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

**جلسه386– 17/03/ 1400 شک در بائن یا رجعی بودن طلاق/ تکمله‌ی عروه /اقوال فقها در عده**

**خلاصه مباحث گذشته:**

# ادامه‌ی مساله‌ی اول از فصل ششم تکمله‌ی عروه

إذا شك في انّ الطلاق كان رجعيا أو بائنا فالأصل هو الأول لأنّ الأصل عدم وقوع الطلاق الثالث و كذا الأصل عدم وقوع الخلع فتأمل، لأنّهما من الأصول المثبتة، و في الحقيقة يرجع الشك إلى انّ هذا الواقع ثان أو ثالث أو خلع أو غيره: و أصالة عدم وقوع الثالث لا تثبت انّه ثان، كما انّ أصالة عدم وقوع الخلع لا تثبت وقوع غيره بل هي معارضة بأصالة عدم وقوع غير الخلع، نعم أصالة عدم وقوع الثالث تنفع في عدم الحاجة إلى المحلل كما انّ أصالة عدم وقوع الخلع تنفع في عدم ترتب آثاره الخاصة، نعم يمكن ان يقال مقتضى عموم قوله تعالى وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ جواز الرد إلّا ما أخرجه الدليل، كما إذا كان ثالثا أو خلعا فليس الرجوع معلقا على كونه ثانيا أو غير خلع بل عدم جواز الرجوع معلق على عنوان خاص و يكون الأصل عدمه.[[1]](#footnote-1)

بحث در این است که نمی دانیم طلاقی که واقع شده است، رجعی است یا بائن می باشد.

از نحوه‌ی تفریعات سید یزدی در ادامه روشن می‌شود که مراد ایشان از این که شک در نوع طلاق داریم، شک در شبهه‌ی مصداقیه است نه شک در شبهه‌ی حکمیه.

مرحوم سید می فرماید: اصل این است که طلاق رجعی باشد؛ زیرا طلاقِ بائن یا باید طلاق ثالث باشد یا طلاق خلع یا مبارات. اصل این است که طلاقِ ثالث نباشد و نیز اصل این است که خلع یا مبارات واقع نشده باشد. با نفی طلاق‌های بائن، رجعی بودن طلاق ثابت می‌شود.

ایشان در این استصحاب‌ها تأمل دارند چون اصول مثبته هستند؛ زیرا شک داریم که این طلاق، طلاق دوم است یا سوم یا در مورد دیگر شک داریم که خلع هست یا نیست. برای اثبات رجعی بودن، باید طلاق دوم بودن و طلاق غیرخلع بودن را ثابت نماییم. با استصحاب عدم وقوع ثالث نمی‌توان ثابت کرد که طلاق سوم بوده است یا با استصحاب عدم وقوع خلع نمی‌توان غیر خلع بودن را نتیجه گرفت؛ زیرا مثبت است. در نتیجه استصحاب نمی‌تواند رجعی بودن را ثابت نماید.

علاوه بر این که این استصحاب‌ها معارض دارند: استصحاب عدم وقوع غیر الخلع و غیر الثالث.

بله طلاق سوم و طلاق خلع هر کدام احکام خاصه ای دارند که با استصحاب‌ عدم وقوع طلاق سوم و خلع احکام خاصه‌ی هر کدام نفی می شود.

تا این جا مرحوم سید اشکال جریان این دو اصل را تقویت می کند.

سپس در نعم این اشکال‌ها را پاسخ می دهد:‌ «نعم يمكن ان يقال مقتضى عموم قوله تعالى وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ جواز الرد إلّا ما أخرجه الدليل، كما إذا كان ثالثا أو خلعا فليس الرجوع معلقا على كونه ثانيا أو غير خلع بل عدم جواز الرجوع معلق على عنوان خاص و يكون الأصل عدمه»

تقریب دیگر این است که در آیه‌ی شریفه‌ی «وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ» جواز رد مطلق است و به طلاق سوم نبودن و خلع نبودن و .... مقید نشده است و به طور کلی گفته شده است که شوهر می‌تواند زن را به عقد ازدواج خود برگرداند. دلیل خارجی این حکم را از طلاق ثالث و خلع و مبارات نفی کرده است. اصل این است که این طلاق، طلاقِ خلع یا ثالث نباشد. پس رجوع در موضوعش ثانی بودن یا غیر خلع بودن اخذ نشده است؛ بلکه عدم جواز رجوع در یک عنوان خاصی اخذ شده است؛ بنابراین وقتی این عنوان خاص نفی شد، عدم جواز رجوع نیز نفی می شود؛ یعنی جواز رجوع اثبات می شود.

## بررسی اصل عدم وقوع ثالث یا عدم وقوع خلع

اصل عدم وقوع ثالث و اصل عدم وقوع خلع فی نفسه اثری ندارند. مرحوم سید هم در نهایت نمی‌خواهد این دو اصل را زنده کند، بلکه می‌خواهد از اصل دیگری استفاده کند که نتیجه‌ای شبیه این دو اصل دارد و آن اصل در واقع استصحاب عدم ازلی است، استصحابی که مقوم به قضیه‌ی سالبه به انتفای موضوع است. اگر کسی نذر کرده باشد که در صورت وقوع طلاق ثالثه صدقه دهد، با شک در ثالثه بودن این طلاق، می‌توان گفت که اصل عدم وقوع طلاق ثالث است. عدم وقوع طلاق ثالث به نحو کان تامه، موضوع برای (عدم) لزوم تصدق است. اجرای این استصحاب بحثی ندارد و استصحاب عدم ازلی نیست. استصحاب عدم ازلی در جایی است که قضیه به نحو کان ناقصه باشد، مثلا: طلاقی که طلاق سوم نباشد، در آن رجوع جائز است. برای اجرای استصحاب باید موضوع را ثابت نماییم. طلاق بودن در موضوع مسلم است اما این که این طلاق، طلاق سوم نباشد، را با استصحاب عدم ازلی ثابت می‌کنیم. این طلاق قبل از وجودش طلاق ثالث یا خلع نبوده است، بعد از تحقق طلاق شک می‌کنیم که آیا طلاق ثالث است یا نه، عدم طلاق ثالث یا عدم طلاق خلع را استصحاب می کنیم.

### اشکالات استصحاب عدم ازلی

این بحث مبتنی بر جریان یا عدم جریان استصحاب عدم ازلی است که می‌توان اشکالات آن را به سه اشکال اصلی برگرداند:

#### اشکال اول

استصحاب عدم ازلی عرفی نیست؛ زیرا قضیه‌ی سالبه به انتفای موضوع عرفی نیست. چنین قضایایی تنها در کلمات منطقی‌ها وارد شده است. در عرف متعارف قضیه‌ی سالبه، سالبه به انتفای محمول است. مثلاً اگر کسی بگوید که بچه‌ام لباس ندارد در حالی که اصلاً بچه ندارد، عرف می‌گوید که دروغ می‌گوید؛ زیرا از عبارت بچه‌ی من لباس ندارد، این طور می‌فهمند که فرد بچه دارد و بچه‌اش لباس ندارد. این که گفته شده است ثبوت شیء لشیء فرع ثبوت مثبت له، عرف در مورد نفی هم می‌گوید نفی شیء عن شیء فرع ثبوت منفی عنه.

عمده‌ی کسانی که استصحاب عدم ازلی را قبول ندارند، تکیه‌شان بر همین است.

#### اشکال دوم[[2]](#footnote-2)

اگر فرض کنیم که عرف سالبه به انتفای موضوع را تصویر کند، به نظر عرف سلب به انتفای موضوع با سلب به انتفای محمول دو نوع سلب مختلف است. از طرف دیگر برای جریان استصحاب اتحاد قضیه‌ی متیقنه و مشکوکه در موضوع و محمول را نیاز داریم و مهم این است که عرف این دو قضیه را متحد بداند. با توجه به این که عرف سالبه به انتفای محمول را غیر از سالبه به انتفای موضوع می‌داند، استصحاب به نحو استصحاب شخصی جاری نمی‌شود؛ بلکه اگر استصحابی جاری شود، استصحاب به نحو کلی قسم ثالث است. یقین داریم سلبی در زمان عدم وجود موضوع وجود داشته است، (مناط سلب، سلب المحمول به سلب الموضوع بوده است) الآن احتمال دارد که با این که موضوع موجود است، محمول نباشد؛ لذا در این حالت سلب محمول به خاطر سلب موضوع نیست. وقتی مناط سلب فرق کرد -با توجه به این که عرفاً با تعدد علت معلول فرق می‌کند- قضیه‌های متیقنه و مشکوکه یکی نیستند تا استصحاب شخصی جاری کنیم. بله اگر کسی استصحاب کلی قسم ثالث را جاری بداند، اشکال دوم وارد نمی شود.

#### اشکال سوم

در مثال معروف «المرأة القرشیة» گفته‌اند که اگر موضوع «المرأة‌ التی لیست بقرشیة» باشد، استصحاب عدم ازلی جاری می‌شود ( وقتی این زن نبود، قرشی نبود؛ حال که متولد شده است، شک داریم قرشی است یا نه؟ عدم قرشیت را استصحاب می کنیم). اما اگر موضوع «المرأة‌ غیر القرشیة» باشد، استصحاب جاری نمی‌شود ( وقتی این زن نبود، غیر قرشی بود؛ حال که متولد شده است، شک داریم قرشی است یا نه؟ استصحاب جاری نمی شود). در واقع بین قضیه‌ی سالبه‌ی محصلة المحمول و قضیه‌ی موجبه‌ی معدولة المحمول فرق می‌گذارند، در اولی ( جایی که موضوع قضیه‌ی شرعیه سالبه‌ی محصلة المحمول باشد) استصحاب جاری می‌شود و در دومی ( جایی که موضوع قضیه‌ی شرعی موجبه‌ی معدولة المحمول باشد) جاری نمی‌شود.

به نظر آیت الله والد قضیه‌ی سالبه‌ی محصلة المحمول با موجبه‌ی معدولة المحمول عرفاً مترادف هستند و نقل به معنای هم محسوب می‌شوند. لذا با توجه به جواز نقل به معنا، نمی‌توان کشف کرد که قضیه‌ی اولیه به چه شکل بوده است، ممکن است قضیه ای که به ما رسیده است، قضیه‌ی سالبه‌ی محصلة المحمول باشد؛ اما قضیه‌ی واقعی موجبه‌ی معدولة المحمول باشد یا بالعکس.

به عنوان مثال، عرف «اجتنب عن الخمر» و «لاتشرب الخمر» را هم معنا می‌داند هرچند در اصول یکی را امر و دیگری را نهی قلمداد می کنند. عرف هر یک از این دو را نقل به معنای دیگری می‌داند و در جایی که ترادف عرفی میان دو قضیه وجود دارد، تفکیک آنها به موجبه معدولة المحمول و سالبه‌ی محصلة المحمول فایده‌ای ندارد.

در ما نحن فیه استصحابِ جاری شده توسط مرحوم سید، استصحاب عدم ازلی است که حداقل اشکال اول بر آن وارد است.

به نظر ما اشکال دیگری نیز بر دلیل اخیر مرحوم سید وارد است:

اگر دو دلیل داشته باشیم:

1. اکرم العالم
2. لا تکرم العالم الفاسق

دلیل دوم نشان می‌دهد که از دلیل اول اطلاق اراده نشده و حتماً‌ قیدی داشته است و آن قید «الذی لیس بفاسق» است.

به نظر ما ممکن است که آن قید «العادل» باشد. این دو عنوان ملازم هم هستند، یکی عنوان وجودی «العادل» و یکی عنوان عدمی «الذی لیس بفاسق» می باشد. هر یک از آنها «اکرم العالم» را تقیید کنند، مشکل تنافی دو دلیل مرتفع می‌شود. به چه دلیل بگوییم که دلیل اول معنون به یک عنوان عدمی شده است؟ می تواند معنون به یک عنوان وجودی شده باشد. این اشکال، اشکال دیگری بر استصحاب مذکور است در مواردی که یک عامی داریم و می‌خواهیم از دلیل خاص،‌ تقیید را استفاده کنیم، ممکن است قید ذکر نشده در آن عام مثبت یا منفی باشد. اگر مثبت باشد و بخواهیم با استصحاب عدم آن، وجودش را ثابت کنیم، به اصل مثبت تمسک کرده‌ایم و چون نمی‌دانیم آن قید مثبت بوده یا منفی بوده است، نمی‌توان با استصحاب حکم را استفاده کرد.

ممکن است اشکال دیگری هم مطرح شود به این بیان که حتی اگر قید عدمی زدن خاص بر عام را قبول کنیم، فقط در عام و خاص این مطلب را قبول می‌کنیم، اما در مطلق و مقید ( «اکرم العالم»، «اکرم العالم العادل» )، نمی‌توان این مطلب را پذیرفت.

اما این اشکال وارد نیست؛ زیرا در مطلق و مقید در جایی حمل مطلق بر مقید می‌کنیم که عام ما بدلی باشد. مثل «اذا ظاهرت اعتق رقبة» و «اذا ظاهرت اعتق رقبة مؤمنة» که با ظهور دومی از ظهور اولی دست برمی‌داریم و آن را مقید می‌کنیم. چون ظهور دلیل اول که می‌گوید عتق رقبه کفایت می‌کند با ظهور دلیل دوم که می‌گوید تعییناً باید رقبه‌ی مومنه عتق شود، تنافی دارند.

اما در جایی که اطلاق، شمولی باشد نه بدلی، اصلاً با هم در منطوق تنافی ندارند. یک دلیل می‌گوید «اکرم العالم» و دلیل دیگر می‌گوید «اکرم العالم العادل» منطوق این دو دلیل با هم تنافی ندارند، چون ممکن است که هم عالم و هم عالم عادل وجوب اکرام داشته باشند. تنها جایی تنافی ایجاد می‌شود که «اکرم العالم العادل» مفهوم داشته باشد. در این صورت دو دلیل به این صورت داریم:

1. اکرم العالم
2. لا تکرم العالم غیر العادل

باز هم اشکال این است که دلیل دوم عالم را به عادل که یک عنوان وجودی است، مقید می کند یا عالم را به غیر فاسق مقید می کند که یک عنوان عدمی است؟ نمی توان از این اشکال غمض عین کرد و بین «مطلق و مقید» و «عام و خاص» تفصیل قائل شد.

با توجه به اشکالاتی که بیان شد، اگر مصداقاً شک داشته باشیم که طلاق بائن است یا رجعی می باشد، اصلی نداریم که آن را تعیین نماید.

در نتیجه وقتی اصلی رجعی بودن یا بائن بودن را ثابت نکند، باید استصحاب حکمی جاری کنیم. نمی دانیم رجوع اثر دارد یا اثر ندارد، اصل عدم تاثیر رجوع است.

همچنین در مورد وجوب نفقه هم اصل عدم ثبوت نفقه است. چنان که اصل عدم توارث است.

مگر این که در این دو مورد گفته شود زمانی که در زوجیت بود، نفقه و توارث ثابت بود و الآن شک داریم، لذا استصحاب بقای این دو جاری می شود.

1. [تکملة العروة الوثقی، السید محمد کاظم الطباطبائی الیزدی، ج1، ص115.](http://lib.eshia.ir/10081/1/115/فالاصل) [↑](#footnote-ref-1)
2. اشکالی که آیت الله والد بیان می کند. [↑](#footnote-ref-2)