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

**جلسه361– 16 /12/ 1399 وطی به شبهه در عده /تداخل یا عدم تداخل عدد /اقوال فقها در عده**

**خلاصه مباحث گذشته:**

بحث در مساله‌ی یازدهم از فصل پنجم تکمله‌ی عروه در تداخل یا عدم تداخل عدد، در صورتی بود که زنی در عده‌ی طلاق یا وفات باشد و وطی به شبهه شود.

گفتیم روایات عدم تداخل به جهت قطعی الصدور بودن مقدم هستند.

شهرت بسیار قوی نیز بر عدم تداخل وجود دارد و مرحوم شیخ ادعای اجماع بر عدم تداخل کرده است.

اگر روایات بحث را متعارض بدانیم، برخی گفته اند که باید به استصحاب مراجعه کرد و استصحاب حرمت تزویج جاری می شود ( نه استصحاب معتده بودن زن).

مرحوم آقای خوانساری در جامع المدارک می فرماید: اگر این روایات با هم تکافو کنند، باید به تخییر رجوع کرد. البته این بیان مبتنی بر این است که ما در متعارضین اصل ثانوی را تخییر بدانیم. به نظر ما ادله‌ی تخییر تام نیست. بنابراین نمی توانیم قائل به تخییر شویم. در این صورت باید طبق قاعده‌ی اولیه مشی کرد و نمی توان استصحاب را جاری دانست؛ غالب فقها که قائل به عدم تداخل شده اند، به خاطر اصل عدم تداخل و عدم اثبات روایت خاصی بر خلاف آن، عدم تداخل را پذیرفته اند.

مرحوم سید بر اساس روایات خاص و مقتضای قاعده، قائل به تداخل شده است؛ زیرا مرحوم سید مقتضای قاعده را تداخل دانست. البته به نظر ما هم مقتضای قاعده، تداخل است.

# نتیجه‌ی بحث در صورت اجمال دلیل

ممکن است در مساله‌ی تداخل و عدم تداخل، قائل به اجمال دلیل شویم و بگوییم ظهوراتی وجود دارد که با هم متنافی هستند و نمی توان از جهت ادله حکم به تداخل یا عدم تداخل کرد.

بیان اول: در این صورت ممکن است گفته شود در مورد جواز ازدواج[[1]](#footnote-1) یا بعث به ازدواج[[2]](#footnote-2) عموماتی وجود دارد که صحت ازدواج از این عمومات استفاده می شود.

ادله‌ی عده مقید این عمومات است و دائر بین اقل و اکثر می باشد. نمی دانیم فقط در قدر متیقن عده، ازدواج باطل است یا در زمان طولانی تری ( در صورت عدم تداخل) ازدواج باطل است. می دانیم قدر متیقن از عمومات خارج شده است، بیش از آن را نمی دانیم؛ بنابراین به عمومات تمسک می کنیم که نتیجه‌ی آن صحت ازدواج و عدم تداخل عدد می باشد.

این بیان دو مقدمه دارد که باید تام باشد.

یک مقدمه این است که باید عموماتی برای تصحیح ازدواج داشته باشیم. اگر گفته شود بعضی روایات در مقام بیان اصل ازدواج است و در مقام بیان شرایط ازدواج و سبب محلل ازدواج نیستند. «احل لکم ماوراء ذلکم» در مقام بیان حرمت طولانی مدت مثل حرمت ابد یا حرمت خواهر زن است و ناظر به حرمتی نمی باشد که در زمان محدودی است. بنابراین در مقام بیان تصحیح عقد از جمیع جهات نمی باشد و ممکن است بگوییم عموماتی نداریم که در مقام بیان تصحیح ازدواج باشد. «لکل قوم نکاح» نیز در مقام بیان این نیست که نکاح شرعی هیچ قید و شرطی ندارد؛ بلکه بیان می کند که نکاح های اقوام دیگر نیز در شرع مقدس تصحیح شده است. در نتیجه آیه یا روایتی نداریم که در مقام تصحیح هر عقد نکاحی باشد.

مقدمه‌ی دوم این است که اگر عامی وجود داشته باشد و خاص یا مقید منفصل مجملی که دائر بین اقل و اکثر است، وجود داشته باشد، اکثر اصولیون قائلند که اجمال خاص به عام سرایت نمی کند. آیت الله والد می فرماید: اجمال خاص به عام سرایت می کند. در نتیجه این استدلال بر مبنای متعارف تام است؛ اما بر مبنای آیت الله والد تام نیست.

به نظر ما بیان آیت الله والد در سرایت اجمال خاص به عام تمام است. در جایی که خاصی وجود دارد، متکلم برای بیان مراد جدی خود به دو کلام اعتماد کرده است؛ بنابراین اماره ای که کاشف از مراد جدی او باشد، اجمال دارد.

بیان دوم: بیان دیگر این است که ممکن است برای تصحیح عقد نکاح به اطلاق مقامی تمسک کرد. آیت الله والد چنین سبکی دارد و در خیلی از مباحث به اطلاق مقامی تمسک کرده است. مثلا در مورد ادله‌ی جماعت مرحوم آقای خویی می فرماید: دلیلی بر صحت جماعت نداریم و جماعت خلاف اصل است؛ بنابراین هر آن چه را که شک کنیم که در صحت جماعت دخالت دارد یا دخالت ندارد، اصل این است که نماز جماعت بدون آن ها منعقد نشود. اما آیت الله والد با توجه به اطلاق مقامی مجموع ادله در جایی که عرفا جماعت صدق کند، می فرماید: اگر شارع مقدس در انعقاد جماعت شرط زائدی داشته باشد، باید بیان کند؛ اگر بیان نشد، اطلاق مقامی مجموع ادله اقتضا می کند که قید، شرط یا جزء مشکوک در جماعت دخالت نداشته باشد.

اگر در جایی دلیل منفصلی وجود داشته باشد که مجمل باشد، آیا می توان به اطلاق مقامی مجموع ادله تمسک کرد؟

آیت الله والد بیانی دارد و می فرماید: اگر دلیل منفصلی داشته باشیم که از نظر سندی معتبر نباشد یا احتمال دهیم دلیل منفصلی وجود داشته است که به ما نرسیده است، این احتمال به اطلاق مقامی ضرر نمی زند؛ زیرا یک بنای عقلایی عام وجود دارد که اگر شارع مقدس بخواهد مقیدی ذکر کند، آن مقید باید به ما برسد؛ بنابراین در جایی که احتمال می دهیم شاید مقیدی بوده است و به ما نرسیده است، کافی نیست و به این احتمال ترتیب اثر نمی دهیم. همچنین در جایی که مخصص یا مقید سندا ضعیف است یا حجیت آن اثبات نشده است، مجرد احتمال صدور این خاص یا مقید، مضر نمی باشد و به عام تمسک می شود.

البته عمومات معمولا در مقام بیان تبصره ها و استثناها نیستند؛ بنابراین اگر احتمال دهیم افراد غیر متعارف از عام خارج شده است، باید متکلم در مقام بیان تبصره ها واسثناها باشد که در اکثر مواقع متکلم در مقام بیان آن ها نیست؛ یعنی در این موارد نیز نیازمند مقدمات حکمت هستیم تا عمومیت عام اثبات شود و وقتی متکلم در مقام بیان نیست، اطلاق لفظی وجود ندارد؛ در نتیجه باید به اطلاق مقامی رجوع کرد.

در جایی که احتمال مقید یا مخصص وجود دارد، اطلاق مقامی پا بر جاست.

اگر مخصص یا مقیدی وجود داشته باشد که از نظر مفاد مجمل است، آیا می توان به اطلاق مقامی در غیر قدر متیقنِ مقید یا مخصص تمسک کرد؟

به نظر می رسد مشکل باشد و ثابت نیست که در این موارد بنای عقلا بر تمسک به عام وجود داشته باشد. در واقع عام و خاص مجموعا به منزله‌ی یک دلیل وحدانی به حساب می آید. در جایی که یک دلیل از ابتدا اجمال داشته باشد، نمی توان به آن دلیل مجمل تمسک کرد. مطلق و مقید نیز به منزله‌ی یک دلیل وحدانی هستند که اجمال مقید یا مخصص به دلیل وحدانی سرایت می کند و نمی توان به اطلاق مقامی تمسک کرد.

# مقتضای اصل عملی

اگر اطلاق یا عموم لفظی و اطلاق یا عموم مقامی وجود نداشته باشد، باید به اصول عملیه رجوع کرد.

زنی در عده‌ی طلاق یا وفات، ازدواج کرده است و وطی به شبهه شده است. بحث در تداخل یا عدم تداخل عده‌ی وطی به شبهه با عده‌ی طلاق یا وفات است.

فرض کنید زنی در عده‌ی وفات باشد و وطی به شبهه شود، احتمال دارد عده‌ی وطی به شبهه بر عده‌ی وفات منطبق شود ( تداخل کند) و سپری شود و احتمال دارد عده‌ی وطی به شبهه پس از عده‌ی وفات آغاز شود. نمی دانیم پس از اتمام عده‌ی وفات آیا عده‌ی وطی به شبهه بر زن واجب است یا واجب نیست.

اگر وطی به شبهه در ابتدای عده‌ی وفات باشد به گونه ای که قبل از اتمام چهار ماه و ده روز، عده‌ی وطی به شبهه ( در صورت تداخل) سپری شود، در این صورت در انتهای عده‌ی وفات قطعا زن در عده‌ی وطی به شبهه نیست ( یقین سابق)؛ زیرا یا عده‌ی وطی به شبهه با عده‌ی وفات تداخل کرده و سپری شده است و یا عده‌ی وطی به شبهه تداخل نکرده و هنوز آغاز نشده است. پس از اتمام چهار ماه و ده روز، عدم اعتداد به عده‌ی وطی به شبهه را استصحاب می کنیم.

اگر شخصی استصحاب کلی قسم ثالث را قبول داشته باشد می توان گفت پس از اتمام عده‌ی وفات احتمال دارد زن معتده به عده‌ی وطی به شبهه باشد، در نتیجه کلی معتده بودن استصحاب می شود.

این استصحاب اولا مبتنی بر پذیرش استصحاب کلی قسم ثالث است. ثانیا این استصحاب نباید محکوم استصحاب عدم معتده بودن به عده‌ی وطی به شبهه باشد. شک ما در معتده بودن زن پس از چهار ماه و ده روز ناشی از این است که آیا عده‌ی وطی به شبهه شروع شده است یا خیر؟ ممکن است گفته شود استصحاب عدم اعتداد زن به عده‌ی وطی به شبهه بر استصحاب کلی قسم ثالث حکومت دارد.

اگر وطی به شبهه در ابتدای عده‌ی وفات نباشد، در صورت تداخل عده‌ی وطی به شبهه با عده‌ی وفات، عده‌ی وطی به شبهه پس از انقضای عده‌ی وفات منقضی می شود، در نتیجه پس از چهار ماه و ده روز زن قطعا در عده‌ی وطی به شبهه است ( یقین سابق) و استصحاب معتده بودن زن جاری می شود.

اگر وطی به شبهه در عده‌ی طلاق باشد ( مثلا یک ماه یا یک طهر پس از طلاق)، در صورت تداخل بخشی از عده‌ی وطی به شبهه در عده‌ی طلاق واقع می شود و در صورت عدم تداخل، عده‌ی وطی به شبهه پس از عده‌ی طلاق آغاز می شود. در هر صورت پس از پایان عده‌ی طلاق، زن قطعا در عده‌ی وطی به شبهه است ( یقین سابق)؛ در نتیجه معتده بودن زن به عده‌ی وطی به شبهه استصحاب می شود.

ممکن است گفته شود استصحاب دیگری وجود دارد؛ زیرا نمی دانیم زن به محض وطی به شبهه معتده به عده‌ی وطی به شبهه شده است یا نه، عدم معتده شدن به عده‌ی وطی به شبهه استصحاب می شود که با استصحاب قبلی معارض است.[[3]](#footnote-3)

این استصحاب اثری ندارد؛ زیرا احکام عده‌ی وطی به شبهه و عده‌ی طلاق یکسان هستند. در نتیجه این استصحاب جاری نیست و استصحاب معتده بودن زن به عده‌ی وطی به شبهه جاری می شود.

باید صور مختلف را بررسی کرد تا مشخص شود آیا عده‌ی وطی به شبهه اثر خاصی دارد تا استصحاب دوم جاری شود.

البته همه‌ی این مسائل مبتنی بر این است که استصحاب را در شبهات حکمیه جاری بدانیم.

1. احل لکم ماوراء ذلکم [↑](#footnote-ref-1)
2. وَ أَنكِحُوا الأَيامي‌ مِنكُم‌ وَ الصّالِحِين‌َ مِن‌ عِبادِكُم‌ [↑](#footnote-ref-2)
3. در جلسات بعد استاد می فرماید: این دو استصحاب معارض نیستند؛ زیرا نتیجه‌ی هر دو استصحاب این است که زن باید پس از اتمام عده‌ی طلاق، عده‌ی وطی به شبهه نگه دارد. [↑](#footnote-ref-3)