



درس فراه فقہ استاد حاج سید مجتبیٰ نورمفیدی

تاریخ: ۲۷ اردیبهشت ۱۴۰۱

موضوع کلی: نکاح

مصادف با: ۱۵ شوال ۱۴۴۳

موضوع جزئی: عقد نکاح - بررسی جواز اشاره در عقد نکاح - مقام اول: بررسی جواز اشاره برای اخرس -

الف. بر مبنای استناد اعتبار لفظ به ادله لفظیه - کلام محقق خوئی

جلسه: ۱۰۳

سال چهارم

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

بررسی جواز اشاره در عقد نکاح

عرض شد در متن تحریر بعد از اینکه امام(ره) فرمودند در نکاح اعم از دائم و منقطع، لفظ معتبر است و کتابت کفایت نمی‌کند، فرمودند: اشاره مفهمه در غیر اخرس هم کفایت نمی‌کند. اینجا در واقع دو مسأله و دو مطلب وجود دارد؛ یکی بحث از کفایت اشاره در نکاح اخرس است، و دیگری عدم کفایت اشاره در نکاح غیر اخرس. اگر در مورد اخرس و کسی که قدرت بر تکلم ندارد و به اصطلاح لال است اشاره کافی است، به چه دلیل است؟ عبارت تحریر این است: «و کذا الاشارة المفهمه فی غیر الاخرس»، یعنی در اخرس اشاره مفهمه کفایت می‌کند. اگر کسی که قدرت بر تکلم ندارد و اخرس محسوب می‌شود بخواهد عقد نکاح منعقد کند، آیا باید وکیل بگیرد تا او عقد را با لفظ جاری کند یا اینکه حتی اگر امکان توکیل هم داشته باشد، می‌تواند با اشاره این نکاح را منعقد کند. مرحوم سید در مسأله ۲ در این فصل فرموده‌اند «الاخرس یکفیه الایجاب و القبول بالاشارة مع قصد الانشاء و إن تمکن من التوکیل علی الاقوی»، اخرس با اشاره و ایجاب و قبولی که به اشاره محقق شود، می‌تواند عقد نکاح را منعقد کند، در صورتی که قصد انشاء داشته باشد، هر چند قدرت بر توکیل هم داشته باشد. امام(ره) این مسأله را در تحریر متعرض نشده‌اند و فقط به همین عبارتی که از ایشان خواندیم اکتفا کردند، لذا لازم دیدیم که به این مسأله بپردازیم.

موضوع بنابر آنچه که گفتیم در دو مقام دنبال می‌شود؛ یکی عقد اخرس که آیا به اشاره تحقق پیدا می‌کند یا نه، و دوم اینکه آیا اشاره برای غیر اخرس کفایت می‌کند یا نه.

مقام اول: بررسی جواز اشاره برای اخرس

عمده بحث در مقام اول است؛ در مقام اول هم بحث در فرضی است که شخص لال و اخرس تمکن از توکیل داشته باشد؛ چون اگر کسی که نمی‌تواند عقد را به لفظ جاری کند، امکان توکیل نداشته باشد و کسی را پیدا نکند که عقد را برای او جاری کند، چاره‌ای جز اشاره برای او باقی نمی‌ماند، جای بحث ندارد. البته مثلاً مرحوم آقای خوئی فرموده‌اند علاوه بر اشاره باید زبانش را هم حرکت دهد که حالا آن قید را بررسی می‌کنیم که آیا تحریک اللسان باید به اشاره ضمیمه شود یا نه. لکن اینکه اگر امکان توکیل نباشد چاره‌ای جز اشاره برای انشاء باقی نمی‌ماند؛ جای بحث ندارد، بالاخره این بدل لفظ است، جانشین لفظ است؛ کسی که تمکن از لفظ ندارد و نمی‌تواند دیگری را وکیل یا نائب در اجرای صیغه و ایجاب و قبول لفظی کند، خود به خود راهی به جز اشاره برای او باقی نمی‌ماند. إنما الکلام در جایی که تمکن از توکیل دارد؛ اینجا می‌خواهیم ببینیم آیا با اینکه قدرت دارد وکیل بگیرد برای ایجاب و قبول لفظی، می‌تواند به اشاره اکتفا کند و ایجاب و قبول را با اشاره البته به قصد انشاء

محقق کند یا نه.

همانطور که در جلسه قبل اشاره شد، اینجا مبانی در باب اعتبار لفظ مختلف است و به تبع آن، نحوه استدلال هم متفاوت می‌شود. یک وقت می‌گوییم ایجاب و قبول لفظی در عقد نکاح معتبر است و دلیل آن را اجماع می‌دانیم، کما ذهب إليه الاكثر و ما هم همین نظر را اختیار کردیم. اما یک وقت دلیل اعتبار لفظ در عقد نکاح را روایات و ادله لفظیه می‌دانیم. حالا ممکن است اجماع هم پذیرفته شود، کما ذهب إليه محقق الخویی. اینجا مسأله متفاوت می‌شود؛ لذا ما بنا بر هر دو مبنا به این مسأله رسیدگی می‌کنیم.

الف. بر مبنای استناد اعتبار لفظ به ادله لفظیه

اما بر این مبنا که اعتبار لفظ از ادله لفظیه مثل برخی روایات استفاده شود، چنانچه مرحوم آقای خویی به این امر معتقد شده‌اند و یکی از ادله اعتبار لفظ در باب نکاح را روایت برید دانسته و دلالت آن را بر اعتبار لفظ پذیرفتند، باید برای اینکه اشاره اخرس را کافی بدانیم، به دلیل خاص استناد کنیم. این بنا بر مبنای دیگر لازم نیست؛ یعنی اگر ما دلیل اعتبار لفظ را اجماع دانستیم، دیگر نیازی به دلیل خاص نداریم؛ اما روی این مبنا به آن احتیاج داریم.

کلام محقق خویی

کسانی مثل مرحوم آقای خویی اطلاق و عمومات صحت و بیع را ذاتاً تمام می‌دانند؛ یعنی معتقدند اطلاق و عمومات بیع، دلالت می‌کنند بر اینکه عقد و ایجاب و قبول چه با لفظ واقع شود چه به غیر لفظ، آن عقد صحیح است؛ لذا ما نیازی به لفظ نداریم؛ مقتضای این اطلاق و عمومات این است که لفظ معتبر نیست. اما در خصوص نکاح با وجود روایاتی مثل برید، لفظ معتبر می‌شود. یعنی لو لا این دلیل خاص، ما از آن اطلاق می‌توانستیم عدم اعتبار لفظ را استفاده کنیم، اما با وجود دلیل خاص در باب نکاح، لفظ معتبر می‌شود؛ لذا اگر در نکاح لفظ معتبر دانسته شد، در مورد اخرس اگر بخواهیم به اشاره اکتفا کنیم و ایجاب و قبول او را با اشاره را بپذیریم، احتیاج به دلیل خاص داریم؛ یعنی یک دلیلی بگوئید که در اینجا لفظ معتبر نیست. چون اصل اعتبار لفظ در نکاح را با دلیل خاص ثابت کردیم. لذا برای خروج از این دلیل برای اینکه بتوانیم بگوییم یک جایی لفظ معتبر نیست، احتیاج به دلیل خاص داریم. آن وقت ایشان می‌گویند روایت مسعدة بن صدقه دلیلی است که به استناد آن می‌توانیم به کفایت اشاره در مورد اخرس حکم کنیم. چون در این روایت آمده اخرس مثل اعجمی تکلیفش متفاوت با تکلیف آشنای به زبان و کسی است که به نحو فصیح می‌تواند نماز و تشهد خودش را بخواند. یک کلمه و عبارتی در این روایت است «و ما شبه ذلک» که اشاره دارد به هر چیزی که در آن لفظ لازم است و این شامل نکاح هم می‌شود.

اکنون روایت مسعدة بن صدقه را بخوانیم و ببینیم چگونه دلالت می‌کند بر آنچه که مرحوم آقای خویی ادعا می‌کنند: «عَنْ مَسْعَدَةَ بْنِ صَدَقَةَ قَالَ سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ (ع) يَقُولُ وَ سَأَلَ عَمَّا يَجُوزُ وَ عَمَّا لَا يَجُوزُ مِنَ النَّبِيِّ»، می‌گویند من از امام صادق (ع) شنیدم در حالی که از او درباره آن مواردی که در نماز جایز است و آن چیزهایی که جایز نیست، سؤال شده بود؛ آن موارد را ذکر می‌کند تا به اینجا می‌رسد: «وَ ذَلِكَ أَنَّكَ قَدْ تَرَى مِنَ الْمُحَرَّمَ [الْمُحَرَّمِ] مِنَ الْعَجَمِ لَا يُرَادُ مِنْهُ مَا يُرَادُ مِنَ الْعَالَمِ الْفَصِيحِ، وَ كَذَلِكَ الْأَخْرَسُ فِي الْقِرَاءَةِ فِي الصَّلَاةِ وَ التَّشَهُدِ، وَ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فَهَذَا بِمَنْزِلَةِ الْعَجَمِ الْمُحَرَّمِ لَا يُرَادُ مِنْهُ مَا يُرَادُ مِنَ الْعَاقِلِ الْمُتَكَلِّمِ الْفَصِيحِ حَتَّى يَدَعَ مَا قَدْ عَلِمَ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ وَ يَعْمَلُ بِهِ وَ يَتَّبِعِي لَهُ أَنْ يَقُومَ بِهِ حَتَّى يَكُونَ

ذَلِكَ مِنْهُ بِالنَّبِطِيَّةِ وَالْفَارِسِيَّةِ...»^۱ تقریب استدلال مرحوم آقای خوبی این است که در این روایت وظیفه عجم با وظیفه عرب در قرائت نماز و تشهد مختلف معرفی شده است. چون می‌گوید از محرم من العجم چیزی می‌بینید که «لا یراد منه ما یراد من العالم الفصیح»؛ طبیعی است کسی که به زبان عربی فصیح آشنا باشد، نحوه خواندنش با کسی که با این زبان آشنا نیست و عجمی است فرق دارد. حالا توضیح می‌دهیم که محرم من العجم به چه معناست. فی الجمله معنایش این است که کسی که می‌خواهد نماز و تشهد را بخواند و به عربی فصیح می‌تواند بخواند، این یک تکلیف دارد؛ کسی هم که نمی‌تواند به عربی فصیح بخواند، این یک تکلیف دیگری دارد. حالا آن تکلیف دیگر چیست؟ در متن روایت هم زبان فارسی ذکر شده است؛ آیا منظور این است که او به زبان فارسی بخواند حالا که نمی‌تواند به عربی فصیح بخواند؛ یعنی مثلاً نماز و تشهدش را به زبان فارسی بخواند یا اینکه منظور این است که به عربی بخواند ولو لهجه فصیح ندارد، لهجه فارسی دارد، لهجه نبطی دارد؛ کسانی که فارس‌زبان هستند وقتی می‌خواهند لغات عربی را تلفظ کنند، خیلی متفاوت است با یک عرب زبان. همین الان نمازی که فارس‌زبانان می‌خوانند را مقایسه کنید با نمازی که یک عرب‌زبان می‌خواند. هر دو عربی است، اما او لهجه فصیح دارد اما کسی که فارس‌زبان است، لهجه فارسی دارد. حتی یک ترک‌زبان ممکن است وقتی عربی را قرائت می‌کند و چیزی را به زبان عربی می‌خواند، حتی آن لهجه ترکی خودش را در ادای کلمات عربی نشان دهد؛ این یک امر طبیعی است. امام (ع) اینجا می‌فرماید آن چیزی که از عالم فصیح آشنا به زبان عربی انتظار می‌رود، این متفاوت است با آن انتظاری که از یک غیرعرب و عجم وجود دارد. این تفاوت هست؛ حالا اینکه بگوییم این مثلاً می‌تواند به زبان فارسی بخواند، نه اینطور نیست. منظور این است که او همان زبان عربی و همان الفاظ عربی را بخواند با همان لهجه‌ای که خودش دارد، با همان کیفیتی که می‌تواند قرائت کند. یعنی لازم نیست به لهجه فصیح آن کلمات را ادا کند.

مرحوم آقای خوبی از این عبارت «وَكَذَلِكَ الْآخِرْسُ فِي الْقِرَاءَةِ فِي الصَّلَاةِ وَالتَّشَهُدِ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ» استفاده کرده‌اند که در نکاح شخص اخرس می‌تواند به جای لفظ با اشاره این کار انجام دهد. می‌گوید اخرس در قرائت و فیما اشبه ذلك؛ ما اشبه ذلك شامل نکاح هم می‌شود. «كذلك الاخرس» یعنی اخرس و کسی که لال است، مثل عجمی که نمی‌تواند لغات نماز را به زبان فصیح قرائت کند، این انتظار از او نیست که به همان کیفیت اینها را قرائت کند و بخواند. اخرس که نمی‌تواند بخواند؛ قرائت و تشهد او جز با اشاره مقدور نیست. بر این اساس در نکاح هم همینطور است؛ وقتی در نماز می‌تواند قرائت را با اشاره اتیان کند، وقتی تکلیفش در نماز این است که تشهد را با اشاره انجام دهد، در ما اشبه ذلك هم همینطور است؛ «ما اشبه ذلك» معنایش این است که هر چیزی که نیازمند لفظ باشد، می‌تواند با اشاره آن را انجام دهد. پس به نظر مرحوم آقای خوبی روایت مسعدة بن صدقه دلالت می‌کند بر کفایت اشاره برای اخرس در عقد نکاح؛ اینکه ایجاب و قبول را با اشاره محقق کند. به نظر ایشان این روایت چنین دلالتی دارد.

خلاصه استدلال محقق خوبی

محصل استدلال مرحوم آقای خوبی در دو جمله این شد؛ ایشان چون معتقد است ادله لفظیه بر اعتبار لفظ داریم در باب نکاح، باید ملتزم شویم به اینکه لفظ و ایجاب و قبول لفظی در نکاح شرط است. و لو لا این دلیل لفظی، اطلاقات و عمومات بیع و

۱. وسائل الشیعة، ج ۶، ص ۱۵۰، باب ۵۹ از ابواب القرائة فی الصلاة، ح ۲.

امثال آن اقتضا می‌کرد آن عقود بدون لفظ هم محقق شود؛ اما چه کنیم که دلیل لفظی و روایت داریم مثل روایت برید؛ و اگر شک کنیم در جایی که آیا لفظ معتبر است یا نه (در باب نکاح)، باید به اطلاق این ادله لفظیه مثل روایت برید اخذ کنیم که اقتضا می‌کند لفظ معتبر است؛ یعنی مطلقاً در همه فروض و صور در باب نکاح، لفظ معتبر است، الا ما خرج بالدلیل. پس اگر خواهیم در مورد اُخرس بگوئیم لفظ معتبر نیست، باید دلیل خاص داشته باشیم؛ دلیل خاص ما هم روایت مسعدة بن صدقه است. ایشان به «و ما شبه ذلک» استناد کرده که اُخرس و شخص لال در هر جایی که نیازمند لفظ است، می‌تواند با اشاره این کار را انجام دهد و یکی از آن موارد، باب نکاح است. پس شخص لال که نمی‌تواند با لفظ ایجاب و قبول را جاری کند، هر چند امکان توکیل داشته باشد و بتواند وکیل بگیرد که وکیل با لفظ این کار را انجام دهد، می‌گویند لازم نیست. مرحوم سید فتوا داده‌اند و دیگران هم همین طور؛ فرمود الاقوی فرمود یکفی الاشارة. این استدلال مرحوم آقای خوئی است. گفتیم این روی آن میناست که می‌گوید ما دلیل لفظی بر اعتبار لفظ داریم؛ روایت داریم که لفظ معتبر است.

این روایت از نظر سندی مشکل ندارد؛ چون مسعدة بن صدقه موثق است و توثیق شده است؛ البته ما اینجا دو نام داریم، یکی مسعدة بن صدقه و دیگری مسعدة بن زیاد. نجاشی در کتاب رجال خودش مسعدة بن زیاد را توثیق کرده است؛ تعبیر ایشان درباره مسعدة بن زیاد این است: «ثقة عين». اما چون بنابر نظر تحقیق مسعدة بن زیاد همان مسعدة بن صدقه است، لذا توثیق نجاشی شامل او هم می‌شود. مرحوم آقای بروجردی هم معتقد است این دو نفر یکی هستند؛ برخی دیگر هم عقیده‌شان این است که مسعدة بن صدقه همان مسعدة بن زیاد است. ما این را قبلاً هم بحث کرده‌ایم. بنابراین مسعدة بن صدقه ثقة است. هارون بن مسلم که از مسعدة بن صدقه روایت نقل کرده، او هم ثقة است. پس از نظر سندی اشکالی در این روایت نیست.

یک نکته‌ای هم عرض کنم که مرحوم آقای خوئی یک اضافه‌ای دارد که اول بحث اشاره کردم و آن اینکه ایشان یک قیدی را اضافه می‌کند، در حاشیه عروه این را دارند، در کتاب مبانی هم این را نوشته‌اند؛ ذیل مسأله دوم که فرمود «الاخرس یکفیه الايجاب و القبول بالاشارة مع قصد الانشاء و إن تمکن من التوکیل علی الاقوی»، ایشان فرمودند «و بتحریک لسانه أیضاً»، یعنی علاوه بر اشاره، تحریک لسان هم لازم است. دلیل اینکه تحریک لسان لازم است چیست؟ آیا آن هم درست یا نه.

بحث جلسه آینده

پس ما دو مطلب را در مورد این مدعی مرحوم آقای خوئی باید بررسی کنیم؛ یکی اینکه آیا استدلال ایشان به روایت مسعدة بن صدقه برای کفایت اشاره اُخرس در عقد نکاح صحیح است یا نه؛ دوم اینکه ایشان به چه دلیل مسأله لزوم تحریک لسان را علاوه بر اشاره ذکر کرده‌اند. این دو مطلب را در جلسه آینده بررسی خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمین»