



درس فراهی فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۲۶ اردیبهشت

مصادف با: ۱۴ شوال ۱۴۴۳

موضوع جزئی: عقد نکاح - بررسی جواز کتابت در عقد نکاح - ادله جواز کتابت - دلیل اول و بررسی آن -

دلیل دوم و بررسی آن - بررسی جواز کتابت در نکاح موقت

جلسه: ۱۰۲

سال چهارم

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

جمع بندی مباحث گذشته

امام (ره) در متن تحریر بعد از بیان نیاز عقد به ایجاب و قبول لفظی، فرمودند مجرد رضای قلبی از طرفین و نیز معاطاتی که در اغلب معاملات جریان دارد، کفایت نمی‌کند. عبارت این بود: «النکاح علی قسمین: دائم و منقطع، و کل منهما یحتاج الی عقد مشتمل علی ایجاب و قبول لفظیین دالین علی إنشاء المعنی المقصود و الرضا به دلالة معتبرة عند أهل المحاوره، فلا یکفی مجرد الرضا القلبی من الطرفین و لا المعاطاة الجاریة فی غالب المعاملات». این قسمت از عبارت تحریر را بحث کردیم و گفتیم ذکر لفظ برای تحقق نکاح در نکاح دائم که امام (ره) فرموده‌اند، لازم است و صرف رضایت قلبی از دو طرف و معاطات در نکاح دائم، کافی نیست. اما خلافاً للماتن، در مورد نکاح منقطع نظر ما این شد که معاطات در نکاح منقطع صحیح است و اینکه در نکاح منقطع لفظ به کار برده نشود و انشاء فعلی جایگزین آن شود، ظاهراً مشکل و محذوری ندارد. اما تراضی قلبی همانطور که امام فرمودند، نه در نکاح منقطع و نه در نکاح دائم کافی نیست. بنابراین تنها تفاوتی که بین نظر مختار و نظر ماتن (ره) وجود دارد، مربوط به لزوم اشتغال بر الفاظ ایجاب و قبول در نکاح منقطع است.

بررسی جواز کتابت در عقد نکاح

امام (ره) در ادامه فرمودند «و لا الکتابه، و کذا الإشارة المفهمه فی غیر الأخرس»، کتابت کفایت نمی‌کند. «و لا الکتابه» یعنی فلا یکفی الکتابه؛ یعنی اگر لفظ معتبر باشد، پس کتابت کافی نیست. و نیز اشاره کافی نیست. ما هم در مورد کتابت و هم در مورد اشاره باید بررسی کنیم و ببینیم آیا کتابت برای تحقق نکاح کافی است یا نه.

تنقیح موضوع بحث

منظور از کتابت در اینجا که موضوع بحث است و امام (ره) می‌فرماید کفایت نمی‌کند، این است که انشاء نکاح به وسیله کتابت صورت بگیرد. یعنی همانطور که لفظ ایجاب و قبول موجب تحقق نکاح بود و بدون لفظ نکاح محقق نمی‌شود، کتابت اگر قائم مقام انشاء لفظی شود یا به تعبیر دیگر انشاء کتبی قائم مقام انشاء لفظی شود، این کافی نیست. بحث در این است که ما با انشاء کتابت بخواهیم عقد را محقق بسازیم. چون گاهی ایجاب و قبول لفظی هست و نتیجه آن را روی کاغذ مکتوب می‌کنند؛ یا مثلاً ممکن است ایجاب و قبول فعلی باشد ولی آن را بر روی کاغذ می‌نویسند تا به عنوان یک سند حفظ شود. مثل آنچه که الان در دفاتر رسمی ازدواج صورت می‌گیرد که با ایجاب و قبول لفظی، نکاح را شرعاً محقق می‌کنند، آنگاه آنچه را که محقق شده مکتوب می‌کنند؛ منظور این کتابت نیست و اصلاً این کتابت محل بحث نیست. این کتابت در واقع سندی است که اخبار و حکایت می‌کند از ما وقع. یعنی اینکه مثلاً این عقد بین فلان و فلانه با این مهریه و با این شروط تحقق پیدا کرده است. بحث

در این نیست که آیا این کتابت (که انعکاس دهنده ایجاب و قبول لفظی و شرایطی است که در ضمن عقد مورد پذیرش قرار گرفته) کافی است یا نه. این یک مسأله و مطلب دیگری است که نوشتن یا نوشتن آن از حیث بطلان و صحت عقد هیچ اثری ندارد. بله، از جهات دیگر می‌توانیم آثاری برای آن در نظر بگیریم؛ بالاخره این سندی است که در مواقع منازعه و خصومت و در شرایطی ممکن است مورد استناد قرار گیرد. چیزی که محل بحث است، این است که اصلاً نکاح به کتابت انشاء شود؛ یعنی به جای اینکه بگوید انکحت، روی کاغذ بنویسد و به جای اینکه بگوید قَبِلْتُ، روی کاغذ بنویسد. انشاء کتبی محل بحث است که آیا نکاح به انشاء کتبی تحقق پیدا می‌کند یا خیر. پس موضوع بحث دقیقاً معلوم شد که وقتی ما سخن از کفایت یا عدم کفایت کتابت به میان می‌آوریم، منظور چیست.

ادله جواز کتابت

اینجا برای کفایت کتابت ممکن است به ادله‌ای استناد شود. عمدتاً دو دلیل برای این منظور می‌تواند مورد اشاره قرار گیرد:

دلیل اول: روایات

دلیل اول برخی روایات در بعضی از ابواب فقهی است که به حسب آن کتابت برای تحقق عقد کافی است. این روایات عمدتاً در باب وصیت، وکالت و چه بسا در باب بیع و برخی دیگر از ابواب معاملات نقل شده است. مثلاً در باب وصیت این روایت آمده که «عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مُحَمَّدٍ الْهَمْدَانِيِّ قَالَ: كَتَبْتُ إِلَى أَبِي الْحَسَنِ (ع) رَجُلٌ كَتَبَ كِتَاباً بِخَطِّهِ وَ لَمْ يَقُلْ لِرِثَّتِهِ هَذِهِ وَصِيَّتِي وَ لَمْ يَقُلْ إِنِّي قَدْ أَوْصَيْتُ ... هَلْ يَجِبُ عَلَيَّ وَرَثَتِهِ الْقِيَامُ بِمَا فِي الْكِتَابِ بِخَطِّهِ فَأَمَرَ الْإِمَامُ (ع) بِانْفَازِ جَمِيعِ مَا فِي الْكِتَابِ»^۱ از امام (ع) سؤال شد که مردی به خط خودش نوشته‌ای را به عنوان وصیت نوشت ولی به ورثه‌اش نگفت که «هذه وصیته» و نگفت که من وصیت کردم؛ آیا بر ورثه او واجب است که بر طبق آن چیزی که در آن نوشته وجود دارد قیام کنند؟ امام (ع) امر فرمودند که همه آنچه که او در کتاب نوشته، نافذ است.

این روایت دلالت می‌کند بر جواز انشاء وصیت به کتابت، برخی هم براساس این روایت فتوا داده‌اند به جواز انشاء وصیت به کتابت. یا مثلاً در باب وکالت هم روایاتی نقل شده که در آن روایات جواز انشاء وکالت به کتابت قابل استفاده است. یا حتی مثلاً در باب طلاق و در خصوص طلاق غائب در برخی روایات آمده که طلاق غائب را می‌توان با کتابت محقق ساخت.^۲ این روایات مورد استناد قرار گرفته که دلالت می‌کنند بر اینکه در این عقود و این موارد می‌تواند عقد به وسیله کتابت انشاء شود. آنگاه مستدل ممکن است به استناد این روایات بگوید این ابواب خصوصیتی ندارند که در خصوص این موارد فقط بتوانیم به جواز انشاء به کتابت حکم کنیم، بلکه در سایر امور هم این چنین است؛ مخصوصاً اینکه شاید در گذشته خیلی مرسوم نبود که مثلاً در باب نکاح انشاء را با کتابت انجام دهند. اساساً ابزار کتابت خیلی در اختیار مردم نبود و بیشتر با الفاظ در باب نکاح عقد را محقق می‌ساختند، و الا اگر امکانش بود و ابزار آن فراهم بود، آنجا هم همین کار صورت می‌گرفت. پس از طریق الغاء خصوصیت از این عقود ممکن است کسی ادعا کند در باب نکاح هم می‌تواند انشاء نکاح به وسیله کتابت واقع شود.

