

انشای فعلی نکاح؛ جستاری در عدم مشروعیت

سیدمهدی میرداداشی*
حمید ستوده**

تاریخ دریافت: ۹۰/۹/۳۰ تاریخ تأیید: ۹۱/۲/۱۳

۱۲۴

حقوق اسلامی / سال نهم / شماره ۳۲ / بهار ۱۳۹۱

چکیده

اگرچه بسیاری از معاملات، با معاطات نیز محقق می‌گردد، فقیهان شیعه و سنی بر این باورند که ایجاب و قبول لفظی در عقد نکاح، از شروط صحت آن است. همچنین، قانون مدنی در ماده ۱۰۶۲ به تبعیت از نظر مشهور، ایجاب و قبول لفظی را در نکاح پذیرفته است؛ از این رو، نوشتار حاضر کاوشی فقهی - حقوقی در امکان سنجی ازدواج معاطاتی و دلایل صحت و سقم آن خواهد بود. رهاورد این پژوهش از رهگذر داوری در مستندات بحث، انصراف ادله یا قصور آن از اثبات نفوذ نکاح معاطاتی در مرحله اقتضاست. وانگهی! از جهت مانع نیز ادله اجتهادی بر بدهت بطلان آن دلالت داشته، بر فرض تنزل، مقتضای دلیل فقاهتی، استصحاب عدم تحقق سبب صحیح شرعی با انشای فعلی نکاح است.

واژگان کلیدی: انشا، عقد، نکاح معاطاتی، صحت، فساد.

* استادیار دانشگاه آزاد اسلامی قم (mtahghighat@yahoo.com).

** پژوهشگر مرکز فقهی ائمه اطهار و دانشجوی دکتری دانشگاه معارف اسلامی قم / نویسنده مسئول (ha.sotode@yahoo.com).

مقدمه

سفارش به ازدواج و تأکید بر تشکیل خانواده از مسائل بسیار روشن در اسلام است. با توجه به اهمیت حفظ عرض و صیانت از نظام خانواده و نیز برای جلوگیری از هرج و مرج در ساختار معیشت، اهتمام این شریعت بر آن است که نکاح، از قیود و شروطی ویژه بسان عقود تشریفاتی* برخوردار باشد.

به هر حال، انشای عقد نکاح با نهاد ایجاب و قبول در قالب فعلی و معاطات (بدون تلفظ صیغه معهود)، از مباحث علمی دقیق و چالشی در این مقوله تلقی می‌گردد؛ بنابراین بحث در صحت و فساد آن بسیار است؛ از این رو، با فرض جریان معاطات در معاملات، سخن در آن است که آیا ایجاب و قبول فعلی می‌تواند جایگزین عقد لفظی در نکاح صحیح شده، آثار شرعی نیز بر آن مترتب گردد یا خیر؟ به عبارت دیگر، آیا نقش الفاظ در انعقاد نکاح، طریقی است یا موضوعی؟

محور این پژوهش، پاسخ به همین پرسش است. پرسش‌های دیگری نیز در این باره مطرح است که پاسخ به آن در تبیین حدود بحث و رهیافت علمی مناسب برای حل آن ضروری به نظر می‌رسد:

۱. تاریخچه بحث و آرای فقیهان در این باره چیست؟
 ۲. مقصود از انشاء، عقد، نکاح و معاطات چیست؟
 ۳. اهداف تشریح نکاح چیست؟
 ۴. ادله صحت و فساد نکاح معاطاتی کدام است؟
 ۵. علم و جهل به بطلان این نوع از نکاح چه پیامدی دارد؟
- با توجه به اهمیت مسئله و نیز به سبب آنکه جوانب مختلف موضوع هنوز ناکاویده و درخور بحث است، شایسته می‌نماید همه اطراف آن به گونه منقح و متقن بررسی گردد؛ بر این اساس، نوشتار حاضر می‌کوشد پس از تبیین کلیات، تحلیل فقهی این موضوع، مورد بررسی دقیق قرار گرفته، بیان نتیجه، پایان‌بخش آن باشد.

* عقد نکاح، از رهگذر نیاز به شرایط خاص در حدوث و استحکام آن، تشریفات ویژه‌ای را داراست؛ در عین حال، این عقد در قوام ماهیت یا صحت ثبوتی خود جز برای مقام اثبات، ثبت دفتری یا تشریفات حقوقی را نیاز ندارد.

۱. مباحث اولیه

برخی از مباحث که به مثابه تمهید این پژوهش، شایسته یادآوری است، در چند بند از نظر گذرانده می‌شود.

۱-۱. پیشینه بحث

از بررسی تراث فقهی شیعه در طول تاریخ، چنین می‌نماید که نکاح معاطاتی در فقه امامیه جایگاهی نداشته، تقریباً هیچ فقیهی به صحت این نظریه فتوا نداده است. با این حال، نخستین بار در دوران معاصر از نظر فنی، حضرت امام در کتاب *البیع* (خمینی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۲۶۷) و محقق خویی در *مصباح الفقاهه* (توحیدی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۹۲) قابلیت انشای فعلی در ایقاع زوجیت را مطابق اقتضای قواعد دانسته است؛ ولی بنا به دلایل فقهی دیگر، آن را رد کرده‌اند. پس از ایشان، آیت‌الله سبحانی در *نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء*، مطلق تعاطی را به قصد ازدواج در فرض ثبوت چنین روش و سیره‌ای در وقوع آن (مانند وجود چنین ازدواجی در میان برخی قبایل و عشایر) صحیح دانسته‌اند (سبحانی، ۱۴۱۶، ج ۱، ص ۱۱۲). مرحوم خلخالی نیز در کتاب *النکاح*، وجود لفظ خاصی را در انشای عقد انقطاعی معتبر ندانسته، معاطات را کافی در تحقق آن انگاشته است (خلخالی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۱۲). در نهایت برخی از نواندیشان فقهی، صحت نکاح معاطاتی را در کتاب فتوایی خود به طور مطلق پذیرفته‌اند (صادقی تهرانی، ۱۳۷۸، ص ۲۶۷). واکاوی در این نظریه‌ها و میزان صحت آن، به گاه بررسی ادله تبیین می‌گردد.

۱-۲. مفهوم‌شناسی

شناخت عناصر پایه در هر پژوهش و تعیین معنا و مبنای آن بایسته است؛ زیرا تحدید دقیق مفردات، مانع از خلط و خبط غفلت‌آمیز گشته، انسان را از خطای لفظی در استدلال مصون می‌دارد. همچنین، ذکر مطالب مقدماتی برای تحریر محل نزاع و اثبات دیدگاه برگزیده، نقش مهمی خواهد داشت. از این رو، مفهوم و مبنای مختار در عناوین کلیدی این اثر یعنی «انشا»، «معاطات»، «عقد» و «نکاح» روشنی می‌یابد.

۱-۲-۱. انشا

یکی از واژگانی که تعریف آن برای وضوح عقد نکاح لازم است، مفهوم انشا می‌باشد. از این رو، توضیح این واژه به اختصار بیان می‌شود.

«انشا» در لغت به معنای خلق، ابداع و ایجاد ابتدایی است (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۲۶۵) و در اصطلاح فقهی به معنای ابراز اعتبار نفسانی با مبرز خارجی است؛ آن‌سان که اخبار نیز ابراز قصد حکایت با مظهر خارجی است (فیاض، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۱۳۱)؛ بنابراین جمله انشایی می‌تواند نوعی اعتبار مانند امر، نهی، عقد و ایقاع تلقی گردد و برای ابراز و اظهار امری از امور نفسانی وضع شده باشد.

در قانون مدنی (ماده ۱۹۱) نیز از «قصد انشا» سخن آمده که به معنای قصد ایجادکننده یا قصد خلق عقد است؛ یعنی هدف متعاقبین آن است که جداً رابطه‌ای حقوقی در عالم خارج ایجاد شود. از این رو، عنصر قصد در تمام اعمال حقوقی، از مقومات آنها تلقی می‌گردد.

۱-۲-۲. عقد

برای تحقیق و تبیین مقتضای اصل اولی در عقد نکاح، واژه‌شکافی عقد ضروری می‌نماید. «عقد» در لغت عرب یا «پیمان» در زبان فارسی، به معنای بسته‌شده، پیوندخورده و گره‌زده آمده است (ر.ک: فیومی، [بی‌تا]، ج ۲، ص ۴۲۱ / ابن‌منظور، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۲۹۶) و متضاد آن واژه «حل» به معنای گشودن و بازکردن است (همان). عقد در مفهوم فقهی نیز ربط دو التزام از خلال قول یا فعلی است که لازمه آن ترتب شرعی اثر مقصود بر آن خواهد بود (خویی، ۱۴۱۸، ج ۳۳، ص ۴). البته قانون مدنی در ماده ۱۸۳ عقد را به تعهد و قبول طرفین بر مورد معامله تعریف کرده است؛ بنابراین از آنجا که دو طرف دادوستد نسبت به مورد معامله تعهد دارند، آن را عقد نامیده‌اند.

از سوی دیگر، چنین می‌نماید که لزوم، شدت، استحکام یا صعوبت انفصال، خارج از معنای موضوعه عقد و از خصوصیات و صفات برخی از مصادیق آن است؛ زیرا در غیر این صورت، اطلاق عقد به برخی از مصادیق مانند عاریه، ودیعه،

هبه به ذی‌الارحام و معاطات بنا بر افاده جواز، مضاربه و امثال آن معنای محصلی نخواهد داشت.

۳-۲-۱. نکاح

تعیین معنای لغوی و شرعی نکاح، برای فرض شک در ثبوت نقل شرعی یا فقدان قرائن مقالیه و مقامیه مهم است. از این رو، نتیجه تحقیق در این باره ارائه می‌گردد.

۱-۳-۲-۱. معنای وضعی نکاح

مشهور در معنای نکاح آن است که این واژه، حقیقت در معنای نزدیکی است (جوهری، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۴۱۳). در مقابل، راغب در مفردات، به سبب قبح تصریح به نام اصلی جماع در زبان عربی، وضع آن را بر این معنا محال دانسته است (راغب، [بی‌تا]، ص ۸۲۳). بر این اساس، برخی از لغت‌دانان، معنای آن را حقیقت در عقد ازدواج تلقی کرده‌اند (ابن فارس، ۱۴۰۴، ج ۵، ص ۴۷۵). البته احتمال اشتراک لفظی در وطی و عقد نیز وجود دارد (طریحی، [بی‌تا]، ص ۳۶۹).

با این حال، اگر در واژگان مختلف‌المعنی مبنای اتخاذ جامع مشترک را صحیح ندانیم، ادعای وضع لغوی نکاح در معنای عقد به قرینه تبادل عرفی و از رهگذر وجود عقود گوناگون نکاح در دوران جاهلی بعید نیست؛ زیرا امکان وضع تعینی این واژه در معنای مذکور (مرادف با ازدواج) از خلال کثرت استعمال، ارتکاز و تفاهم عرفی آن بسیار قوی می‌نماید؛ بنابراین معنای «وطی و نزدیکی» از خلال ثبوت عمومیت مجازات در غالب کلمات و خلاف اصل بودن تعدد وضع و اشتراک لفظی، مجاز می‌نمایند. از این رو، نوع علاقه آن در وطی و نزدیکی، اطلاق سبب بر مسبب خواهد بود.

۲-۳-۲-۱. دلالت ماده نکاح در فقه و حقوق

از دیدگاه حقوقی، دقیق‌ترین تعریف برای نکاح به وسیله مرحوم امامی ارائه شده است. ایشان نکاح را به منشأ و مسبب شرعی یعنی حصول رابطه حقوقی زن و مرد بر پایه انشای عقد تعریف کرده که مظهر روشن آن حق تمتع جنسی است (امامی، [بی‌تا]، ج ۴، ص ۲۶۸). البته اگر معنای لغوی نکاح، مجمل و مردد باشد، رهاورد تحقیق در

استعمال‌های واژه نکاح در قرآن، نشان از ظهور این ماده و مشتقات آن در معنای عقد تزویج (علقه حاصل از ازدواج و تحقق معنوی عقد) بوده و در برابر طلاق به کار آمده است؛ یعنی هیچ آیه‌ای در قرآن کریم یافت نشد که واژه نکاح در آن به طور قطع فقط در معنای وطی، استعمال شده باشد.

از این رو، اطلاق این لفظ در عرف شرع از رهگذر اطراد آن - تا زمانی که قرینه‌ای بر خلاف آن نباشد - به «عقد» یا حقیقت در آن منصرف است؛ زیرا کثرت ورود آن در شرع بدین معنا هر چند با قرینه از رهگذر غلبه استعمال، باعث پیدایی اُنس ذهنی و در نتیجه وضع تعینی این واژه و اراده عقد از آن شده است. صحت سلب نکاح از معنای وطی غیرشرعی نیز شاهدهی بر این مدعا می‌باشد؛ یعنی در مثال گفته می‌شود: «هذا العمل سفاح و لیس بنکاح»؛ از این رو، اگر اطلاق این واژه در عرف متشرعه و فضای روایات، بدون قرینه صورت گیرد، مفهوم متعارف آن متعین است.

البته معمولاً لفظ نکاح، در روایات و کلمات فقها به ویژه در کتاب النکاح، ظاهر در همین معنای تزویج بوده، اطلاق آن در معنای وطی، مقرون به قرینه و از باب ذکر شیء و اراده لوازم است؛ یعنی ناظر به موارد متعارف بوده که هر گاه عقد نکاح (با صیغه اُنکحت یا زوجت) واقع شود، نوعاً نزدیکی ناشی از عقد نیز به دنبال آید.

بر این اساس، اگر معنای شرعی این واژه با معنای لغوی آن هم‌نوا باشد؛ یعنی اگر این واژه از رهگذر وضع لفظی، حقیقت در «عقدخواندن» تلقی شود، به هنگام شک در شرطیت یا جزئیت چیزی در نکاح، تمسک به اطلاق‌های کتاب و سنت صحیح خواهد بود.

۴-۲-۱. معاطات

برای تحقیق در صحت یا بطلان نکاح معاطاتی بایسته است تا معاطات، مفهوم‌شناسی گردد و تلقی روشنی از معاطات در باب نکاح به دست آید.

معاطات، در لغت به معنای مناو له، عطا کردن و بخشیدن می‌باشد (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۵، ص ۶۹). مفهوم دقیق آن با توجه به ویژگی مفاعله (طرفینی بودن)، دادوستد یا اعطای عوض و معوض میان دو فرد است.

از نظر قانون مدنی، معاطات از عقود صحیح بوده که فاقد ایجاب و قبول

لفظی است. طبق ماده ۱۹۳ ق.م. اصل بر کفایت معاطات در معاملات است. این ماده مقرر می‌دارد:

انشای معامله ممکن است به وسیله عملی که مبیّن [دلالت صریح بر] قصد و رضا باشد، مثل قبض و اقباض حاصل گردد؛ مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد. مطابق ماده فوق‌الذکر، به جز در موارد استثنا که قانون، استعمال الفاظ را لازم می‌داند، انشای معامله از طریق فعل نیز ممکن است. همچنین در ماده ۳۳۹ ق.م. آمده است: «... ممکن است بیع، به دادوستد نیز واقع گردد».

در هر حال از نظر حقوقی، معاطات مشتمل بر ارکان تحقق عقد یعنی قصد انشا و اظهار تراضی بر ایجاد اثر بوده، با عنایت به عدم انحصار شیوه ابراز اراده در بسیاری از موارد و تنوع طرق اعلام قصد، شکی در صحت آن نیست. از این رو، قانون مدنی در ماده ۱۹۱ تصریح دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرون‌بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند».

از نگاه فقهی نیز معاطات در بیع، انشای فعلی به قصد تملیک است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۲۳). البته تعاریف دیگری نیز درباره معاطات وجود دارد؛ ولی آنچه می‌تواند در بحث نکاح معاطاتی معنای معقول و محصلی داشته باشد، به تعریف پیش‌گفته بیشتر نزدیک بوده و به همین دلیل، معنای نکاح معاطاتی، انشای فعلی به قصد تزویج است.

روشن است که لزوم عقد در نکاح معاطاتی - بر فرض نفوذ شرعی آن - به آرای فقهی موجود در لزوم یا اباحه معاطات در بیع وابسته نیست؛ زیرا لزوم آن حکمی بوده و مستفاد از دلایل دیگری خواهد بود؛ یعنی اگر بر فرض بپذیریم که نکاح معاطاتی نیز عقدی صحیح و جایز باشد، به این معنا نخواهد بود که احکام و آثار معاطات مانند جواز ترادالعینین برای نکاح نیز امکان‌پذیر باشد؛ چون نکاح شرعاً عقدی لازم و توقیفی است و انحلال آن جز با راه‌های معین شرعی میسر نیست.

۳-۱. اهداف نکاح

قانون زوجیت از نگاه تکوینی، پدیده‌ای طبیعی و حاکم بر مجموعه هستی است که

انسان نیز جزئی از این مجموعه شمرده می‌شود (ذاریات: ۴۹). ازدواج از نگاه تشریح، عملی مستحب است؛ همان‌گونه که در آیاتی از قرآن کریم، سخن از اهمیت آن به میان آمده و تشویق به تزویج و ترغیب به آن شده است (نور: ۳۲)، آرامش، رأفت و مهربانی از ثمرات آن تلقی می‌شود (روم: ۲۱) و در نهایت، از نکاح بسان میثاقی محکم یاد شده است (نساء: ۲۱). همچنین، این مسئله از سنن مؤکد پیامبران (رعد: ۳۸) به ویژه پیامبر اسلام ﷺ است (مجلسی، ۱۴۱۰، ج ۱۰۰، ص ۲۲۰). حکمت تشریح آن نیز امتداد نوع بشر، طهارت نسل او (شوری: ۱۱ / نحل: ۷۲) و سبک‌کردن بار وی از رهگذر پاسخ صحیح به ندای غریزه و حفظ عفت قلمداد شده است (نساء: ۲۷-۲۸).

فضیلت ازدواج از دیدگاه روایات به اندازه‌ای است که این مسئله پس از قبول اسلام، مهم‌ترین فایده و مزیت یک مسلمان شناخته می‌شود (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۳۲۷)؛ زیرا هیچ بنا و کانونی نزد خداوند، محبوب‌تر از تشکیل خانواده نیست (همان، ص ۳۲۸) و از خلال آن است که نیمی از دین انسان، حفظ و تکمیل گشته (همان، ص ۳۲۹)، عبادت شخص متأهل بر مجرد فضیلت می‌یابد (همان، ص ۳۲۸). از سوی دیگر، تجرد و عزب‌ماندن، مکروه و محکوم است؛ به ویژه آنجا که این مسئله باعث رهبانیت و ریاضت منفی باشد که از آن نهی شده است (مجلسی، ۱۴۱۰، ج ۱۰۰، ص ۲۱۹) و خودداری از ازدواج باعث عدم تعادل رفتاری و چه بسا فساد شخصیتی یا بیماری جسمی و روانی می‌گردد.

بر این اساس، اگرچه حقیقت نکاح از رهگذر نیازمندی آن به ایجاب و قبول و نیز لزوم مهر و نفقه در آن بسان سایر عقود و معاملات بوده، معاوضه‌ای محض تلقی نمی‌گردد؛ زیرا این عقد، شائبه عبادت داشته، از خلال سنت و استحباب نفسی آن به توفیقات ملحق است. از این رو، عقد نکاح، پیمانی مقدس می‌نماید که ایجاد و زوال آن در سایه احکام الهی و بر پایه قوانین خاصی تبلور می‌یابد.

۲. نکاح معاطاتی از منظر فقهی

براساس مطالب پیش‌گفته، مرجع معاطات در باب نکاح، به شیوه اعلام اراده باطنی و چگونگی دلالت آن بر انشای عقد تزویج بازمی‌گردد. از این رو، مقصود از نکاح

معاطاتی، عقد بدون ایجاب و قبول لفظی است و اطلاق عقد معاطاتی به عقدِ قرین صیغه حتی اگر از الفاظ خاص نبوده یا به غیر زبان عربی باشد، صحیح نمی‌نماید. بر این اساس، مقصود از نکاح معاطاتی آن است که انسان با انجام فعلی که بدون تحقق زوجیت جایز است، مانند مراسم متعارف ازدواج، بسان جشن گرفتن، حلقه به دست کردن و رفتن به خانه شوهر، قصد نکاح نماید. به همین دلیل، تلقی برخی فقیهان از چگونگی تحقق نکاح معاطاتی صحیح نیست؛ زیرا ایشان انعقاد آن را مستلزم انجام نزدیکی دانسته، از رهگذر عدم تصور صحیح برای تحقق نکاح با عمل مواعده، آن را ثبوت، باطل انگاشته‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۸۵).

اکنون با فرض صحت انشای معاطاتی معاملات و امکان تصور آن در عقد نکاح، نفوذ این عقد بررسی می‌گردد؛ بنابراین نخست ادله اثبات معاطات در نکاح تقریر شده، در بوته نقد قرار می‌گیرد، سپس ادله نیازمندی آن به صیغه، ارزیابی خواهد شد.

۲-۱. جریان معاطات در نکاح و نقد آن

عمده دلیل در طرفداری از صحت نکاح معاطاتی، تمسک به عمومات و اطلاقات فوقانی (اطلاقات و عمومات وفای به عقد و امثال آن) در نفوذ معاطات و نیز عمومات صحت نکاح از یک سو و برخی از روایات مطرح در باب نکاح از سوی دیگر خواهد بود؛ بر این اساس، این مقطع در دو محور تبیین و تحلیل می‌گردد.

۲-۱-۱. استناد به اطلاقات فوقانی

از دلایل نکاح معاطاتی، یکی شمول اطلاقات وفای به عقود بسان آیه شریفه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...» (مائده: ۱) و امثال آن از یک سو و عمومات باب نکاح همچون «فَانكحُوا ما طابَ لکمُ مِنَ النِّسَاءِ...» (نساء: ۳) و نظایر آن از سوی دیگر است.

تبیین دلالت طایفه اول در گرو صدق اطلاق عقد بر معامله معاطاتی و شمول ادله عامه در صحت و لزوم عقود و عدم تقید آن به انشای لفظی است؛ زیرا تلفظ در ایجاب و قبول، دخالتی در صدق ماهیت و مفهوم عقد نخواهد داشت؛ بنابراین نکاح، عقد است و نیازمند انشا و آنچه در قوام انشا و ایجاد آن مهم است، تراضی

قلبی با مبرزِ قولی یا فعلی صریح می‌باشد.

حضرت امام، مقتضای قاعده را در باب معاملات، صحت جریان معاطات در همه عقود و ایقاعاتی دانسته‌اند که امکان انشای فعلی آنها وجود دارد؛ زیرا فعل نیز بسان قول، وسیله و آلتی برای ایجاد اعتباری است (خمینی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۲۶۷)؛ بنابراین با فرض اطلاق عقد بر معاطات، اگر در جزئیات و شرایط آن مانند لزوم صیغه، شک و تردیدی باشد، برائت جاری گشته، اصالةالصحة در باب معاملات جاری بوده، بسان یک اماره وارد بر اصالةالفساد می‌گردد.

تقریب دلالت طایفه دوم نیز به شمول اطلاقات اختصاصی عقد نکاح بر مورد بحث وابسته است؛ زیرا احتمال شرطیت لفظ با تمسک به اطلاقات مذکور منتفی بوده، این نوع از نکاح نیز تصحیح می‌گردد.

۲-۱-۲. نقد استدلال به ادله عامه

به نظر می‌رسد چند ملاحظه انتقادی درباره استدلال مذکور قابل بیان است: اولاً، اگر شک ما در لزوم اعتبار لفظ برای عقد نکاح به صورت شبهه حکمیة فرض گردد، نمی‌توان به اصالةالصحة برای نفی آن شروط استناد کرد؛ زیرا اصل صحت فقط در شبهات موضوعیه مترتب می‌گردد و در شبهات حکمیة، اصالةالفساد (استصحاب عدم ترتب آثار) جاری خواهد بود؛ ثانیاً، برخی ادله عامه عقود همچون آیه تجارت (نساء: ۲۹) و حلیت بیع (بقره: ۲۷۵)، خارج از مورد بحث است؛ ثالثاً، نکاح از رهگذر توقیفی بودن خود، مانند سایر معاملات تلقی نمی‌شود؛ یعنی این عقد مانند معاملات دیگر نیست که عرفی محض باشد؛ همچون عبادات نیز تلقی نمی‌گردد که تعبدی خاص باشد، بلکه آمیزه‌ای از هر دو را در هم آمیخته است. از این رو، نمی‌توان همه قواعد عمومی قراردادهای معوض را تک به تک در مورد نکاح مترتب دانست؛ یعنی هرچند عقد نکاح دارای جنبه‌های عمومی و مالی است؛ ولی ترتب احکام ویژه معاملات بر عقد نکاح تا جایی امکان دارد که با طبیعت این عقد منافات نداشته باشد، بلکه اساساً شارع مقدس در امر نکاح، قیود و شروط بسیاری به آن اضافه کرده که

لازمه‌اش خروج نکاح از احکام معاملات محض است.^{*} بر این اساس، اموری مانند شرط خیار، غبن و اقاله در آن جاری نیست. شاهد دیگر بر این تفاوت آنکه عقد ازدواج، بدون تعیین مهریه یا حتی با شرط عدم مهریه نیز صحیح است؛ پس با حصول شبهه حکمیه در نکاح معاطاتی، صحت آن نیازمند دلیلی خاص بوده، قناعت به ادله عامه صحیح نیست؛ رابعاً، بر فرض تمسک به عموم آیه وفای به عقد، استناد به آن از جهاتی مخدوش است:

۱. اطلاق عنوان عقد بر نوع معاطاتی نکاح، وجداناً و عرفاً مشکوک، بلکه مردود بوده، تمسک به اطلاق این آیه ممکن نیست؛ یعنی از نظر عرفی، فعل در باب نکاح به مثابه مبرز اراده و قصد انشای عقد تلقی نمی‌گردد؛ بنابراین با انتفای موضوع، ثبوت حکم نیز منتفی می‌گردد.

۲. اگر عنوان عقد در اینجا عرفاً صادق باشد، پس این آیه شریفه دلالت بر لزوم و وجوب وفا به عقدی دارد که نزد عرف عقلاً دارای اثر باشد، نه عقدی که عقلاً اثر صحت را بر آن مترتب نمی‌کنند یا ترتب آثار نزد آنان مشکوک است؛ یعنی هرچند این رابطه حقوقی متضمن التزام دو طرف به برخی امور باشد، صرف تعهد طرفینی، مستلزم ترتب اثر صحیح (تحقق قرارداد) نخواهد بود. همچنین، سیره و روش عرف چنین است که معمولاً در معاملات پیچیده و خطیر خود به صرف انجام معاطاتی آن اکتفا نکرده، آن را با انشای لفظی یا تنظیم سند مستحکم می‌نماید.

۳. بر فرض تنزل، تمسک به آیه شریفه زمانی صحیح است که شک در یک عقد (بیع معاطاتی) از موارد دوران امر بین وجوب وفا یا عدم وجوب آن باشد؛ ولی اگر وجوب و حرمت وفای عقدی (نکاح معاطاتی) مشکوک فرض گردد، آیه شریفه از این مورد منصرف خواهد بود؛ یعنی با وجود شبهه حرمت وفای به عقد در نکاح معاطاتی، تمسک به دلیل وجوب وفای به عقد و صحت آن صحیح نیست؛ زیرا اگر عقد در واقع

* یعنی با توجه به اهداف نکاح که در مقدمه ذکر شد و نیز تغییر و تصرف فراوان شارع در امر نکاح از یک سو و حساسیت مردم یا کثرت پرسش‌های آنان در این باره از ائمه اطهار^{علیهم‌السلام}، نسبت به دیگر ابواب معاملات، باعث الحاق نکاح به امور توقیفی گردد یا دست‌کم مسئله‌ای میان عبادات و تعبدیات تلقی شود.

منعقد نشده باشد، زوجیت تحقق نیافته، وفای به آن نیز حرام است؛ یعنی قاعده وفای به عقد در واقع مشرّع نیست، بلکه به معنای الزام ما هوالمشروع است؛ بنابراین در موارد شک در حلیت و حرمت یا صحت و فساد، تخصصاً قابل تمسک نیست.

۴. بر فرض قبول، با توجه به تردید در مفهوم عقد (معنای اسم مصدری مانند زوجیت)، به گاه شک در ترتب آثار نکاح بر مدل معاطاتی آن، استناد به این آیه تمسک به عام در شبهه مصداقیه تلقی گشته، جایز نیست؛ زیرا این آیه در مقام بیان حکم تکلیفی (وجوب وفای به عقود) بوده، نخست باید عقدیت عرفی و مشروعیت شرعی آن مفروغ عنه باشد تا وفای به آن لازم و واجب گردد، در حالی که اکنون شک و تردید در آن است که آیا نکاح معاطاتی عقد تزویج تلقی می‌گردد یا خیر؟ از این رو، استدلال به این آیه برای اثبات صحت این مورد، تمسک به عام در شبهه مصداقیه می‌نمایاند.

۵. بر فرض پذیرش اشکال پیشین، استنکار متشرعه از نکاح معاطاتی (عدم وقوع نکاح معاطاتی با فرض کثرت آن در دیگر معاملات) از یک سو و علم به اتصال سیره دائمی مسلمانان به عصر معصوم در انشای لفظی نکاح از سوی دیگر، بسان یک قرینه لبیه متصله، مانع از انعقاد ظهور در شمول آیه نسبت به مورد بحث بوده، آن را از فرد مزبور منصرف می‌سازد؛ زیرا اطلاق، اصطلاحاً علمی می‌باشد و اگر علم برخلاف آن قائم شد، قابل اخذ نبوده، حجیت، بلکه ظهور استعمالی آن ساقط می‌گردد.

خامساً، اطلاقات و عمومات باب نکاح نیز به چگونگی انعقاد آن ناظر نیست تا زمان شک در تقید عقد به لفظ، قابلیت تمسک را داشته باشد. در بیان دیگر، ادله عامه نکاح نمی‌تواند این نوع از عقد را تصحیح نمایند؛ زیرا ادله مذکور در مقام بیان حکم دیگری مانند ترغیب به نکاح یا تجویز تعدد زوجات و... بوده، شامل محل بحث نیست؛ بنابراین ادله عامه نکاح در مقام بیان کیفیت ایجاد نکاح نیست؛ یعنی نسبت به آن اهمال داشته، تمسک به آن صحیح نمی‌نماید. همچنین، در مناقشه اول گفته آمد که اگرچه عقد نکاح بر سیره عقلا پایور است، امری شبه توقیفی می‌باشد؛ یعنی فقط عقد معاوضی و از امور عقلایی محض بسان بیع نیست که شارع آن را امضا کرده باشد، بلکه قواعد عمومی قراردادها آنجا که با طبیعت نکاح سازگار نباشد، جاری نخواهد بود. بر این اساس، اگر دلیلی از شارع در این باره به دست نیاید، صرف

تحقق فرضی این نوع از نکاح در میان عقلا و سکوت شارع در این باره باعث تجویز آن نیست. سادساً، اگر بر فرض، شمول اطلاق ادله عامه اثبات گردد، در مقابل، دلایلی ذکر خواهد شد که مقید و مخصّص این گونه از اطلاقات بوده، سبب استثنای عقد نکاح و اخراج آن از عمومات و اطلاقات مذکور می‌باشد. از این رو، صحت نکاح معاطاتی مخدوش خواهد بود.

۲-۲. استناد به احادیث و نقد آن

در صحت نکاح معاطاتی ممکن است به برخی اخبار استدلال شود که ذیلاً نقل و نقد می‌گردد.

۲-۲-۱. روایت عبدالرحمن بن کثیر

عبدالرحمن بن کثیر از امام صادق علیه السلام نقل کرده است که زنی نزد خلیفه دوم آمد و اقرار به زنا کرد و خواستار تطهیر خود شد. خلیفه نیز به رجم وی حکم کرد. این سخن به امام علی علیه السلام رسیده، چگونگی عمل را از آن زن پرس و جو نمودند. او نیز در پاسخ بیان داشت که در حال عبور از بیابان، تشنگی شدید بر من غالب گشت. از مردی اعرابی درخواست آب کردم. وی از دادن آب، جز در حالت تمکین خویش خودداری کرد. من چون بر هلاک خود ترسیدم، در قبال خواسته وی تسلیم شدم. امیر مؤمنان علیه السلام فرمود: به خدای کعبه قسم که این خودش تزویج است (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۴۵۷).

در بیان مدلول روایت، چه‌بسا گفته شود مستفاد از این حدیث آن است که عمل مزبور نه تنها زنا نبوده، بلکه تزویج صحیح معاطاتی به شکل انقطاعی می‌نماید؛ زیرا روشن است که هیچ لفظ دال بر عقد جز توافق طرفینی و کفایت معاطات در میان نیست.

بر این اساس، به نظر می‌رسد این روایت از نظر سندی و دلالتی مخدوش است؛ زیرا اولاً، نجاشی، راوی مباشر یعنی عبدالرحمن بن کثیر و نیز علی بن حسان را صریحاً تضعیف کرده، اولی در نگاه وی متهم به وضع حدیث است (نجاشی، ۱۴۰۷، ص ۲۳۴-۲۵۱). نوح بن شعیب نیز مجهول بوده، نامی از وی در کتب رجالی نیست.

ثانیاً، سیاق حدیث و صدر و ذیل آن با یکدیگر ساگار نبوده، حاکی از نوعی تصرف

در آن است؛ یعنی برداشت زن از این قضیه، تحقق زنای قطعی بوده، چه بسا عمر به دلیل شوهردار بودن وی به رجم او حکم داده است. پرسش امیر مؤمنان^ع نیز از آن زن با عبارت «کیف زینت؟» می‌باشد. با این اوصاف ناگهان در انتهای روایت، سخن از تحقق حتمی ازدواج به میان می‌آید.

البته با فرض صدور و صحت روایت باید بدین‌گونه توجیه گردد که این عمل، وطی حرام نبوده است؛ یعنی همان‌گونه که در تزویج، انجام نزدیکی حلال هست، این مباشرت نیز به سبب اضطرار یا اکراه زن، عنوان حلال را داشته است. از این رو، اگر فرض کنیم مرد نیز اقرار می‌کرد، بعید می‌نمود که عمل وی بسان نکاح شرعی قلمداد شود؛ زیرا از اتصاف وی به لقب اعرابی، میزان جهل و عدم پای‌بندی او به احکام شرع مانند مسائل نکاح و شروط آن واضح می‌گردد.

ثالثاً، این روایت به دوگونه متفاوت دیگر نیز نقل شده است که نشان از تقویت احتمال وضع در روایت اول می‌باشد؛ زیرا برابر روایت دوم (مرفوعه محمد بن عمرو بن سعید)، علی^ع در آن مجلس حاضر بوده، پس از استفسار این مسئله از زن، عمل مزبور را مصداقی از آیه اضطرار دانسته‌اند. در این هنگام، عمر نیز اعتراف کرد که «لولا علی لهلك عمر» (صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۵). در روایت سوم نیز که مجلسی آن را از ارشاد مفید نقل می‌کند، زن ناچار به این فعل بوده، آن را با اکراه انجام داده است. حضرت نیز آن را مصداقی از آیه اضطرار برشمرده، حد الهی را از او ساقط دانسته‌اند (مجلسی، ۱۴۱۰، ج ۷۶، ص ۵۰).

رابعاً، بر فرض که سه نقل مذکور در روایت و دلالت آن بر این ادعا معتبر باشد، فقط قدر مشترک آنها (نفی زنا) معیار خواهد بود. از این رو، آنچه به عنوان اختصاصی در برخی روایات آمده است، مانند تزویج در یک روایت و اضطرار در دو مورد دیگر منتفی می‌گردد. بر این اساس، این روایت دلالتی بر عدم لزوم ایجاب و قبول نداشته، بیگانه از موضوع بحث است. با این حال، اگر اصرار بر اثبات ادعای مذکور از روایت باشد، با عنایت به برخی روایات باب متعه که صراحت در لزوم لفظ داشته و به زودی ذکر خواهد شد و نیز با توجه به شهرت این طایفه، روایت مذکور مصداق شاذ نادر بوده، ترک آن و اخذ به موافق مشهور ملاک است.

۲-۲-۲. صحیح‌ه محمد بن اسماعیل

ابن‌بزیع از امام رضا علیه السلام درباره حکم زنی جويا می‌شود که در حال مستی با یک نفر عقد ازدواج خوانده است. پس از افاقه و به هوش آمدن، در ابتدا این ازدواج در نظرش امری منکر آمد؛ ولی وی به خیال اینکه عقدش در آن حالت صحیح و الزام‌آور بوده و زن این مرد شده است، نزد وی باقی ماند. راوی می‌پرسد: آیا آن مرد بر این زن حلال است یا ازدواج به سبب مستی زن، فاسد بوده، آن مرد هیچ حقی بر این زن ندارد؟ امام علیه السلام در پاسخ فرمودند: اگر پس از رفع مستی نزد آن مرد ماند، همین رضایت به زوجیت خواهد بود. سپس راوی از امام علیه السلام پرسید: آیا تزویج واقع شده صحیح است؟ امام علیه السلام فرمودند: آری! (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰، ص ۲۹۴).

این روایت علاوه بر تعدد سند، صحیح‌اعلایی بوده، راویان آن عدل امامی‌اند. مدلول این روایت چنین می‌نماید که عقد خوانده‌شده در حال مستی، فاقد قصد بوده، فاسد تلقی می‌گردد. با این اوصاف، وقتی زن پس از هوشیاری با میل خود نزد مرد باقی ماند، این عمل حاکی از رضایت وی و قصد زوجیت است. از این رو، نکاح معاطاتی میان آن دو منعقد گشته، این ازدواج صحیح است. به عبارت دیگر، اثبات نکاح معاطاتی از مفاد این روایت، متوقف بر آن است که این زن در حالت سکر و مستی، مسلوب‌العباره بوده، رضایت بعدی او به اقامت در نزد آن مرد به معنای عقد معاطاتی نکاح است؛ بنابراین پرسش دوم راوی نیز درباره ایقاع و صحت این نکاح به صرف ماندن زن در نزد مرد بوده، نه به معنای عقدی که پیش‌تر خوانده شده است.

با این حال، این نظر مورد تردید و انتقاد است؛ زیرا این‌گونه برداشت از روایت چندان واضح نیست، بلکه خلاف ظهور آن خواهد بود؛ یعنی سخن امام علیه السلام ناظر به تصحیح عقد بوده، ایشان آن را کالعدم و مانند عقد نائم یا عقد سهوی و یا عقد مجنون فرض نکرده‌اند؛ بلکه این‌گونه عقدها قابل تصحیح و اجازه‌کردن نیستند، در حالی که رضایت لاحق از نظر امام علیه السلام جابر نقص عقد و مصحح آن دانسته شده است؛ زیرا زن در حال مستی مستقیماً یا به واسطه وکالت، خود را به آن مرد تزویج کرده است و این

اقدام وی، لِمَا چنان می‌نماید که مستی او به اندازه جنون و هذیان‌گویی* نبوده که کاملاً سلب اختیار شده و گفته‌های خود را نفهمد، بلکه نهایتاً به سبب غلبه مستی، نسبت به این عمل رضایت نداشته است؛ یعنی وی این عمل حقوقی را با رضایت و انگیزه عقلایی کامل انجام نداده است. البته در این حالت برای تصحیح این عقد نمی‌توان به آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...» (مائده: ۱) تمسک کرد؛ زیرا قدر متیقن از عقودی که نباید به آن وفا کرد، عقدی است که هر دو طرف یا یکی از طرفین به انعقاد آن راضی نباشند. آری! در موارد مشکوک مانند آنجا که رضایت وجود دارد، ولی هنوز ابراز نشده، جای تمسک به عام مذکور خواهد بود.

از این رو، عقد مذکور صحت تأهلی داشته، با امضا و رضایت لاحق تصحیح می‌گردد. به عبارت دیگر، از عبارت «فزوجت نفسها» برداشت می‌شود که همه شروط و مسائل ازدواج جز رضایت حقیقی، موجود است. بر این اساس، عمل بعدی (تمکین اختیاری) حاکی از رضایت قلبی او و ناظر به جبران این نقص بوده، با التفات و توجه وی نیز صورت گرفته است.

روایت مذکور هیچ ارتباطی با نکاح معاطاتی ندارد و اگر بر فرض، اصرار بر ظهور این روایت در تجویز نکاح معاطاتی باشد، با وجود دو معنا یا دو احتمال در این روایت، حدیث مذکور مجمل گشته، از نظر فنی رجوع به دلیل مبین (روایات و ادله توقف نکاح بر صیغه) متعین است. دلیل مبین نیز با تبیین خود رافع اجمال از این روایت است.

البته بر فرض انکار اجمال و التزام به ظهور این روایت در صحت نکاح معاطاتی، با عنایت به اجماع مسلم در لزوم سبب لفظی در عقد و وجود سیره قطعیه متصل به زمان معصومان^ع، ظهور یا دلالت این روایت بر تجویز معاطات در نکاح، امری

* شاید علت آن است که این زن طبق روایت مذکور، شرب نبیذ کرده بود، نه شرب خمر و ظاهراً تأثیر مستی نبیذ با مستی خمر متفاوت است؛ یعنی با شرب خمر، عقل زایل می‌گردد و مانند فرد نائم یا مجنون می‌شود؛ ولی فردی که نبیذ خورده، بسان معتاد به مواد مخدر، اجمالاً رفتار و گفتار خود را در آن وضعیت درک می‌کند، اما حال طبیعی ندارد؛ بنابراین این فرد در آن حالت، زنا نکرده، بلکه خود را برای آن مرد عقد کرده بود؛ بر این اساس، عبارات وی بسان ساهی و نائم نیست و به همین دلیل، امام^ع نیز این عقد را باطل ندانسته‌اند.

مشکوک، بلکه مخدوش است؛ زیرا با توجه به محل ابتلابودن نکاح از یک سو و سخت‌گیری و اهتمام شارع به حفظ عرض و فرج از سوی دیگر، صرف وجود یک روایت هرچند صحیح، در اثبات خلاف مذاق شارع کافی نبوده، نیازمند دلایل بیشتر و محکم‌تری است؛ پس این روایت است که باید مورد اعراض یا تأویل قرار گیرد.

۳. اشتراط انشای لفظی در نکاح

برای توقف نکاح بر عقد لفظی می‌توان به برخی نصوص، پیش از اجماع استدلال کرد. با این توصیف، این مقطع در دو محور، لزوم انشای لفظی عقد را بررسی می‌نماید.

۳-۱. استدلال به احادیث

برای انحصار صحت نکاح با عقد لفظی باید به دو گروه از روایات استناد کرد: دسته‌ای که بر اعتبار لفظ در عقد نکاح دلالت دارد و طایفه‌ای که نافی غیر آن است. بر این اساس، توهّم و پنداری پدید نمی‌آید که نصوص دسته اول، ناظر به بیان موارد متعارف بوده، اعتبار نکاح معاطاتی را نفی نکرده است؛ یعنی نمی‌تواند انحصار آن را در همه موارد اثبات نماید.

۳-۱-۱. توقف نکاح بر تلفظ

بسیاری از روایات باب متعه به دلالت مطابقی و التزامی، ضرورت اعتبار لفظی بودن ایجاب و قبول را در عقد نکاح می‌فهماند. حتی از برخی نصوص نکاح انقطاعی روشن می‌شود که اعتبار و حتمیت لفظ نزد سائل و امام، مفروغ‌عنه بوده، پرسش از کیفیت و خصوصیت اجرای صیغه و عقد است (همان، ج ۲۱، ص ۴۱-۴۵)؛ یعنی در همه این روایات، سخن در آن چیزی است که زن و مرد به گاه تحقق متعه باید بگویند و تلفظ کنند. همچنین، برخی روایات، دلالت صریح بر سبق تراضی پیش از اجرای عقد داشته، کاشف از عدم اکتفا به ابراز رضایت فعلی در نکاح است (همان، ج ۲۱، ص ۴۳). به عبارت دیگر، مستفاد از فقه‌الحديث در این روایات آن است که امام علیه السلام در مقام بیان احکام و آثار عقد بوده، صیغه، مقدار مدت و مهریه را از شروط تحقق و عدم ارث،

وجوب عده و حتی تعداد ایام آن را از احکام آن برشمرده‌اند.

همچنین، در برخی روایات به لزوم تلفظ به شروط در ضمن عقد انقطاعی تصریح شده است (همان، ج ۲۱، ص ۴۵-۴۶). در بیان دیگر، برابر این روایات، صرف تراضی بر وجود برخی شرایط و گفته‌های پیش از عقد، تا زمانی که در خود عقد تصریح و مندرج نشود، اثری نخواهد داشت. به همین دلیل، مدلول التزامی روایات آن است که اگر تصریح به شرط در ضمن عقد لازم است، به طریق اولی تلفظ به خود صیغه در انشای نکاح واجب خواهد بود؛ یعنی از اینکه شرط نافذ در عقد نکاح به ذکر آن در ضمن عقد منوط شده باشد، مفروغیت، بلکه بدهت اعتبار لفظ برای انشای عقد معلوم می‌گردد.

البته به دلیل عدم قول بالفصل، چنان می‌نماید که تحقق نکاح دائمی نیز به انشای لفظی منوط می‌باشد؛ زیرا این مسئله امری بسیار مهم نزد شارع و محل ابتلای همه مردم در طول تاریخ و عصر معصومان^{علیهم‌السلام} بوده، اگر برخلاف این راه، روش شرعی دیگری نیز وجود داشت، قطعاً مخفی نمانده، نقل و آشکار می‌گشت. بر این اساس، آنچه از این روایات به دست ما رسیده، حاکی از انشای لفظی در وقوع نکاح به عنوان اولی است. در ذیل به برخی دیگر از این احادیث اشاره می‌گردد:

۱. صحیح‌ه محمد بن یحیی از امام باقر^{علیه‌السلام} است. برابر این روایت، پیامبر اکرم^{صلی‌الله‌علیه‌وآله‌وسلم} زنی را که خواستار ازدواج شده بود، با صیغه و لفظ، به نکاح مرد انصاری درآوردند (همان، ج ۲۰، ص ۹۷-۲۶۳).
۲. صحیح‌ه برید بن معاویه از امام باقر^{علیه‌السلام} در تفسیر آیه «وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا» (نساء: ۲۱) که مقصود از ميثاق را همان کلمه و لفظی برشمرده‌اند که با آن ازدواج حاصل آید (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۰، ص ۲۶۲).
۳. در روایت عبید بن زراره آمده است که امام صادق^{علیه‌السلام} بیان فرمودند نکاح با عقد لفظی واقع می‌شود (همان، ج ۲۰، ص ۲۶۳).
۴. خبر عاصم بن حمزه درباره خطبه عقدی که امیر مؤمنان^{علیه‌السلام} برای زن و مردی اجرا فرموده‌اند (همان).
۵. روایت عبد‌الله بن میمون قدامی در چگونگی تحقق تزویج که از امام زین‌العابدین^{علیه‌السلام} به دست ما رسیده است (همان).

۶. مرسله صدوق در تزویج دختر مأمون با امام جواد^ع که حاکی از مسلم بودن ایجاد عقد با انشای لفظی است (همان، ج ۲۰، ص ۲۶۱).

۷. مستفاد از برخی ادعیه پیش از نزدیکی مانند «بکلماتک استحلتت فرجها» یا «بکلماتک استحلتتها»، نشان از آن است که حلیت بالفعل نکاح با عقد خاص لفظی صورت می‌گیرد که هرچند آن نیز از شارع مقدس گرفته شده است (همان، ج ۲۰، ص ۱۱۵-۱۱۶).

البته ممکن است هریک از روایات به تنهایی خالی از دغدغه دلالتی یا سندی نباشد؛ ولی در مجموع با تراکم و استظهار از آنها و نیز با ملاحظه همه احادیثی که بر جواز عقد نکاح یا حرمت عقد تزویج با محارم یا زن شوهردار و... دلالت دارد، چنین می‌نماید که منظور از جواز یا حرمت عقد در این موارد، انشای لفظی آن بوده، شکی در انکار صحت نکاح بر عقد فعلی باقی نمی‌ماند؛ چه اینکه ائمه اطهار^ع قولاً، عملاً و تقریباً در اجرای عقد نکاح فقط این روش را به کار برده‌اند و اگر راه دیگری نیز ممکن بود، حتماً بدان اشاره می‌فرمودند؛ بنابراین اخذ معنایی اعم از انشای لفظی عقد، خلاف مرتکز ذهنی خواهد بود.

البته در فقه و قانون مدنی (ماده ۱۰۶۶) در فرض عجز از تکلم و به عنوان ثانوی، اشاره دال بر قصد زوجیت نیز جایگزین انشای لفظی گردیده است (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۶، ص ۱۳۶ / همان، ج ۲۲، ص ۳۸). با این حال، این استثنا خود شاهدی بر تسلّم اشتراط تلفظ در عقد نکاح و خلاف قاعده بودن آن است؛ زیرا با فرض مشروعیت نکاح معاطاتی، استثنای شخص غیرگویا لغو بوده، معنا و مفهومی نخواهد داشت. از سوی دیگر، استحباب شاهد گرفتن، مرسوم بودن اخذ وکیل در عقد، استحباب و رواج قرائت خطبه نکاح و تحمید پیش از اجرای عقد، اشاره به آن است که خود عقد نکاح نیز از جنس کلمه و لفظ می‌باشد. از این رو، مقصود از عقد در باب نکاح، به سبب کثرت استعمال و اُنس ذهنی، به مورد متعارف (عقدخواندن) منصرف خواهد بود؛ یعنی انشای فعلی نکاح، متبادر از عقد ازدواج نبوده، عرفاً صحت سلب آن موجه می‌نماید؛ بنابراین ادله نیز منصرف به سبب مرسوم و رایج در انشای نکاح خواهد بود؛ به عبارت دیگر، اگرچه واژه عقد ذاتاً اطلاق دارد؛ ولی ظهور اطلاق آن در نکاح معاطاتی، بسیار خفیف

و بلکه مؤول می‌نماید. بدین جهت برای تأکید بر آن و تقویت ظهور اطلاقی و شمول آن بر فرد خفی (عقد معاطاتی در نکاح)، شایسته ذکر صریح بود. از این رو، اخذ به ظاهر و طرد مورد خفی متعین است.

در هر صورت، در این نکته شکی نیست که هر مطلبی در روایات و به تبع آن در فقه گفتنی نیست، بلکه برخی موارد به وضوح آن واگذار شده یا اصلاً انگیزه‌ای نسبت به آن مطرح نیست و کاری نیز در این باره انجام نمی‌شود؛ بنابراین معنا ندارد که شارع مستقیماً چیزی بدیهی را نهی نماید؛ به عنوان مثال، بطلان عقد ازدواج میان دو همجنس، از بدیهیات و مسلمات بوده؛ به همین دلیل، هیچ اشاره‌ای در منابع روایی و فقهی بدان نشده است.

۲-۱-۳. بطلان نکاح غیرلفظی

همان‌گونه که در اهداف نکاح گفته شد، حقیقت این موضوع بسان عبادات بوده، یک عقد و معاوضه محض تلقی نمی‌شود؛* به عبارت دیگر، نکاح یکی از راه‌ها برای حفظ مقاصد شریعت است؛ به گونه‌ای که برنامه اسلام با نظر به مصالح شخصی و نوعی آن، صیانت از خانواده برای حفظ نسل و نسب می‌باشد. از این رو، بسیاری از حقوق و احکام این مسئله به ویژه در ایجاد و زوال آن توقیفی است؛ یعنی با ملاحظه حکم و موضوع در باب نکاح، دریافت می‌شود که شارع مقدس، امر آن را بسان مسائل مالی صراحتاً تحت سلطه مکلف قرار نداده، اقتضار به ضوابط ثابت شده متعین می‌نماید. در بیان دیگر، غالب فروع آن نیاز به نص و بیان دارد و نمی‌توان آن را فقط با بنای عقلاً تصحیح کرد. به همین دلیل، مستفاد از روایاتی که ایقاع نکاح را با لفظِ هبه، عاریه یا تحلیل منعقد نمی‌داند (همان، ص ۲۶۴-۲۶۷)، بدهت لزوم اصل تلفظ قاصدانه (نه فقط ایجاد صوت عقد با ابزاری مانند رایانه) در انشای تزویج و بطلان سببیت فعل در تحقق آن است.

از سوی دیگر، اگر اشتراط لفظ در عقد نکاح را به هر دلیلی مخدوش بدانیم، با عنایت به عدم ورود دلیل خاص بر ازدواج معاطاتی بسان عقدی مشکوک و شبهه‌دار

* به همین دلیل در ماده ۱۰۸۷ ا.ق.م. عقد نکاح، به شرط عدم مهر نیز صحیح شمرده شده است.

می‌گردد؛ بنابراین زن و مرد پس از عقد معاطاتی هنوز مشمول اطلاقات حرمت نظر و لمس اجنبیه بوده (همان، ج ۲۰، صص ۱۹۰ و ۱۹۵-۱۹۶)، مصداق کبرای کلی برای باب وجوب احتیاط در امر نکاح خواهند بود (همان، صص ۲۵۸-۲۵۹ / همان، ج ۲۷، ص ۱۵۹)؛ همان‌گونه که در این باب آمده است: «لاتجامعوا فی النکاح علی الشبهة» و «إن النکاح أحرى و أحرى ان يُحتاط فیهِ» (همان). از این رو، با لحاظ مناسبت حکم و موضوع و سنجش میان آن دو، چنین می‌نماید که مسئله نکاح به دلیل اهمیت ویژه آن در نزد شارع، تناسب و سازگاری با عقد لفظی داشته، ضروری نیست حتماً در مصادر فقهی بدان تصریح گردد. همچنین، شهرت بر عریبت عقد نکاح و احتیاط فقهی در اکتفا به لفظ «زوجت» و «أنکحت» و تقدم لفظ ایجاب بر قبول - گرچه مخدوش باشد - از یک سو و تبعات منفی یا لوازم فاسد مترتب بر جریان معاطات در نکاح مانند تردید در اثبات آن و اختلال در نظام خانواده (لزوم هرج و مرج) از سوی دیگر، همه کاشف از مفروضی پنهان یعنی بطلان نکاح معاطاتی دارد.

همچنین، بر فرض مناقشه در همه شواهد مدعا، اصالة الفساد (استصحاب عدم تحقق سبب صحیح شرعی یا عدم حصول زوجیت) و اصالة التحريم در فروج، حاکم می‌گردد؛ یعنی با وجود شک در صحت عقد غیرلفظی یا ورود دلیل بر جواز آن، اصل، عدم ترتب اثر شرعی بوده، خروج از آن بر قدر متیقن (و نه بر مورد اختلافی) متعین می‌گردد. به بیان دیگر، اگرچه قوام نکاح به متعاقدين نیز وابسته است، خود عقد، واحد و بسیط بوده، امر آن دائرمدار حدوث یا عدم حصول می‌باشد. از این رو، با فرض شک در وقوع آن مقتضای اصل عملی، عدم تحقق آن است؛ بنابراین اگر یکی از متعاقدين از رهگذر اجتهاد یا تقلید، اعتقاد به صحت نکاح معاطاتی داشته باشد، باز هم عقد به سبب بساطت خود باطل است؛ پس معنا ندارد که عقد نکاح از یک سو صحیح و از سوی دیگر، باطل باشد.

۴. اجماع و ارتکاز متشرعه

دلیل عمده در اعتبار صیغه (ایجاب و قبول لفظی) و توقف نکاح بر آن - بنا بر آنچه خود تحصیل کرده‌ایم - تسالم اصحاب، بلکه اجماع مسلم مذاهب اسلامی است (ر.ک: شلبی،

۱۳۹۷، ص ۸۱)؛ پس این مسئله به عنوان ضرورت فقهی تلقی می‌گردد. از این رو، کلمات فقها به ویژه قدما به تفصیل اجرای صیغه ناظر بوده، اعتبار لفظ، پایه و پیش فرض بحث شمرده شده است.

همچنین، سیره قطعی از متشرعه و ائمه اطهار^{علیهم‌السلام} و نیز ارتکاز مسلمانان بر اکتفا به قول، در انشای عقد نکاح است؛ به گونه‌ای که در تلقی کودکان و حتی افراد دیگری که با مسلمانان معاشرت می‌کنند، نیاز نکاح به سبب لفظی (عقدخواندن) در اسلام روشن است، در حالی که معاطات در معاملات عصر ائمه^{علیهم‌السلام} کاملاً رواج داشته است؛ به همین دلیل، بداهت این مسئله و اجماع بر آن نزد علما و مسلمانان به اندازه‌ای است که اگر شبهه‌ای در این باره نباشد، احتیاجی به استدلال ندارد.

از این رو، فقیهان متقدم حتی به یک روایت هم در این باره تمسک نکرده‌اند تا اجماع، مدرکی گشته و ملاک حجیت آن مخدوش گردد. البته بر فرض که اجماع به سبب استظهار لفظ از برخی روایات، تعبدی نباشد، باز هم حجت خواهد بود؛ یعنی با توجه به ارتکاز موجود و تسالم مسلمانان بر وجوب صیغه و نیز تعاصر این مسئله با دوران معصومان^{علیهم‌السلام} به سبب ابتلا و رواج آن می‌توان حجیت این اجماع را همچون دلیلی مستقل محسوب کرد؛ به عبارت دیگر، با توجه به طریقت حجیت اجماع از کشف نظر معصوم، چه بسا مدعی ثبوت این کبرا در محل بحث شویم؛ هرچند اجماع، مدرکی یا مدرک اجماع مخدوش باشد؛ زیرا امام^{علیه‌السلام} تسالم مذکور در انحصار و توقف وقوع نکاح بر سبب لفظی را تأیید کرده، قهراً ردع نکاح غیرلفظی روشنی می‌یابد. به بیان دیگر، این تسالم ناشی از ارتکاز موجود در اذهان متشرعه در عصر شارع بوده، کاشف از به‌کارگیری این حکم، قولاً یا تقریراً از خود معصومان^{علیهم‌السلام} خواهد بود. همچنین، مستفاد از اجماع فقها بر عدم جواز اجرای عقد با نوشته و کتابت، اولویت بطلان معاطات در نکاح روشنی می‌یابد.

۵. علم و جهل به بطلان نکاح معاطاتی

از مباحث پیشین، موضوعیت لفظ در نکاح به روشنی مستدل گشت. اگر فردی بخواهد نکاح خود را با معاطات منعقد نماید، قطعاً در فرض علم به بطلان آن، از نظر حکم

وضعی ازدواج وی باطل است و اولاد او نیز زنازاده تلقی می‌گردند. برخی فقهای فقید معاصر در این باره فرموده‌اند:

مجرد تراضی و معاطات در نکاح، کافی نیست. علی‌هذا، اگر زوجین جاهل به حکم بوده‌اند و خیال نموده‌اند که مجرد تراضی کافی در زوجیت و جواز وطی است، اولاد آنها حکم اولاد حلال‌زاده را دارند و اگر می‌دانستند که ازدواج، موقوف به اجرای صیغه عقد است، هر چند به لفظ فارسی باشد و بدون عقد، عمل زناشویی انجام داده‌اند، اولاد آنها حکم اولاد زنا را دارند (گلپایگانی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۴۱ / فاضل لنکرانی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۳۸۲).

از این رو، چه‌بسا برای مدعیان چنین ازدواجی، با احراز شرایط لازم، حکم به ترتب اجرای حد یا تعزیر گردد، مگر آنکه گفته شود مجازات نیاز به تحقق سوء نیت دارد که این مسئله درباره مدعیان نکاح معاطاتی محرز نیست یا دست‌کم مشتبّه است و با اندک شک و شبهه‌ای اجرای حدود متوقف می‌شود.

به هر حال، این تراضی و توافق، ازدواج نبوده، از موانع نکاح نیز قلمداد نمی‌گردد؛ یعنی زن در این وضعیت هنوز شوهردار نخواهد بود.

در مقابل، اگر زوجین نسبت به این حکم، جاهل قاصر باشند، به گونه‌ای که با توجه به وضعیت آنان (مانند برخی عشایر)، جهل ایشان به بطلان عقد مزبور مسلم گردد، اولاد آنان در حکم حلال‌زاده بوده، حد و تعزیر نیز ساقط می‌گردد. با این حال، پس از اطلاع، احتیاط در طلاق گرفتن* و تجدید عقد ضروری است.

البته ممکن است صحت این عقد در وجه دوم ثابت باشد؛ زیرا مقتضای احتیاط در فروج، آن است که عقد مزبور حمل بر صحت گردد تا زنا با زن شوهردار محقق نگردد. به بیان روشن‌تر اگر ازدواج مزبور باطل فرض گردد و آن زن، شوهر دیگری اختیار

* با عنایت به عدم علم نسبت به تحقق نکاح مذکور از رهگذر معاطات، چه‌بسا صیغه طلاق، این‌گونه نیز قابل تصویر باشد: «ان کانت هذه زوجتی، فهی طالق»؛ همان‌گونه که در ابتدای این مقاله گفته شد که تعلیق بدین‌گونه صحیح است؛ زیرا قوام ماهیت و مفهوم طلاق، ثبوتاً بر علقه زوجیت متعلق است؛ به‌گونه‌ای که با نبود آن، ایقاع تحقق نمی‌یابد. البته اگر صیغه طلاق به گونه مرسوم هم خواننده شود، صحیح است؛ چه تصریح به شرط صحت طلاق، مضرّ نیست؛ بنابراین اگر ثبوتاً آن زن زوجه مرد باشد، طلاق واقع می‌شود و اگر زوجه او نباشد، طلاق لغو خواهد بود.

نماید، چه بسا زنا با زن شوهردار تحقق یافته است که این حکم از مذاق شریعت به دور می‌باشد. از این رو، در فرض جهل به بطلان نکاح معاطاتی یا باید این گونه از ازدواج‌ها را همیشه صحیح برشمرد و یا الزام به ایقاع طلاق احتیاطی کرد؛ بنابراین از حیث حقوق مدنی، اگر اوضاع و احوال بر قصد طرفین بر انجام عقد نکاح و نیز جهل آنان بر بطلان نکاح معاطاتی دلالت نماید، دادگاه می‌تواند حکم به تحقق نکاح سابق برای طرفین، الزام به طلاق احتیاطی و اختیار در تجدید عقد کند.

نتیجه

با توجه به اهمیت شأن نکاح در نگاه شارع و نیز تفاوت آن با دیگر عقود از جهت آثار و جایگاه اجتماعی، روشن شد که این عقد از نوع قراردادهای شکلی و عقود معینه است؛ یعنی در صحت و تمامیت خود نیازمند شرایط و صورت اختصاصی می‌باشد و یا دست‌کم احتمال اعتبار شکلی خاص در کیفیت ابراز آن وجود دارد؛ از این رو، تمسک به اطلاعات و عمومات صحت معاطات برای جریان آن در نکاح صحیح نیست؛ بنابراین چنین می‌نماید که مقتضای قواعد، عدم جریان معاطات در نکاح می‌باشد؛ یعنی نکاح معاطاتی، ثبوتاً قابل فرض و تصویر است؛ ولی عرفاً این روش از اسباب ایقاع نکاح نبوده، تخصصاً از ادله عامه، منصرف خواهد بود. به عبارت دیگر، بطلان نکاح معاطاتی فقط به سبب دلالت ادله مانع نیست، بلکه مقتضی نیز برای صحت آن موجود نیست. از این رو، بطلان نکاح معاطاتی نیازمند دلیل نیست، بلکه اثبات آن (نکاح شخص لال) محتاج به تبعدی خاص است.

با تحقیق در اطلاعات باب نکاح، روشن شد که این نوع از ادله، نسبت به محل بحث، در مقام بیان نیست. همچنین، روایت عبدالرحمن بن کثیر نیز علاوه بر ضعف سندی، از رهگذر تناقض در سیاق و اختلاف در نقل، به اضطراب متنی و دلالتی مبتلاست. البته داعی جعل و تحریف نیز در آن موجود است. دلالت روایت بعدی - صحیح‌ه اسماعیل بن بزیر - نیز ساقط بوده، به نکاح معاطاتی ربطی ندارد؛ یعنی مفاد این حدیث آن است که عقد سگری، صحت تأهلی داشته، با امضای لاحق تصحیح می‌گردد. همچنین، بر فرض اصرار بر ثبوت دلالت این روایت بر نکاح معاطاتی، با

وجود دو احتمال معنایی در روایت، این حدیث مجمل گشته، قابل تمسک نیست. از سوی دیگر، با استظهار از دلیل اجتهادی، اشتراط صیغه در وقوع نکاح متعین می‌گردد؛ یعنی مستفاد از دلالت مطابقی و التزامی روایات، بداهت و جوب ایجاب و قبول لفظی است؛ زیرا نکاح، از مهم‌ترین مسائل مورد ابتلای مردم حتی در عصر معصومان علیهم‌السلام بوده، اگر برخلاف این راه، روش شرعی دیگری (انشای عملی) نیز وجود می‌داشت، قطعاً مخفی نمانده، نقل و آشکار می‌شد، در حالی که نه تنها راه دیگری ذکر نشده است، بلکه تعدی از مقدار متعین، مورد نهی شارع (و جوب احتیاط در فروج و شمول اطلاقا حرمت نظر و لمس اجنبیه) بوده، چه بسا ادعا شود مستفاد از تطبیق این نهی بر نکاح معاطاتی، ارشاد به بطلان این عقد یا عدم سببیت فعل در ایجاد نکاح است.

۱۴۷

حقوق اسلامی / انشای فعلی نکاح؛ جستاری در عدم مشروعیت

اتفاق مذاهب اسلامی و ارتکاز قطعی متشرعه باعث شده است انحصار تحقق نکاح بر عقدخواندن، از مسلمات و ضروریات فقهی قلمداد گردد. اشکال در حجیت این اجماع نیز به آسانی ممکن نیست؛ زیرا این اجماع به یک فرقه یا طبقه یا دوره مربوط نبوده، از رهگذر قطعیت ارتکاز متشرعه می‌توان این اجماع را تسالم مسلمانان دانست که معصوم علیهم‌السلام نیز آن را تأیید کرده است. بر این اساس، هر چند این اجماع، مدرکی بوده یا مدرک آن ضعیف باشد، از رهگذر ارتکاز مسلم متشرعه، کاشف از نظر معصوم (عدم تأیید عقد غیرلفظی یا ردع آن) بوده، حجت خواهد بود؛ پس این اجماع، بر فرض شمول اطلاقا ادله عامه، مخصص آن می‌گردد.

اگر همه ادله، مجموعی لحاظ گردد، شکی در قطعیت بطلان نکاح معاطاتی باقی نمی‌ماند. در عین حال، اگر این دلایل مخدوش باشد، مقتضای اصالة الفساد در عقد و اصالة التحريم در فروج، عدم صحت نکاح معاطاتی و عدم ترتب آثار زوجیت بر آن است؛ بنابراین با این گونه عقد، محرمیت ایجاد نشده، چه بسا عمل زناشویی، آثار و پیامدهای زنا داشته باشد.

در نظام مدنی ایران نیز مفهوم مخالف ماده ۱۰۶۲ ق.م. که وقوع عقد نکاح را فقط با ایجاب و قبول لفظی و صریح می‌داند، مخصص منفصل ماده ۱۹۱ ق.م. و ۱۹۳ آن بوده که معاطات را در معاملات صحیح و جاری انگاشته است؛ زیرا از رهگذر مفهوم

حصرِ مادهٔ مذکور، بطلان معاطات در نکاح پذیرفته شده است. از این رو، حقوقدانان اسلامی نیز در این مسئله اختلافی نخواهند داشت و با فرض ابهام در قانون، مرجع و ملاک، برابر اصل ۱۶۷ ق.ا. رجوع به فتاوی معتبر خواهد بود.

Archive of SID

منابع

* قرآن کریم.

۱. ابن منظور، محمد بن مكرم؛ لسان العرب؛ ج ۲ و ۳، چ ۳، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
۲. ابن فارس، ابوالحسین احمد بن فارس بن زکریا؛ معجم مقاییس اللغة؛ ج ۵، چ ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.
۳. اصفهانی، محمد حسین؛ حاشیة المکاسب؛ ج ۱، چ ۱، قم: انوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
۴. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۴، چ ۱، تهران: اسلامیة، [بی تا].
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین؛ کتاب المکاسب؛ ج ۳، چ ۱، قم: دارالفکر، ۱۴۱۵ق.
۶. آخوند خراسانی، محمد کاظم؛ کفایة الأصول؛ ج ۱، چ ۲، قم: آل البيت، ۱۴۱۷ق.
۷. توحیدی تبریزی، محمد علی؛ مصباح الفقاهة - فی المعاملات (تقریر فقه سید ابوالقاسم خویی)؛ ج ۲، چ ۴، قم: انصاریان، ۱۴۱۷ق.
۸. جوهری، ابی نصر اسماعیل بن حماد؛ الصحاح؛ ج ۱، چ ۱، قم: اسلامیة، ۱۴۲۰ق.
۹. حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعة؛ ج ۲۰، چ ۱، قم: آل البيت، ۱۴۰۹ق.
۱۰. خلخالی، صادق؛ النکاح؛ ج ۲، چ ۲، قم: دفتر معظم له، ۱۳۷۷.
۱۱. خمینی، سید روح الله؛ کتاب البیع؛ ج ۱، چ ۱، تهران: نشر آثار امام خمینی، [بی تا].
۱۲. خویی، سید ابوالقاسم؛ موسوعة الإمام الخویی؛ ج ۳۳، چ ۱، قم: احیاء الآثار، ۱۴۱۸ق.
۱۳. راغب اصفهانی، حسین بن محمد؛ مفردات فی غریب القرآن؛ چ ۱، لبنان: دارالنشر، [بی تا].
۱۴. سبحانی، جعفر؛ نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة - الغراء؛ ج ۱، چ ۱، قم: امام صادق، ۱۴۱۶ق.
۱۵. شلبی، محمد مصطفی؛ أحكام الأسرة فی الاسلام؛ ج ۲، بیروت: دار النهضة العربیة، ۱۳۹۷ق.

۱۶. صادقی تهرانی، محمد؛ توضیح المسائل نوین؛ ج ۱، تهران: امید فردا، ۱۳۷۸.
۱۷. صدوق، محمد بن علی بن بابویه؛ من لایحضره الفقیه؛ ج ۴، چ ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
۱۸. فاضل لنکرانی، محمد؛ جامع المسائل؛ ج ۱، چ ۱۱، قم: امیر قلم، [بی تا].
۱۹. فیاض، محمد اسحاق؛ محاضرات فی علم الأصول (تقریر درس سید ابوالقاسم خویی)؛ ج ۲، چ ۴، قم: انصاریان، ۱۳۷۵.
۲۰. فیومی، احمد بن محمد؛ المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر؛ ج ۲، چ ۱، قم: دارالرضی، [بی تا].
۲۱. طریحی، فخرالدین؛ مجمع البحرین؛ ج ۱، تهران: جعفری، [بی تا].
۲۲. کلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۵، چ ۴، تهران: اسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۲۳. گلپایگانی، سید محمد رضا؛ مجمع المسائل؛ ج ۲، چ ۲، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۹ق.
۲۴. مجلسی، محمد باقر؛ بحار الأنوار؛ ج ۱۰۰، چ ۱، بیروت: الطبع والنشر، ۱۴۱۰ق.
۲۵. نجاشی، احمد بن علی؛ رجال نجاشی؛ ج ۱، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۲۶. واسطی زبیدی، سید محمد مرتضی؛ تاج العروس من جواهر القاموس؛ ج ۱، چ ۱، بیروت: دارالفکر، ۱۴۱۴ق.
۲۷. هاشمی شاهرودی، سید علی؛ دراسات فی علم الأصول (تقریرات اصول سید ابوالقاسم خویی)؛ ج ۱، چ ۱، قم: مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه، ۱۴۱۹ق.