

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله الطاهرين

«والظاهر أيضا كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة لفحوى ما ورد من النص على جوازها في الطلاق»

کفایت کتابت از اشاره، برای عاجز از اشاره

مرحوم شیخ در مقدمه مخصوص الفاظ بیع در دو جهت بحث فرمودند؛ جهت اول اینکه در عقود لازمه، از جمله در بیع، لفظ معتبر است و بر این ادعا سه دلیل اقامه کردند و فرمودند این اعتبار، در صورتی است که قدرت بر لفظ وجود داشته باشد، اما اگر شخصی عاجز از لفظ باشد، مانند آخرس، لفظ اعتبار ندارد؛ بلکه اشاره قائم مقام لفظ است.

در بحث امروز این بحث مطرح می شود که آیا عاجز از اشاره می تواند با کتابت انشاء عقد کند یا خیر؟ شیخ می فرماید: اگر کسی عاجز از اشاره شد می تواند با کتابت، عقد را انشاء کند. دلیل ایشان روایاتی است که در باب طلاق واقع شده است. روایات می گوید: که اگر زوج آخرس باشد، می تواند طلاق را با کتابت واقع کند. بنابراین اگر در طلاق که در نظر شارع، امر بسیار مهمی است، کتابت مؤثر باشد، در سایر معاملات، مثل بیع و اجاره به طریق اولی مؤثر است.

وظیفه مکلف در صورت دوران امر بین اشاره و کتابت

فرع دیگر این است که اگر کسی عاجز از لفظ باشد، اما قدرت بر اشاره کتابت داشته باشد، آیا در دوران امر بین اشاره و کتابت، ترجیحی برای یکی از آنها وجود دارد یا ندارد؟ بعضی گفته اند که اشاره مقدم بر کتابت است، دلیلی که آورده اند این است که: اشاره دلالتش بر معنای مقصود اصرح از کتابت است. ممکن است کسی چیزی بنویسد به قصد تمرین، یا محک زدن قلمی که با آن می نویسد، اما در اشاره این احتمالات راه ندارد. بعضی عکس این را گفته اند و کتابت را بر اشاره ترجیح داده اند، به دلیل روایاتی که بر طلاق وارد شده است. در روایت از امام هشتم (ع) سوال می کنند که اگر زوج آخرس باشد چه کاری برای طلاق زوجه اش انجام دهد؟ امام می فرماید: «یکتب»، بنویسد، بعد از امام سوال می کنند اگر قدرت بر نوشتن ندارد چطور؟ امام می فرماید: اشاره کند.

مرحوم شیخ فقط خلاف و نزاع را بیان می کند، اما خودشان نظری را انتخاب نمی کنند که آیا اشاره مقدم است یا کتابت است. جهت اول مقدمه، یعنی اعتبار لفظ در عقود لازمه، قیام اشاره مقام لفظ در صورت عجز از لفظ و قیام کتابت مقام اشاره، در اینجا تمام می شود.

جهت دومی که مرحوم شیخ در مقدمه، بعد از فراغ از اعتبار لفظ در عقود لازمه، مورد بحث قرار می دهند، این است که: آیا این لفظ باید صریح باشد یا استعمالات مجازی و کنایه ای هم کافی است؟ و ثانیاً: آیا زبان خاصی، مثل عربیت در این لفظ معتبر است یا خیر؟ و ثالثاً: آیا در این لفظ، هئیت مخصوصی، مثل هئیت جمله فعلیه یا اسمیه یا ماضویت معتبر است یا خیر؟ و در آخر: آیا یک هئیت ترکیبه، مثل تقدیم ایجاب بر قبول، رعایات موالات بین ایجاب و قبول، در این الفاظ عقود معتبر است یا خیر؟

اولین خصوصیتی شروع می کنند این است که آیا در این الفاظ حتماً باید لفظ صریح باشد یا اینکه با الفاظ کنائی و مجازی هم عقد واقع می شود؟ شیخ می فرماید: به مشهور فقها یک نسبتي داده اند که قائلند الفاظ در عقود لازمه، باید از الفاظ صریحه باشد. مراد از لفظ صریح، لفظی است که برای همان عقد وضع شده است، مثلاً برای عقد بیع، «بعث» وضع شده است، برای عقد اجاره، «آجرت» وضع شده است. عبارتی را از مرحوم علامه در کتاب تذکره می آورند که فرموده: یکی از شروط معتبره در صیغه عقد، صراحت است و با الفاظ کنایه عقد واقع نمی شود.

بعضی از فقها به جای اینکه بگویند: یکی از شرایط، صریح بودن است، فرموده اند: یکی از شرایط این است که استعمال، حقیقی باشد. بنابراین در عقود لازمه باید از استعمالات مجازی اعم از مجاز قریب و بعید اجتناب کرد. مرحوم شیخ بعد از اینکه این را بیان می کند، خودشان شروع می کنند به بیان فتوای فقها، و بعد از آن، نتیجه می گیرند که این نسبتي که به مشهور داده شده که الفاظ کنائیه و الفاظ مجازی را نمی توان در صیغه عقود لازمه به کار برد، نسبت باطلی است، لذا به نظر می رسد لفظ خاصی در عقد لازم چه بیع، اجاره و قرض معتبر نیست؛ بلکه هر لفظی که یک ظهور عرفی در معنای مقصود متکلم داشته باشد، کافی است، خواه استعمال آن حقیقی باشد یا مجازی، مجازش قریب باشد یا ضعیف، کنایی باشد یا نباشد، مشترک لفظی باشد یا معنوی.

بنابراین مرحوم شیخ می فرماید: اگر متکلم لفظی را به کار برد که ولو به کمک قرینه، یک ظهور عرفی در معنای مقصودش داشته باشد، همین مقدار برای عقود لازمه کافی است.

تطبیق

«والظاهر ایضاً»، یعنی مانند اشاره «کفایة الکتابة مع العجز عن الإشارة». در صورت عجز از اشاره کتابت کافی است، یعنی به قصد انشاء بنویسد. دلیل چیست؟ دلیل اول: «لفحوی»، یعنی مفهوم اولویت «ما ورد من النص علی جوازها فی الطلاق»، نصی که بر جواز کتابت در طلاق داریم. اگر طلاق را بتوانیم با کتابت واقع کنیم، به طریق اولی در غیر طلاق کتابت اثر دارد. دلیل دوم: «مع ان الظاهر عدم الخلاف فیه»، ظاهر عدم خلاف در کفایت کتابت است. همه می گویند: در صورتی که شخص عاجز از اشاره است، می تواند با کتابت عقد را واقع کند.

«و اما مع القدرة مع الإشارة»، در صورتی که هم می تواند اشاره کند هم کتابت، «فقد رجح بعضُ الإشارة»، بعضی از فقها اشاره را بر کتابت ترجیح داده اند، و «لعلّه»، یعنی ترجیح، «لأنّها»، یعنی اشاره، «أصرح بالانشاء من الکتابة»، صراحتش در انشاء از کتابت بیشتر است. چون در کتابت «بعث»، احتمال می دهیم به قصد تمرین و امتحان کردن قلمش باشد، اما در اشاره این احتمالات نیست، زمانی که این احتمالات نبود، داللتش بر انشاء عقد بیشتر است.

«و فی بعض روایات الطلاق ما يدل علی العکس»، در بعضی از روایات طلاق، بر عکس آمده است، یعنی رجحان کتابت بر اشاره، روایتی است از امام هشتم (ع) که به حضرت عرض می کنند: زوج لال است، می خواهد همسرش را طلاق دهد، حضرت

می فرماید: «یکتب و یشهد علیه»، بنویسد و شاهد هم بگیرد. عرض می کنند که قدرت بر کتابت ندارد و سواد ندارد، حضرت فرمود: با اشاره طلاق را واقع کند. «وإليه»، به این عکس که رجحان کتابت بر اشاره است، «ذهب الحلی»، علامه حلی «هناک»، در طلاق.

تا اینجا جهت اول در مقدمه تمام است و جهت دوم شروع می شود. «ثم الكلام في الخصوصيات المعتبرة في اللفظ»، حال که لفظ در عقود لازم معتبر است، از خصوصیات که در لفظ معتبر است، بحث می کنیم؛ «تارةً يقع في مواد الألفاظ»، یک بحث مواد است. مواد یعنی چه؟ «من حيث إفادة المعنى بالصراحة و الظهور و الحقيقة و المجاز و الكناية»، آیا باید ماده ای باشد که صریح در آن عقد است یا ظهور هم داشته باشد، کافی است؟ آیا باید حقیقت در آن عنوان عقد باشد یا مجاز هم کافی است؟ آیا کنایه کافی است یا خیر؟

«و من و من حيث اللغة المستعملة في معنى المعاملة»، از حيث آن لغتی که در معنای معامله استعمال می شود. لغتی که استعمال می شود آیا عربی باید باشد یا غیر عربی هم کافی است؟ «و اخرى»، بحث دیگر، «في هيئة كل من الإيجاب و القبول»، در مقابل هیئت افرادی بحث هیئت ترکیبیه است، هیئت افرادی در ایجاب و قبول، «من حيث اعتبار كونه من الجملة الفعلية»، به نحو جمله فعلیه باید باشد و یا اسمیه هم کافی است؟ باید با فعل ماضی باشد یا غیر ماضی هم کافی است؟

«و ثالثة»: در هیئت ترکیبیه ایجاب و قبول است. «في هيئة تركيب الإيجاب و القبول من حيث الترتيب و الموالاة»، آیا تقدم ایجاب بر قبول لازم است؟ و آیا قبول باید پشت سر ایجاب در آید یا لازم نیست؟

«الكلام من حيث المادة في المشهور عدم وقوع العقد بالكنایات»، مشهور این است که عقد لازم با کنایات واقع نمی شود، چه بیع و چه غیر بیع. «قال علامه»، در تذکره: «الرابع من شروط الصيغة التصريح»، شرط چهارم صیغه تصریح است، یعنی صریح باشد، «فلا يقع العقد بالكنایة، مع النية»، یعنی نیت آن عقد را داشته باشد، مثل «قوله: «ادخلته في ملكك»، که کنایه است، کما اینکه شیخ بیان می کند در اینجا ذکر لازم شده و اراده ملزوم، در هر بیعی لازم بیع این است که مبیع داخل ملک مشتری شود، یا مثل «أو جعلته لك، أو خذه مني بكذا»، یا بگوید: «سلطتك عليه بكذا»، سلطنتك اثر بیع و لازمه بیع است. این موارد واقع نمی شود به دو دلیل:

«عملاً باصالة بقاء الملك»، وقتی بایع به مشتری گفت: «ادخلته في ملكك»، شک می کنیم که آیا مبیع از ملک بایع خارج شد و داخل در ملک مشتری شد یا خیر؟ بقاء ملک بایع را استصحاب می کنیم. دلیل دوم: «و لأنّ المخاطب لا يدري بمَ خوطب»، مخاطب نمی داند به چه چیزی خطاب شده است. این عبارت معنای ظاهرش این است که گفتن «قبلت»، فرع این است که مخاطب بداند مراد موجب از «ادخلته في ملكك» چه بوده است، در حالی که معلوم نیست به عنوان بیع گفته یا هبه یا...، لذا چون برای مخاطب مجمل است و احتمالات متعدد، نمی تواند «قبلت» را بگوید. این معنای ظاهر عبارت است، در صفحه بعد در پایین صفحه، مرحوم شیخ عبارت «لأن المخاطب لا يدري»، را معنا می کنند و بحث مفصلی دارند. «انتهی» کلام علامه.

«و زاد» شهید در «غاية المراد علي الأمثلة»، بر امثله این مثال را اضافه کرده است؛ «قوله: اعطيتك بكذا»، اعطا کردم تو را این مال را به این مقدار، یا «تسلط عليه»، علامه «سلط» به صیغه ماضی آورده بود ولی شهید به صیغه امر آورده است، مسلط شو بر این مال به این مبلغ. «و ربما يبدل هذا بإشتراط الحقيقة»، بعضی از فقها به جای اینکه بگویند: تصریح شرطیت دارد، گفته اند: استعمال باید حقیقت باشد، «فلا ينعد بالمجازات»، با مجازات واقع نمی شود، «حتى صرح بعضهم بعدم الفرق بين المجاز القريب والمجاز الضعيف». در مجاز قریب یکی از علائم بیست و پنج گانه که در محل خودش گفته شده است، وجود دارد و مجاز بعید آن است که به مناسبتی بین معنای حقیقی و مجازی استعمال شده است، اما هیچ کدام از علائم بیست و پنج گانه نیست.

مثال برای مجاز قریب این است که در بیع به جای «بعت»، بگویند: «اسلمت»، یعنی بیع سلم که در بیع سلم که یکی از افراد بیع است، مراد است. بایع پول را می گیرد و جنس را بعداً تحویل می دهد. بایع جنسی را الان می خواهد به مشتری تحویل دهد، ولی صیغه «اسلمت» را به کار برد و کلی را اراده کند که یکی از علائم بیست و پنج گانه این است که انسان فردی را به کار ببرد و کلی را اراده کند. مثال برای مجاز بعید این است که مشترک معنوی را به کار ببرد، مثلاً به جای «أقرضتك» بگوید: «ملکتک» که هم در هبه، هم بیع و هم قرض وجود دارد.

«والمراد بالصريح كما يظهر من جماعة من الخاصة و العامة»، شیخ صریح را معنا می کند که در باب طلاق و غیر باب طلاق، صریح یعنی «ماکان موضوعاً لعنوان ذلك العقد»، آنکه وضع شده برای آن عقد «لغتاً»، مثل «بعت» که برای بیع وضع شده است یا «شرعاً»، مثل «انکحت» که از نظر لغوی به معنای وصل است، اما شارع آن را برای عقد نکاح وضع کرده است. «و من الکناية»، مراد از کنایه: «ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع»، آنکه به حسب وضع لازم این عقد باشد، مثلاً کلمه «بعت»، به حسب وضع برای بیع، وضع شده است و لازمه بیع این است که مشتری سلطنت بر مبیع یابد، حال اگر لازم را بیان کنیم و از لازم اراده ملزوم را کنیم و بگوییم: تو بر این مال مسلط هستی، کنایی می شود.

«فیفید ارادة نفسه»، اراده خود بیع را افاده می کند، «بالقراء، و هي»، یعنی قرائن، «علي قسمين عندهم جلية و خفية»، قرینه آشکار و قرینه مخفی. شیخ در اینجا نظر خودش را بیان می کند: «والذي يظهر من النصوص المتفرقة»، آنچه از نصوص پراکنده در ابواب عقود لازمه و از فتوایی که فقها متعرض شده اند «لصیغها»، در صیغ عقود لازمه «في البيع بقول مطلق»، یعنی جمیع اقسام بیع و برخی انواع بیع مثل بیع تولیه و در غیر بیع از دیگر عقود لازمه، ظاهر می شود، «هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود»، اکتفا به هر لفظی است که ظهور عرفی قابل اعتنا در معنای مقصود داشته باشد، خواه استعمالش حقیقی باشد یا مجازی.

در «رأیت اسداً یرمی»، «اسد» ظهور در رجل شجاع دارد، ولو اینکه استعمالش مجازی است، لذا ظهور اعم از حقیقی و مجازی است. بنابراین هر لفظی ولو با دو سه قرینه ظهور در معنای مقصود متکلم داشته باشد، می شود در عقود لازمه استعمال شود. «فلا فرق بین قوله: «بعت» و «ملکت» که صریح هستند «و بین قوله: «نقلت الي ملک»»، که اعم از بیع است، چون در غیر بیع، مثل هبه و اجاره هم نقل وجود دارد. «أو جعلته ملكاً لك بكذا»، این را ملک تو قرار دادم در مقابل این پول. «و هذا»، یعنی اکتفا به هر لفظی که ظهور عرفی داشته باشد، «هو الذي قواه جماعة من متأخري المتأخرين»، مثل صاحب هدایه، «و حکي عن جماعة ممن تقدمهم»، از جماعتی که متقدم بر این متأخرین هستند.

«کالمحقق صاحب الشرايع علي ما حکي عن تلميذه كاشف الرموز»، فاضل آبی صاحب کتاب کشف الرموز که شاگرد مرحوم محقق است، «أنه»، یعنی کاشف الرموز، «حکي عن شيخه»، محقق از استادش مرحوم محقق حکایت کرده است که: «أن عقد البيع لا يلزم فيه لفظ مخصوص»، در عقد بیع لفظ مخصوص معتبر نیست. «و أنه اختاره أيضاً»، خود فاضل آبی همین نظر محقق را اختیار کرده است، «ايضاً»، مثل محقق که گفته است: لفظ خاص معتبر نیست.

«و حکي عن الشهيد»، در حواشی، «أنه جَوَزَ البيع بكل لفظ دلّ عليه»، هر لفظی که دلالت بر بیع کند، «مثل «أسلمت إليك» و «عاوضتك»»، سلم یکی از افراد بیع است و معاوضه اعم از بیع. «و حکاه في المسالك عن بعض مشايخه المعاصرين»، شهید در مسالك از بعضی مشایخش عدم اعتبار لفظ خاص را حکایت کرده است، «بل هو»، «هو»، یعنی اکتفا به هر لفظی که ظهور عرفی دارد، «و ظاهر العلامة (رحمه الله) في التحرير»، ظاهر کلام علامه در تحریر است، «حيث قال: إن الإيجاب هو اللفظ الدال علي النقل»، ایجاب هر لفظی است که دلالت بر نقل کند، «مثل «بعتک» أو «ملکتک» أو ما يقوم مقامهما»، آنچه قائم مقام این دو است.

شاهد شیخ انصاری دو کلمه «يقوم مقامهما» است، یعنی آنچه قائم مقام بیع است، مثل نقل. «و نحوه المحكي عن التبصرة و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام»، و نحو این کلام علامه، از تبصره و شرح قواعد که برای فخر المحققین است نیز حکایت شده است. بعضی‌ها این «ها» را به ارشاد زده اند، درست نیست، «و شرحه»، مراد شرح قواعد است نه شرح ارشاد.

«و اذا كان الإيجاب هو اللفظ الدال على النقل»، اگر ایجاب همان لفظی است که دلالت بر نقل می‌کند، همانطور که علامه آن را اینطور تعریف کرده است، «فكيف لا ينعقد بمثل «نقلته الي ملكك» أو «جعلته ملكا لك بكذا»»، چگونه بگوئیم که به مثل «نقلته الي الملك او جعلته ملكاً لك بكذا» منعقد نمی‌شود، شیخ ترقی می‌کند، «بل قد يدعى أنه ظاهر كل من أطلق اعتبار الإيجاب و القبول فيه من دون ذكر لفظ خاص»، می‌فرمایند: در بین فقها عده‌ای گفته‌اند: بیع احتیاج به ایجاب و قبول دارد، اما دیگر لفظ خاصی را ذکر نکرده‌اند؛ بلکه به صورت مطلق گفته‌اند: «البيع يحتاج الي الإيجاب والقبول»، اینکه لفظ خاصی را ذکر نکرده‌اند، معلوم می‌شود هر لفظی که ظهور عرفی در بیع داشته باشد را کافی می‌دانند.

«كالشيخ و اتباعه»، اتباع شیخ کسانی بودند که بعد از ایشان سعی می‌کردند که فتوایشان، فتوای شیخ طوسی باشد که معروف به مقلده شده‌اند. «فتامل»، اشاره به اشکال است که ممکن است فقها در مقام بیان از این جهت که خصوصیات لفظ را بیان کنند، نباشند، اینکه گفته‌اند: «البيع يحتاج علي الإيجاب و القبول»، برای این است که معاطات به درد نمی‌خورد، نه اینکه هر لفظی کافی است. شاهدش این است که در مقابلشان عده‌ای گفته‌اند: «البيع يعدّ من المعاطاة».

«وقد حكى عن الأكثر تجويز البيع حالاً بلفظ السلم»، «بیع حال» یعنی الان می‌خواهیم بیعی را نقداً واقع کنیم، به لفظ «سلم» که یکی از افراد بیع است، بگوئیم: «اسلمتك»، در حالی که بیع سلم بیعی است که بایع پول را الان می‌گیرد و جنس را سه، چهار ماه دیگر تحویل می‌دهد، در مقابل بیع نسیه که جنس الان داده می‌شود و پول بعداً تحویل گرفته می‌شود.

«و صرح جماعة أيضاً في بيع التولية بانعقاده بقوله وليتك العقد أو وليتك السلعة و التثريك في المبيع بلفظ شركتك»، فقها برای بیع تقسیمی دارند که بیع از جهت اینکه بایع اخبار به رأس المال داشته باشد یا نداشته باشد، به چهار قسم تقسیم می‌شود: اگر اخبار نکنند، می‌گویند: بیع مساومه اگر اخبار کند و بگوید من این جنس را 100 تومان خریدم و شما 20 اضافه بدهید، می‌شود بیع مباحه و اگر کمتر از آن بفروشد، می‌شود بیع مواضعه و اگر به همان مقداری که رأس المال است بفروشد، «من دون ربح و لا خسران»، این را اصطلاحاً می‌گویند بیع تولیه، یعنی همان عقدي که برای من واقع شده بود را به تو تحویل می‌دهم.

شاهد این است که با لفظ «ولیت» که ظهور صریح و استعمال حقیقی در بیع ندارد، بیع واقع می‌شود. «ولیتک السلعة»، یعنی مبیع را در اختیار تو قرار داده‌ام و این برای تو و تو آن صد تومان را به من بده که به یک مشتری دیگر می‌دهد. و همچنین با تشریک هم بیع واقع می‌شود، «والتثريك»، را بعضی‌ها عطف به بیع تولیه گرفته‌اند که کلمه بیع از آن در می‌آید، یعنی «صرح جماعة أيضاً في بيع التثريك»، ولی ظاهر این است که عطف به تجویز است، «و قد حكى عن الأكثر تجويز... و التثريك في المبيع»، یعنی «حكي عن الأكثر التثريك في المبيع»، من جنسی دارم می‌خواهم دیگری را شریک کنم، به جای اینکه بگویم: نصف این را به شما فروخته‌ام، «بعت نصف هذا الشيء»، می‌گویم: «شركتك في هذا»، تو را در این مال شریک قرار داده‌ام.

«و عن المسالك»، شهید ثانی در مسالک این مسئله را عنوان کرده است: «في مسألة تقبل أحد الشريكين في النخل حصّة صاحبه بشيء معلوم من الثمرة»، اگر دو نفر در یک نخلی با هم شریک باشند. یکی بگوید: من حصه تو را بر می‌دارم به مقداری از این ثمره که امسال دارد، مثلاً امسال 100 کیلو ثمره دارد و نصف مال من است و حصه از نخل را قبول کن در مقابل نصف از این ثمره و به معنای دیگر تمام ثمره محصول برای تو و آن حصه برای من باشد. یا شریک خودش می‌گوید: «تقبل هذا بكذا»، قبول کن این را. شهید فرموده که این معامله به لفظ «تقبل» واقع می‌شود، در حالی که این معامله یا واقعه بیع است که شریک حصه خودش را در مقابل ثمره امسال می‌فروشد و یا در واقع صلح است که از عقود لازمه است و یا یک معاوضه

لازمه ثالثی، مثل ضمان است، می گوید: من حصه تو را ضامن می شوم در مقابل مقداری از ثمره، علی کل حال در باطن، یکی از عقود لازم است، بیع است یا صلح یا یک معامله سوم. شاهد این است که این معامله در واقع یکی از عقود لازم است، در حالی که شهید فرموده است: با لفظ «تقبل» واقع می شود. شیخ از کلام مسالک استفاده می کند که «أن ظاهر الاصحاب جواز ذلك»، جواز این تقبل «بلفظ التقبيل» است، یعنی بگوید: «تقبل هذا بكذا»، یا «تقبلت هذا بكذا»، شیخ انصاری می فرماید: این معامله «أنه لا يخرج عن البيع أو الصلح أو معامله ثالثه لازمة عند جماعة»، که با لفظ «تقبل» واقع شده است از بیع بودن یا صلح یا معاوضه لازمه سومی خارج نمی شود، یعنی در هر صورت معامله لازم است با اینکه لفظ صریحی بکار برده نشده است. مرحوم شیخ می فرماید: «هذا ما حضرنی من كلماتهم في البيع»، این کلمات فقها در بیع بود که لفظ تولیه، تقبل و شرکت، تمام اینها به جای بیع واقع می شود.

وصلی الله علی محمد و آله الطاهرين