



درس فارج فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۲۲ آبان ۱۴۰۱

مصادف با: ۱۸ ربیع الثانی ۱۴۴۴

موضوع جزئی: احکام عقد - مسأله ۲ - مقام اول: الفاظ ایجاب: ۵. ایجاب به لفظ «امر» -

اشکال محقق خوبی به مرحوم حکیم - بررسی کلام مرحوم حکیم - اشکال اول و دوم

جلسه: ۱۶

سال پنجم

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

خلاصه جلسه گذشته

عرض شد برای جواز اکتفاء به لفظ امر در نکاح، به روایت سهل ساعدی یا صحیحه محمد بن مسلم استدلال شده است. اشکالاتی به این روایت مطرح شد و پاسخ آنها بیان شد. مرحوم آقای حکیم فرمودند نیازی به استدلال به این روایت نیست یا ممکن نیست؛ چون به مقتضای قاعده می‌توان با لفظ امر، عقد نکاح را منعقد کرد. قاعده را هم توضیح دادیم که منظور ایشان چیست؛ قاعده این است که ولی و وکیل و مالک می‌توانند نکاح را منعقد کنند بدون اینکه نیازمند قبول از طرف مرد باشد. در مورد مالک مشخص است، مالک اختیار دارد و مالک عبد محسوب می‌شود، بنابراین وقتی که او نکاح را انشاء می‌کند، عبد در برابر او اختیاری ندارد تا بخواهد قبلت را بگوید. در مورد ولی و وکیل هم ایشان نظرشان همین است، یعنی مثل مرحوم سید. می‌گوید وقتی امر می‌شود در واقع توکیل می‌کند به شخص شنونده و مخاطب، کآن او را وکیل قرار داده است، و وقتی وکیل از دو طرف باشد، می‌تواند بدون نیاز به قبول، عقد را واقع کند. توضیح این مطلب گذشت.

اشکال محقق خوبی به مرحوم حکیم

مرحوم آقای خوبی به مرحوم حکیم اشکال کرده است؛ ایشان به طور کلی می‌فرماید جواز وقوع نکاح به لفظ امر مبتنی بر یکی از این دو امر می‌تواند باشد، البته با قطع نظر از روایت:

مبنای اول جواز

۱. یکی اینکه امر به تزویج از ناحیه مرد را به منزله قبول او تلقی کنیم؛ یعنی اینکه می‌گوید زوجنی، قبول متقدم است و بعد که شخص می‌گوید زوجتکها، این ایجاب متأخر است؛ اصلاً کاری به روایت ندارد. لذا این از مصادیق بحث گذشته است، یعنی تقدم قبول الرجل علی ایجاب المرأة. اتفاقاً یکی از ادله‌ای که قائلین به جواز تقدم قبول ذکر کرده‌اند، همین روایت سهل ساعدی است. به غیر از روایت، دلایل دیگری هم قائم شد بر اینکه می‌توان قبول را بر ایجاب مقدم کرد. اگر تقدیم قبول بر ایجاب از ناحیه مرد جایز باشد، اینجا وقتی مرد می‌گوید زوجنیها، این خودش قبول متقدم است و دیگر نیازی به قبول بعد الا ایجاب ندارد؛ ارکان عقد موجود است، لذا نکاح محقق می‌شود. همانطور که عرض شد این با قطع نظر از روایت است. اگر فی نفسه کسی به ولی زن بگوید زوجنیها و او هم بلافاصله بگوید زوجتکها، دیگر فاصله‌ای نیفتد و تطابق بین ایجاب و قبول یا موالات بهم نخورد نکاح محقق می‌شود؛ این یک مبنا برای قائلین به جواز و کسانی که می‌گویند لفظ امر کافی است.

اشکال به مبنای اول

لکن ایشان این را رد می‌کند تبعاً للمحقق الحکیم، ملاحظه فرمودید مرحوم آقای حکیم هم گفت نمی‌توانیم بگوییم امر قبول است

و عبارت مرحوم سید را هم فرمود بعید نیست که حمل بر همان معنایی کنیم که ما گفتیم. آقای خوبی می‌گوید اینکه زوجین به عنوان قبول متقدم باشد، واقعاً بعیداً عن المتفاهم العرفی جداً؛ چون وقتی کسی به دیگری می‌گوید فلانی را به زوجیت من در آور، یعنی واقعاً دارد طلب می‌کند انشاء اصل نکاح را؛ یعنی رضایتش را به نوعی اعلام می‌کند؛ اعلام آمادگی می‌کند برای اقدام به نکاح. با این امر، انشاء قبول برای زوجیت نمی‌کند. کسی که به دیگری می‌گوید فلانی را به زوجیت من در آور و کاری کن که او به زوجیت من در آید، این در حقیقت اعلام رضایت باطنی به انجام این کار است و این برای عقد نکاح کافی نیست. آن چیزی که در عقد نکاح لازم داریم انشاء قبول است و این باید به یک مبرزی ابراز شود، در حالی که در این مورد چنین چیزی اتفاق نیفتاده است. لذا ایشان مثل مرحوم آقای حکیم می‌گوید امر نمی‌تواند به عنوان قبول مقدم تلقی شود، و آنچه زن یا ولی او می‌گوید ایجاب متأخر باشد؛ این اصلاً قابل قبول نیست و عرفاً چنین چیزی از امر به تزویج فهمیده نمی‌شود؛ عرف این لفظ را به معنای انشاء قبول از ناحیه مرد تلقی نمی‌کند. پس این مردود است.

البته ما الان فعلاً نقل می‌کنیم و بعداً باید ببینیم آیا این سخن درست است یا نه. به هر حال مرحوم آقای خوبی هم مثل مرحوم آقای حکیم در اینکه مبنای جواز این باشد که امر به تزویج از ناحیه مرد به عنوان قبول تلقی شود را رد می‌کند.

مبنای دوم جواز

۲. همانطور که آقای حکیم گفتند، یحتمل جواز اکتفاء به لفظ امر در نکاح به مقتضای قاعده باشد؛ یعنی همانطور که اگر کسی مالک بود می‌تواند با لفظ واحد انشاء کند نکاح را و نیازی به قبول نباشد، اینجا هم همینطور است. یک نفر از طرف مرد وکیل شده و فرض هم این است که از طرف زن هم وکیل شده است؛ وقتی او وکالت دارد که این کار را انجام دهد و گفته زوجتکها؛ مثل مسأله عبد و أمه نیازی به قبول از طرف مرد ندارد. این مبنایی است که می‌توان برای جواز اکتفاء به لفظ امر به آن تکیه کرد.

اشکال به مبنای دوم جواز

مرحوم آقای خوبی اشکال می‌کند و می‌فرماید این مطلب صغریاً و کبریاً اشکال دارد. طبق ترتیب عروه این مطلب در بحث نکاح عبید و اماء مطرح شده است.

اشکال کبری

آقای خوبی اشکال کبری می‌کند و می‌گوید این مستلزم استعمال لفظ در اکثر از معنای واحد است و استعمال لفظ در اکثر از معنا یا ممکن نیست و عقلاً محال است، یا اگر هم ممکن باشد حداقل استعمال آن بر خلاف عرف است؛ یعنی کسی این لفظ را استعمال نمی‌کند و حتی این را از اغلاط هم محسوب کنند. چرا این استعمال لفظ در اکثر از معناست؟ مرحوم آقای خوبی البته در اینجا توضیح نداده و در بحث از مسأله نکاح عبید و اماء، با مرحوم آقای حکیم و مرحوم سید مخالفت کرده است؛ آنجا می‌گوید بله، در مسأله مالک و مملوک این را قبول داریم؛ یعنی اگر کسی عبد خودش را بخواهد به زوجیت دیگری در آورد، ایجاب او به تنهایی کافی است و دیگر نیازی به قبول از طرف عبد ندارد. اما در مورد وکیل و ولی اینطور نیست و بین این دو فرق است. همه اختلاف در اینجا است که آقای حکیم مسأله وکیل و ولی را هم ملحق می‌کنند به مالک، اما آقای خوبی می‌گوید بین این دو کاملاً فرق است. در آنجایی که مولا عبدی را به زوجیت زنی در می‌آورد، چون عبد هیچ اختیاری ندارد و همه اختیار او بدست مولاست؛ وقتی می‌خواهد عبد را به زوجیت زن در آورد، اینجا یک التزام در کار است؛ دو التزام مربوط به وکالت و

ولایت است؛ یک التزام از ناحیه مولا صورت می‌گیرد و عقد محقق می‌شود. اما در مورد وکالت یا آنجایی که شخصی ولیّ طرفین است، کأن دو طرف اصل در عقد محسوب می‌شوند. اگر خودشان بودند، کأن یک التزام این دارد و یک التزام نفر مقابل، این دو التزام باید محقق شود تا عقد تحقق پیدا کند. ولی در مورد مالک یک التزام است و وقتی می‌خواهد عقد بخواند می‌گوید انکحتک لفلان؛ اینجا دیگر تمام می‌شود، چون مالک است و عبد اختیاری ندارد تا پذیرش او ضمیمه شود؛ در اینجا یک التزام بیشتر نیست.

پس مرحوم آقای خوئی در حقیقت معتقد است بین مسأله نکاح عبید و اماء و نکاح موکل و مولی علیه فرق است؛ در عبید و اماء یک التزام بیشتر وجود ندارد، لذا نیازی به قبول نیست. اما در مورد وکیل و ولیّ همانگونه که خود آن دو نفر اگر می‌خواستند ازدواج کنند، کار خودشان را باید انجام می‌دادند، حالا که این کار به عهده وکیل و ولیّ افتاده، این وکیل یا ولی باید این دو کار را انجام دهند؛ تارة از ناحیه موجب و آخری از ناحیه قابل ... عبارت مرحوم آقای خوئی این است: «فالمولیّ إنّما يلتزم من قبل المولیّ علیه فی حین إنّ السید إنّما يلتزم من قبل نفسه لا من قبل العبد أو الأمة»، چون عبد و امه در برابر مولی هیچ محسوب می‌شوند؛ این کأن دارد درباره یک شیء متعلق به خودش تصمیم می‌گیرد. اینجا لازم نیست به نمایندگی از دیگری این کار را انجام دهد؛ ولیّ و وکیل کأن به نمایندگی از دیگری این کار را انجام می‌دهند، در حالی که در مورد عبد و امه این چنین نیست. لذا در مورد عبد و امه، ایجاب به تنهایی کفایت از قبول می‌کند؛ اما در مورد وکیل و ولیّ اینطور نیست. اگر بخواهد در مورد وکیل و ولی کفایت کند، یستلزم منه استعمال اللفظ فی اکثر من معنا؛ برای اینکه باید بگوییم زوجتک لفلان هم در ایجاب استعمال شده باشد و هم در قبول، و این استعمال لفظ در اکثر از معناست که حتی اگر امکان عقلی آن را هم بپذیریم، اما در مقام استعمال با روش عقلا سازگار نیست. عقلا از این که لفظ در دو معنا استعمال شده باشد پرهیز می‌کنند؛ هیچ وقت لفظی که ظهوری در یک معنا دارد، در دو معنا استعمال نمی‌کنند. این اشکالی است که به کبرا دارد.

اشکال صغروی

آقای خوئی یک اشکال به صغری هم دارد و می‌فرماید: اساساً اینکه کسی از دیگری طلب کند و از او بخواهد که فلان کار را برای او انجام دهد، این درخواست یک فعل است نه توکیل. این غیر از اشکال اول است؛ می‌گوید اگر از اشکال کبروی صرف نظر کنیم و بگوییم بر فرض ولیّ و وکیل بتوانند به ایجاب واحد و بدون نیاز به قبول، عقد نکاح را جاری کنند؛ این که طلب می‌کند و می‌گوید زوجنیها، این اصلاً توکیل نیست. شما فرض گرفته‌اید که این وکیل از طرف مرد شده است. وکالت یک معنای واضح و روشن دارد؛ وقتی می‌گوید فلان دختر را به تزویج من در آور، یعنی دارد طلب می‌کند عمل و فعل این شخص را، نه اینکه بخواهد او را وکیل کند. این اصلاً توکیل محسوب نمی‌شود؛ مثل اینکه کسی بگوید هبنی ما عندک، این چیزی که دست توست را به من ببخش؛ معنای این سخن چیست؟ حالا فرض کنیم این هبه نیازمند قبول هم باشد، آیا اینکه می‌گوید هبنی ما عندک، درخواست انشاء قبول از طرف این شخص است یا درخواست و مطالبه عمل بخشیدن؟ می‌گوید این کار را بکن و این مال را به من ببخش که بعد از بخشیدن او اگر نیاز به قبول بود، باید قبلت را بگوید.

بنابراین به نظر مرحوم آقای خوئی کبرا و صغرای مسأله محل اشکال است. این اشکالی است که مرحوم آقای خوئی به آقای

حکیم دارند.^۱

البته مرحوم آقای خویی درباره روایت هم می‌فرماید این روایت دلالت بر جواز اکتفاء به لفظ امر در باب نکاح نمی‌کند. همان اشکالاتی که ما در گذشته مطرح کردیم، آن اشکالات را ایشان به شکلی در اینجا مطرح کرده‌اند. مرحوم آقای خویی به طور کلی می‌گوید نمی‌شود به روایت استدلال کرد برای اینکه این مرد که به پیامبر(ص) عرض می‌کند زوجینها، از این بدست نمی‌آید که پیامبر(ص) را وکیل می‌کند، بلکه این صرفاً طلب تزویج است؛ اگر بخواهیم بگوییم این قبول متقدم است، این هم بدست نمی‌آید، چون ظهوری در انشاء قبول ندارد. به علاوه، مشکل فصل بین ایجاب و قبول که باعث بهم خوردن موالات می‌شود هم مطرح است؛ و نیز عدم تطابق بین ایجاب و قبول. این دو اشکال را قبلاً عرض کردیم و مرحوم شهید اول هم به این اشکالات اشاره‌ای داشته است. لذا ایشان می‌گویند یا این روایت به طور کلی در مقام نقل جزئیات نبوده و فقط در مقام این بوده که بگوید مهر لازم نیست درهم و دینار باشد بلکه می‌تواند قرآن به عنوان مهر قرار گیرد، یا همان حرفی که شهید اول زدند که این از اختصاصات پیامبر(ص) است؛ پیامبر(ص) به دلیل ولایتی که داشتند، اینجا می‌توانست با ایجاب این را واقع کند، بدون نیاز به قبول.

اشکالاتی که ایشان نسبت به روایت داشتند، اینها را قبلاً پاسخ دادیم. عمده این است که هم مطالب مرحوم آقای حکیم و هم مطالب مرحوم آقای خویی بررسی شود.

بررسی کلام مرحوم حکیم

مرحوم آقای حکیم فرمود روایت این مطلب را اثبات نمی‌کند؛ عمده مدعای مرحوم آقای حکیم این بود که روایت این مسأله را اثبات نمی‌کند. فرمایش ایشان را توضیح دادیم. البته ما با مرحوم آقای حکیم هم‌نظر هستیم مثل مرحوم سید؛ آقای حکیم می‌گوید اتیان به لفظ امر برای نکاح کافی است؛ منتهی دلیل ایشان روایت نیست، دلیل ایشان مقتضای قاعده است. می‌گوید چون با امر دارد طرف مقابل را وکیل می‌کند و او وکیل از طرف دیگری هم است، یعنی وکیل عن الطرفین، اینجا مثل نکاح عبید و اماء که مالک می‌توانست عقد نکاح را با ایجاب واحد و بدون نیاز به قبول منعقد کند، وکیل می‌تواند این کار را انجام دهد. عمده دلیل ایشان همین بود، و الا نه روایت را قبول کرد و نه امر را به عنوان قبول متقدم پذیرفت.

ما در مورد کبرای مدعای ایشان که وکیل و ولی می‌توانند مثل مالک مبادرت به عقد نکاح کنند، موافق هستیم. لذا با این بخش از کلام مرحوم آقای حکیم کاری نداریم؛ یعنی می‌توانیم بگوییم به مقتضای قاعده نیاز به قبول نیست و وکیل می‌تواند این کار را انجام دهد. اینکه می‌گوییم وکیل می‌تواند این کار را انجام دهد، با توجه به مطالبی که ما در گذشته گفتیم، کاملاً روشن و واضح است. چون آنچه که در نکاح لازم داریم این است که علقه زوجیت انشاء شود؛ اما اینکه حتماً باید این علقه به صورت دو انشاء آن هم در طول هم تحقق پیدا کند، دلیلی بر چنین چیزی نداریم. وقتی مرد اعلام رضایت باطنی کرده و وکالت به ولی زن داده که او هم از طرف زن وکیل است، اینجا این شخص می‌تواند اعلام کند پیوند بین این دو را؛ مشکلی در این نیست. اینجا لازم نیست بگوییم چون این وکیل است و یک التزام زن دارد و یک التزام مرد، این هم باید دو التزام را اعلام کند، پس عقد صحیح نیست؛ نه، چنین چیزی لازم نیست. این را بیشتر در بررسی فرمایش مرحوم آقای خویی عرض خواهیم کرد.

۱. موسوعه مرحوم آقای خویی، ج ۳۳، ص ۱۳۸-۱۴۰.

اشکال اول

اما اینکه مرحوم آقای حکیم فرمودند امر نمی‌تواند قبول متقدم واقع شود، (در کلمات مرحوم آقای خوبی هم بود) عبارت ایشان را در جلسه قبل خواندم؛ می‌گوید: «فانه غیر معقول لان الامر بالتزویج انشاء لایقاعه من المخاطب المأمور لا انشاء لنفسه و حمل الامر علی غیر معناه و هو انشاء القبول خلاف المقطوع به»، امر به تزویج یک معنایی دارد که با قبول متفاوت است؛ اگر ما بخواهیم این را حمل بر قبول کنیم، این برخلاف چیزی است که به آن یقین داریم؛ وقتی می‌گوید فلانی را به نکاح من درآور، آیا واقعاً طلب می‌کند فعل تزویج را یا انشاء قبول خودش را می‌کند؟ این دو خیلی مهم است. ایشان که می‌گوید معقول نیست، برای این است که دارد طلب می‌کند فعالیت او برای نکاح را. این کجا و مسأله انشاء قبول به وسیله این لفظ کجا؛ انشاء قبول به وسیله این لفظ یعنی من رضایت خود را اعلام کردم و قبولم را گفتم، برو آن را انجام بده ولی آیا با امر دارد انشاء قبول می‌کند یا طلب کوشش و تلاش و فعل است؟ ایشان می‌گوید این اصلاً غیر معقول است، برای اینکه نمی‌خواهد خودش الان انشاء کند؛ این دارد از او می‌خواهد که او این کار را انجام دهد، بین اینها فرق است. لازمه اینکه ما امر را قبول مقدم به حساب آوریم این است که بگوییم او دارد انشاء می‌کند قبول نکاح را الان؛ در حالی که او دارد ایقاع آن را از آن شخص طلب می‌کند؛ می‌گوید تو این را برای من انجام بده، نه اینکه خودش الان دارد انشاء می‌کند برای خودش.

اشکال دوم

غیر از این جهت، غیر متعارف بودن هم که مطرح کردند و اینکه از الفاظ مستنکره است و در اینکه کسی امر کند به عنوان قبول، یعنی امر را به جای قبول نشانیدن اشکال کردند، به نظر می‌رسد درست است که ظهور عرفی در معنای طلب فعل دارد، ولی اگر ما قرینه‌ای داشته باشیم بر اینکه خود این انشاء باشد، هیچ محذوری در آن نیست. این هم تتمه‌ای دارد و کلام آقای خوبی را هم باید بررسی کنیم.

«والحمد لله رب العالمین»