



## درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۱۵ بهمن ۱۴۰۲

موضوع جزئی: احکام عقد - مسأله ۲۳ - فرض دوم - اشکال محقق نائینی - کلام محقق خوبی - بررسی اشکال

جلسه: ۵۰

سال ششم

# «الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی محمد وآله الطاهرین و اللعن علی اعدائهم اجمعین»

### فرض دوم

فرض دوم در مسأله ۲۳ این است: «و مع عدم البینة توجه الیمین إلیهما، فإن حلفا معا علی عدم زوجيته سقطت دعواه علیهما». امام (ره) می فرماید: اگر مدعی بینه نداشته باشد، آنگاه یمین و سوگند متوجه زوج و زوجه می شود؛ پس اگر آن دو قسم بر عدم زوجیت مدعی بخورند، ادعای او بر علیه این دو ساقط می شود. عرض کردیم فرض اول آنجایی است که مدعی بینه بیاورد؛ فرمودند اگر بینه بیاورد، «حکم له علیهما». اما اگر مدعی بینه نیاورد بر اینکه این زنی که با آن مرد ازدواج کرده همسر اوست، هر دو باید قسم بخورند؛ این براساس قواعد باب قضا است که البینة علی المدعی و الیمین علی من أنکر؛ او ادعای زوجیت این زن را دارد و این ادعا در واقع متوجه هر دو است، هم زن و هم مرد؛ پس در حقیقت هر دو منکر هستند و بر منکر است که قسم بخورد. اگر هر دو قسم خوردند و ادعای او را انکار کردند، آنگاه ادعای او ساقط می شود؛ او که در واقع ادعای زوجیت این زن را کرده، در واقع یک ادعایی بر علیه آن دو نفر بوده است. خودش بینه نیاورده و اینها هم قسم خورده اند، پس ادعای او علیه این دو، با قسم این دو ساقط می شود. یعنی کأن این دو نفر با هم منکر هستند؛ و الیمین علی من أنکر می گوید کسی که منکر است باید قسم بخورد؛ چون هر دو اینها منکر هستند و این ادعا علیه هر دو است، هر دو باید قسم بخورند. در واقع به مقتضای قواعد باب قضا چنین نتیجه ای را فرموده اند.

مرحوم سید هم همین بیان را اینجا ذکر کرده است؛ بعد از اینکه فرض اول را ذکر کرد و فرمود: «إذا تزوج امرأة تدعی خلوها عن الزوج فادعی زوجيتها رجل آخر لم تسمع دعواه إلا بالبینة»، بعد می فرماید: «نعم له مع عدمها علی کل منهما الیمین»، این همین مطلبی است که امام (ره) فرموده است. وجه آن هم روشن است.

### اشکال محقق نائینی

اینجا مرحوم آقای نائینی یک اشکالی در حاشیه عروه به مرحوم سید کرده اند که اصل آن توسط صاحب مسالک مطرح شده و مرحوم آقای خوبی هم آن را پرورانده است. مرحوم نائینی فرموده «ما ذکره اولاً من أن هذه الدعوی لا تسمع الا بالبینة هو الصحيح»، آنچه که مرحوم سید در ابتدا فرمود که این ادعا لا تسمع الا بالبینة، این صحیح است. «و مع عدمها فلا موقع لتوجيه الیمین لا الی الزوج و لا الی الزوجة، و یسقط جمیع ما فرعه علی ذلك»، می گوید مع عدم البینة، وجهی ندارد که این دو قسم بخورند؛ درست نقطه مقابل مرحوم سید و امام. اینجا وجهی ندارد که نه زن و نه مرد قسم بخورند؛ اینجا بحث استدلالی نیست، فقط تعلیقه است. بعد در تمام فروض بعدی هم این نتیجه اثر دارد؛ یعنی اگر ما در این مسأله توجه یمین و حلف را به زوج و

۱. عروه، ج ۵، ص ۶۱۳، تعلیقه رقم ۳.

زوجه بپذیریم، این یک زیربنایی است که بعداً بناهایی بر آن استوار می‌شود. حالا شما در فروض بعدی هم می‌بینید؛ چون فروض بعدی ناشی از همین است که می‌گوید اگر قسم نخوردند، چه می‌شود. یعنی اصل توجه قسم به زوجین را پذیرفته، بعد آن وقت می‌گوید اگر هر دو نپذیرفتند چه می‌شود، اگر یکی نپذیرفت چه می‌شود. لذا فروض بعدی بر این پایه استوار است که اینها قسم بخورند یا نخورند. لذا می‌گوید «و یسقط جمیع ما فرعه علی ذلک»؛ مرحوم نائینی می‌فرماید همه آنچه که مرحوم سید بر این اساس تفریع کرده، همه آنها ساقط می‌شود. چرا یمین و حلف متوجه زوج و زوجه نیست؟ این را مرحوم آقای خوئی توضیح داده‌اند؛ خوب دقت کنیم تا ببینیم چرا اینقدر اختلاف نظر وجود دارد.

#### کلام محقق خوئی

مرحوم آقای خوئی می‌فرماید به طور کلی اگر در ادله این مسأله توجه شود، براساس روایت اصلاً نوبت به یمین این دو نفر نمی‌رسد. این همان لم تسمع الا بالبینة است؛ لذا ملاحظه فرمودید که مرحوم آقای خوئی آنجا یک تعلیقه‌ای داشتند که «و الظاهر أنه حیثند لیس له احلاف الزوج و لا الزوجة»، اصلاً معنا ندارد که مدعی بخواهد به زوج و زوجه بگوید شما باید قسم بخورد. چرا نوبت به یمین نمی‌رسد؟ ایشان می‌گوید زوج اصلاً منکر محسوب نمی‌شود تا بخواهد قسم بخورد؛ قواعد باب قضا اقتضا می‌کند که مدعی بیینه بیاورد و قسم توسط منکر صورت بگیرد. اما اینجا این زوج منکر ادعای آن مرد دیگر نیست؛ مدعی می‌گوید این زنی که تو به عقد خودت در آوردی، همسر من است؛ اما زوج منکر این حرف نیست. پس اگر منکر این حرف نیست، پس چیست؟ می‌گوید او اصلاً کاری به اینکه این آمده ادعای زوجیت می‌کند ندارد؛ آن خودش مدعی زوجیت این زن است. یعنی در واقع مدعی این است که این زن همسر من است، چون می‌گوید من او را به عقد خودم در آوردم و این عقد هم صحیح بوده؛ به دلیل اینکه آن زن گفت من شوهر ندارم و شرعاً من باید او را تصدیق می‌کردم؛ پس این اصلاً کاری به ادعای این مرد ندارد؛ او خودش مدعی زوجیت این زن است. پس این زوج منکر محسوب نمی‌شود. ما اینجا یک زوج داریم، یک زوجه و یک مدعی. اگر مدعی بیینه بیاورد، آن دو باید قسم بخورند طبق فرموده امام و سید؛ آقای خوئی می‌گوید زوج که منکر نیست تا بخواهد قسم بخورد، او تنها ادعای زوجیت این زن را دارد. بنابراین قاعده البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر شامل اینجا نمی‌شود تا بخواهد قسم بخورند. او به حسب ادعای خودش این زن همسر اوست و عقدش هم صحیح بوده و آثار زوجیت هم بار می‌کند؛ براساس ادعای این زن که من شوهر ندارم، او را به عقد خودش در آورده است.

اما راجع به زن؛ چرا قسم متوجه زن نمی‌شود؟ مگر زن منکر نیست؟ بالاخره زن دارد ادعای مدعی را انکار می‌کند. ایشان می‌فرماید درست است زن منکر محسوب می‌شود، چون او در حقیقت ادعای زوجیت او را کرده و او رد می‌کند؛ لکن قسم به طور مطلق متوجه منکر نیست؛ اینکه گفته‌اند الیمین علی من أنکر، این در صورتی است که بر اعتراف او اثری مترتب شود. قسم زمانی به منکر متوجه می‌شود و او باید قسم بخورد که اگر اعتراف می‌کرد، اثری داشت که حالا با انکارش آن اثر مترتب نشود؛ یعنی بین حالت اعتراف و انکار فرق باشد. اینجا این چنین نیست؛ چون اگر فرض کنیم این زن بر انکارش قسم نخورد، اگر می‌خواست اعتراف و اقرار کند، آیا اقرارش مسموع بود یا نه؟ می‌گویند اگر اقرار می‌کرد، اقرار او مسموع نبود؛ چه چیزی را می‌خواست اقرار کند؟ فرض کنید مدعی می‌گوید این زن همسر من است، این زن اقرار می‌کرد و می‌گفت بله، من همسر او هستم؛ اگر چنین اقراری می‌کرد، هیچ اثری مترتب نمی‌شد. چرا اثر مترتب نمی‌شد؟ چون الان زوجه غیر است به حسب ظاهر،

اقرار او به اینکه من همسر این مدعی هستم، منافات با این زوجیت داشت و این زوجیت با اقرار زن به تنهایی بهم نمی‌خورد. حال فرض اقامه بینه را کنار بگذارید؛ فرض کنید یک مدعی ادعا کرده که این زن همسر من است و هنوز هم بینه نیاورده و این زن او را تصدیق می‌کرد و می‌گفت راست می‌گوید من همسر او هستم. آیا اینجا حکم به جدا شدن از زوج و پیوستن به این مدعی می‌شد یا نه؟ می‌گویند نه، این اقرار اثری نداشت؛ چون به حسب ظواهر، این الان زن اوست؛ به صرف اقرار که من زن فلانی هستم، نمی‌تواند از شوهرش جدا شود. اگر مدعی بینه بیاورد، این بحث دیگری است. حالا که اقرار این زن و اعتراف او فایده‌ای ندارد، پس انکار او هم بی‌فایده است. لذا توجه یمین به توجه هم بی‌فایده است؛ اصلاً یمین متوجه او نمی‌شود.

نتیجه اینکه مرحوم آقای خوبی به تبع بعضی از بزرگان معتقدند به طور کلی در صورتی که مدعی اقامه بینه نکند، یمین متوجه زوج و توجه نمی‌شود؛ درست نقطه مقابل مرحوم سید و امام. دلیلش هم این است که اولاً زوج منکر محسوب نمی‌شود، او اصلاً مدعی یک چیز دیگری است، خودش مدعی زوجیت است؛ پس زوج منکر محسوب نمی‌شود. توجه هم با اینکه منکر محسوب می‌شود، اما اینجا یمین متوجه او نمی‌شود، چون یمین و قسم به یک شرط متوجه منکر است و آن اینکه اگر منکر انکار نمی‌کرد و اقرار می‌کرد، اقرار او دارای اثر بود؛ و اینجا این زن لو اقرار لم یکن اقراره مسموع، اگر هم اقرار می‌کرد، اقرار او مسموع نبود؛ حالا هم که انکار می‌کند، انکار او بی‌خود است و یمین متوجه او نمی‌شود. لذا ایشان معتقد است اینکه مرحوم سید گفته لم تسمع الا بالبینة درست است؛ اصلاً اینجا غیر بینه راه دیگری نیست؛ اصلاً نوبت به یمین و قسم نمی‌رسد. این مطلبی است که مرحوم آقای خوبی فرموده است.<sup>۱</sup> مرحوم آقای خوبی می‌گوید با توجه به این مطلب، «و من هنا یظهر الحال فیما رتبه قدس سره من الفروع علی هذا الحکم»، همان که مرحوم آقای نائینی فرمودند؛ می‌گوید با این مطلب نه تنها حکم ایشان اینجا اشکال دارد بلکه آن فروعی که بر این مترتب شده، وضعیتش معلوم می‌شود؛ چون همه مبتنی بر توجه یمین به زوج و توجه است. اگر ما گفتیم یمین و قسم متوجه زوج و توجه نمی‌شود دیگر نوبت به بحث‌های بعدی نمی‌رسد.

سؤال:

استاد: این اشکالی است که ما باید ببینیم آیا این حرف درست است یا نه؛ اصل حرف آقای خوبی این است که بینه رسماً پذیرفته شده و مدعی هم باید بینه بیاورد؛ البینه علی المدعی. حرف ایشان این است که می‌گوید قسم متوجه این زن نمی‌شود. حالا فرض کنیم بینه نبود، آیا اگر اقرار به این امر می‌کرد، این اقرار ... حالا فرض کنید ادعایی هم نبود و مدعی نبود، اگر می‌رفت بعد از ازدواج یک دفعه اعتراف می‌کرد که من زن فلانی هستم؛ اگر به طور طبیعی چنین اقراری می‌کرد، اقرار او مسموع بود یا نبود؟ همه گفته‌اند این اقرار مسموع نیست؛ یک زنی که ازدواج کرده، بعد از ازدواج بگوید من زن فلانی هستم؛ با توجه به اینکه این مقدمات طی شده، عقد شده و محکوم به صحت هم هست؛ اگر اینطور بود هر زنی بعد از ازدواج یک اقراری می‌کرد و زندگی‌ها از هم می‌پاشید. اینطور نیست که هر زنی بعد از ازدواج اقرار کند که من زن فلانی هستم. اینجا بر این اساس مرحوم آقای خوبی می‌گوید حاکم نمی‌تواند وقتی کسی که اقرارش مسموع نیست، قسم را متوجه او کند. .... استدلال ایشان بر این پایه است که می‌گوید اگر ... اینجا هم تا مادامی که مدعی بینه نیاورده، بر فرض ادعای زوجیت هم کرده، تا مادامی که بینه نیاورده، حالا این زن هم اعتراف می‌کند که راست می‌گوید؛ آیا این مسموع است؟ این هم مسموع

۱. المبانی فی شرح العروة، کتاب النکاح، ج ۳، ص ۱۷۸ و ۱۷۹.

نیست. هر کسی از راه رسید این را گفت و زن هم گفت که او راست می‌گوید و اعتراف کرد، این اقرار مسموع است؟ گفته‌اند این اقرار مسموع نیست. چون اقرار ملفوف به یک اموری است که مانع در راه پذیرش این اقرار ایجاد می‌کند؛ این غیر از سایر موارد اقرار است. اقرار العقلاء علی انفسهم، اینکه باید بر علیه خودش باشد بماند، ولی نسبت به این جهت هم نباید مانعیت داشته باشد، لزوماً اینطور نیست که این ملازم با اعتراف به زنا یا کار خلاف شرع باشد.

البته ایشان می‌گویند مکاتبه حسین بن سعید هم ظهور در انحصار طریق به بینه است؛ چون امام(ع) در روایت حسین بن سعید فرمود «هی امراته الا ان یقیم البینه» این زن همسر اوست مگر بینه اقامه کند. این ظاهرش این است که راه منحصر در بینه است؛ با قسم و حلف ثابت نمی‌شود. ایشان این را به عنوان قرینه و مؤید می‌گیرند که حکم به زوجیت این زن برای مدعی تنها و تنها از طریق اقامه بینه توسط مدعی ممکن است و الا اینطور نیست.

### بررسی اشکال

آیا این مطلب قابل قبول هست یا نه؟ ببینیم حق با مثل امام و مرحوم سید است یا با مثل مرحوم آقای نائینی و آقای خویی. استدلال مرحوم آقای خویی بر این پایه استوار است که زوج منکر محسوب نمی‌شود و زوجه هم با اینکه منکر محسوب می‌شود اما شرایط توجه یمین به منکر شامل او نمی‌شود؛ این خلاصه حرف ایشان است. حالا ببینیم زوج منکر محسوب می‌شود یا نه.

به نظر می‌رسد زوج اینجا درست است صراحتاً انکار ادعای او را نکرده اما یک مطلبی را گفته که لازمه‌اش انکار اوست؛ لازم نیست انکار صریح باشد. زوج ادعا می‌کند که این زن همسر من است و ادعای زوجیت دارد؛ اما ادعای زوجیت در ظرف ادعای رجل آخر یعنی انکار؛ ما نمی‌توانیم اینها را از هم جدا کنیم و بگوییم این ادعای زوجیت می‌کند اما منکر ادعای او نیست. پس عنوان منکر اینجا صدق می‌کند؛ ما نباید جمود بر الفاظ داشته باشیم، می‌خواهیم ببینیم حقیقتاً این مرد منکر محسوب می‌شود یا نه. در مقابل ادعای رجل آخر که می‌گوید این زن همسر من است، وقتی می‌گوید همسر من است، یعنی انکار او؛ این دارد ادعای زوجیت این زن را می‌کند، حالا استناداً الی العقد علیها و اینکه آن زن ادعای خالی بودن از همسر داشته است؛ وقتی این ادعا را می‌کند، این یعنی دارد او را انکار می‌کند. پس اینکه ما بگوییم این زوج منکر محسوب نمی‌شود، واقع این است که حرف درستی نیست.

سؤال:

استاد: یعنی می‌خواهید بگویید نسبت به مدعی که می‌گوید همسر من است، منکر او نیست؛ نه، تصور شما این است که این شخص دارد ادعا می‌کند من قبلاً این زن را به عقد خودم در آوردم و اگر بخواهد زوج منکر محسوب شود، باید انکار کند عقد او را قبل از این؛ اینطور نیست. تصویری که شما از مسأله ارائه می‌دهید اینطور است؛ کأن می‌گویید این مدعی در واقع ادعای وقوع عقد قبل از زوجیت این شخص را داشته و اگر این زوج بخواهد منکر محسوب شود، باید عقد او را انکار کند، در حالی که اصلاً اینطور نیست. او ادعای زوجیت این زن را دارد، حالا اینکه این ملازمه دارد با اینکه قبلاً عقد کرده، اصلاً اینجا بحث قبل و بعدش نیست؛ لازمه ادعای زوجیت این است که این زن من بوده و در حالی که زن من بوده، به عقد تو در آمده است. شما اینطور تصویر می‌کنید؛ و اگر این بخواهد منکر باشد، پس باید انکار عقد او را کند. نه، اصلاً بحث عقد نیست؛ بحث این

است که ادعای زوجیت می‌کند؛ می‌گوید من همسر این زن هستم. این مرد هم می‌گوید من همسر این زن هستم؛ یعنی در واقع دارد او را انکار می‌کند؛ لزوماً اینطور نیست آن کسی که مدعی است، حرفش درست باشد؛ خیلی وقت‌ها ادعاست و بین‌های هم نیست؛ او می‌گوید من همسر این هستم، این می‌گوید من همسر این هستم، چون یک عقد صحیح واقع کردیم و مشکلی هم نداشت؛ ادعا کرده که من شوهر ندارم. ... اینکه می‌گوید این زوجه من است و ادعای زوجیت این را می‌کند، در واقع می‌خواهد بگوید این زوجه او نیست؛ این معنایش این است؛ شما اینجا با یک دقت‌هایی می‌خواهید اینها را تفکیک کنید ولی عملاً این وقتی می‌گوید این زوجه من است، یعنی انکار زوجیت او؛ چیزی جدا از آن نیست. یعنی بالاخره ادعای زوجیت می‌کند، یعنی یک ادعایی غیر از ادعای آن دارد می‌کند؟ یعنی کأن مثل این است که آن مدعی آمده یک ادعا می‌کند و این مرد یک ادعای دیگری می‌کند؛ او ادعای زوجیت می‌کند، این هم ادعای زوجیت می‌کند؛ ادعای زوجیت زوج الان در این ظرف به معنای انکار آن است.

«والحمد لله رب العالمین»