

بررسی تحلیلی ادله بطلان نکاح معاطاتی در فقه امامیه و مذاهب اربعه اهل سنت

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۲۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۰۹

مصطفی شاکری^۱

چکیده

نکاح معاطاتی به معنای قصد انشاء نکاح بدون کار بست الفاظ مخصوصی است که از جانب شارع مقدس در جهت ایجاد رابطه زوجیت وارد شده است. با بررسی آثار فقهای امامیه و اهل سنت مشخص می‌شود که در نظر آنها انشاء لفظی در عقد نکاح امری ضروری است و بر این اساس، بطلان معاطات در نکاح از جمله مسائلی است که بسیاری از فقهای امامیه و مذاهب اربعه اهل سنت بر آن تصریح کرده‌اند و در مورد آن ادعای اجماع شده است. مهم‌ترین ادله قائلان به بطلان نکاح معاطاتی در فقه امامیه را روایات اهل بیت (علیهم‌السلام)، اجماع و اصول عملیه از جمله احتیاط تشکیل می‌دهد که ایجاب می‌کند در انشاء عقد نکاح، به طریق یقینی که همان انشاء لفظی است، اکتفا و از طریق غیر یقینی، یعنی انشاء فعلی اجتناب شود. همانند فقهای شیعه، فقهای اهل سنت نیز بر لزوم استفاده از الفاظی که صراحت در ابراز اراده متعاقدين در عقد نکاح داشته باشد تأکید دارند. علاوه بر این مسئله، لزوم حضور شاهدین حین عقد و تعبدی بودن عقد نکاح، مهم‌ترین ادله اهل سنت را برای بطلان این نوع نکاح تشکیل می‌دهد. در این پژوهش سعی شده با نگاهی مقارنه‌ای ادله فقهای امامیه و مذاهب اربعه در این رابطه نقد و بررسی شود و نشان داده شود، بسیاری از ادله‌ای که مخالفان نکاح معاطاتی به آن استناد کرده‌اند از جمله روایاتی که در این بحث مورد استناد قرار گرفته است، فاقد حجیت و اعتبار است و اگر اجماع و اصول عملیه در مسئله وجود نداشت، قول به عدم بطلان نکاح معاطاتی قابل دفاع بود.

واژگان کلیدی: معاطات، نکاح، انشاء لفظی، مذاهب خمس.

۱. دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه بین المللی مذاهب اسلامی، msmsbakery@gmail.com

مقدمه

عموم فقهای شیعه و اهل سنت قائل به لزوم و اعتبار لفظ در انشاء عقد نکاح هستند و انشاء غیرلفظی و معاطات را در نکاح نمی‌پذیرند. بطلان نکاح معاطاتی تا آنجا شهرت یافته است که در این مسئله ادعای اجماع و حتی تسلّم بین‌الفریقین شده است. از این جهت شایسته است ادله‌ای که قائلان به بطلان نکاح معاطاتی بدان استناد کرده‌اند مورد مطالعه و بررسی قرار گیرد و مهم‌ترین نقدها و چالش‌های پیش روی آن، تحلیل شود. بررسی مقارنه‌ای این موضوع این حسن را دارد که علاوه بر نمایاندن اشتراکات و شباهت‌های اندیشه فقهای مذاهب خمسّه، این ادله با یکدیگر تعاضد کرده و بر استحکام و غنای ادله بطلان این نوع از نکاح می‌انجامد. براین اساس در این پژوهش ضمن بررسی مهم‌ترین ادله‌ای که قائلان به بطلان نکاح معاطاتی در مذاهب خمسّه اسلامی به آن پرداختند، هر کدام از ادله، اجمالاً مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

در رابطه با نکاح معاطاتی تاکنون آثار زیادی تالیف شده است؛ از جمله کتاب «معاطات در نکاح» اثر آیت‌الله محمدجواد فاضل لنکرانی یا مقاله «بررسی فقهی و حقوقی نکاح معاطاتی با رویکردی بر نظر امام خمینی (ره)» و مقاله «بررسی فقهی، حقوقی نکاح معاطاتی و شیوه ابراز اراده در آن» و تعداد بسیاری از پایان‌نامه‌هایی که در این زمینه نگارش شده است؛ منتهی طی بررسی انجام شده، هیچ کدام از این پژوهش‌ها به بررسی حکم این مسئله از منظر مذاهب اربعه اهل سنت پرداخته‌اند و عموماً ناظر به فقه امامیه هستند. از این منظر می‌توان این پژوهش را حاوی نوآوری در تحلیل و استنباط دیدگاه علمای مذاهب اهل سنت پیرامون بطلان و صحت نگاه معاطاتی به‌شمار آورد.

۱. مفهوم شناسی

بررسی دقیق هر مسئله فقهی نیازمند فهم درست محل نزاع و موضوع تحقیق است. بدین جهت در آغاز تحقیق به بررسی مفاهیم و تعاریف مورد استفاده در این پژوهش پرداخته می‌شود.

۱-۱. عقد

در ابتدا ضروری است معنای لغوی و اصطلاحی واژه «عقد» به‌خوبی تبیین شود؛ چراکه آنچه در میان فقیهان مورد اختلاف است، شرایط و ضوابط تحقق عنوان «عقد» است. در حقیقت سؤال از اینکه آیا در بیع یا نکاح، انشاء معامله با صیغه لفظی با شرایط خاص آن

لازم است یا خیر، به این پرسش اساسی تر بازگشت دارد که آیا تحقق عنوان عقد، نیازمند وجود صیغه لفظی است؟ به بیان دیگر آیا صیغه لفظی، علت موجد عنوان عقد است؟ با تتبع در تحقیقاتی که پیرامون موضوع نکاح معاطاتی به انجام رسیده است، این نکته روشن شد که هیچ یک از محققین به بررسی نکاح معاطاتی از منظر تحقق یا عدم تحقق عنوان «عقد» در این نوع نکاح نپرداخته‌اند.

عقد در لغت به معنای تجميع اطراف شیء است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۵۷۶). به همین منظور کلمه عقد در معنای گره زدن دو طناب هم استعمال شده است. از همین معنا مستفاد می‌شود که نخستین ویژگی عقد، التزام طرفینی است.

اگر عقد اصطلاحی را به عنوان «ربط بین القرارین» تعریف کنیم، عقد اصطلاحی استعاره از عقد حقیقی است که به معنای گره زدن نخ به نخ دیگر است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق: ۱۰۲/۱). همان گونه که عقد حقیقی ربط بین دو ریمان است عقد اصطلاحی نیز ربط بین دو قرار است. نکته اینجاست که همه قرارها بر یک نَمَط و منوال نیستند؛ چرا که گاهی طرفین عقد، قصد الزام و التزام حقوقی دارند و گاهی این قصد را ندارند؛ لذا نمی‌توان صرف ربط بین دو قرار را، مرادف عقد اصطلاحی دانست؛ چون واژه عقد جایی به کار می‌رود که طرفین قصد الزام و التزام حقوقی داشته باشند. از همین نظر باید عقد را به عنوان ربط بین دو قرار حقوقی تعریف کرد.

۲-۱. معاطات

معاطات در لغت مصدر باب مفاعله از ریشه «عطو» به معنای مَنَاوله و بخشش است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۵۷۲)، همچنان که به مال بخشیده شده «عَطِیَه» می‌گویند. با توجه به خصوصیت باب مفاعله که بین الاثنین است، معاطات به معنای آن است که میان دو نفر، داد و ستدی واقع شود. فقها معمولاً تعریف مفهوم معاطات را در باب بیع مورد بررسی قرار داده‌اند، اما بدیهی است که تفاوتی میان معاطات در بیع و سایر عقود وجود ندارد.

در نگاه فقیهان، معاطات هر معامله‌ای است که فاقد صیغه مشتمل بر ایجاب و قبول باشد. این معامله با تعاطی عوضین و یا انشاء معامله با الفاظی که فاقد شرایط لازم باشند حاصل می‌شود. به تعبیر دیگر می‌توان گفت: معاطات عبارت است از معامله، بدون عقد مخصوص؛ به این معنا که هر یک از متبایعین، با توافق بر معامله، مالی که اراده کرده را،

عوض آنچه قبض کرده، به طرف مقابل اعطا نماید، بدون اینکه عقد مخصوصی جاری شده باشد (عاملی، ۱۴۱۰ق: ۲۲۲/۳؛ فاضل لنکرانی، ۱۳۹۵: ۱۸) در نگاه دقیق‌تر، مقصود فقها از «معاطاة» انشاء عقد با استفاده از «فعل» است و نه انشاء با الفاظ غیر مخصوص. از این منظر عقود در مقابل عقود معاطاتی قرار می‌گیرند که انشاء آنها به واسطه لفظ، کنایه، کتابت یا مانند آن انجام می‌گیرد (مشکینی، بی‌تا: ۵۰۰).

در مذهب مالکی، مقصود از معاطات، بیعی است که در آن عوضین بدون هرگونه اشاره و تکلم مبادله شوند. در مذهب حنفی و شافعی نیز، بیع معاطاتی به معنای بیع فاقد ایجاب و قبول است. مطابق مذهب حنبلی، بیع معاطاتی به معامله‌ای اطلاق می‌شود که با تبادل فعلی عوضین همراه شود؛ مشروط بر آنکه دلالت بر تراضی طرفین، نسبت به ماهیت عقد داشته باشد (ابوجیب، ۱۴۰۸ق: ۲۵۲).

۳-۱. نکاح معاطاتی

با توجه به آنچه در تعریف «معاطات» و بیع معاطاتی ذکر شد، معنای نکاح معاطاتی دانسته می‌شود. نکاح معاطاتی عبارت است از قصد انشاء نکاح بدون کار بست الفاظ مخصوصی که از جانب شارع مقدس در جهت ایجاد رابطه زوجیت وارد شده است.

در این حالت، قصد انشاء نکاح به واسطه انجام فعلی است که صراحت در نکاح داشته باشد؛ یعنی قصد انشاء عقد به واسطه فعلی است که عرفاً دلالت بر نکاح کند. «به عبارت دیگر، نکاح معاطاتی، قصد انشاء زوجیت شرعی است با استعمال اعمال و رفتارهایی (غیر لفظی) که عرف متعارف و معقول آنها را صریح در اراده این زوجیت می‌داند» (سلیمی، پژوهشنامه حقوق اسلامی، «نکاح معاطاتی و تفاوت آن با زنا»: ۶۸/۳۶).

امام خمینی رحمه الله در تعریف نکاح معاطاتی چنین می‌گوید: «فلو تقاول الزوجان و قصدا الزواج، ثم أنشأت المرأة بذهابها إلى بيت المرء بجهازها مثلاً، و قبل المرء ذلك؛ بتمكينها في البيت لذلك، تحققت الزوجية المعاطاتية، و تترتب عليها أحكامها» (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲۶۷/۱-۲۶۸). مطابق این نظر، نکاح معاطاتی مشروط به مقاوله میان زوجین، اراده ایجاد علقه زوجیت و انجام عملی است که عرفاً صراحت در این معنا داشته باشد؛ مانند ارسال جهیزه توسط زوجه و قبول آنها توسط زوج. مقصود از مقاوله در این تعریف، گفت‌وگوهای مقدماتی جهت ازدواج است.

۲. ادله بطلان نکاح معاطاتی در مذهب امامیه

در این بخش ادله قائلان به بطلان نکاح معاطاتی از منظر فقه شیعه تبیین می‌شود و هر کدام از دلایل مذکور مورد نقد و بررسی واقع خواهند شد.

۱-۲. روایات

یکی از دلایلی که برای اثبات لزوم انشاء عقد نکاح با صیغه لفظی مورد اشاره قرار گرفته است، روایاتی است که مؤید این معناست. در ادامه، روایات مذکور مورد نقد و تحلیل قرار می‌گیرد.

۱-۲-۱. صحیح «برید عجلی»

یکی از دلایلی که در جهت اثبات لزوم انشاء لفظی صیغه نکاح بدان استناد شده است، صحیح «برید عجلی» است (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۵۶۰/۵-۵۶۱؛ حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۲۶۲/۲۰). روایت در ارتباط با آیه ۲۱ سوره نساء وارد شده است: این آیه در خصوص رعایت عدالت و عطفوت هنگام طلاق دادن همسر است. در پایان آیه به این نکته اشاره شده است همسران شما از شما «مِثاق غلیظ» گرفته‌اند. در روایت فوق‌الذکر راوی از معنای «مِثاق غلیظ» از امام محمد باقر علیه السلام سؤال کرده است. حضرت کلمه «مِثاق» را به عنوان کلمه‌ای که به وسیله آن عقد نکاح محقق می‌شود، معنا فرموده‌اند.

از نظر محقق خویی، این روایت به وضوح بر اعتبار انشاء لفظی عقد نکاح دلالت دارد و از مفهوم آن چنین برداشت می‌شود که صرف اراده و رضایت باطنی برای انعقاد عقد نکاح کفایت نمی‌کند (خویی، ۱۴۱۸ق: ۱۲۹/۳۳). مرحوم نراقی نیز از این روایت به عنوان مؤید لزوم صیغه لفظی بهره گرفته است (نراقی، ۱۴۱۵ق: ۸۴/۱۶). دلیل اینکه نراقی این روایت را به عنوان مؤید ذکر کرده است این است که: دلالت آن در جهت اثبات لزوم صیغه لفظی تمام نیست و می‌تواند مورد خدشه و مناقشه واقع شود. در ادامه مهم‌ترین اشکالات استدلال به این روایت بیان می‌شود.

نخستین اشکالی که در خصوص این روایت به ذهن می‌رسد این است که بیان معصوم دلالتی بر این مطلب ندارد که طریق انشاء عقد نکاح منحصر در انشاء لفظی است. چنانکه مشاهده می‌شود حضرت از عبارت «هِيَ الْكَلِمَةُ» استفاده کرده است و با این تعبیر به نمونه

رایج و متعارف نکاح، که نکاح با صیغه لفظی است اشاره کرده است. به تعبیر دیگر، فرمایش امام ناظر به یکی از انواع و مصادیق عقد نکاح است که همان نکاح لفظی است. اشکال دومی که متوجه روایت می‌شود، این است که بنا به گزارش صاحب تفسیر «مجمع البیان» سه قول در خصوص معنای کلمه «ميثاق» مطرح است. بنابر یک قول، «ميثاق» به معنای عهده‌ای است که حین عقد از زوج اخذ می‌شود. بنابر قول دوم، «ميثاق» کلمه‌ای است که نکاح به واسطه آن منعقد می‌شود (طبرسی، ۱۳۷۲: ۴۱/۳-۴۲). چنانکه مشاهده می‌شود، کلمه «ميثاق» بنابر قول نخست که به معنای «عهد» است اعم از عهده‌ای است که به واسطه لفظ ایجاد شده باشد. در مجموع با توجه به اشکالاتی که بر استناد به این روایت مطرح است، شاید صحیح‌تر باشد مطابق شیوه مرحوم نراقی از این روایت به‌عنوان مؤید استفاده شود و نه دلیل.

۲-۱-۲. روایت «ابان بن تغلب»

روایت دیگری که طرفداران نظریه لزوم انشاء لفظی بدان تمسک جست‌اند، روایتی است که «ابان بن تغلب» از امام صادق علیه السلام نقل می‌کند. راوی از امام صادق علیه السلام سؤال کرده است: زمانی که خواستم با زنی خلوت کنم چه بگویم که آن زمان بر من حلال شود؟ امام در پاسخ فرموده‌اند این عبارت را بگو: «اتَزَوَّجُكِ مُتَّعَةً عَلَى كِتَابِ اللَّهِ وَ سُنَّةِ نَبِيِّهِ لَا وَارِثَةَ وَلَا مَوْرُوثَةَ كَذَا وَ كَذَا» (کلینی، ۱۴۰۷ق: ۵/۵۵۵؛ طوسی، ۱۳۹۰ق: ۳/۱۵۰؛ عاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۱/۴۳). البته چنانکه مشاهده می‌شود راوی در خصوص صیغه نکاح موقت از حضرت سؤال کرده است و پاسخ حضرت نیز ناظر به همان مورد می‌باشد.

محقق خویی دامنه شمول روایت را به نکاح دائم توسعه داده است و از آن در جهت اثبات اعتبار صیغه لفظی در نکاح دائم استفاده کرده است. وجه استدلال ایشان این است که اولاً پرسش راوی از کیفیت انشاء صیغه بیانگر این نکته است که لزوم انشاء لفظی نزد او مسلم و مفروغ‌عنه بوده است و به همین دلیل صرفاً از کیفیت آن سؤال کرده است. ثانیاً از پاسخ امام استظهار می‌شود تا زمانی که زن با بیان کلمه «نعم»، رضایت خود را ابراز نکرده است عقدی محقق نشده و نتیجه عقد که «أَنْتَ أَوَّلَى النَّاسِ بِهَا» باشد تحصیل نشده است. با حفظ این دو مقدمه می‌گوییم وقتی انشاء لفظی در عقد منقطع لازم است به طریق قیاس اولویت در نکاح دائم هم لازم است (خویی، ۱۴۱۸ق: ۳۳/۱۲۹).

