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

**جلسه381– 08/03/ 1400 تبدیل طلاق بائن به طلاق رجعی /فصل ششم تکمله‌ی عروه /اقوال فقها در عده**

**خلاصه مباحث گذشته:**

بحث در این بود که طلاق بائن، رجعی شود، چنان که در طلاق خلع تصویر می شود که اگر زن از بذلش رجوع کند، طلاق رجعی می شود. گفتیم ظهور روایات این است که احکام مطلقه‌ی رجعی در مورد این زن جاری می شود؛ اما اگر در ظهور روایات شک کنیم، بحث می شود که آیا استصحاب جاری است و بقاء موضوع احراز می شود؟

# احراز یا عدم احراز بقاء موضوع

این بحث خیلی مفصل است؛ اما فقط بعضی نکاتی که در کلمات آیت الله والد می باشد، بیان می کنیم.

گاهی ممکن است علم داشته باشیم که اکرام زید به خاطر عالم بودنش واجب بود. حال زید دیگر عالم نیست؛ اما ممکن است به جهت سیادت، وجوب اکرام داشته باشد. نمی دانیم وجوب اکرام به خاطر سیادت وجود دارد یا خیر، در این صورت آیا استصحاب جاری است؟

در این مورد همچنان می دانیم که اکرام عالم واجب است؛ اما زید عالم نیست تا وجوب اکرام داشته باشد و نیازی به استصحاب نیست. در مورد وجوب اکرام سید نیز شک داریم و یقین سابق نداریم تا استصحاب کنیم.

اگر بگوییم استصحاب را بر عناوین جاری نمی کنیم؛ بلکه بر معنون خارجی جاری می کنیم؛ زیرا حکم وجوب اکرام از عنوان به معنون خارجی نیز سرایت می کند. زید واجب الاکرام بود. حال نمی دانیم آیا زید واجب الاکرام است؟ در این موارد استصحاب جاری نمی شود؛ زیرا در استصحاب نه تنها بقای موضوع شرط است؛ بلکه بقای محمول نیز شرط است. به تعبیر دیگر اتحاد قضیه‌ی متیقنه و قضیه‌ی مشکوکه، موضوعا و محمولا در جریان استصحاب شرط است. گر چه زیدی که عالم است و زیدی که عالم نیست، یک نفر است و تغییر نکرده است؛ اما وجوب اکرام به مناط عالمیت با وجوب اکرام به مناط سید بودن، دو وجوب است و این استصحاب جاری نمی شود؛ مگر آن که استصحاب را در کلی قسم ثالث جاری بدانیم؛ اما استصحاب شخصی اینجا جاری نیست. وجوب اکرام به مناط عالمیت قطعا از بین رفته است و وجوب اکرام به مناط سیادت نیز حدوثش قطعی نیست.

استصحاب در جایی جاری می شود که ندانیم موضوع حکم به چه صورت بوده است. مثلا می دانیم زید وجوبِ اکرام دارد و نمی دانیم وجوب اکرام او به مناط عالمیت بالفعل اوست یا به مناط سیادت اوست. اگر به مناط عالمیت بالفعل باشد، اکنون دیگر وجوب اکرام ندارد؛ اما اگر به مناط سیادت او باشد، وجوب اکرام دارد.

در ما نحن فیه نیز اگر استصحاب را نسبت به عناوین در نظر بگیریم، استصحاب جاری نمی شود.

استصحاب نسبت به شخص خارجی جاری می شود. زید یک وجوب اکرامی داشته است که مناط آن را نمی دانیم. بنابراین نمی دانیم وجوب اکرام هم چنان باقی است یا باقی نیست. همان وجوب اکرامی را که داشته است، احتمال می دهیم باقی باشد، بنابراین در بقای نفس وجوب اکرام شک داریم؛ در نتیجه نفس وجوب اکرام را استصحاب[[1]](#footnote-1) می کنیم.

فرض کنید در دلیلی وارد شده است که یجب اکرام العالم؛ نمی دانیم عالمی که وجوب اکرام دارد، عالم بالفعل است یا اعم از عالم بالفعل و کسی که عالم بوده است، می باشد. اگر استصحاب را به عنوان «قضیة بما انه قضیة کلیة» در نظر بگیریم، استصحاب جاری نمی شود؛ زیرا می دانیم عالم بالفعل، وجوب اکرام دارد؛ اما نمی توانیم اثبات کنیم غیر عالم بالفعل وجوب اکرام دارد. در این صورت فی الجمله می دانیم عالم بالفعل، وجوب اکرام دارد، حال که این شخص عالم بالفعل نیست، نمی توان گفت وجوب اکرام دارد. عالم به معنای اعم نیز اصل وجوب اکرامش معلوم نیست.

برای جریان استصحاب، باید استصحاب را روی فرد خارجی جاری کنیم. ما احتمال می دهیم عالم حتی پس از زوال علمش نیز وجوب اکرام داشته باشد و حکم در اعم از عالم بالفعل و «من کان عالما» جاری باشد. وقتی چنین احتمالی را دادیم در مورد زید خارجی می توانیم استصحاب کنیم و بگوییم زید خارجی زمانی که عالم بوده است قطعا وجوب اکرام داشته است، احتمال دارد همان وجوب اکرام پس از زوال علم نیز باقی باشد؛ گر چه به این مناط که وجوب اکرام روی جامع عالم بالفعل و «من کان عالما» رفته باشد. در این صورت وجوب اکرام زید را در هر موردی که مورد بحث است، استصحاب می کنیم.

البته اگر استظهار کردیم که حکم برای اعم است یا برای خاص می باشد، موضوع استصحاب منتفی می شود.

در ما نحن فیه ممکن است گفته شود عرفا احکامی که شارع مقدس برای مطلقه‌ی رجعی جعل کرده است، برای مطلقه‌ی رجعی بالفعل است؛ گر چه رجعی بالذات نباشد و رجعی بالعرض باشد. همین که طلاق بالفعل رجعی باشد، کافی است.

وجوب نفقه بر مرد به خاطر سلطه ای است که بر زن دارد. توارث به خاطر وجود یک نحوه ارتباطی است که بین زن و مرد وجود دارد. این ارتباط توارث را ثابت می کند؛ یعنی تناسبات حکم و موضوع و ملاکاتی که عرف از احکام می فهمد، باعث می شود که این معنا را بفهمیم.

اما اگر شک کردیم که آیا موضوع این احکام، مطلقه‌ی رجعی بالفعل است ( اعم از این که بالذات رجعی باشد یا بالعرض) یا خصوص رجعی بالذات است و در محل بحث ما که رجعیِ بالعرض است، این احکام ثابت نمی شود؟

یا به این شکل مطرح کنیم. احکامی که طلاق بائن دارد، آیا در مورد کسی که بالفعل بائن است، جاری است یا در مورد کسی که قبلا بائن بوده و الان بائن نیست، نیز جاری است؟ احتمال می دهیم که احکام بائن به بائن بالفعل اختصاص نداشته باشد؛ بلکه «من کان بائنا» نیز احکام بائن را داشته باشد. همین احتمال باعث شک می شود که آیا این زن هم چنان احکام بائن در حق او جاری است یا خیر؟ نسبت به زن خارجی، بائن بودن را استصحاب می کنیم.

این بحث شبیه وجوب اکرام عالم است که مردد است باید بالفعل عالم باشد یا «من کان عالما» نیز وجوب اکرام دارد.

اگر نسبت به احکام رجعیه بحث مطرح شود، باید چنین گفته شود: این زن وقتی که طلاقش رجعی نبوده است، احکام رجعی را نداشته است؛ نمی دانیم احکام رجعی را به این دلیل که رجعیِ بالفعل نبوده است، نداشته است یا به دلیل این که رجعی بالذات نبوده است؛ زیرا نمی دانیم موضوع احکام، رجعیِ بالفعل است یا رجعیِ بالذات؟ در زمانی که طلاق خلع اتفاق افتاده است و هنوز از ناحیه‌ی زن رجوع در بذل اتفاق نیفتاده است، نه رجعی بالذات محقق است و نه رجعی بالفعل. بنابراین نمی دانیم عدم جریان احکام رجعی به خاطر این است که احکام رجعی مربوط به رجعی بالذات بوده است و این زن رجعی بالذات نبوده است، در این صورت پس از رجوع از بذل مال، باز هم رجعی بالذات نمی باشد؛ یا عدم جریان احکام رجعی به خاطر این است که زن، رجعی بالفعل نبوده است، بنابراین پس از رجوع احکام رجعی را خواهد داشت. این شک منشا می شود که ندانیم عدم ثبوت احکام رجعی، هم چنان باقی است یا خیر؟ نسبت به این زن استصحاب می کنیم. این زن قبلا احکام رجعی را نداشت، عدم جریان احکام عده‌ی رجعی را استصحاب می کنیم. اگر چنین شکی حادث شود، جریان استصحاب، اشکالی ندارد؛ اما بحث این است که آیا چنین شکی حاصل می شود یا خیر؟ مرحوم سید که می فرماید: احکام عده‌ی رجعی جاری است، استظهارش این است که احکام عده‌ی رجعی، برای رجعی بالفعل است گر چه این رجعی بودن بالعرض باشد. در این صورت استصحاب جاری نمی شود. البته در مورد عدم جواز نکاح اخت، بحث پیچیده تر است و باید جداگانه بحث شود. ممکن است در این مورد به گونه‌ی دیگری مشی کنیم و بگوییم وقتی مرد با خواهر این زن ازدواج کرده است، دیگر این زن جواز رجوع ندارد؛ زیرا اطلاقات ادله‌ی صحت ازدواج اقتضا می کند، نتواند نسبت به زن مطلقه، رجوع کند؛ بنابراین رجوع زن در بذل نیز فایده ای ندارد.

تصویر دیگر این است که رجوع در بذل فایده دارد؛ اما این مرد مخیر است و می تواند به زن رجوع نکند و ازدواج دوم را اختیار کند یا این که به زن مطلقه رجوع کند و با رجوعش، زن جدید از زوجیت خارج شود، مانند جایی که شخصی قبل از اسلام با دو خواهر ازدواج کرده باشد، با مسلمان شدنش اختیار دارد که هر کدام از این دو زن را از زوجیت خود خارج کند؛ یعنی تخییر در بقای زوجیت دارد.

1. استصحاب شخصی [↑](#footnote-ref-1)