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

**جلسه331– 29 /10/ 1399 زمان آغاز عده وفات /عده‌ی وفات/ تکمله‌ی عروه** **/ اقوال فقها در عده**

**خلاصه مباحث گذشته:**

# مقتضای اصل عملی در شک در مبدا عده‌ی وفات

اگر در موردی شک کنیم که مبدا عده از حین وفات است یا از حین بلوغ خبر می باشد، مقتضای اصل لفظی را بیان کرده و به اصل عملی رسیدیم. در مورد اصل عملی سه صورت را مطرح کردیم:

1. زمان بلوغ خبر قبل از سپری شدن چهار ماه و ده روز از زمان موت زوج است.
2. زمان بلوغ خبر پس از چهار ماه و ده روز از زمان موت زوج است.
3. زمان بلوغ خبر دقیقا پس از چهار ماه و ده روز از زمان موت زوج است.

در صورت اول از زمان بلوغ خبر تا چهار ماه و ده روز پس از موت زوج قطعا زن معتده است. نمی دانیم معتده بودن او ادامه دارد یا نه؛ زیرا نمی دانیم معتده بودن او از حین وفات بوده است یا از حین بلوغ خبر؛ بنابراین شک داریم هم چنان معتده است یا نه؟ استصحاب بقای اعتداد اقتضا می کند که تا چهار ماه و ده روز پس از بلوغ خبر معتده باشد.

در صورت دوم پس از چهار ماه و ده روز از زمان موت زوج تا زمان بلوغ خبر قطعا زن معتده نبوده است، پس از بلوغ خبر شک می کنیم که معتده شده است یا نه؛ عدم اعتداد را استصحاب می کنیم و حکم می شود که این زن معتده نیست.

استصحاب معارض یعنی استصحاب عدم اعتداد در فاصله‌ی موت زوج تا چهار ماه و ده روز از زمان موت جاری نمی شود؛ زیرا اولا شبیه استصحاب عدم ازلی است که عرفی نمی باشد؛ زیرا اعتداد و عدم اعتداد در مورد زنی است که شوهرش مرده باشد یا شوهرش او را طلاق داده باشد که اثر آن جواز یا عدم جواز ازدواج است؛ اما عدم اعتدادی که در زمان زوجیت وجود دارد، اثری ندارد. ثانیا فرض این است که بلوغ خبر پس از چهار ماه و ده روز از زمان موت زوج است که از محل ابتلا خارج است. بنابراین استصحاب عدم اعتداد بدون معارض جاری می شود.

# عدم جریان استصحاب در شبهات حکمیه

استصحاب در صورت اول و دوم، استصحاب در شبهه‌ی حکمیه است. جریان استصحاب در شبهات حکمیه مورد بحث است. به نظر می رسد باید بین مبنای مرحوم آقای خویی و مبنای آیت الله والد که استصحاب را در شبهات حکمیه جاری نمی دانند، فرق گذاشت و ثمره‌ی آن در بحث ما مشخص می شود.

مرحوم آقای خویی استصحاب در شبهات حکمیه ( استصحاب بقای مجعول) را به خاطر تعارض با استصحاب عدم جعل زائد جاری نمی داند. مثلا شک داریم در فاصله‌ی بین پاک شدن زن و غسل مباشرت جائز است یا نه؛ در زمان حیض به عدم جواز مباشرت یقین داریم، پس از پاک شدن زن و قبل از غسل در جواز مباشرت شک داریم، استصحاب حرمت ( استصحاب بقای مجعول) با استصحاب عدم جعل زائد متعارض است.

اشکال مرحوم آقای خویی در جایی است که استصحاب بقای مجعول مد نظر باشد؛ اما اگر در موردی مجعول وجود نداشته باشد و بخواهیم استصحاب عدم مجعول را جاری کنیم؛ مثلا شخصی مستطیع نبوده است و حج بر او واجب نبوده است؛ نمی دانیم قرض داشتن مانع استطاعت است یا نه یا نمی دانیم شخص خاصی واجب النفقه‌ی او می باشد یا نه؛ وقتی شخص به دنیا آمد، مستطیع نبود، حال که مالی به دست آورده است، واجب النفقه هم تحقق یافته است، استصحاب عدم استطاعت در این مورد با استصحاب عدم جعل زائد هماهنگ هستند و معارض نیستند.

در ما نحن فیه در صورت اول در فاصله‌ی بین بلوغ خبر تا پایان چهار ماه و ده روز پس از وفات، یقینا زن معتده است، نمی دانیم اعتداد زن پس از آن ادامه دارد یا نه؛ استصحاب بقای مجعول جاری است که اشکال مرحوم آقای خویی وارد است و با استصحاب عدم جعل زائد متعارض است.

در صورت دوم که استصحاب عدم اعتداد زن جاری می شود، این استصحاب معارضی ندارد؛ زیرا استصحاب عدم مجعول است.

اما اشکال آیت الله والد به استصحاب در شبهات حکمیه این است که از آن جا که در شبهات حکمیه فحص لازم است و استصحاب متوقف بر فحص نیست ( استصحابی که روایات ناظر به آن هستند، استصحاب بدون فحص است) در نتیجه روایات، استصحاب در شبهات حکمیه را ثابت نمی کنند. طبق این بیان فرقی بین استصحاب مجعول و عدم مجعول نیست و در هیچ کدام از دو صورت استصحاب جاری نیست؛ یعنی وجودی بودن یا عدمی بودن تاثیری در جریان یا عدم جریان استصحاب ندارد و در هیچ کدام استصحاب جاری نیست.

در نتیجه طبق این مبنا در صورت اول و دوم استصحاب جاری نمی شود.

در صورت سوم دقیقا چهار ماه و ده روز پس از وفات، بلوغ خبر می شود، نمی دانیم زن از زمان وفات تا بلوغ خبر معتده است یا از زمان بلوغ خبر به مدت چهار ماه و ده روز معتده است. آیا استصحاب در این صورت جاری است؟ مرحوم آقای صدر به تناسبی این بحث را مطرح می کند که اگر ما بدانیم این لباس یا در زمان اول نجس بوده است یا در زمان دوم نجس بوده است؛ به طوری که اگر در زمان اول نجس باشد، در زمان دوم نجس نیست؛ در این مورد استصحاب جاری نیست؛ اما مرحوم آقای هاشمی و آقای حائری هر دو در پاورقی اشاره می کنند که در بحث استصحاب در زمانیات، آقای صدر در این مورد نیز استصحاب را جاری می داند. البته در جایی که یقین داریم مستصحب یا در زمان اول تحقق دارد و یا در زمان دوم و اگر در زمان اول تحقق داشته باشد، احتمال دارد در زمان دوم نیز استمرار داشته باشد، استصحاب را جاری می داند؛ اما در جایی که علم اجمالی به نحو مانعة الخلو داریم، استصحاب را جاری نمی داند.

به نظر ما جریان استصحاب در هیچ یک از این دو مورد روشن نیست. به خصوص در موردی که اگر مستصحب در زمان اول تحقق داشته باشد، در زمان دوم تحقق ندارد. ظاهر عدم نقض یقین به شک این است که ابتدا یقین داریم و سپس در بقاء متیقن شک می شود؛ اما در جایی که بقا حتی بنا بر فرض وجود هم محتمل نیست، خیلی مستبعد است که از ادله‌ی استصحاب بتوان حکم مساله را استفاده کرد.

اما اگر استصحاب جاری نشود، آیا اصل برائت جاری می شود؟

بعضی «رفع ما لا یعلمون» را در امثال مقام نیز جاری می دانند؛ زیرا نمی دانیم صحت ازدواج متوقف بر گذشت این زمان هست یا نه، برائت از تقید صحت ازدواج به گذشتن این ایام را جاری می کنیم. این مطلب مبتنی بر این است که برائت را در احکام وضعی نیز جاری بدانیم؛ اما اگر برائت را فقط در احکام تکلیفی جاری بدانیم و صرفا نفی الزام از آن استفاده شود، نمی توان در تقید ازدواج که یک حکم وضعی است[[1]](#footnote-1)، آن را جاری کرد. در این صورت نمی دانیم با اجرای صیغه‌ی ازدواج زوجیت محقق می شود یا نه؛ اصل، عدم تحقق زوجیت است.[[2]](#footnote-2)

خلاصه آن که گفتیم در مواردی که حداد واجب است مبدا عده‌ی وفات بلوغ خبر است و در مواردی که حداد واجب نیست، مبدا عده، حین وفات است و نوبت به اصول عملیه نمی رسد؛ اما اگر بحث به اصول عملیه برسد، باید به این شکل بحث را مطرح کرد.

# مساله‌ی چهلم تکمله‌ی عروه

مسألة 40: عدة الفسخ من حينه كالطلاق، و أما عدة الوطء بالشبهة فهل هي من حينه‌ أو من حين ارتفاعها وجوه، ثالثها الفرق بين الوطء المجرد عن العقد فمن حينه و الوطء بعد العقد شبهة فمن حين ارتفاعها.[[3]](#footnote-3)

عده‌ی فسخ از حین فسخ است. طبق قاعده‌ی اولیه هر عده ای از هنگام تحقق سببش آغاز می شود. حداد در فسخ لازم نیست و فقط در مورد وفات است؛ در نتیجه ادله‌ی عده‌ی وفات در مورد فسخ جاری نیست. آیا عده‌ی وطی به شبهه از حین آخرین وطی به شبهه است یا از حین رفع شبهه؟ وجوهی است که وجه سوم آن تفصیل است بین وطی مجرد از عقد که از حین وطی به شبهه است و بین جایی که وطی به شبهه پس از عقد می باشد که در این صورت، عده از حین ارتفاع شبهه می باشد.

مرحوم سید این مساله را در کتاب النکاح نیز مطرح کرده است و به تفصیل متمایل شده است:

(مسألة 14): مبدأ العدّة في وطء الشبهة المجرّدة عن التزويج حين الفراغ من الوطء، و أمّا إذا كان مع التزويج فهل هو كذلك أو من حين تبيّن الحال؟ وجهان: و الأحوط الثاني، بل لعلّه الظاهر من الأخبار[[4]](#footnote-4)

مرحوم آقای حکیم در مستمسک و مرحوم آقای خویی در کتاب النکاح که در موسوعه نیز آمده بحث را مطرح کرده اند. آقای مکارم نیز در حاشیه اش مفصل این مساله را توضیح داده است.

## روایات وطی به شبهه با عقد فاسد

مُحَمَّدُ بْنُ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْفَضْلِ بْنِ شَاذَانَ وَ عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنِ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ الْحَمِيدِ عَنْ أَبِي بَصِيرٍ وَ غَيْرِهِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع أَنَّهُ قَالَ: فِي شَاهِدَيْنِ شَهِدَا عَلَى امْرَأَةٍ بِأَنَ‏ زَوْجَهَا طَلَّقَهَا أَوْ مَاتَ فَتَزَوَّجَتْ ثُمَّ جَاءَ زَوْجُهَا قَالَ يُضْرَبَانِ الْحَدَّ وَ يُضَمَّنَانِ الصَّدَاقَ لِلزَّوْجِ بِمَا غَرَّاهُ ثُمَّ تَعْتَدُّ وَ تَرْجِعُ إِلَى زَوْجِهَا الْأَوَّل‏[[5]](#footnote-5)

آقای حکیم به این روایت تمسک کرده است. ظاهر ثُمَّ تَعْتَدُّ این است که اعتداد پس از تبین حال صورت بگیرد.

روایات این مساله در جامع احادیث الشیعه، باب حکم من تزوج بامرأة ذات بعل و باب حکم من تزوج المرأة فی عدتها آمده است.

جلسه‌ی بعد این بحث را ادامه خواهیم داد.

1. زیرا از ازدواج که یک حکم وضعی است، انتزاع شده است. [↑](#footnote-ref-1)
2. اصالة الفساد در معاملات [↑](#footnote-ref-2)
3. [تکملة العروة الوثقی، السید محمد کاظم الطباطبائی الیزدی، ج1، ص79.](http://lib.eshia.ir/10081/1/79/40) [↑](#footnote-ref-3)
4. العروة الوثقى (المحشى)، ج‌5، ص: 531‌ [↑](#footnote-ref-4)
5. [الکافی، محمد بن یعقوب کلینی، ج6، ص150.](http://lib.eshia.ir/11005/6/150/%D8%AA%D8%B9%D8%AA%D8%AF) [↑](#footnote-ref-5)