استدلال مرحوم خوئی از چند جهت مورد اشکال است. نخست اینکه پرسش راوی از کیفیت انشاء صیغه لفظی بیانگر این واقعیت است که این نوع نکاح در آن زمان رایج و متعارف بوده است و به تعبیر دیگر، این روایت بر مورد غالب حمل می‌شود. اما قرینه‌ای در کلام وجود ندارد که نشان دهد تحقق نکاح منقطع منحصر در انشاء لفظی است.

اگر فرضاً بپذیریم که انشاء لفظی در نکاح منقطع لازم است، تعمیم این حکم نسبت به نکاح دائم از طریق قیاس اولویت با اشکال مواجه است. گرچه محقق خوئی علت اولویت را ذکر نکرده است؛ ولی احتمالاً علت ادعای ایشان این بوده است که نکاح دائم از دوام و استحکام حقوقی قوی‌تری نسبت به نکاح منقطع برخوردار است و آثار حقوقی بیشتری بر آن مترتب می‌شود؛ لذا وقتی در نکاح منقطع صرف رضایت باطنی کفایت نمی‌کند و باید صیغه لفظی خوانده شود، پس نکاح دائم نیز که روابط حقوقی بیشتری بر آن بار می‌شود نیازمند صیغه لفظی است.

اشکال این مدعا این است احتمالات دیگری که در میان وجود دارد و می‌تواند قیاس اولویت مرحوم خوئی را مخدوش سازد، از جمله اینکه ممکن است لزوم انشاء لفظی در عقد منقطع به این دلیل باشد که این نوع نکاح مستلزم تعیین «صداق» و «مدت» است و این خصوصیات بدون بیان لفظی تفهیم نمی‌شود. روشن است که عقد دائم نیازمند تعیین این خصوصیات نیست لذا می‌توان بر این اساس مدعی عدم نیاز به انشاء لفظی در این نوع نکاح شد. در نتیجه وجه اولویتی که در نظر محقق خوئی بوده است با اشکال مواجه است می‌شود. البته ممکن است در مقابل، چنین گفته شود که اطلاق مقامی روایت در تنافی با نکاح معاطاتی است. در این صورت باید توجه داشت که نکاح لفظی تنها فرد نکاح در عصر معصومین بوده است، نه فرد غالب؛ زیرا شاهدی بر نکاح معاطاتی و تحقق آن در عصر معصومین وجود ندارد.

۲-۱-۳. روایت «یحلل الکلام و یحرّم الکلام»

یکی از روایاتی که می‌توان در جهت اثبات مدعا بدان استدلال کرد صحیحه «إِنَّمَا يَحْلِلُ الْكَلَامَ وَ يَحْرِمُ الْكَلَامَ» است. این روایت به دو صورت در باب بیع و مزارعه نقل شده است و به عنوان یکی از ادله قائلان بطلان بیع معاطاتی مورد استناد قرار گرفته است. در ادامه به دو نمونه از روایاتی که متضمن این عبارت است اشاره می‌شود.

راوی از امام صادق علیه السلام می‌پرسد: کسی به من می‌گوید این پیراهن را برای من خریداری کن و من این میزان سود به تو می‌دهم. امام صادق علیه السلام سؤال می‌فرماید: آیا اینگونه نیست که اگر بخواهد معامله را ترک کند و اگر بخواهد پیراهن را از تو بگیرد؟ راوی می‌گوید: بله، همینطور است. امام می‌فرماید: مشکلی نیست «همانا کلام حلال می‌کند و حرام می‌کند (عاملی، ۱۴۰۹ق: ۵۰/۱۸؛ طوسی، ۱۳۶۵: ۵۰/۷).

در روایت دیگری راوی به امام صادق علیه السلام عرض می‌کند: شخصی در زمین دیگری زراعت می‌کند و با او شرط می‌شود هرآنچه از این زراعت به دست آمد، ثلث آن برای هزینه بذر و ثلث دیگر آن برای هزینه گاو اختصاص یابد. امام می‌فرماید: شایسته نیست چیزی برای بذر و گاو تعیین شود چرا که «کلام، حرام‌کننده است» (عاملی، ۱۴۰۹ق: ۴۱/۱۹ و ۴۲؛ کلینی، ۱۴۰۷ق: ۲۶۷/۵).

در مورد معنای این روایات چند احتمال مطرح شده است. بر اساس یک احتمال مفهومی که از این روایات برداشت می‌شود این است که حرمت و حرّیت زائیده مضامینی است که توسط الفاظ انشاء می‌شوند. اگر لفظ بر مضمون حلالی دلالت کند، حکم حرّیت جریان می‌یابد، و اگر بر مضمون حرامی دلالت کند، حکم حرمت ثابت می‌شود و آثار حرمت ایجاد می‌شود. با این توضیح، می‌توان ادعا کرد در روایت نخست اگر مضمون کلام سائل صرف مقاوله و وعده باشد به حرّیت معامله حکم می‌شود، اما اگر مضمون کلام، التزام و امضای عقد باشد حکم به حرمت می‌شود.

همچنین روشن می‌شود، اگر در انشاء نکاح منقطع از عبارت «ملکتک بضعی» و تعبیر مشابهی که صراحت در عقد موقت ندارد استفاده شود، موجب تداوم حرمت زناشویی است. در عوض، اگر از عبارت «متع نفسی بكذا» استفاده شود موجب حرّیت استمتاع است. در یک عبارت، حکم شرعی یک مطلب واحد از نظر حرمت و حرّیت، به دلیل اختلاف مضامینی که به واسطه کلام بیان می‌شود متفاوت است. پس لفظ و مضمون آن می‌تواند موجب تحلیل و تحریم باشد.

حاصل آنکه معنایی که از این روایات به دست می‌آید، بطلان نکاحی است که با مضامین غیر صحیح مانند الفاظ اجاره، هبه و ... انشاء شده باشد. هنگام بررسی دلیل اجماع به تفصیل در این باب سخن گفته خواهد شد که علمای امامیه بر این مسئله اجماع دارند که به کارگیری الفاظ غیر مخصوص مانند اجاره، تملیک، عاریه و ... در جهت انشاء عقد نکاح

صحیح نیست. روایت مذکور هم بر همین معنا دلالت دارد؛ یعنی استفاده از الفاظ غیر مخصوص برای انشاء عقد نکاح، موجب حرمت زناشویی و بطلان عقد است. با این حال اعتقاد به بطلان انشاء عقد با الفاظ غیر مخصوص، ملازم با بطلان انشاء فعلی نیست؛ چراکه دانسته شد، مقصود امام از «یحرّم الکلام» این است که اگر نکاح با الفاظ و مضامین غیر مخصوص انشاء شود، موجب تحریم است. پس فرمایش امام اصلاً ناظر به بحث انشاء فعلی نیست و امام متعرض حکم این مسئله نشده‌اند. در نتیجه با توضیحی که گفته شد نمی‌توان برای اثبات بطلان انشاء فعلی عقد نکاح به این روایت استدلال کرد.

۲-۲. اجماع

مهم‌ترین دلیلی که لزوم انشاء لفظی در عقد نکاح و عدم کفایت انشاء فعلی را اثبات می‌کند، اجماع و تسلّم بین المسلمین در این موضوع است (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۱۵۶/۲۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ۷۷؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۵۳/۳۰؛ خویی، ۱۴۱۸ق: ۱۲۸/۳۳). باید توجه داشت عموم فقها در آثار خود اصلاً متعرض این مسئله نشده‌اند؛ اما به ملازمات موضوع مانند: بحث اعتبار ماضویت و عربیت در صیغه نکاح پرداخته‌اند. از این جهت ادعا می‌شود، لزوم انشاء لفظی نزد ایشان امری مسلّم تلقی می‌شده و به همین جهت به اثبات اصل لزوم صیغه نپرداخته‌اند (اراکي، فقه اهل بیت، «دراسة حول حکم المعاطاة فی النکاح»: ۶۷/۴۳).

نکته مهم اینجاست که معقد اجماع در کلمات فقهای امامیه لزوم انشاء عقد نکاح به وسیله الفاظی است که صراحت در نکاح داشته باشند. مفهومی که از این اجماع به دست می‌آید: بطلان عقدی است که به وسیله الفاظ غیر مخصوص مانند الفاظ اجازه، هبه، عاریه و تملیک انشاء شده باشد که صراحت در نکاح ندارند. به عبارت دیگر معقد اجماع، نیازمندی عقد به انشاء صریح است. انشاء صریح می‌تواند برخاسته از الفاظ مخصوص مانند نکاح و تزویج باشد و همچنین می‌تواند برخاسته از افعالی باشد که نزد عرف صراحت در عقد نکاح دارند (همان: ۶۹-۷۰).

شاید تصور شود، اجماع امامیه بر لزوم انشاء عقد با لفظ مخصوص، بر این پایه استوار است که اصل لزوم انشاء لفظی نزد ایشان مسلم بوده است و به همین خاطر متعرض بحث از لزوم انشاء لفظی نشده‌اند، چنانکه در آغاز بحث از اجماع به آن اشاره شد. شاید بتوان ادعا کرد، چنین استدلالی مصداق مصادره به مطلوب است؛ چراکه ما می‌خواهیم به وسیله اجماع،

لزوم انشاء لفظی را اثبات کنیم، حال آنکه مدعی اجماع به دلیل فقدان فتوای صریح فقهاء در این موضوع، لزوم انشاء لفظی را نزد ایشان مسلم فرض کرده است. البته ممکن است همان پاسخی که درباره اطلاق مقامی روایات مطرح شد، در اینجا نیز تکرار شود.

۳-۲. تلازم نکاح معاطاتی با سفاح

یکی دیگر از ادله‌ای که در جهت اثبات بطلان نکاح معاطاتی اقامه شده، دلیلی است که محقق نائینی اقامه کرده است. به عقیده نائینی اگر بناست انجام یک فعل منشأ ایجاد عقد باشد باید آن فعل دو شرط ابتدایی داشته باشد: یا مصداق آن عنوان معاملی باشد، یا مصداق ملازم آن عنوان معاملی باشد. به عنوان مثال: از آنجا که سلطنت لازمه عقد بیع است، انجام عملی که مصداق مسلط ساختن مشتری باشد می‌تواند منشأ ایجاد عقد تلقی شود. در مسئله نکاح، عمل «وطی» مصداق نکاح نیست؛ بلکه مصداق زناست، لذا نمی‌تواند منشأ ایجاد عقد نکاح واقع شود (نائینی، ۱۳۷۳ق: ۷۹/۱).

در نتیجه از نظر ایشان نکاح معاطاتی، یعنی نکاحی که در آن به صرف انشاء فعلی اکتفا شود تفاوتی با سفاح و زنا ندارد و حرام است؛ چراکه با انشاء فعلی، عقد نکاح محقق نمی‌شود و حکم حرمت وطی و زناشویی به قوت خود باقی است (همان: ۸۱/۱). قریب همین استدلال را شیخ انصاری در کتاب نکاح مطرح کرده است. از نظر ایشان هم تفاوت نکاح با سفاح در صیغه لفظی است و گرنه عنصر رضایت در هر دو وجود دارد (انصاری، ۱۴۱۵ق: ۷۷).

اشکال این ادعا که فارق نکاح و سفاح صیغه لفظی است به وضوح آشکار است؛ چراکه در زنا طرفین به هیچ وجه قصد نکاح ندارند؛ بلکه هدفشان استمتاع و وطی است؛ به خلاف نکاح معاطاتی که طرفین قصد نکاح شرعی دارند. به عبارت دیگر، فارق نکاح و سفاح اعتبار زوجیت است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲۶۸/۱).

۴-۲. توقیفی بودن نکاح

یکی دیگر از دلایلی که در اثبات بطلان نکاح معاطاتی و لزوم انشاء لفظی مطرح شده این است که، گرچه نکاح در شمار معاملات محسوب می‌شود، اما دخل و تصرف شارع مقدس در آن به حدی است که آن را از زمره عقود امضایی خارج ساخته است و در شمار

امور توقیفی در آورده است و به همین جهت شائبه عبادت بودن دارد. به همین دلیل در صورت فقدان دلیل معتبر شرعی در مسائل مربوط به امر نکاح باید جانب احتیاط را رعایت کرد (عاملی، ۱۴۰۹ق: ۸۶/۷؛ نجفی، ۱۳۶۲: ۱۳۳/۲۹).

البته باید به این نکته توجه داشت که عبادت دو تعریف دارد: عبادت بالمعنی الاعم؛ عبادت بالمعنی الاخص. مقصود از عبادت بالمعنی الاعم عملی است که ترتب ثواب بر آن متوقف بر قصد قربت است. مقصود از عبادت بالمعنی الاخص عملی است که صحت آن مشروط به وجود قصد قربت است. حال مقصود از این سخن که نکاح شائبه عبادت بودن دارد، عبادت بالمعنی الاعم است؛ چرا که صحت عقد نکاح مشروط به وجود قصد قربت در آن نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۷۲).

این دلیل از چند جهت قابل ملاحظه است. نخست آنکه، زمانی می توان با استناد به توقیفی بودن نکاح بر بطلان نکاح معاطاتی استدلال کرد که دلیلی از جانب شارع در جهت اثبات نکاح معاطاتی وجود نداشته باشد و در مقابل، لزوم انشاء لفظی با دلیل معتبر شرعی به اثبات رسیده باشد. چنانکه مشاهده شد در میان نصوص شرعی هیچ دلیل معتبری که بتواند لزوم انشاء لفظی را به اثبات برساند وجود ندارد.

در این شرایط که هر دو نظریه انشاء لفظی و انشاء فعلی فاقد دلیل شرعی است چه رجحانی دارد با استدلال به توقیفی بودن امر نکاح به لزوم انشاء لفظی حکم شود؟ استدلال به توقیفی بودن زمانی از وجاهت برخوردار است که قدر متیقنی وجود داشته باشد تا مطابق آن عمل شود.

نکته حائز اهمیت این است که به اعتقاد برخی از فقهای شیعه از جمله محقق خویی و امام خمینی علیه السلام مقتضای عموم قواعد، صحت جریان معاطات در عقد نکاح است و هیچ مانع عقلی و شرعی برای جریان معاطات در نکاح وجود ندارد. به باور ایشان تنها دلیلی که مانع صحت نکاح معاطاتی است «اجماع» است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ۱۸۷/۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق: ۲۶۸/۱).

مطلب دیگر اینکه اساساً به نظر می رسد، طرح این ادعا که نکاح، شائبه عبادت بودن دارد، معنای محصلی نداشته باشد؛ چرا که اولاً در عبادت، قصد شرعی لازم است و به همین اعتبار، نکاح عبادت بالمعنی الاخص نیست؛ ثانیاً در عبادات، خيار فسخ وجود ندارد اما در نکاح خيار فسخ وجود دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق: ۱۱۰۳/۶) شاید به همین دلیل

بوده است که فقها ضمن بحث از عدم صحت نکاح معاطاتی متعرض این دلیل نشده‌اند و به توقیفی بودن نکاح استناد نکرده‌اند.

۵-۲. اصول عملیه

«اصول عملیه» از جمله دلایلی است که تأثیر به‌سزایی در گرایش فقها به سمت نظریه بطلان نکاح معاطاتی داشته است.

۲-۵-۱. استصحاب

مرحوم نراقی در جهت اثبات لزوم انشاء لفظی عقد نکاح به اصالت عدم ترتب آثار زوجیت در صورت فقدان انشاء لفظی استناد کرده است (نراقی، ۱۴۱۵ق: ۸۴/۱۶). همین دلیل با عنوان «اصالة تحریم فرج» در بیان برخی از فقها بیان شده است (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۳۳/۲۹؛ عاملی، ۱۴۱۳ق: ۸۶/۷).

اشکالی که در استدلال ایشان وجود دارد این است که قائلان به صحت نکاح معاطاتی بر این باورند که با انشاء فعلی عقد نکاح آثار زوجیت مترتب خواهد شد. به تعبیر دیگر، مرحوم نراقی لزوم انشاء لفظی را مسلّم فرض کرده است، سپس به عدم ترتب آثار زوجیت در صورت فقدان انشاء لفظی استدلال کرده و به صراحت دچار مصادره به‌مطلوب شده است.

