



درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۲۳ آبان ۱۴۰۱

مصادف با: ۱۹ ربیع الثانی ۱۴۴۴

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

بررسی کلام مرحوم حکیم - بررسی کلام محقق خوبی

جلسه: ۱۷

سال پنجم

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

خلاصه جلسه گذشته

بحث در بررسی کلام مرحوم آقای حکیم و مرحوم آقای خوبی بود؛ عرض کردیم ما با بعضی از مطالبی که مرحوم آقای حکیم فرموده‌اند موافق هستیم، اما در مواضعی از کلمات ایشان اشکال و ایراد داریم. موضعی که با ایشان موافق هستیم، در کبرای اکتفاء به ایجاب واحد در جایی که شخص مالک یا وکیل یا ولی طرفین باشد. اما دو اشکال هم به مرحوم آقای حکیم ذکر کردیم. ایشان فرمود امر نمی‌تواند به عنوان قبول متقدم واقع شود، چون انشاء قبول یک مطلب است، امر به انشاء زوجیت یک مطلب دیگری است. ما عرض کردیم مشکلی در اینکه امر انشاء قبول باشد نیست. اشکال دوم این بود که اساساً وقوع قبول به لفظ امر یا انشاء قبول به لفظ امر، غیرمتعارف است و از الفاظ مستنکره است؛ این را هم عرض کردیم اگر قرائنی بر این امر دلالت کند، محذوری ندارد. چه بسا دلالت این امر بر قبول از مثل وهبت نفسی و امثال اینها قوی‌تر و بالاتر است. پس این دو اشکال به مرحوم آقای حکیم وارد است.

ادامه بررسی کلام مرحوم حکیم

اشکال سوم

ایشان فرمود با توجه به اینکه جواز اکتفاء به امر در عقد نکاح بر طبق قاعده است، لایحتاج فی اثباته الی الروایة؛ ما نیازی به روایت نداریم. وقتی به مقتضای قاعده شد، دیگر محتاج روایت نیستیم. عرض ما این است که بر فرض این حکم به مقتضای قاعده باشد، روایت هم می‌تواند به عنوان دلیل دیگری این مطلب را اثبات کند. بله، ضرورتی در تمسک به روایت نیست طبق این مبنا، بدین معنا که اگر روایت نباشد حکم ثابت نشود. ولی اینکه روایت را کنار بگذاریم، این شاید صحیح نباشد. علاوه بر این، مرحوم آقای حکیم در مقام اشکال به شهید ثانی که روایت را حمل بر ولایت اختصاصی پیامبر(ص) کرده بود، فرمود: «کان الاولی للشهید تنزیل الروایة علی ما تقدم فی ذلک المبحث»، شهید ثانی به جای اینکه روایت را حمل کند بر ولایت اختصاصی پیامبر(ص)، بهتر است که این روایت را حمل کند بر آنچه که ما قبلاً گفتیم که «من أن الوکیل عن الطرفین یجزی ایجابہ عن القبول»، کسی که وکیل از دو طرف می‌شود، صرف انشاء ایجاب از طرف او کفایت می‌کند از قبول. ایشان روایت را بر طبق قاعده دانسته که شخص به عنوان اینکه وکیل عن الطرفین است، (صرف نظر از اینکه آن وکیل پیامبر باشد یا غیر پیامبر) می‌تواند به ایجاب اکتفا کند و نیازی به قبول نباشد. همین که روایت بر وفق قاعده معنا شده، این دلیل را قوی‌تر می‌کند، قاعده را تقویت می‌کند؛ بنابراین روایت از اثر ساقط نمی‌شود و می‌تواند مورد استناد و استدلال قرار گیرد.

سؤال:

استاد: می‌گویند این طبق قاعده است؛ روایت هم دارد بر طبق همان قاعده حرف می‌زند. یعنی می‌شود مؤید؛ چون این مرد دارد پیامبر(ص) را وکیل می‌کند و اگر وکیل شد می‌تواند به ایجاب اکتفا کند و قبول نیازی نیست.

پس اینکه ایشان می‌فرماید «لا یحتاج فی اثباته الی الروایة» عرض کردم ضرورت وجود ندارد، اما استناد به روایت به عنوان دلیل دیگر و مؤید دیگر، خیلی هم بجا و مناسب است.

اما اینکه در مورد احتمال دوم (صیغه امر را به عنوان قبول تعبداً بپذیریم، یعنی چون روایت گفته، برخلاف قاعده بگوییم امر مقدم تعبداً می‌تواند قبول تلقی شود) فرمود «فذلک مما لا دلیل علیه»، ما هیچ دلیلی نداریم که امر را تعبداً قبول کنیم؛ تعبداً یعنی قاعده این است که این قبول نباشد، چون هم صیغه امر است و هم مقدم است. اما تعبداً به خاطر این روایت آن را بپذیریم. این مطلب درست است از روایت چنین چیزی استفاده نمی‌شود.

اما احتمال دیگر که آقای حکیم فرمودند امر می‌تواند به عنوان قبول پذیرفته شود، در صورتی که به عنوان انشاء قبول صادر شده باشد (یعنی آن مردی که به پیامبر(ص) فرموده زوجینها، در حقیقت ضمن درخواست تزویج آن زن به خودش، انشاء قبول هم می‌کند) و محقق صاحب شرایع و مرحوم علامه در قواعد منظورشان همین است و معتقدند این امر به مثابه قبول است و انشاء قبول از آن اراده شده، اینها در حقیقت به استناد این روایت این حرف را می‌زنند؛ اما ایشان می‌گویند از این روایت چنین چیزی استفاده نمی‌شود. این هم حرف درستی نیست؛ چه محذوری وجود دارد که روایت بر این مطلب دلالت نکند؟ وقتی می‌گویند زوجینها، بعد هم پیامبر(ص) فرموده زوجتکها و بعد از آن قبلت از ناحیه مرد صادر نشده و ما خارجاً می‌دانیم عقد احتیاج به ایجاب و قبول دارد، باید بگوییم امر صادر از این مرد به قصد انشاء قبول واقع شده، همانطور که محقق صاحب شرایع این را استفاده کرده است. پس این مطلب از روایت قابل استفاده است. اینکه آقای حکیم می‌گویند روایت بر این مطلب دلالت ندارد، این حرف صحیحی نیست.

پس ما با کبرای حرف ایشان موافق هستیم که به مقتضای قاعده می‌تواند قبول در کار نباشد؛ اما اشکالاتی که ایشان به این روایت کرده و نیز اینکه گفته امر نمی‌تواند قبول متقدم واقع شود، این را نمی‌پذیریم.

سؤال:

استاد: آقای حکیم می‌گویند امر نمی‌تواند قبول باشد، بنابراین این می‌شود توکیل، مثل همان مسأله نکاح عبید و اماء نیازی به قبول نیست. ایشان اینکه کلاً قبول باشد را نمی‌پذیرد ... من می‌پذیرم؛ می‌گویم امر می‌تواند قبول متقدم باشد. اینجا دو فرض دارد؛ یک وقت شما اعلام رضایت می‌کنید یک وقت شما می‌گویید من به تو اختیار می‌دهم که کار را تمام کن و بیا. اصلاً فرض این آقایان این است که وکیل عن الطرفین باید باشد؛ اگر نباشد معنا ندارد. در مورد مالک که می‌گویند، یعنی مالک عبد و امه است یعنی مالک هر دو آنهاست و آنها هیچ اختیاری ندارد، لذا مالک می‌تواند این کار را انجام دهد. ولی در جایی که این شخص از طرف یک نفر وکیل است، اگر از طرف زن کسی دیگری وکیل باشد اصلاً این بحث مطرح نمی‌شود. اما اینکه امر قبول متقدم تلقی شود، چه محذوری دارد؟ این همان حرف آقای خوبی است که بعداً به آن می‌رسیم. بالاخره آقای حکیم و آقای خوبی همه اختلافشان بر سر همین موضوع است. اشکال ایشان را عرض می‌کنیم که به کبری ایراد دارد، و الا در اینکه امر

نمی‌تواند قبول متقدم باشد، هر دو هم فکر هستند؛ آقای خوبی می‌گوید امر نمی‌تواند قبول متقدم باشد، آقای حکیم هم می‌گوید نمی‌تواند باشد؛ ولی بنده می‌گویم می‌شود. فرض کنید وکیلی در کار نیست؛ مردی به زنی می‌گوید زن من باش، زن هم می‌گوید زوجتک نفسی؛ گفته‌اند «زن من باش» نمی‌تواند قبول متقدم باشد، ولی این چه محذوری دارد؟ با همین لفظ دارد قبول را انشاء می‌کند، یا زن به مرد می‌گوید کُن زوجی، تو شوهر من باش، او هم می‌گوید قبلت؛ حالا آن ایجاب است و سر جایش هم هست؛ ایجاب را با امر می‌گوید کُن زوجی ما ادله جواز را ذکر کردیم، بالاخره لولا این روایت، آن ادله‌ای که ما آوردیم، حالا اشکالاتی که به این روایت شد را جواب دادیم؛ وقتی می‌گوید کن زوجی، نمی‌تواند با این انشاء قبول کند؟ چه محذوری دارد؟ بعداً الفاظ قبول را بحث خواهیم کرد؛ شما بگویید الفاظ قبول فقط باید به قبلت و رضیت باشد، مگر اتزوجک نمی‌تواند لفظ قبول باشد؟ زن می‌گوید زوجتک نفسی، مرد هم می‌گوید تزوجتک، مگر حتماً باید قبلت باشد؟ همه آقایان گفته‌اند تزوجتک می‌تواند لفظ قبول باشد اینجا دو تا بحث است؛ آقایان می‌گویند نمی‌شود با امر انشاء قبول کرد، می‌گوید درخواست فعل است من می‌گویم چرا؟ ما نمی‌گوییم هر کجا امر باشد این چنین است، می‌گویم امر می‌تواند انشاء قبول باشد؛ شما فکر می‌کنید ما ادعا می‌کنیم هر کجا امر باشد، این انشاء قبول است؛ نخیر، یک جاهایی قطعاً نیست. یک بحث کلی داریم، قابلیت واقع شدن صیغه امر به عنوان انشاء قبول؛ اصلاً چه محذوری دارد با این کُن زوجی بشود انشاء قبول کرد؟ می‌گوییم در مورد الفاظ ایجاب و قبول چه کسی گفته باید حتماً حقیقت یا صریح باشد؟ می‌تواند لفظی ظاهر باشد به وسیله قرینه یک معنای مجازی از آن فهمیده شود. وهبت را به چه دلیل پذیرفتیم؟ ما خودمان را می‌گوییم، با بقیه کار نداریم، با احتیاط آخرش هم کار نداریم، مگر ما وهبت را قبول نکردیم؟! چرا قبول کردیم؟ وقتی این لفظ قرینه بیاید کنارش، وقتی این معنا را برساند ما دیگر چه می‌خواهیم؟ مگر خود آقایان در مورد بعضی از الفاظ نپذیرفته‌اند؟ می‌گویند اینها الفاظ مستنکره است؛ ولی اگر ما قرائتی بیاوریم که خصوص این معنا مورد نظر است، این چه محذوری دارد؟ ما گفتیم همه مقاصد انسان با الفاظ بیان می‌شود، حالا این الفاظ می‌خواهد حقیقت باشد، مجاز باشد، قرینه بیاوریم یا قرینه بیاوریم و خودش ظهور داشته باشد؛ مهم این است که طرف حرف شما را بفهمد؛ امر باطنی و رضایت باطنی به یک شکلی ابراز شود. خب الان من دارم این را ابراز می‌کنم، این چه مشکلی دارد؟ من ادعا نمی‌کنم هر جا لفظ امر است، انشاء قبول است، نخیر، کسی ممکن است بگوید زوجتک در مقام اخبار باشد، مگر همان‌جا اینطور نیست؟ ما می‌گوییم این ظرفیت را دارد که با آن انشاء قبول شود؛ بله، ما باید قرینه‌ای داشته باشیم. الان یک جوانی به کسی می‌گوید برو برای من دنبال زن بگرد، برو فلانی را برای من جور کن، این معلوم است که نمی‌خواهد انشاء قبول کند؛ ولی جاهایی هم ممکن است قرینه‌ای باشد. ما فرض کنیم که قرینه‌ای باشد که با آن انشاء قبول بخواهد شود، این چه اشکالی دارد؟ ولی فی نفسه این امر نتواند قبول واقع شود، ما این را قبول نداریم. لذا با این حرف مرحوم آقای حکیم موافق نیستیم.

بنابراین اشکالاتی که ما به آقای حکیم داشتیم معلوم شد.

سؤال:

استاد: بله، یعنی می‌گوید کن زوجی، منتهی ایجاب را به لفظ امر می‌گوید؛ نظر مرحوم سید همین است؛ حالا این مثال را زده مثال دیگری زده است؛ ولی اگر اینطور باشد، مرد هم بگوید قبلت، بله، برای اینجا صیغه قبول و صیغه ایجاب هر دو محقق است.

بورسی کلام محقق خویی

مرحوم آقای خویی فرمود جواز اکتفاء به صیغه امر بر یکی از این سه مبنا استوار است:

۱. امر به تزویج از ناحیه زوج به عنوان قبول پذیرفته شود.

۲. امر به تزویج از ناحیه زوج به عنوان توکیل تلقی شود و چون وکیل از ناحیه زن هم هست، وکیل عن الطرفین، مثل مورد مالک می‌تواند به ایجاب تنها عقد را محقق کند و اصلاً نیاز به قبول نباشد. فرض کنیم زوجین قبول نیست و دارد وکالت می‌دهد؛ پیامبر(ص) هم که می‌گوید زوجتکها، چون از هر دو طرف وکیل است، دارد نکاح را انشاء می‌کند؛ این ایجاب است، اینجا قبول نمی‌خواهد؛ ربطی به اختصاصات پیامبر(ص) هم ندارد؛ هر کسی دیگری بود همین بود. اگر از طرف زن وکالت داشت و مرد هم به او می‌گفت زوجینها، با ایجاب تنها می‌توانست نکاح را محقق کند.

۳. روایت.

فقط یکی از این سه می‌تواند دلیل بر جواز باشد. ولی ایشان هم به اولی و هم دومی و هم به سومی اشکال کرد. حالا باید ببینیم آیا اشکالات ایشان درست است یا نه.

اشکال اول

اما اینکه ایشان فرمود امر به تزویج عرفاً بخواهد قبول تلقی شود، خیلی بعید است؛ «انه بعید عن المتفاهم العرفی جداً»، چون امر انشاء طلب نکاح است و حکایت از رضایت می‌کند؛ درخواست یک فعل است؛ می‌گوید تو برو این را به زوجیت من در آور، و این غیر از انشاء قبول است. می‌گوید ما یک انشاء قبول داریم و یک انشاء طلب تزویج، این همان حرف مرحوم آقای حکیم است؛ لذا همان اشکالی که به مرحوم آقای حکیم کردیم، به ایشان هم وارد است.

اشکال دوم

مطلب دوم مرحوم آقای خویی این بود که ما امر به تزویج را توکیل محسوب کنیم و بگوییم دارد با زوجینها به پیامبر(ص) وکالت می‌دهد، و چون وکالت از طرفین است، ایجاب از این شخص صادر شود کافی است و دیگر نیازی به قبول نیست. آقای خویی هم اشکال کبروی کرد و هم اشکال صغروی. در اشکال صغروی گفتند این توکیل نیست؛ توکیل در انشاء قبول نیست. می‌گوید او را وکیل نکرده که قبول را از طرف او انشاء کند، بلکه گفته برو برای من زن بگیر، این را برای من درست کن؛ درخواست یک فعل است، بعد مثال زد به هبنی ما عندک، مالت را به من ببخش؛ این درخواست فعل است، نه اینکه به او بگوید از طرف من قبول را هم انشاء کن. این را هم عرض کردیم فیه نظر. چرا امر به تزویج لایعد عرفاً توکیلاً؟ آقای خویی می‌گوید امر به تزویج لایعد عرفاً قبولاً و لایعد عرفاً توکیلاً، می‌گوید امر به تزویج نه عرفاً قبول حساب می‌شود که ما بگوییم قبول مقدم است، نه عرفاً توکیل حساب می‌شود. سؤال ما این است چرا؟ یک وقت است می‌گوییم هر امر به تزویج توکیل است برای انشاء ازدواج یا ایجاب نکاح، یک وقت است می‌گوییم می‌تواند امر به نکاح چنین باشد. بحث ما در مواردی است که امر به نکاح صورت گرفته و فرض کنیم قرائتی وجود دارد که این امر به نکاح را توکیل قرار می‌دهد. می‌گوید برو این را برای من درست کن، تا درست

نکردی نیا؛ درست کن یعنی چه؟ نمی‌گویند برو مقدماتش را فراهم کن، این دارد یک وکالت تامه مطلقه می‌دهد به این آقا و می‌گویند برو تمام کن، یعنی اگر کار به آخر رسید قبول را از طرف من بگو. آیا این امکان هست یا نه؟ آیا قابلیت انشاء قبول به وسیله امر وجود ندارد؟

سؤال:

استاد: این اول الکلام است، همه مسأله همین است. اساساً اشکال این است که چه کسی گفته این شخص حتماً باید یکبار از طرف زوج و یکبار از طرف زوجه صیغه را جاری کند؛ همه مسأله همین است. آقای خوبی می‌گویند چون اینجا دو التزام است، نمی‌تواند و باید دو تا کار انجام دهد؛ یکبار از طرف این و یکبار هم از طرف آن و می‌گویند این توکیل برای آن کار نیست. عرض ما این است که فرض مسأله را جایی ببرید که این آقا وکالت تامه داده؛ الان بحث صغروی داریم، آن چیزی که شما می‌گویید مربوط به کبری است. اگر وکالت تامه بدهد، عرفاً این قابلیت هست یا نه؟ اگر شما قابلیت را بپذیرید، یعنی اشکال صغروی ایشان منهدم شده است. ایشان می‌گویند این توکیل نیست؛ آن چیزی که شما می‌گویید توکیل است، اشکال صغروی ایشان این است: «فی کون المقام من صغریات هذه الکبری اشکالا و ذلك فلأن الامر بالتزویج لا یعد عرفاً توکیلا لها فیما هو فعله و إنما الظاهر منه أنه طلب لما هو فعلها خاصة»؛ پس اشکال صغروی آقای خوبی را وارد نمی‌دانید، تا اینجا با من هم عقیده هستید؟ من چند بار تأکید کردم که هیچ وقت نمی‌گویم هر امری دلالت بر این مطلب می‌کند؛ می‌گویم این قابلیت را دارد که توکیل محسوب شود عرفاً. بحث شما در کبری است؛ به هر حال اینکه آقای خوبی می‌فرماید امر به تزویج لایعد عرفاً توکیلا، می‌گویم چرا؟ مگر آنجا حتماً باید صریح بگویند أنت وکیل فی انشاء القبول لهذا العقد بله شرط هست اینکه می‌گویند امر به نکاح عرفاً لایعد توکیلا، ما می‌گوییم چرا؟ اینکه مرحوم آقای حکیم هم به شهید ثانی اشکال کرده، به جای اینکه این را از اختصاص پیامبر(ص) دهید بیابید حمل بر وکالت کنید، اینجا معلوم است؛ زن می‌گوید من شوهر می‌خواهم، مرد هم می‌گوید زوجینها، آنجا طلب کرده؛ این وقتی می‌گویند زوجینها، این زوجینها واقعاً به معنای این نیست که دارد وکالت می‌دهد به پیامبر(ص) در آن فضا؟ بله، ما می‌گوییم مطلق امر ممکن است بدون این قرائن حالیه و مقامیه توکیل محسوب نشود، ولی می‌تواند به کمک قرائن توکیل محسوب شود. اینکه مرحوم سید و دیگران قائل به جواز شده‌اند، منظور این نیست که هیچ قرینه‌ای وجود نداشته باشد مثالی که زده‌اند جایی است که وکیل عن الطرفین، پس اشکال صغروی آقای خوبی وارد نیست.

اشکال سوم

اشکال کبروی ایشان را هم قبلاً گفتیم؛ آقای خوبی اشکالشان به مرحوم آقای حکیم در همان بحث این است که این سلمنا توکیل باشد، اما مسأله وکالت با مالکیت فرق دارد؛ مسأله وکالت و ولایت با مالکیت فرق دارد؛ آنجا را ایشان می‌پذیرد، اما اینجا می‌گویند این چنین نیست. چرا؟ چون آنجا ما نیاز به یک التزام بیشتر نداریم و او می‌تواند این التزام واحد را انشاء کند. اما اینجا دو التزام می‌خواهیم، چون یکی وکیل است به عنوان الایجاب، وکیل است برای انشاء التزام زن و وکیل است برای انشاء التزام مرد. پس چون دو التزام است، نیاز به دو صیغه دارد. یکبار انشاء کند از طرف زن و یکبار انشاء کند از طرف مرد. پس نمی‌شود به ایجاب تنها اکتفا کرد و حتماً باید قبول باشد. لذا ایشان با مرحوم سید اینجا مخالفت کرده و گفته هذا الاحتیاط لایترک.

اشکال ما به مرحوم آقای خویی این است. این برمی‌گردد به اصل مبنا؛ اگر مبنای ما همان باشد که عرض کردیم، یعنی مثل مرحوم آقای حکیم باشد؛ وقتی یک نفر از سوی دو نفر وکیل می‌شود و هر دو از او می‌خواهند علقه زوجیت را اعتبار کند، این بالاتر از صرف قبول و ایجاب است؛ یعنی اعتبار و ایجاد این علقه در عالم اعتبار، اگر مبنا این باشد چرا نشود با ایجاب به تنهایی نکاح را واقع کرد؟ بنابراین این اشکال مرحوم آقای خویی وارد نیست.

اشکال چهارم

اما راجع به روایات، اشکالاتی که ایشان به روایت کرده، مسأله اعتبار موالات، اعتبار تطابق که در کلمات آقای خویی آمده، همان اشکالاتی است که دیگران کرده‌اند و ما جواب ایشان را دادیم و این روایت مخصوصاً با این گفتگوهایی که صورت گرفته، کاملاً روشن است که دلالت بر مطلب دارد.

نتیجه

نتیجه کلی این است که حق با مرحوم سید است، احتیاط استحبابی است اما وجوبی که امام و مرحوم آقای خویی و مرحوم آقای نائینی گفته‌اند، به نظر می‌رسد وجهی ندارد و می‌تواند به صیغه امر واقع شود. اما الفاظ قبول در جلسه آینده.

«والحمد لله رب العالمین»