بسم الله الرحمٰن الرحيم

**تقریر بحث فقه**

**جلسه 682**

**قال المحقّق الحلّي:** «**الرابعة: إذا أقامت المرأة بيّنة أنّه تزوّجها في وقتين بعقدين فادّعى الزوج تكرار العقد الواحد وزعمت المرأة أنّهما عقدان، فالقول قولها، لأنّ الظاهر معها.**

**وهل يجب عليه مهران؟ قيل: نعم، عملاً بمقتضى العقدين؛ وقيل: يلزمه مهر ونصف؛ والأوّل أشبه.**»[[1]](#footnote-1)

اگر زوج و زوجه توافق داشته باشند که دو عقد بين آنها در دو زمان خوانده شده و زوج مدعی باشد که عقد دوم، تکرار عقد اول بوده و زوجيت جديدی با آن حاصل نشده اما زوجه مدعی باشد که عقد دوم برای ايجاد علقه زوجيت جديد بوده، کدام يک از اين دو در اين نزاع مدعی خواهند بود؟

در اين مسأله در دو مقام بايد بحث صورت بگيرد:

مقام اول: تعيين مدعی و منکر در دعوا

شيخ در مبسوط در خصوص اين مسأله فرموده است: «إذا ثبت هذا بالشهادة ثمّ اختلفا فقالت: «هما نكاحان، فلي المهران» وقال الزوج: «نكاح واحد وإنّما تكرر عقده، فلك مهر واحد»، فالقول قول الزوجة، لأنّه يحتمل ما تدّعيه، ويحتمل ما يقول هو، لأنّه يجوز أن يكون تزوّجها ثمّ بانت منه بردّة أو خلع ثمّ نكحها نكاحاً مستأنفاً، فإذا أمكن الأمران معاً فالظاهر معها، لأنّ الظاهر من العقد إذا وقع أنّه وقع صحيحاً، وحمله على خلافه خلاف الظاهر.

وهكذا لو أقام شاهدين أنّه باعه هذا الثوب يوم الخميس بألف وشاهدين أنّه باعه يوم الجمعة منه بألف أو بألفين، فالقول قول البائع، لأنّ الظاهر معه.»[[2]](#footnote-2)

آنچه که شيخ و محقق فرموده­اند مبنی بر اين که قول زوجه به جهت موافقت آن با ظاهر مقدم است، کلام صحيحی است، هرچند تعبيری که در تعليل شيخ آمده است مبنی بر اين که ظاهر از عقد اين است که وقتی واقع می­شود، صحيح واقع می­شود نه فاسد، تعليل تمامی نيست، چون نزاع طرفين در صحت و فساد عقد نيست تا اين که به چنين ظهوری برای تعيين مدعی و منکر تمسّک شود، بلکه در تأسيسی بودن و تأکيدی بودن عقد است. بنابر اين بهتر است در تعليل برای تقديم قول زوجه گفته شود که چون عقد ظهور در تأسيسی بودن دارد، کلام زوجه مقدم است.

البته وجود اين ظهور متوقف بر اين است که به حسب مورد، ظهوری بر خلاف آن وجود نداشته باشد، مثل اين که عادت يک منطقه بر تکرار عقد در مناسبت­های مختلف باشد، زيرا در اين صورت نمی­توان اصل را بر تأسيسی بودن عقد گذاشت، بلکه مقتضای ظاهر حال، تأکيدی بودن آن است و در اين صورت، قول زوج مقدم خواهد بود.

اما شهيد اول در توجيه تقديم قول زوجه می­فرمايد: «قدّم قول المرأة عملاً بالحقيقة الشرعيّة، فإنّ العقد حقيقة شرعيّة في السبب المبيح للبضع واستعماله في الإيجاب والقبول المجرّدين مجاز مستعار، كتسمية الصورة المنقوشة فرساً، ومن ثمّ حكم على المشتري بالاعتراف بملكيّة البائع لو أنكرها حتّى أنّ طلب البيع اعتراف له بالملكيّة في القويّ.

ولا يفتقر أيضاً إلى دعوى الإصابة، لوجوب المهر بنفس العقد على ما تقدّم.»[[3]](#footnote-3)

‌شهيد ثانی نيز بعد از اين که همين مطالبی را از شهيد اول گذشت، ذکر کرده است، در توضيح مدعای محقق می­فرمايد: «المراد بقول المصنّف: «لأنّ الظاهر معها» أنّ الظاهر من إطلاق اللفظ حمله على حقيقته دون مجازه، وأراد بالظاهر معنى الأصل من حيث إنّ استعمال العقد في غير حقيقته خلاف الظاهر في الاستعمال، وإن كان المجاز في نفسه كثيراً شائعاً.»[[4]](#footnote-4)

در واقع مدعای اين دو شهيد بزرگوار مبتنی بر اين اساس است که الفاظ عقود ولو به نحو حقيقت شرعيه، وضع برای خصوص صحيح شده­اند نه برای اعم از آن و فاسد. بنابر اين استعمال الفاظ عقود در عقودی که تأثيرگذاری نداشته باشند، استعمالی مجازی خواهد بود، و چون در موارد شک در حقيقت و مجاز، اصل بر حقيقت است، بنابر اين قول زوجه که مطابق با اين اصل است، مقدم خواهد بود.

اما صاحب جواهر با اشکال در توجيهات مذکور می­فرمايد: «لا حقيقة شرعيّة في لفظ العقد قطعاً، وعلى تقديره فليس هو محطّ النزاع بينهما، ضرورة كون الواقع بينهما مصداق العقد لا لفظه.

ودعوى اعتبار ترتّب الأثر في أصل وضعه واضحة الفساد، ضرورة تحقّق معناه الحقيقي في جميع صور الفساد التي لم يترتّب الأثر فيها، والإنشاء متحقّق فيها وإن لم يكن صحيحاً يترتّب عليه الأثر.

ولا ريب في تحقّق جميع ما يعتبر في العقد من الإنشاء وغيره في العقد المكرّر، ولذا لو صادف فساد الأوّل أثّر فيه. نعم، مع فرض كون الأوّل صحيحاً لا يؤثّر لانتفاء شرط تأثيره نحو غيره من العقود الفاسدة، فالصحّة والفساد شيء والحقيقة والمجاز شيء آخر كما هو واضح.»[[5]](#footnote-5)

حق نيز در اين مطالب با صاحب جواهر است و مراد ايشان از اشکالی که بيان کرده­اند مبنی بر اين که حتی اگر قائل به حقيقت شرعيه در عقود شويم نيز استدلال فوق تمام نيست، اين است که تأثيرگذاری قائل شدن به وجود حقيقت شرعيه در الفاظ معاملات در خصوص اين مطلب است که اگر لفظی از الفاظ معاملات در جايی استعمال شد، می­توان بر اين اساس آن را بر معامله­ای که دارای اثر است حمل نمود. در حالی که در ما نحن فيه نزاع در اين مطلب نيست، بلکه در اين است که عقدی که خوانده شده واجد اثر بوده است يا خير؟ و معلوم است که قول به حقيقت شرعيه در معاملات نمی­تواند سبب تقدم قول کسی شود که قائل به اثرگذاری عقد مذکور است.

البته بر خلاف فرمايش صاحب جواهر، عقد تأکيدی در صورت اثرگذاری عقد اول از اقسام عقد فاسد نخواهد شد، بلکه اثری که از آن متوقّع است ـ يعنی همان تأکيد به اين معنا که اگر عقد اول به جهتی اثر نگذاشته باشد، عقد دوم اثرگذاری داشته باشد ـ در هر حال بر آن مترتب است. به عبارت ديگر عدم تأثيرگذاری عقد تأکيدی در صورت تأثيرگذاری عقد اول، به جهت عدم تحقق شرط آن است نه به سبب فساد عقد تأکيدی.

1. ـ شرائع،ج2،ص278. [↑](#footnote-ref-1)
2. ـ مبسوط،ج4،ص291. [↑](#footnote-ref-2)
3. ـ غاية المراد،ج3،ص139 و 140. [↑](#footnote-ref-3)
4. ـ مسالك،ج8،ص304 و 305. [↑](#footnote-ref-4)
5. ـ جواهر،ج31،ص144. [↑](#footnote-ref-5)