۲-۵-۲. احتیاط

لزوم احتیاط در باب فروج ایجاب می‌کند در انشاء عقد نکاح به طریق یقینی که همان انشاء لفظی است اکتفا شود و از طریق غیر یقینی یعنی انشاء فعلی اجتناب شود. شماری از روایات معتبره وجود دارد که در آنها نسبت به رعایت جانب احتیاط در امر نکاح و فروج تأکید شده است. از جمله اینکه امام صادق علیه السلام در ذیلی روایتی فرمودند: «هُوَ الْفَرْجُ وَأَمْرُ الْفَرْجِ شَدِيدٌ - وَمِنْهُ يَكُونُ الْوَلَدُ وَنَحْنُ نَخْطَأُ» (عاملی، ۱۴۰۹ق: ۲۵۸/۲۰). همچنین از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله منقول است که فرموده‌اند: «لَا تُجَامِعُوا فِي النِّكَاحِ عَلَى الشُّبْهَةِ فَإِنَّ الْوُقُوفَ عِنْدَ الشُّبْهَةِ خَيْرٌ مِنَ الْإِفْتِحَامِ فِي الْهَلَكَةِ» (همان: ۲۵۹/۲۰).

چنانکه ذکر شد غالب فقهای شیعه متعرض مسئله نکاح معاطاتی نشده‌اند و حکم به صحت آن نداده‌اند. از طرف دیگر عموم آنها به بحث در خصوص الفاظی پرداخته‌اند که عقد نکاح با آنها منعقد می‌شود و از لحاظ شرعی صحیح است. بدین طریق لازمه احتیاط

در این مسئله، پیروی از نظریه‌ای است که غالب فقهای شیعه بدان عمل کرده‌اند و مطابق آن فتوا داده‌اند و سیره مسلمین براساس آن شکل گرفته است.

در مقام نقد این دلیل می‌توان ادعا کرد، «اصول عملیه» زمانی موضوعیت می‌یابد که دلیل شرعی معتبری در میان نباشد و مکلف در مقام رفع حیرت به یکی از دو اصل «احتیاط» یا «برائت» عمل کند. این در حالی است که قائلان به صحت نکاح معاطاتی برای اثبات مدعای خود به عمومات کتاب و سنت مبنی بر لزوم وفای به عقد، استناد کرده‌اند و از نظر ایشان، صحت نکاح معاطاتی براساس قرآن و سنت به اثبات رسیده است، در نتیجه مجالی برای عمل به اصول عملیه از جمله احتیاط باقی نمی‌ماند.

این اشکال قابل مناقشه است به این جهت که مهم‌ترین ادله‌ای که موافقان نکاح معاطاتی به آن استناد کرده‌اند، روایت نوح بن شعیب (مفید، ۱۴۱۳ق: ۲۰۷/۱) و صحیح ابن بزیع (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ۲۹۴/۲۰) است. روایت نوح بن شعیب بیانگر این مطلب است که زنی از تشنگی در معرض هلاکت بوده است و در ازای دریافت نوشیدنی از یک مرد، بدون انشای صیغه نکاح، بنا به خواسته مرد، با وی عمل زناشویی انجام داده است. وقتی خبر واقعه به امیرالمومنین علیه السلام می‌رسد، ایشان خلیفه را از اجرای حد زنا بر آن دو برحذر می‌دارد. مسلماً در این روایت نه تنها تصدیقی بر نکاح بودن عمل آن زن وجود ندارد؛ بلکه حضرت امیرالمومنین علیه السلام با قرائت آیه «وَمِنْ أَضْطَرٍّ غَيْرٍ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ» که در متن روایت آمده است، بر این معنا دلالت فرمودند که این عمل از باب اضطرار انجام شده است و موجبات حد شرعی را فراهم نمی‌سازد.

در مورد روایت دوم یعنی صحیح ابن بزیع نیز بحث در مورد زنی است که در حال مستی مردی را به عقد خود درآورده است. هنگامی که حالت مستی مرتفع شده است نکاح را انکار است اما چون بیم آن داشته که همچنان در عقد آن مرد باقی مانده باشد، از مرد کناره نجسته است. امام رضا علیه السلام در مقام پاسخ به این مسئله فرموده‌اند: اگر در حالت افاقه در کنار مرد باقی مانده، این امر خود نشانه رضایت است و تزویج صحیح است.

اجمالاً آنچه در مورد این روایت قابل ذکر می‌باشد این است که هم متن روایت و هم فتوای فقهای که به فحوای آن عمل کرده‌اند، اجمال دارد و معنای محصلی به دست نمی‌دهند، مضاف بر اینکه کثیری از علماء از عمل به روایت اعراض کرده‌اند، چراکه فحوای آن با اصول و قواعد شرعیه در تعارض است.

نتیجه اینکه نمی توان پذیرفت دلیل محکمی برای اثبات نکاح معاطاتی وجود دارد تا با استناد به آن، مجال عمل به اصول عملیه از جمله احتیاط فراهم نباشد.

۳. ادله بطلان نکاح معاطاتی از منظر مذاهب اربعه اهل سنت

فقههای اهل سنت همانند فقههای شیعه عموماً متعرض مسئله نکاح معاطاتی نشده اند و در این موضوع سخن صریحی از ایشان مشاهده نمی شود. برای استنباط دیدگاه عمومی ایشان در این مورد لازم است به بررسی ارکان و مقومات عقد نکاح در نظر ایشان پرداخته شود. خوشبختانه در غالب آثار فقه عامه فصلی با عنوان «ارکان نکاح» وجود دارد که در آنها به بحث درباره ارکان عقد نکاح پرداخته شده است.

در ابتدا لازم است تعریف «رکن» و «نکاح» در اندیشه فقههای اهل سنت روشن شود تا بتوان با دقت بیشتری به استنباط حکم نکاح معاطاتی در مذاهب فقهی اهل سنت پرداخت. ارکان شیء به معنای اجزاء شیء هستند که شیء بدون آنها ایجاد نمی شود (بهوتی، بی تا: ۳۷/۶). به تعبیر دیگر، ارکان شیء، مقومات شیء هستند که ماهیت شرعی بدون وجود آنها تحقق پیدا نمی کند و حقیقت شرعی متوقف بر آنهاست (زحیلی، ۱۴۰۵ق: ۳۶/۷). براین اساس، ارکان نکاح به منزله اجزای عقد نکاح هستند که ماهیت عقد بدون آنها تکوین نمی یابد.

در مورد لفظ نکاح هم لازم به ذکر است، فقههای عامه دو معنا برای «نکاح» ذکر کرده اند: «وطی» و «عقد». برخی فقهاء کلمه «نکاح» را حقیقت در «وطی» و مجاز در «عقد» می دانند؛ به عکس برخی دیگر از فقهاء، واژه نکاح را حقیقت در عقد و مجاز در وطی می دانند (زیدان، ۱۴۱۳ق: ۹/۶ و ۱۰؛ زحیلی، ۱۴۰۵ق: ۳۰/۷؛ جزیری، ۱۴۲۴ق: ۷/۴).

مستند هر دو گروه آیات قرآن کریم است. در مصحف شریف، کلمه «نکاح» در هر دو معنا استعمال شده است. نکاح در آیاتی چون: «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ» (نساء: ۳)، «انْكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ» (نساء: ۲۵) و «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ» (نور: ۳۲) در معنای عقد استعمال شده است. آیاتی نظیر: «وَابْتَئِلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» (نساء: ۶) نمونه استعمال لفظ نکاح در معنای وطی است (نسفی، ۱۳۱۱ق: ۳۸).

در خصوص تعداد ارکان نکاح در میان فقهاء اتفاق نظر وجود ندارد اما عموم آنها بالاجماع بر این نکته تصریح دارند که «ایجاب» و «قبول» از ارکان نکاح به شمار می رود.

(زحیلی، ۱۴۰۵ق: ۳۶/۷) اهمیت عنصر ایجاب و قبول در انعقاد عقد نکاح به حدی است که برخی عقد نکاح را مرادف با ایجاب و قبول دانسته‌اند (جزیری، ۱۴۲۴ق: ۱۶/۴). همانند فقهای امامیه، مقصود فقهای عامه از ایجاب و قبول، الفاظ مخصوصی است که صراحت در عقد نکاح دارند (بهوتی، بی تا: ۳۷/۶؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق: ۲۲۹/۲). مقصود از الفاظ مخصوص، الفاظ «انکاح» و «تزویج» است (مقدسی، بی تا: ۷۹/۷). گرچه در این خصوص ادعای اجماع شده است و انعقاد نکاح با الفاظ «انکاح» و «تزویج» مورد اتفاق همه مذاهب است؛ اما این بدان معنا نیست که نکاح با الفاظ دیگر منعقد نمی‌شود؛ بلکه در این خصوص میان مذاهب اختلاف وجود دارد.

قائلان به نظریه لزوم انشاء لفظی عقد نکاح برای اثبات مدعای خود ادله‌ای ذکر کرده‌اند که در ادامه ضمن توضیح درباره هر کدام از این ادله، آنها را مورد نقد و بررسی قرار خواهیم داد.

۱-۳. لزوم صراحت در ابراز اراده

همانند فقهای شیعه، فقهای اهل سنت نیز بر لزوم استفاده از الفاظی که صراحت در ابراز اراده متعاقدين داشته باشد تأکید دارند. از جمله سید سابق ضمن اشاره به تأکید فقهاء بر اعتبار ماضویت در صیغه عقد نکاح در توضیح دلیل این امر می‌گوید: «إنما اشترطوا ذلك لأن تحقق الرضا من الطرفين و توافق إرادتهما هو الركن الحقيقي لعقد الزواج، والایجاب و القبول مظهران لهذا الرضا كما تقدم». این عبارت بیانگر لزوم احراز عنصر رضایت و اراده در عقد نکاح است. همچنین در این عبارت بر کاشفیت الفاظ از اراده باطنی تأکید شده است.

وی می‌افزاید: «و لابد فيهما من أن يدللا دلالة قطعية على حصول الرضا و تحققه فعلاً وقت العقد. والصيغة التي استعملها الشارع لانشاء العقود هي صيغة الماضي، لأن دلالتها على حصول الرضا من الطرفين قطعية ولا تحتل أي معنى آخر بخلاف الصيغ الدالة على الحال أو الاستقبال، فانها لا تدل قطعاً على حصول الرضا وقت التكلم» (سید سابق، ۱۴۰۳ق: ۳۳/۲).

از عبارت بالا روشن می‌شود، علت تأکید فقها بر انشاء نکاح با الفاظ مخصوص و اعتبار ماضویت به جهت لزوم احراز اراده قطعی متعاقدين هنگام عقد است. از این جهت، صیغه ماضی به دلیل دلالت قطعی و نفی هر گونه احتمال لازم شمرده شده است. در نتیجه، لزوم

احراز اراده باطنی به واسطه طرقی که دلالت قطعی بر اراده داشته باشند از جمله دلایل لزوم انشاء عقد با الفاظ مخصوص است.

لزوم صراحت لفظ در انشاء عقد و ابراز اراده باطنی موضوعی است که فقهای حنبلی در جهت اثبات عدم جواز استعمال الفاظ غیر مخصوص برای انشاء عقد نکاح بدان استناد کرده‌اند. ابن قدامه از فقهای حنبلی در توضیح چرایی عدم صحت انشاء عقد با الفاظ غیر مخصوص چون اجاره و اباحه تصریح می‌کند: «وَلَاِنَّهُ لَفَطٌ يَنْعَقِدُ بِهِ غَيْرُ النِّكَاحِ فَلَمْ يَنْعَقِدْ بِهِ النِّكَاحُ، كَلَفَظَ الْإِجَارَةَ وَالْإِبَاحَةَ وَالْإِحْلَالَ؛ وَلَاِنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي النِّكَاحِ، فَلَا يَنْعَقِدُ بِهِ، كَالَّذِي ذَكَرْنَا» (مقدسی، بی تا: ۷۹/۷). طبق این مبنا، انشاء عقد با اشاره در حالت قدرت بر تکلم جایز نیست؛ چراکه دلالت لفظ از دلالت اشاره صریح تر است (قندیل، بی تا: ۷۰).

فتوای فقهای حنفی گویای آن است که ایشان به تعلیل فوق اعتقادی ندارند؛ چراکه از دید آنها، انعقاد نکاح با الفاظ غیرمخصوص جایز است؛ چنانکه کاسانی گزارش می‌کند: «هَلْ يَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ، وَالْهَبَةِ، وَالصَّدَقَةِ، وَالْتَّمْلِيكِ؟ قَالَ أَصْحَابُنَا - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: يَنْعَقِدُ». از این عبارت به دست می‌آید از دیدگاه مذهب حنفی، عقد نکاح با الفاظی که صراحت در نکاح نداشته باشند نیز منعقد می‌شود (کاسانی، ۱۴۰۶ق: ۲/۲۲۹)؛ لذا انشاء نکاح با هر لفظی که دلالت بر «تملک» کند جایز است (زیدان، ۱۴۱۳ق: ۸۲/۶-۸۳).

با بررسی در آثار فقهاء اهل سنت در می‌یابیم جدی‌ترین منتقد نظریه لزوم انشاء عقد با الفاظ مخصوص، ابن تیمیه حرّانی است. وی ضمن بیان هفت دلیل، به اشکالات مطرح شده توسط قائلان به لزوم انشاء نکاح با الفاظ مخصوص پاسخ داده است. وی پس از اشاره به ادله این گروه تصریح می‌کند: «وَهَذَا ضَعِيفٌ لَوْ جُوه. أَحَدُهَا لَا تُسَلِّمُ أَنَّ مَا سِوَى هَذَيْنِ كِنَايَةٌ» (حرانی، ۱۴۱۶ق: ۱۵/۳۲). به باور او، اینچنین نیست که همه الفاظ غیر از لفظ «انکاح» و «ترویج» کنایه باشند؛ بلکه حداقل برخی از آنها صراحت در ماهیت عقد دارند.

از طرف دیگر، اگر کنایات با قرائن حالیه همراه شوند صراحت در ابراز اراده متعاقدين خواهند داشت؛ اعمالی نظیر خواستگاری، تعیین مهریه و برگزاری مراسم عقد از جمله قرائن حالیه‌ای است که می‌تواند به روشنی قصد و اراده طرفین عقد مبنی بر ایجاد علقه زوجیت را آشکار سازد. در این جهت ابن تیمیه تأکید می‌کند: «أَنَّ الْكِنَايَةَ عِنْدَنَا إِذَا اقْتَرَنَ بِهَا دَلَالَةٌ الْحَالِ كَانَتْ صَرِيحَةً فِي الظَّاهِرِ بِلَا نِزَاعٍ. وَمَعْلُومٌ أَنَّ اجْتِمَاعَ النَّاسِ وَتَقْدِيمَ الْحُطْبَةِ وَذِكْرَ الْمَهْرِ وَالْمُقَاوَضَةِ فِيهِ وَالتَّحَدُّثُ بِأَمْرِ النِّكَاحِ قَاطِعٌ فِي إِرَادَةِ النِّكَاحِ» (همان: ۱۶/۳۲).

۲-۳. لزوم شهادت حین عقد

یکی دیگر از دلایل لزوم انشاء لفظی این است که فقهای عامّه حضور شاهد حین عقد نکاح را لازم می‌شمارند. اهمیت حضور شهود به حدی است که برخی آن را یکی از ارکان عقد نکاح و در مرتبه ایجاب و قبول برشمرده‌اند (هیتمی، ۱۳۵۷ق: ۲۱۷/۷).

جزیری در مورد اتفاق مذاهب اربعه بر لزوم حضور شاهد هنگام عقد تصریح می‌کند: «اتفق الثلاثة على ضرورة وجود الشهود عند العقد فإذا لم يشهد شاهدان عند الإيجاب والقبول بطل. وخالف المالكية فقالوا إن وجود الشاهدين ضروري ولكن لا يلزم أن يحضرا العقد بل يحضران الدخول أما حضورهما عند العقد فهو مندوب فقط» (جزیری، ۱۴۲۴ق: ۲۸/۴). به استناد این سخن، حضور شهود هنگام عقد ضروری است و فقدان شاهد موجب بطلان عقد است.

نحوه دلالت این قاعده بر بطلان انشاء عقد با الفاظ غیرمخصوص بدین طریق است که انشاء عقد با الفاظ کنایی براساس قصد و نیت درونی تحقق پیدا می‌کند و بدین جهت نمی‌توان نسبت به آن شهادت داد؛ چراکه شهود از نیت درونی متعاقدين بی‌اطلاع هستند. نتیجه سخن آنکه عقد نکاح با کنایات محقق نمی‌شود (مقدس، بی‌تا: ۳۷۲/۷). مضاف بر اینکه الفاظ بهترین طریق ممکن جهت ابراز اراده متعاقدين در راستای اطلاع شهود است. نتیجه سخن اینکه استفاده از الفاظ کنایی در جهت انشاء عقد نکاح جایز نیست؛ چراکه کنایه صراحت در ابراز اراده باطنی ندارد و از طرف دیگر، شهود قادر نیستند بر نیت قلبی متعاقدين اطلاع پیدا کنند. به تعبیر دیگر، لازمه اطلاع شهود از جریان عقد، استعمال الفاظی است که نیت درونی فرد را به صراحت اعلام کند.

یکی از فقهای عامّه ضمن ادعای اجماع در مسئله عدم انعقاد نکاح با الفاظ کنایی به علت آن اشاره می‌کند: «واتفق فقهاء المذهب أن النكاح لا ينعقد بلفظ يكتنى به كأحلتك ابنتي، لعدم اطلاع الشهود على النية» (قندیل، بی‌تا: ۶۹). وی می‌افزاید: «ومن الكنايات الكتابة في حال الحضور أو الغيبة فلا ينعقد بها النكاح». نکته جالب این است که مقصود او از کنایات صرفاً الفاظ کنایی نیست بلکه شامل کتابت هم می‌شود. به نظر می‌رسد طبق این نظریه، عنوان «کنایات» شامل انشاء فعلی نیز می‌شود و به نوعی ناظر به مسئله معاطات در نکاح است.

ابن تیمیه ضمن اعتقاد به لزوم حضور شهود هنگام عقد، به رد ادعای گروهی می‌پردازد که برای اثبات بطلان انشاء عقد با الفاظ غیرمخصوص، این گونه استدلال کرده‌اند که سایر الفاظ کنایه است و بدین خاطر امکان اطلاع شهود از اراده متعاقدين در آنها وجود ندارد. وی در تقرير اين ادعا می‌گوید: «انَّهُمْ قَالُوا: مَا سَوَى هَذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ «كِنَايَةٌ» وَالْكِنَايَةُ لَا تَقْتَضِي الْحُكْمَ إِلَّا بِالنِّيَّةِ وَالنِّيَّةُ فِي الْقَلْبِ لَا تُعْلَمُ فَلَا يَصِحُّ عَقْدُ النِّكَاحِ بِالْكِنَايَةِ لِأَنَّ صِحَّتَهُ مُفْتَقِرَةٌ إِلَى الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ وَالنِّيَّةُ لَا يُشْهَدُ عَلَيْهَا؛ بِخِلَافِ مَا يَصِحُّ بِالْكِنَايَةِ: مِنْ طَلَاقٍ وَعَتَقٍ وَبَيْعٍ؛ فَإِنَّ الشَّهَادَةَ لَا تُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ ذَلِكَ» (حرانی، ۱۴۱۶ق: ۱۵/۳۲). وی در مقام اشکال به این نظریه تصریح می‌کند: «أَنَّ الْعَاقِدَيْنِ يُمَكِّنُهُمَا تَفْسِيرُ مُرَادِهِمَا وَيَشْهَدُ الشُّهُودُ عَلَى مَا قَسَرُوهُ». به باور ابن تیمیه، متعاقدين می‌توانند اراده باطنی خود را تبیین و تفسیر کنند تا شهود از آن اطلاع یابند و بدین صورت، اشکال عدم امکان اطلاع شهود منتفی شود.

۳-۳. عبادت بودن نکاح

یکی دیگر از دلایل لزوم انشاء عقد نکاح با الفاظ مخصوص، قرار گرفتن عقد نکاح در شمار عبادات است. بر همین اساس، الفاظی که عقد نکاح به واسطه آنها منعقد می‌شود باید از جانب شارع معین شوند. نظیر این دلیل در آثار فقهای امامیه موجود بود.

شریانی در توضیح این دلیل می‌نویسد: «لِأَنَّ النِّكَاحَ يَنْتَزِعُ إِلَّا الْعِبَادَاتُ لِوُجُودِ النَّدْبِ فِيهِ وَالْأَذْكَارُ فِي الْعِبَادَاتِ تُتَلَقَّى مِنَ الشَّرْعِ، وَالشَّرْعُ إِنَّمَا وَرَدَ بِلَفْظِي التَّرْوِيجِ وَالْإِنْكَاحِ» (شریانی، ۱۴۱۵ق: ۲۲۹/۴) به اعتقاد او، روایات دال بر استحباب نکاح بر این معنا اشاره دارند که نکاح، عبادت است. از طرفی اذکار عبادات از جانب شارع معین می‌شوند و در شرع مقدس، صرفاً الفاظ «تزویج» و «انکاح» برای انشاء عقد نکاح وارد شده است. ابن تیمیه نیز به طریقی دیگر به تقریر این استدلال پرداخته است: «وَمِنْهُمْ مَنْ يَجْعَلُ ذَلِكَ تَعَبُّدًا؛ لِمَا فِيهِ مِنْ ثُبُوتِ الْعِبَادَاتِ» (حرانی، ۱۴۱۶ق: ۱۵/۳۲).

سواي اشکالاتی که حین بررسی این دلیل در آثار فقهای امامیه مطرح شد، ایرادات دیگری در رد این استدلال بیان شده است که بدان اشاره می‌شود.

فقهای شافعی برای رد ادعای عبادی بودن نکاح دو دلیل ذکر کرده‌اند: یکی اینکه ازدواج کافر هم صحیح است و آثار حقوقی بر آن مترتب می‌شود، در صورتی که اگر عمل عبادی بود نباید صحیح تلقی می‌شد؛ دوم اینکه مقصود متعاقدين در عقد نکاح، بر

طرف کردن شهوت و نیاز درونی و امور شبیه به آن است و نه تقرب به خداوند متعال. زحیلی ضمن بیان این نکته که فقهای شافعی، ازدواج را در شمار اعمال عبادی نمی‌دانند، بلکه در زمره اعمال دنیوی و عرفی مانند بیع قرار می‌دهند، به دلایل آنها در این خصوص اشاره کرده است: «الزواج عند الشافعية من الأعمال الدنیویة کالبيع و نحوه، و هو ليس بعبادة بدليل صحته من الكافر و لو كان عبادة لم اصح منه، و القصد منه قضاء شهوة النفس والعمل بالعبادة عمل لله تعالى» (زحیلی، ۱۴۰۵ق: ۳۵/۷).

ابن تیمیه هم به طریقی دیگر به این استدلال اشکال وارد کرده است. به اعتقاد او، تعبدی دانستن یک عمل نیازمند وجود دلیل شرعی است، حال آنکه در خصوص ازدواج چنین دلیلی وارد نشده است: «وَأَمَّا التَّعَبُّدُ فَيَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ شَرْعِيٍّ» (حرانی، ۱۴۱۶ق: ۱۷/۳۲). با توجه به مطالبی که از نظر گذشت، روشن می‌شود عموم فقهای مذاهب اربعه اهل سنت در خصوص لزوم انشاء عقد نکاح با الفاظ مخصوص اتفاق نظر دارند. ناگفته نماند فقهای شافعی و حنبلی قائل به لزوم انشاء عقد با الفاظ مخصوص هستند که صراحت در بیان مقصود داشته باشند؛ اما فقهای حنفی و مالکی علاوه بر الفاظ مخصوص، استفاده از الفاظ غیرمخصوص را نیز مجاز دانسته‌اند.

نتیجه سخن اینکه به اعتقاد زحیلی، عدم انعقاد نکاح از طریق معاطات مورد اتفاق فقها می‌باشد: «اتفق الفقهاء على عدم انعقاد الزواج بالتعاطي، احتراماً لأمر الفروج و خطورتها و شده حرمتها فلا يصح العقد عليها إلا بلفظ صريح أو كناية عند الحنفية والمالكية و بلفظ صريح عند الشافعية والحنابلة» (زحیلی، ۱۴۰۵ق: ۴۰/۷) البته چنانکه ذکر شد عموم فقهای اهل سنت همانند فقهای شیعه متعرض مسئله نکاح معاطاتی نشده‌اند و تنها بر این نکته تأکید کرده‌اند که عقد نکاح باید با الفاظ مخصوص که صراحت در بیان مقصود باطنی دارند انشاء شوند. از این جهت می‌توان همان اشکالاتی که در بحث اجماع علمای شیعه بیان شد، در خصوص ادعای اجماع علمای اهل سنت نیز مطرح شود.

تنها فقیه‌ای که به صراحت نکاح معاطاتی را جایز شمرده است، ابن تیمیه حرّانی است. وی به صراحت اعلام می‌دارد: «اصحّ قولی العلماء أنّ النکاح ینعقد بکل لفظ یدلّ علیه» (حرانی، ۱۴۳۵: ۶۸۱/۲). وی می‌افزاید: «وَيَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِمَا عَدَّهُ النَّاسُ نِكَاحًا بِأَيِّ لُغَةٍ وَلَفْظٍ وَفَعَلَ كَانَ وَمِثْلُهُ كُلُّ عَقْدٍ» (حرانی، ۱۴۰۸ق: ۴۵۰/۵).

نتیجه‌گیری

لزوم انشای عقد نکاح با الفاظی که صریح در این معنا باشد مورد اجماع فقهای مذاهب خمس اسلامیه است. گرچه فقهای امامیه بر بطلان نکاح معاطاتی تصریح نکردند و عموماً متعرض این مسئله نشدند؛ ولی از همین اجماع و تأکید آنها بر انشاء عقد نکاح با الفاظ صریح می‌توان نتیجه گرفت که در نظر آنها، لزوم اعتبار انشاء لفظی امری مسلم بوده است. اشکال آن سخن این است که نوعی مصادره به مطلوب است؛ چرا که ما می‌خواهیم به وسیله اجماع، لزوم انشاء لفظی را اثبات کنیم در حالی که مدعی اجماع به دلیل فقدان فتوای صریح فقها در این موضوع، لزوم انشاء لفظی را نزد ایشان مسلم فرض کرده است. از آنجا که عموم فقهای اهل سنت نیز همانند فقهای شیعه متعرض مسئله نکاح معاطاتی نشده‌اند و تنها بر این نکته تأکید کرده‌اند که عقد نکاح باید با الفاظ مخصوص که صراحت در بیان مقصود باطنی دارند انشاء شوند، می‌توان همان اشکالی که نسبت به اجماع علمای شیعه بیان شد را در خصوص ادعای اجماع علمای اهل سنت تکرار کرد.

یکی از ادله دیگری که فقهای امامیه برای اثبات بطلان معاطات در نکاح بیان کردند، لزوم احتیاط در باب فروج است که ایجاب می‌کند در انشاء عقد نکاح به طریق یقینی که همان انشاء لفظی است اکتفا شود و از طریق غیر یقینی یعنی انشاء فعلی اجتناب شود.

علاوه بر دلیل اجماع و احتیاط که مهم‌ترین ادله بطلان نکاح معاطاتی به شمار می‌رود، فقهای امامیه و مذاهب اربعه برای اثبات بطلان نکاح معاطاتی به ادله دیگری استناد کردند که این ادله در مواردی مثل دلیل تعبدیت عقد نکاح و لزوم ابراز اراده به نحو صریح در انشاء عقد همپوشانی دارند ولی عموماً قابل نقد و محل اشکالند.

منابع

کتابها

- قرآن کریم

۱. ابوجیب، سعدی، (۱۴۰۸ق)، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحا، دمشق: دار الفكر، دوم.
۲. انصاری، مرتضی، (۱۴۱۵ق)، کتاب النکاح، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۳. ابن تیمیه حرانی، أبو العباس أحمد بن عبدالحلیم، (۱۴۳۵ق)، الاختیارات الفقهیه لشیخ الاسلام ابن تیمیه، (بی جا) دارعالم الفوائد.
۴. _____، _____، (۱۴۰۸ق)، الفتاوی الكبرى لابن تیمیه، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۵. _____، _____، (۱۴۱۶ق)، مجموع الفتاوی، مدینه: مجمع الملك فهد.
۶. ابن قدامه المقدسی، ابومحمد، (۱۳۸۸ق)، المغنی لابن قدامة، قاهره: مكتبة القاهرة.
۷. بحرانی، یوسف بن احمد، (۱۴۰۵ق)، الحقائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمیه قم.
۸. بهوتی، منصور بن یونس، کشف القناع عن متن الإقناع، (بی جا)، دار الکتب العلمیه.
۹. جزیری، عبدالرحمن، (۱۴۲۴ق)، الفقه على المذاهب الأربعة، بیروت: دار الکتب العلمیه، دوم.
۱۰. خطیب شریینی، شمس الدین، (۱۴۱۵ق)، مغنی المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (بی جا): دارالکتب العلمیه.
۱۱. خویی، سیدابوالقاسم، (۱۴۱۸ق)، موسوعة الإمام الخوئي، قم: مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي.
۱۲. راغب اصفهانی، حسین بن محمد، (۱۴۱۲ق)، المفردات في غريب القرآن، بیروت: دارالعلم الدار الشامیه.
۱۳. زحیلی، وهبه، (۱۴۰۵ق)، الفقه الاسلامي وادلته، دمشق: دارالفکر، دوم.
۱۴. زیدان، عبدالکریم، (۱۴۱۳ق)، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلاميه، بیروت: مؤسسة الرساله.
۱۵. سید سابق، (۱۴۰۳ق)، فقه السنه، بیروت: دارالفکر، چهارم.
۱۶. طبرسی، فضل بن حسن، (۱۳۷۲ش)، مجمع البیان في تفسیر القرآن، تهران: انتشارات ناصر خسرو، سوم.
۱۷. طوسی، محمد بن حسن، (۱۳۹۰ق)، الاستبصار فيما اختلف من الأخبار، تهران: دار الکتب الإسلامیه.

۱۸. —، —، (۱۳۶۵ش)، تهذیب الأحکام، تهران: دار الکتب العلمیه، چهارم.
۱۹. عاملی، زین الدین بن علی، (شهید ثانی)، (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۲۰. —، —، (۱۴۱۰ق)، الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه، قم: انتشارات داوری.
۲۱. عاملی، محمد بن حسن، (حرّ عاملی)، (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۲۲. غروی اصفهانی، محمد حسین، (۱۴۱۸ق)، حاشیه کتاب المکاسب، قم: أنوار الهدی.
۲۳. فاضل لنکرانی، محمدجواد، (۱۳۹۵ش)، معاطات در نکاح، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
۲۴. قنديل، محمد عبد اللطيف، (بی تا)، فقه النکاح والفرائض، (بی جا): (بی نا).
۲۵. کاسانی، علاء الدین، (۱۴۰۶ق)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (بی جا): دارالکتب العلمیه، دوم.
۲۶. کلبي، ابن جزوي، (بی تا)، القوانين الفقهية، (بی جا): (بی نا).
۲۷. کلینی، محمد بن یعقوب، (۱۴۰۷ق)، الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامية، چهارم.
۲۸. مشکینی، علی، (بی تا)، مصطلحات الفقه، (بی جا): (بی نا).
۲۹. مفید، محمد بن محمد، (۱۴۱۳ق)، الإرشاد في معرفة حجج الله على العباد، قم: (بی نا).
۳۰. مقدسی، عبدالرحمن، (بی تا)، الشرح الكبير على متن المقنع، (بی جا): دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.
۳۱. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۵ق)، أنوار الفقاهه - کتاب البیع، قم: انتشارات مدرسه الإمام علي بن أبي طالب علیه السلام.
۳۲. —، —، (۱۴۲۴ق)، کتاب النکاح، قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۳۳. موسوی خمینی، سید روح الله، (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۳۴. نائینی، محمد حسین، (۱۳۷۳ق)، منیه الطالب في حاشیه المکاسب، تهران: المكتبة المحمدية.
۳۵. نجفی، محمد حسن، (صاحب الجواهر)، (۱۳۶۲ش)، جواهر الکلام في شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربي، هفتم.
۳۶. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، (۱۴۱۵ق)، مستند الشیعة في أحكام الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳۷. نسفی، ابوفحص، (۱۳۱۱ق)، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، (بی جا): المطبعة العامرة.
۳۸. هیتمی، ابن حجر، (۱۳۵۷ق)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، قاهره: المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

مقالات

۱. اراکی، محسن، (۱۴۲۷ق)، «دراسة حول حکم المعاطاة في النکاح»، فقه اهل بیت، شماره ۴۳/ صص ۶۳-۸۰.
۲. سلیمی، مهدی و سلطانی، عباسعلی، (۱۳۹۲ش)، «نکاح معاطاتی و تفاوت آن با زنا»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۴، ۳۶/ صص ۶۳-۹۰.

