**درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری**

**جلسه189– 21 /08/ 1398 متن تکمله‌ی عروه/ اقوال فقها در عده/کتاب العدد**

**خلاصه‌ی مباحث گذشته:**

بحث در مساله‌ی سوم تکمله‌ی عروه بود. زنی که پس از طلاق یک بار حیض می بیند و سپس یائسه می شود، وظیفه اش چیست؟ اگر روایت هارون بن حمزه را از نظر سند تصحیح کنیم، طبق روایت حکم می کنیم که باید دو ماه دیگر عده نگه دارد. اما اگر روایت را از نظر سند تصحیح نکنیم یا فروض دیگری را در نظر بگیریم که از روایت به دست نمی آید، مثلا زن پس از طلاق دو حیض ببیند و سپس یائسه شود، در این صورت بعضی از فقها گفته اند: به اصل برائت تمسک می کنیم. در مقابل این اصل، اصل استصحاب وجود دارد که در صورت جریان بر برائت مقدم است.

# استصحاب بقای عده

جریان این استصحاب مبتنی بر این است که استصحاب را در شبهات حکمیه جاری بدانیم.

این استصحاب دو تقریب دارد:

1. استصحاب بقای احکام عده: مثلا استصحاب حرمت ازدواج این زن؛

قبل از یاس، ازدواج این زن حرام بود، حال که یائسه شده است، شک می کنیم می تواند ازدواج کند یا نمی تواند؟ حرمت ازدواجش را استصحاب می کنیم.

1. استصحاب وجوب عده

آیا بین این دو تقریب در عدم جریان استصحاب فرقی هست؟

بنا بر هر دو تقریبی که استصحاب را در شبهات حکمیه جاری نمی دانند، فرقی بین این دو استصحاب نیست.

## تقریب عدم جریان استصحاب حکمی

### تقریب مرحوم آقای خویی

مرحوم آقای خویی استصحاب در شبهات حکمیه را با استصحاب عدم جعل زائد معارض می دانند.

مثلا زنی از حیض پاک شده است اما هنوز غسل نکرده است، آیا در این زمان مباشرت با این زن جائز است؟

بعضی می گویند: در زمان حیض وطی این زن حرام بود، حال که پاک شده و هنوز غسل نکرده است، حرمت وطی را استصحاب می کنیم.

آقای خویی می فرماید: این استصحاب با یک استصحاب دیگر معارض است.

حرمت مباشرت به جعل شارع بوده است و قبل از جعل شارع هیچ حرمتی برای مباشرت با این زن نبوده است. سپس شارع برای ایام حیض حرمت مباشرت را جعل کرد. نمی دانیم حرمت مباشرتی جعل شده است که دوران محدث بودن زن را هم شامل شود، یعنی زمانی که از حیض پاک شده اما هنوز غسل نکرده است.

استصحاب عدم جعل زائد اقتضا می کند که چنین حرمتی جعل نشده باشد.

این استصحاب و استصحاب بقای حرمت که به نحو مجعول است، با هم تعارض می کنند.

این بیان در مانحن فیه هم می آید. اعتداد یک حکم وضعی است که شارع جعل کرده است و موضوع بعضی احکام تکلیفی است.

می دانیم شارع اعتداد را برای قبل از یاس جعل کرده است، نمی دانیم برای زنی که در حین عده یائسه می شود، اعتداد را جعل کرده است یا نه، استصحاب عدم جعل زائد و استصحاب بقای معتده بودن معارضه می کنند.

بین حکم وضعی و حکم تکلیفی هم در معارضه‌ی مورد ادعای آقای خویی تفاوتی نیست.

### تقریب آیت الله والد

ایشان می فرماید: از ادله‌ی استصحاب، استصحابی استفاده می شود که نیاز به فحص ندارد، یعنی استصحاب قبل از فحص هم جاری است.

از طرفی در شبهات حکمیه قطعا فحص لازم است.

پس ادله‌ی استصحاب ناظر به شبهات حکمیه نیست.

این بیان در مانحن فیه هم می آید. عده موضوع بعضی احکام می باشد و فحص در مورد آن لازم است.

### فرق بین دو مبنای مذکور

بیان مرحوم آقای خویی فقط در شبهات حکمیه‌ی ایجابی است. اما در شبهات حکمیه‌ی سلبی این طور نیست.

مثلا شخصی که قرض دارد، آیا با به دست آوردن مال حج بر او واجب می شود؟

استصحاب عدم وجوب حج هیچ معارضی ندارد، زیرا استصحاب عدم جعل وجوب هم موافق این استصحاب است.

پس بیان مرحوم آقای خویی در شبهات حکمیه‌ی سلبی تمام نیست.

اما طبق بیان آیت الله والد در این مورد هم استصحاب جاری است.

### دفع اشکال بعضی فقها به مرحوم آقای خویی

مثلا شارع می فرماید: «اذا استطاع الرجل وجب الحج»

سه مرحله داریم:

1. جعل به معنای فعل شارع ( تشریع کردن)
2. جعل به معنای اعتبار استمرار به قضیه‌ی شرطیه‌ی «اذا استطاع الرجل وجب الحج»
3. مجعول

یک فعلی از شارع سر می زند که فعل تشریع و جعل کردن است ( مرحله‌ی اول جعل).

مرحله‌ی جعل ( مرحله‌ی دوم) قبل از تحقق شرط وجوب هم صادق است اما مرحله‌ی مجعول پس از تحقق شرط وجوب محقق می شود.

از بعضی عبارات مرحوم آقای خویی استفاده می شود که در استصحاب عدم جعل زائد، ناظر به مرحله‌ی اول می باشد و از بعضی عبارات دیگر استفاده می شود که مرادش مرحله‌ی دوم جعل باشد. به نظر می رسد نظر ایشان مرحله‌ی دوم است.

اگر جعل را در کلام مرحوم آقای خویی به معنای دوم بگیریم بعضی اشکالاتی که به آقای خویی وارد کرده اند، رفع خواهد شد.

### مراد از عدم جعل زائد

این که مرحوم آقای خویی می فرماید: استصحاب بقای مجعول با استصحاب عدم جعل زائد معارض می باشد، مرادش از عدم جعل زائد، جعل به صورت مستقل نیست.

مثلا در مورد زنی که از حیض پاک شده و هنوز غسل نکرده است، حرمت مباشرت به یک جعل مستقلی که مربوط به این فاصله باشد نیست، بلکه جعل عامی است که این فاصله را هم در بر می گیرد. استصحاب عدم جعلِ زائد نسبت به مدت زائد مد نظر است.

در مانحن فیه هم همین طور است. نمی دانیم عده ای که شارع جعل کرده است، عده ای است که شامل یائسه شدن زن در وسط عده هم می شود؟ اگر عده بر این زن واجب باشد به جعل مستقل نیست، بلکه به همان جعل اولی خواهد بود که برای زنی که حین طلاق یائسه نبود، جعل شده بود.

بنابراین استصحاب عدم جعل زائد یعنی استصحاب عدم جعلی که شامل این مدت مشکوک باشد.

### اشکال به مرحوم آقای خویی

اشکال ما این بود که این تقریب برای استصحاب غیر عرفی است ( جعل را به هر معنا بگیریم) و مرحوم نراقی هم اولین کسی است که این مطلب را بیان کرده است.

#### مثال فقهی مشابه

البته در بعضی مثال های فقهی شبیه این مطلب هست که کاملا عرفی است.

مثلا در ازدواج موقت، شک دارند که مدتش پنج روزه بوده یا ده روزه بوده است.

این جا دو استصحاب مطرح است:

1. استصحاب بقای زوجیت زن: زیرا در پنج روز اول زوجه بوده و نمی دانیم در فاصله‌ی پنج روز و ده روز، زوجیت باقی است یا نه؟ استصحاب بقای زوجیت می کنیم. ( شبیه استصحاب بقای مجعول)
2. نمی دانیم انشاء عقدِ ده روزه شده یا نه؟ عدم انشاء این عقد را استصحاب می کنیم. ( شبیه استصحاب عدم جعل زائد)

به نظر می رسد در این مثال فقهی استصحاب عدم جعل ( انشاء) زائد جاری می شود و بر استصحاب بقای مجعول ( مُنشأ) حاکم است.

### احراز موضوع

زن قبل از یائسگی و بعد از یائسگی دو موضوع است و شرط استصحاب که بقای موضوع است، وجود ندارد.

در احراز موضوع در استصحاب دو تعبیر وجود دارد:

یک تعبیر همین احراز موضوع است.

تعبیر دیگر در کلمات مرحوم آخوند وارد شده است که شرط استصحاب، اتحاد قضیه‌ی متیقنه و قضیه‌ی مشکوکه می باشد.

به نظر می رسد دو شرط در استصحاب داریم:

1. احراز موضوع که در بعضی موارد شرط است.
2. اتحاد قضیه‌ی متیقنه و قضیه‌ی مشکوکه که به طور کلی شرط است.

قضایایی که داریم گاهی مفادشان کان تامه یا لیس تامه می باشد.

نمی دانیم زید هست یا نیست.

اگر زید باشد، اموالش ملکش است.

اگر زید بمیرد، اموالش به ورثه اش می رسد.

حیات زید به نحو کان تامه یا ممات زید به نحو لیس تامه، موضوع بقای مالکیت یا انتقال ملکش به ورثه است.

گاهی قضیه ای داریم که موضوع کان ناقصه می باشد.

مثلا مرجع تقلید باید عادل باشد که بتوان از او تقلید کرد.

حال اگر شک کنیم زید زنده است یا نه، در جواز تقلیدش شک می کنیم. آیا می توان با فرض عدم احراز موضوع استصحاب کرد.

عرفا تا موضوع در قضایایی که مفادش کان ناقصه است، گرچه به واسطه‌‌ی استصحاب احراز نشود، نمی توان در مفاد کان ناقصه استصحاب جاری کرد.