



درس خارج فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

موضوع جزئی: عقد نکاح - بررسی جواز اشاره در عقد نکاح -

سال چهارم

تاریخ: ۲۸ اردیبهشت ۱۴۰۱

مصادف با: ۱۶ شوال ۱۴۴۳

جلسه: ۱۰۴

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

خلاصه جلسه گذشته

بحث در بررسی جواز اشاره در عقد نکاح بود. عرض کردیم درباره این مسأله در دو مقام بحث می‌کنیم؛ مقام اول درباره اکتفاء به اشاره در نکاح اُخرس است، در حالی که امکان توکیل برای او وجود دارد. مقام دوم که البته چندان بحثی ندارد، درباره عدم اکتفاء به اشاره در نکاح غیر اُخرس است. در مقام اول گفتیم بر دو مبنا باید بحث کنیم؛ یکی مبنای کسانی که اعتبار لفظ در عقد نکاح را از طریق ادله لفظیه و روایات اثبات کرده‌اند و البته اجماع هم ممکن است مورد استناد آنها قرار گرفته باشد. مبنای دوم مبنای کسانی است که ادله لفظیه را برای اعتبار لفظ در عقد نکاح کافی نمی‌دانند و تنها به اجماع استناد کرده‌اند. بنابر مبنای اول گفتیم مرحوم آقای خوبی معتقدند با توجه به اینکه اطلاقات و ادله بیع و امثال آن اقتضا می‌کند لفظ معتبر نباشد بلکه نکاح مطلقاً چه با لفظ و چه به غیر لفظ قابل تحقق باشد، ولی در باب نکاح به خاطر روایاتی مثل روایت برید، لفظ معتبر دانسته شده است. آنگاه برای خروج از این دلیل که لفظ را معتبر می‌داند، نیازمند دلیل خاص هستیم؛ یعنی در جایی اگر نکاح بخواهد به غیر لفظ تحقق پیدا کند، این باید با دلیل خاص ثابت شود. به نظر مرحوم آقای خوبی روایت مسعدة بن صدقه می‌تواند اثبات کند عدم نیاز به لفظ و جواز اشاره را در مورد اُخرس. تقریب استدلال ایشان به این روایت را بیان کردیم.

کلام محقق خوبی در مورد قید تحریک لسان

گفتیم ایشان علاوه بر لزوم اشاره، در مورد اُخرس فرمودند «و بتحریک لسانه ایضاً» یعنی علاوه بر اشاره، باید زبانش را هم به حرکت دریاورد. یک قید اضافه‌ای را ایشان در کنار اشاره ذکر کردند. استدلال ایشان برای لزوم اضافه تحریک زبان به اشاره، برخی روایات است؛ از جمله همین روایت مسعدة بن صدقه. البته به غیر از روایت مسعدة بن صدقه، ایشان به برخی از روایات باب طلاق هم استناد کرده است. بیان ایشان این است که طبق این روایات اُخرس برای نکاح می‌تواند قصد و نیت خودش را به اشاره ابراز کند و علاوه بر آن نیازمند تحریک زبان است، چون حکم به ابراز نکاح به اشاره مثل ابراز سایر مقاصد و امور اُخرس است. یعنی اُخرس همانگونه که در همه امور و مقاصدش عمل می‌کند، اینجا هم باید همانطور عمل کند؛ و از آنجا که اُخرس در مقام بیان مقاصدش علاوه بر اشاره - حالا به انگشت و امثال آن - زبانش را هم به حرکت درمی‌آورد. پس در باب نکاح هم همینطور باید عمل کند و لذا در مورد اشاره اُخرس در باب نکاح، این قید باید اضافه شود؛ یعنی اشاره به تنهایی کافی نیست؛ اشاره به ضمیمه تحریک زبان، این دو می‌تواند محقق عقد نکاح باشد.^۱

بررسی کلام محقق خوبی در جواز اشاره برای اُخرس

ما باید فرمایش مرحوم آقای خوبی را بررسی کنیم و ببینیم آیا استدلال ایشان به روایت مسعدة درست است یا نه، و نیز

۱. المبانی فی شرح العروة، ج ۳۳، کتاب النکاح، ص ۱۴۰ و ۱۴۱.

ضمیمه تحریک لسان به اشاره قابل قبول است یا نه؟

به نظر می‌رسد فرمایش مرحوم آقای خوئی از چند جهت محل اشکال است:

اشکال اول

اصل مبنای ایشان مورد قبول ما واقع نشد. اینکه اعتبار لفظ را از طریق ادله لفظیه و روایات اثبات کنیم، همانطور که قبلاً بیان شد قابل قبول نیست. ما روایاتی که در این باب می‌تواند مورد استناد قرار گیرد را یک به یک بررسی کردیم و معلوم شد روایات — حتی روایت برید — نمی‌توانند بر اعتبار لفظ در عقد نکاح دلالت داشته باشند. لذا ما دلیل اعتبار لفظ را اجماع قرار دادیم. این اشکالی است که به اصل مبنای ایشان است و البته چون ما علی المبنای حرف می‌زنیم، این نمی‌تواند به عنوان یک اشکال تلقی شود.

اشکال دوم

اشکال درست این است که ما با فرض پذیرش این مبنا ببینیم آیا سخن ایشان در آن دو موضوع درست است یا نه. یعنی آیا روایت مسعدة می‌تواند اثبات کند جواز اشاره را در عقد نکاح برای اخرس یا نه، و سپس آن ضمیمه را ثابت می‌کنند؟ به نظر می‌رسد روایت مسعدة این قابلیت را ندارد. عمده استدلال مرحوم آقای خوئی به این بخش از روایت مسعدة بن صدقه است که «و ما اشبه ذلک» شامل هر چیزی است که در آن لفظ معتبر باشد، و لذا شامل صیغه نکاح هم می‌شود. چون براساس این روایت تکلیف اخرس مثل تکلیف اعجمی است که با تکلیف عالم فصیح در باب صلاة و تشهد فرق دارد. یعنی آنچه را که بر عالم فصیح به زبان عربی در نماز و تشهد لازم است، بر اعجمی و اخرس لازم نیست. «و ما اشبه ذلک» یعنی در غیر باب صلاة و در غیر باب تشهد، حال آیا این درست است؟

به نظر می‌رسد معنای «ما اشبه ذلک» آنطور که آقای خوئی گفته‌اند نیست. معنای «ما اشبه ذلک» این است که آن مواردی که ضرورت پیش می‌آید و اقتضا می‌کند که مکلف از تکلیف اولی به لفظ میرا شود و آن وظیفه‌ای که بعد از آن به گردن او می‌آید، آن را انجام دهد. منتهی در باب صلاة طبیعتاً چون اخرس نمی‌تواند به لفظ، قرائت و اذکار نماز و اوراد آن را انجام دهد، قهراً به اشاره می‌تواند این کار را بکند؛ اما دیگر نیابت یا وکالت در مورد او قابل قبول نیست. اما در باب نکاح اگر اخرس نتواند لفظ را ادا کند، لکن می‌تواند وکیل یا نایب بگیرد که دیگری را وادار کند به انجام کار؛ یعنی از دیگری بخواهد نیابتاً یا وکالتاً این کار را برای او انجام دهد. لذا در فرض بحث ما که امکان توکیل دیگری هست، اینجا این روایت دلالت بر جواز اشاره ندارد. به عبارت دیگر این روایت به همه مواردی که در آن لفظ معتبر است، اشاره نمی‌کند. متن روایت را دقت بفرمایید: «وَ كَذَلِكَ الْأُخْرَسُ فِي الْقِرَاءَةِ فِي الصَّلَاةِ وَ التَّشَهُدِ، وَ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ»، «و ما اشبه ذلک» یعنی در آن مواردی که مثل صلاة است؛ لذا ما نمی‌توانیم بگوییم هر جایی حتی مثلاً در قرائت قرآن او می‌تواند با اشاره این کار را انجام دهد. بنابراین نمی‌توانیم «ما اشبه ذلک» را شامل مطلق مواردی بدانیم که لفظ در آنها معتبر است، حتی مثل نکاح. اینجا بالاخره راه دیگری هم هست و چون این اطلاق وجود ندارد و شامل همه مواردی که لفظ در آن معتبر است نمی‌شود، لذا از این روایت نمی‌توانیم استفاده کنیم جواز اشاره را در عقد نکاح. البته احتمالات دیگری هم وجود دارد که شاید ذکر آن ضروری نیست و اهمیتی هم ندارد.

پس اینکه ایشان به استناد «ما اشبه ذلک» می‌خواهند بگویند در کل ما معتبر فیہ التلفظ شرعاً اخرس می‌تواند این کار را بکند، درست نیست، چون غیر از آنچه که مرحوم آقای خوئی گفته‌اند، احتمال دیگری هم اینجا متصور است و لذا شاید نتوانیم به

این روایت استدلال کنیم.

بررسی کلام محقق خوبی در لزوم ضمیمه تحریک لسان به اشاره

اما اینکه فرمودند لازم است اضافه‌ای در اینجا ذکر شود، یعنی علاوه بر اشاره، اُخْرَس باید زبانش را هم به حرکت در بیاورد، این هم به نظر می‌رسد محل اشکال است. عبارت ایشان این است: «و من الواضح أن المتعارف عند الاخرس في مقام بيان مقاصده هو تحريك لسانه مضافاً إلى الإشارة باصبعه أو يده أو غيرهما». ما در اینجا دو اشکال به مرحوم آقای خوبی داریم:

اشکال اول

اینکه به چه دلیل ایشان می‌فرماید متعارف عند الاخرس این است که در مقام بیان مقاصدش علاوه بر اشاره، زبانش را هم به حرکت درمی‌آورد. این اول الکلام است؛ اصلاً این چنین نیست که متعارف این باشد که اُخْرَس هر جایی که می‌خواهد مقصودش را به دیگران تفهیم کند، زبانش را به حرکت در بیاورد. این صغرای مسأله است؛ یعنی در صغرای مسأله این اشکال هست.

اشکال دوم

اینکه از روایت مسعدة بن صدقه و روایات باب طلاق استفاده شود که حکم مقید به این است که نکاح به اشاره و ابراز حقیقت نکاح مثل سایر مقاصد و امورش صورت بگیرد، این هم در روایت وارد نشده است. در روایت وارد نشده که مثل همه مواردی که او مقاصدش را ابراز می‌کند، اینجا هم ابراز کند. عبارت روایت این بود: «وَ كَذَلِكَ الْأَخْرَسُ فِي الْقِرَاءَةِ فِي الصَّلَاةِ وَ التَّشَهُدِ، وَ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ» می‌گوید همانطور که اعجمی مثل عالم به زبان عربی که فصیح سخن می‌گوید، نمی‌تواند این چنین کلمات را ادا کند، اُخْرَس هم اینطور است. اینکه اُخْرَس هم این چنین است، از کجای روایت ایشان استفاده کرده که حکم مقید به آن ضمیمه است؛ یعنی هر جوری که در سایر مقاصد عمل می‌کند، اینجا هم عمل کند.

پس اشکال به مرحوم آقای خوبی هم اشکال صغروی است و هم اشکال کبروی. اشکال صغروی که معلوم شد، اساساً اُخْرَس به نحو متعارف در هنگام تفهیم مقاصدش زبانش را به حرکت در نمی‌آورد؛ حالا ممکن است بعضی‌ها این کار را بکنند و بعضی‌ها این کار را نکنند؛ ولی اینکه ایشان می‌گویند متعارف در اُخْرَس این است، این محل اشکال است. اشکال کبروی هم برمی‌گردد به استفاده‌ای که ایشان از روایت مسعدة و روایات باب طلاق کرده‌اند. در این روایات هم چنین تفسیری را در حکم نمی‌بینیم که حکم مقید شده باشد به اینکه ابرازش برای نکاح یا ابراز هر مقصدی که دارد، مثل سایر موارد باشد؛ این هم چنین چیزی از روایت استفاده نمی‌شود.

اتفاقاً در باب روایات عکس این مطلب را می‌توانیم استفاده کنیم؛ در برخی روایات دارد که صرفاً یک عمل و رفتار کفایت می‌کند برای ابراز مقصود اُخْرَس؛ هم در باب نکاح و هم در باب طلاق. مثلاً در باب طلاق این روایت از سکونی نقل شده که «طَلَّقُ الْأَخْرَسِ أَنْ يَأْخُذَ مِقْنَعَتَهَا وَيَضَعَهَا عَلَى رَأْسِهَا وَيَعْتَرِلَهَا»^۱ یا مثلاً در برخی روایات دارد اگر می‌خواهد ازدواج را به این نحو انجام دهد که مثلاً روسری را از سر او بردارد ... در باب طلاق می‌گویند اُخْرَس مقنعه زن را روی سرش می‌اندازد و آن را می‌کشد. در روایت دیگر دارد که در نکاح، مقنعه را از سر او برمی‌دارد. اینجا این را می‌توانیم بگوییم اشاره است؛ اما هیچ نکته و اضافه‌ای ندارد که علاوه بر این اشاره، مثلاً زبانش را هم باید به حرکت درآورد. لذا برخلاف مدعای مرحوم آقای

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۲، باب ۱۹ از ابواب مقدمات طلاق و شروط طلاق، ح ۳.

خوبی، ما نه تنها روایاتی نداریم که به ضمیمه تحریک زبان به اشاره پرداخته باشد، بلکه روایاتی داریم که بر اکتفاء به فعل و اشاره و کاری که مقصود او را برساند، دلالت می‌کند. پس اساساً سخن از این ضمیمه مطرح نیست؛ هر کاری که به نوعی مفهم مقصود او باشد کافی است. اشارات بعضاً این معنا را می‌رسانند، گاهی بعضی افعال ولو عنوان اشاره بر آنها صدق نکند، این معنا را می‌رساند؛ اما هیچ کجا سخن از تحریک لسان نیست. برای همین است که شاید غیر از مرحوم آقای خوبی، کسی این شرط را ذکر نکرده است. در حواشی عروه هیچ کسی این را ذکر نکرده است؛ در بین فقهای متقدم هم چنین شرطی را نمی‌بینیم. لذا این اضافه‌ای که مرحوم آقای خوبی اینجا ذکر کرده‌اند، این هم محل اشکال است.

این در باب جواز اشاره بر اساس مبنای اول و استفاده اعتبار لفظ در عقد نکاح از طریق ادله لفظیه بود.

ب. بر مبنای دوم: استناد اعتبار لفظ در نکاح به اجماع

اما بنابر مبنای دوم که مبنای مختار و برگزیده بود، و شاید کثیری از بزرگان هم آن را پذیرفته‌اند، یعنی اینکه اعتبار لفظ در باب نکاح از راه اجماع بدست آید. بنابر این مبنا، دیگر ما نیاز به دلیل خاص نداریم. نحوه استدلال اینجا کاملاً متفاوت است؛ اجماع یک دلیل لَبّی است؛ در دلیل لَبّی به قدر متیقن اخذ می‌شود. قدر متیقن از معقد اجماع در غیر اخرس است. اما در مورد اخرس چنین چیزی از اجماع استفاده نمی‌شود. بنابراین باید بگوییم به مقتضای اطلاعات ادله نکاح و عمومات آن، اشاره برای نکاح کفایت می‌کند. این راه ساده و آسانی است برای اکتفاء به اشاره در عقد نکاح برای اخرس. البته اگر از این راه وارد شویم، دیگر مسأله جواز اشاره برای خصوص اخرس ثابت نمی‌شود، بلکه هر کسی که به هر دلیلی عاجز از تکلم باشد، چه ذاتاً نتواند سخن بگوید مثل اخرس، یا عرضاً نتواند سخن بگوید، به این معنا که مثلاً زبانش را بریده‌اند و نمی‌تواند سخن بگوید، این یک طریق ساده و روشن برای اثبات جواز اشاره در نکاح اخرس است.

ج. بر هر دو مبنا

علاوه بر این، برخی ادله دیگر هم اینجا قابل استناد است.

دلیل اول

یک دلیل دیگر که برخی به آن استناد کرده‌اند و شاید در کلمات مرحوم علامه به آن اشاره شده، اجماع است. یعنی اجماع در خصوص جواز اشاره برای نکاح اخرس. این اجماع را صاحب جامع المقاصد، کاشف اللثام، ادعا کرده‌اند. مثلاً محقق کرکی می‌فرماید: «فتکفی الاشارة للاخرس كما تكفي في التكبير والاذکار و سائر التصرفات القولية و كأنه لا خلاف في ذلك». ' یا کاشف اللثام می‌فرماید: «أشار (الاخرس) بما يدل على القصد للضرورة و لفحوى ما ورد في الطلاق و هو مما قطع به الاصحاب»، این چیزی است که اصحاب به آن قطع و یقین دارند. پس یک دلیل، ادعای اجماع و اتفاق در این باره است که اشاره اخرس برای نکاح کافی است.

بررسی دلیل اول

این دلیل به نظر می‌رسد اشکال دارد؛ برای اینکه محقق کرکی می‌گوید «کأنه لا خلاف في ذلك» و این غیر از اجماع است. کاشف اللثام هم می‌گوید «و هو مما قطع به الاصحاب»، این چیزی است که اصحاب به آن یقین و قطع دارند؛ این هم ممکن است در یک محدوده‌ای پذیرفته شود، اما این با اجماع فرق دارد.

به علاوه، این در کلمات بسیاری از اصحاب معنون نیست و این مسأله مورد اشاره قرار نگرفته است. به همین جهت نمی‌توانیم

۱. جامع المقاصد، ج ۱۲، ص ۷۶.

از عدم تعرض کثیری از فقها، موافقت آنها را بدست بیاوریم و بگوییم این اجماعی است. پس این دلیل محل اشکال است. یکی دو دلیل دیگر هم در مورد کفایت اشاره در باب نکاح اُخرس وجود دارد که در جلسه آینده بیان خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمین»