F1js1\_13981029-054\_mfeb.ir

بسم الله الرحمن الرحیم

درس خارج فقه استاد سید محمد جواد شبیری

جلسه ۵۴: ۲۹ دی ۹۸

اعوذ بالله من الشیطان الرجیم

بسم الله الرحمن الرحیم

و به نستعین انه خیر ناصر و معین الحمد لله رب العالمین و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آله الطاهرین و اللعن علی اعدائهم اجمعین من الآن الی قیام یوم الدین

مسئلة قبلی که صحبت می‌کردیم که آیا اگر مرد می‌گوید طلاق دادم، زن می‌گوید طلاق داده نشده و یا برعکس، آیا قول مرد معتبر هست یا معتبر نیست، به خصوص در جایی که مرد مدعی است که طلاق داده که اصل عدم طلاق است. قول مرد بر خلاف اصالة عدم طلاق باشد. آیا قول مرد مسموع هست یا مسموع نیست، این مطلب مراجعه کردم ببینم نظرات آقایان چی هست، مرحوم آقای حکیم در منهاج الصالحین، جلد ۲، صفحة ۳۱۵، اینجوری دارند:

يقبل قول المرأة في انقضاء العدة بالحيض و بالشهور و يقبل قول الرجل في الطلاق حتى بعد انقضاء العدة

در هر دو مسئله قائل هستند که بحثش گذشت. در اصل طلاق مراد هست، نه در زمان طلاق. این عبارت مرحوم آقای حکیم است.

آقای خویی یک اضافه‌ای دارند، بالنسبة إلى أصل الطلاق و عدم الحق له على زوجته. اینکه حقی برای زوجه ندارد این مقبول قول مرد. و أما بالنسبة إلى حقوق الزوجة كمطالبتها النفقة للأيام السابقة على إخباره بالطلاق فلا يقبل قوله على الأظهر.

زن می‌گوید من زن تو بودم در یک سال. می‌گوید نه من یک سال است تو را طلاق دادم این ایامی که تو مدعی هستی این ایام را زن من نبودی که مستحق نفقه باشی.

این را در جامع الأحکام الشرعیة مرحوم سبزواری، صفحة ۵۸۶، مسئلة ۱۶ همین عبارت هست.

منهاج الصالحین آقای تبریزی، جلد ۲، صفحة ۳۷۲ هم همینجوری است.

آقای وحید، جلد ۲، صفحة ۳۳۷ هم همینجور است.

آقای روحانی، جلد ۲، صفحة ۵۵۵ هم همینجور است.

در مبانی منهاج الصالحین، جلد ۱۰، صفحة ۳۹۳ مرحوم حاج آقا تقی قمی بر این مطلب دو تا استدلال آوردند. یکی به قاعدة من ملک تمسک کردند. یکی به قاعدة اقرار. قاعدة من ملک قاعده‌ای هست که فقها ذکر می‌کنند که من ملک شیئاً ملک الاقرار به. کسی که یک شیءای را مالک باشد اقرار به او هم مالک هست. که آن مطلبی که قبول قول ذی الفعل هم از مصادیق همین قاعده است. ولی این قاعده دلیل معتبری ندارد، هیچ دلیل خاصی. مرحوم شیخ یک رساله‌ای مفصل در این مورد نوشته و مراجعه کنید، تقریباً یک دلیل به درد بخوری از مجموع فرمایشات شیخ هم استفاده نمی‌شود بر این قاعده. یک نکات ارزشمندی مرحوم شیخ دارد ولی مجموعاً یک چیزی که بشود به آن تکیه کرد نیست. البته ایشان اشاره می‌کنند که این قاعده غیر از موارد اقرار است. یعنی منطبق بر اقرار نیست. موارد اقرار را ایشان قبول می‌کند. در من ملک می‌خواهند مواردی که مصداق قاعدة اقرار نیست را هم تطبیق بدهند.

یک نکته: من ملک شیئاً ملک الاقرار به. اقراری که اینجا هست لازم نیست بر علیه خود شخص باشد. آنهایی که به نفع هم باشد آنها هم شامل می‌شود. یعنی قول کسی که مالک یک شیء هست نسبت به ما فی یده، آن مملوکش این قول را می‌خواهند بگویند معتبر هست، به‌طور کلی چه به نفع شخص باشد، چه به ضرر شخص باشد، این طبیعتاً به قاعدة اقرار به این ارتباطی ندارد.

مرحوم آقای خویی ظاهراً اینجا به قاعدة اقرار می‌خواهند تمسک بکنند. بعید می‌دانم آقای خویی من ملک. با این مقدمه که اگر یک شیءای انحلالی فرض می‌کنند. می‌گویند یک شیء بعضی از لوازم داشته باشد که به ضرر باشد، بعضی لوازم به نفع باشد آن لوازمی که بر علیه باشد آن لوازم بار می‌شود، لوازمی که به نفع باشد بار نمی‌شود که در جلسة قبل مناقشه‌اش گذشت که مطلب اینجور نیست. نکتة خاصی در این مسئله نیست.

شاگرد: نظر آقای حکیم نظرشان کاملاً با آقای خویی فرق می‌کند دیگر.

استاد: آقای حکیم توضیح ندادند که این یقبل قول الرجل فی الطلاق حتی بعد انقضاء العدّة نکته‌اش چی است و عبارت را به این مقدار تعبیر کردند. البته عبارتی از آقای فاضل بخوانم، احتمال دارد که آقای حکیم هم همین مطلب را می‌خواهند بگویند ولی عبارت بعد تعبیر کردند.

عبارت آقای فاضل: هل يقبل قول الرجل المدّعي لطلاق زوجته بدون بيّنة، أم يحتاج إلى البيّنة؟ الجواب: يكفي إقرار الرّجل في ترتيب آثار الطلاق، إلّا إذا علمت الزوجة أو غيرها كذبه، ففي هذه الصورة يجب على من علم بكذبه أن يعمل بموجب علمه، بالرغم من أنّ الحاكم إذا حكم بموجب اعتراف الزوج، فلا يمكن في الظاهر ردّ الحكم.

این تعبیر اعتراف، اقرار، امثال اینها که به این هست این معنایش این است که ایشان به اقرار می‌خواهد تمسک کند، به قاعدة اقرار. اگر بخواهد به قاعدة اقرار تمسک کند، صرفنظر از اشکالی که ما مطرح می‌کردیم که اینجاها جای اقرار نیست، کلّیتش را هم توضیح هم الآن می‌دهم. صرفنظر از آن مطلب باید آن تفصیل آقای خویی ذکر بشود. فرض کنید کسی که یک جمله‌ای را به کار می‌برد نسبت به مدلول تضمنی یا مدلول التزامی‌اش هم گفتیم آنها را منحل می‌کنیم، انحلالی در نظر می‌گیریم، هر مدلول تضمنی یا التزامی که بر علیه بود بار می‌کنیم، هر کدام که به نفع بود بار نمی‌کنیم، در اصل این مطلب اشکال داریم. آقای فاضل هم باید اینجوری اگر بخواهد مشی کند باید این شکلی مشی کند. به‌طور کلی بخواهیم بگوییم ترتیب آثار طلاق دادن هیچ وجهی ندارد. تعبیرات اقرار، اعتراف نمی‌خواهد به من ملک تمسک کند. اگر فقط اقرار بود باز ممکن بود من ملک شیئاً ملک اقرار به اشاره به آن قاعده باشد. ولی به خصوص ذیلش کلمة اعتراف را هم به کار برده، پیداست که می‌خواهد به قاعدة اقرار تمسک کند. اقرار باشد باید همان کلام مرحوم آقای خویی را ذکر بکند. احتمال می‌دهم آقای حکیم هم همان مطلب آقای خویی را می‌خواسته بگوید ولی عبارت‌ها بد است. همچنان که آقای فاضل عبارتی آورده که بد تعبیر کرده، همین مطلب را می‌خواستند بگویند ولی عبارت‌ها به تعبیری که حاج آقا خیلی وقت‌ها تعبیر می‌کردند ضعف تعبیر دارد. یعنی مرادشان یک صورت خاصی است ولی تعبیری که ذکر کردند یک تعبیر عامی تعبیر کردند.

علی ای تقدیر عرض ما این بود که در بحث اقرار باید دید مجموع من حیث المجموع آن اخباری که می‌دهد، مخبرٌ به بر علیه شخص هست یا به نحو شخص هست و طلاق از مصادیقی که بر علیه باشد نیست. اگر بر علیه بود که شخص طلاق نمی‌داد. طلاق اختیارش با مرد است. اینکه مرد آمده طلاق داده مجموعاً به نفع دیده. البته وقتی که طلاق می‌دهد یک سری الزاماتی به عهده‌اش می‌آید، بعضی از انتفاعاتی که می‌برده آن انتفاعات از او سلب می‌شود. ولی چطور شده که با وجود آن انتفاعات حاضر به طلاق شده. بالأخره یک ضررهایی می‌دیده. طلاق در جایی که از اخلاق زن بدش می‌آمده امثال اینها. یا فرض کنید مثالی که آن موقع زدم، بنده خدایی اینجا آمده بود زوجتی بروی طالق آن می‌خواهد برود جهاد کند در لبنان. آن به خاطر یک هدف بالاتری آن را ترجیح می‌دهد بر فوایدی که بر زن داشتن آنجا می‌بیند. بالأخره این که مرد طلاق می‌دهد یا یک مضراتی در زندگی با زن می‌بیند یا امثال، طلاق با اختیار خودش باید طلاق بدهد. اجباری که نمی‌شود طلاق داد.

شاگرد: اینجوری به فروش و اینها هم نمی‌شود اعتراف کرد چون فروختن.

استاد: بله آن هم همینجور است. اقرار در آنجاها هم هیچ وجهی ندارد که بگوییم اقرار چیز هست. بحث طلاق به خصوص مطلبش روشن‌تر است. اگر شما در فروش و اینها اقرار بکند که این خانه را با قیمت کمتر فروخته.

شاگرد: با قیمت متعارف

استاد: با قیمت متعارف نه. ولی طلاق اینجا در قبالش، قیمت متعارف، غیر متعارف به یک معنایی نیست. ولی بعضی فروض نادر امثال اینها هست که آنها را در مورد طلاق بگوییم. ولی متعارف موارد طلاقی که هست اینکه شخص طلاق داده، متعارف که می‌گویم به خاطر اینکه ملاک هست، این است که به حسب نوع این باید بر علیه باشد. بعضی وقت‌ها می‌بینیم طرف یک زنی که از هر جهتی مناسب هست، هیچ مشکل خاصی هم ندارد، در این طلاقش هم هیچ چیزی عائدش نمی‌شود، سودی هم گیرش نمی‌آید این آمده طلاق داده، این یک مقداری بر علیه‌اش است، اینکه می‌گوید زنم را طلاق دادم بر علیه خودش دارد رفتاری می‌کند. چون علیه بودن، علیه بودن نوعیه باید ملاحظه شده باشد.

یا به خصوص در جایی که یک سال بعد می‌آید می‌گوید متأسفانه من سال قبل زنم را طلاق دادم. با تعبیر متأسفانه هم به کار می‌برد. یعنی آن موقع یک اشتباهی کردیم، الآن دیگر نمی‌خواهد، الآن زمانی که دارد اقرار می‌کند این را بر علیه خودش می‌داند. ولی متعارفاً اینجور نیست، بعضی صورت‌ها هست که زمان اقرار آن را بر علیه بداند و باز هم اقرار بکند. متعارف موارد طلاقی که انجام می‌گیرد موقعی که طرف اخبار از طلاق می‌دهد، اخبار بر علیه نمی‌دهد. نمی‌شود این را به طور کلی حکم را متفرّع کرد.

مرحوم سید این مسئله را در کتاب القضاء متعرض شده. از کتاب القضاء یک مقداری مطالبی که اینجا هم هست روشن‌تر می‌شود. بعضی نکاتی که اینجا ما برایمان سؤال بود در عبارت کتاب القضاء ایشان واضح‌تر می‌شود.

اوّل الفصل السادس عشر. کتاب القضاءشان در جلد ششم عروة هست.

عبارت ایشان:

إذا ادعت أنّ زوجها طلقها، و أنكر، فمع عدم البينة لها، قدم قول الزوج‌ مع اليمين،

زن مدعی هست که زوج طلاقش داده. شوهر می‌گوید طلاق ندادم. استصحاب عدم طلاق هست. آن که مورد بحث هست عکسش است.

و إن انعكس بأن ادعى الزوج أنّه طلقها و أنكرت الزوجة، فقد يقال: بتقديم قوله أيضا كما نقله المحقق القمي (قده)- عن جماعة من معاصريه-

اینجا آدرس داده انظر جامع الشتات، جامع الشتات مراجعه نکردم، ظاهراً اشاره به رسالة مفصل بعداً هم تعبیر می‌کند فی رسالة الطویل فی هذه المسئلة، ظاهراً باید در این چیزها باشد. در همین رساله‌ای که آدرسش را جلسة قبل دادم.

چند تا دلیل ذکر شده:

۱. لأنّ الطلاق من فعله و أمره بيده،

۲. و لقاعدة من ملك شيئا ملك الإقرار به،

۳. و لأنّه أمين من قبل اللّه تعالى فيكون كسائر الأمناء من الوكيل و الولي في تقديم قوله

اینها استدلال‌هایش خیلی شبیه استدلال‌های قیاس و امثال اینهاست. اینها معمولاً استدلال‌های از کتاب‌های عامه گرفته شده. آیا ما یک دلیل خاصی داریم که کلّ امینٍ یقبل قوله؟ همچین چیزی است؟ این چی است؟ این استدلالات، استدلالات خیلی خاصی است.

فحينئذ مع عدم البينة يحلف على ذلك و يحكم له بوقوع الطلاق، بینه که نداشته باشد منکر تلقی می‌شود و قسم می‌خورد و به وقوع طلاق به نفع مرد حکم می‌شود.

بل ربما يحتمل عدم الحاجة إلى الحلف أيضا، اصلاً قسم هم نیاز ندارد، این دیگر چرا نمی‌دانم.

و قد يقال: بتقديم قولها و انّه لا يسمع منه إلّا بالبينة

ادعای زن کأنّ اصلاً مسموع نیست. حالا چرا مسموع نیست خیلی وجه روشنی ندارد.

قد یقال: بتقدیم قولها اینجا یعنی قول زن مقدم است، البته بالحلف، این مرادش، آن طرفش هیچ وجهی ندارد که ادعای مرد چیز نشود. تقدیم قولها یعنی همین که زن نیاز به بینه ندارد. بر خلاف مرد که اگر می‌خواهد قولش را مقدم بدارد و قاضی بر طبق قولش حکم کند باید بینه اقامه کند.

لأنّه مدع فيشمله عموم قوله (ص): «البينة للمدعي و اليمين على من أنكر». و هو الّذي اختاره المحقق القمي في رسالته الطويلة في هذه المسألة

حالا مرحوم سید شروع می‌کند استدلالتی را که قائلین به تقدیم قول مرد ذکر کرده بودند یکی یکی پاسخ دادن. اینکه می‌گوید طلاق من فعله، استدلال اول می‌گوید:

و كون الأمر بيده لا يوجب تقديم قوله، کی گفته کسی که یک شیءای را در اختیار داشته باشد باید قولش را مقدم بداریم. قولش را مقدم بداریم یعنی در دعوا قولش را مقدم بداریم. کأنّ ایشان اصل این مطلب را قبول دارد که کسی که ذی الفعل که ادعایی می‌کند، ادعایش پذیرفته می‌شود ولی در مقام دعوا قول ذی الفعل پذیرفته بشود و نیاز به بینه نداشته باشد کأنّ این دلیل نداریم. البته آن پذیرفته می‌شود من حدس می‌زنم پذیرفتنش به خاطر همان قاعدة من ملک هست. یک نکتة خیلی روشنی منهای قاعدة من ملک. قاعدة من ملک را هم اجماعی می‌دانند کأنّ اجماع هست که من ملک شیئاً ملک الاقرار به، می‌خواهند بگویند این اجماع در صورت دعوا نیست.

و القدر المعلوم من قاعدة من ملك صورة عدم النزاع، قاعدة من ملک هم بحث اجماعی است و اجماع هم دلیل بر صحت این قاعده است ولی آن مقداری که از این قاعده قدر متیقنش صورت عدم رضا هست که عرض می‌کردیم اصل این قاعده هیچ دلیلی ندارد، هیچ وجهی هم برایش نیست. ولی حالا مرحوم سید به اجماع و امثال اینها تمسک می‌کند. از عبارت‌هایی که مرحوم میرزای قمی، میرزا سر اجماعی بودن این قاعده در رساله‌هایش بحث‌های زیادی دارد. آنجا ملاحظه بفرمایید، الآن من کامل نخواندم ولی همینجوری نگاه می‌کردم خیلی از این استدلال‌ها، اینها که گفتند اجماعی هست، آنجا نپذیرفته.

نکته: یکی از شواهدی که این مسئله اجماعی نیست، عبارتی را بخوانم، غیر از مطالبی که مرحوم میرزا آورده. میرزا می‌گوید خیلی وقت‌ها استدلالاتی که می‌کنند به اجماع اصلاً استدلال نمی‌کنند به اصل و قواعد استدلال می‌کنند. که اگر اصل بخواهیم تمسک کنیم در خیلی از مسائل این قاعده اصل برعکس است. مثلاً یک عبارتی، عبارت‌های میرزا بود، این عبارت را در لابلای جایی دیدم.

مبسوط، جلد ۵، صفحة ۷۹ در ضمن یک بحثی می‌گوید مرد مدعی هست که طلاق ندادم، می‌گوید فالقول قوله أنّه ما طلّقها، طلاق ندادم، استدلال نمی‌کند به اینکه چون اختیار طلاق به عهدة مرد است. لأنّ الاصل أنّه ما طلّقها. به اصل و اینها تمسک می‌کند. بنابراین اگر مرد مدعی باشد که طلاق داده است، دیگر نمی‌شود به اینها تمسک کرد. مرحوم میرزا به اینها هم تمسک کرده که این آقایان لحن عبارت‌هایشان بحث اجماعی است. یک عبارت دیگری برای این مطلب آوردم که این مطلب اجماعی نیست.

مرحوم علامة حلی یک عبارتی دارد در تلخیص المرام می‌گوید و لو اتّفقا على زمان الطلاق و اختلفا في زمان الوضع، زمان طلاق معلوم است، زمان وضع مجهول است، اختلاف در زمان وضع حمل دادند. اینها می‌گویند: فالقول قولها، قول زن متبع هست، چون در مورد قول زن متبع است، هم روایات داریم و امثال اینها این بحثی نیست. و لو انعكس، اگر برعکس باشد، اختلفا فی زمان الطلاق مع الاتفاق فی زمان الوضع. ایشان می‌گوید: فالقول قوله علی رأیٍ. کلمة علی رأیٍ همچنان که آقای مختاری در مقدمة غایة المراد از فخر المحققین نقل می‌کند. فخر المحققین می‌گوید پدر من علامه علی رأیٍ که می‌گوید مراد علی رأیی است، فتوا به آن می‌دهد. نه اینکه نمی‌خواهد فتوا بدهد. علی رأیٍ اصطلاح خاصی علامة حلی در علی رأیٍ دارد که فتوا را با این تعبیر تعبیر می‌کند. غرض من این است علی رأیٍ جایی که اجماعی باشد نمی‌گویند. علی رأیٍ در اختلافی می‌گویند، به رأی خودش نسبت می‌دهد. علی رأیٍ یعنی علی رأیی. خود همین کاشف بر این است که این مسئله را اجماعی نمی‌داند. آن طرف قضیه را هم که اتفاقی هست نه به خاطر اینکه چون وضع حمل فعل زن هست. چون در وضع حمل روایت‌های خاصه داریم که قول زن در مورد وضع حمل متبع هست که بحث‌هایش گذشت که روایت از حمل درست هم هست باید پذیرفت. بنابراین این خودش نشانگر این هست که مسئله اجماعی نیست.

اصل این مطلب اجماعی نیست، مرحوم سید اصل این مطلب را پذیرفته ولی نسبت به صورت وقوع نزاع می‌خواهد بگوید قاعدة من ملک اینجا نداریم.

و القدر المعلوم من قاعدة من ملك صورة عدم النزاع، این هم استدلال دوم.

اما استدلال سومی که مطرح کرده بودند: لأنّه أمين من قبل اللّه فيكون كسائر الأمناء من الوکیل و الولی فی تقدیم قوله. کأنّ استدلال آنها این بوده که می‌خواهند از بحث وکیل و ولی القاء خصوصیت کنند، بگویند نکتة عقلایی که در بحث وکیل و ولی هست این نکتة عقلایی در ما نحن فیه هم وجود دارد. و آن نکته این است که چون وکیل و ولی امین هستند، امین بودن وکیل و ولی منشاء می‌شود که قولش متبع باشد. و ما نحن فیه هم کأنّ خدا همین که من را اختیار طلاق به من داده، خود همین یک نوع امانت الهی هست که خداوند به من قرار داده، من را امین قرار داده. بحث صغروی‌اش بماند.

ایشان می‌گویند که: و تقديم قول الوكيل على الموكل مع النزاع انّما هو من جهة كونه بمنزلة الموكل حيث انّه جعل الأمر بيده و كون فعله بمنزلة فعله لا من هذه القاعدة-

ایشان می‌گوید چون موکل، وکیل را اختیاردار می‌کند، این اختیاردار بودن باعث می‌شود که وکیل اختیاردار بشود. یعنی یددار بشود. به وسیلة اختیاری که موکل به وکیل می‌دهد ید نسبت به این مال در اختیار وکیل قرار می‌گیرد. و این باعث می‌شود که قول وکیل معتبر باشد.

مع انّه لا دليل عليها كليّة، یک دلیل عام نداریم. شاید مراد ایشان این باشد که در جاهایی که وکیل اختیار تام داشته باشد نسبت به شیء، آن شیء در اختیارش باشد که یک نوع سلطه و یدی وکیل نسبت به آن شیء داشته باشد. ولی نه هیچ اختیارش هم نیست، همینجوری یک وکالت کوچکی، در مورد یکی از کارهایی که در مورد آن هست می‌خواهد بکند آن ما دلیل نداریم که قول وکیل مقدم باشد. بنابراین نمی‌توانیم بین مورد مثالمان و موارد وکیل و ولی مشابهتی ببینیم. اگر قیاس هم هست قیاس مع الفارق است.

و من هذا يظهر الجواب عن دعوى كونه أمينا من قبل اللّه فيكون كسائر الأمناء للفرق البيّن بينه و بينهم. اینکه نکته‌اش ولی بودن است و امثال اینها به این نحو خیلی است اینجوری استدلالات را پایه‌ریزی کنیم.

و لو كان نزاعهما في زمان وقوع الطلاق بعد ثبوته، أو اتفاقهما عليه بأن ادعى انّه طلقها قبل بسنة لغرض عدم استحقاقها النفقة لتلك المدة، و ادعت تأخره، فالظاهر عدم الإشكال في تقديم قولها، إذ النزاع حينئذ ليس في الطلاق بل في زمانه،

ایشان می‌گوید اگر در اصل طلاق اختلاف نداشته باشند، در زمان طلاق اختلاف داشته باشند، اینجا کأنّ الظاهر لا اشکال که قول زن مقدم هست چون اختلاف در اصل طلاق نیست، اختلاف در زمان طلاق است. این ناتمامی عبارت مرحوم سید روشن شد. خیلی‌ها عبارت‌ها را قبلاً خواندیم، اصلاً به این استدلال می‌کردند که چون در اصل طلاق قول مرد متبع هست در وقتش هم باید قولش متّبع باشد. ایشان می‌خواهد بگوید این قاعده فقط در اصلش است، در وقتش نه قول مرد متّبع نیست، قول زن متّبع هست. نه مرحوم میرزای برعکس اصلاً ادعا کرده بود. ایشان گفته بود ملازمه هست بین قبول قول مرد در اصل طلاق و قبول قول مرد در وقت طلاق و از اینکه در وقت طلاق اختلافی هست می‌فهمیم در اصل طلاق هم اختلاف رخ داده. اصلاً ملازمه را مفروق عنه گرفته بوده. ایشان به این نحو تمسک می‌کند. پیداست که ایشان رسالة میرزای قمی را ندیده، چون رساله طولانی بوده یک نگاه اجمالی به آن رساله کرده.

شاگرد: شما ملازمه را قبول دارید؟

استاد: نه آن. اگر آن باشد قاعده‌اش این هست اگر جنبة عقلایی بخواهیم در نظر بگیریم، بگوییم چون عقلاء می‌گویند آن شیءای که تحت ید انسان هست، اخبار انسان نسبت به تحت ید و امثال اینها متبع هست، اگر آن باشد ملازمه هم درست هم هست. اصل مطلب را قبول نداریم ولی این نکته‌ای که چرا باید قول ذی الفعل مقدم باشد، قول ذی الفعل اگر ابصر بودن تعبیر بکنید آن هم ملازمه هست. ید داشتن بگویید آن هم ملازمه است. البته هیچکدام در اصل مطلب هم دلیل نیست. ولی نسبت به ملازمه دلیل هست. مطلبش ملازمه علی القاعده باید قائل بشوند، ولی اصل مطلب، مطلب تامی نیست.

