



## درس فارج فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۹ مهر ۱۴۰۲

موضوع جزئی: احکام عقد - مسأله ۱۳ - فروع چهارگانه - فرع اول، دوم و سوم - ادله صحت عقد در فروع سه‌گانه -

دلیل اول - دلیل دوم و بررسی آن - فرع چهارم

جلسه: ۲

سال پنجم

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

### خلاصه جلسه گذشته

عرض کردیم اگر در مقام تعیین زوج و زوجه اختلاف پیش آید و بین اسم و وصف یا بین اسم و وصف و بین اشاره تفاوت و تعارض باشد، اینجا امام(ره) ضمن بیان فروعی در مسأله، فرموده‌اند عقد تابع قصد است؛ یعنی آنچه که مقصود عاقد واقع شده و انشاء به آن تعلق گرفته، در نظر گرفته می‌شود و غیر آن ملغی می‌شود. مثلاً اگر قصد عاقد انشاء عقد بر آن زوجه‌ای بوده که با وصف کبری معرفی کرده، اما در مقام توصیف یا بیان یا اشاره، اشتباه و غلط صورت می‌گیرد و مثلاً می‌گوید دختر بزرگ که نامش فاطمه است را به زوجیت زید در آوردم؛ اینجا ملاک آن وصف کبری است که عقد بر آن واقع شده است و ذکر نام فاطمه یا اشاره غلطاً و اشتباهاً صورت گرفته است. لذا ملغی می‌شود و عقد صحیحاً واقع می‌شود و مشکلی ندارد.

### فروع چهارگانه

به هر حال سه فرض اینجا قابل تصویر است که مرحوم امام(ره) و مرحوم سید در عروه، اینها را در قالب سه فرع مطرح کرده‌اند. متن تحریر چنین است:

### فرع اول

«فإذا كان المقصود تزويج البنت الكبرى و تخيل أن اسمها فاطمة و كانت المسماة بفاطمة هي الصغرى و كانت الكبرى مسماة بخديجة و قال: «زوجتك الكبرى من بناتي فاطمة»؛ می‌فرماید اگر مقصود تزویج دختر بزرگتر باشد ولی عاقد گمان کرده که اسم او فاطمه است، ولی آن کسی که اسمش فاطمه است، دختر کوچکتر است و دختر بزرگتر نامش خدیجه است؛ اما وقتی عقد خوانده، گفته زوجتک الكبرى من بناتي فاطمة، من دختر بزرگترم را که نامش فاطمه است به زوجیت تو در آوردم. اینجا امام می‌فرماید «وقع العقد على الكبرى التي اسمها خديجة و يلغى تسميتها بفاطمة»، اینجا عقد بر همین دختر بزرگتر که اسمش خدیجه است واقع می‌شود و آن تسمیه و اسمی که در عقد به آن تصریح شده (یعنی فاطمه) ملغی می‌شود، چون غلط و اشتباه است.

### فرع دوم

فرع دوم این است: «و إن كان المقصود تزويج فاطمة و تخيل أنها كبرى»، اگر قصد متعلق شده به آن دختری که اسمش فاطمه است ولی فکر می‌کند آن دختری که نامش فاطمه است، دختر بزرگتر است؛ «فتبين أنها صغرى»، اما بعد معلوم می‌شود که دختر کوچکتر است؛ «وقع العقد على المسماة بفاطمة»، عقد بر آن کسی که به نام فاطمه نامگذاری شده واقع می‌شود؛ «و ألغى وصفها بأنها الكبرى»، اما آن وصف کبری ملغی می‌شود.

### فرع سوم

فرع سوم: «و كذا لو كان المقصود تزويج المرأة الحاضرة و تخيل أنها كبرى و اسمها فاطمة»، اگر مقصود به زوجیت در

آوردن این زنی است که حاضر است، می‌گوید این را قصد کرده به زوجیت در بیاورد لکن گمان کرده این دختر بزرگتر است و گمان کرده اسمش فاطمه است؛ «فقال «زوجتك هذه و هي فاطمة و هي الكبرى من بناتي»»، این را که اسمش فاطمه است و دختر بزرگتر من است، به زوجیت تو در آوردم؛ «فتبين أنها الصغرى و اسمها خديجة»، بعد معلوم شد که این دختر کوچکتر است، اسمش هم خدیجه است؛ «وقع العقد على المشار إليها»، عقد بر مشار إليها واقع می‌شود، چون قصد تعلق به مشار إليها گرفته است؛ «و يلغى الاسم و الوصف»، اما اسم و وصفی که در متن عقد ذکر شده است، ملغی می‌شود.

