

مطالعات فقه و حقوق اسلامی

سال ۱۴ - شماره ۲۸ - پاییز ۱۴۰۱

صفحات ۲۷۵ - ۳۰۲ (مقاله پژوهشی)

تحلیل انتقادی نظریه انحصار الفاظ ایجاب در عقد نکاح

زینب محمدزاده*

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۶/۲۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۱/۲۹

چکیده

مشهور فقهای امامیه بر این باورند که در عقد نکاح، معاطات جایز نیست و انعقاد این عقد، علاوه بر قصد و رضای طرفین، نیازمند صیغه ایجاب و قبول است. ایشان در صیغه قبول، بر عدم انحصار آن به الفاظ خاص اتفاق دارند و قبول را با هر لفظی که دلالت بر رضایت زوج دارد صحیح می دانند، اما صیغه ایجاب را تنها منحصر در برخی الفاظ خاص دانسته اند. در مقابل این دیدگاه، فقهای اهل سنت، در عقد نکاح همچون سایر عقود، لفظ ایجاب را منحصر به الفاظ قرآن و سنت ندانسته اند و هر لفظی که دلالت بر مقصود کند را مفید عقد می دانند. دیدگاه مذکور با توجه به جریان این حکم در سایر عقود و استثنا شدن عقد نکاح در دیدگاه رقیب، قابل تأمل است. این مقاله با روش توصیفی - تحلیلی، به ارزیابی مجدد ادله انحصار صیغه ایجاب در عقد نکاح پرداخته و دیدگاه مشهور فقهای امامیه را در بوطه نقد قرار می دهد. در این راستا از مطالعه تطبیقی آراء و فتاوی علمای اهل تسنن و ادله ایشان در این خصوص نیز بهره برده است.

کلیدواژه: عقد نکاح، صیغه ایجاب، قصد، رضا، توقیفی بودن نکاح.

۱- مقدمه و طرح بحث

اهمیت و ضرورت تشکیل خانواده به عنوان اولین و کوچک ترین نهاد اجتماعی خود ساخته در همه جوامع بشری بر کسی پوشیده نیست. تشکیل این نهاد، در ادیان مختلف خصوصاً ادیان ابراهیمی، با برخی آداب و تشریفات دینی همراه گشته است. دین اسلام تشکیل بنیان خانواده را با «عقد نکاح» مشروعیت می بخشد.

در اسلام، نکاح، صرفنظر از ادله موجود بر فضیلت، استحباب و تلقی عبادی بودنش، ماهیتی قراردادی دارد و همچون سایر قراردادها، مهم ترین رکن تشکیل دهنده آن رضایت طرفین قرارداد است. شماری از فقها قصد و رضای طرفین را به تنهایی برای انعقاد نکاح کافی می دانند و در نکاح نیز همچون بیع، معاطات را جایز و صحیح دانسته اند؛ اما مشهور، علاوه بر این، ابراز و اظهار قصد و رضای زوجین را با الفاظ ایجاب و قبول از جمله شروط لازم در انعقاد عقد بر شمرده اند. پس از بحث از لزوم اجرای صیغه، نوبت به این مسأله می رسد که از چه الفاظ و با چه کیفیتی می توان استفاده نمود؟ در متون فقهی بحث از شروط صیغه نکاح در چند محور: الفاظ ایجاب، الفاظ قبول، لزوم عربی بودن، لزوم ماضی بودن، تقدّم ایجاب و قبول و موالات مورد بررسی قرار گرفته است.

فقهای امامیه در صلاحیت لفظ ایجاب، صراحت لفظ را شرط صحت عقد می دانند؛ بنابراین تنها بر صحت الفاظ سه گانه «أنکحت»، «زوّجت» و شماری در «متّعت» اتفاق نظر دارند. به این ترتیب، سایر الفاظ مترادف نکاح (غیر از الفاظ سه گانه) حتی به فرض افاده معنای نکاح برای طرفین عقد، از آن جهت که در قرآن و سنت ذکر نشده است، صراحت در معنای نکاح ندارد و از دایره الفاظ صحیح برای انعقاد عقد خارج می شود؛ تا آنجا که حتی در عدم صلاحیت این الفاظ ادعای اجماع نیز شده است. این در حالی است که فقها به اتفاق، قبول نکاح را در لفظ یا الفاظ خاصی منحصر ندانسته اند. همچنین مشهور، اجرای صیغه به الفاظ عربی را در صورت عدم

تمکّن شرط نمی دانند، در نتیجه در نکاح غیر عرب زبان ها، هر لفظی که در عرف ایشان معنای نکاح را برساند، صحیح و مفید انعقاد عقد خواهد بود. برخلاف دیدگاه مشهور در میان فقهای امامیه، در متون فقهی اهل تسنن، رویکردهای متفاوتی به چشم می خورد. فقهای اهل تسنن، صراحت الفاظ ایجاب در عقد نکاح و اختصاص آن به الفاظ رایج در قرآن (نکاح و زواج) را شرط نمی دانند و با اندک اختلافی در شمار الفاظ صالح در انعقاد نکاح، بر صحت الفاظ دیگر فتوا داده اند.

بحث از الفاظ ایجاب و قبول در عقد نکاح همچون سایر عقود، متفرّع بر بحث از ماهیت آن عقد به عنوان یک عقد تأسیسی یا امضائی در شریعت اسلام است؛ چه این که در صورتی که معتقد به تأسیس این عقد در دین اسلام باشیم، مشروعیت بخشی و تعیین الفاظ عقد، تنها در صلاحیت شارع قرار خواهد گرفت. با این مبنا کشف این الفاظ، منحصر در لسان شارع در قرآن و سنت است؛ در مقابل، اگر نکاح را به جهت پیشینه آن در جوامع پیش از اسلام، یک میثاق زناشویی متداول در نوع بشر دانسته و نقش اسلام را تنها مشروعیت بخشی به عمل امم سابق و امضای آن به شمار آوریم، ناگزیر باید پذیرفت که الفاظ صالح برای انعقاد پیمان زناشویی، منحصر در الفاظ قرآن و سنت نبوده و تابع عرف و زبان متعاقدین است.

فقها در بررسی صلاحیت الفاظ ایجاب در عقد نکاح، همواره به کاربست الفاظ رایج در عقود دیگر همچون بیع، اجاره، هبه، عاریه و معاوضه پرداخته اند و با استناد به اهمیت عقد نکاح و تمایز آن از سایر عقود، کاربست این الفاظ را صریح در انعقاد نکاح ندانسته و الفاظ کنایی را - حتی در صورت وجود قرینه و افاده قصد نکاح - جایز نمی دانند. با این حال، کمتر کسی متعرّض سایر الفاظ مترادف نکاح که در عرف هر زبان وجود دارد، اما صلاحیت انعقاد سایر عقود غیر از نکاح را نیز ندارد، شده است. گویا در میان فقهای امامیه، عدم جواز این الفاظ در انعقاد نکاح، امری

مسلم، بدیهی و بی نیاز از بحث تلقی شده است؛ حال آن که به عنوان مثال، در زبان عربی الفاظ بی شماری بر معنای نکاح دلالت می کند که شماری از این الفاظ، حقیقت در معنای عقد و برخی حقیقت در معنای رابطه جنسی زوجین و مجاز در عقد نکاح است. گرچه اساس بحث در این پژوهش، بررسی صلاحیت الفاظ عربی غیر از الفاظ سه گانه در صیغه عقد نکاح است، اما با توجه به اهمیت کارکرد این نوشتار در جوامع غیر عرب زبان از یک سو، و با نظر به دیدگاه مشهور مبنی بر عدم لزوم اجرای صیغه نکاح به زبان عربی برای غیر متمکنین آن از سوی دیگر، به طور طبیعی نتایج بحث، قابل تعمیم به الفاظ رایج در معنای نکاح در سایر زبان ها نیز خواهد بود. به طور کلی در اعتبار الفاظ عقود و ایقاعات، شش قول رایج در میان فقها وجود دارد:

اول: عقود شرعی تنها با الفاظ برگرفته از شارع مقدس انشاء می شود (کرکی، ۱۴۱۰: ۸۳/۷)؛ به بیان دیگر، صیغه ایجاب هر عقد لازمی باید با همان الفاظ خاصی که شارع برای آن قرار داده است، منعقد شود. احکام، بر عناوین شرعیّ تعلق گرفته است؛ از اینرو باید به قدر متیقّن که همان الفاظ شرعی است اکتفا شود (فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ۱۲/۲؛ سیوری، بی تا: ۱۴۶/۲).

دوم: گرچه انشاء عقود، نیازمند لفظ است اما مقید به لفظ خاصی نیست؛ به شرط آن که آن لفظ، معنای حقیقی را برساند؛ بنابراین الفاظ مجازی (قریب یا بعید) کفایت نمی کند (نجفی، ۱۳۶۲: ۲۴۹/۲۲).

سوم: الفاظ مجازی تنها در صورتی که مجاز قریب باشد، در انشای عقد کفایت می کند (کرکی، ۱۴۱۰: ۲۰۸/۴).

چهارم: تنها الفاظ صریح، صلاحیت انعقاد عقد را دارند؛ بنابراین الفاظ کنایی اگرچه ابلاغ (رساتر) از صریح باشند کافی نیست (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۸۱/۲).

پنجم: هر لفظی که به دلالت وضعی بر معنای عقد دلالت کند (خواه حقیقی باشد یا مجاز همراه با قرینه لفظی) کفایت می‌کند؛ به این ترتیب الفاظ مجازی که قرینه آنها غیر لفظ باشد (قرینه حالیه، مقامیه و ...) کفایت نمی‌کند. این قول را شیخ انصاری به عنوان یک احتمال بیان کرده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۶/۳).

ششم: در انشاء عقود، عناوین خاص لازم نیست و هر لفظی که ظهور عرفی در ادای مقصود داشته باشد معتبر است؛ خواه حقیقی باشد یا مجازی یا حتی الفاظ کنایی دارای ظهور لفظی (مکارم شیرازی، ۱۴۳۲: ۵۳۳/۲).

آن چه در این مقاله بررسی می‌شود تحلیل و ارزیابی دیدگاه‌های فوق و بررسی ادله آنها نیست؛ زیرا مشهور فقها در الفاظ صالح در انعقاد عقد نکاح، رویکرد دیگری اتخاذ کرده‌اند. ایشان با تفکیک میان صیغه ایجاب و قبول، قبول را به الفاظ «قبلت»، «رضیت»، «أرضیت»، «نعم» و هر لفظی که معنای قبول از طرف زوج را برساند، صحیح می‌دانند؛ چه این که ماهیت قبول، چیزی جز پذیرش مفاد ایجاب نیست؛ با این حال، در خصوص لفظ ایجاب، بر چنین آزادی عملی از سوی زوجین اتفاق نداشته و صراحت لفظ ایجاب و انحصار آن در یکی از الفاظ سه گانه را شرط می‌دانند. بنابر آن چه گفته شد، از جمله مباحث لازم در این پژوهش، بررسی تفاوت عقد نکاح با سایر عقود است. باید دید آیا تفاوت معناداری بین عقد نکاح با سایر عقود وجود دارد تا در نتیجه آن بتوان گفت علیرغم پذیرش کاربست الفاظ متفاوت در صیغه ایجاب سایر عقود، عقد نکاح مستثنی شده است؛ چه این که در عقود دیگر از جمله وکالت، همواره فهم متعاقدین از الفاظ، مبنای تراضی آنها واقع می‌شود و عقد به هر لفظی که معنا و مقصود را برساند منعقد می‌گردد؛ اما در عقد نکاح اینطور نیست!

به طور کلی اقوال موجود در خصوص صیغه ایجاب عقد نکاح را می‌توان در دو دیدگاه خلاصه کرد: دیدگاه اول: انحصار صیغه ایجاب به الفاظ سه گانه (انکحت، زوجت و متعت) و دیدگاه دوم: عدم انحصار صیغه نکاح به الفاظ خاص. در این

نوشتار، ما ضمن استفاده از فتوای فقهای اهل سنت به بررسی دو دیدگاه، ادله هر یک و ارزیابی آنها می پردازیم.

۲- دیدگاه فقها پیرامون الفاظ ایجاب در نکاح

۲-۱- دیدگاه اول: انحصار الفاظ ایجاب در عقد نکاح و ادله آن

الف: تبیین دیدگاه اول

مشهور فقهای امامیه، صیغه ایجاب عقد نکاح را منحصر در لفظ نکاح و زواج و مشتقات آن دو دانسته اند؛ حتی بسیاری، صلاحیت «متعت» را در عقد دائم بدون قرینه نپذیرفته اند. امام خمینی (ره) در صلاحیت الفاظ صیغه ایجاب در عقد نکاح می نویسد: «عقد نکاح، با دو لفظ «أنکحت» و «زوّجت» محقق می شود و بنا به احتیاط، با لفظ «متعت» واقع نمی شود؛ گرچه مشروط بر وجود قرینه ای که ظهور در دوام داشته باشد، قول به صحّت عقد به لفظ متعت، قوی تر است؛ همچنین نکاح با الفاظی چون «بعت»، «وهبت»، «ملکت» و «آجرت» واقع نمی شود» (خمینی، ۱۳۹۰: ۲/۲۶۵).

از میان فقهای اهل تسنن نیز شافعیه، حنابله و برخی مالکیه معتقدند عقد نکاح، جز با الفاظ حقیقی یعنی «نکاح»، «زواج» و مشتقات آنها منعقد نمی شود. ایشان در اثبات ادعای خود به چند دلیل استناد کرده اند:

- دلیل اول: منزلت و جایگاه عقد نکاح در شرع اقتضا می کند که نکاح تنها به الفاظ حقیقی انشاء شود. عقد نکاح به سبب ورود بر زن آزاد، از منزلت بالایی برخوردار است و برای اهداف بلند مرتبه ای همچون افزودن نسل، بقاء نوع انسانی و تشکیل خانواده تشریح شده است. همچنین در نکاح از آن جهت که موجب تکثیر عبادت کنندگان پروردگار است و معنای تعبد دارد، التزام به آن چه در شرع آمده است، واجب است.

- دلیل دوم: در عقد نکاح برخلاف سایر عقود، حضور شهود الزامی است و شاهدان تنها به آن چه حقیقت در نکاح و صریح است، شهادت می دهند.
- دلیل سوم: الفاظ کنایی و غیر صریح همواره نیازمند نیت یا قرینه هستند.
- دلیل چهارم: کنار گذاشتن الفاظ حقیقی و در عوض، بکارگیری الفاظ غیر حقیقی تنها با وجود سبب و دلیلی خاص امکان پذیر و صحیح است؛ حال آن که در نکاح چنین سببی موجود نیست.
- دلیل پنجم: در قرآن، از نکاح تنها با الفاظ حقیقی (نکاح و زواج) یاد شده است (الزحیلی، بی تا: ۲۹۳۳/۴-۲۹۳۵).

در این قسمت به منظور تبیین بهتر این دیدگاه، به تفصیل به بررسی و نقد ادله طرفداران دیدگاه مذکور از فقهای هر دو فرقه (شیعه و سنی) می پردازیم:

ب: ادله دیدگاه اول

دلیل اول: لزوم صراحت لفظ در معنای نکاح

عمده دلیل طرفداران انحصار الفاظ ایجاب در عقد نکاح به الفاظ سه گانه، صراحت این الفاظ در معنای نکاح به خلاف سایر الفاظ، بیان شده است. به این ترتیب، نکاح تنها به الفاظی که از آن در قرآن و روایات (از نظر فقهای شیعه) یاد شده است، منعقد می شود، زیرا این الفاظ در معنای نکاح، حقیقت شرعی شده اند و در آن صراحت دارند.

نقد و بررسی: استدلال فوق به چند جهت قابل نقد و مناقشه است:

۱- الفاظ شرع، اختصاص به نکاح، زواج و متعه ندارد؛ چراکه در قرآن و روایات، الفاظ بسیاری که به کمک قرینه، معنای نکاح از آنها فهمیده می شود به چشم می خورد.

۲- اگر بنا به ادعای طرفداران این دیدگاه، مراد از صراحت و حقیقی بودن الفاظ سه گانه نامبرده، حقیقت شرعی باشد نه حقیقت لغوی، بررسی موارد استعمال نکاح در

قرآن و سنت، نشان می‌دهد که حقیقت شرعی بودن این الفاظ در معنای «عقد»، مورد اتفاق مفسران نیست. در استعمال لفظ نکاح و مشتقات آن در قرآن کریم، میان معانی «عقد» و «وطی»، (کاظمی، بی تا: ۲۳۵/۳؛ ابن حزم اندلسی، ۱۴۰۶: ۴۷)، در استعمال لفظ زواج میان دو معنای «عقد» و «جمع» (مقارنت) (حمیری، ۱۴۲۰: ۲۸۷۶/۵) و در استعمال لفظ متعه بین معانی «تمتع» (بهره‌وری) و «نکاح موقت» (مشکینی، بی تا: ۴۶۸ و ۴۶۹؛ عاملی، ۱۴۱۳: ۱۹۱؛ عبدالرحمن، بی تا: ۲۰۹/۳ و ۲۱۰) اختلاف است. با این وصف، اراده معنای عقد از هر یک از این الفاظ سه‌گانه (نکاح، زواج و متعه) و تفکیک آن از معانی دیگر تنها به کمک قرائن حالیّه یا مقالیه مقدور است. به این ترتیب، الفاظ سه‌گانه از این جهت هیچ تفاوتی با سایر الفاظ کنایی و مجازی در این معنا ندارند.

۳- در ردّ ادعای لزوم اکتفا به قدر متیقّن نیز باید افزود: قدر متیقّن در این خصوص، مانع تمسک به اطلاق نمی‌شود؛ زیرا آن چه مانع تمسک به اطلاق است، قدر متیقّن در مقام خطاب است، نه مطلق قدر متیقّن؛ در حالی که در اینجا ما قدر متیقّن در مقام خطاب نداریم (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶: ۱/۱۲۲ و ۱۲۳).
در نتیجه، استعمال الفاظ سه‌گانه نامبرده در قرآن (چه در مقام انشاء باشد یا نباشد) تنها بر جواز انشای نکاح با این الفاظ دلالت دارد، نه بر انحصار آنها (شیرازی، ۱۴۳۲: ۱/۱۷۸).

دلیل دوم: روایات دالّ بر انحصار الفاظ نکاح

در متون فقهی به شماری از روایات که بر کفایت انعقاد نکاح به الفاظ سه‌گانه دلالت دارد، اشاره شده است (نراقی، بی تا: ۸۵/۱۶-۸۹)؛ به عنوان مثال، برخی با استناد به روایت: «أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ النِّسَاءَ عِنْدَكُمْ عَوَانٌ لَا يَمْلِكْنَ لَأَنْفُسِهِنَّ ضَرًّا وَلَا نَفْعًا أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ فَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ حَقٌّ وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ

۱. جمع «عاینه» بوده و به معنای اسیر است.

حَقَّ» (شیخ صدوق، ۱۴۰۳: ۴۸۷) که مراد از «اسْتَحَلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ» را انعقاد نکاح به الفاظ مستعمل در قرآن یعنی نکاح، زواج و متعه دانسته اند (قرطبی، ۱۹۶۴: ۲۷۲/۱۳).

نقد و بررسی: در میان روایات، حدیثی که در آن انعقاد عقد نکاح به الفاظ خاصی محصور شده باشد به چشم نمی خورد. استناد به روایات نامبرده در اثبات انحصار الفاظ نکاح نیز محلّ نقد است؛ چه آن که این روایات، به فرض صحّت سند و دلالت، تنها بر اثبات جواز انشای نکاح با الفاظ نامبرده، دلالت می کند، نه بر انحصار آنها (مکارم شیرازی، ۱۴۳۲: ۱۷۸/۱). در روایت اخیر نیز برخلاف ادعای مطرح شده، مراد از عبارت «اسْتَحَلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَاتِ اللَّهِ»، انشای نکاح با الفاظ به کار رفته در قرآن نیست؛ بلکه مراد، انعقاد نکاح مطابق موازین اسلام و احکام قرآن است.

دلیل سوم: اجماع

در میان فقهای امامیه در صلاحیت صیغه زوجت و انکحت در انعقاد عقد نکاح، ادعای اجماع شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۲: ۶۹/۲؛ نراقی، بی تا: ۹۱/۱۶؛ طباطبائی، ۱۴۱۸: ۱۱/۱۰).

نقد و بررسی: اجماع موجود بر صلاحیت و کفایت الفاظ انکحت و زوجت در انشای نکاح، دلیل بر انحصار انعقاد عقد به آنها نیز نیست.

دلیل چهارم: عدم وجود دلیل بر صلاحیت سایر الفاظ

برخی از طرفداران انحصار نکاح به الفاظ سه گانه، علّت این انحصار را تحقق زوجیت و نکاح، تنها به الفاظی که در خصوص آنها دلیلی آمده باشد، دانسته اند. ایشان بر این باورند که ما تنها در تحقق نکاح با الفاظ نکاح و تزویج و مشتقات آنها دلیل داریم؛ حال آن که در سایر الفاظ چنین دلیلی به چشم نمی خورد. ایشان تنها به کفایت الفاظی که حقیقت در نکاح است و بر مقصود دلالت می کند در انعقاد نکاح

دائم حکم می کنند و الفاظ مجازی را که بر مقصود دلالت ندارد کافی و جایز ندانسته اند (نراقی، بی تا: ۸۵/۱۶).

نقد و بررسی: مخالفان انحصار نکاح به الفاظ خاص، در صدد پاسخ به استدلال فوق اینگونه برآمده اند: اگر مراد از دلیل بالا این باشد که حقیقی بودن لفظ، در صحت عقد دخالت دارد، دلیلی بر آن وجود ندارد و لازمه آن عدم صحت صیغه های اخباری است؛ چراکه به کارگیری آنها در انشای عقد، مجازی است و اگر مراد آن است که حقیقی بودن، موجب دلالت لفظ بر مقصود می شود و به موجب روایات هر آن چه که بر مقصود دلالت دارد کفایت می کند در این صورت، دلیلی برای اکتفا به لفظ خاص وجود ندارد، بلکه صحت انجام عقد به هر لفظ مجازی همراه با قرینه حالیه یا مقابله مانند «استحللت فرجها دائما»، یا «جعلتها حلیتی یا زوجتی» و ... لازم می آید. آن چه نیازمند دلیل است صلاحیت و کفایت یک لفظ در انشاء است، نه حصر الفاظ (نراقی، بی تا: ۸۵/۱۶).

دلیل پنجم: اصل فساد در معاملات

مقتضای اصل در نکاح همچون سایر معاملات، فساد آنهاست. به بیان دیگر، هر جا صحت نکاح محل شک و تردید باشد اصل، استصحاب عدم زوجیت است. در مورد صحت نکاح با الفاظ دیگر غیر از الفاظ سه گانه نیز از آنجا که دلیلی بر کفایت آنها در انعقاد عقد نکاح وجود ندارد؛ پس از استفاده از این الفاظ، همچنان انعقاد عقد و ترتب آثار، محل شک و تردید است و بنا بر اصل فساد، عدم زوجیت استصحاب می شود و نکاح به این الفاظ منعقد نشده است.

نقد و بررسی: عموماً و اطلاقات موجود از قبیل آیه: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» (نور: ۳۲) و فرمایش پیامبر (ص): «من سنتی النکاح» (کلینی، ۱۳۸۸: ۴۹۶/۵، حدیث ۶) مانع از تمسک به اصل فساد در معاملات در این

بحث خواهد بود؛ زیرا عموماً، اصل لفظی و استصحاب، اصل عملی است و همواره اصل لفظی بر اصل عملی مقدم است.

دلیل ششم: بطلان نکاح دائم با صیغه متعت

همانگونه که پیشتر اشاره شد فقها در انعقاد نکاح با دو لفظ «انکحت» و «زوّجت» اجماع دارند، اما شماری از ایشان لفظ متعت را در انعقاد نکاح دائم معتبر نمی دانند (طباطبائی، بی تا: ۵۲۹؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴: ۷/۳). امام خمینی (ره) بنا بر احتیاط، انعقاد نکاح دائم را با لفظ متعت جایز نمی داند، مگر این که لفظ مذکور با چیزی که ظهور در دوام عقد دارد همراه شود (خمینی، ۱۳۹۰: ۲۶۵/۲).

پس از اثبات عدم صلاحیت متعت در انعقاد نکاح دائم، دیگر جایی برای صلاحیت سایر الفاظ غیر زوّجت و انکحت باقی نخواهد ماند و همان ادله پیش گفته در عدم جواز متعت در سایر الفاظ نیز مطرح خواهد شد.

نقد و بررسی: در ردّ این استدلال، عدم توافق فقها بر عدم صلاحیت لفظ متعت، کیفیت می کند؛ چه این که شماری از فقها از جمله محقق حلی، قول به صحّت استعمال لفظ متعت را در صیغه نکاح دائم، ارجح دانسته اند. در توجیه قول محقق دو احتمال مطرح است: احتمال اول این که از نظر محقق، لفظ متعت همچون زوّجت، قدر مشترک در نکاح دائم و موقت می باشد و در نتیجه، استفاده از آن در نکاح دائم همچون موقت صحیح است. احتمال دوم این که مرحوم محقق، لفظ متعت را حقیقت در نکاح موقت و مجاز در نکاح دائم می داند؛ با این حال در عقود لازم، الفاظ مجازی متعارف را همچون الفاظ حقیقی معتبر می داند، با این استدلال که عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده: ۱) عقود انشاء شده با این الفاظ را نیز در بر می گیرد؛ چه آن که عقد، از جمله مقاصد انسان است و مانند سایر معانی و مقاصد، هرچه در تعبیر از آن و دلالت بر آن متعارف باشد، کافی است (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۳۳/۲۹).

خود صاحب جواهر نیز بر این باور است که اقتضای انصاف آن است که قول به اکتفا کردن به هر لفظی که عقد با آن انکار نمی شود و به خودی خود یا به کمک قرینه بر قصد خاص دلالت دارد، بدون این که هیأت خاصی در آن معتبر باشد، خالی از قوت نیست؛ گرچه ممکن است این قوت، از ملاحظه عدم وجود نص در انحصار الفاظ خاص ناشی شود (همان).

دلیل هفتم: بطلان نکاح با صیغه «وهبت»

در متون فقهی، مکرراً از صلاحیت انشای نکاح با صیغه «وهبت» بحث شده است؛ از اینرو از جمله دلایل طرفداران انحصار نکاح در الفاظ سه گانه، می توان به عدم انشای نکاح با لفظ هبه در دیدگاه این گروه از فقها اشاره کرد. ایشان به استناد عبارت «خَالَصَهُ لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ» در آیه شریفه «وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ» (احزاب: ۵۰)، انعقاد نکاح با لفظ هبه را از مختصات نبی دانسته اند و آن را در غیر شخص پیامبر جایز نمی دانند.

نقد و بررسی: در آیه شریفه، به قرینه «إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا» انعقاد نکاح، با لفظ «أنکحت» مراد بوده است؛ بنابراین آیه در مقام بیان اجرای نکاح با لفظ «وهبت» و اختصاص آن به پیامبر نیست، بلکه مراد از اختصاص هبه به نبی اکرم در آیه، انعقاد نکاح بدون مهر است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۱۰۰/۱). علاوه بر این، باید افزود اگر لفظ هبه صلاحیت انشای نکاح توسط شخص پیامبر را داشته باشد برای سایر مسلمانان نیز جایز خواهد بود و ادعای تفاوت الفاظ عقود برای پیامبر با سایر مسلمانان، ادعایی بدون دلیل و خالی از هرگونه غرض عقلی و شرعی است؛ در حالی که اختصاصات نبی، همگی به جهتی در راستای کمک به رسالت ایشان در ابلاغ وحی و انتشار شریعت اسلام بوده است.

در تأیید آن چه گفته شد همچنین می توان به صحت استعمال صیغه وهبت در انشای سایر عقود غیر از نکاح، اشاره کرد، این امر نیز برخلاف آن چه برخی تصور

کرده اند مقتضی انعقاد نکاح با این لفظ است، و نه مقتضی عدم انعقاد آن (آمدی، بی تا: ۳۲۷/۲).

دلیل هشتم: بطلان نکاح با الفاظ تملیک، بیع، اجاره و عاریه

فقه‌های امامیه برخلاف عامّه، در عدم انعقاد عقد نکاح با الفاظ مفید مالکیت نظیر بیع، تملیک، اجاره و عاریه، همچون هبه اتفاق دارند (شیخ انصاری، ۵۱۴۱۵: ۲۰۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۸۸/۴-۲۸۹؛ خمینی، ۱۳۹۰: ۲/۲۶۵) در این حکم، ادّعی‌ای اجماع از سوی برخی فقها نیز به چشم می‌خورد. به باور فقیهان شیعه، عقد نکاح شائبه عبادت دارد و استعمال الفاظ مقتضی تملیک در آن ظهور عرفی ندارد و دلالت آن بر نکاح، بعید است (سید مرتضی، ۱۴۱۷: ۳۲۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۹۷/۷). آیه الله فاضل لنکرانی در تأیید این حکم، ضمن اذعان به عدم وجود هرگونه نصّی مبنی بر شمار الفاظ خاصّ در صیغه نکاح، همچنان تأمل در نصوص را موجب قطع فقیه به عدم انعقاد نکاح با الفاظ بیع و اجاره و نظایر آن می‌داند و استدلال ایشان، تحریم فرج (نکاح) به موجب اصل است تا زمانی که سبب حلیّت آن ثابت شود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۶۳ و ۶۴).

نقد و بررسی: در مقابل دیدگاه مشهور امامیه، فقه‌های اهل تسنّن با اندک تفاوتی در شروط لازم، انشای نکاح را منحصر در الفاظ سه‌گانه نمی‌دانند. مالکیه، انعقاد نکاح را با هر لفظی مشروط به ذکر مهر جایز می‌دانند. ابوحنیفه، الفاظی را که اقتضای تملیک ندارد مانند رهن و اباحه، در انشای نکاح صحیح نمی‌داند؛ و در عوض، به صحّت انعقاد نکاح با الفاظی که افاده تملیک دارد، فتوا داده است. وی همچنین جواز انعقاد نکاح با لفظ اجاره را به مضمون برخی روایات مستند ساخته است (ابن قدامه، بی تا: ۳۷۱/۷؛ منهجی آسیوطی، ۱۴۱۷: ۱۵/۲؛ نووی، ۱۳۹۲: ۹/۲۱۲).

در میان امامیه نیز صاحب جواهر، احتمال جواز عقد نکاح با لفظ «ملکت» را مطرح کرده و گرچه احتیاط در آن را پسندیده تر می‌داند اما آن را بعید نمی‌شمارد. به باور

ایشان، نکاح، «تملیک» سلطنت بضع برای زوج است. از سوی دیگر، «ملکت» به فرض اراده معنای نکاح، از الفاظی است که عرف متشرع جواز آن را در انعقاد نکاح، انکار نکرده است و در نتیجه، به عدم انعقاد نکاح با آن علم وجود ندارد. وی همچنین در تأیید این حکم، به انشای عقد نکاح با لفظ ملکت، در نص و عبارات فقهای امامیه استناد کرده است (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۴۲/۲۹).

در نکاح موقت نیز فتوای برخی فقها در عدم اعتبار الفاظ خاص و امکان انشای عقد با هر لفظی که به طور صریح یا به کمک قرینه، دلالت بر عقد موقت دارد، موجود است (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۵۴/۳۰).

دلیل نهم: توقیفی بودن عقد نکاح

از جمله دلایل موافقان انحصار انشای نکاح در الفاظ خاص، توقیفی بودن عقد نکاح است. متون فقهی از اختلاف فقها در پذیرش ماهیت نکاح به عنوان یکی از اقسام عبادت، حکایت دارد. در هر صورت، شماری از فقها با توجه به شأن و جایگاه عقد نکاح در شرع از یک سو، و با تمرکز بر برخی تفاوت‌ها میان عقد نکاح با سایر عقود از سوی دیگر، در متون خود متعرض عبادی بودن عقد نکاح گشته‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۸۵/۱۲ و ۲۱۸/۱۴؛ علامه حلی، ۱۳۸۸: ۵۸۲/۲). محقق ثانی، نکاح را نه تنها از مقدمات عبادات، بلکه فی نفسه عبادت می‌شمارد (کرکی، ۱۴۱۰: ۱۱/۱۲)؛ برخی نیز از نکاح به برزخ میان معاوضه و عبادت یاد کرده‌اند (سیحانی تبریزی، ۱۴۱۶: ۲۰۷/۲). گرچه بنا به حکم قاعده، در هیچ یک از عقود و ایقاعات، استعمال الفاظ خاص شرط نبوده و صرف ظهور لفظی آنها کفایت می‌کند اما عقد نکاح از این قاعده کلی مستثنی است؛ چه این که نکاح در شریعت اسلام، جنبه توقیفی و تأسیسی پیدا کرده و شارع با تعریف و تحدید قیود و شرایط بسیار در آن، ماهیت عرفی و عقلانی آن را دستخوش تغییر ساخته است. همین موضوع اجماعات فقها را به سمت اعتبار الفاظ

خاص در عقد نکاح سوق داده است؛ از اینرو فقها تنها بر اعتبار الفاظ سه گانه قرآن و روایات در انعقاد نکاح حکم کرده اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۳۲/۵ و ۳۳).

نقد و بررسی: توقیفی بودن عقد نکاح، محلّ نزاع و اختلاف میان فقهاست. عقود به خلاف عبادات، از ماهیّات ابداعی و تأسیسی شارع نیست؛ بلکه از جمله اموری است که پیش از اسلام در عرف عقلا موجود بوده و شارع تنها آنها را به انضمام قیود و شرایطی امضا کرده است. به این ترتیب، الفاظ عقود و ایقاعات برخلاف عبادات، حقیقت شرعیّه ندارند و عرف در انشای عقود، هر لفظی که معنای عقد را برساند، کافی می شمارد. عقد نکاح نیز بدون هیچ تمایزی همچون سایر عقود، بر ماهیّت عرفی خود باقی است و به غیر الفاظ قرآن و روایات منعقد می شود. به این ترتیب، پس از انعقاد عقد با الفاظ رایج در عرف، دیگر جایی برای شکّ و لزوم اکتفا به قدر متیقّن باقی نمی ماند.

همچنین در ردّ عبادی بودن ماهیّت عقد نکاح نیز باید افزود: بی شکّ مراد فقها از عبادت بودن عقد نکاح، «عبادت به معنای اخصّ آن» نیست؛ چه این که هیچ کس ادّعا نکرده که صحّت عقد نکاح، مشروط به قصد قربت باشد. با این حال می توان نکاح را «عبادت به معنای اعمّ آن» تلقّی نمود؛ چراکه انعقاد نکاح با قصد قربت، مستحقّ ثواب و پاداش خواهد بود. با این وصف، نکاح همچون سایر عقود توصّلی است که قصد قربت یا اجرای صیغه با الفاظ خاص در آن، شرط صحّت عقد نیست.

دلیل دهم: مذاق شریعت و اصل احتیاط

طرفداران انحصار صیغه نکاح در الفاظ قرآن و روایات، علاوه بر موارد پیش گفته، به دلیل مذاق شریعت و اصل اوّلی در نکاح نیز استناد کرده اند. ایشان معتقدند که نکاح و توالد و تناسل، از امور مربوط به فروج است که مذاق شریعت همواره بر احتیاط در آن است. اصل اوّلی در امور مربوط به فروج اقتضا می کند که به هنگام شکّ در حکمی از احکام نکاح، همواره باید جانب احتیاط را برگزید. در خصوص

اعتبار الفاظ معتبر در صیغه عقد نکاح نیز بنا به احتیاط باید به قدر متیقن، یعنی الفاظ رایج در قرآن و روایات اکتفا شود.

نقد و بررسی: بررسی و ملاحظه متون فقهی بیانگر آن است که مسأله وجوب و لزوم احتیاط در باب نکاح و فروج امری اجماعی نیست بلکه تعابیر فقها در مذاق شریعت، بر لزوم احتیاط یا استحباب آن، متفاوت است. در مقابل رویکردی که نظر به لزوم احتیاط در باب فروج داده است دیدگاه میانه تری که اغلب فقها را شامل می شود تنها به رجحان و اولویت احتیاط در فروج بسنده کرده و آن را لازم و واجب نمی داند (شهید اول، ۱۴۱۴: ۴۱/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۰۳/۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۴۴/۱). پرواضح است که در همه احکام فقهی، همواره احتیاط رجحان دارد اما در ابواب دماء، فروج، نکاح و اولاد این احتیاط شدیدتر است. با این حال نمی توان پذیرفت که در این ابواب، «اصل حلیت» جای خود را به «اصل احتیاط» داده است، بلکه کافی است در این ابواب، احتیاط مستحب در سایر احکام را با تأکید و شدت بیشتری لحاظ کرد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۹: ۲۳-۳۳)؛ به این ترتیب، استناد به اصل احتیاط، به حکم مذاق شریعت در رد اعتبار سایر الفاظ در انشای صیغه نکاح، مردود است.

۲-۲- دیدگاه دوم: عدم انحصار الفاظ ایجاب در عقد نکاح

الف: تبیین دیدگاه دوم

گروهی از فقیهان اهل سنت، انشای نکاح را منحصر در الفاظ خاص و صریح نمی دانند، بلکه با هر لفظی که دلالت بر معنای نکاح کند، از جمله «أنکحت»، «زوّجت»، «ملکت»، «وهبت»، «أعطیتک ابنتی»، «أملکت لک علیها»، «حلیت بینک و بینها»، «خذ ابنتی حلالاً لک»، «أحللتها لک» و نظایر این صحیح می دانند (ابن جبرین، بی تا: ۵۸/۳). به باور ایشان، انعقاد نکاح با الفاظ غیر صریح که به حسب عرف یا وجود قرینه ای چون ذکر مهر، دلالت بر اراده نکاح کند نیز صحیح است. ملاک در انشای عقد، شناخت رضایت طرفین و دستیابی به آن است. سلف صالح، در عقود بر الفاظ معین

اکتفا نمی کردند، بلکه دلالت ظواهر و الفاظ عرف را به منزله الفاظ صریح می دانستند. اگر کسی مسجدی بنا کند و در های آن را بگشاید مشهور، این عمل وی را دالّ بر اذن او می دانند؛ چه این که دلایل عرفی به منزله الفاظ قولی هستند (حجاوی حنبلی، بی تا: ۲۷۱/۹).

ابن تیمیه در اینباره چنین فتوا داده است: «يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِمَا عَدَّهُ النَّاسُ نِكَاحًا، بِأَيِّ لُغَةٍ وَ لَفْظٍ وَ فِعْلٍ كَانَ» (ابن تیمیه، ۱۴۰۸: ۴۵۰/۵). وی فتوای خود را بر دو مقدمه استوار ساخته است: مقدمه اول، سایر الفاظ به غیر از نکاح و تزویج، کنایی هستند و اصولاً کنایه، نیازمند نیت است. مقدمه دوم، مشهور معتقدند که وجود قرائن حالیه در الفاظ کنایی، آنها را صریح می کند و جانشین اظهار نیت است. در عرف، احوال مختلفی از جمله گرد آمدن مردم برای عقد و صحبت و خیر دادن درباره آن، بر قصد نکاح دلالت دارد؛ بنابراین اگر پس از این احوالات گفته شود: «مَلَكَتْكَهَا لَكَ بِالْفِ دِرْهَمٍ»، حاضرین ناگزیر متوجه خواهند شد که مراد از آن، عقد نکاح است. فرمایش حضرت رسول در حدیث واهبه (أَمَلَكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ) نیز شاهد دیگری بر جواز انعقاد نکاح با صیغه «مَلَكَتْ» می باشد (ابن تیمیه، ۱۴۱۶: ۱۱/۲۹).

همان طور که قبلاً اشاره شد فقهای حنفی و مالکی نیز انحصار نکاح در الفاظ سه گانه را نپذیرفته اند، بلکه هر لفظی که دلالت بر تملیک عین در حال داشته باشد، مانند تزویج، نکاح، تملیک، بیع، جعل، هبه، عطیه و صدقه، به شرط وجود نیت یا قرینه دالّ بر معنای نکاح مانند مهر، به نحوی که شهود مقصود را بفهمند برای انعقاد نکاح صحیح می دانند. البته این گروه از فقها همچنان ازدواج با الفاظی که مفید مالکیت عین نیست مانند اجاره، إباحه، إحلال، عاریه، وصیت، رهن، ودیعه و مانند اینها را صحیح نمی دانند (الزحیلی، بی تا: ۲۹۳۳-۲۹۳۵؛ سدیس، ۱۴۲۵: ۱/۲۵۰-۲۵۲).

برخی از فقهای امامیه نیز گرچه یارای معارضه با دیدگاه مشهور را نیافته اند و به صراحت در خصوص صلاحیت سایر الفاظ در صیغه ایجاب نظر نداده اند با این حال،

دیدگاه مشهور را خالی از اشکال ندیده و هم آوا با فقهای اهل سنت، رد پای اندیشه اقلیتی خود را در عدم انحصار الفاظ نکاح در الفاظ سه گانه بجا گذاشته اند. برخی در پاسخ به استفتائی در خصوص این که آیا (صیغه) نکاح دائم، الفاظ معینی دارد یا با هر لفظی که معنای آن فهمیده شود صحیح است؟ پاسخ می دهد: «اجرای عقد با هر عبارتی که مراد از آن به روشنی فهمیده می شود صحیح است؛ اما در صورتی که شخص زبان عربی را می فهمد أحوط آن است که صیغه عقد را به عربی بخواند» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۵: ۲۰۴/۳)؛ گرچه ظاهر عبارت - به تناسب زبان استفتاء کننده - ناظر بر صحّت هر لفظی در زبان فارسی که معنای آن فهمیده می شود و همچنین عدم اشتراط عربیت صیغه نکاح است با این حال، عدم تعمیم این حکم به مترادفات نکاح در زبان عربی و انحصار آن در الفاظی خاص، دلیلی ندارد.

این دیدگاه با روح شریعت موافق است؛ چراکه در نصوص شرعی، حصری درباره الفاظی که عقد نکاح با آنها صحیح است، وارد نشده است. همه عقود، بر رضای طرفین استوار است و کشف و دستیابی به آن در عقد نکاح به سبب تعدّد مراحل آن، بیش از سایر عقود می باشد (ریان، بی تا: ۹۰).

ب: ادله دیدگاه دوم

ادله طرفداران عدم انحصار نکاح در الفاظ سه گانه که اکثریت فقهای اهل تسنن و برخی از فقهای شیعه را شامل می شود، عبارتند از:

دلیل اول: روایات

روایات، بر اعتبار نکاح اقوام مختلف مطابق عرف و مذهب خودشان دلالت دارد. در روایتی امام صادق(ع) به نقل از رسول خدا(ص) می فرماید: «اهل شرک را سبّ نکنید، همانا برای هر قومی نکاحی است» (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۸۷/۶، حدیث ۲۷۵)؛ همچنین در روایت ابوبصیر از امام صادق(ع) نیز وارد شده که امام فرمودند: «رسول خدا از این که به کنیزان گفته شود ای دختر کذا و کذا نهی فرمودند، زیرا هر

قومی نکاح مخصوص به خود را دارد» (همان، ۴۷۲/۷، حدیث ۹۹). از مضمون روایات مشابه نیز بر می آید: «هر قومی که نکاح را از زنا تمیز می دهد، نکاحشان جایز است» (همان، ۴۷۵/۷، حدیث ۱۱۵؛ کلینی، ۱۳۸۸: ۳۲۴/۲، حدیث ۵).

از مضمون این روایات و مشابه آنها بر می آید که نکاح اقوام مختلف که به شیوه و روش خودشان منعقد شده است، مشروع و صحیح است. حقیقت عقود، الفاظ نیست بلکه امور اعتباری است که با الفاظ انشاء می شود و الفاظ تنها آلات و ابزار آن امور اعتباری هستند. قطعاً عقد و عهد موجود میان سایر اقوام بشری، عقد و عهد معتبری است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۰۷/۱). ماهیت عقد نکاح نیز همچون سایر عقود، چیزی غیر از الفاظ است و چه بسا در طول تاریخ پیش از اسلام، این عقد در میان اقوام مختلف با الفاظی غیر از انکحت و زوجت منعقد شده است؛ حال آن که در اسلام هیچ معنی نسبت به شیوه اجرای نکاح در ملل دیگر به چشم نمی خورد. به این ترتیب، الفاظ رایج در عرف هر زبان و قوم و قبیله ای (غیر از الفاظ سه گانه مشهور) که دلالت بر مقصود طرفین می کند، معتبر و صحیح خواهد بود.

اشکال: به زعم برخی از مفسران و اندیشمندان، استدلال به این روایات در این موضوع تامّ و کافی نیست. از نظر ایشان، دلالت این روایات محلّ تأمل است؛ زیرا ظاهراً لفظ «قوم» در روایت، «ملیت» های مختلف را شامل نمی شود، بلکه مراد «اهل مذهب» است. مراد این روایات، صحّت نکاح مذاهب مختلف بر اساس آداب و رسوم رایج در مذهب خودشان است؛ به این ترتیب، کلیه آثار نکاح صحیح و شرعی بر نکاح مذاهب مختلف بار می شود (شیرازی، ۱۴۱۹: ۳۱۵۰/۹).

پاسخ اشکال: اطلاق روایات، نه تنها نکاح اهل هر مذهب مطابق آئین خودشان را در بر می گیرد بلکه شامل نکاح اقوام و قبائل مختلف بر طبق آداب و رسوم و زبان خودشان نیز می شود. افزون بر این، صیغه عقد نکاح همواره در مرئی و مسمع شارع صورت گرفته است و اگر لفظ خاصی در صیغه لازم بود باید پیامبر و ائمه معصومین

علیهم السلام آن را بیان می‌کردند، در حالی که حدیثی که در آن الفاظ عقد نکاح بیان یا محصور شده باشد، موجود نیست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۹۷/۱ و ۹۸)؛ اجماع نیز تنها بر اعتبار الفاظ در صحّت عقود یا لزوم آنها دلالت دارد و پس از آن هیچ دلیل دیگری بر اعتبار مظهر خاصّ و مُبرز معین در انشای عقود و ایقاعات نداریم؛ از اینرو قدر متیقّن از لفظ - به فرض قبول اعتبار آن (مطابق اجماع) - مطلق لفظ است، نه لفظ خاصّ (خوئی، ۱۳۸۲: ۱۶/۳)؛ با این که همواره سیره مسلمانان در فتح سرزمین‌های غیر عربی، بر ایجاد داعی و انگیزه تعلیم احکام و قرآن در میان افراد بوده است، اما در تاریخ اسلام هرگز از دعوت تازه مسلمانان غیر عرب زبان به تعلیم صیغه‌های نکاح چیزی نقل نشده است؛ بلکه شارع با «لکلّ قوم نکاح»، نکاح هر امتی را مطابق آن چه ایشان از این علقه و قرارداد تعبیر می‌کنند، امضا کرده است (سبحانی تبریزی، ۱۴۱۶: ۱۲۳/۱).

دلیل دوم: مقتضای قاعده در عقود

قاعده کلی در تمامی عقود این است که انشای عقود، متوقّف بر ایجاب و قبول است و هر لفظی که صریح باشد یا ظهور عرفی داشته باشد کفایت می‌کند؛ خواه این لفظ حقیقی باشد یا مجاز با قرینه؛ این دیدگاه منسوب به متأخرین و گروهی از متقدمین است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۲۰/۳). به بیان دیگر، انشای عقود و ایقاعات توسط هر مبرزی امکان‌پذیر است، زیرا مشمول عمومات و اطلاقاتی است که بر صحّت عقد دلالت دارد (خوئی، ۱۳۸۲: ۱۶/۳-۱۷). در علم حقوق، از این دیدگاه با عبارت «الفاظ عقود، محمول بر معانی عرفیه است» یاد می‌کنند (قانون مدنی، ماده ۲۲۴).

از آنجا که نصّ و دلیل خاصی بر تمایز عقد نکاح از سایر عقود در این زمینه وجود ندارد مقتضای قاعده در عقد نکاح نیز همچون سایر عقود، جواز انشای عقد با هر لفظی است که صریح یا ظاهر در آن باشد. عقد، عهد و تعاهد بین دو نفر بر هر عبارت

واضحی که دلالت بر آن کند صادق است؛ چه این دلالت، حقیقی باشد یا مجازی و کنایی مشروط به وجود قرینه واضح. فقها با همین مبنا انعقاد عقد دائم را منحصر در آنکحت و زوجت ندانسته اند، بلکه استعمال متعت را نیز مشروط به قرینه ای دال بر دوام، جایز می دانند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۶۳). این مبنا قابل تعمیم به سایر الفاظ کنایی نکاح علاوه بر متعت نیز خواهد بود.

از ابن تیمیه درباره اعتبار الفاظ رایج در عرف در عقد نکاح نقل شده است: «خداوند بیع، نکاح و سایر عقود را در کتاب خود بدون این که حدّ خاصی در شرع برای آن معین کند، ذکر کرده است. در فقه نیز حدّی برای آن تعریف نشده است. حدود اسماء یا از طریق شرع شناخته می شود، مانند نماز، زکات و حج؛ یا از طریق لغت، مانند خورشید، ماه، خشکی و دریا؛ یا به کمک عرف، مانند قبض و تفریق. عقود همچون بیع، اجاره، نکاح، هبه و امثال اینها مانند هر شرطی که مردم بر آن توافق می کنند و با یکدیگر پیمان می بندند، نزد اهل عرف معتبر می باشد» (ابن تیمیه، ۱۴۱۶: ۴۴۷/۲۹ و ۴۴۸).

دلیل سوم: اصل صحّت

صاحب العناوین، درباره اصل جاری در عقود می نویسد: «هرچه عقد نامیده شود، هرگاه در صحّت و فسادش به جهت احتمال فقدان شرط یا وجود مانعی تردید شود، صحیح است؛ زیرا مضمون عموم وفای به عقود قرار می گیرد» (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۱۳/۲).

همان طور که پیشتر در نقد جریان اصل فساد در معاملات، پس از شکّ در صحّت نکاح جاری شده با الفاظ و صیغ مختلف گفته شد، اصل فساد (استصحاب عدم تأثیر) در معاملات تنها در صورتی جاری است که ادله لفظی مبنی بر صحّت عقد موجود نباشد؛ چه این که اصل لفظی، اماره است و با وجود اماره، دیگر نوبت به جریان اصل عملی استصحاب نمی رسد. پس از اثبات انشای کلیه عقود با هر لفظی که معنای عقد

را افاده کند و عدم دلیل بر تخصیص عقد نکاح، انشای نکاح با غیر الفاظ سه گانه مشهور، مشمول عمومات و اطلاعاتی چون «أوفوا بالعقود» قرار خواهد گرفت و اصل صحّت در آن جاری خواهد شد.

دلیل چهارم: صلاحیت سایر الفاظ مترادف نکاح

بررسی متون فقهی امامیه درباره انحصار صیغه نکاح در الفاظ سه گانه مشهور نشان می دهد که فقها همواره به عدم انعقاد این عقد با الفاظ سایر عقود از جمله بیع و اجاره نظر داده و کمتر به بیان صحّت دیگر الفاظ رایج در عرف پرداخته اند. برخی در بیان تفاوت الفاظ بیع، اجاره و هبه با سایر الفاظ مجازی مناسب انعقاد نکاح از جمله لفظ متّعت، گفته اند: «نتیجه تتبع در موارد استعمال نکاح در قرآن و سنت، حکم به عدم اختصاص نکاح به الفاظ انکحت و زوّجت است؛ انصاف این است که لفظ متّعت به قرینه حالیه یا مقالیه، مشروط به ظهور آن در دوام، جایز است. اما در مورد «بعث»، «وهبت»، «ملکت» و «آجرت»، ظاهر، عدم تحقّق نکاح دائم به آنهاست؛ زیرا این الفاظ، ظهور عرفی در نکاح دائم ندارند» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱: ۶۳). از ظاهر این عبارت و نظایر آن در متون فقهی بر می آید که «مراد از حصر صیغه نکاح در الفاظ انکحت و زوّجت در عبارات فقها (محقّق حلّی، ۱۴۰۹: ۴۹۸/۲)، حصر اضافی است، نه حصر حقیقی؛ و مراد از حصر صیغه ایجاب به این دو لفظ، در برابر ایجاب نکاح به الفاظی است که بر معانی دیگری غیر از نکاح همچون بیع، هبه، اجاره و مانند آن دلالت دارد. با این بیان، الفاظ زواج و نکاح، از باب تمثیل ذکر شده است، نه از باب حصر حقیقی» (اراکی، ۱۴۲۷: ۶۸/۴۳ و ۶۹)؛ به این ترتیب، دلیل بر عدم جواز نکاح با برخی از الفاظ محلّ بحث فقها در اثبات عدم اعتبار صیغه نکاح با سایر الفاظ مترادف نکاح به غیر زوّجت و انکحت، کفایت نمی کند.

نتیجه گیری

عقد نکاح گرچه به دلیل نقش و اهمیّت آن از منظر اسلام، در مقام فضیلت و شرافت، از رایحه عبادات برخوردار است، اما در عمل همچنان یکی از عقود جاری بین زوجین و تابع قواعد عمومی قراردادها است. نکاح همچون سایر عقود امضایی، جز در مواردی که منحصرأ در دین اسلام احکام و آداب متفاوتی برای آن طراحی و بیان شده است در کلیه موارد مشکوک از همان احکام رایج در ملل سابق تبعیّت می کند. با این مبنا دیدگاه مشهور فقهای امامیه مبنی بر انحصار صیغه ایجاب در الفاظ صریح در قرآن و روایات (انکحت، زوّجت و متّعت) با نقدهای جدی مواجه خواهد شد.

از آنجا که در قرآن و سنت، دلیلی بر تحدید و تعریف الفاظ صالح برای انعقاد نکاح به چشم نمی خورد، کلیه الفاظ کنایی رایج در عرف ملل و زبان های مختلف که بر قصد و تراضی طرفین بر انعقاد عقد دلالت دارد، در صیغه ایجاب کفایت می کند. استعمال الفاظ سه گانه نامبرده در قرآن و سنت، دلیلی بر انحصار صیغه نکاح به این موارد تلقی نمی شود، بلکه تنها صلاحیّت این الفاظ در انعقاد نکاح را می رساند. همچنین مباحث متعددی که در متون فقهی و تفسیری پرده از اختلافات موجود در صلاحیّت کاربست الفاظی چون «وهبت» و «متّعت» در انعقاد نکاح دائم بر می دارد، اعتبار دیدگاه مشهور را بیش از پیش با تردید مواجه می سازد.

جریان اصل و قاعده جاری در کلیه عقود، نتیجه مشابهی را به دست می آورد. مقتضای قاعده در همه عقود، انعقاد آنها به هر لفظی است که حکایت از قصد و رضای متعاقدین دارد و ابراز این قصد را به تشریفات و الفاظ خاصّ منحصر نمی داند. عقد نکاح نیز از این قاعده کلی مستثنی نیست. عمومات و اطلاقات موجود، بر صحّت نکاح منعقد شده با الفاظ دیگر دلالت دارد و مانع از تمسک به اصل فساد در معاملات در این بحث خواهد بود.

عدم انحصار الفاظ قبول، صحّت نکاح معاطاتی، عدم لزوم انشای نکاح به زبان عربی برای غیر اهل لغت و صحّت نکاح شخص لال به وسیله فعل (اشاره مفهمه) به جای لفظ و بدون نیاز به توکیل، همگی از جمله شواهدی است که دلالت بر مذاق شرع بر تسامح و سهل گیری در شکل گیری این امر مطلوب نزد شارع دارد. توفیقی دانستن نکاح، تحدید و انحصار الفاظ آن بدون دلیل قطعی از آیات و روایات، خلاف مذاق کلی پیش گفته در شرع است. آن چه سبب مشروعیت روابط زوجین و منشأ اثر و موجب حقوق و تعهدات زوجین در این عقد است، همان قصد و رضای زوجین و اعلام آن به هر طریقی است که افاده مقصود می کند.

علیرغم توضیحات پیش گفته در نقد دیدگاه مشهور امامیه، همچنان آراء برخی فقهای اهل سنت در صحّت الفاظ مقتضی تملیک به خلاف سایر الفاظ، خالی از اشکال نیست؛ چه این که این دیدگاه مبتنی بر یک نگاه تنگ نظرانه از تعریف نکاح به «تملیک» سلطنت بضع برای زوج است. در مقاله ای که پیش تر توسط نگارنده به چاپ رسیده است به تفصیل درباره ماهیت نکاح توضیح داده شد که زن آزاد قابل تملک و نکاح عقدی معاوضی مبنی بر تملیک بهره وری جنسی در برابر مهر نیست.^۱ بنابراین صلاحیت الفاظ مقتضی تملیک و سایر عقود در انشای عقد نکاح، همانند هر لفظ دیگری، مشروط به ابراز قصد و رضای زوجین بر عقد نکاح به کمک قرائن حالیه یا مقالیه است.

منابع

- قرآن کریم.

- آمدی، علی بن محمد (بی تا)، **الإحکام فی اصول الأحکام**، ج ۲، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابن تیمیه، أحمد بن عبد الحلیم (۱۴۰۸ق)، **الفتاوی الکبری**، ج ۵، بیروت: دار الکتب العلمیه.

۱. برای مطالعه تفصیلی ر.ک: محمدزاده؛ نظری توکلی، ۱۳۹۹: ۲۸۷-۳۰۸.

- ابن تیمیه، أحمد بن عبد الحلیم (۱۴۱۶ق)، **مجموع الفتاوی**، ج ۲۹، مدینه: مجمع الملك فهد لطباعه المصحف الشريف.
- ابن جبرین، عبد الله بن عبد الرحمن (بی تا)، **شرح أخصر المختصرات**، ج ۳، بی جا: بی نا.
- ابن حزم اندلسی، علی بن احمد (۱۴۰۶ق)، **الناسخ و المنسوخ فی القرآن الکریم**، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- ابن قدامه مقدسی، عبدالرحمن بن محمد (بی تا)، **الشرح الكبير علی متن المقنع**، ج ۷، قم: دار الکتب العربی.
- اراکی، محسن (۱۴۲۷ق)، **دراسه حول حکم المعاطات فی النکاح**، فقه اهل بیت عربی، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۴۳، ۶۳-۸۰.
- اردبیلی (محقق)، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- الزحیلی، وهبه (بی تا)، **الفقه الإسلامی و ادلته**، ج ۴، ۴، دمشق: دار الفکر.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق) **کتاب النکاح**، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، **کتاب المکاسب**، ج ۳، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۲ق)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه**، ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام**، ج ۷، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
- حجاوی حنبلی، موسی بن احمد (بی تا)، **شرح زاد المستقنع**، ج ۹، بی جا: بی نا.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۱۲ و ۱۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، **العناوین الفقیهیه**، ج ۲، ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۸۸ق)، **تذکره الفقهاء**، ج ۲، قم: مؤسسه آل البیت علیهم السلام.

- ج ۲، تهران: استقلال.
- ج ۲، حمیری، نشوان بن سعید (۱۴۲۰ق)، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، ج ۵، بیروت: دار الفكر المعاصر.
- ج ۲، خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۹۰)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، چ ۲، نجف اشرف: الآداب.
- ج ۲، خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۲ق)، **مصباح الفقاهه**، ج ۳، چ ۲، قم: سید الشهداء.
- ج ۳، ریان، احمد علی طه (بی تا)، **فقه الأسره**، بی جا: بی نا.
- ج ۱، سبحانی تبریزی، جعفر (۱۴۱۶ق)، **نظام النکاح فی الشریعه الاسلامیه الغراء**، ج ۱ و ۲، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
- ج ۱، سدیدس، محمد بن عبدالعزیز (۱۴۲۵ق)، **مقدمات النکاح**، ج ۱، مدینه: الجامعه الاسلامیه.
- ج ۱، سید مرتضی (علم الهدی)، علی بن حسین (۱۴۱۷ق)، **مسائل الناصریات**، تهران: سازمان فرهنگ و ارتباطات اسلامی.
- ج ۱، سیوری حلّی، جمال الدین مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴ق)، **التنقیح الرائع لمختصر الشرائع**، قم: کتابخانه آیه الله العظمی مرعشی نجفی (ره).
- ج ۲، سیوری حلّی، جمال الدین مقداد بن عبدالله (بی تا)، **کنز العرفان فی فقه القرآن**، ج ۲، تهران: المكتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریّه.
- ج ۹، شیری زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق)، **کتاب نکاح**، ج ۹، قم: رأی پرداز.
- ج ۳، صدوق (شیخ)، محمد بن علی بن حسین بن بابویه قمی (۱۴۰۳ق)، **الخصال**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ج ۱، طباطبائی حائری، سید محمد مجاهد (بی تا)، **کتاب المناهل**، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- ج ۱، طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق)، **ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل**، ج ۱۰، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
- ج ۱، طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق b)، **تهذیب الأحكام**، ج ۶، چ ۴، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- ج ۴، طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق a)، **الخلاف**، ج ۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ج ۳، عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۴ق)، **غایه المراد فی شرح تکت الارشاد**، ج ۳، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۳۰۱ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۴ - شماره ۲۸ - پاییز ۱۴۰۱

- عاملی، یاسین عیسی (۱۴۱۳ق)، **الاصطلاحات الفقهیه فی الرسائل العملیه**، بیروت: دار البلاغہ.
- عبدالرحمن، محمود (بی تا) **معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه**، ج ۳، بی جا: بی نا.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱ق)، **تفصیل الشریعہ (نکاح)**، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).
- فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۸۹)، **تلقیح مصنوعی**، ج ۲، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار(ع).
- فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۹ق)، **ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد**، ج ۲، قم: اسماعیلیان.
- قرطبی، شمس الدین محمد بن احمد (۱۹۶۴م)، **تفسیر القرطبی**، ج ۱۳، ج ۲، قاهره: دار الکتب الاسلامیه.
- کاظمی، جواد بن فضل (بی تا)، **مسائلک الأفهام إلی آیات الأحکام**، بی جا: بی نا.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۰ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۴ و ۷ و ۱۲، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۸۸ق)، **الکافی**، ج ۵، ج ۳، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- محمدزاده، زینب؛ نظری توکلی، سعید (۱۳۹۹)، **چیستی نکاح دائم و تأثیر آن بر حقوق زوجین**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲۳، ۲۸۷-۳۰۸.
- مشکینی، علی (بی تا)، **مصطلحات الفقه**، قم: بی نا.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۵)، **الفتاوی الجدیده**، ج ۳، ج ۲، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب(ع).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، **کتاب النکاح**، ج ۱ و ۵، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب(ع).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، **انوار الفقاهه فی احکام العتره الطاهره (کتاب البیع)**، ج ۱، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب(ع).
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۳۲ق)، **أنوار الفقاهه فی احکام العتره الطاهره (کتاب النکاح)**، ج ۱ و ۲، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب(ع).
- منهای آسیوطی، محمد بن احمد (۱۴۱۷ق)، **جواهر العقود و معین القضاء و الموقعین و الشهود**، ج ۲، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۳۶۲)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۲ و ۲۹ و ۳۰، ج ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

تحليل انتقادی نظریه انحصار الفاظ ایجاب در عقد نکاح _____ ۳۰۲

- نراقی، مولی احمد بن محمد (بی تا)، **مستند الشیعه**، ج ۱۶، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.

- نووی، یحیی بن شرف (۱۳۹۲)، **شرح النووی علی المسلم**، ج ۹، ج ۲، بیروت: دار احیاء التراث العربی.