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

**جلسه276– 04 /04/ 1399 عده‌ی وطی به شبهه به تصور عقد انقطاعی /مساله‌ی یازدهم /متن تکمله‌ی عروه /اقوال فقها**

**خلاصه‌ی مباحث گذشته:**

بحث در وطی به شبهه در ازدواج موقت بود، که آیا عده‌ی زن، عده‌ی طلاق می باشد یا عده‌ی متعه؟

گفتیم وطی به شبهه دو صورت دارد. یک صورت این است که عقد فاسدی خوانده شده است و گمان کرده اند که عقد صحیح است. صورت دیگر این است که با موطوئه عقدی نخوانده اند؛ بلکه یک عقد صحیحی با شخص دیگر خوانده اند و مرد تصور کرده است که موطوئه متعلق عقد صحیح می باشد و به توهم این که همسر موقت خودش می باشد با او مباشرت کرده است.

مرحوم سید در مورد عقد موقت فاسد، به عده‌ی عقد موقت متمایل شد.

## کلام میرزای قمی در جامع الشتات

371: سؤال:

زنى خود را متعه‌ی مردى كرده بدون اطلاع ثالثى، و معلوم نيست كه صيغه بر وجه صحيح خوانده باشند. و در مدت تمتع هم عزل كرده كه فرزند از او نشود.

و بعد از انقضاى مدت به يك طهر عده داشته. و به مردى شوهر كرده به عقد دائم. و بعد از انقضاى سه طهر حامله شده باشد. آيا عقد متعه صحيح است يا نه؟. و بر فرض صحت، بر زوج ثانى حرام است يا حلال؟. و بر فرض حرمت، ابدى است يا نه؟. و اولاد از كيست؟.

جواب: «... و اما سؤال از حال عقد متعه كه بدون اطلاع ثالثى شده، پس آن ضررى ندارد هر گاه صيغه بر وجه صحيح در ميان آنها واقع شده باشد. و اما هر گاه صيغه بر وجه صحيح واقع نشده و لكن زوجين به گمان صحت كرده‌اند كه نكاح فاسد باشد و لكن گمان كرده‌اند كه به همان صيغه حلال مى‌شود، پس داخل وطى شبهه است. و از براى آن نيز عده واجب است. و عقد دوم باطل است هر گاه در عده باشد. و هر گاه دخول هم در عده باشد باز حرام ابدى است. و ظاهر اين است كه عده‌ی آن عقد فاسد در آنجا نيز عدّه‌ی متعه باشد، اگر چه احوط مراعات عده‌ی طلاق است.

و توضيح اين مطلب اين است كه: اعتبار در عده به حال زن است نه به حال مرد. پس عده‌ی زن آزاد مثلا سه طهر است هر گاه «ذات اقراء» باشد هر چند شوهر او عبد باشد.

و عده‌ی معقوده كه مملوكه غير باشد دو طهر است هر چند شوهر او آزاد باشد. و اقسام كنيز هم همه مساويند در عده. و اگر بعض آن حرّ باشد و بعض آن رقّ، در حكم حرّه است، به جهت تغليب جانب حريت. و هم چنين هر گاه آزادى به عقد فاسدى كنيزى را بگيرد عده‌ی او دو طهر است. و هم چنين هر گاه به عنوان شبهه با كنيزى كه معقوده‌ی غير باشد وطى كرد عده‌ی آن دو طهر است مثل طلاق صحيح، يا انقضاى مدت متعه. و هر گاه آن كنيز موطوئه‌ی غير است به ملك يمين، عده‌ی آن يك حيض است.

و در وطى شبهه‌ اعتبارى به گمان واطى نيست.

پس هر گاه كسى به عنوان شبهه با كنيزى وطى كرد به گمان اين كه زن آزاد دائمى خود است، عده‌ی او دو طهر است هر گاه آن كنيز معقوده‌ی غير است، و يك حيض است هر گاه موطوئه به ملك يمين است. و هم چنين هر گاه به گمان اين كه متعه‌ی آزاد او است. و هم چنين هر گاه با زن آزادى وطى كند به گمان اين كه مملوكه‌ی اوست، آن زن عده‌ی زن آزاد مى‌گيرد.

و شهيد ثانى- در حاشيه‌ی مسالك كه به خط او بود ديدم كه- اين را نسبت به ظاهر اصحاب داده. و آن مقتضاى اطلاق اخبار است. و در آن حاشيه گفته كه اعتبار مى‌شود گمان واطى، و شبهه را نازل منزله‌ی اصل قرار داده. و آن مقتضاى اطلاق اخبار است. پس عده مى‌گيرد مثلا زن آزاد از واطى [اى] كه به گمان كنيز معقوده با او وطى كرده به دو طهر، و از واطى [اى] كه به گمان مملوكه بودن به ملك يمين كرده به يك حيضه. و اين قول ضعيف است.

و از جمله فروع مسأله (بنا [بر] مشهور) اين است كه شخصى با متعه‌ی غيرى وطى كند به گمان اين كه زوجه‌ی دائمى خود است بر زوجه عده‌ی متعه لازم است كه دو طهر باشد از براى وطى شبهه. و هر گاه با زوجه‌ی دائمى حره‌ی غير وطى كند به گمان اين كه متعه‌ی خودش است بر زوجه لازم است عده‌ی حره‌ی دائمه. و مشكل مى‌شود مقام در جائى كه زن آزادى كه معقوده‌ی كسى نباشد و كسى با او وطى كند به شبهه در خواب، يا كنيزى كه معقوده‌ی غير نباشد و مولايى هم كه با او وطى كند ندارد (مثل كنيز زن يا طفل صغير) و با او كسى وطى كند در خواب به عنوان شبهه. آيا بر آن زن آزاد عده‌ی طلاق لازم است، يا عده‌ی متعه؟ و بر آن كنيز عده‌ی معقوده لازم است، يا عده‌ی موطوئه به ملك يمين. و اين اشكال بر مشهور وارد است كه گمان واطى را اعتبار نمى‌كنند. و الحال در نظرم نيست كلامى از فقها در اين. و احوط اعتبار عده [اى] است كه بيشتر باشد، نظر به استصحاب.

هر چند اصل برائت مقتضى اقل باشد.

پس در صورت سؤال اصل مسأله، بنا بر اين كه صيغه‌ی متعه بر وجه صحيح واقع نشده و به مظنه‌ی حليت دخول واقع شده، از باب وطى به شبهه مى‌شود. و چون گمان زوجين هر دو اين است كه عقد تمتع است، پس عده را عده‌ی متعه قرار مى‌دهند. هر چند نظر به اين اشكالى كه در آخر كرديم احوط آن است كه عده‌ی طلاق بگيرد.»[[1]](#footnote-1)

در بحث ما حق با شهید ثانی می باشد؛ زیرا در شبهه، ملاک واطی است. اگر واطی عالم باشد و فعل نسبت به او زنا تلقی شود و موطوئه جاهل باشد و وطی نسبت به او وطی به شبهه باشد، عده ثابت نیست.

# علت وجوب عده‌ی ازدواج موقت در وطی به شبهه‌ی ازدواج موقت

مرحوم سید ممکن است این گونه استدلال کند که ادله ای که «ثلاثة قروء» و «ثلاثة اشهر» را بیان کرده اند، مربوط به ازدواج دائم است و عده در وطی به شبهه‌ی ازدواج موقت به واسطه‌ی اجماع یا اطلاقات ادله ای که به واسطه‌ی دخول، عده را واجب کرده است، ثابت می شود.

در روایات وارد شده است کسی که حائض می باشد، باید غسل کند و خصوصیات این غسل بیان نشده است و در مقام بیان خصوصیات نیز نیستند که اطلاق داشته باشد. مرحوم آقای حکیم می فرماید: شارع بیان اجزاء و شرایط و احکام غسل حیض را به غسل متعارفی که افراد نسبت به اجزاء، شرایط، موانع و احکامش التفات دارند ( غسل جنابت)، واگذار کرده است.

در بحث ما هم وقتی شارع می فرماید: وطی به شبهه عده دارد، در واقع بیان می کند که اگر شبهه نبود و بین این دو شخص عقد صحیحی واقع شده بود، عده به چه صورت بود؟ حال که وطی به شبهه می باشد، به همان صورت عده نگه دارد؛ یعنی شارع مقدس به اعتقاد فاسدِ مخالفِ واقع واطی ( یا دو طرف) ترتیب اثر داده است.

ممکن است به این بیان ( اطلاق مقامی) اشکال شود. اگر روایاتی در خصوص وطی به شبهه داشتیم که گفته بودند: وطی به شبهه عده دارد و ذکر نکرده بودند که این عده به چه صورت است، در این صورت می توانستیم بگوییم شارع مقدس می فرماید: اگر این شبهه نبود، چه عده ای ثابت می شد، در صورت شبهه هم همان ثابت می شود؛ اما چنین روایاتی نداریم و شارع فرموده است: دخول موجب عده می شود. این بیان به این معناست که شارع خصوصیات این عده را به مطلبی واگذار کرده است که معروف می باشد و اطلاق قضیه اقتضا می کند که بیان حکم وطی به شبهه را به عده‌ی طلاق واگذار کرده است که در قرآن آمده است و در سیره‌ی مسلمین هم مشهور بوده است؛ نه عده‌ی عقد موقت که شایع نبوده و یک امر قاچاقی بوده است.

اشکال دیگر این که ما اصل اطلاقاتی را که اقتضا می کنند هر دخولی عده دارد، انکار کردیم و گفتیم این روایات در مقام بیان ثبوت عده در هر دخولی نمی باشند؛ بلکه بیان می کنند دخولی که عده دارد، به واسطه‌ی نفس دخول این عده ثابت می شود و مقدمات دخول کافی نیست و موخرات دخول مثل انزال لازم نمی باشد؛ بنابراین اطلاقی ندارند.

# اثبات عده‌ی شبهه‌ی عقد موقت

به دو بیان می توان عده‌ی عقد موقت را در وطی به شبهه‌ی عقد موقت ثابت کرد.

## بیان اول

اصل این که وطی به شبهه ای که شبهه‌ی عقد موقت در آن باشد، عده داشته باشد، مستقیما از هیچ روایتی استفاده نمی شود. روایات وطی به شبهه نیز به عقد دائم انصراف دارند. حکم عقد موقت از الغاء خصوصیت استفاده می شود. وقتی عده‌ی شبهه‌ی عقد دائم، عده‌ی طلاق قرار داده شده است، به این معناست که اعتقاد نادرست به منزله‌ی اعتقاد صحیح قرار داده شده است؛ یعنی عرف می گوید: شارع مقدس اشتباه را مانند زنا قرار نداده است؛ بلکه وقتی شخص به گمان همسر خود با زنی مباشرت می کند، شارع در احکام عده، این زن را به منزله‌ی همسر تلقی کرده است؛ یعنی از همان ادله‌ی ازدواج دائم که عده‌ی طلاق را ثابت کرده اند، استفاده می شود که وطی به شبهه نیز گویا ازدواج دائمی بوده و منجر به طلاق شده است. عرف در مورد شبهه‌ی ازدواج موقت نیز استفاده می کند که گویا عقد موقتی بوده و مدت منقضی شده یا هبه شده است و عده‌ی عقد موقت در وطی به شبهه‌ی ازدواج موقت ثابت می شود.

## بیان دوم

بعضی از عامه برای وطی به شبهه خصوصیتی قائل نیستند و برای مطلق وطی، چه شبهه و چه زنا، قائل به عده اند. گفتیم این مطلب صحیح نمی باشد و در مورد زنا حکم ثابت نیست.

در فضای خاصه ( در مقابل عامه) که در زنا قائل به عده نیستند و عده‌ی وطی به شبهه را عده‌ی طلاق می دانند و عامه در عده‌ی وطی به شبهه به دلیل خاصی تمسک نمی کنند و به خاطر احترام چنین وطئی که به اعتقاد وطی مشروع انجام شده است، ترتیب اثر می دهند؛ از این فضا استفاده می شود که اگر واطی به تخیل ازدواج موقت مباشرت کرده است، شارع این وطی را به منزله‌ی وطی ازدواج موقت قرار داده است که با انقضاء مدت یا هبه‌ی مدت، عده‌ی عقد موقت ثابت می شود.

# اشکال مرحوم میرزای قمی

مرحوم میرزای قمی در انتهای کلامش اشکالی را مطرح کرده است که هم به مشهور و هم به شهید ثانی وارد است. شهید ثانی ملاک را گمان واطی قرار داد و به مشهور نسبت داد که وضعیت موطوء ملاک می باشد که معقوده‌ی به عقد دائم باشد یا موقت؛ حال اگر واطی هیچ گمانی نداشته باشد ( طبق مبنای شهید ثانی)؛ زیرا مثلا در خواب بوده است یا زن، معقوده نباشد ( طبق مبنای مشهور) مثل موارد نکاح فاسد، در این صورت به شهید ثانی و مشهور اشکال می شود که چه عده ای ثابت است؟

شاید مشهور گمان زن را ملاک قرار داده باشند. عبارت شهید ثانی در حاشیه‌ی مسالک را در اختیار نداریم که مستقیم به کلام خود شهید ثانی مراجعه کنیم.

از ادله‌ی وجوب عده در وطی به شبهه استفاده می شود که اگر شبهه به گمان عقد موقت باشد، عده‌ی آن، عده‌ی عقد موقت است. اشکال مرحوم میرزای قمی باز هم مطرح می شود که اگر واطی مثلا در خواب وطی کند و گمانی نداشته باشد، حکمش چیست؟

اگر مسلم باشد که این مورد نیز عده دارد، باید به اصل عملی استصحاب یا برائت مراجعه کرد؛ البته ثبوت عده در این صورت مسلم نیست و ممکن است گفته شود در این فرضِ نادر عده ثابت نیست. به اعتبار این که شارع، اعتقاد خلاف واقع را به منزله‌ی اعتقاد واقعی قرار داده است، نمی توان از موارد وطی به شبهه ای که در روایات بیان شده است، الغاء خصوصیت کرده و حکم این صورت را به دست آورد.

# اشکال به کلام مرحوم سید یزدی

از کلام مرحوم سید استفاده می شود که در عقد موقت فاسد، عده‌ی متعه ثابت است؛ اما این مطلب ناتمام است؛ بلکه در شبهه‌ی عقد موقت نیز عده‌ی متعه ثابت می شود و نیازی نیست حتما عقد فاسدی بین زن و مرد باشد.

1. [جامع الشتات في أجوبة السؤالات، القمّي، الميرزا أبو القاسم، ج 4، ص 582](http://lib.eshia.ir/86717/4/582/371) [↑](#footnote-ref-1)