

کفایت انشای نوشتاری در عقود و ایقاعات، از جمله ازدواج و طلاق

سیدضیاء مرتضوی*

چکیده

صحت و اعتبار انشای نوشتاری در عقود و ایقاعات از گذشته مورد بحث و اختلاف میان فقها بوده است. این اختلاف اگرچه در باب ازدواج و به ویژه طلاق کمتر به چشم می‌خورد؛ ولی در بررسی ادله بحث، نه تنها می‌توان بر درستی و اعتبار انشای نوشتاری در عموم عقود و ایقاعات استدلال کرد؛ بلکه در خصوص این دو باب و به ویژه عقد ازدواج نیز می‌توان صحت آن را پذیرفت. با این حال، در قانون مدنی ایران نه تنها لزوم لفظ در اجرای عقد ازدواج و به ویژه طلاق آمده، بلکه می‌توان شاهد لزوم تلفظ در برخی مواد مربوط به عقود دیگر مانند بیع بود. این در حالی است که امروزه نه تنها عمده معاملات مهم بر پایه نوشته و امضا تحقق می‌یابد، بلکه سندیت و اعتبار معاملات گفتاری در مقام اثبات - چنان‌که پیداست - مورد تأمل و خدشه است. این مقاله افزون بر تأکید بر درستی و اعتبار انشای نوشتاری در عموم عقود و ایقاعات، نشان می‌دهد که در خصوص عقد ازدواج و حتی طلاق نیز می‌توان چنین انشایی را معتبر شمرد.

واژگان کلیدی: انشای گفتاری، انشای نوشتاری، عقد ازدواج، انشای طلاق، طلاق غایب.

مقدمه

یکی از مسائل مورد ابتلا که از گذشته در برخی از ابواب معاملات، مانند بیع، وصیت، ازدواج و طلاق مطرح و مورد اختلاف بوده، کفایت و عدم کفایت نوشتن به جای تلفظ در اجرای صیغه و تحقق عقود و ایقاعات است. این بحث نوعاً به دنبال بحث از عجز تلفظ به صیغه و کفایت «اشاره» در مثل شخص گنگ مطرح شده، هرچند در سخنان برخی فقها وضع روشنی ندارد؛ اما برخی تصریح به عدم کفایت نوشتن به جای تلفظ کرده‌اند و نه تنها آن را به بیشتر فقها نسبت داده‌اند؛ بلکه اجمالاً در آن نفی خلاف نیز شده است. این در حالی است که امروزه انواع معاملات مهمی که در میان مردم و در میان دولت‌ها و شرکت‌ها و مؤسسات رواج دارد، نه تنها نوعاً براساس و به وسیله نوشته و اسناد مکتوب و ثبت در دفاتر و امضای طرفین یا اطراف معامله انجام می‌شود؛ بلکه از نگاه حقوقی آنچه مایه اعتبار و سندیت است، اسناد مکتوب و امضا و مهری است که در محاضر و مراکز مربوط داخلی و خارجی به یک یا چند زبان ثبت می‌شود و حتی در صورت لزوم، زبان مورد توافق برای موارد اختلاف نیز تعیین می‌شود. همچنین احکام قضایی و سیاسی و... در کشورهای مختلف بدون آنکه نخست به زبان آورده شود، به صورت نوشتاری صادر می‌گردد و همان نوشته اعتبار حقوقی دارد و اگر هم آن احکام به زبان تلفظ می‌شود، تنها جنبه خبری دارد و در واقع انشای حکم با همان نوشتن و امضا صورت می‌گیرد.

با این حال، نه تنها در منابع فقهی، بلکه در قانون مدنی نیز اجمالاً به «لفظ» موضوعیت داده شده است؛ چنان‌که در ماده ۱۹۱ درباره عقد بیع آمده است: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند» که به قرینه ماده بعد، مقصود تلفظ یا اشاره است. در ماده ۱۹۲ آمده است: «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد، اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی است»؛ البته در ماده ۱۹۳ آمده است: «انشاء معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد» که اشاره روشن به «بیع معاطات» دارد؛ اما با توجه به ماده قبل، معلوم نیست که «عمل» شامل نوشتن نیز می‌شود یا نه؟ موضوعیت «تلفظ» و انشای گفتاری در ازدواج و به ویژه طلاق به صورت روشن‌تری آمده است. در ماده ۱۰۶۲ آمده است: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که

صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید» و مقصود از «الفاظ»، به قرینه آنچه نوعاً از گفته فقها برمی آید، مربوط به تلفظ زبانی است؛ چنان که «شنیدن» در ماده ۱۱۳۴ بر همین معنا دلالت می کند: «طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لاقول دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد». این موضوع از نگاه حقوقی قابل بررسی است؛ اما این مقاله تنها از نگاه فقهی به آن پرداخته است و مجالی برای گسترش آن به دیدگاه های حقوقی نیست.

بررسی ادله نشان می دهد، افزون بر اینکه نگاه یکسانی در میان فقها درباره عدم کفایت انشای نوشتاری وجود ندارد، ادله موجود نیز از این دیدگاه پشتیبانی کافی نمی کند و حتی در طلاق و به ویژه ازدواج نیز این دیدگاه قابل تأمل و بازنگری است. در این مقاله نخست به بررسی کفایت انشای گفتاری در عموم معاملات پرداخته می شود و در بخش دوم تأمل و نظر خود را در خصوص عقد ازدواج و طلاق مطرح می کنیم که از نظر ادله و در نگاه فقها اجمالاً وضع متفاوتی دارند.

بخش اول: عموم معاملات

در بخش نخست که به انشای نوشتاری در عموم معاملات می پردازد، نخست به گفته های فقها و ارزیابی آنها پرداخته می شود؛ سپس بر کفایت انشای نوشتاری به عنوان یک روش عقلایی مورد تأیید شارع تأکید می شود و در ادامه ادله قائلان به عدم کفایت بررسی و نقد می شود.

یکم. گفته های فقها

فقها در گسترش صحت عقود و ایقاعات به غیر انشای زبانی، اجمالاً نگاه یکسانی ندارند؛ ولی در بررسی سخن هر یک از آنان باید توجه کرد که ناظر به مقام ثبوت است یا اثبات؟ آنچه در این مقاله موضوع سخن است مقام ثبوت است و پاسخ به این پرسش که آیا همان گونه که عقود و ایقاعات با تلفظ زبانی واقع می شود، با نوشتن نیز واقع می گردد؟ در این باره اجمالاً چند دیدگاه وجود دارد:

۱. عدم کفایت

این ادیس از جمله کسانی است که نوشتن را کافی ندانسته است. وی پس از تأکید بر عدم

اعتبار نامه قاضی به قاضی که آن را امری اجماعی می‌شمارد و حتی با فرض شاهد گرفتن نیز نامعتبر می‌داند و چنین شهادتی را نیز نادرست می‌انگارد، در نوشتن وصیت نیز همین تأکید را دارد که به صرف شاهد گرفتن بر وصیت سربسته و اینکه خواسته‌های من در آن است و نمی‌خواهم کسی از وضع من آگاه شود، این شهادت نادرست است (ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۷۶) و ظاهر آن این است که وصیت‌کننده باید محتوای وصیت خود را پیش شهود بر زبان آورد. عاملی پس از نقل سخن ابن‌ادریس، دلیل آن را حفظ و مصونیت اموال شمرده است؛ با این توجه که امکان بر زبان آوردن محتوای وصیت که جای شک و شبهه در آن نیست، وجود دارد (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۳، ص ۶۱).

علامه حلی نیز در برشماری شرایط صحت بیع، «نطق» را سومین شرط شمرده است و بر این اساس اشاره را جز در صورت ناتوانی و نیز نوشتن را کافی ندیده است و دلیل مورد دوم را این شمرده که در نوشتن، امکان «عبث» و عدم قصد بیع وجود دارد (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۹). وی در وصیت و اقرار نیز گفته است اگر کسی توان «نطق» نداشته باشد، اشاره‌ای که گویا باشد، کافی است و نوشتن بدون اشاره یا تلفظ کفایت نمی‌کند؛ هر چند -طبق یک نظر- ورثه به بخشی از وصیت عمل کنند؛ و فرقی نمی‌کند که در حال نوشتن وصیت یا اقرار دیده شود یا اعتراف کند که خط اوست یا معلوم باشد که خط اوست یا هیچ یک نباشد. شخص حتی اگر افراد را نسبت به محتوای برگه شاهد بگیرد یا بگوید «این وصیت من است و به آن شهادت دهید» نیز تا از خود او محتوای آن را نشنوند یا بر او خوانده نشود و او اقرار به آن کند، کفایت نمی‌کند؛ البته اگر شاهد خودش نیز بخواند و موصی یا مقرر به او بگوید «از محتوای آن آگاه شده‌ای و از این رو شهادت بده» در این صورت نیز مورد قبول است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۴۴۵).

آغاز سخن علامه در اینجا ظهور در نادرستی چنین وصایا و اقرارهایی دارد و براساس آن وصیت‌نامه‌هایی که از جمله برخی شخصیت‌ها و رهبران سیاسی یا دینی می‌نویسند و آن را مهر و موم می‌کنند، حتی اگر بر آن افرادی را گواه گیرند، مانند آنچه امام خمینی رحمته‌الله صورت داد، معتبر نیست؛ ولی ذیل سخن علامه که درباره فرضی که کسی وصیت دیگری را در پیش خود می‌خواند و موصی و مقرر موضوع درخواست شهادت را علم شاهد به محتوای نوشته قرار می‌دهد، نشان می‌دهد که مشکل اصلی در مقام اثبات است؛ یعنی براساس گفته این فقها

ثبوت و اعتبار وصیت و اقرار با نوشته واقع نمی‌شود، نه اینکه وقوع نفس الامری آن نیازمند تلفظ باشد. شاهد روشن این نکته، سخن مشابه برخی فقها از جمله محقق ثانی است که در فرض یافتن وصیتی به خط متوفی بدون شاهد گرفتن بر آن یا اقرار به محتوای آن، این وصیت را بی اعتبار شمرده است و وی فرقی نیز میان فرض اینکه ورثه شاهد نوشتن بوده‌اند یا نبوده‌اند یا اقرار و عدم اقرار به خط موصی یا شناخت آن نگذاشته و دلیل عدم کفایت را این شمرده است که نوشتن گاه به قصد وصیت نیست (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۱۹-۲۰).

پس از آن سید محمد بحر العلوم، آن گونه که عاملی از وی نقل کرده، به صورت روشن تری بر نادرستی وقوع بیع با اشاره و «نوشتن» و اموری چون دست دادن و مانند آن، هر چند اموری گویا و روشن باشد، تأکید ورزیده و خاطر نشان کرده است که هیچ یک از این امور، نه مفید «ملکیت» است و نه «اباحه». فرض اباحه اشاره به گفته شهید ثانی دارد که خواهد آمد. وی در استدلال بر عدم کفایت، تأکید دارد که «افعال» در بیان مقاصد درونی، مانند تملیک و تملک و انشا و رضا و قصد بیع قصور دارند و دست بالا مفید «ظن» هستند که این نیز به دلیل کتاب و سنت کفایت نمی‌کند. وی در ادامه، به این نکته توجه می‌دهد که تشریح معاملات به هدف سامان گرفتن نظام زندگی است که مطلوبیت ذاتی دارد و کار آخرت بر آن متوقف است؛ در حالی که امور یادشده، جای برانگیختن اختلاف و کشمکش است؛ از این رو، باید با امری آشکار که به روشنی نشان دهنده معانی مورد نظر است، منضبط و مشخص شود وگرنه نقض غرض خواهد بود و آنچه عهده دار این امر است تنها تلفظی است که گویای چیزی است که درون انسان است و افراد به جز آن را که کینه مقصود را نمی‌رساند یا برای همه افراد مقدور نیست، رد می‌کنند (عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۲، ص ۵۱۷).

۲. کفایت در حال ناتوانی

برخی نوشتن را در انعقاد بیع در فرض ناتوانی از نطق کافی دیده‌اند؛ چنان که شهید ثانی در توسعه سخن محقق حلی که گفته است «اشاره» در فرض عذر، جایگزین «لفظ» می‌شود (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۹) افزوده است: نوشتن در برگه یا تخته یا چوب یا خاک و مانند آن حکم اشاره را دارد و علامه حلی در خصوص نوشتن با پیوست، قرینه‌ای را که دلالت بر رضایت شخص کند، معتبر دانسته است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۱۵۲). شیخ انصاری

نیز در فرض ناتوانی از اشاره، نوشتن را کافی دیده است؛ به دلیل فحوای نصی که نوشتن را در وقوع طلاق کافی می‌شمارد؛ اما در فرض توان بر اشاره، خاطر نشان می‌کند که برخی اشاره را ترجیح داده‌اند و شاید به این دلیل باشد که اشاره در انشا صریح‌تر از نوشتن است؛ اما در برخی روایات طلاق عکس این آمده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۱۸).

۳. صرف افاده اباحه

شهادتانی اشاره با فرض قدرت بر لفظ و نوشتن را همانند بیع معاطاتی و مفید اباحه شمرده است و نه ملکیت (شهادتانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۲۲. نیز نک: عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۵۱۴) و در واقع انشای نوشتاری را از مصادیق معاطات شمرده است و این نشان می‌دهد که وی نوشتن در بیع را عملی مانند بده و بستان عملی می‌داند و از این نظر آن را متفاوت از تلفظ می‌داند که کار زبان است. وی که انشای نوشتاری صیغه طلاق غایب را نیز به دلیل روایت ابو حمزه ثمالی معتبر دانسته - شرح آن خواهد آمد - مؤید آن را این شمرده که مقصود از عبارت و سخن گفتن نشان دادن چیزی است که درون آدمی است و «نوشتن» همانند «سخن» گفتن می‌ماند که با آن با دیگری سخن گفته می‌شود و انسان همان‌گونه که با سخن گفتن از درون خود خبر می‌دهد با نوشتن نیز خبر می‌دهد. آری، نوشتن از این نظر رتبه پایین‌تری دارد و به احتمال‌پذیری نزدیک‌تر است و از همین‌رو از وقوع طلاق با نوشتن برای شخص حاضر منع شده است؛ زیرا با حضور شخص نیازی به نوشتن نیست؛ برخلاف حالت غیبت و سفر که نوعاً نیاز به آن است (شهادتانی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۷۱-۷۲). در برخی ابواب دیگر، مانند وصیت و وکالت نیز گفته شده که نوشتن معتبر است و کفایت می‌کند و نیاز به شرح آن نیست.

دوم. بررسی و ارزیابی گفته‌های فقها

در بررسی اعتبار و عدم اعتبار انشای نوشتاری در تحقق عقود و ایقاعات، به صورت کلی و صرف‌نظر از مواردی که ممکن است دلیل خاص بر لزوم لفظ وجود داشته باشد، و صرف‌نظر از شرایطی که ممکن است در همه یا بخشی از موارد وجود داشته باشد، نخست باید دید که اقتضای خود ماهیت عقود و ایقاعات چیست و سپس سراغ ادله احتمالی رفت.

۱. مقتضای ماهیت عقود و ایقاعات

می‌دانیم ماهیت عقد که شامل ایقاع نیز می‌شود امری انشائی است و انشا به معنای ایجاد است و در واقع با وقوع عقد یا ایقاع، امری که وجود نداشته به وجود می‌آید؛ وجودی از سنخ وجود اعتباری، در برابر وجود خارجی و وجود ذهنی. اما اینکه انشا از نگاه اصطلاحی چیست و آیا لزوماً باید با لفظ تحقق پیدا کند، محل بحث و اختلاف فراوان است که جای پرداختن به همه نیست و تنها به برخی اشاره می‌شود.

۱. شهید اول انشا را طبق تعریف معروف، عبارت از سخنی می‌شمارد که مدلول سخن با آن در نفس الامر پدید می‌آید: «الإنشاء هو القول الّذی یوجد به مدلوله فی نفس الأمر». وی این قیود را، چنان‌که خود گفته است، به این دلیل می‌آورد تا اولاً، تعریف شامل «خبر» و نیز شامل عقد تکراری نشود و مقصود از ایجاد نیز صلاحیت ایجاد است و نه تحقق فعلی مدلول. اما مشکل این تعریف این است که تنها شامل «قول» می‌شود؛ با اینکه «نیت» نیز که کار قلب است، انشاست و بسیاری از فقها نذر و عهد را به صرف نیت درست می‌دانند. چنان‌که وی نیازی به قید «نفس الامر» نیز نمی‌بیند؛ زیرا صیغه در بار دوم تنها از سر مجاز عقد گفته می‌شود. از نظر وی بهتر که در تعریف انشا گفته شود: انشا گفته یا عقدی است که با آن مدلول آن ایجاد می‌شود و مقصود وی از این عقد همان ایجاد و پیوند قلبی است (شهید اول، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۵۲-۲۵۳)؛

۲. آیت‌الله خویی که به تفصیل به تبیین معنای انشا پرداخته است، با اشاره به تعریف معروف انشا در میان علما که آن را ایجاد معنا به وسیله لفظ شمرده‌اند، آن را نادرست می‌شمارد؛ به این بیان که اگر مقصود از این ایجاد، ایجاد خارجی باشد، روشن است که سخن نادرستی است و ایجاد خارجی اسباب و مقدمات خاص خود را دارد و لفظ ربطی به آن ندارد، و اگر ایجاد اعتباری مقصود است، دو فرض دارد؛ یا مقصود، وجود آن در نفس متکلم است، این نیز آشکار است که نادرست است؛ زیرا ایجاد افعال نفس در نفس، به سبب فاعلیت خود نفس است و هیچ نیازی به عالم واژگان ندارد، و اگر مقصود وجود معنا در نگاه عقلا و اعتبار آنان است، اشکال آن این است که انشا هرچند موضوع برای اعتبار عقلا است؛ ولی این اعتبار متوقف بر تحقق انشا

در خارج است؛ در حالی که بحث اصلی در ترسیم حقیقت انشاست؛ چه مورد اعتبار عقلا یا شرع باشد و در مجموع معنای قابل فهمی از تعریف رایج یادشده سراغ نداریم. وی تعریف درست را آن می‌داند که گفته شود: انشا عبارت از ابراز اعتبار درونی (نفسانی) از طریق ابرازکننده‌ای خارجی است: «ان الإنشاء إبراز الاعتبار النفسانی بمبرز خارجی». چنان‌که «خبر» نیز ابراز قصد حکایت از ثبت یا سلب از طریق آشکارکننده خارجی است. وی این تعریف انشا و خبر را مستند به تعریفی می‌داند که در دانش اصول فقه از حقیقت «وضع» در الفاظ و هیئات به دست داده است و به تفصیل آن را بازگو می‌کند و نتیجه می‌گیرد که کاربرد لفظ در معنا چیزی جز آشکار ساختن مقاصد درونی با ابرازکننده‌ای خارجی نسبت و از این نظر، تفاوتی میان انواع جملات و غیرجملات نیست. از این رو انشا نیز از مصادیق کاربرد لفظ در معناست و ربطی به ایجاد معنا از طریق لفظ ندارد که در تعریف معروف آمده است (خویی، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۰-۵۲).

بررسی و نقد: به نظر می‌رسد این سخن که انشا عبارت از ابراز اعتبار نفسانی با مبرزی خارجی است، تمام نیست؛ یعنی چنین نیست که در انشا، از جمله انشای عقد دو مرحله وجود داشته باشد، یکی ایجاد درونی و دیگر ابراز خارجی، وگرنه ممکن است گفته شود در این صورت، ذکر این تفاوت خبر و انشا در سخن تفصیلی آیت‌الله خویی به جریان احتمال صدق و کذب در خبر و عدم آن در دیگری در خصوص همین ابراز بی‌وجه می‌شود؛ زیرا می‌توان احتمال صدق و کذب را درباره آن مطرح کرد؛ البته این امر اشکال اساسی به سخن وی نیست؛ ولی به نظر ما آنچه درباره انشا و دست‌کم در عقود و ایقاعات، به‌عنوان یکی از مصادیق وجود اعتباری می‌توان گفت این است که انشا نه صرف اعتبار درونی است و نه صرف لفظ، بلکه انشا در معاملات عبارت است از: ایجاد امری از اموری که عرف و عقلا براساس نیاز جامعه بشری پدید آورده‌اند یا شارع به آن امور افزوده است و وجود و تحقق آن بسته به اسباب خاص عقلایی یا شرعی آن است که عقلا یا شارع آن را دلیل و گویای آن می‌دانند و البته همراه قصد که قهراً از نگاه ثبوتی بخشی از ماهیت انشاست. در بحث عقود و ایقاعات، عقد یا ایقاع همانند اصل ملکیت اعتباری و سلطه مالکانه است که وقتی جامعه بشری خود را نیازمند چنین وجود اعتباری دید، برای ایجاد آن طرقی را از جمله الفاظ، وضع و اعتبار کرد. این سلطه نه همواره عملی خارجی بوده است و نه همواره بسته به الفاظ،

بلکه همواره روال‌هایی عرفی و قانونی برای اصل مالکیت و چگونگی سلطه مالکانه وضع کرده است؛ از این‌رو، صرف امر نفسانی و درونی شمردن انشا تمام نیست؛ چنان‌که ملازم شمردن آن با خصوص لفظ نیز درست نیست و سبب آن می‌تواند فعلی دیگر از افعال انسان باشد. ظاهراً مقصود امام خمینی رحمته‌الله نیز همین است که جمله‌های انشائی در بخش عقود و ایقاعات را عبارت از هیئت‌هایی شمرده که ابزار ایجاد چیزی از اعتباریات است که انسان برای نیاز خود وضع کرده است و هیئت و قالب جمله همان ایجاد است که صرف تعلق به فاعل و محض پیوند میان فاعل و فعل است؛ همانند ایجاد تکوینی که محض تعلق میان فعل و فاعل است (امام خمینی، ۱۳۸۲ق، ج ۱، ص ۲۶). این تعریف در سخن فرزند محقق ایشان به صورت روشن‌تری آمده است و وی نیز انشا را محقق ساختن و ایجاد خارجی اعتبارات عقلایی شمرده است (همو، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۲۷).

برابر آنچه گفتیم انشا عبارت است از: ایجاد همراه با قصد اعتباراتی عقلایی از راه‌ها و سبب‌هایی که خود عقلاً وضع کرده‌اند و همان‌گونه که اصل اعتبار، امری عقلایی است، شیوه ایجاد آن نیز امری عقلایی و بسته به طریقی است که خود عقلاً وضع کرده‌اند. آنان اگر صیغه و تعبیر خاصی را سبب شمرده‌اند یا در چگونگی ابراز آن قیدی، مانند تلفظ زبانی گذاشته‌اند، باید به همان صورت عمل شود و اگر انشا را با غیرتلفظ مانند نوشتن کافی دانسته‌اند، همان ملاک است؛ مگر اینکه شارع حکیم به صورت خاص در روش عقلاً تصرف کرده باشد و مثلاً نوشتن را کافی نداند یا حتی لفظ خاصی را لازم بشمارد که در این صورت باید به آن عمل کرد. این امر به این دلیل است که این دست امور عقلایی که برخاسته از نیاز اجتماعی بشر بوده است، تاریخی به درازای همین نیاز دارد و در دوره تشریح اسلامی نیز وجود داشته و در معرض نگاه و عمل شارع بوده است و بنای کلی شارع نیز - چنان‌که تاریخ تشریح به خوبی نشان می‌دهد - بر امضای آنها بوده و بنای تأسیس جدیدی در این دست امور نداشته است و تنها مواردی را که نادرست می‌دانسته، مانند برخی گونه‌های ازدواج یا معاملات را نامشروع شمرده یا قیودی را در معاملات موجود و مشروع افزوده است. حال باید دید آیا شارع در این اسباب و طرق دخل و تصرف کرده است یا نه؟

۲. انشای نوشتاری در نگاه عقلا

تردیدی نیست که امروزه نه تنها نوشتن یکی از راه‌های انشای معاملات مختلف است؛ بلکه معاملات مهم نوعاً از طریق نوشتن و تبادل اسناد نوشتاری و امضای طرفین معامله از جمله از طریق فضای مجازی و نرم‌افزارها و اپلیکیشن‌های اینترنتی صورت می‌گیرد و این امر، چنان‌که پیداست، تنها در مرحله پس از وقوع عقد و به‌عنوان سند اثباتی نیست. امروزه نوعاً متن قراردادهای به‌عنوان محتوای عقود و الزامات اطراف است و آنچه به آن به‌عنوان جزء اخیر علت، وجود خارجی می‌دهد و پایبندی به آن را از لحظه وقوع آن لازم می‌سازد و در واقع عقد واقع می‌شود، همان «امضا» یا انگشت یا مهری است که در اسناد ثبت می‌شود و نمی‌توان گفت این روش عقلایی مستحدث و کاملاً نوپدید و بدون سابقه است. تاریخ، از جمله تاریخ صدر اسلام، نیز به خوبی نشان از بهره بردن از این روش از جمله در معاهدات و استشهاد بر آنها دارد؛ چنان‌که به‌عنوان نمونه دکتر جواد علی در شرح وضع عقود و التزامات دوره جاهلی، از جمله عقد ازدواج به دو گونه نوشتاری و زبانی اشاره کرده و افزوده است که در شکل نوشتاری که در مناطق مختلف شبه جزیره نام‌های مختلفی داشته است، پس از ذکر همه شروط مورد اتفاق، طرفین یا اطراف عقد آن را با مهر ویژه خود امضا می‌کردند و گاه نیز همراه با نگارش نام خود، زیر آن را مهر می‌زدند؛ مهری که گاه به جای نوشته، نقشی حک می‌شد و نقل شده که خلیفه دوم از استفاده متن عربی روی مهرها باز داشت (علی، ۱۹۷۸، ج ۵، ص ۶۱۲-۶۱۳)؛ چنان‌که احکام مکتوبی که برای نصب کارگزاران از جمله از سوی امیرالمؤمنین علی (علیه السلام) صادر می‌شد و روشن است که از اقسام انشا به شمار می‌رود، با همان نوشتن پدید می‌آمد و نوعاً چنین نبود که نخست به صورت زبانی صادر شود و سپس به‌عنوان سند مکتوب گردد.

در خصوص ازدواج در دوره جاهلی نیز گزارش شده است که برخی از اقسام آن با فعلی از افعال مانند فرزنددار شدن زن یا انداختن پارچه بر سر زن (در مورد بیوه پدر) و دادن مهر محقق می‌شد (همان، ج ۵، ص ۵۳۳ و ۵۳۵)؛ اما درباره طلاق، عادت آنان این بود که مرد یکی از جملات رایج را که مضمون آن نشان‌دهنده جدایی میان زن و شوهر بود، به زن می‌گفت (همان، ج ۵، ص ۵۴۸-۵۴۹) یا در گزارشی که به جزئیات مراسم ازدواج در یونان باستان پرداخته شد، آنچه آمده تنها افعالی از آداب و رسوم رایج است و سخنی از صیغه

عقد نرفته است (دورانت، ۱۳۶۵، ج ۲، ص ۳۳۶-۳۳۹)، در حالی که در جهان مسیحیت، در دوره‌ای که از آن به عصر ایمان نام برده شده، ازدواجی را که تنها با تبادل زبانی میان طرفین و بدون هیچ‌گونه تشریفات حقوقی یا مذهبی دیگری صورت می‌گرفت، از سوی کلیسا و حکومت معتبر شناخته می‌شد (همو، ۱۳۶۷، ج ۴، ص ۱۱۰۸-۱۱۰۹).

آری، در گذشته به دلیل عدم گسترش سواد و توان خواندن و نوشتن در میان مردم، انشا از طریق نوشتن کمتر واقع می‌شده یا نادر بوده است و چنین نبوده که همواره نخست عقود و ایقاعات با زبان انشا و سپس در سندی به‌عنوان خبر و شاهد ثبت می‌شده است؛ در حالی که امروزه به‌ویژه با توجه به افزودن باب فضای مجازی، انشا از طریق نوشتن به ابزاری گسترده در معاملات و وقوع عقود مختلف از طریق غیرتلفظ گسترده شده و اساساً در بسیاری از معاملات تنها راه انجام آن درآمده است.

از سوی دیگر، به فرض هم که انشا از طریق نوشتن و مانند آن امری کاملاً جدید باشد، همین که امری عقلایی باشد و دلیلی برخلاف آن در دست نباشد، مشمول عمومات و اطلاقات موجود در ادله، مانند آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده، ۱) خواهد بود و همین اندازه برای مشروعیت دادن به این دست معاملات کفایت می‌کند. به دیگر سخن، آن‌گونه که امام خمینی نیز بر آن تأکید کرده است، آنچه در معاملات، هر نوع که باشد، از نگاه عقلا و به حسب اطلاقات و عمومات ادله، موضوع حکم است، معاملات مسببیه و آنچه به حمل شایع و در وقوع خارجی عقد به‌شمار می‌رود است و این معنا و حقیقت مسببیه گاه با صیغه‌های خاص ایجاد می‌شود و گاه با الفاظ عام‌تری و گاه با تعبیرهای مجازی و کنایی یا با افعال و نوشتن و گاه به شکل دیگر، مانند آنچه امروزه از طریق امکانات و برنامه‌های نرم‌افزاری به فراوانی صورت می‌گیرد و تردیدی نیست آنچه از نگاه عقلا و عرف و نیز در آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» موضوع و خوب وفا می‌باشد، معنای مسببیه است؛ یعنی همان پیمان و نقل و انتقال واقعی و به حمل شایع و کاری به ابزارهای ایجاد آن، یعنی وجودهای سببی ندارند و از این نظر فرقی میان لفظ و غیر آن نمی‌بینند و از این‌رو هر پیمانی که واقع شود، با هر سببی که باشد، پابندی به آن لازم است (امام خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۳۱۳-۳۱۵). بالاتر اینکه اگر فرض شود عقلا در مواردی صرف تلفظ را در وقوع عقد کافی ندانند و راه دیگری جز آن را لازم بشمارند و دلیلی خلاف نظر آنان در دست

نباشد، طبعاً همان ملاک عمل خواهد بود. حال باید دید آیا دلیلی برخلاف نگاه عقلا در این باره وجود دارد یا نه؟

سوم. ادله مخالفان کفایت انشای نوشتاری

در گفته‌های موجود به ادله و شواهد چندی، از جمله دسته‌ای روایات، برای عدم کفایت انشای نوشتاری استناد شده است:

۱. اصل که ظاهراً مقصود اصالة الفساد است. این اصل در بیان آیت‌الله شبیری زنجانی درباره عقد ازدواج این‌گونه بیان شده است که با نبود دلیل مطلقى که نشان دهد فعل یا نوشتار کفایت می‌کند، عدم تحقق زوجیت استصحاب می‌شود و با توجه به اصل فساد در باب عقود، حکم به بطلان انشای نوشتاری می‌شود (زنجانی، ۱۴۱۹ق، نکاح، ج ۹، ص ۳۱۲۸)؛

۲. نارسایی فعل در بیان مقاصد درونی، مانند تملیک و تملک و عدم کفایت ظن (نک: عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۵۱۷). سخن علامه حلی در احتمال عبث در نوشتن (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۹) نیز به همین برمی‌گردد؛

۳. ناسازگاری با فلسفه تشریح معاملات که تنظیم نظام معیشت است و نوشتن به‌عنوان یک فعل مایه تنازع و اختلاف است (نک: عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۵۱۷)؛

۴. ممکن است کسی اسباب معاملات را اموری شرعی و در نتیجه توقیفی بدانند، چنان‌که بسا از سخن سیدجواد عاملی در تأکید بر سخن ابن‌ادریس، که بازگو شد، این امر برآید: «لعصمة الاموال و عدم الدلیل»؛

۵. از گفته کسانى مانند شهید ثانی و صاحب جواهر که نتیجه چنین انشائی را در مثل بیع، اباحه و مانند بیع معاطاتی شمرده‌اند، برمی‌آید که آن را عقد نمی‌دانند تا مشمول ادله آن شود؛

۶. اجماع؛

۷. برخی روایات که ملاک حرمت و حلیت را «کلام» شمرده‌اند؛ مانند روایت صحیح خالدبن نجیح^۱ (حجاج): قُلْتُ لابي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب و اربحك كذا و كذا؛ فقال: أليس ان شاء اخذ و ان شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به؛ انما يحلل

۱. شیخ طوسی این روایت را از «خالدبن حجاج» نقل کرده است و همین درست است؛ چنان‌که در تعدادی از نسخه‌های کافی نیز به جای «ابن نجیح» ابن حجاج آمده است و در نسخه نگارنده نیز که با نسخه تصحیح شده استاد معظم آیت‌الله سیدموسی شبیری زنجانی مقابله کرده‌ایم، ایشان همین را برگزیده است؛ چنان‌که آیت‌الله خویی نیز همین را صحیح دانسته و از این رو سند صحیح است.

الكلام وبحرّم الكلام (كلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵، ص ۲۰۱). چنان‌که شیخ حر عاملی پس از نقل این روایت، در حاشیه آن خاطرنشان کرده است که این روایت دلالت بر عدم انعقاد بیع با غیر صیغه دارد و از این رو بیع معاطاتی معتبر نیست؛ البته از دستور به تأمل وی برمی‌آید که به این سخن جزم ندارد: «فیه دلالة علی عدم انعقاد البیع بغیر صیغه، فلا یکون بیع المعاطاة معتبرا، فتدبر» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۸، ص ۵۰)؛

۸. برخی روایات در برخی ابواب دیگری، مانند طلاق که وقوع آن را به گفتن صیغه خاص شمرده‌اند، مانند روایت صحیح حلبی از امام صادق علیه السلام: الطلاق ان یقول لها «اعتدی» او یقول لها «انتِ طالق» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص ۶۹). یا روایت معتبر حسن بن زیاد از امام صادق علیه السلام: الطلاق ان یقول الرجل لامرأته «اختاری»؛ فان اختارت زوجها فلیس بشیء. او یقول «انتِ طالق»؛ فای ذلک فعل فقد حرمت علیه (صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۱۸)؛

۹. روایات دیگری نیز در موضوع ازدواج، طلاق و عتق وجود دارد که تصریح به عدم کفایت نوشتن کرده است و ممکن است گفته شود این ابواب خصوصیت ندارد و در دیگر ابواب معاملات نیز همین امر جاری است؛ از جمله روایت صحیح زراره که به امام باقر علیه السلام گفت: مردی درباره طلاق همسرش یا آزادی برده‌اش نوشت و بعد نظرش عوض شد و آن را پاک کرد؛ حضرت فرمود: این طلاق و آزادسازی نیست تا آن را به زبان آورد: رجل کتب بطلاق امرأته او بعثت غلامه ثم بدا له فمحاها؛ قال: لیس ذلک بطلاق ولا عتاق حتی یتکلم به (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص ۶۴) و روایت صحیح دیگر زراره که در یک نقل، بدون نام بردن از امام علیه السلام (مضمرة) همین مضمون را پرسیده و حضرت مشابه همان پاسخ را داده است: سألته عن رجل کتب الی امرأته بطلاقها او کتب بعثت مملوکه و لم ینطق به لسانه؛ قال: لیس بشیء حتی ینطق به (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۴۵۳) و در نقل دیگر از امام صادق علیه السلام روایت شده است (همان، ج ۸، ص ۲۴۸)؛

۱۰. برخی روایات که به آنها در لزوم صیغه در عقد ازدواج استدلال شده است و بیشترین آن را محقق نراقی نقل کرده است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶، ص ۸۵-۸۹)؛ چنان‌که آیت الله زنجانی به آیت الله خویی نسبت داده است که ایشان به پاره‌ای از

این روایات در لزوم تلفظ در ازدواج استدلال کرده است (زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۹، ص ۳۱۱۶-۳۱۲۷) و البته از دیدگاه نگارنده، چنان‌که شرح و نقد آن خواهد آمد، سخن آیت‌الله خویی (۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص ۱۲۹-۱۳۰) چنین دلالت روشنی ندارد. از جمله روایت ابان بن تغلب است که از امام صادق علیه السلام پرسید برای ازدواج موقت به زن چه بگوید و حضرت فرمود بگوید: «اتزوجک علی کتاب الله و سنة نبیه، لا وارثه و لا مورثه، کذا و کذا یوماً...» و در ادامه افزود: وقتی زن گفت «آری» راضی شده است و او همسر توست: فاذا قالت نعم، فقد رضیت، فهی امرأتک (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵، ص ۴۵۵). دیگری روایت مضمیر هشام بن سالم است که وقتی درباره چگونگی ازدواج موقت پرسید، حضرت فرمود: می‌گویی «یا امة الله اتزوجک کذا و کذا یوماً بکذا و کذا درهماً...» (همان).

چهارم. بررسی و نقد ادله اعتباری

در ادامه استدلال به روایات را بررسی خواهد شد؛ اما هیچ یک از وجوه شش‌گانه نخست، بر عدم کفایت نوشتن در انشای معقود و ایقاعات دلالت نمی‌کند؛ زیرا به ترتیب آنها:

۱. استناد به اصل، از جمله اصل فساد، در فرض شک در حکم است و با وجود مستند کفایت از جمله رویه عقلا و عموم آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، جایی برای اعتنای به شک، با فرض وجود هم نمی‌ماند؛

۲. نارسایی همیشگی افعال غیرگفتاری در بیان مقصود، ادعایی برخلاف واقع بیرونی است و دلالت نوشتن بر مقصود گاه قوی‌تر از گفتن است؛ این در حالی است که شارع حکیم، چنان‌که فقها نیز اذعان دارند، حتی اشاره شخص لال را در وقوع عقود و ایقاعات معتبر شمرده است. از این رو عاملی در حاشیه بر سخن علامه حلی که کتابت را به دلیل احتمال عبث بودن کافی ندانسته، خاطر نشان کرده است که بر این اساس اگر قصد وی معلوم باشد که عبث نیست، عقد صحیح است و نیز درباره گفته علامه در عدم کفایت الفاظ کنایی را شامل فرضی که مقصود معلوم باشد، ندانسته است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲، ص ۵۱۳)؛

۳. در دوره‌ای که تنها افرادی محدود قادر به نوشتن بوده‌اند، انشای عقود و ایقاعات با نوشتن و ترک انشای با الفاظ گفتاری که طبعاً سهولت بیشتری دارد، ممکن است مایه راه یافتن احتمالات دیگر و کشمکش شود، اما در روزگاری که نوشتن به‌ویژه در قالب عقود و

ایقاعاتی که از طریق فضای مجازی و اینترنتی واقع می‌شود و امری رایج و گاه راهی منحصر است، پیداست که پیامد سوئی بیش از انشای گفتاری ندارد و بلکه انشای عقود و ايقاعات با امضا در محاضر و دفاتر رایج، دست‌کم در این دوره‌ها، بسی کمتر از شکل گفتاری مایه اختلاف و کشمکش است و خود این دلیل، گواه بر درستی انشای نوشتاری است؛

۴. اگر کسی نیز اسباب عقود و ايقاعات را اموری شرعی بداند، همان سیره عقلا و تأیید آن از سوی شارع و برخی عمومات که اشاره شد، در اثبات مشروعیت انشای نوشتاری کفایت می‌کند؛

۵. اگر چنین برداشتی از گفته قائلان به افاده اباحه درست باشد که انشای نوشتاری را عقد ندانند، این سخن با توجه به آنچه در منابع رایج لغت در بیان معنای عقد آمده و در هیچ یک، مقید به انشای گفتاری نشده، قابل پذیرش نیست و دست‌بالا این است که به دلیل خاص و مورد ادعا عقد فاسد یا عقد جایز شمرده شود؛

۶. اجماع به فرض که از نگاه صغروی درست باشد، در چنین مسئله‌ای که در کنار این وجوه و نیز روایات مورد استناد یا با احتمال استناد، اعتباری ندارد و دلیل جداگانه‌ای به شمار نمی‌رود.

پنجم. بررسی و نقد استناد به روایات

روایات چهارگانه یادشده دو گونه است؛ یکی روایت خالدبن حجاج است که به صورت یک قاعده کلی، «کلام» را ملاک تحلیل و تحریم شمرده است و دیگری روایاتی است که در خصوص ابوابی مانند ازدواج و طلاق وارد شده است.

۱. روایت خالدبن حجاج

این روایت در باب فروش مال پیش از تملک ذکر شده است و ظاهر پرسش راوی این است که آیا می‌توان به کسی پیش از آنکه مالک چیزی شود گفت «این را برای من بخر و من با فلان مقدار سود از تو می‌خرم؟» امام (علیه السلام) جواز را با ارجاع به این واقعیت که با این گفته چیزی و تعهدی واقع نشده، بیان می‌فرماید و سپس به صورت یک کبرای کلی، تحلیل و

تحریم را منوط به «کلام» می‌کند. اما اینکه مقصود از این کبرای کلی چیست، چنان‌که شیخ انصاری خاطر نشان ساخته، چهار احتمال با قطع نظر از صدر روایت درباره آن می‌رود و شیخ انصاری احتمال اول و دوم را که مربوط به بحث کنونی می‌شود، رد کرده است و یکی از دو احتمال سوم و چهارم را پذیرفته است که بر پایه آن، روایت ربطی به بحث نخواهد داشت:

الف) مقصود از «کلام» لفظی است که دلالت بر تحلیل و تحریم می‌کند و تنها با بر زبان راندن آن است که تحریم و تحلیل صورت می‌گیرد و صرف قصد کافی نیست؛ چنان‌که افعال بدون لفظ نیز کافی نیست. این معنا نمی‌تواند درست باشد؛ زیرا افزون بر اینکه لازمه آن تخصیص اکثر است؛ چون ظاهر آن این است که اسباب تحلیل و تحریم در شرع محدود به لفظ شده است، لازمه این معنا این است که ربطی به حکمی که در روایت در پاسخ به سؤال آمده، نداشته باشد؛ با اینکه مانند تعلیل برای آن است؛ زیرا ظاهر حکم، همان‌گونه که در روایات چند دیگری آمده، این است که پیش از آنکه شخص مال را از مالک آن بخرد، فروش به دیگری بر عهده او نیاید و این امر هیچ ربطی به سببیت «کلام» در تحریم و تحلیل ندارد، چه رسد به اینکه علت آن باشد؛