بررسی دلیل اول

لکن به نظر می‌رسد این استدلال تمام نیست؛ برای اینکه در باب نکاح اساساً یک خصوصیتی وجود دارد که به واسطه آن

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۹، ص ۳۷۲، باب ۴۸ از کتاب وصایا، ح ۲.

۲. همان، ج ۲۲، ص ۳۶، باب ۱۴ از ابواب مقدمات طلاق، ح ۳.

خصوصیت نمی‌توانیم به این امر ملتزم شویم، حتی اگر لفظ را هم در آن معتبر ندانیم. اگر ما لفظ را در نکاح معتبر دانستیم، وضع کاملاً روشن است و بحثی ندارد و ما این را در نکاح دائم معتبر دانستیم. اگر ما گفتیم در نکاح دائم لفظ معتبر است ولو به دلیل اجماع، همین اجماع مانع از این می‌شود که ما ملتزم شویم به جواز انشاء نکاح به وسیله کتابت و نوشتن. این اجماع به هر حال ثابت می‌کند که نکاح حتماً باید با لفظ محقق شود و با کتابت نمی‌توانیم عقد نکاح را انشاء کنیم. و لو لا این اجماع، شاید می‌توانستیم به استناد این روایات در خصوص نکاح هم این مطلب را بپذیریم، مخصوصاً اینکه سیره عقلا هم بر این امر وجود دارد که این یک دلیل مستقلی است و عرض خواهیم کرد. پس این روایات نمی‌تواند بر کفایت کتابت در نکاح دلالت کند.

دلیل دوم: سیره عقلا

دلیل دوم سیره عقلایی است که از ناحیه شارع هم ردعی نسبت به آن صورت نگرفته است؛ لذا می‌توانیم به استناد این سیره عقلایی اثبات کنیم کفایت کتابت را در باب نکاح. توضیح این دلیل آن است که:

مقدمه اول: عقلا از زمان‌های گذشته با کتابت، بعضی از عقود و معاملاتشان را انجام می‌دادند؛ این مسأله حتی در زمان‌های متأخر بیشتر هم شده که به صرف گفتگو و لفظ اکتفا نمی‌کنند. تنها چیزی که محکم می‌کند عقود و معاملات آنها را، مکتوب کردن و انشاء آن عقد با کتابت است. حرف می‌زنند، سخن می‌گویند، این حرف و سخن‌ها معمولاً جنبه گفتگوهای مقدماتی و مقابله را دارد، اما در رابطه با عقود و معاملات، اینها همه نوعاً بر اساس کتابت پیش می‌رود و نه تنها این در عداد انشاء لفظی بلکه بالاتر از انشاء لفظی قرار گرفته و اهمیت خودش را نشان داده است. این بناء عقلا و سیره عقلا یک امر مسلمی است و تردیدی در آن نیست.

مقدمه دوم: این سیره از ناحیه شارع هم ردع نشده بلکه تأیید شده است. ما در ادله نمی‌بینیم جایی از انشاء یک عقدی به وسیله کتابت منع شده باشد یا ردعی صورت گرفته باشد؛ بلکه می‌توانیم برخی از اطلاقات و عمومات کتاب و سنت را مؤید این امر بدانیم. وقتی مثلاً اوفوا بالعقود دلالت می‌کند بر لزوم وفاء به هر عقدی، منظور از این عقود یعنی عقودی که در بین عقلا جریان دارد و به همان نحوی که عقلا این عقود را انشاء می‌کنند، مورد تأیید قرار گرفته است؛ مگر جایی که یک قید و شرطی ذکر شده باشد و منع از آن شده باشد. اوفوا بالعقود می‌گوید به آنچه که عرفاً عقد محسوب می‌شود وفا کنید و آثار آن را مترتب کنید.

نتیجه: نتیجه این است که عقد نکاح هم یکی از عقود است که به هر ترتیبی که بین عقلا محقق شود، لازم الوفاء است و از ناحیه شارع صحیح دانسته شده و به رسمیت شناخته شده است. پس انشاء عقد نکاح به کتابت مانعی ندارد.

بررسی دلیل دوم

این دلیل هم در مورد نکاح دائم تمام نیست. چون هم در مقدمه اول و هم در مقدمه دوم می‌توانیم خدشه کنیم. بررسی مقدمه اول: اینکه سیره عقلا بر این باشد که نکاح را با کتابت انشاء کنند، محل تردید و اشکال است. بله، در بین عقلا همانطور که گفته شد مکتوب کردن نتیجه عقد نکاح یک امر کاملاً رایجی است؛ معمولاً این را مکتوب می‌کنند ولی این مکتوب کردن صرفاً به عنوان حکایت از واقعیتی است که در عالم خارج محقق شده است، نه اینکه با این کتابت بخواهند نکاح را انشاء کنند. چون موضوع بحث ما این است که با کتابت بخواهد نکاح انشاء شود، نه اینکه بعد از تحقق نکاح و انشاء آن، این را

مکتوب کنند. پس اینکه این سیره عقلانی باشد خودش محل اشکال است. بله، ممکن است از سیر مستحدثه باشد، یعنی در زمان‌های متأخر و گاهی به این ترتیب عقد انشاء شود، ولی اتصال این سیره به زمان معصوم (ع) برای ما قابل اثبات نیست. بررسی مقدمه دوم: نه تنها تأییدی از ناحیه شارع وجود ندارد بلکه منع و ردع داریم. اجماع بر لزوم بیان لفظ و اشتغال عقد بر الفاظ دال بر ایجاب و قبول، بزرگترین مانع در برابر این سیره محسوب می‌شود؛ اینکه می‌گویند ما ردع و منعی از شارع نداریم، قطعاً نادرست است. چون اجماع یک مانع جدی از این است که نکاح به واسطه کتابت انشاء شود. اما «اوفوا بالعقود» هم که مورد استناد قرار گرفته، دلالت می‌کند بر امر دیگری غیر از اسباب تحقق عقد. «اوفوا بالعقود» می‌گوید عقودی که بین شما محقق شده، لازم الوفاء است. اما اینکه آن عقد با چه چیزی محقق می‌شود و آیا از ناحیه شارع مشتمل بر قیود و شروطی هست یا نه، این بحث دیگری است. با اوفوا بالعقود فقط لزوم وفاء به عقد ثابت می‌شود ولی اول باید اصل عقد محقق شود، بعد وجوب وفاء به عقد مورد استفاده قرار گیرد. بنابراین اوفوا بالعقود دلالت بر تأیید شارع نسبت به هر عقدی که عقلاً انجام می‌دهند، نیست.

پس تا اینجا جواز انشاء عقد نکاح دائم به وسیله کتابت ثابت نشده است. البته در باب نکاح چون مهم‌ترین دلیل ما بر اعتبار لفظ و صیغه ایجاب و قبول در باب نکاح اجماع است، می‌توانیم به استناد همان اجماع، عدم جواز انشاء نکاح به وسیله کتابت را ثابت کنیم. اجماع وقتی بر اعتبار لفظ در باب نکاح وجود دارد، این اجماع اقتضا می‌کند که هیچ چیزی جایگزین لفظ نشود. در نکاح دائم چیزی غیر از لفظ نمی‌تواند موجب تحقق نکاح شود؛ اجماع چنین اقتضایی دارد. لذا همان اجماع برای اثبات عدم کفایت کتابت در باب نکاح کافی است. پس لازم نیست سراغ یک سری اشکالاتی که ممکن است در این مقام مطرح شود برویم. مثلاً برخی حتی در باب وصیت گفته‌اند کتابت کافی نیست، چون صراحت ندارد؛ یعنی مانع را برای کتابت حتی در باب وصیت یا در باب وکالت، عدم صراحت آن ذکر کرده‌اند؛ در حالی که این مانعیت ندارد. یعنی نمی‌توانیم بگوییم کتابت از صراحت لازم برخوردار نیست؛ چون کتابت هم مثل لفظ می‌تواند صریح باشد، می‌تواند ظاهر باشد، می‌تواند مجمل باشد؛ همان الفاظی که در مقام گفتار مورد استفاده می‌گیرد، همان الفاظ در نوشتار هم وجود دارد و می‌تواند بر معنا دلالت کند. بله، ممکن است در گفتار یک سری قرائنی به کمک متکلم بیاید که این قرائن — مخصوصاً قرائن حالی — شاید در نوشتار خیلی قابل انعکاس نباشد، که این بحث دیگری است. پس مسأله عدم جواز انشاء نکاح به واسطه کتابت، ارتباطی با اینکه کتابت صراحت ندارد، نمی‌تواند داشته باشد. مشکل همان اجماع است. لذا در باب نکاح دائم همانطور که امام (ره) فرمودند، می‌گوییم فلا یکفی الکتابه.

بررسی جواز کتابت در نکاح موقت

اما در مورد نکاح منقطع عرض کردیم ادله لفظی دلالت بر اعتبار لفظ ندارد. اجماع هم که قابل استناد نبود؛ لذا گفتیم در باب نکاح منقطع چه بسا نتوانیم به لزوم ذکر لفظ ملتزم شویم. حالا می‌خواهیم ببینیم در نکاح منقطع آیا می‌تواند انشاء نکاح به وسیله کتابت صورت بگیرد؟

به نظر می‌رسد اگر ما انشاء فعلی را برای تحقق نکاح پذیرفتیم، می‌توانیم انشاء آن به کتابت را هم بپذیریم؛ ولی همانطور که اول بحث اشاره کردم، مهم این است که با کتابت قصد زوجیت شود، یا به تعبیر دیگر با کتابت، انشاء نکاح شود. همان موقعی

که می‌نویسد، باید قصد زوجیت و انشاء نکاح کند؛ مثل اینکه وقتی دارد به زبان می‌آورد این قصد را باید داشته باشد و انشاء کند نکاح را و قصد زوجیت داشته باشد، در مقام کتابت هم باید این قصد وجود داشته باشد. لذا در باب نکاح منقطع لا یبعد الالتزام بجواز انشاء النکاح بالکتابه؛ چون هیچ ملازمه‌ای در آثار و احکام بین این دو قسم از نکاح وجود ندارد؛ لذا اگر اینجا ملتزم به جواز انشاء نکاح به کتابت شویم، به نظر می‌رسد محذور و مانعی در مقابل ما نخواهد بود.

بحث جلسه آینده

مطلب دیگر که اینجا امام(ره) در تحریر به آن اشاره کرده‌اند و اینجا مناسب است به آن بپردازیم، مسأله اشاره است. امام فرمودند نه تنها کتابت کفایت نمی‌کند بلکه اشاره مفهمه هم کفایت نمی‌کند در غیر اُخْرَس. در مورد اُخْرَس اشاره کافی است؛ اما در مورد غیر اُخْرَس اشاره کافی نیست. اینجا دو مطلب جای بحث دارد؛ یکی بحث از کفایت اشاره در مورد اُخْرَس؛ دوم، عدم کفایت اشاره در غیر اُخْرَس؛ آیا اشاره کافی است در اُخْرَس یا اینکه کافی نیست و احتیاج به یک ضمیمه هم دارد کما ذهب الیه بعض. به هر حال اینکه امام اینجا فرموده اشاره در غیر اُخْرَس حتی اگر مفهم معنا باشد کافی نیست، باید ببینیم دلیل آن چیست و بر چه اساسی امام(ره) این مطلب را فرموده‌اند. طبیعتاً منبایی که ما در بحث از لزوم ذکر لفظ و صیغه در عقد نکاح اختیار کردیم، اینجا به نوعی اثرگذار است. باید ببینیم آنجا بر چه اساسی گفتیم ذکر لفظ لازم است؛ آیا به اجماع تکیه کردیم یا به دلیل لفظی؟ اگر به اجماع تکیه کرده باشیم، اینجا باید یک جور استدلال کنیم و اگر بر ادله لفظی تکیه کرده باشیم باید به گونه‌ای دیگری استدلال کنیم. این را ان شاء الله در ادامه بررسی خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمین»