

تاملی در حکم نکاح معاطاتی یا ازدواج سفید در فقه

فرهنگ افراسیابی

عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور مرکز داراب

نام نویسنده مسئول:

فرهنگ افراسیابی

چکیده

شیوع پدیده ازدواج سفید در جامعه ما در سالهای اخیر، باعث بحث و بررسی در ابعاد مختلف آن در بین کارشناسان شده است. صحت یا عدم صحت فقهی آن، یکی از مهمترین مسایل مورد بحث آن می باشد. ازدواج سفید در فقه تحت عنوان نکاح معاطاتی است و آنچه درباره نکاح معاطاتی گفته شده در مورد آن نیز صدق می کند حکم نکاح معاطاتی یکی از مباحث اجماعی بین فقهاست به نحوی که اکثریت آنها رأی به عدم جواز آن داده اند و فقط عده ی بسیار اندکی از فقهای معاصر رأی به صحت آن داده اند. این در حالی است که به جز اجماعی که خالی از اشکال هم نیست، هیچ دلیل قابل توجهی از سنت و کتاب در این زمینه وجود ندارد و حتی برخی از فقها مخالف هم، معتقدند که عقل و سیره ی عقلا، مؤید نکاح معاطاتی است. علاوه بر اینها، در آراء فقها شواهدی نیز وجود دارد که می توان آنها را به نوعی مصادق نکاح معاطاتی به حساب آورد. از جمله نکاح اخرس، نکاح کنیزان و صاحبانشان، نکاح زوجین همزمان مسلمان شده، رجوع بعد از طلاق رجعی و عدی.

واژگان کلیدی: ازدواج سفید - اجماع - مصادیق نکاح معاطاتی.

مقدمه

طرح مسئله: به جرأت می توان گفت عقد نکاح در اسلام، در زمره ی مهم ترین عقود است به طوری که آن را مستحب موکد، و کامل کننده ی نیمی از دین بیان کرده اند و در کتب حدیثی بابتی در وجوب احتیاط در آن آمده است شاید به همین دلیل برخی معتقدند که نکاح در زمره سایر معاملات نیست چراکه در این عقد حقوق و عواطف انسانی مطرح است. با توجه به همین موضوع، فقها نیز سعی کرده اند که در مورد احکام نکاح محتاط تر باشند و شاید همین احتیاط باعث شده که کمتر فقیهی در زمینه نکاح، فتوایی مخالف فتاوی مشهور صادر کرده باشد و حتی فقیهی شجاع نظیر حضرت امام خمینی نیز در این بحث، سعی می کند که جانب احتیاط را مراعات کند و با رای اکثریت مخالفت نکند.

امروزه یکی از مسائلی که در جامعه ما خصوصا در کلان شهرها نمود پیدا کرده و در محافل گوناگون از آن بحث می شود چیز است تحت عنوان «ازدواج سفید» که از سالها قبل در غرب متداول بوده و به دلیل سابقه طولانی و رواج گسترده ی آن، قوانینی نیز برای آن در نظر گرفته اند. البته این موضوع از لحاظ نظری، در فقه ما بی سابقه نیست و برخی از شقوق ازدواج سفید، همان نکاح معاطاتی است که سابقه ی طولانی در فقه ما دارد و از آنجا که امروزه موضوع مبتلابه جامعه است دوباره در محافل فقهی ما، مورد بحث و کنکاش قرار گرفته و البته اکثریت فقهایی ما، رأی به عدم صحت آن داده اند. این در حالیست که با توجه به فتوای صریح برخی علما به صحت آن، شاید بتوان با برطرف کردن برخی عیوب آن و قانونمند کردن آن، از آن استفاده مثبت کرد و حتی از آن به عنوان مقدمه ای برای ازدواج رسمی موفقیت آمیزتر و در نتیجه زندگی بهتر و عاشقانه تر سود برد و آمار طلاق، خصوصا طلاق عاطفی که در کشور ما آمار آن بسیار زیاد است را کاهش داد. از اینرو در این نوشتار، ما ضمن بررسی اجمالی ادله موافقین و مخالفین نکاح معاطاتی و نقد اجماع به عنوان مهمترین دلیل مخالفین، سعی نموده ایم که شواهدی را ذکر نمائیم که می تواند به نوعی یا مصداق نکاح معاطاتی، یا در حکم آن تاثیرگذار باشد.

۱- مفهوم شناسی

الف. ازدواج سفید: در جامعه ما زندگی زن و مرد زیر یک سقف، به قصد زندگی مشترک، بدون خواندن صیغه محرمیت را، «ازدواج سفید» می نامند که عوامل بسیاری در اقدام به انجام چنین زندگی مشترکی تاثیرگذار می باشد از جمله: مشکلات اقتصادی، فرار از مسئولیت پذیری، آشنایی کامل زوجین با یکدیگر، عدم اعتقاد به ازدواج سنتی، تاثیر پذیری از فرهنگ غربی و... اصولا این نوع رابطه در جامعه ما دارای ثبات نیست و اغلب بعد از مدتی از هم می پاشد و حتی در فرانسه نیز که به نوعی آنرا به رسمیت می شناسند در بحث تلقیح مصنوعی و اجازه به همخوابگان دارای دو سال سابقه، برای استفاده از تولید مثل مصنوعی به کمک پزشکان، برخی از حقوقدانان فرانسه با استناد به همین بی ثباتی، به این قانون ایراد وارد کرده اند و آنرا برای طفل مضر دانسته اند. (۱) علاوه بر این در جامعه ما به خاطر آداب و رسوم دینی و ملی خاص خود، معمولا در چنین روابطی، دختران هستند که ضرر زیادی می کنند و بسیاری از حقوق قانونی خود را از دست می دهند و خصوصا در مواقعی که این روابط از هم می پاشد لطمات عاطفی و حیثیتی زیادی می خورند.

اما آنچه که ما آنرا به نکاح معاطاتی گره زدیم ازدواج سفید به معنای اعم آن نیست بلکه منظورمان از آن، زندگی زناشویی زوجینی است که به اصل ازدواج اعتقاد دارند ولی بنا به دلایل قانونی یا عرفی قصد ندارند ازدواجشان به شکل رسمی یا سنتی باشد و به جای خواندن صیغه لفظی، برای ابراز رضایت و اراده خود به ازدواج، از طریق عملی اعم از خواستگاری و قول و قرار گذاشتن و شیرینی خوردن خانواده زوجین، خرید جهیزیه و بردن آن به خانه زوج و... اقدام به تشکیل زندگی مشترک می کنند. اما آنچه که تحت عنوان ازدواج سفید آورده می شود ولی اصلا واژه ی ازدواج بر آن صدق نمی کند و فقط همخوابگی و همباشی می باشد بطوری که طرفین یا اصلا اعتقادی به ازدواج ندارند و به همین دلیل از ازدواج سنتی گریزان هستند و یا به هر دلیلی قصد و اراده ازدواج، از زندگی مشترکشان ندارند قطعا عمل آنها مصداق زناست و حرام می باشد و واضح است که نکاح معاطاتی آنرا شامل نمی شود. به عبارت دیگر ازدواج سفید دو معنا دارد: یکی به معنای اعم که هر نوع زندگی مشترکی را شامل می شود و یکی نیز به معنای اخص که فقط زندگی مشترکی را شامل می شود که قصد و غرض طرفین ازدواج است ولی به هر دلیلی صیغه لفظی آنرا جاری نکرده اند و به جای آن اراده و رضایت خود را بصورت دیگری ابراز نموده اند. این معنا مترادف نکاح معاطاتی است.

ب. مفهوم نکاح: نکاح از ریشه ی نکح در اصل به معنای وطی، در حالی که همراه با عقد باشد است و به ازدواج، نکاح گفته می شود

چرا که سببی برای وطی مباح می باشد. (۲) برخی نیز گفته اند که نکاح، کلمه ای است که عرب برای تزویج از آن استفاده می کند. (۳) معنای دیگری که برای نکاح ذکر شده است «بضع» است که آن مخصوص نوع انسان می باشد. (۴)

برخی بیان داشته اند که نکاح بین عقد و وطی مشترک است و عده ای آن را در وطی حقیقی و در عقد مجازی می دانند و گفته شده که قول دوم نزد اکثریت، اولی است (۵) برخی نیز معتقدند که نکاح در هر دو مجازی است و در هیچ یک حقیقی نیست چرا که در هر دو نیاز به قرینه دارد. (۶) و نکاح در شرع، عقد لفظی می باشد که مجوزی برای وطی ابتدایی است و این کاربرد از باب مجازیت می باشد. (۷) نکاح در فقه نیز به عقدی گفته می شود که به موجب آن مرد و زن لاقط بر نفی محرومیت جنسی مانند نکاح منقطع احیاناً یا علاوه بر نفی آن محرومیت، بمنظور تشکیل خانواده و زندگی مشترک خانوادگی قانوناً با هم متحد می شوند مانند مورد نکاح دائم. (۸)

ج. مفهوم معاطات: معاطات ریشه آن «عطو» است و به معنای تناول و بخشیدن می باشد. (۹) همچنین به معنای مناوله و بخشش طرفینی (بصورت داد و ستد) نیز است. (۱۰)

آخوند خراسانی نیز درباره لفظ معاطات می فرماید «ان لفظ المعاطاه لیس مما ورد فی آیه و الروایه، لا فی معقدالاجماع، بل من المعلوم انه عبر بها عن المعامله، المتعارفه، المتداوله، فالمدار فی ترتیب الاحکام و الاثاره علی ما هو المتعارف» (۱۱) بنابراین از نظر ایشان معاطات لفظ شرعی نیست بلکه از معاملات متداول و متعارف بین مردم گرفته شده و مبنای احکام و آثار آن نیز عرف است. معاطات در فقه، اصطلاحی است که فقها در باب بیع ذکر کرده اند و آنرا در مقابل بیع به صیغه قرار داده اند (۱۲) امام خمینی نیز در تعریف معاطات بیان داشته: «رضایت قلبی طرفینی و نیز عملی که دلالت بر آن رضایت کند را معاطات گویند و در غالب معاملات جریان دارد» (۱۳) بطور کلی از کتب فقهی میتوان چنین برداشت کرد که «صفت عقد معوضی است که ایجاب و قبول آن لفظی یا کتبی و یا اشاره نبوده بلکه بدادن و ستدن صورت گیرد مانند بیع معاطاتی» (۱۴)

د. نکاح معاطاتی: معاطات در نکاح آنچنان که از مباحث فقهی برداشت می شود دو قسم می باشد: یکی نکاحی که در آن ایجاب و قبول بصورت لفظی باشد ولی الفاظی غیر از الفاظ مذکور در باب نکاح را به کاربردند این قسم تنها از نظر کسانی که معتقد به توفیقی بودن الفاظ عقد نکاح می باشند معاطات است و دیگری «نکاحی که صرفاً به اعلام توافق و تراضی طرفین بسنده می شود و فاقد ایجاب و قبول لفظی باشد» (۱۵) در این مقاله مراد ما از نکاح معاطاتی، نکاح بدون صیغه لفظی می باشد که طرفین از راههای گوناگونی غیر از قول و صیغه لفظی رضایت و اراده خود را ابراز می کنند.

