



## درس فارغ فقه استاد حاج سید مجتبی نورمفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۱۶ مهر ۱۴۰۲

موضوع جزئی: احکام عقد - مسأله ۱۳ - فرع چهارم - دو موضوع در فرع چهارم - فرق فرع چهارم با سه فرع قبلی -

بررسی موضوع دوم: تردید در وقوع عقد نسبت به مشار الیهها - وجه تردید امام - اشکال بعضی از بزرگان و بررسی آن - حق در مسأله

جلسه: ۵

سال ششم

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

#### خلاصه جلسه گذشته

عرض کردیم در فرع چهارم امام(ره) دو ادعا مطرح کرده‌اند؛ فرع چهارم این بود که مقصود در عقد، وصف باشد، لکن گمان کرده که این شخصی که حاضر است، همان موصوف است و گفته زوجتک بنتک الکبری و هی حاضرة. ادعای اول مورد بررسی قرار گرفت؛ اینکه فرمودند عقد نسبت به وصف واقع نمی‌شود؛ چند دلیل ذکر شد، انظار مختلف بیان شد؛ مقتضای تحقیق در مسأله و نظر ما این شد که اگر وصف ذکر شود، تارة مقصود بالذات است و آخری مقصود بالعرض. اگر مقصود بالذات باشد و معین و معلوم باشد، اینجا عقد نسبت به او واقع می‌شود و صحیح است؛ ولی اگر مقصود بالعرض باشد، یعنی قصد فی الواقع به مشار الیهها تعلق گرفته باشد، اینجا عقد نسبت به وصف واقع نمی‌شود. عرض کردیم مبنای این مسأله هم ظهور عرفی صیغه است؛ باید ببینیم صیغه ظهور در کدام دارد؛ آیا ظهور در اشاره دارد یا ظهور در وصف. اگر هیچ چیزی که دال بر قصد باشد وجود نداشته باشد و تنها وصف و اشاره ذکر شده باشد، بعید نیست که بگوییم اشاره بر وصف ترجیح دارد. یعنی ما باشیم و این جمله، می‌گوییم ظهور عرفی زوجتک الکبری و هی حاضرة این است که قصد اولاً و بالذات به مشار الیهها تعلق گرفته، نه نسبت به کبری و لذا نسبت به کبری واقع نمی‌شود. این محصل نظر ما در ادعای اول شد.

#### فرق فرع چهارم با سه فرع قبلی

سؤال:

استاد: اگر اشتباه و غلط باشد، چه فرقی با آن فروع سه‌گانه قبلی دارد؟ در فروع سه‌گانه قبلی، عبارت تحریر را ملاحظه بفرمایید در همه آنها این را ذکر کرده «لو كان المقصود الوصف، لو كان المقصود الاسم، لو كان المقصود الاشارة» ولی آن دیگری را غلطاً و خطأ گفته است؛ مسأله غلط و خطأ و اشتباه در آن سه فرع قبلی تصریح شده است. اما اینجا امام(ره) مسأله غلط و خطأ را ذکر نکرده‌اند. متن عبارت این است: «فلما تخيل أن هذه المرأة الحاضرة هي تلك الكبرى» معلوم می‌شود که این فرع یک فرقی با قبلی‌ها دارد؛ و الا اگر این باشد که یکی از این سه امر مقصود باشد و دیگری را غلطاً و اشتباهاً گفته باشد، پس نیازی به ذکر آن نبود.

سؤال:

استاد: مقصود بالذات و بالعرض خیلی فرق می‌کند؛ ... اتفاقاً این فرمایش شما دقیقاً مؤید مطلب ماست؛ در آن سه فرع قبلی گفتند مقصود ملاک قرار می‌گیرد و آن دیگری یلغی، اما اینجا نمی‌گوید یلغی. ... پس مسأله غلط و اشتباه نیست که به وزان آن سه فرع گذشته بگویند آنچه که قصد شده را اخذ می‌کنیم و غلط و اشتباه را لغو می‌کنیم؛ معلوم است که جنس آن متفاوت

است .... یک وقت شما می‌گویید این فرع خارج از مسأله ۱۳ است و ممکن است استشهاد کنید به عدم تعرض صاحب عروه به این فرع، لذا صاحب عروه این فرع را نیاورده و ما گفتیم امام این را در قالب تعلیقه بر عروه به آن اشاره کرده‌اند. در حالی که این درست است؛ یعنی یک فرضی از تعارض بین این امور سه‌گانه همین است که اینجا گفته‌اند. ... یک وقت وصف و اشاره ذکر می‌شوند و اینها مطابق‌اند، مشکلی نیست. یک وقت بین اینها تعارض پیش می‌آید؛ این سه فرعی که امام (ره) ذکر کرده‌اند، مربوط به فرض تعارض است؛ یعنی مثلاً وصف با اسم نمی‌خواند، اسم با وصف نمی‌خواند، مثلاً اشاره با اسم نمی‌خواند. در این موارد می‌گویید می‌بینیم مقصود کدام است، غلط کدام است؛ آن چیزی که غلطاً گفته شده ملغی می‌شود و عقد نسبت به مقصود واقع می‌شود و ملاک آن هم تبعیة العقد للمقصد است.

اما وقتی می‌آییم سراغ فرع چهارم، آیا اینجا منظور این است که مثلاً قصد به وصف تعلق گرفته و اشاره غلطاً ذکر شده یا اینکه گمان کرده اینها بر هم منطبق هستند. آیا اینجا ما باید بگوییم مقصود چون وصف است و اشاره اشتباهاً گفته شده، پس ملغی است؟ این چه فرقی با قبلی‌ها دارد؟ دیگر نیاز به تردید نبود، چرا امام در آن تردید کرده‌اند؟ پس معلوم می‌شود که موضوع در اینجا متفاوت است؛ تفاوتش هم همین است که ما عرض کردیم. تفاوت این است که یک ضلع تعارض در اینجا حتماً اشاره است و ضلع دیگرش یا وصف است یا اسم. مقصود وصف است، اما اشاره هم به نوعی مقصود است؛ دو تا که نمی‌تواند مقصود باشد، پس یکی مقصود بالذات است و دیگری مقصود بالعرض. می‌گوید زوجتک الکبری التي هی الحاضرة، ما عرض کردیم اینجا دو حالت تصویر می‌شود: تارة هی الکبری موضوعیت دارد و مقصود بالذات است؛ حالا می‌خواهد این حاضره باشد یا نباشد، اینجا باید حکم به صحت کنیم؛ چه مشکلی دارد؟ اما یک وقت مقصود بالذات مشار الیها است و ذکر وصف کبری در واقع طریقت دارد و مقصود بالعرض است؛ به عبارت دیگر باید ببینیم کدام یک از وصف و اشاره موضوعیت دارد و کدام طریقت دارد؛ وقتی می‌گوییم مقصود بالذات و مقصود بالعرض، یک وقت بقصد بما هو، و وصف قصد می‌شود بما هو؛ یک وقت وصف قصد می‌شود بما هو طریق الی المشار الیها؛ ملاک این است. نگاه می‌کنیم نسبت به کبری و وصف اگر موضوعیت داشته باشد، چرا عقد نسبت به آن واقع نشود؟ درست است در تطبیق اشتباه کرده، ممکن است بگویید مآلاً این هم غلط و اشتباه است، در تطبیق اشتباه کرده است؛ ولی به هر حال اینجا چرا حکم به صحت عقد نکنیم؟ اگر این باشد، اینکه امام فرموده لایقع العقد علی الکبری بلا اشکال، این وجهی ندارد.

سؤال:

استاد: شما می‌فرمایید امام این فرض را در دل قبلی‌ها مطرح کرده است ... وقتی که دارد انشاء می‌کند، آنجا منشأش این مشار الیها است، همان حرفی که بعضی‌ها زدند، که فیه تأمل. .... آنجایی که می‌گوید «زوجتک فاطمة و هی الکبری من بناتی فتبیین انه الصغری و اسمها خدیجة وقع العقد علی المشار الیها و یلغی الاسم و الوصف»، آنجایی که روشن است وصف به این تعلق گرفته، می‌گوید زوجتک هذه که اسمش فاطمه است و دختر بزرگتر است؛ اینجا قصد به مشار الیها تعلق گرفته، منتهی فکر می‌کرده این دختر بزرگتر است و اسمش هم فاطمه است؛ معلوم شد که این دختر کوچکتر است و اسمش هم خدیجه است؛ می‌گوید یلغی اسم و وصف، و عقد نسبت به مشار الیها واقع می‌شود. بالاخره تفاوت این فرع با قبلی‌ها چیست؟ ما باید یک تفاوتی قائل باشیم تا تعلیقه‌ای که امام بر عروه زده‌اند معلوم شود. سه فرض اول آنجایی است که قصد معلوم است به وصف تعلق گرفته است، قصد به اسم تعلق گرفته و قصد به مشار الیها تعلق گرفته است. ... یعنی قصد به مشار الیها تعلق نگرفته بلکه

مقصودش کبری است. این را در بالا هم گفتند؛ اینکه مقصود کبری باشد ... شما بالاخره خیلی روشن می‌خواهید بفرمایید این فرع چهارم نباید در اینجا ذکر شود ... شما براساس همان ملاک تبعیة العقد للمقصد می‌گویید؛ بحث این است که اساساً این مورد معلوم می‌شود صورت مسأله‌اش متفاوت با اولی است، و الا اگر به این وضوحی که شما می‌گویید بود، دلیلی نداشت بیاید نسبت به یک فرضش ایشان بگوید عقد واقع نمی‌شود و نسبت به یکی تردید کند؛ اصلاً احتمال وقوع نسبت به آن را بدهد. .... آنچه که امام در اینجا به آن اشاره می‌کند و غرض او از ذکر فرع چهارم است، این است که می‌گوید در جایی که قصد معلوم و معین است مثلاً به وصف تعلق گرفته، اینجا وصف مقدم می‌شود؛ یعنی عقد نسبت به او واقع می‌شود و آن غلط کنار می‌رود. در جایی که مقصود اسم باشد کذلک، در جایی که مقصود اشاره باشد کذلک؛ طرف دیگر اینها چیست؟ در فرع اول ممکن است مقصود وصف باشد و غلط نسبت به اسم صورت گرفته باشد؛ همان‌جا می‌شود این فرض را کرد که مقصود وصف باشد و غلط نسبت به اشاره تعلق گرفته باشد و غلط در آن محقق شده باشد؛ شما می‌گویید این را در فرع چهارم آورده است. در جایی که مقصود وصف باشد یا اسم باشد یا اشاره باشد، این سه تا را گفته‌اند. عمده این است که اینجا چرا امام می‌گوید اگر قصد به وصف تعلق گرفته باشد و تخیل آن هذه المرأة همان کبری است، اینجا برای اینکه دو وجه در آن متصور است؛ اینکه این مقصود هو الکبری، عرض کردم تارة وصف موضوعیت دارد (اشاره که همیشه موضوعیت ندارد). ما می‌گوییم وصف اگر موضوعیت داشته باشد، اشکالی در صحت عقد نیست. اگر وصف طریقی داشته باشد، اینجا لایق العقد علی الوصف. بنابراین ما یک حکم واحد نمی‌توانیم در اینجا داشته باشیم؛ می‌گوییم مقصود کبری است، اما آیا این کبری موضوعیت دارد یا طریقی؟ حالا ادعای دوم را مطرح خواهیم کرد.

پس محور بحث در فرع چهارم یک امر کلی است، تعارض بین وصف و اشاره، اسم و اشاره؛ بالا هم که تعارض بین اسم و اشاره و وصف و اشاره را گفته بود؛ فرق نمی‌کند وصف و اسم از این جهت. اسم ممکن است با اشاره تعارض کند یا وصف تعارض کند. اگر مقصود اشاره باشد، خود ایشان در بالا گفت که اینها ملغی می‌شوند. پس اینجا می‌خواهد یک مطلب دیگری بگوید؛ یعنی کأن یا معلوم نیست، که این خلاف فرض است چون می‌گوید «ولو كان المقصود العقد علی الکبری» منتهی مشار الیها هم هست. می‌خواهد ببیند این مشار الیها موضوعیت دارد یا طریقی. پس تعرض نسبت به فرع اولاً اشکالی ندارد و از فرض مسأله هم خارج نمی‌شود - با این بیانی که ما کردیم - و اگر با قبلی‌ها هم متفاوت نباشد، دیگر دلیلی برای تعرض نسبت به آن نیست. بله، یک نکته هست و آن اینکه یک وقت می‌خواهیم بگوییم درست است مقصود کبری است، ولی ظهور عرفی صیغه را باید نگاه کنیم که ظهور در چه دارد. اگر این باشد، در هر سه فرع قبلی هم باید همین را دید؛ ملاک در همه جا یک چیز باشد؛ یک وقت است که می‌گوییم ما می‌خواهیم یک کسی که این صیغه را گفته و یکی را اشتباه و غلط گفته و یکی را درست گفته، ما باید قصد عاقد را در نظر بگیریم یا ظهور عرفی این جمله را؟ ممکن است کسی بگوید ما به ظهور عرفی اخذ می‌کنیم و براساس آن قضاوت می‌کنیم.

لذا مجموعاً به نظر می‌رسد در مورد کبری و وصف، عقد می‌تواند صحیح باشد إذا كان للوصف موضوعية، و می‌تواند باطل باشد إذا كان للوصف طریقیة.

#### **بررسی موضوع دوم: تردید در وقوع عقد نسبت به مشار الیها**

اما مطلب دومی که اینجا فرموده‌اند، تردید در وقوع عقد نسبت به مشار الیها: «و فی وقوعه علی المشار الیها وجه لکن

لا یترک الاحتیاط بتجدید العقد أو الطلاق»، احتیاط واجب این است که یا طلاق بدهند یا عقد را دوباره واقع کنند. اینجا امام تردید کرده؛ وجه تردید ایشان چیست؟ می‌گوید «و فی وقوعه علی المشار الیها وجه»، چرا؟ اگر غلط و اشتباه باشد دیگر معنا ندارد نسبت به مشار الیها بگوییم له وجه؛ مثل قبلی‌هاست.

### وجه تردید امام (ره)

وجه آن این است که چه بسا اشاره به اعتبار اینکه اصرح از وصف و اسم در مقام تطبیق است، بگوییم نسبت به او عقد واقع می‌شود. اما وجه عدم وقوع این است که مقصود نبوده است. طرفین تردید این است: حکم به صحت و وقوع عقد نسبت به این زن حاضر، از باب اینکه اشاره کاملاً معین کرده یک طرف عقد را و ما هم اشاره را برای تعیین می‌خواهیم، به عبارت دیگر لعل همان مطلبی که صاحب جواهر فرمود از باب ترجیح اشاره بر وصف. وجه حکم به بطلان این است که بالاخره این مقصود نبوده طبق فرض.

### اشکال بعضی از بزرگان

بعضی از بزرگان گفته‌اند اینجا جایی برای تردید نیست؛ ما اصلاً چرا بگوییم فی وقوعه علی المشار الیها وجه؟ باید اینجا هم حکم به بطلان کنیم؛ چرا؟ لعدم کونها مقصوده؛ برای اینکه مشار الیها مقصود نیست. طبق فرض، مقصود، دختر بزرگتر است. چرا حکم به صحت عقد نسبت به مشار الیها کنیم؟ بعد مثال زده‌اند و می‌گویند فرض کنید کسی داخل اتاق نشسته، یک کسی اجازه ورود می‌گیرد؛ او به گمان اینکه آن شخصی که استیذان کرده برادرش است، می‌گوید ادخل یا هذا، بیا داخل. گمانش این است که برادر اوست، در حالی که یک غریبه است؛ آیا اینجا کسی می‌تواند بگوید که این «ادخل یا هذا» چون دارد اشاره می‌کند، پس این اذن شامل آن شخص می‌شود ولو غریبه باشد؛ یا مثلاً یک کسی در آنجا نشسته و می‌گوید أنت وکیل فی بیع داری، به گمان اینکه مخاطب او برادرش یا عمویش یا دایی‌اش است، در حالی که از دشمنان او محسوب می‌شود یا اصلاً دزد است؛ آیا اینجا کسی می‌پذیرد که این وکالت صحیح است؟ اشاره هم هست، اما تخیل آن المشار الیه هو اخوه؛ آیا این اجازه و وکالت واقعاً صحیح است و باعث می‌شود که او وکیل این شخص محسوب شود؟ لذا ایشان می‌گویند ما باید در اینجا حکم به بطلان کنیم.<sup>۱</sup>

### بررسی اشکال بعضی از بزرگان

به نظر می‌رسد قیاس مانحن فیه به صورت کلی به این مورد، قیاس مع الفارق است. اینکه به طور کلی حکم به بطلان کرده‌اند لعدم کونها مقصوده، چون مشار الیها مقصود نیست و لذا عقد بر او باطل است، عرض ما این است که ما دو فرض یا دو حالت می‌توانیم اینجا تصویر کنیم. تارة اشاره موضوعیت دارد و آخری طریقت؛ اگر اشاره موضوعیت دارد، اینجا عقد نسبت به او واقع می‌شود؛ ما باید ببینیم کدام یک از این دو موضوعیت دارد و کدام طریقت. اگر اشاره طریقت دارد، باید حکم به بطلان شود؛ پس اینکه قاطعانه حکم به بطلان نسبت به مشار الیها شود، این مقبول نیست.

### حق در مسأله

اینجا تارة وصف موضوعیت دارد و آخری اشاره. اگر وصف موضوعیت داشت، عقد بر وصف واقع می‌شود؛ اگر اشاره موضوعیت داشت، عقد بر اشاره واقع می‌شود. بله، این به یک معنا از نظر حکم ملحق به فرع اول و فرع دوم و سوم می‌شود، یا فرع اول و سوم؛ اگر تعارض بین اسم و اشاره باشد ملحق به فرع دوم می‌شود. اما آنچه این را متفاوت از آن دو فرض قبلی

۱. انوار الفقاهة، ج ۲، ص ۲۷۳.

می‌کند، شاید برای این است که یک صیغه‌ای واقع شده و چندان مطلب روشن نیست. لذا من هم قبول دارم این کلام خالی از اضطراب نیست؛ حالا شاید بهتر همان بوده که مرحوم سید متعرض این فرع نشده‌اند و تکلیف هم روشن است و ملاک آن کاملاً معلوم است؛ مگر این نکته‌ای که عرض کردیم که بالاخره اینجا وصف و اشاره با هم ذکر شده یا اسم و اشاره، و واقعاً قصد هم معلوم نیست که به کدام تعلق گرفته است. لو کان المقصود هو الکبری را باید از اینجا برداریم؛ اینکه هر دو را ذکر کرده و تخیل که این، آن است و یک چنین مشکلی پیش آمده است.

#### **بحث جلسه آینده**

در جلسه آینده ان شاء الله مسأله ۱۴ را بررسی خواهیم کرد.

«والحمد لله رب العالمین»