند در موردش در جلسة آینده صحبت می‌کنیم.

«و الأحوط الثاني لكن بالتداخل على ما هو الأقوى» احوط این است که ما یک عده‌ای برای فسخ هم مراعات کنیم. «لكن بالتداخل على ما هو الأقوى» اقوی این است که به نحو تداخل، یعنی نه به نحو عدة رجعیه و این‌که آن زمان، زمان عدة رجعیه باشد، تداخل می‌کند. تداخل که کرد در آن زمان عدة رجعیه آن همچون عدة فسخ هست. حالا این را نمی‌دانم مرحوم سید می‌خواهد بگوید که اینجا هم عدة فسخ هست، هم عدة طلاق هست، این هنوز جواز رجوع دارد یا ندارد، ایشان چی می‌خواهند بفرمایند یک مقداری ابهام دارد. خب آقایان دیگر قائل به تداخل می‌شدند، به این معنا که عدة طلاق را می‌گفتند که اصلاً عدة طلاق دیگر می‌رود پی کارش، عدة فسخ چیز می‌شود. نه تصریح می‌کند. «و علی فرض عدمه» یعنی اگر عدم، «فاللازم استینافها»، اگر قائل به تداخل نشویم «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.» می‌گوید که فسخ حکم طلاق را از این جهتی که عده لازم هست، آن را از بین می‌برد، ولی حکمش را از حیث جواز رجوع از بین بردن، ملازمه با این ندارد که از جهت این‌که باید عده‌ای برایش نگه داشته بشود از آن جهت حکمش را باطل می‌کند.

حالا این مسأله را ملاحظه بکنید، دقت کنید ببینیم که این مسأله را چگونه باید مشی کنیم.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

پایان