۲- بررسی دیدگاه علما در باب معاطات در نکاح

در زمینه معاطات دیدگاه علما متفاوت است و این بر می گردد به دیدگاه آنان نسبت به الفاظ. برخی از علما در باب عقود و ایقاعات به الفاظ توجه زیادی دارند و لزوم و صحت آنان را وابسته به الفاظ می دانند و حتی عربیت الفاظ را نیز لازم می دانند و تا آنجا پیش رفته اند که کلیه عقود عجمی را معاطات و غیر لازم دانسته اند. مگر آنچه به عربی یا توسط کسی که عاجز از یادگیری عربی باشد، صورت گرفته است و این خلاف انصاف است. (۱۶)

برخی نیز ماضی بودن لفظ را مورد توجه قرار داده اند و بیان داشته اند که تقابض بدون کاربرد لفظ در بیع کافی نیست اگر چه از امارات دلالت اراده طرفین بر بیع حاصل شود و حتی عقد بغیر لفظ ماضی نیز منعقد نمی شود. (۱۷)

شیخ انصاری نیز در زمینه ی اعتبار الفاظ در بیع، بلکه در جمیع عقود ادعای اجماع کرده است و در این باره سخن برخی از علما را ذکر می کند. از جمله علامه (ره) در رد کفایت معاطات در بیع می فرماید: افعال قاصر از افاده مقصود می باشد و محقق ثانی گفته است: افعال در صراحت دلالت، مانند اقوال نیست و شهید اول نیز بیان داشته است: که فعل در معاطات نمی تواند به جای مقام قول اقامه شود و آن فقط مفید اباحه است. (۱۸)

عده ای از علما برای الفاظ چندان اعتباریتی قائل نیستند به همین دلیل نیز در بسیاری از عقود، معاطات را پذیرفته اند ولی در باب نکاح به دلیل اجماع و برخی ادله دیگر، معاطات را قبول ندارند از جمله علامه بحر العلوم ضمن انتقاد از کسانی که بیع معاطاتی را مفید اباحه، نه ملکیت می دانند بیان می دارد که با توجه به اینکه آنچه که در بازار و اغلب معاملات مردم اتفاق می افتد معاطات است قصد اباحه بدون ملکیت خلاف وجدان است و دلیلی از شرع بر آن نیست و همچنین این قول مخالف قاعده مسلم «تبعیه العقود للقصود» می باشد. (۱۹) اما ایشان در زمینه نکاح می فرماید: شکی در عدم جریان معاطات در نکاح نیست چرا که ادله ای همچون اصله الحرمة در فروج و اجماع بر لزوم صیغه در آن و منافات حکم جواز معاطات با لزوم علقه ازدواج که فقط به سبب مخصوص مثل طلاق منقطع می شود و نیز عدم معقول بودن سببیت معاطات برای حلیت در نکاح در مورد آن، وجود دارد. (۲۰)

صاحب منهج الفقاهه نیز معتقد است که صحت معاطات در بیع، بدلیل تعددی شرعی از اجماع و سیره است پس در عدم جریان آن در غیر بیع سخنی نیست مگر آنچه دلیل خاصی بر صحت آن اقامه شده است و در باب نکاح معاطاتی نیز بیان می دارند که عقلاً و شرعاً مانعی از جریان معاطات در نکاح نیست ولی بر عدم جریان آن، اجماع تعددی اقامه شده است. (۲۱)

صاحب جواهر نیز معتقد است که نکاح بدون ایجاب و قبول لفظی قطعاً به خاطر اجماع و نصوص دال بر آن حاصل نمی شود. (۲۲)
آیت الله سیستانی نیز معاطات در بیع و سایر معاملات و حتی ایقاعات را جایز می داند مگر در موارد خاصی نظیر نکاح، طلاق، نذر، یمین.

آیت الله خوئی نیز بیان می دارند که بدیهی است که قاعده اولیه مقتضی صحت انشاء به هر آنچه که قابل برای ابزار اعتبار نفسانی باشد است خواه لفظ، خواه فعل. اما نکاح با فعل واقع نمی شود اگر چه از نظر عرف و عقلاً فعل نیز می تواند مصداق نکاح باشد. (۲۳)
شیخ اصفهانی نیز معتقد است که هیچ مانعی نه عقلاً و نه غیر آن، از جریان معاطات در نکاح نیست بجز اجماع بر عدم جریان آن (۲۴).

برخی از علما حتی نکاح با صیغه لفظی اما الفاظ غیر از الفاظ خاصه نکاح را نیز نکاح معاطاتی به شمار آورده اند به همین دلیل صاحب جواهر، فیض کاشانی و ظاهریه را طرفدار نکاح معاطاتی معرفی می کند. (۲۵)

در میان نظرات علما، نظر امام خمینی (ره) در این زمینه حائز اهمیت تر است چرا که اگر چه ایشان صرفاً بدلیل وجود اجماع، نکاح معاطاتی را صحیح نمی دانند ولی در کتاب البیع بحث مفصلی در این زمینه نموده اند و ابتدا ایشان نکاح و طلاق معاطاتی را صحیح می دانند. امام در آنجا ضمن رد نظر شیخ انصاری و میرزای نائینی مبنی بر یکی بودن زنا و نکاح معاطاتی و اینکه نکاح معاطاتی نیز مصداق زنا است بیان می دارند که این طور نیست که اگر لفظ نباشد مصداق زنا است زیرا مفهوم نکاح اعم از زنا می باشد نکاح در عرف مقدماتی دارد از جمله اینکه خانواده ها با هم گفتگو می کنند و قول و قرار هایی می گذارند و سپس صیغه نکاح که همان انکحت و زوجت باشد، جاری می شود که منجر به پیمانی می شود که لوازمی مثل نفقه، تمکین، مهریه و غیره را دارد. اما ممکن است که نکاح با کیفیتی که ذکر شد با لفظ صورت گیرد و ممکن است بدون لفظ انکحت و زوجت صورت بگیرد. بنابراین اینطور نیست که هر کجا که لفظ انکحت و زوجت نباشد مصداق زنا باشد بلکه مفهوم نکاح اعم است از اینکه با لفظ باشد یا با غیر لفظ، و طلاق نیز همین طور است. یعنی لازم نیست که حتماً لفظ انتِ طلاق ذکر شود بلکه همین که مرد یک حرکتی انجام دهد که نشان دهنده جدائیش از زن باشد کفایت می کند بلکه شارع مقدس تعبداً در نکاح لفظ انکحت و زوجت و در طلاق لفظ انتِ طلاق را معتبر دانسته، بنابراین نکاح و طلاق معاطاتی داریم و صحیح می باشد ایشان همچنین می فرمایند حتی اگر طرفین لفظی در بینشان نباشد و نکاح بوسیله وطی صورت بگیرد باز صحیح است اگر چه در این صورت وطی، حرام است چرا که انکحت و زوجت نگفته اند ولی مانعی برای صحت نکاح وجود ندارد و می توانند با هم ازدواج کنند زیرا درست است که وطی حرام است ولی سبب محرم باعث نمی شود که فعل محقق نشود و این فرض مصداق مسئله اجتماع امر و نهی است زیرا بر وطی دو عنوان صادق است یکی وطی محقق زوجت و یکی اینکه زنا حرام است لذا اشکالی ندارد که یک چیز دو عنوان داشته باشد و ما نحن فیه نیز دو عنوان دارد یعنی از جهتی عنوان زنا دارد و از جهتی محقق زوجیت می شود. البته ممکن است که گفته شود: نزد عرف و عقلاً، وطی از اسباب ازدواج شمرده نمی شود زیرا هر فعل و اشاره ای نمی تواند سببیت داشته باشد بلکه باید آن سبب از اسباب عقلایی باشد. (۲۶) البته ایشان در نهایت می گویند: طلاق ممکن است که با فعل و با کمک قرائن و قرار قبلی واقع شود ولی جریان معاطات در آن بر خلاف ادله شرعی است همچنین واقع شدن نکاح با معاطات نیز بر خلاف ارتکاز متشرعه و اتفاق فقیهان است زیرا از ظاهر کلامشان چنین بر می آید که در این زمینه اختلافی در بین آنها نیست. (۲۷)

۲-۱-۱. ادله مخالفان نکاح معاطاتی

الف) آیه: سوره نساء آیه ۲۱ «و ان اردتم استبدال زوج مکان زوج و آیتهم احداهن قنطاراً فلا تاخذوا منه شیئا اتاخذونه بهتناً و انما مبینا و کیف تاخذونه و قد افضی بعضکم الی بعض و اخذن منکم میثاقاً غلیظاً» در این زمینه از امام باقر (ع) روایت شده که ایشان «اخذن منکم میثاقاً غلیظاً» را به همان کلماتی که با آن نکاح واقع می شود تفسیر کرده اند. (۲۸)

ب) روایات: از سنت، مخالفان، روایات مربوط به ازدواج موقت را ذکر می کنند که، در آن ها ائمه بیان می دارند که فلان کلام را ذکر کنید یا مهریه و مدت را ذکر کنید و روایتی که خالد بن الحجاج از امام صادق نقل می کند که امام (ع) در جواب سؤالی می فرمایند: «لا باس به انما یحل الکلام و یحرم الکلام» همانا این کلام است که حلال می کند و حرام می کند. (۲۹)

ج) اصول عملیه: از اصول عملیه به استصحاب و احتیاط استناد می کنند در باب احتیاط در نکاح تعداد روایات بسیار است بطوری که در وسایل الشیعه بابتی به همین نام می باشد. اما نحوه استناد به استصحاب بدین صورت است که قبل از اینکه بصورتی غیر از لفظ، نکاح محقق شود زوجیتی وجود نداشت و حال که در وجود و عدم آن شک کرده ایم استصحاب عدم زوجیت می شود.

د) اجماع: محکم ترین دلیلی که همه مخالفان نکاح معاطاتی بر آن استناد کرده اند و آنرا قبول کرده اند اجماع می باشد بطوری که اگر این اجماع نبود بسیاری از این مخالفان، با نکاح معاطاتی مخالفتی نداشتند چرا که از دیدگاه ایشان مانعی بجز اجماع بر سر راه پذیرش آن وجود ندارد.

نقد اجماع: همچنانکه گفته شد از بین ادله مخالفان، مهمترین دلیل رد نکاح معاطاتی اجماع می باشد به طوری که توانسته بسیاری از فقهای بزرگ نظیر امام خمینی را از مخالفت با آن بازدارد و بیان کرده اند که اگر اجماع نبود عقل و سیره عقلا موید نکاح معاطاتی است. حال در اینجا این سؤال مطرح است که آیا این اجماع ادعایی می تواند با عقل و سیره عقلا مقابله کند یا نه؟ با بررسی تاریخچه اجماع، حکم به برتری و غلبه آن بر عقل و سیره عقلا بسیار مشکل است چراکه اولاً دستور اولیه ائمه (ع) در مورد اجماع، مربوط به روایاتی است که به دلیل تقیه، باعث اختلاف شده اند و ائمه (ع) برای رفع این اختلاف، شیعیان را به عمل به روایت اجماعی سفارش کرده اند. ثانیاً در ابتدای شکل گیری اجماع به عنوان یک منبع فقهی، نقل اجماع به صورت عادی و معقول جریان داشت اما پس از این دوره، سید مرتضی و شیخ طوسی، دگرگونی جدیدی در این عرصه بوجود آوردند و آن اینکه این دو بزرگوار به ادعا و نقل پی در پی اجماع در مقوله ها و مساله های گوناگون دست زدند این روند، تا آنجا اوج گرفت که بسیاری از مسائل فقهی در کلام ایشان اجماعی قلمداد شد. البته خود ایشان نیز می دانستند که بسیاری از مواردی که ادعای اجماع کرده اند اجماعی نیست ولی از باب همپایگی با اهل سنت به نقل پی در پی اجماع رو می آوردند. همچنین این دو بزرگوار به محض پی بردن به مجهول النسب بودن یکی از اجماع کنندگان، حکم به اجماعی بودن مساله می دادند. البته به نظر می رسد که مراد ایشان از اجماع در معنای فقهی، رای معصوم است نه هم نظری و اجماع فقها. (۳۰) و متأسفانه از آنجا که تا حدوداً یک قرن پس از شیخ طوسی، علمای بعدی چنان شیفته شیخ بودن که کسی به خود جرات مخالفت با نظرات ایشان را نمی داد و مقلد صرف ایشان بودند این اجماعهای بی دلیل، جایگاهش در فقه شیعه تثبیت شد و در ادوار بعدی به عنوان عاملی بازدارنده برای پویایی فقه شد. تا اینکه ابن ادریس حلی ظهور کرد و به این تقلید صرف از شیخ پایان داد و شروع به نقد نظرات شیخ خصوصاً همین اجماعهای ادعایی او کرد. ابن ادریس به جای اجماع روایت گران، اجماع فقیهان را حجت قرار داد و در جاهایی که ادعای اجماع می کند مرادش اجماع فقیهان هم عصر خود است. در دوران بعد از ایشان نیز بسیاری از ادعاهای اجماع، منظور اجماع فقهای همان دوره است بطوری که بسیاری از علماء، تاریخ آن اجماع را نیز ذکر کرده اند تا باب تحقیق برای علماء بعدی باز باشد و این اجماع منقول، عاملی بازدارنده برای استقلال فکری فقهاء و پویایی فقه نباشد.

این وضعیت بخش عظیمی از اجماعهای منقول است خصوصاً اینکه قاعداً، اگر اجماعی پتانسیل کاشف قول معصوم بودن را داشته باشد دوره ی سید مرتضی و شیخ طوسی به دلیل نزدیکی بودن به دوران ائمه اطهار (ع) دارای شانس بیشتری است. بنابراین با توجه به اینکه در طول تاریخ فقه، اجماعهای صحیح با ادعای اجماعهای ناصواب مخلوط شده و به سختی شاید بتوان در برخی موارد آنها را از هم تشخیص داد. آیا بازم می توان با این ادعای اجماع، عقل و سیره عقلا را کنار گذاشت. برای روشن تر شدن موضوع، مثالی از فقهای معاصر ذکر میکنیم شیخ انصاری که او را می توان در علم اصول فقه نابغه به شمار آورد در زمینه ی اعتبار الفاظ در بیع بلکه جمیع عقود، ادعای اجماع کرده است. حال آنکه می دانیم بسیاری از فقها، دقیقاً خلاف این ادعای اجماع عقیده دارند. پس آیا باید بر اساس این ادعای شیخ حکم به عدم جریان معاطات در همه ی عقود داد.

علاوه بر همه اینها به فرض که بپذیریم این ادعاهای اجماع صحیح است آیا اجماع که مبتنی بر قاعده لطف است در امور عرفی که متأثر از مقتضیات زمان و مکان است صلاحیت آنرا دارد که حکم یک موضوع را، در یک زمان و مکان به یک زمان و مکان کاملاً متفاوت سرایت دهد مثلاً آیا امروزه کتابت اعتبار بسیار بالاتری از لفظ ندارد حال آنکه می دانیم کتابت نیز در لسان فقها در زمره معاطات به شمار آمده است.

بنابراین به نظر می رسد که در حکم نکاح معاطاتی، در کنار این ادعای اجماع، نیاز به تامل و تحقیق بیشتر فقها در جوانب مختلف مساله می باشد.

۳-۲. ادله طرفداران نکاح معاطاتی

همچنانکه قبلاً ذکر کردیم فقهای صاحب نام وشناخته شده نکاح معاطاتی را جایز نمی دانند اما برخی از فقهای معاصر کمتر شناخته شده رای به صحت آن داده اند و برای جواز آن نیز ادله ای ذکر نموده اند که به جرات می توان گفت که از ادله مخالفان قوی تر است از جمله صادقی تهرانی در رساله توضیح المسائل نوین آورده است «عقد یا قرارداد به هر زبانی که باشد درست است و اگرهم بدون لفظ ویژه اش که «انکحت» یا نکاح کردم، باشد در صورتی که جریانی میان زن و مرد انجام گیرد چه با نوشتن یا اشاره یا هر طور دیگر که به روشنی دلالت بر انجام ازدواج کند کافی است... اگر کفش روی کفش گذاشتن یا شیرینی به یکدیگر تعارف کردن یا هر اشاره یا عملی دیگر که در عرف آنان دلیل بر انجام ازدواج است کافی است و دیگر صیغه ای چه به عربی و چه به زبان دیگر لازم ندارد. عمده این است که معلوم باشد قضیه رفیق بازی و زنا در کار نیست بلکه مقصود زناشویی و تشکیل زندگی جدید است چه دائمش و چه موقتش» (۳۱)

عمده ادله ای این موافقان عبارت است از:

الف. آیات: آیه یک سوره مائده «وفوا بالعقود» و آیه ی ۳۴ سوره ی اسراء «وفوا بالعهد» طرفداران نکاح معاطاتی با توجه به عموم و اطلاق این آیات معتقدند که نکاح معاطاتی نیز عرفاً یکی از مصادیق عقد و عهد است که باید به آن وفا شود همچنانکه درباره ی سایر عقود چنین است.

ب: روایات: روایت اول- نوح بن شعیب از امام صادق روایت می کند که زنی نزد عمر آمد و گفت که من مرتکب فحشا شده ام مرا تطهیر کن. عمر دستور سنگسار او را داد. چون به امام علی خبر رسید امام از زن سؤال کرد چگونه مرتکب این عمل شدی گفت از بیابان می گذشتم به شدت تشنه شدم از یک بادیه نشین آب خواستم، او از دادن آب به من خودداری کرد به شرط آنکه خود را تسلیم او کنم و چون تشنگی مرا بی تاب کرد از جانم ترسیدم پس خود را در اختیار بادیه نشین گذاشتم. امام فرمود: «تزووج و رب الکعبه» (۳۲)

وجه استدلال به این حدیث چنین است که در این جا بین این دو نفر الفاظی که دال بر نکاح باشد رد و بدل نشده است پس دلالت بر نکاح معاطاتی دارد این روایت به صورت های دیگری نیز روایت شده است.

روایت دوم- محمد بن محمد بن اسماعیل بن بزیع از امام رضا درباره ی زن مستی که در حال مستی خود را به ازدواج مردی در آورده است روایت می کند که زنی در حال مستی خود را به ازدواج مردی در آورده است و پس از هوشیاری این کارش را قبیح می داند و سپس گمان می کند که بر او لازم است با همان ازدواج، نزد مرد بماند. آیا این ازدواج حلال است یا این ازدواج به خاطر اینکه در حال مستی رخ داده باطل است. امام فرمود: اگر پس از هوشیاری در کنار مرد ماند این رضایت زن به عقد است. پرسیدم آیا ازدواج صحیح است فرمودند: بلی. (۳۳)

دلیل استدلال به این حدیث آن است که عقدی که در زمان مستی رخ داده است چون فاقد قصد و شعور است باطل است پس رضایت بعدی به نوعی مصادیق معاطات است. این روایت از آنجا که روایت صحیحی است و برخی از فقهای بزرگ بر اساس آن عمل کرده اند در این بحث می تواند بسیار حائز اهمیت باشد.

۳- شواهدی از فقه در زمینه ی نکاح معاطاتی

الف- نکاح احرص: همچنانکه همه علما فتوا داده اند شخص لال می تواند با اشاره عقد نکاح ببندد این در حالی است که اگر آنگونه که فقها فتوا داده اند الفاظ آنچنان در صحت عقد مؤثر باشد که جایگاهی همچون جایگاه عقل در عقود داراست بنابراین همچنانکه شخص مجنون بدلیل نداشتن عقل در عقود از جمله نکاح، ولی از جانب ایشان عقد را انجام می دهد در نکاح نیز شخص احرص بدلیل عدم توانایی در تلفظ الفاظ باید ولی از جانبش عقد ببندد یا اینکه اشخاص غیر احرص نیز بتوانند با فعل و اشاره نکاح ببندند. همچنانکه امام خمینی (ره) درباره ی بیع می فرماید: در ایجاد بیع بوسیله اشاره، فرقی بین احرص و غیر احرص نیست چرا که ماهیت بیع نسبت به ناطق و احرص مختلف نیست و اگر گفتیم که بیع عرفا و لغتا بر بیع بالاشاره، حتی از غیر احرص نیز صادق است لازمه ی آن این است که بیع بالفعل نیز واقع شود نه اینکه قائم مقام بیع بالصیغه باشد بلکه اشاره نیز یکی از اسباب ایجاد بیع در قبال لفظ و سایر الفاظ است. (۳۴)

ب- رجوع در طلاق عدی و رجعی: همچنانکه همه فقها معتقدند شوهر می تواند در طلاق عدی و رجعی در ایام عده به هر نحوی که صراحت در رجوع داشته باشد بر گردد این در حالی است که پس از جاری شدن صیغه ی طلاق، عملاً زن و شوهر از هم جدا شده اند. و در واقع این صیغه، از بین برنده صیغه قبلی که همان صیغه نکاح باشد بنابراین بازگشت، بدون خواندن صیغه ی خاصی، قبل از نزدیکی شوهر به زن، می تواند به نوعی مصادیق نکاح معاطاتی باشد چراکه اگر آنچنانکه برخی از فقها معتقدند لفظ در عقد نکاح دارای چنان اهمیتی است که هیچ چیز نمی تواند جانشین آن شود بنابراین مرد باید قبل از رجوع، صیغه نکاح را دوباره جاری کند.

ج- نکاح مولی و کنیز: همچنان که ذکر شد بسیاری از علما در عقود دیگر معاطات را پذیرفته اند و معتقدند که نکاح از سایر عقود متمایز است و دارای حرمت و جایگاه خاصی است به همین دلیل نیز معاطات را در آن صحیح نمی دانند در حالی که همه می دانیم که در رابطه با ازدواج با کنیزان چندان تمایزی بین نکاح و سایر عقود نیست و صاحب کنیز به محض تملک آن می تواند با او نزدیکی کند این در حالی است که سایر احکام نکاح نظیر عدم ازدواج با مادر کنیز یا با دختر او و یا همزمان با خواهر او نیز در مورد آن ها جاری است. بنابراین از نظر فقها، در این زمینه، می توان چنین نتیجه گرفت که تملک کنیز نوعی نکاح به فعل است چرا که بین آنها صیغه ی نکاح جاری نمی شود و طلاق آنها نیز فروش یا بخشش آنها است.

د- اسلام آوردن همزمان زوجین کافر: اکثریت فقها معتقدند که اگر زنی اسلام بیاورد و شوهرش همچنان کافر باشد زن از او جدا می شود و اگر زن و مرد هر دو با هم اسلام بیاورند نکاح آنها باقی است و نیاز به صیغه ی جدید ندارد در حالی که اگر لفظ آنچه که اکثریت فقها اعتقاد دارند در نکاح اهمیت ویژه ای داشته باشد باید بین این دو، نیز دوباره صیغه ی نکاح خوانده شود و حال که چنین نیست پس این می تواند نمونه ای از معاطات در نکاح باشد .

ه- مجوزات فسخ نکاح: همچنانکه قبلا ذکر کردیم برخی معتقدند که عقد نکاح در زمره ی سایر معاملات نیست در این عقد حقوق و عواطف انسانی مطرح است و همین دیدگاه، بهانه ای شده است تا با نکاح برخورد متفاوتی نسبت به سایر عقود شود و آنرا در واقع تافته جدا بافته قلمداد کنند و در برخی از ضوابط و قواعد عمومی قراردادها آنرا استثناء کنند در حالیکه با کمی دقت در احکام فقهی می توان استنباط کرد که اسلام نکاح را نیز در کنار سایر عقود قرار داده و آنرا تابع قواعد عمومی قراردادها می داند به عنوان مثال یکی از این قواعد، حق فسخ در عقود است که صاحب آن می تواند در شرایط خاصی ، بصورت یکطرفه عقد را برهم زند حق فسخ در عقد نکاح نیز برای زوجین در موارد خاصی پیش بینی شده است و این حق با روح عقد نکاح مستثنی از سایر عقود، چندان سازگار نیست. برخی از مجوزاتی که اسلام برای فسخ نکاح قرار داده عیوبی نظیر زمین گیری، جنون ، جذام ، پیسی ، رتق و... می باشد و این خود می تواند یکی از دلایلی باشد که اسلام عقد نکاح را نیز در کنار سایر عقود قرار داده و همچنانکه در سایر عقود، معاطات می تواند مورد قبول قرار گیرد در عقد نکاح نیز در صورتی که سایر شرایط عقد نکاح رعایت شده باشد به جزء استفاده از صیغه لفظی، به نظر می رسد که به توان آنرا نیز ملحق به حکم سایر عقود در معاطات کرد.

نتیجه گیری

الف- نکاح جزء عقود امضایی شرع است بنابراین در این زمینه عرف و سیره عقلا باید بیشتر مورد توجه قرار گیرد و مقتضیات مکان و زمان در احکام مربوط به آن تأثیر گذار تر باشد بنابراین اگر در عرف، زمانی نکاح معاطاتی یا ازدواج سفید مورد پذیرش قرار بگیرد علما باید در این باره، تأمل بیشتری کنند با توجه به اینکه علمایی نظیر امام خمینی، آیت الله خویی، شیخ اصفهانی، آیت الله روحانی و... عقل و سیره عقلا را موید آن می دانند.

ب- به نظر می رسد یکی از عواملی که در فتوا به عدم صحت نکاح معاطاتی و احتیاط زیاد در نکاح بسیار تأثیر گذار بوده است مفاسد و تبعات منفی است که احتمال دارد نکاح معاطاتی یا ازدواج سفید به همراه داشته باشد در حالی که مفاسد و تبعات منفی و سوء استفاده های احتمالی، تنها اختصاص به نکاح معاطاتی ندارد بلکه این مفاسد و سوء استفاده ها می تواند حتی در ازدواج های لفظی بدون ثبت در دفاتر ثبت ازدواج و بدون شاهد نیز وجود داشته باشد بنابراین صرف لفظ، به تنهایی نمی تواند جلوگیری از مفاسد احتمالی کند و حتی نمی توان حق و حقوق طرفین عقد را در صورت بروز مشکل با استناد به صیغه ای که خود زوجین جاری کرده اند و شاهی ندارند طلب کرد چراکه طرف مقابل به راحتی می تواند آنرا منکر شود.

ج- اگر چه اکثریت قریب به اتفاق فقها از لحاظ نظری اعتقاد به طریقتی الفاظ در عقد نکاح دارند نه موضوعیت آن. ولی بررسی اقوال ایشان در این زمینه خلاف آنرا نشان می دهد. چرا که عملاً الفاظ نقش به مراتب پررنگ تری از نقش طریقتی دارند و عملاً جزئی از ارکان عقد نکاح می باشد و در صحت و بطلان آن مانند سایر ارکان، تأثیرگذار است در حالی که اگر الفاظ فقط، نقش طریقتی صرف داشته و مبرز اراده دو طرف عقد باشد در این صورت باید اگر چیز دیگری بهتر و صریح تر از این الفاظ خاصه، اراده طرفین نکاح را بیان کند بتواند جایگزین آنها شود حال آنکه در فتاوی فقها چنین به نظر نمی رسد و اعتقاد به طریقتی الفاظ فقط جنبه تئوریک دارد و جنبه عملی ندارد.

د- اجماع منقول ادعایی به عنوان مهمترین دلیل مخالفین معاطات در نکاح، دارای چندان تاریخچه و سند درستی نیست که بتواند با عقل و سیره عقلا مقابله کند.

منابع و مراجع

- [۱] صفایی، ح، "تولید مثل به کمک پزشکان و انتقال جنین در حقوق فرانسه و ایران" مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۴، ص ۸۶ تا ۶۴
- [۲] جوهری، الصحاح، دارالکتب الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۲۰ ق و ابن منظور، م، لسان العرب، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۰۵ ق
- [۳] جوهری، همان و ابن منظور، همان
- [۴] فیروزآبادی، م، قاموس المحيط، بی جا، بی تا
- [۵] طریحی، ف، مجمع البحرین، مکتب النشر الثقافه الاسلامیه، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق
- [۶] زبیدی، محمد مرتضی، تاج العروس، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ ق
- [۷] طریحی، همان
- [۸] جعفری لنگرودی، م، ترمینولوژی حقوقی، چاپ یازدهم، تهران، ۱۳۸۴ ش
- [۹] ابن منظور، همان و زبیدی، همان
- [۱۰] جوهری، همان
- [۱۱] آخوند خراسانی، حاشیه مکاسب، چاپ اول، قم، ۱۴۲۰ ق
- [۱۲] بحرانی، ی، حدائق الناصره، قم، بی تا
- [۱۳] خمینی، ر، البیع، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام، چاپ اول، ۱۴۲۱ ق
- [۱۴] لنگرودی، همان
- [۱۵] محقق داماد، م، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۵ ش
- [۱۶] بهبهانی، و، حاشیه مجمع الفایده و البرهان، موسسه چاپ علامه بهبهانی، چاپ اول، ۱۴۱۷ ق
- [۱۷] شهید اول، لمعه دمشقیه، قم، چاپ اول، ۱۴۱۱ ق
- [۱۸] انصاری، مرتضی، مکاسب، قم، چاپ دوم، ۱۴۲۰ ق
- [۱۹] بحرانی، همان
- [۲۰] همان
- [۲۱] روحانی، منهای الفقاهه، قم، علمیه، چاپ چهارم، ۱۴۱۸
- [۲۲] نجفی، م، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۸ ش
- [۲۳] خوبی، ا، مصباح الفقاهه، قم، حوزه علمیه، چاپ اول، بی تا
- [۲۴] اصفهانی، م، حاشیه مکاسب، علمیه، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق
- [۲۵] نجفی، همان
- [۲۶] خمینی، همان
- [۲۷] همان
- [۲۸] کلینی، م، کافی، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۶۷ ش
- [۲۹] طوسی، ا، تهذیب الاحکام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم، ۱۳۶۵ ش
- [۳۰] مبلغی، ا، "نگرشی در تاریخچه اجماع" نشریه فقه، شماره ۳۱ و ۳۲، سال نهم، بهار و تابستان ۱۳۸۱
- [۳۱] حرعاملی، وسایل الشیعه (ال بیت)، قم، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق
- [۳۲] همان
- [۳۳] صدوق، من لایحضره الفقیه، قم، حوزه علمیه، ۱۴۰۴ ق
- [۳۴] طوسی، همان
- [۳۵] خمینی، همان