



## درس خارج فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

تاریخ: ۳۱ اردیبهشت ۱۴۰۱

موضوع کلی: نکاح

مصادف با: ۱۹ شوال ۱۴۴۳

موضوع جزئی: عقد نکاح - بررسی جواز اشاره در عقد نکاح - ادله جواز اشاره بر هر دو مبنا - دلیل دوم: ضرورت -

دلیل سوم: سیره عقلا - مقام دوم: عدم جواز اشاره در غیر اُخْرَس - جواز اشاره برای اُخْرَس در نکاح موقت

جلسه: ۱۰۵

سال چهارم

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

#### خلاصه جلسه گذشته

بحث در جواز اشاره در عقد نکاح بود؛ گفتیم درباره این موضوع در دو مقام بحث می‌شود. یکی اینکه آیا اُخْرَس می‌تواند در عقد نکاح به اشاره اکتفا کند یا نه؛ دوم، که در عبارت تحریر هم به آن تصریح شده، این است که آیا غیر اُخْرَس می‌تواند در عقد نکاح به اشاره اکتفا کند یا نه.

بحث در مقام اول بر طبق دو مبنا صورت گرفت؛ هم بر مبنای کسانی که به ادله لفظیه استناد کرده‌اند برای اعتبار لفظ در عقد نکاح - مثل مرحوم آقای خویی - و هم بر مبنای کسانی که ادله لفظیه را برای اعتبار لفظ در عقد نکاح کافی ندانستند بلکه به اجماع استناد کردند. ما مبنای اول را رد کردیم و البته بناء آن را مورد بررسی قرار دادیم و به آن اشکال کردیم؛ گفتیم بر طبق مبنای کسانی که در صدد هستند اعتبار لفظ را از راه برخی روایات استفاده کنند، ما نمی‌توانیم به دلیل خاصی مثل روایت مسعدة بن صدقه استناد کنیم و بگوییم اشاره اُخْرَس کافی است. بنابر مبنای دوم - یعنی استناد اعتبار لفظ به اجماع - گفتیم می‌توان از راه اطلاقات ادله نکاح، اثبات کرد که در مورد اُخْرَس اشاره کافی است. بعد عرض ما این بود که برخی ادله دیگر هم اینجا وجود دارد که بنابر هر دو مبنا می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. اینکه این ادله فی‌نفسه تمام هستند یا نه، این بحث دیگری است؛ ولی علی‌کلی‌المبین می‌توان به این ادله استناد کرد.

دلیل اول که مشترکاً هر دو دسته می‌توانند از آن استفاده کنند، اجماع بود؛ معقد این اجماع غیر از آن اجماعی است که بر اعتبار لفظ در باب نکاح قائم شده است. منظور از اجماع در اینجا، اجماع بر جواز اشاره برای اُخْرَس در عقد نکاح است. این را عرض کردیم از جهتی مورد اشکال است؛ چون بسیاری از فقها متعرض این مسأله نشده‌اند و کسانی که این مسأله را ذکر کرده‌اند، تعبیراتی مثل «مما لا خلاف فیه» یا «مما قطع به الاصحاح» برای آن ذکر کرده‌اند. عنوان اجماع در عبارات مطرح نشده است.

#### دلیل دوم: ضرورت

دلیل دومی که شاید طبق هر دو مبنا بتوانیم به آن استناد کنیم برای جواز اشاره در مورد اُخْرَس، مسأله ضرورت است. این دلیل در کلمات کاشف اللثام<sup>۱</sup> و برخی دیگر از فقها مثل صاحب ریاض<sup>۲</sup> مطرح شده است. توضیح این دلیل این است که: اُخْرَس اگر بخواهد عقد نکاح انجام دهد، نمی‌تواند تکلم کند و الفاظ مخصوصه مربوط به عقد نکاح را بر زبان جاری کند. حالا که قدرت

۱. کشف اللثام، ج ۷، ص ۴۷.

۲. ریاض، ج ۱۱، ص ۱۸.

بر تکلم ندارد، دو راه پیش روی او وجود دارد؛

یک راه این است که ولیّ او نیابتاً از طرف او این کار را انجام دهد. منظور از اینکه ولیّ او این کار را انجام دهد، یعنی همانطور که مثلاً ولیّ طفل صغیر ولایت دارد و می‌تواند برای طفل صغیر عقد نکاح جاری کند، برای اُخرس هم این کار را می‌تواند انجام دهد. این ولایت برای ولیّ اُخرس ثابت نشده است؛ ما دلیلی نداریم که مثلاً چنین نیابتی برای پدر اُخرس یا مادر یا جد او ثابت است و او نیابتاً می‌تواند این را انجام دهد. اینکه خود به خود این حق را داشته باشد که نیابتاً از طرف اُخرس انجام دهد، این ثابت نیست.

راه دوم، توکیل است؛ یعنی کسی را وکیل کند برای اجرای صیغه؛ حالا این وکیل می‌تواند پدرش باشد یا غیر او. اینکه این راه هم برای او تعین ندارد بلکه می‌تواند علی‌رغم قدرت بر توکیل، به اشاره عقد را واقع کند، این با اصل عدم لزوم توکیل منتفی می‌شود. صاحب ریاض این را فرموده که درست است که این شخص می‌تواند دیگری را به عنوان وکیل برای اجرای صیغه نکاح قرار دهد و دیگر خودش به اشاره اکتفا نکند، ولی این لازم نیست؛ یعنی اینطور نیست که اگر بتواند وکیل بگیرد، این مقدم بر اشاره باشد. لذا کأن مسأله ضرورت از این باب پدید می‌آید که خود شخص نمی‌تواند الفاظ را بر زبان جاری کند و گرفتن وکیل هم برای او لازم نیست. نتیجه این می‌شود که اشاره برای او کافی است. گرفتن وکیل برای هر کسی جایز است؛ یعنی حتی انسان غیر اُخرس هم می‌تواند وکیل بگیرد برای اجرای صیغه نکاح. اما بحث در این است که اُخرس که می‌تواند وکیل بگیرد، آیا می‌تواند به اشاره اکتفا کند یا اینکه اگر بتواند وکیل بگیرد، باید این کار را بکند و خودش نمی‌تواند به اشاره اکتفا کند. ایشان فرموده‌اند چون اصل، عدم لزوم توکیل است، پس گرفتن وکیل برای او لازم نیست. لذا آن ضرورتی که گفته شد، ایجاب می‌کند که اُخرس بتواند به اشاره، عقد نکاح را برای خود محقق سازد.

سؤال:

استاد: نسبت به خودش ضرورت است؛ اینکه می‌گویند ضرورت است، یعنی این شخص چاره‌ای ندارد جز اتکاء به اشاره مفهم مقصود او؛ چون خودش نمی‌تواند این را بر زبان جاری کند. آن وقت کأن سؤال می‌شود که درست است خودش نمی‌تواند الفاظ را بر زبان جاری کند، ولی وقتی می‌تواند وکیل بگیرد چرا این کار را نکند؟ اینجا صاحب ریاض فرموده که گرفتن وکیل برای او لازم نیست.

پس ضرورت مع اصالة عدم لزوم التوكيل ایجاب می‌کند که اشاره کافی باشد؛ این تعبیر ریاض المسائل است که: «الضرورة مع اصالة عدم لزوم التوكيل»، ضرورت مع اصالة عدم لزوم التوكيل ایجاب می‌کند اشاره کافی باشد؛ و الا معنای ضرورت معلوم است، یعنی اینکه چاره‌ای جز این ندارد، به حسب خودش. الان ضرورت اینجا محقق است؛ بالنسبة الی شخص الاخرس ضرورت محقق است، چون نمی‌تواند به زبان جاری کند، راه جایگزین برای او اشاره است. مسأله وکالت هم درست است که ممکن و مقدور است، اما می‌گوید اصل، عدم لزوم توکیل است. ما شک داریم آیا بر او لازم است توکیل یا نه، اصل، عدم لزوم توکیل است. چون اینکه اُخرس اگر نمی‌تواند عقد را به الفاظه جاری کند باید وکیل بگیرد، این خودش نیازمند دلیل است. به چه دلیل توکیل برای او لازم باشد؟ پس ما شک داریم توکیل لازم است یا نه، اصل عدم توکیل اقتضا می‌کند توکیل هم برای او لازم نباشد. پس الضرورة مع اصالة عدم لزوم التوكيل اقتضا می‌کند که اشاره کافی باشد. یعنی کأن این به عنوان یک مطلبی

است که استدلال به ضرورت را تمام و تکمیل می‌کند. به عبارت دیگر آن ضرورت کأن به ضمیمه این اصل محقق می‌شود. این محصل استدلال اینهاست.

سؤال:

استاد: بله، ممکن است؛ این چه آسیبی به مسأله ضرورت می‌زند؟ ... این امکان یک راهی است که دیگر در مورد او متصور نیست؛ این می‌شود دیگری، وارد کردن دیگری به این ماجرا. عرض کردم بالنسبه الی شخص الاخرس هیچ راهی غیر از این وجود ندارد. ... عجز دو جور است؛ یک وقت عجز ذاتی است مثل اخرس، اما یک وقت عرضی است مثل اینکه زبانش را بریده‌اند. اما آن عجز، عجز از یک صیغه خاص است؛ برای گفتن لفظ مشکلی ندارد؛ کسی که مثلاً عاجز از تکلم به زبان عربی است، آن با این فرق می‌کند؛ او لفظ را می‌تواند بگوید ... آنجا هم اقوال مختلف است. ولی الان بحث در این است که بالاخره این ضرورت و احتیاج برای اخرس وجود دارد، و آن چیزی که می‌تواند بدل این قرار گیرد، دلیلی بر لزومش نداریم. عرض کردیم که این دلیلی است که هم دسته اول و هم دسته دوم می‌توانند به آن استناد کنند؛ چون این دیگر کاری ندارد به اینکه ما اعتبار لفظ را از اجماع بدست بیاوریم یا از ادله لفظیه.

اینجا ممکن است یک اشکالی مطرح شود که اخرس برای خود عقد توکیل هم نیاز به لفظ دارد؛ و این شاهد بر این است که توکیل لازم نیست، به تعبیر دیگر ممکن است اینطور دلیل آورده شود که اخرس که می‌خواهد دیگری را وکیل کند تا عقد نکاح را جاری سازد، برای خود توکیل هم به عنوان یک عقد نیاز به لفظ دارد؛ آنجا را چه کار کند؟ او که نمی‌تواند لفظ را بگوید و عقد توکیل را با لفظ محقق کند.

ولی این بنا بر این است که در عقود لفظ معتبر باشد، حتی در باب توکیل. ولی اگر کسی گفت در باب توکیل لفظ لازم نیست بلکه به اشاره می‌تواند این کار را بکند، دیگر جای این دلیل نیست.

پس بعید نیست که بتوانیم به این دلیل اعتماد کنیم و بگوییم با این دلیل طبق هر دو مبنا می‌توان اکتفاء به اشاره در مورد اخرس را ثابت کرد.

### **دلیل سوم: سیره عقلا**

این در بین عقلا یک امر واضح و روشن و پذیرفته شده‌ای است که کسانی که قادر به تکلم نیستند، مقاصدشان را با اشارات مفهمه معنای مقصود به دیگران منتقل می‌کنند. این امر رایج و شایعی است؛ و عقلا هم بر این اشارات اثر مترتب می‌کنند. فرض هم این است که اشارات مفهم معنای مقصود هست؛ اگر اشاره مجمل باشد و معنای مقصود را تفهیم نکنند، این بحث دیگری است. کسی در اینکه نمی‌توان به آن اکتفا کرد، بحثی ندارد. بحث در این است که عقلا بر اشاره مفهم معنای مقصود اثر مترتب می‌کنند و واقع این است که ردعی هم از ناحیه شارع نسبت به این روش و سیره وجود ندارد، بلکه در برخی روایات وارد شده که طلاق اخرس به آن است که مقنعه بر سر زوجه‌اش بگذارد و نکاح اخرس به آن است که مقنعه از سر زن بردارد. این در حقیقت اشاره به این معنا و مقصود است و ردعی هم از ناحیه ائمه (ع) نسبت به آن صورت نگرفته است.

بنابراین سیره عقلا در مواجهه با اخرس ترتیب اثر دادن به اشارات مفهمه معنای مورد نظر آنهاست و در این جهت فرقی بین خواسته‌ها و مقاصد عادی و اخباری و مقاصد مهم‌تر و انشائی آنها نیست. اینطور نیست که بگوییم مثلاً در مواجهه با اخبار اخرس یک طور رفتار می‌کنند، اما اگر پای انشاء به میان آید، جور دیگر رفتار می‌کنند. عقلا به اشارات اخرس ترتیب اثر

می دهند.

ردعی هم در شرع از این سیره وجود ندارد بلکه بعضی روایات می تواند آن را تأیید کند.

لذا این خودش می تواند به عنوان یک دلیل مستقلى قلمداد شود. یعنی در حقیقت دلیل سوم بر جواز اشاره، همین سیره عقلاست. این دلیل را علی کلی المبین می توان به آن استناد کرد.

پس در دلیل اول این قسم از ادله که مشترکاً هر دو مبنا می توانند به آن استناد کنند، خدشه کردیم و گفتیم شاید چنین اجماعی وجود نداشته باشد. اما دلیل دوم یعنی مسأله ضرورت و نیاز، و دلیل سوم قابل اتکاء است؛ یعنی می تواند جواز اشاره اُخرس برای نکاح را ثابت کند. البته اینجا اشکالاتی هم ممکن است نسبت به برخی از این ادله مطرح شده باشد که اهمیتی ندارد و وارد آن نمی شویم.

### نتیجه بحث در مقام اول

فتحصل مما ذکرنا کله که در مقام اول به نظر ما اشاره برای نکاح اُخرس کافی است و او هر چند قادر بر توکیل غیر باشد و بتواند کسی را برای اجرای صیغه وکیل کند، اما توکیل لازم نیست، و می تواند به اشاره اکتفا کند. این را از اطلاقات ادله نکاح می توان استفاده کرد، همانطور که در مبنای اول که دلیل اعتبار لفظ در نکاح را اجماع می دانست، می توان به آن اتکاء نمود. اگر ما اجماع را دال بر اعتبار لفظ در باب نکاح دانستیم، قدر متیقن از آن اجماع، شخصی است که اُخرس نباشد؛ اما در مورد اُخرس می توانیم به اطلاقات ادله نکاح اخذ کنیم. حالا برخی در این اطلاقات اشکال کرده اند؛ ولی به نظر می رسد که این اشکالات وارد نیست. اطلاقات ادله نکاح لو لا الاجماع اقتضا می کند که اگر نکاح به فعل یا قول انشاء شود کافی است؛ منتهی چه کنیم که اجماع در این میان ما را محدود کرد به اینکه لفظ باید وجود داشته باشد، و الا لو لا این اجماع، می گفتیم که نکاح به غیر لفظ هم واقع می شود.

### مقام دوم: عدم جواز اشاره در غیر اُخرس

اما مقام دوم که در تعبیر تحریر اینطور آمده: «و کذا الاشارة المفهمة فی غیر الاخرس»، یعنی لایکفی، کفایت نمی کند اشاره مفهمة در غیر اُخرس. کسی که می تواند لفظ را استعمال کند نمی تواند با اشاره این کار را بکند. دلیل این هم واضح است و اینجا خیلی نیاز به بحث ندارد. قطعاً در نکاح دائم با توجه به آن اجماعی که در مسأله وجود دارد، غیر لفظ کفایت نمی کند.

### جواز اشاره برای اُخرس در نکاح موقت

ما همانطور که در مورد کتابت در نکاح موقت گفتیم این کفایت می کند، اینجا هم لایبعد القول بجواز الاشارة المفهمة فی غیر الاخرس فی النکاح الموقت. این هم بعید نیست؛ برای اینکه آن اجماع که در باب اعتبار لفظ مطرح شده، قدر متیقن آن نکاح دائم است. واقع این است که اطلاقات ادله لفظیه نکاح، هیچ کدام بر اعتبار لفظ دلالت ندارند. لذا لو لا الاجماع، ما کتابت و اشاره را کافی می دانستیم؛ البته به شرط اینکه همراه کتابت و اشاره، انشاء و قصد زوجیت باشد، رضایت باشد، شرایط دیگر تحقق داشته باشد؛ مثلاً در نکاح موقت اشاره مفهمة به مهریه و مدت نکاح باید وجود داشته باشد. یعنی شرایط دیگر سر جای خودش، تنها مسأله این است که به لفظ نیست.

### بحث جلسه آینده

تا اینجا بحث درباره بخش اول عبارت تحریر بود. در ادامه، امام (ره) می فرماید «و الاحوط لزوماً کونه فیهما باللفظ العربی».

تا اینجا در اصل اعتبار لفظ بحث داشتیم، ملاحظه فرمودید مستند اعتبار لفظ در نکاح چیست و انظار و اقوال در اینجا کدام است. حالا بعد از آنکه معلوم شد لفظ معتبر است، بحث در این است که آیا این لفظ حتماً باید به زبان عربی باشد، فلا ینعقد بلفظ غیر العربیة، یا اینکه ینعقد بکل لفظ فی کل لسان مطلقاً؛ یا اینکه در مسأله تفصیل وجود دارد بین کسی که قدرت بر اجرای صیغه نکاح به زبان عربی داشته باشد ولو بالتوکیل، یا چنین قدرتی نداشته باشد، آنگاه مثلاً به زبان غیر عربی هم بتواند این را بیان کند. این موضوع بحث است. امام به صورت کلی راجع به این بخش فرمودند که احتیاط واجب آن است که به لفظ عربی باشد، فتوا هم ندادند. اما مرحوم سید علاوه بر این، در مورد ماضویت آن هم بحث کرده‌اند. این را در جلسه آینده دنبال خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمین»