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

**جلسه387– 18/03/ 1400شک در بائن یا رجعی بودن طلاق / تکمله‌ی عروه /اقوال فقها در عده**

**خلاصه مباحث گذشته:**

بحث در این بود که در صورت شک در رجعی بودن یا بائن بودن طلاق، آیا اصلی وجود دارد که مشخص کند طلاق رجعی است یا بائن؟ کلام مرحوم سید نقل شد.

بحث های قبلی بر مبنای مرحوم سید بود که مطلقه‌ی رجعی را زوجه نمی داند؛ بلکه به منزله‌ی زوجه می داند.

# شک در رجعی یا بائن بودن طلاق در صورتی که مطلقه‌ی رجعی را زوجه بدانیم

اگر مطلقه‌ی رجعی را زوجه بدانیم، بحث عوض می‌شود. اگر ندانیم با طلاقی که رخ داده است، آیا زن از زوجیت خارج شده است یا نه؟ استصحاب زوجیت جاری می شود. اجرای این اصل مشکلی ندارد و برخی احکام که موضوعشان زوجیت است، مثل نفقه و توارث پس از اجرای اصل، بدون اشکال ثابت می‌شوند؛ اما وضعیت برخی از احکام دیگر فرق می‌کند.

در اجرای این اصل باید به دو نکته توجه کرد:

## نکته‌ی اول

معتده‌ی رجعی ممکن است احکامی داشته باشد که زوجه ندارد. مثلاً ممکن است گفته شود که معتده‌ی رجعی نمی‌تواند خارج از بیت شوهر بیتوته نماید و اگر ضرورتی پیش آمد و دوران امر بین بیرون ماندن در روز و بیرون ماندن در شب باشد، باید روز بیرون باشد و شب در خانه باشد. یا مثلاً اگر کسی گفت که زن باید دوران عده را در همان خانه‌ای که طلاق در آن واقع شده است، بگذارند، نمی‌تواند به خانه‌ی دیگری منتقل شود. یا این که زن در عده‌ی رجعی نمی‌تواند از خانه خارج شود و مرد حق اخراج او را ندارد. آیا این امور حکم شرعی هستند یا حق شرعی‌اند؟ (اگر حکم باشند رضایت زن اثری ندارد ولی اگر حق شرعی باشد، زن می‌تواند رضایت به اخراج دهد) و سایر احکامی که مخصوص معتده‌ی رجعی باشد.

این احکام که موضوع آنها معتده‌ی رجعی است را نمی‌توان با استصحاب بقای زوجیت ثابت کرد.

## نکته‌ی دوم

زوجیت در برخی از احکام تمام الموضوع است و در برخی از احکام تمام الموضوع نیست. مثلاً موضوع جواز رجوع شوهر زوجه‌ای است که طلاق رجعی داده شده باشد. زوجه بودن زن را هم ثابت کنیم، طلاق رجعی دادن او را نمی‌توان ثابت نمود (اصل این است که زن طلاق رجعی داده نشده است).

## نکته‌ی سوم

ممکن‌ است به طور کلی نظر کسی این باشد که مطلقه‌ی رجعی زوجه است اما به دلیل خاصی برخی از احکام زوجه را بر مطلقه‌ی رجعی جاری ندانیم. مثلاً مباشرت بدون قصد رجوع ممکن است بر مرد جایز نباشد. در اینجا این مطلق زوجیت نیست که جواز مباشرت را می‌آورد، ‌بلکه زوجیتی که در زمان عده‌ی رجعی نباشد، چنین جوازی را برای مباشرت می‌آورد.

# مساله‌ی دوم از فصل ششم تکمله‌ی عروه

مسألة 2: إذا ادعت الحمل في الطلاق البائن لإرادة استحقاق النفقة هل يقبل قولها أو لا؟ قولان، يظهر من الشرائع «الأول» حيث قال: صرفت إليها النفقة يوما فيوما فان تبين الحمل و إلّا استعيدت. و عن السرائر «الثاني» إلّا إذا شهدت به أربع قوابل. و استجوده صاحب المسالك لأنّ الأصل عدم الحمل الّذي هو الشرط في وجوب الإنفاق. و الأقوى الأول لا لما قيل من انّ عدم قبول قولها مستلزم للحرج لحبسها من غير إنفاق، و لا لانّه لا يعلم إلّا من قبلها. بل لقوله (ع) في خبر زرارة «قد فوض اللّه إلى النساء ثلاثة أشياء الحيض و الطهر و الحمل» نعم، إذا تبين عدمه استعيدت منها لظهور عدم كونها مستحقة و كون الوجوب ظاهريا، و لا وجه لما عن الرياض من انّ الأظهر عدم الرجوع بالمأخوذ للأصل إلّا إذا دلست لعدم جريان الأصل بعد تبين الواقع

## ادعای حاملگی توسط مطلقه‌ی بائن

بحث در این است که اگر زن در طلاق بائن ادعای حمل کند تا مستحق نفقه شود، آیا قولش قبول می شود؟

### اقوال در مساله

مرحوم سید می فرماید: دو قول در مساله است:

1. ظاهر شرایع این است قول زن پذیرفته می شود و روزانه به او نفقه داده می شود. اگر حمل اثبات شد که مشکلی نیست؛ اما اگر اثبات نشد، نفقه‌ی داده شده، بازگردانده می شود.
2. سرائر قول دوم را پذیرفته است ( قول زن پذیرفته نمی شود) مگر آن که چهار قابله به آن شهادت دهند.

در حاشیه آمده است که این مطلب در سرائر نیامده است و شهید ثانی در مسالک آن را از تحریر حکایت کرده است.

رمزی که در کتاب ها می باشد، منشا این اشتباه شده است. رمز سرائر «ئر» و رمز تحریر «یر» می باشد. اشتباه بین این دو رمز باعث شده است گاهی مطالبی که مربوط به سرائر است به تحریر نسبت داده شود و بالعکس.

مرحوم سید می فرماید: شهید ثانی در مسالک این مطلب را نیکو شمرده است؛ زیرا اصل عدم حمل است و شرط در وجوب انفاق، حامله بودن است. ( برائت از وجوب انفاق یا استصحاب عدم حمل)

اقوی قول اول است؛ نه به این دلیل که برخی گفته‌اند: «قبول نکردن قول زن در حامله بودن مستلزم حرج برای اوست؛ زیرا حبس بدون انفاق است».

برای این استدلال نمی توان یک صورت ظاهری درست کرد؛ زیرا طلاق، بائن است و حبس به معنای بیرون نرفتن از خانه نیست؛ بلکه زن می تواند بیرون رفته و کار کند. اگر حبس به خاطر حامله بودن و سختی بیرون رفتن و کار کردن باشد، اصل حامله بودن زن معلوم نیست؛ بلکه حامله بودن باید ثابت شود.

استدلال دیگری که مرحوم سید بیان کرده و نمی پذیرد، به این بیان است: «حمل دانسته نمی‌شود مگر از طرف زن؛ در نتیجه قول او پذیرفته می شود»

این استدلال دو اشکال دارد:

1. اشکال کبروی

آیا در همه‌ی مواردی که چیزی دانسته نمی‌شود مگر از طرف خود فرد، قول خود فرد حجت می‌شود؟ ظاهراً دلیل خاصی برای این کبرای کلی نداریم. در برخی از موارد به خاطر حرج این مسأله را هم ضمیمه‌ی استدلال می‌کنند ( به عنوان جزء العله).

1. اشکال صغروی

از جهت صغروی هم روشن نیست که حمل را نتوان جز از سوی زن دانست. در بسیاری از موارد ممکن است که با معاینه‌ی قوابل معلوم شود. البته در ابتدای امر می‌توان گفت که امر بر قوابل هم معلوم نخواهد بود. هرچند این مسائل در دوران ما دیگر اصلاً مطرح نیست و ممکن است کسی خودش حامله بودنش را نفهمد؛ اما پزشکان با آزمایش تشخیص دهند؛ مگر در ابتدای بارداری که البته خود زن هم در ابتدا نمی‌تواند تشخیص دهد. نهایتا فقط در ابتدای بارداری فقط زن تشخیص دهد؛ اما با گذشت مدت کمی قوابل نیز خواهند فهمید؛ که در این صورت دلیل اخص از مدعا خواهد بود و نهایتا فقط در ابتدای بارداری قول زن مقبول است.

مرحوم سید در ادامه می فرماید: این ها دلیل ما نیست؛ بلکه دلیل ما روایت زراره است: «قد فوض اللّه إلى النساء ثلاثة أشياء الحيض و الطهر و الحمل» مرحوم سید در این عبارت تسامح عجیبی مرتکب شده‌ است. این عبارت در مجمع البیان ذیل آیه‌ی ﴿ وَ لا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ ما خَلَقَ اللَّهُ في‏ أَرْحامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ﴾[[1]](#footnote-1) آمده است. چند معنا برای آیه ذکر شده است و می فرماید: ««وَ لا يَحِلُّ لَهُنَّ» أي للمطلقات اللاتي تجب عليهن العدة «أَنْ يَكْتُمْنَ ما خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحامِهِنَّ» قيل أراد به الحيض عن إبراهيم و عكرمة و قيل أراد به الحبل عن ابن عباس و قتادة و قيل أراد به الحيض و الحبل عن ابن عمر و الحسن و هو المروي عن الصادق (ع) قال قد فوض الله إلى النساء ثلاثة أشياء الحيض و الطهر و الحمل‏»[[2]](#footnote-2)

این روایت مرسله است و در خبری که به عنوان روایت زراره در مجامع روایی آمده است، «الحبل» نیامده است. روایت زراره دو طریق دارد ( در تهذیب و کافی):

1. صحیحه: «أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ جَمِيلِ بْنِ دَرَّاجٍ عَنْ زُرَارَةَ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا جَعْفَرٍ ع يَقُولُ الْعِدَّةُ وَ الْحَيْضُ إِلَى النِّسَاءِ.»[[3]](#footnote-3)
2. حسنه ( به نظر ما صحیحه است): «عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ جَمِيلٍ عَنْ زُرَارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ ع قَالَ: الْعِدَّةُ وَ الْحَيْضُ لِلنِّسَاءِ إِذَا ادَّعَتْ صُدِّقَتْ.»[[4]](#footnote-4)

در نتیجه این روایت را نباید خبر نامید. همچنین روایتی که در مجمع البیان وارد شده است، روایت زراره نیست، روایت مجمع البیان است که مرسل می باشد و حجیت تعبدی ندارد؛ بنابراین مشکل است «حُبل» به زن ها واگذار شود.

از سوی دیگر حتی اگر آیه را این طور معنا کنیم که بر زنان جایز نیست که حامله بودن خود را کتمان کنند (و این طور معنا نکنیم که بر زنان جایز نیست که حائض بودن خود را کتمان کنند) باز هم حرمت کتمان به معنای قبول قول آنها نیست. این بحث شبیه بحث در آیه‌ی کتمان است.

بنابراین دلیلی برای قبول قول زن در ادعای حمل نداریم و باید طبق قواعد عمل نماییم که استصحاب عدم حمل و برائت از وجوب انفاق جاری می‌شوند و کلام مرحوم سید ناتمام است.

مرحوم سید پس از آن که قول اول را می پذیرد، می فرماید: اگر خلاف ادعای زن روشن شود و معلوم شود که زن حامله نبوده است، نفقه از او پس گرفته می‌شود. چون ظاهر از روایت ( مجمع البیان) این است که یک حکم ظاهری است که بعد از کشف خلاف اعتباری ندارد.

صاحب ریاض فرموده است که نمی‌توان نفقه را پس گرفت، زیرا قبل از تبین خلاف، مستحق بوده است و بعد از تبین خلاف نمی دانیم مستحق نفقه هست یا نه، استحقاق زن را استصحاب می کنیم. البته اگر تدلیس صورت گرفته باشد، به مقتضای ادله‌ی تدلیس؛ مدلس (زن) ضامن است.

مرحوم سید کلام صاحب ریاض را قبول ندارد؛ زیرا حکم استحقاق زن حکم ظاهری است. اگر معلوم شود که زن حامله نبوده است، قواعد اتلاف مال غیر یا ضمان نسبت به مال دیگری، اقتضای ضمان او را دارد. بین تلف و اتلاف مال فرقی نیست و در هر صورت زن ضامن است.

1. سوره بقره، آيه 228. [↑](#footnote-ref-1)
2. مجمع البيان فى تفسير القرآن، ج‏2، ص: 574 [↑](#footnote-ref-2)
3. [تهذیب الاحکام، شیخ طوسی، ج1، ص398.](http://lib.eshia.ir/10083/1/398/دراج) [↑](#footnote-ref-3)
4. [الکافی، محمد بن یعقوب کلینی، ج6، ص101.](http://lib.eshia.ir/11005/6/101/جمیل) [↑](#footnote-ref-4)