



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

تاریخ: ۱۸ اردیبهشت

موضوع کلی: نکاح

مصادف با: ۶ شوال ۱۴۴۳

موضوع جزئی: عقد نکاح - بررسی اعتبار لفظ در عقد نکاح - تنقیح موضوع بحث - ادله اعتبار - دلیل اول و بررسی آن

جلسه: ۹۷

سال چهارم

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

بررسی اعتبار لفظ در عقد نکاح

«فصل فی عقد النکاح و أحكامه؛ النکاح علی قسمین: دائم و منقطع، و کل منهما یحتاج إلی عقد مشتمل علی إيجاب و قبول لفظین دالین علی إنشاء المعنی المقصود و الرضا به دلالة معتبرة عند أهل المحاوره، فلا یکفی مجرد الرضا القلبي من الطرفين و لا المعاطاة الجارية فی غالب المعاملات و لا الكتابة، و کذا الإشارة المفهمه فی غیر الأخرس».

بحث در عقد و احکام آن بود؛ قبل از تعطیلات اخیر، درباره دو قسم نکاح اشاره اجمالی داشتیم؛ منتهی چون نکاح منقطع از حیث مشروعیت و اشکالات و شبهاتی که درباره آن مطرح است مهم بود، چندین جلسه درباره نکاح منقطع و اثبات مشروعیت آن و پاسخ به برخی اشکالات و شبهات، مطالبی را مطرح کردیم. البته احکام مربوط به نکاح منقطع در جاهای مختلف اجمالاً مطرح شده است.

امام (ره) می فرماید: نکاح بر دو قسم است، دائم و منقطع؛ و هر یک از این دو محتاج به عقد هستند؛ یعنی الفاظی که مشتمل بر ایجاب و قبول باشد، به نحوی که دلالت کنند بر انشاء آن معنایی که قصد شده و بر رضایت به آن، به نحوی که نزد اهل محاوره معتبر است. لذا صرف رضایت قلبی از طرفین کافی نیست؛ معاطات و انشاء فعلی که در قالب معاملات انجام می شود و جریان دارد، کافی نیست؛ کتابت کافی نیست؛ اشاره مفهمه در غیر اخرس کافی نیست. پس بحث در نیازمندی نکاح به انشاء لفظی و عقد در نکاح دائم است و بعد در نکاح منقطع آن را دنبال خواهیم کرد.

تنقیح موضوع بحث

اجمالاً در مورد تحقق نکاح دائم و منقطع، سه حالت و سه فرض می توان در نظر گرفت:

۱. تراضی و رضایت طرفین، بدون انشاء معنای مقصود.
۲. اینکه نکاح با انشاء فعلی تحقق پیدا کند، همانطور که در سایر معاملات مثل بیع این امر جریان دارد و داد و ستد صورت می گیرد و بیع محقق می شود.
۳. عقد و ایجاب و قبول لفظی باشد.

فرض اول: مسلماً نکاح با عقد لفظی تحقق پیدا می کند و تردیدی در آن نیست؛ یعنی با ایجاب و قبول لفظی. اینکه حالا این ایجاب و قبول لفظی چه شرایطی باید داشته باشد، این را بعداً بحث می کنیم؛ فعلاً در اصل ایجاب و قبول لفظی سخن می گوئیم. فرض دوم: اینکه صرف رضایت طرفین بدون انشاء آن معنای مقصود بخواهد موجب تحقق نکاح شود، این هم ظاهراً در نفی

آن اختلافی نیست. منظور از تراضی و رضایت طرفین یعنی اینکه قلباً رضایت از ناحیه زن و مرد وجود دارد، ولی چیزی فراتر از تراضی موجود نیست. این قلباً راضی است به نکاح، او هم قلباً راضی است، شرایط هم مهیا است، اما قصد نکاح و زوجیت و انشاء تحقق ندارد. ظاهر کلمات آقایان این است که نکاح به این صورت تحقق پیدا نمی‌کند.

فرض سوم: صورت و حالت سوم که محل بحث است، این است که آیا به انشاء فعلی، به اینکه مثلاً مرد با وقاع قصد نکاح و زوجیت کند و زن با در اختیار قرار دادن بضع خودش قصد نکاح و زوجیت کند، آیا در این صورت نکاح شرعاً محقق می‌شود یا نه، این محل بحث است.

امام(ره) در متن تحریر هر سه فرض را ذکر کرده‌اند؛ ایشان فرموده فقط با عقد و ایجاب و قبول و لفظی نکاح محقق می‌شود؛ البته الفاظی که هم دلالت بر انشاء معنای مقصود داشته باشند و هم دلالت بر رضایت، اما صرف رضایت قلبی از طرفین کافی نیست، انشاء فعلی و معاطات هم کافی نیست؛ آن وقت کتابت و اشاره را هم ایشان ملحق کرده‌اند به انشاء فعلی در اینکه کتابت به تنهایی موجب تحقق نکاح نمی‌شود؛ اشاره در مورد غیر اخرس هم موجب تحقق نکاح نمی‌شود.

همین معنا و مضمون را مرحوم سید در عروه هم بیان کرده‌اند؛ ایشان در مسأله ۱ در این فصل فرموده: «یشترط فی النکاح الصیغة بمعنی الإیجاب و القبول اللفظیین فلا یکفی التراضی الباطنی و لا الإیجاب و القبول الفعلیین»، ایشان هم این سه حالت را اشاره کرده که در دو صورت می‌فرماید نکاح محقق نمی‌شود، نه به تراضی باطنی و نه ایجاب و قبول فعلی، بلکه صرفاً ایجاب و قبول لفظی باید در کار باشد. بحثی که اینجا وجود دارد، این است که آیا انشاء و قبول فعلی هم می‌تواند محقق نکاح باشد یا نه، یا حتماً باید ایجاب و قبول لفظی باشد؟ این محل بحث است و ادله‌ای بر این اقامه شده است که ما ذکر خواهیم کرد.

وجه عدم کفایت رضایت باطنی

در مورد تراضی و رضایت از طرفین، هم در عروه و هم در متن تحریر تصریح شده به اینکه تراضی باطنی یا مجرد رضایت طرفین کفایت نمی‌کند. این تراضی باطنی و رضایت به چه معناست و چرا می‌گویند باید انشاء تحقق پیدا کند؛ این رضایت باطنی به چیست؟ رضایت باطنی به اینکه این زن او و آن هم شوهر او شود. رضایت باطنی را دو گونه می‌توانیم تصویر کنیم: ۱. یک وقت می‌گوییم رضایت باطنی به این است که این بضع خودش را در اختیار او قرار دهد، او هم مثلاً مهریه این را بپردازد. حال چرا می‌گویند رضایت باطنی کافی نیست؟ بعد خواهیم گفت که تفاوتی بین نکاح و سفاح یا زنا وجود دارد که به دقت باید مورد توجه قرار گیرد. اگر فرض کنیم مردی قلباً راضی است که زنی را به همسری خودش برگزیند، ... توجه کنید که رضایت قلبی به اینکه زن را به همسری برگزیند، نه رضایت به عمل وقاع، رضایت به برگزیدن همسر؛ زن هم حاضر است او را به شوهری بپذیرد. این حاضر است قلباً مهری بدهد، لکن قصد زوجیت یا انشاء وجود ندارد. این را آقایان می‌گویند کفایت نمی‌کند.

مرحوم آشتیانی در تقریرات درس حاج شیخ نقل کرده که بعضی من عاصرناه گفته اگر کسی به قصد زوجیت مجامعت داشته باشد، زوجیت با آن محقق می‌شود.^۱ اینکه ایشان می‌گویند اگر به قصد زوجیت مواجهه داشته باشد نکاح محقق می‌شود و

۱. تقریرات مرحوم آشتیانی، ص ۱۸۳.

زوجیت تحقق پیدا می‌کند، این صرف تراضی و رضایت طرفینی به این کار نیست بلکه یک چیز بیشتر دارد. اینکه من عرض کردم تراضی من الطرفین دو احتمال در آن هست، یک وقت صرف رضایت قلبی بدون اینکه کاری صورت بگیرد، یعنی بگویم از وقتی که این زن راضی شود که این مرد همسر او باشد و آن مرد هم راضی شود که این زن همسر او شود، یعنی این حاضر شود مهر زن را بپردازد و او هم حاضر شود که بضع خودش را در اختیار این مرد قرار دهد، آیا این کافی است یا نه؟ این مسلماً برای تحقق نکاح کفایت نمی‌کند؛ یعنی نمی‌توانیم بگویم از زمانی که این در درون خودش این رضایت را پیدا کرد، او هم این رضایت را پیدا کرد، اینها زن و شوهر شوند. اینکه آقایان می‌گویند مجرد تراضی الطرفین کافی نیست، یعنی همین؛ این اشتباه نشود با فرضی که در حاج شیخ نقل شده است. مجرد تراضی الطرفین کافی نیست؛ یعنی اینکه از زمانی که این رضایت قلبی در مرد و زن پیدا شد، نمی‌توانیم بگویم اینها زن و شوهر هستند؛ همانطور که در مورد بیع و سایر معاملات نمی‌توانیم بگویم به مجرد رضایت قلبی فروشنده و خریدار، این نقل و انتقال صورت می‌گیرد؛ بالاخره این نقل و انتقال باید با یک وسیله‌ای یا مبرزی اعم از قول یا فعل صورت بگیرد. پس اینکه می‌گویند مجرد تراضی الطرفین کفایت نمی‌کند، در مورد بیع و سایر معاملات هم همین طور است، که بگویم به صرف اینکه یک رضایت قلبی حاصل شد، این کار تمام است؛ چون گاهی در این موارد مطالب خوب تنقیح نمی‌شود و اشتباهات و خطاهایی صورت می‌گیرد. حالا بعداً خواهیم گفت که در عقد موقت و نکاح منقطع که ممکن است برخی معتقد به کفایت معاطات باشند، آنها هم منظورشان این نیست که همین که راضی شوند کافی است؛ نه، تراضی طرفین یا به تعبیر مرحوم سید تراضی باطنی کفایت نمی‌کند. اگر گفتیم تراضی باطنی کفایت می‌کند، لازمه‌اش این است که از آن لحظه‌ای که مرد راضی می‌شود به اینکه این زن را به همسری برگزیند و به او مهریه‌ای بپردازد، و از زمانی که زن راضی می‌شود خودش را در مقابل مهریه در اختیار مرد قرار دهد، آن مرد شوهر این زن شود، در حالی که قطعاً نکاح به این شکل تحقق پیدا نمی‌کند؛ همانطور که در سایر معاملات اینطور است. پس تراضی باطنی به این معنا که گفته شد، مسلماً برای تحقق نکاح کافی نیست.

اما یک وقت کسی تراضی باطنی می‌گوید و منظورش این است که رضایت باطنی هست و آنگاه مثلاً واقعه صورت می‌گیرد، این واقعه و این عمل و فعل در حقیقت همان قصد زوجیت است که انشاء شده است؛ منتهی به جای اینکه با لفظ انشاء شود، با فعل این کار صورت گرفته است، این فرق می‌کند. پس این فرض کنار می‌رود؛ اینکه تراضی باطنی بخواهد محقق عنوان نکاح باشد، این قابل قبول نیست.

إنما الکلام در انشاء فعلی؛ یعنی اینکه به غیر لفظ بتوانیم نکاح را محقق سازیم؛ یعنی زن و مرد بدون اینکه صیغه و ایجاب و قبول داشته باشند، به زوجیت یکدیگر در آیند. به تعبیر دیگر بحث در این است که آیا نکاح تنها و تنها در صورت ایجاب و قبول لفظی محقق می‌شود و تحقق آن منحصرأً به وسیله لفظ است، یا به وسیله غیر لفظ مثل یک فعل هم قابل تحقق است. اینجا مشهور یا مورد اتفاق است که نکاح با الفاظ ایجاب و قبول محقق می‌شود، نه با لفظ؛ یا به تعبیر دیگر لفظ در تحقق نکاح معتبر است. تعبیر این است: «و کل منهما یتحتاج إلی عقد مشتمل علی ایجاب و قبول لفظین»، حتماً باید ایجاب و قبول لفظی باشد. دلیل بر این مسأله چیست؟

ادله اعتبار لفظ در عقد نکاح

بحث در ادله است که باید ادله را بررسی کنیم. ظاهر ادعا هم این است که فرقی بین دائم و منقطع نیست؛ ما هم فی الجمله عرض کردیم که این را بیان می‌کنیم و بعد در مورد نکاح منقطع هم این را بررسی خواهیم کرد. چند دلیل بر این مدعا اقامه شده است:

دلیل اول: قیاس استثنایی

دلیل اول یک قیاس استثنایی است که شیخ انصاری آن را بیان کرده است؛ گرچه به صورت قیاس استثنایی بیان نشده، اما حقیقت آن همین قیاس استثنایی است که عرض می‌کنم، که اگر معاطات در نکاح جایز بود، فرقی بین نکاح و سفاح وجود نداشت؛ لکن مسلماً بین نکاح و سفاح یا زنا فرق است؛ پس معاطات در نکاح جایز نیست. «لو كانت المعاطاة فی النکاح جائزاً لما كان فرقاً بین النکاح و السفاح، ولكن الفرق واضح فلم تكن المعاطاة فی النکاح جائزاً»، این اصل استدلال مرحوم شیخ است؛ می‌گوید اگر قرار بود که در نکاح لفظ معتبر نباشد و با انشاء فعلی این حقیقت محقق شود، دیگر فرقی بین نکاح و زنا باقی نمی‌ماند. تعبیر مرحوم شیخ این است: «فاجمع علماء الاسلام كما صرح به غير واحد على اعتبار اصل الصیغة فی عقد النکاح و أن الفروج لا تباح بالاباحة و لا بالمعاطاة و بذلك يمتاز النکاح عن السفاح لأن فیہ التراضی أيضاً غالباً»^۱ چون در سفاح هم غالباً تراضی وجود دارد و اساساً آنچه که نکاح را با زنا ممتاز می‌کند صیغه و لفظ ایجاب و قبول است. پس بدون این، نکاح محقق نمی‌شود. عبارت ایشان است که «أن الفروج لا تباح بالاباحة و لا بالمعاطاة»، فروج نه به اباحه و نه به معاطات محقق نمی‌شود. اباحه به این است که کسی خودش را همین طوری در اختیار مرد قرار دهد؛ همانطور که مثلاً در معامله و بیع کسی اباحه تصرف در مورد مالی را بر کسی روا می‌دارد، در مورد بضعش هم اباحه را بر او روا کند، این کافی نیست. معاطات هم کافی نیست؛ یعنی اینکه بخواهد با فعل این حقیقت را محقق بسازد؛ نه، حتماً باید لفظ باشد.

بررسی دلیل اول

مرحوم آقای خوئی یک اشکالی کرده‌اند به مرحوم شیخ که این اشکال را نقل می‌کنم و بعد باید ببینیم این اشکال وارد است یا نه.

اشکال محقق خوئی

آقای خوئی می‌گویند چنین استدلالی از مرحوم شیخ انصاری غریب است؛ اینکه ایشان می‌گوید اگر این نبود، فرقی بین نکاح و سفاح باقی نمی‌ماند، این خیلی غریب است؛ برای اینکه مسأله لفظ فارق بین نکاح و سفاح نیست؛ اینطور نیست که اگر کسی صیغه و لفظ را مثلاً استفاده کند، این نکاح شود و اگر لفظ نباشد زنا شود. «فإن الفارق بین النکاح و السفاح لا یکمن فی اللفظ فإنه اجنبی عن ذلك إذ قد یکون السفاح مع اللفظ و قد یکون النکاح بغيره»^۲ ایشان می‌گوید فرق بین زنا و نکاح این نیست که مثلاً آن یکی لفظ ندارد و این یکی لفظ دارد؛ چون گاهی از اوقات زنا هم همراه با لفظ است و گاهی نکاح هم به غیر لفظ است؛ خیلی موارد پیش می‌آید که کسانی که زنا می‌کنند بالاخره لفظ دارند، صحبت می‌کنند، مقوله دارند؛ و گاهی از اوقات هم نکاح به غیر لفظ است، یعنی بدون این صحبت‌های اولی تحقق پیدا می‌کند. بعد ایشان در ادامه می‌گوید فرق بین نکاح و سفاح این است که اساساً نکاح یک امر اعتباری است؛ یعنی مرد باید اعتبار کند که زن همسر اوست و زن هم اعتبار کند که

۱. کتاب نکاح، ج ۲۰، ص ۷۷.

۲. مبانی، ج ۳۳، ص ۱۲۹.

این مرد همسر اوست؛ در حالی که در زنا که عبارت از وطی خارجی است، اعتبار زوجیت نمی‌شود.

بررسی اشکال محقق خوبی

لکن به نظر می‌رسد این اشکال مرحوم آقای خوبی به شیخ انصاری و اینکه ایشان به شیخ اعتراض می‌کند که چنین سخنی از شیخ عجیب و غریب است، وارد نیست و حاکی از آن است که به درستی منظور شیخ فهم نشده است. شیخ نمی‌خواهد بگوید چون اینجا لفظ نیست، پس این با زنا فرقی نمی‌کند؛ در تقریر استدلال مرحوم شیخ ایشان اینطور می‌گوید که «فإذا كان هو بوحده كافياً و لم يعتبر اللفظ لم يبق فارق بينه و بين النكاح»، ایشان می‌گوید اگر تراضی طرفین کافی بود و لفظ معتبر نبود، فرقی بین نکاح و زنا باقی نمی‌ماند؛ بعد اشکال می‌کند که فارق بین اینها مسأله لفظ نیست، چون گاهی اینجا لفظ هست و گاهی لفظ نیست. مرحوم شیخ نمی‌خواهد بگوید که لفظ به طور کلی در باب نکاح هست و در زنا نیست؛ مرحوم شیخ در حقیقت می‌خواهد بگوید انشاء به وسیله لفظ در نکاح باید باشد و انشاء به غیر لفظ نمی‌تواند موجب تحقق نکاح شود. ایشان هم قبول دارد که بالاخره قصد زوجیت و انشاء باید باشد، منتهی می‌گوید انشاء فقط باید به وسیله لفظ تحقق پیدا کند؛ یا به تعبیر دیگر، وقاع یا مجامعت به قصد زوجیت کافی نیست. آنچه که مرحوم آقای خوبی از فرمایش شیخ استظهار کرده و فرموده‌اند این غریب است، به نظر می‌رسد برداشتی که از استدلال مرحوم شیخ داشته‌اند، این اشکال هست که کلام مرحوم شیخ را آنطور که باید و شاید مورد توجه قرار نداده‌اند.

اشکال به دلیل اول

ولی صرف نظر از اینکه این اشکال مرحوم آقای خوبی به شیخ انصاری وارد است یا نه، اصل استدلال شیخ انصاری محل اشکال است؛ چه اینکه خیلی‌ها این اشکال را کرده‌اند. اشکالشان این است که فارق بین نکاح و سفاح، این نیست که انشاء به لفظ باشد یا غیر لفظ. فارق بین نکاح و سفاح، در اصل انشاء زوجیت است؛ در نکاح انشاء زوجیت هست، در سفاح انشاء زوجیت نیست. انشاء زوجیت می‌تواند به لفظ باشد، می‌تواند به غیر لفظ باشد. آنچه مرحوم شیخ در فرق بین سفاح و نکاح اینجا بیان کرده که فارق بین نکاح و زنا، وجود لفظ در نکاح و عدم آن در سفاح است، این قابل قبول نیست. بودن لفظ یا نبودن لفظ، مسأله مهمی نیست؛ فارق بین این دو به بود و نبود لفظ نیست، بلکه به این است که انشاء زوجیت باشد یا نباشد. لذا شما می‌بینید مرحوم آقای حکیم هم اشکال کرده‌اند که می‌فرماید «السفاح الوطئ لا بعنوان الزوجية و في النكاح الوطئ بعنوان الزوجية و إن لم يكن انشائها باللفظ كما في نكاح بعض اهل الشرائع الباطلة فإنه نكاح و ليس بسفاح و إن كان بغير لفظ»؛ زنا عبارت است از وطی و واقعه نه به عنوان زوجیت؛ یعنی قصد زوجیت در اینجا وجود ندارد؛ ولی در نکاح قصد زوجیت هست. پس فارق بین نکاح و سفاح، آنطور که مرحوم شیخ گفته که اینجا لفظ نیست و آنجا هست، این به نظر می‌رسد که حرف درستی نیست.

فتحصل مما ذكرنا كله که دلیل اول بر اعتبار ایجاب و قبول در نکاح تمام نیست و استدلال مرحوم شیخ نمی‌تواند اثبات کند اعتبار صیغه و لفظ را در تحقق نکاح.

«والحمد لله رب العالمين»