و قاعدة من ملك على فرض جريانها في أصل الطلاق لا تجري بالنسبة إلى زمانه. چرا ایشان می‌گویند من ملک؟ ایشان احتمالاً می‌خواهند بگویند قاعدة من ملک دلیلش اجماع است. و این دلیلش اجماع، اجماع دلیل لبی است باید به قدر متیقنش تمسک کنیم. قدر متیقن در قاعدة من ملک نسبت به اصل مملوکش است، اینکه آن مملوک تحقق دارد یا ندارد. اما نسبت به اوصاف مملوک این قاعده جاری نمی‌شود. اجماع بر ثبوت قاعده در آن موارد برای ما ثابت نیست.

شاگرد: زمان طلاق هم مملوک، مملوک طلاق داده دست خودش است.

استاد: مملوک به آن معنا. چجوری تعبیر بکنم.

اینجا یک عبارتی بود مناسب بود قبلاً می‌خواندم: آقای سیستانی مطلبی که آقای خویی دارند را نپذیرفتند. آقای سیستانی در منهاج الصالحین، جلد ۳، صفحة ۱۶۱:

إذا ادّعت الزوجة ان زوجها طلّقها و أنكر كان القول قوله بيمينه‌، این که اتفاقی است و روشن هم هست.

و ان انعكس بأن ادّعى الزوج انّه طلّقها و انكرت فالأظهر ان القول قولها بيمينها. می‌گوید قول زن مقدم هست بیمینش که طبق قاعده هم باید همینجور مشی بشود. طبق قاعده اصل عدم هست. البته آقای سیستانی در ادامه‌اش مطلب دیگری دارد، ایشان ظواهر را می‌گوید در صورتی هست که قولش مخالف ظاهر نباشد، کأنّ اینجا ظواهر معتبر نیست که آن یک بحث دیگر است که به بحث ما ارتباطی ندارد.

همین مسئله یک بار دیگر مرحوم سید این مسئله را آورده در بحث احکام العدد.

شاگرد: مختار

استاد: ما می‌گوییم نه قول مرد مقدم نیست قول زن مقدم است اصل عدم طلاق است. هم در مورد وقتش هم در مورد اصل طلاق در مورد همة اینها اصل عدم طلاق هست. اگر در اصل طلاق شک داشته باشیم، اگر در زمان طلاق هم شک داشته باشیم، هر زمانی که شک داریم اصل عدم طلاق هست. مطلبی که آقای سیستانی هم اشاره دارند.

شاگرد: زن باید قسم هم بخورد؟

استاد: بله قسم هم باید بخورد.

شاگرد: چون منکر است باید قسم بخورد؟

استاد: بله اینها مدعی و منکر است. زن قولش موافق اصل است، اصل عدم طلاق هست.

مرحوم سید یک بار دیگر این مسئله را متعرض شدند. مسئلة ۳. الفصل السادس فی بعض احکام العدّة

إذا اتفقا على وقوع الطلاق و الوضع و اختلفا في السابق منهما‌، فقال: أحدهما السابق هو الطلاق فبالوضع حصل الخروج عن العدة، و قال: الآخر السابق هو الوضع فلا بد من العدّة للطلاق الواقع بعده، فمقتضى القاعدة تقديم قول من يدعي بقاء العدة عليها، زوجا كان أو زوجة سواء عُلم تاريخ أحدهما أو جُهل التاريخان، لأنّ أصل‌ عدم تقدم أحدهما لا يثبت تأخره،

یک موقع نسبت به خود آن اصل موضوعی مطرح می‌کنیم که اصل

ایشان می‌خواهد بگوید یک اصل سببی داریم، یک اصل مسببی. اصل سببی در مورد زمان طلاق و زمان وضع حمل هست. استصحاب عدم طلاق تا زمان وضع حمل، آن استصحاب کأنّ اثبات نمی‌کند که طلاق بعد از وضع حمل بوده است. کما اینکه استصحاب عدم وضع حمل تا زمان طلاق اقتضاء نمی‌کند که وضع حمل بعد از طلاق بوده است. بنابراین وقتی آن را اثبات نکرد ما باید مراجعه کنیم، نمی‌دانیم این طلاقی که داده شده این طلاق عده دارد. این عده‌اش سپری شده یا سپری نشده، استصحاب بقای عده می‌کنیم. اصل در ناحیة سبب به دلیل اینکه موضوع حکم شرعی نیست و مثبت است اعتبار ندارد، می‌رویم در ناحیة اصالة بقای عدّه.

اینکه می‌گوییم طلاق رخ نداده است حتی استصحاب می‌کنیم که قبل از وضع حمل طلاق رخ نداده است. نمی‌خواهیم اثبات کنیم که طلاق بعد از وضع حمل رخ داده است. همین که طلاق در یک زمان رخ داده باشد همان طلاق باید عده‌اش را آدم چیز کند، لازم نیست اینجا استصحاب بقای عدّه داشته باشیم. مرحوم سید قبلاً به استصحاب بقای عده تمسک نکرده بود. به این تمسک کرده بود که یک طلاقی رخ داده این طلاق عده دارد. به اصطلاح تعبیر بکنیم اصالة الاشتغال. ذمة زن به این عده مشغول شده نمی‌دانیم از این ذمه، نه استصحاب بقای عده. شاید این روشن‌تر باشد، به این بخواهیم تمسک کنیم تا بخواهیم بقای عده و امثال اینها را تمسک کنیم.

شاگرد: استصحاب

استاد: نه، نیازی نیست به اینجا. اینجا بحث هست که در اینجور موارد مجرا، مجرای استصحاب هست، مرحوم آخوند یک بحث‌هایی دارد، مرحوم شیخ بحث‌هایی دارد نمی‌خواهم وارد آن بحث‌ها بشوم. این مطلب را می‌خواهم عرض بکنم مرحوم سید می‌فرماید که اصل عدم تقدم احدهما لا یثبت تأخره. نسبت به وضع حمل، وضع حمل باید اثبات بشود که بعد از طلاق بوده است. وضع حملی که بعد از طلاق بوده است باعث می‌شود که عدّة آن طلاق را سپری کند، آن درست است، نسبت به وضع حمل درست است اما نسبت به آن طرف قضیه مطلب اینجور نیست که نیازی داشته باشد اثبات تأخر. زمانی که وضع حمل شده طلاق صورت نگرفته، بعد از وضع حمل فرض کنید که پنجشنبه وضع حمل شده، اثبات می‌کنیم که پنجشنبه طلاق رخ نداده. اگر پنجشنبه طلاق رخ نداده باشد، جمعه طلاق رخ داده باشد کسی که جمعه زنش را طلاق می‌دهد یا عدّة اشهری داشته باشد یا عدة اقرائی، بستگی دارد که ذات الاقراء باشد یا ذات الشهور باشد. همین که طلاق در جمعه رخ داده است اقتضاء می‌کند یک عدّة به اقراء یا عدّة به شهور انجام داشته باشد.

شاگرد: بعدیت طلاق؟

استاد: بعدیت نیاز ندارد. استصحاب اثبات می‌کند که در روز جمعه تا زمانی که احتمال می‌دهد، فرض کنید می‌دانیم وضع حمل در پنجشنبه رخ داده است، نمی‌دانیم طلاق چهارشنبه رخ داده یا شنبه رخ داده. فرض این است که اصل طلاق مسلّم است. نمی‌دانیم این طلاق چهارشنبه رخ داده یا شنبه رخ داده. تا زمانی که یقین نداریم طلاق رخ داده استصحاب زوجیت می‌کنیم، استصحاب عدم طلاق می‌کنیم. استصحاب عدم طلاق اقتضاء می‌کند که این شخصی هست که لازم نیست اثبات کنیم که طلاقش بعد از وضع حمل هست.

فکر نمی‌کنم نیازی نباشد بحث را اینجوری دنبال کنیم. البته نتیجه‌اش با فرمایش ایشان فرقی نمی‌کند، نحوة بیانش. بیان قبلی‌شان با بیان اینجا کمی فرق دارد. بیان قبلی به نظرم روشن‌تر هست.

مع انّ في صورة الجهل بهما يتعارض الأصل من الطرفين و حينئذ فالمرجع أصالة بقائها في العدة للعلم بثبوتها، و كون الشك في انقضائها

و صلی الله علی سیدنا و نبینا محمد و آل محمد

پایان