#### **ادله صحت عقد در فروع سه گانه**

اینجا این سه فرع مشکلی ندارد به نظر امام(ره) و مرحوم سید، چون در یکی قصد متعلق شده به اسم؛ لکن وصف یا اشاره اشتباه است؛ در یکی قصد متعلق شده به وصف، ولی اسم یا اشاره اشتبهاً ذکر شده است؛ در سومی قصد متعلق شده به مشار إليها، اما در ذکر اسم و وصف اشتباه شده است. در اینها آنچه که قصد به آن تعلق گرفته، همان ملاک قرار می‌گیرد و عقد نسبت به آن صحیح است؛ و غیر از مقصود، سواء كان اسماً أو وصفاً أو إشارةً که غلطاً و اشتبهاً ذکر شده، ملغی می‌شود.

#### **دلیل اول (امام و سید)**

دلیل، همان چند کلمه‌ای است که ابتدای این مسأله امام اشاره کرده‌اند: «يتبع العقد لما هو المقصود»، در این سه تا هر آنچه که قصد به آن تعلق گرفته، عقد نسبت به آن واقع می‌شود. این دلیل را مرحوم سید هم ذکر کرده‌اند؛ وجه هم کاملاً روشن است. وقتی عقدی واقع می‌شود، یعنی انشاء صورت می‌گیرد، انشاء زوجیت می‌شود نسبت به یک زن برای مرد؛ انشاء زوجیت متعلقش معلوم است، منشأ معلوم است؛ طبیعتاً آنچه که قصد به آن تعلق می‌گیرد و انشاء متوجه آن می‌شود، ملاک قرار می‌گیرد. حالا اگر در کنار آن یک چیزی اشتباه و خطا گفته شد، کالعدم و لغو است، ضرری به این انشاء نمی‌زند. این دلیلی است که در هر سه فرعی که امام در متن تحریر اشاره کرده‌اند و مرحوم سید در عروه به آن تصریح کرده‌اند، جریان دارد و لذا حکم به وقوع عقد و صحت آن می‌شود.

یک فرع و یک فرضی هست که امام در آخر گفته‌اند؛ در جلسه قبل گفتم که در کلمات سید نیست و مورد بحث است که آن را بعداً خواهیم گفت.

#### **دلیل دوم (شیخ طوسی و علامه)**

اما یک دلیل دیگری در کلمات شیخ طوسی در مبسوط ذکر شده؛ مرحوم علامه هم آن را پذیرفته و به آن استناد کرده و حکم به صحت عقد کرده است. عبارت شیخ طوسی در مبسوط<sup>۱</sup> این است ... چون عبارت طولانی است، نمی‌خواهم بخوانم؛ تشقیق شقوق کرده اول: «فإذا أراد تزويج بنته لم يخل من أحد أمرين ... و لو قال بنتي فاطمة و اسمها خديجة صح أيضاً»، اگر بگوید من به زوجیت در آوردم فاطمه را در حالی که اسمش خدیجه است، صح أيضاً (چندتا فرع را ذکر می‌کند تا اینجا)؛ «فإن بنتي صفة لازمة، و لا تزول عنها، و فاطمة صفة تزول عنها»، وقتی می‌گوید زوجت بنتی فاطمه در حالی که اسمش خدیجه است، این عقد صحیح است و واقع می‌شود بر آن وصف یعنی «بنتی»؛ اسم را اشتباه گفته، پس ملغی می‌شود. چرا؟ چون بنتی صفت لازمه است، یعنی صفتی است که زائل نمی‌شود، اما فاطمه یا خدیجه (اسم) صفت لازمه نیست و می‌تواند زائل شود؛ می‌توانست از اول اسمش فاطمه نباشد یا اصلاً اسمش را عوض کند و اسم دیگری بگذارد؛ اما وصف دختر این شخص بودن هیچ وقت زائل نمی‌شود؛ این ثابت است، این لازم است. لذا اگر مثلاً بگوید زوجت بنتی الكبرى یا زوجتک الكبرى من بناتي

۱. مبسوط، ج ۴، ص ۱۹۲.

اسمها فاطمة فتبین آنها خدیجة، اینها با این بیان شیخ طوسی، عقد صحیح است؛ چرا؟ چون الکبری من بناتی یک صفت لازمه است و زائل شدنی نیست، در حالی که اسم صفت لازمه نیست و زائل شدنی است. نتیجه فرقی نمی‌کند؛ امام هم این فرض را فرمودند عقد صحیح است و واقع می‌شود بر همان دختر بزرگتر؛ شیخ طوسی هم همین را می‌فرماید و می‌گوید عقد صحیح است و واقع می‌شود بر دختر بزرگتر، اما دلیل یا استدلال شیخ طوسی یک چیز دیگری است؛ اینکه این بنتی یا الکبری من بناتی صفت لازمه است.

مرحوم علامه هم به همین استدلال کرده و تعبیر ایشان این است: «فالاقوی الصحة و هو اصح وجهی الشافعیة لان البنتیة صفة لازمة مميزة فیتعین و یلغی الاسم المذكور بعده»، دقیقاً همین بیان شیخ طوسی است؛ می‌گوید بنتیت صفت لازمه‌ای است که موجب تمیز می‌شود، چون این صفت لازمه است و ثابت است، پس این متعین است و آن اسمی که بعدش ذکر شده، ملغی است.

حالا آیا این استدلال تمام است یا نه.

### بررسی دلیل دوم

البته این مطلب برگرفته از اهل سنت است؛ یعنی این استدلال در کلمات شافعی هم آمده است. در کلام خود علامه هم این ذکر شده بود «فالاقوی الصحة و هو اصح وجهی الشافعیة». لذا ریشه استدلال شیخ طوسی و مرحوم علامه، بعضی از کلمات اهل سنت است که در برخی از عبارات آنها هم آمده است. حالا ما کاری نداریم به اینکه در کلمات آنها آمده یا نه، باید ببینیم اساس این استدلال تمام هست یا نه.

این استدلال ناتمام است و حق در اینجا با امام(ره) و مرحوم سید است؛ برای اینکه اگر فرض کنیم بنتیت به عنوان یک صفت لازمه بخواهد ملاک قرار بگیرد، اشتباه و غلط نسبت به این صفت هم ممکن است رخ بدهد. آنچه در عقد مهم است، این است که عاقد انشاء را متوجه چه امری کند؛ به عبارت دیگر منشأ چه باشد؛ قصد به چیزی تعلق گرفته باشد. در این هیچ‌گاه غلط و اشتباه راه ندارد. غلط و اشتباه می‌تواند نسبت به اسم یا صفت یا اشاره رخ بدهد، اما قصد هیچ‌گاه گرفتار اشتباه نمی‌شود؛ قصد یا هست یا نیست. اگر اشتباه و خطا و نسیان باشد، در واقع قصد نیست؛ امر قصد دوران بین وجود و عدم دارد. پس اگر ما عقد را دایر مدار قصد می‌کنیم، برای این است که در قصد، غلط و خطا و اشتباه محقق نیست. می‌گوییم اینجا بین اسم و وصف و اشاره تعارض پیش آمده، بعضی را اشتباهاً گفته و غلطاً، چه کار کنیم؟ می‌گوییم ببینید چه چیزی را قصد کرده است؛ چون در قصد، غلط و اشتباه و خطا راه ندارد. اما صفت لازمه و صفتی که زائل نمی‌شود یا صفت ثابت، این می‌تواند حتی به صورت غلط و اشتباه ذکر شود.

بنابراین ملاک و مدار را باید قصد عاقد بدانیم، نه آنچه که به عنوان صفت لازمه ذکر شده است. پس در این مقام، به نظر می‌رسد حق با امام(ره) است و آنچه که ایشان در متن تحریر فرموده‌اند صحیح است و همچنین مرحوم سید؛ چون به عینه مرحوم سید این را ذکر کرده‌اند و البته بسیاری دیگر از فقها؛ استدلال مرحوم علامه به تبع شیخ طوسی، تمام نیست.

سؤال:

استاد: این یک توجیهی است که می‌خواهید بگویید فرمایش مرحوم شیخ و علامه تمام باشد، اما تعبیر را ببینید: «فان بنتی

صفة لازمة، و لا تزول عنها، و فاطمة صفة تزول عنها»، این اصلاً اشاره‌ای به قصد ندارد؛ ایشان هیچ اشاره‌ای به اینکه این قصد به آن تعلق گرفته نکرده است. ایشان در مقام دلیل این را ذکر کرده است. یا عبارت مرحوم علامه را دقت بفرمایید: «لان البنّية صفة لازمة مميزة»، بله، شما می‌توانید بگویید در واقع اینکه گفته زوجتک بنتی فاطمة، قصدش همان بنتی است؛ در عبارت چنین چیزی نیست.

### توجیه دلیل دوم

اللهم الا أن يقال که نظر مرحوم شیخ طوسی هم این است که عقد تابع قصد است؛ این مسلم است؛ و اگر به این مطلب تصریح نکرده و اشاره به صفت لازمه و ثابت کرده، از این باب است که صفت لازمه طریقی برای احراز مقصود است. مگر اینکه اینطور بگوییم که صفت لازمه در کلمات شیخ طوسی آمده، یک راهی است برای احراز ما هو المقصود؛ آن وقت بگوییم ایشان هم در واقع می‌خواهد به همان مطلب «العقود تابعة للمقصود» استناد کند.

### پاسخ

ولی اولاً این با ظاهر کلمات ایشان سازگار نیست؛ ثانیاً لزوم و ثبوت صفت یا صفت لازمه بودن یا صفت ثابت بودن، چه طریقی برای نشان دادن قصد عاقد دارد؟ چه ملازمه‌ای بین این دو است؟ بله، یک صفت لازمه است، یک صفت غیر لازمه، اما لازمه بودن این صفت آیا دلالت بر این دارد که حتماً همین هم متعلق قصد عاقد واقع شده است؟ ممکن است عاقد در مقام بیان مقصودش از اسم استفاده کند؛ ممکن است به اشاره اکتفا کند، هیچ ملازمه‌ای وجود ندارد. لذا به نظر می‌رسد این استدلال و فرمایش مرحوم شیخ طوسی و به تبع ایشان مرحوم علامه ناتمام است و حق همان است که در متن تحریر آمده است.

### فرع چهارم

این سه فرعی که ذکر کردیم، در واقع محل کلام و بحث نبود و تنها مشکل در استدلال بود، و الا بالاخره یا اسم مقصود عاقد است یا وصف مقصود عاقد است یا اشاره مقصود عاقد است. در هر صورت چون عقد تابع قصد است، واقع می‌شود بر آنچه که مقصود است. در این سه فرضی که گفتیم، همه همینطور بود؛ مقصود معلوم بود، یا اسم است، یا وصف یا اشاره است و تعیین با همین حاصل می‌شود و شرط صحت عقد محقق است.

اما یک صورت محل بحث است و آن هم آخرین فرعی است که در کلام امام ذکر شده است. این فرع چهارم است که گفتیم در کلمات مرحوم سید نیست و امام این را به صورت تعلیقه، به کلام سید در حاشیه عروه بیان کرده‌اند. عبارت حاشیه عروه را در جلسه قبل خواندم؛ این عبارت تحریر است: «و لو كان المقصود العقد على الكبرى فلما تخيل أن هذه المرأة الحاضرة هي تلك الكبرى و قال: «زوجتک هذه و هي الكبرى» لا يقع العقد على الكبرى بلا إشكال، و في وقوعه على المشار إليها وجه لكن لا يترك الاحتياط بتجديد العقد أو الطلاق»، اگر مقصود، عقد بر کبری باشد، یعنی قصد تعلق گرفته به وصف که بزرگترین دختر این آقا می‌خواهد به زوجیت زید دربیاید؛ آمده در مجلس عقد نشسته، آن دختر بزرگتر را می‌خواسته بگیرد، حالا ممکن است ندیده باشد ولی می‌دانسته این دختر بزرگ یک ویژگی‌هایی دارد و یک امتیازاتی دارد و یک جایگاهی دارد و می‌خواسته او را بگیرد، آمد در مجلس عقد نشست و فکر کرد این دختری که الان آمده همان دختر بزرگ است؛ هم اشاره و هم وصف با هم ذکر شد؛ گفت زوجتک هذه و هي الكبرى، اینجا امام می‌فرماید عقد بر کبری بلا اشکال واقع نمی‌شود. چرا؟ مگر این با قبلی‌ها چه فرقی دارد؟ گفت «و لو كان المقصود العقد على الكبرى»، ما تا به حال می‌گفتیم ملاک قصد است و عقود تابع قصد هستند؛ اینجا که مقصود این دختر بزرگ است، چرا می‌گوید «لا يقع العقد على الكبرى بلا إشكال و في وقوعه على المشار

إليها وجه»، می‌گوید بر دختر بزرگتر که واقع نمی‌شود، دختر بزرگتر الان در جلسه نیست و بیرون جلسه است؛ می‌گوید با اینکه قصد نسبت به او تعلق گرفته ولی عقد نسبت به او واقع نمی‌شود. اینجا چه فرقی کرد؟ به حسب قاعده باید عقد واقع شود نسبت به آن دختر بزرگ.

اما نسبت به مشار إليها چطور؟ بالاخره آن یکی که کنار رفت؛ اما گفته زوجتک هذه، اشاره که هست، چرا نسبت به این واقع می‌شود؟ اینجا می‌شود بگوئیم این عقد واقع می‌شود لکن لایترک الاحتیاط، اما احتیاط ترک نمی‌شود بتجدید العقد أو الطلاق؛ یا طلاق جاری کنند نسبت به این، فرض را این بگیرند که عقد واقع شده، یا عقد را تجدید کنند بنابر اینکه بگوئیم عقدی واقع نشده است. این چه فرقی دارد با آن فروض قبلی؟ چرا اینجا امام می‌فرماید لایقع العقد علی الکبری؟ این مطلبی است که دقت بفرمایید فردا ان شاء الله بررسی خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمین»