

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

خلاصه بحث گذشته:

آخرین فرعی که از این بحث لزوم تأیید باقی مانده که ملاحظه فرمودید این مسئله با اینکه یک مسئله‌ی کوتاهی بود اما فروع متعددی داشت، آخرین فرع این است که اگر بایع می‌داند که مشتری برای غیر مال را خریداری می‌کند، بایع هم عالم به این معناست که مشتری برای غیر مال را خریداری می‌کند. آیا می‌تواند در انشاء به صورت مخاطبه به او بگوید «بِعْتُكَ» یا نه؟ و همچنین این بحث اختصاص به بیع هم ندارد، در عقد نکاح اگر موجب می‌داند که قابل خودش اصیل و طرف نکاح نیست، دیگری طرف نکاح است و دیگری قبول را باید داشته باشد اما این به عنوان وکیل اوست، آیا موجب می‌تواند به او بگوید «أُنْكَحْتُكَ» یا باید بگوید انکحتُ موکَلَّک؟ این بحث است که در فرض اینکه موجب علم دارد به اینکه طرف دیگر عنوان اصیل را ندارد یا وکیل است یا ولی است؟ آیا با «کاف» خطاب می‌تواند او را خطاب کند یا نه؟

کلام مرحوم شیخ:

اینجا اولین مطلب کلامی که خود مرحوم شیخ در کتاب مکاسب فرمودند، شیخ می‌فرماید در آن موردی که متعارف است مانعی ندارد، در موردی که متعارف نیست باطل است و لذا می‌گوید در باب بیع متعارف این است که اگر طرف مقابل برای خودش هم نمی‌خرد اما موجب به او می‌گوید بِعْتُكَ، کاف خطاب را متوجه او می‌کند. اما در باب نکاح متعارف نیست اگر طرف مقابل عنوان وکیل را دارد نمی‌گویند انکحتُكَ. به عبارت دیگر بین بیع و نکاح در اصل این معنا اختلاف وجود ندارد، یعنی همه‌ی فقها قبول دارند در باب بیع «إذا كان الطرف المقابل وكيلاً» مع ذلك می‌شود گفت بِعْتُكَ، در باب نکاح نمی‌شود گفت أُنْكَحْتُكَ، به شیخ می‌گوئیم چرا؟ می‌گوید للتعارف، متعارف این چنین است که در بیع دیگری را به منزلة الاصيل بدانند و با او معامله کنند، ولو آن هم برای خودش نمی‌خرد، اما در باب نکاح این چنین نیست.

آن وقت اینجا شیخ در مکاسب عبارتی دارد که این را به عهده‌ی آقایان می‌گذاریم می‌گذارند «فتأمل حتی لا تتوهم» که این مطلب ما برمی‌گردد به یک مطلبی که در چند سطر گذشته ما آن را رد کردیم، شیخ در چند سطر گذشته این مطلب را که بین بیع و نکاح این فرق باشد، چون بعضی از فقها گفته‌اند در باب بیع مخاطب یصدق علیه مشتری، اما در باب نکاح اگر مخاطب وکیل باشد لا یصدق علیه الزوج، نمی‌شود به او گفت زوج، ولو وکیل زوج است! اما وکیل مشتری، مشتری است. شیخ این مطلب را رد کردند. اینجا عبارتشان ظهور در این دارد که دو مرتبه این مطلب را قبول کردند و می‌فرمایند تأمل کن که بین این مطلب و مطلب گذشته فرق وجود دارد که این را به عهده‌ی آقایان می‌گذاریم که ببینید بین این مطلب شیخ و مطلب گذشته چه فرقی وجود دارد؟

اشکال مرحوم ایروانی:

مرحوم محقق ایروانی (علیه الرحمه) به مرحوم شیخ اشکال می‌کند^[1] می‌فرماید این فرقی که شیخ بیان کرد و گفت فاعل بین بیع و نکاح متعارف بودن و متعارف نبودن است، در بیع متعارف است که ولو طرف مقابل وکیل است اما به او می‌گویند بعتک، کاف خطاب را متوجه او می‌کنند. در نکاح اگر طرف مقابل وکیل باشد متعارف نیست به او بگویند انکحتک، مرحوم ایروانی می‌فرماید ما اشکال بر مرحوم شیخ داریم و می‌فرماید «إِنَّ هَذَا لَيْسَ بَيَانًا فَارِغًا بَلْ تَسْوِيَةٌ لِحُكْمِ مَقَامَيْنِ» می‌فرماید این فرق نشد، بلکه این بیان این دو مقام را می‌خواهد مساوی هم قرار بدهد، یک جور تسویه‌ی مساوی بودن بین این دو مورد است!

ایروانی منظورش این است که بین بیع و نکاح، بین بعتک و انکحتک از نظر حقیقت عقد فرقی نمی‌کند که طرف مقابل اگر وکیل باشد از جهت خود ماهیت بیع و نکاح بگویند بعتک یا انکحتک. شیخ آمده یک فرق عرضی و ظاهری درست کرده و فرق جوهری نیست، طوری که اگر یک زمانی هم متعارف شد که به وکیل در نکاح هم بگویند انکحتک، لازمه‌ی کلام شیخ این است که این صحیح باشد، اگر ما بیائیم فرق و فارغ را تعارف و عدم تعارف بدانیم، این یک فرق اساسی و جوهری نیست! یعنی چه؟

به این معنا که خود عقد بیع من حیث إنه بیع، عقد نکاح من حیث إنه نکاح، مانعی از اینکه به وکیل با کاف خطاب زن بگوید انکحتک مانعی من حیث الذات نیست، حالا تعارف اینطور شده، متعارف بین الناس اینطور شده که در بیع می‌گویند بعتک و در نکاح هم نمی‌گویند انکحتک، می‌گوید انکحتک موکلک، این یک اشکال اول ایروانی. اشکال دومی^[2] که ایروانی بر مرحوم شیخ دارد این است که می‌فرماید «مع أنه فی ذیل کلامه التزم بعدم الجواز» شیخ در ذیل کلامش ملتزم شده به اینکه اصلاً جایز نیست، چرا؟ در ذیل کلامش فرموده کلمه‌ی زوج اطلاق بر وکیل نمی‌شود اما کلمه‌ی مشتری اطلاق بر وکیل می‌شود و این کشف از این می‌کند که یک فرق اساسی باید بین بیع و نکاح باشد.

جمع بندی:

پس تا اینجا شیخ می‌گوید ملاک متعارف بودن است آن وقت ضمن کلام شیخ اگر یک زمانی متعارف عکس شد، مثلاً در بیع نگویند بعتک ولی در نکاح بگویند انکحتک، ما طبق متعارف باید عمل کنیم، هر چه در هر زمانی، نباید بگوئیم متعارف در زمان معصوم (ع) چه بوده؟ نه، چون این قیود عقلایی است هر چه در هر زمانی متعارف است، این لازمه‌ی فرمایش شیخ است.

و الآن در زمان ما کسی که وکیل از دیگری است و در بازار جنس خرید می‌کند فروشنده می‌گوید به تو فروختم، اما در نکاح اگر وکیل باشد زن به او نمی‌گوید انکحتک، این اصل کلام شیخ است. اما مرحوم ایروانی می‌گوید اینکه فارغ نشد! شما باید برای ما فارغ درست کنید، نه تنها فارغ نشد بلکه شما یک جوری به ما یاد دادی که بین عقد و نکاح از این جهت تساوی است البیع من حیث إنه بیع مانعی ندارد اینطور بشود به وکیلش می‌گوییم بعتک، نکاح من حیث أنه نکاح مانعی ندارد، آنکه فرق درست می‌کند یک امر عارضی به نام تعارف است.

بررسی بیشتر بحث:

به جناب ایروانی می‌گوئیم شما چه می‌گوئید؟ بالأخره اصل اینکه بین بعتک و انکحتک شما می‌خواهید بگوئید بین حقیقت بیع و نکاح فرق وجود دارد؟ ایروانی می‌فرماید بله. به نظر ما اینجا اصلاً بحث تعارف و عدم تعارف نیست، بین بیع و نکاح یک فرق وجود دارد، در بیع می‌فرماید ما دو تا اطلاق داریم؛ یکی تملیک و تملک حقیقی است و یکی تملیک و تملک انشائی است. تملیک و تملک حقیقی بین المالکین است، این مبیع در ملک چه کسی می‌خواهد داخل شود؟ ثمن در ملک چه کسی داخل می‌شود؟ تملیک و تملک انشائی می‌فرماید ما کاری نداریم در تملیک و تملک انشائی که مبیع در ملک چه کسی می‌رود؟ یا ثمن در ملک چه کسی می‌رود؟ اما می‌فرماید در باب نکاح ما دیگر دو مورد و اطلاق و استعمال نداریم، نکاح یک نکاح بین الزوج و الزوجه واقعی و یک نکاح انشائی نداریم. بعبارة آخری در بیع ما ملکیت حقیقی داریم و ملکیت انشائی، در نکاح دو چیز نداریم، یکی زوجیت حقیقی یکی زوجیت انشائی. در نکاح یک چیز بیشتر نداریم و آن هم زوجیت واقعی است و چیزی به نام زوجیت انشائیه نداریم.

لذا می‌فرماید «النکاح لیس له سوا اطلاق واحد و لا یطلق علی إنشاء النکاح اَنَّهُ نکاحٌ» آن وقت می‌فرماید در نتیجه فرق بین بیع و نکاح از همین جایی است که ما برای شما بیان می‌کنیم، «البیع بحقیقته حاصلٌ بین الوکلا» بیع به حقیقت انشائیش بین وکیلا واقع می‌شود، «فکان الخطاب و کاف الخطاب جاریاً علی حقیقته» کاف خطاب در همان معنای حقیقی خودش استعمال می‌شود «بلا توسع» بدون اینکه هیچ مجازی در کار باشد. «بل لو لاء أمکن المناقشة فی جواز التوسع فی الکاف بإرادة المخاطب بالمعنی الأعم».

یک حرفی را مرحوم شیخ در مکاسب دارد و آن اینکه می‌فرماید یک وقت شما می‌گوئید بَعْتُکَ، خصوص شخص مخاطب جلوی روی خودتان را در نظر می‌گیرید، یک وقت می‌گوئید نه، بَعْتُکَ به عنوان اعم، یعنی اعم از اینکه تو مالک باشی یا نباشی، بَعْتُکَ، مالک را در نظر می‌گیرم، خواه مالک باشی یا نباشی! ایروانی می‌گوید اگر ما نیائیم این پایه‌گذاری را کنیم که بیع انشائی داریم و حقیقی، نکاح فقط نکاح حقیقی داریم و دیگر چیزی به نام نکاح انشائی نداریم این حرف هم غلط است. لو لا این کلام ما اُنکر المناقشة فی جواز التوسع فی الکاف، کسی بخواهد بگوید یک معنای وسیعی را در کاف خطاب اراده کند «بإرادة المخاطب بالمعنی الأعم من الشخصی الحقیقی و التوسعی التنزیلی و بما أنه وکیلٌ» این فرمایش مرحوم ایروانی است. فقط ملاک تعارف و عدم تعارف است.

کلام مرحوم سید یزدی:

از کسانی که همین نظریه‌ی مرحوم شیخ را قبول کرده مرحوم سید یزدی در حاشیه است؛^[3] در آنجا می‌گوید فالتحقیق أن المدار علی صراحة الصیغة و عدمها، مدار بر این است که این صیغه‌ای که به کار می‌برد روشن باشد، این صراحت به معنای نص نیست، یعنی یک معنای روشنی داشته باشد، «إن کان ذلك متعارفاً فی العرف بحيث یفهم منه المراد جاز» اگر یک صیغه‌ای به کار ببرد که متعارف در عرف است و عرف مراد را می‌فهمد جاز، و الا فلا. ففی البیع تداول توجیهه إلى المخاطب بعنوانه الأعم، در بیع متعارف است که مخاطب را به عنوان اعم، می‌گوید من به تو می‌فروشم خواه برای خودت برمی‌داری یا موکلت! به تو فروختم، اما «وفی النکاح لا یجوز لعدم التداول» باز سید این را می‌گوید «و الا فمن حیث هو» یعنی اگر ما تداول را عدم تداول را کنار بگذاریم، تعارف و عدم تعارف را کنار بگذاریم «فمن حیث هو لا مانع من أن یقول انکحتک» به وکیل هم بگوید انکحتک، مانعی ندارد. بعد در آخر سید برمی‌گردد می‌فرماید «والتحقیق الجواز مع نصب القرینة فی الکل» اگر قرینه آورد کافی است، گفت «انکحتک» قرینه آورد بر اینکه منظورم موکل باشد باز هم اشکالی ندارد.

روی بیان شیخ اگر کسی بگوید انکحتک ولو قرینه هم بیاورد که مرادم موکل توسع، شیخ می‌گوید باطل است، شیخ می‌گوید مدار بر تعارف و عدم تعارف است و شما باید لفظی بیاورید که متعارف باشد، سید اول قبول می‌کند این تعارف و عدم تعارف را، اما در آخر می‌گوید اگر قرینه آوردند هیچ مانعی ندارد، می‌گوید در نتیجه روی نظر سید بین بیع و نکاح هم فرق نیست، ایروانی یک مرحله قبل از اینهاست، می‌گوید نه تعارف و عدم تعارف به درد می‌خورد، نه قرینه و عدم قرینه به درد می‌خورد، بیع دو تا اطلاق دارد یکی اطلاق حقیقی و دیگری اطلاق انشائی، اما نکاح یک اطلاق بیشتر دارد و آن هم اطلاق حقیقی است. تعارف و عدم تعارف را هم کنار می‌گذاریم. ایروانی در حقیقت می‌خواهد بگوید اینطور نیست که این فرق در اثر اینکه عرف اعمال نظر کرده، عرف می‌گوید من اینجا در باب بیع می‌گویم خطاب بمعنی الأعم صحیح است اما در نکاح فقط باید خصوص زوج باشد، عرف اینجا دخالتی ندارد، قبل العرف خود حقیقت بیع و حقیقت نکاح این فرق اساسی بین‌شان وجود دارد، پس ما کلام شیخ، سید و ایروانی را گفتیم.

بیان استاد محترم:

می‌گوئیم شما در نکاح فضولی چه می‌گوئید؟ اگر واقعاً ما نکاح انشائی نداریم، زوجیت انشائی نداریم، زوجیت در فضولی را هم منکر می‌شوید، در حالی که برای دو نفر، یک مرد و زنی خودشان، دو تا روحانی یکی برای پسر بالغش و دیگری هم برای دختر بالغش، بدون نظر اینها یک عقد ازدواج می‌خوانند، از هر دو طرف فضولی است، همه‌ی فقها می‌گویند اگر بعداً اجازه کردند

درست است، در حالی که این نکاحی که اول واقع شده نکاح انشائی است، هنوز زوجیت حقیقی و واقعی نیامده. آقایان می‌گویند یک سری امور هست که انشاء به آن تعلق پیدا می‌کند، ملکیت، زوجیت و ... اما یک سری امور قابل انشاء نیست، مثل رجولیت، فقیر بودن، غنی بودن را انشاء کنیم و این در همان بحث حقیقت انشاء مورد بحث قرار می‌گیرد، می‌گوییم نکاح هم یک امر اعتباری است که قابل انشاء است، انشاء می‌کنند به دنبال انشاء هم می‌گویند این زوجیت انشائی آثار برایش بار می‌شود یا نه؟ اگر آثار بار شود، برای اینکه این تملیک و تملک حقیقی هم که مرحوم ایروانی می‌گوید در عالم واقع یک تغییر و تحولی به وجود نمی‌آید، آن هم یک امر اعتباری است.

علی کل حال فرمایش ایشان اولاً ادعای بدون دلیلی است، ثانیاً نقض می‌شود به مسئله‌ی فضولی در نتیجه باید این فرق را در این جهت نباید وارد شوید، فرق هم این است که عرف بین متعارف و غیر متعارف فرق بگذارد. بنابراین اصل کلام شیخ درست است، سید هم تا قبل از مطلب آخرش که فرمود مدار بین متعارف و غیرمتعارف است حرف درستی است.

بحث جلسه آینده:

اینجا یک کلامی را امام دارند که یک مقدار دقت بیشتری می‌خواهد، امام هم اصل مبنای شیخ را مثل سید یزدی پذیرفتند. و چند نکته مهم در کلام امام (رضوان الله علیه) هست و برای اینکه حق کلام اما ادا شود آقایان کلام امام را ببینید،^[4] عرض کردم اصل همان نظر شیخ را قبول کردند منتهی با چند دقت در مطلب که ان شاء الله فردا عرض می‌کنم.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين

[1] □ در جلد دوم حاشیه ایروانی صفحه 179.

[2] □ حالا این مطلب دوم را یا تکمیل اشکال اول بگیریم یا به عنوان اشکال دوم، خیلی فرق مهمی ندارد، اساس همان مطلب اول کلام ایروانی است.

[3] □ در حاشیه مکاسب جلد دوم.

[4] □ البیع جلد دوم صفحه 72.