**فقه، جلسه 90: 25/12/۱۳۹۹، 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

دربارة مسألة ۱۵ صحبت می‌کردیم. در مسألة ۱۵ مرحوم سید فرمودند: «و الظّاهر جواز الفسخ منها بل أو منه بأحد أسبابه إذا كانت مطلقة رجعية لأنّها بحكم الزوجة ما دامت في العدة» در جلسة قبل در این مورد صحبت کردیم که وجه جواز فسخ چی است. اینجا یک نکته‌ای عرض بکنم آن این است که ظاهر کلام مرحوم علامه. مرحوم علامه در این مسأله اشاره فرموده بودند که مطلقة رجعیه زوج فسخ کند. لیس له الفسخ. نه قبل از رجعت و نه بعد از رجعت هیچکدام حق فسخ ندارد. و اینجا در قواعد یک عبارت دیگری در یک جای دیگر قواعد هست. عبارت این هست، «و لو فسخت النكاح في عدّة الرجعيّ ففي الاكتفاء بالإكمال إشكال.» همین بحث بعدی که مرحوم سید متعرّض می‌شود در قواعد مطرح شده. «و لو فسخت النكاح في عدّة الرجعيّ» کأنّه می‌تواند نکاح را فسخ کند. البته موضوعش فسخ زوجه است. آن جایی که گفته لیس له الفسخ، فسخ زوج است. ولی ظاهراً بین این دو مسأله فرقی نیست. فسخ زوجه و فسخ زوج. نکات بحثش یکسان است. من خیلی به هر حال متوجه نشدم که چطور مرحوم علامه در مورد فسخ زوج فرموده لیس له الفسخ، در مورد فسخ زوجه فرموده، از ظاهر عبارت این است که حق فسخ دارد و فسخش نافذ است. علی ای تقدیر حالا این را دقت بفرمایید ببینیم آیا یک وجهی برای این کلامه علامه می‌توانیم درست کنیم یا این کلام علامه را وجهی برایش به دست نمی‌آوریم. به هر حال این عبارت در قواعد، جلد ۳، صفحة ۱۴۹ هست. در کنز الفوائد، جلد ۲، صفحة ۶۰۷ هم شرحش کرده. و همچنین در ایضاح الفوائد، جلد ۳، صفحة ۳۶۲.

حالا اصل جواز فسخ را ازش می‌گذریم، به مسألة بعدی که مرحوم سید وارد شده می‌پردازیم. مرحوم می‌فرماید حالا اگر زن فسخ کرد یا شوهر فسخ کرد، آیا این زن آن عدة طلاقی را که شروع کرده، همین که تکمیل کند کافی هست یا این‌که باید برای فسخ خودش عده نگه دارد؟ که حالا اگر عده برای فسخ لازم باشد دیگر آن خودش دو وجه هست که عدة فسخ با آن عدة طلاق تداخل می‌کند، به این معنا که عدة فسخ از همان حین فسخ شروع می‌شود و در ابتدایش بین عدة فسخ و عدة طلاق تداخل هست، این دو تا روی هم می‌افتند و بعد از این‌که عدة طلاق تمام شد تتمة عدة فسخ خواهد بود، یا این‌که نه، اینها تداخل نمی‌کنند، باید عدة طلاق تمام بشود، بعد از این‌که عدة طلاق تمام شد، عدة فسخ تازه به صورت مستقل و بدون تداخل آغاز می‌شود. ایشان می‌فرماید این‌که اکمال عدة طلاق کافی هست یا کافی نیست «وجهان، قال: في القواعد و لو فسخت النكاح في عدة الرجعي ففي الاكتفاء بالإكمال إشكال» این همان عبارتی که خواندم.

«و عن كشف اللثام في بيان وجه الإشكال» عرض کردم این وجه اشکال را هم در کنز الفوائد دارد، هم در ایضاح الفوائد دارد، ولی عبارت کشف اللثام از همة اینها کامل‌تر هست. روی همین جهت ما همان عبارت کشف اللثام بهش بپردازیم کافی است.

«و عن كشف اللثام في بيان وجه الإشكال: من انّ الفسخ انّما أفاد البينونة و زيادة قوة في الطلاق» فسخ خاصیتش این هست که بینونت و برطرف کردن آن علقة فی الجمله‌ای که بین زن و شوهر بود آن را بین زن و شوهر در آن عدة رجعیه یک فی الجمله عُلقه‌ای بود. این عُلقة زوجیت را فسخ از بین می‌برد. «و زيادة قوة في الطلاق» این طلاق را قوتش را تقویت می‌کند، ولی این، اینجور نیست که فسخ زن را به زوجیت برگرداند، یا یک وقع محترمی به این زن واصل بشود که اقتضاء کند که به خاطر این زوجیتی که زن دارد، یا وقع محترمی که زن دارد نیاز داشته باشد که عده‌ای نگه دارد. «هو خيرة المبسوط» این خیرة مبسوط این هست.

«و من انّ الطلاق و الفسخ» حالا این خیرة المبسوط عیب ندارد، عبارت مبسوط را همینجا بخوانم. مبسوط اصلش در این مسأله نیست. در مسألة دیگر هست، ولی نکته‌ای که در آن مسأله هست، ما نحن فیه را هم شامل می‌شود و یک بحث به هر حال، در واقع یکی از فروع مسأله است، ولی در آن فرع مسأله یک نوع. فروع مسأله نیست، در یک مسألة دیگر هست ولی نکته‌ای که آنجا دارد ظاهراً نکتة واحد هست به خاطر همین، این را به عنوان خیرة المبسوط ذکر کردند که در کنز الفوائد، جلد ۲، صفحة ۶۰۸، این را از مبسوط هم نقل کرده، حالا عبارت مبسوط را می‌خوانم. « إذا تزوج العبد أمة فطلقها طلقة بعد الدخول فإنه يثبت له عليها الرجعة» در عبد دو تا طلاق می‌تواند زنش را بدهد. «لأنه بقي له طلقة» اگر یک طلاق داده باشد، چون هنوز یک طلاق دیگر برایش باقی دارد، می‌تواند رجوع کند.

«فإن أعتقت في أثناء العدة» اگر یک قانون کلی هست، عبدی که امه‌اش را تزویج می‌کند، اگر آن امه آزاد شد، آن امه حق دارد که این ازدواج را به هم بزند. خب حالا اگر این آزاد شدن زنی که امه هست، در هنگام زوجیت نباشد، در اثناء عده باشد، می‌گوید «فإن أعتقت في أثناء العدة ثبتت لها خيار الفسخ» ثبت من نوشتم، این باید سقط باشد. «ثبتت لها خيار الفسخ، لأنها في معنى الزوجات فان اختارت» چون لانها فی معنی الزوجات، یعنی ظاهراً در حکم زوجات هست و بنابراین چون حکم زوج دارد، این خیار. این معنی الزوجات را در بحث این‌که مطلقة رجعیه زوجة او زوجه نیست این فی معنی الزوجات را عبارتش را آوردیم و در موردش صحبت کردیم.

«فان اختارت الفسخ انقطع حق الزوج من الرجعة» خب، تا اینجایش بحثی نیست. آن تکه‌ای که به بحث ما مربوط است این است، و هل، در این عبارت مبسوط چاپی، یستأنف العدة دارد که تستأنف درست است، همچنان که در کنز الفوائد، جلد ۲، صفحة ۶۰۸ نقل کرده و ادامة عبارت هم روشن است که تستأنف باید باشد.

«و هل يستأنف العدة أم تبنى؟» آیا عده را باید زن از آغاز شروع کند یا همان عدة سابق را ادامه می‌دهد؟

«قال قوم تبنى على عدتها و هو الصحيح عندنا، و قال آخرون تستأنف» مبسوط، جلد ۵، صفحة ۲۴۹.

در مهذّب، مرحوم ابن برّاج همین مطلب را تبعیت کرده از شیخ طوسی، در مهذّب جلد ۲، صفحة ۳۳۲ این مسأله را که آورده گفته لا یجب علیها استأنف هذه العدة. لازم نیست این عده را استیناف کند، همان که عده را تکمیل کند کافی هست و تبنی علی عدتها. خب این عبارت مبسوط. این یک وجه این‌که بگوییم ما اکمال عدة طلاق کافی است.

«و من انّ الطلاق و الفسخ سببان للعدة و الأصل عدم التداخل» طلاق و فسخ دو تا سبب مستقل هستند، اصل هم عدم تداخل است. «و لمّا كانت العدتان حقين لمكلف واحد و أبطل الفسخ حكم الطلاق و لذا لا تثبت معه الرجعية» اینجا رجعیة دارد، رجعه درست است. «و لذا لا تثبت معه الرجعة» در کشف اللثم رجعة دارد که همان درست است. «و لذا لا تثبت معه الرجعة استأنفت عدة الفسخ» چون طلاق و فسخ دو تا سبب مستقل هستند، اصل هم عدم تداخل است، فسخ حکم طلاق را از بین برده، حکم طلاق را که از بین برد، خود فسخ یک عدة مستقل واجب می‌کند، بنابراین عدة فسخ را باید استیناف کند. شاهد به این‌که فسخ حکم طلاق را باطل کرده، این است که در این صورت لا تثبت له مع الرجعة، یک همچین له هم در عبارت کشف اللثام بود. یعنی برای شوهر حق رجوع نیست، نمی‌تواند رجوع کند. اگر حکم طلاق باقی بود باید بتواند رجوع بکند دیگر، چون طلاقش، طلاق رجعی بود، آن عده‌اش هم می‌شود عدة طلاق رجعی، شوهر در عدة طلاق رجعی می‌تواند رجوع کند، ولی اینجا عدة رجعی دیگر نیست، بنابراین فسخ حکم طلاق را باطل کرده، وقتی باطل کرد باید عدة طلاق را استیناف کند.

خب مرحوم سید می‌فرماید: «قلت: و الأقوى هو الوجه الأول» اقوی، وجه اوّل هست که اکمال عدة طلاق کافی است. «لانصراف دليل وجوب العدة للفسخ عن هذه الصورة» دلیلی که گفته فسخ باید عده نگه دارد از صورتی که فسخ در زمان عده باشد منصرف است. جایی را که گفته باید عده نگه دارد که عده نداشته باشد. و الا اگر عده داشته باشد، یک عدة دیگری را لازم نمی‌کند. حالا من روایتی که ازش استفاده می‌شود که فسخ سبب عده هست را بخوانم که خب تقریباً انصراف است که مرحوم سید می‌گویند روشن هست، اگر نگوییم که نصّش این هست که نگوییم، لااقل بحث انصراف درش خیلی روشن هست.

عن ابی عبیدة. این عبارت را قبلاً خواندم، سندش را هم ذکر کردم که صحیحه است. عن ابی عبیدة عن ابی جعفر علیه السلام قال فی رجل تزوج امرأة من ولیها فوجدت بها عیبا ما دخل بها. بعد حالا روایت صورت چیز را توضیح می‌دهد، آن صدر روایت را کار ندارم. آن ذیل روایت را می‌خواهم عرض کنم. قال و تعتدّ منه عدة المطلّقة ان کان دخل بها و ان لم یکن دخل بها فلا عدة علیها و لا مهر لها. اگر دخول کرده باشد به او، عدة مطلقه باید نگه دارد، ولی اگر دخول نکرده باشد، فلا عدة علیها و لا مهر لها. این عدة المطلقة ان کان دخل بها، ظاهرش این است که مطلقه نیست، ولی باید عدة مطلقه را نگه دارد. پس مفروض جایی هست که این زنی که نکاحش فسخ می‌شود مطلقه نیست. وقتی مطلقه نیست آن مطلبی که مرحوم، دلیل دیگری بر این‌که فسخ عده داشته باشد نداشتیم. من اجالتا یادم نیست که روایت دیگری در بحث عدة فسخ وجود داشته باشد. این است که در ذهنم بود همین روایت هست، این روایت هم مربوط به جایی هست که فسخ در زمان زوجیت انجام بشود نه در زمان معتده بودن زن. بنابراین اگر در زمان معتده بودن زن فسخ صورت بگیرد ما دلیل نداریم برای این‌که این فسخ سبب عده می‌شود. به نظر می‌رسد مطلب، مطلب تمامی باشد.

مرحوم سید می‌فرماید: «و الأحوط الثاني» احوط این است که ما بگوییم که نه، عدة فسخ هم لازم هست. و زن عدة فسخ را هم نگه دارد. «لكن بالتداخل على ما هو الأقوى» ولیکن بنابر اقوی آن عدة فسخ با عدة طلاق تداخل می‌کنند. چون همان نکته‌ای که مرحوم سید فرمودند که اصل اوّلیه در اینجاها تداخل هست، اینجا هم می‌آید. چون اینها با همدیگر منافات ندارند. هم عدة طلاق را لازم بکند، هم عدة فسخ را لازم بکند. اینها با همدیگر تنافی ندارند، حالا یک مقدار تنافی بینشان هست که آن را حالا در ادامه از عبارت سید رفع آن تنافی هم استفاده می‌شود.

مرحوم سید می‌فرمایند که حالا اگر ما یک موقعی قائل به این بشویم که قاعده در اینجور موارد اصل را تداخل می‌دانیم، خب اشکال ندارد. اصل را اگر تداخل بدانیم، این عدة فسخ با عدة طلاق تداخل می‌کنند. یعنی تکملة عدة طلاق با آغاز عدة فسخ، اینها روی هم می‌افتند و اوّل عدة فسخ با آخر عدة طلاق این قسمت‌هایش در یک زمان واحد تحقق پیدا می‌کند.

ولی علی فرض عدمه. اگر ما قائل به تداخل نشویم. یعنی بگوییم اصل اوّلیه در اینجاها تداخل نیست، اصل عدم تداخل است که مرحوم کاشف اللثام بر آن مبنا مشی کرده. «و على فرض عدمه» یعنی علی فرض عدم التداخل علی ما هو الاصل. یعنی بگوییم اصل عدم تداخل است. «فاللازم استينافها للفسخ بعد إكمال عدة الطلاق، لا كما ذكره كاشف اللثام» اگر ما قائل به عدم تداخل بشویم باید عدة طلاق را تکمیل کند، عدة طلاق که تکمیل شد، عدة فسخ تازه شروع می‌شود. نه از حین فسخ عدة فسخ شروع بشود که قستی از عدة فسخ با تکملة عدة طلاق روی هم بیفتند و تداخل به این معنا کنند. چرا؟ «لأنا نمنع إبطال الفسخ حكم الطلاق من هذا الوجه، نعم قد أبطل حكمه من حيث جواز الرجوع.» بله یک مطلبی مرحوم کاشف اللثام فرموده بودند که فسخ حکم طلاق را باطل می‌کند. این‌که فسخ حکم طلاق را باطل می‌کند از چه جهت باطل می‌کند؟ فسخ حکم طلاق را از جهت جواز رجوع باطل می‌کند؟ بله. از جهت جواز رجوع باطل می‌کند، ولی این لازمه‌اش این نیست که فسخ حکم طلاق را از جهت این‌که بعد از طلاق زن باید عده نگه دارد و در دورة عده زن نمی‌تواند ازدواج کند، او را هم باطل می‌کند. آن را ما دلیل نداریم. توضیح ذلک ببینید فسخ حقیقتش این هست که کأنّه آن نکاح ما عرض کردیم فسخ به نکاح تعلّق می‌گیرد. متعلّق فسخ نکاح هست ولی برای نکاح در عالم اعتبار یک بقاء اعتباری فرض می‌شود. نکاح به معنای آن عقد ازدواجی که در یک زمان خاصی تحقق پیدا کرده، مراد این نیست. نکاح یک عقدی هست که یک امر اعتباری هست که در عالم اعتبار بعد از تحققش هم بقاء دارد. البته تا زمانی این بقاء تحقق دارد که فسخ نشده باشد. وقتی فسخ می‌شود دیگر این بقاء هم از بین می‌رود، در عالم اعتبار. پس بنابراین وقتی فسخ تحقق پیدا می‌کند کأنّ دیگر از این به بعد، یعنی از زمان فسخ به بعد آن نکاح که یک امر اعتباری است تحقق ندارد. وقتی تحقق نداشت آثار نکاح که وجود عُلقة بین زن و شوهر هست آن هم می‌پرد. این‌که مرد می‌تواند به زنش در دورة عدة رجعی مراجعه کند، به دلیل این‌که در این دوره یک نوع عُلقه‌ای بین زن و شوهر وجود دارد. و هنوز بینونت کامل تحقق پیدا نکرده. بر خلاف طلاق بائن صورت گرفته، حتی در دورة عدة طلاق بائن، در جاهایی که عده دارد، بینونت حاصل شده ولی زن باید عده نگه دارد و در دورة عده مثلاً در ازدواج سوم، ازدواج خلع و مبارات و اینها که آن ازدواج‌هایی که بائن هستند و مرد در آن ازدواج‌ها حق رجوع ندارد. اینجا مرد حق رجوع ندارد. چرا حق رجوع ندارد؟ به دلیل این‌که عُلقة ازدواجی دیگر بین زن و شوهر نیست. آن به تعبیر روایات عصمت بین زن و شوهر از بین رفته و تمام شده. تا وقتی که این عُلقه وجود دارد جواز رجوع وجود دارد. وقتی مرد یا زن نکاح را فسخ کرد، با فسخ نکاح آن عُلقه‌ای که یک مرتبة ضعیفه‌ای از عُلقة زوجیت هست، آن عُلقه بین زن و شوهر از بین می‌رود. وقتی از بین رفت دیگر مرد نمی‌تواند رجوع کند. ولی مجرّد این‌که این علقه از بین برود باعث نمی‌شود که عدة طلاق از بین برود. طلاق احیاناً عده دارد، مثل طلاق‌های بائن. طلاق‌های بائن خب عده دارد. ولی عُلقه‌ای بین زن و شوهر در دورة عده وجود ندارد. اینجا هم طبق عمومات همینجور است. ما دلیل نداریم حالا که فسخ کرده آن فسخ باعث می‌شود که طلاق دیگر از بین برود. نه، طلاق از بین نمی‌رود. یعنی به این معنا. حالا اینجوری تعبیر بکنم، بگویم که تا زمان، فرض این است که اوّل طلاق داده شده، بعد در زمان عدة طلاق فسخ صورت گرفته. تا زمان طلاق زوجیت بوده. و همان و فسخ هم آن زوجیت تا زمان طلاق را محترم می‌شمارد، به رسمیت می‌شناسد. فسخ نمی‌گوید که زوجیت تا تمام طلاق کأنّه نبوده. نه زوجیت تا زمان طلاق بوده. وقتی زوجیت تا زمان طلاق بوده، طلاقی که روی آن زوجیت واقع شده، آن طلاق، طلاقی هست اثر دار و به جهت آن طلاق باید عده نگه داشت که عده‌اش همان عدة معهود طلاق هست. بنابراین ما وجهی ندارد که بگوییم که اینجا طلاق از اثر افتاده. بله، طلاق، عدة بعد از طلاق دیگر رجعی نیست. چون علت رجعی بودنش بقای علقه هست. و فسخ این بقای علقه را از بین برده. دیگر علقه‌ای بین زن و شوهر با وجود این فسخی که از جانب مرد یا از جانب زن صورت گرفته وجود ندارد، ولی این‌که عُلقه بین زن و شوهر وجود ندارد، این لازمه‌اش این نیست که عدة طلاق هنوز موجود نباشد. نه، عدة طلاق موجود است. وقتی عدة طلاق موجود بود و فرض هم این است که اصل عدم تداخل است. وقتی فرض عدم تداخل بود، باید آن عدة طلاق را تمام کند، بعد از این‌که عدة طلاق را تمام کرد، یک عدة کامل بعد از انقضای عدة طلاق زن بگیرد. بنابر این‌که ما قائل به عدم تداخل بشویم، قائل به استیناف نباید بشویم. استیناف عده للفسخ من حینه. بلکه باید قائل بشویم که یک عدة کامل بعد از تمام شدن عدة طلاق زن باید بگیرد. این کلام مرحوم سید.

به نظر می‌رسد کلام، کلام تامی به نظر می‌رسد، من اشکال خاصی به این کلام به ذهنم نمی‌رسد. این مسأله هم تمام.

مسألة بعدی را شروع می‌کنم. مسألة ۱۶ و ۱۷ به نظر می‌رسد دو تا مسأله‌ای هست که به همدیگر مرتبط هستند، من حالا مسألة ۱۶ را می‌خوانم، یک مقداری در موردش صحبت می‌کنم و تکمیل بحث در مورد مسألة ۱۶ و ۱۷ را به فردا واگذار می‌کنیم.

ایشان می‌فرماید: «مسألة 16: الظاهر انّ الرّجوع في أثناء عدة الطلاق الرجعي مبطل للعدة لأنّها تصير زوجة فلا يبقى حكم الطلاق بعده، و كذا تجديد النكاح في أثناء عدة الطلاق البائن» اگر در اثنای عدة رجعیه شوهر رجوع کند. ایشان می‌گوید این رجوع شوهر عده را از بین می‌برد، چون با رجوع شوهر، زن، زن این شخص می‌شود. چون فرض این. «لأنّها تصير زوجة» روی مبنای مرحوم سید هست که معتدة رجعیه را به منزلة زوجه می‌داند. و «لأنّها تصير زوجة» اگر گفتیم قبلاً هم زوجه بود که حالا بنابراین‌که قبلاً هم زوجه بود آن حکم چه شکلی است، آن حالا بعداً در موردش صحبت کنیم.

«فلا يبقى حكم الطلاق بعده» دیگر آن طلاق نسبت به این زوجه اثری ندارد.

«و كذا تجديد النكاح في أثناء عدة الطلاق البائن» در عدة طلاق بائن، این طلاق بائن نسبت به غیر زوج سابق هست. زوج سابق می‌تواند در خود عدة طلاق بائن با این زوجه تزویج کند، این زوجه را به تزویج خودش در بیاورد، با رضایت طرفین عقد جدیدی بخوانند. خب حالا عقد جدید که خواندند، این عقد جدید باعث می‌شود که آن عدة سابق، عده‌ای که این زن دارد آن عده از بین برود. بعضی‌ها گفتند نه آن عده از بین نمی‌رود. گفتند که این‌که به زوجیت برمی‌گردد، عده را تنها نسبت به زوج از بین می‌برد. یعنی در این دورة عده زوج بین زوج سابق و این زوجه هیچگونه عُلقه‌ای نبود، ازدواج جدید یا با رجوع آن عده دیگر آن اثر را ندارد که دیگر زوجیت نباشد، زوجیت هست. «و امّا بالنسبة إلى الأجنبي فلا بد من إتمام العدة.» اما نسبت به اجنبی، آن عده لابد من اتمام العدة. این را مرحوم سید می‌فرماید که «کما تری». هیچ توضیح نمی‌دهند که کما تری یعنی چی؟ چرا کما تری؟ چون ما ممکن است بگوییم که در این دوره‌ای که زوجه هست، در این دوره دیگران نمی‌توانند با این ازدواج کنند، به دو عامل. دو عامل باعث می‌شود ازدواج با این خانم ممنوع باشد. یکی این‌که زوجه دارد، و زنش شوهردار نمی‌شود ازدواج کرد. و یکی این‌که در عدة همین زوجه هست. وقتی در عده هست نمی‌شود با زن معتده ازدواج کرد. و ما دلیل نداریم که یک زن نمی‌تواند هم معتده باشد هم زوجه باشد. نه، ممکن است هم معتده باشد، هم زوجه باشد، و بنابراین مانعی ندارد. که اثرش در زمانی ظاهر می‌شود که این زوجیت برود. یعنی این دو تا عامل هر کدامشان سبب مستقل هستند. این سبب‌های مستقل وقتی با همدیگر جمع می‌شوند، جنبة جزء السبب پیدا می‌کنند. ولی وقتی هر کدام مستقل از دیگری می‌شوند، این جنبة تمام السبب پیدا می‌کنند. این وجه چه اشکالی دارد؟ مرحوم سید خیلی توضیح ندادند. فقط فرمودند که کما تری.

حالا در جلسة بعد ان شاء الله این مسأله و مسألة آینده را در موردش صحبت خواهیم کرد.

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

پایان