ب) مقصود از «کلام» لفظ به همراه معنای آن است، نه صرف تلفظ، و مقصود این است که یک مطلب، حکم شرعی اش از نظر حلال بودن و حرام بودن، با تفاوت معانی ای که با الفاظ بیان می‌شود، فرق می‌کند؛ برای نمونه، میان «ملکتک بضعی» با «متعتک نفسی» فرق است؛ اولی مایه تحریم است و دومی مایه تحلیل. این معنا نیز درست نیست؛ چون کلامی واحد در اینجا وجود ندارد که با یک مضمون مایه حلیت و با مضمون دیگر مایه حرمت باشد؛

ج) مقصود از «کلام» در دو جمله روایت یکی است و تحلیل و تحریم بسته به بود و نبود آن است یا بسته به اعتبار محل و عدم اعتبار آن است؛

د) مقصود از «کلام» در «تحلیل» تنها گفتگو و قرار اولیه پیش از عقد است و در جمله دوم ایجاد عقد و قطعی کردن آن است. هر کدام از معنای سوم و چهارم که باشد، روایت نمی‌تواند دلالت بر نقش «کلام»، آن‌گونه که مورد بحث است، داشته باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۶۱-۶۴).

افزون بر اینکه اساساً مقصود از «کلام»، همواره لفظ و تلفظ زبانی نیست؛ چنان‌که برخی در گسترش معنای کلام تأکید کرده‌اند که کلام یک معنا بیشتر ندارد و آن ابراز افکار و مقاصد درونی است؛ با هر ابزاری که باشد و این امر بسته به تفاوت اشخاص و موارد فرق می‌کند. گاه کلام لفظی و زبانی است و گاه تکوینی، مانند آنکه قرآن حضرت عیسی (علیه السلام) را «کلمه» نامیده است (آل عمران، ۴۵) و مفهوم جامع میان همه این موارد، که به آن کلام گفته می‌شود، همان چیزی است که از درون خبر می‌دهد و لفظ خصوصیتی ندارد (مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج ۱۰، ص ۱۰۷-۱۰۸).

۲. روایات ابواب خاص

این دسته در دو مرحله باید مورد توجه قرار گیرد؛ یکی اینکه این روایات در خصوص باب خود آیا «اولاً» دلالت بر لزوم صیغه دارند و «ثانیاً» دلالت بر لزوم تلفظ می‌کنند و دیگر اینکه با فرض کامل بودن دلالت در باب خود، آیا می‌توان از آنها الغای خصوصیت کرد و به دیگر ابواب معاملات گسترش داد و مقید بنا و سیره عقلاً شمرد؟

این روایات که نمونه‌هایی از آنها بازگو شد، دو گونه است؛ برخی با تعبیرهایی مانند «يقول» و «تقول» آمده است که دلالتی بر خصوصیت «قول» به معنای تلفظ ندارد و می‌تواند از باب ذکر غلبه و مثال باشد. دسته دوم دو روایت صحیحه زراره است که طلاق و عتق نوشتاری را نفی کرده و بی‌اثر شمرده است و این دسته، افزون بر اینکه صحیحه ابوحمزه ثمالی که مفاد آن کفایت انشای نوشتاری طلاق غائب است و مقید این دسته است، با فرض پذیرش آن در باب طلاق و حتی گسترش آن به باب ازدواج، اما نمی‌توان از آن الغای خصوصیت کرد و به دیگر ابواب گسترش داد. آری، اگر چنین شرطی در ابواب زیادی از عقود و ایقاعات ذکر شده بود، طبعاً عرف نسبت به دیگر موارد نیز خصوصیتی نمی‌دید و آنها را از این نظر ملحق به این روایات می‌کرد؛ اما چگونه می‌توان گفت، سه باب مهم ازدواج و طلاق و عتق خصوصیتی ندارد و عدم کفایت مطلق انشای نوشتاری در آنها یا در فرض حضور را می‌توان به سایر ابواب متعدد عقود و ایقاعات گسترش داد؟! بر همین اساس است که آیت‌الله شبیری زنجانی در نقد سخن آیت‌الله خویی در استدلال به روایات ازدواج موقت بر لزوم صیغه در ازدواج دائم، از باب اولویت، به تفاوت این دو در برخی احکام آن

دو اشاره کرده است (زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۹، ص ۳۱۱۱). این در حالی است که برخی معاصران در خصوص خود مَثَل ازدواج نیز با وجود اینکه قائل به لزوم صیغه هستند، اما ادای آن را متعین در «تلفظ» ندانسته‌اند و انشای نوشتاری را نیز کافی شمرده‌اند؛ چنان‌که حتی مطلق «تعاطی» را در صورتی که سیره رایج باشد، آن‌گونه که در میان عشایر دور از اجتماعات اسلامی رایج است، کافی دیده‌اند (سبحانی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۱۱۱-۱۱۲).

آیت‌الله شبیری نیز با بررسی تفصیلی روایات باب متعه نشان داده است که هیچ‌کدام از آنها دلالت بر اعتبار «تلفظ» در صیغه ازدواج ندارد و با تأکید بر عدم دلالت روایات، تنها به دو دلیل اجماع و استصحاب عدم زوجیت، تلفظ را مسلم شمرده است (نک: زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۹، ص ۳۱۱۶-۳۱۲۸).

افزون بر اینکه تعبیر «لفظ» در عبارت کسانی مانند صاحب عروه، در برابر «فعل» است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۵۹۶) و ممکن است مقصود آنان به قرینه مقابله، این باشد که عقد ازدواج بدون صیغه و به صرف کاری مانند معاطات واقع نمی‌شود؛ نه اینکه مبرز صیغه نیز باید صوت و تلفظ زبانی باشد؛ چنان‌که ملاحظه تمام عبارت آیت‌الله خویی نشان می‌دهد که در مقام اثبات لزوم اصل صیغه در برابر ازدواج معاطاتی و تحقق با «فعل» است؛ مگر اینکه گفته شود اینان «نوشتن» را نیز در شمار مصادیق «افعال» می‌دانند. محقق خویی در نقد سخن شیخ انصاری که در استدلال بر لزوم صیغه در عقد ازدواج، فرق میان زنا و ازدواج را همین صیغه و لفظ شمرده است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۷۷)، تأکید می‌کند که فرق میان این دو در لفظ نیست؛ بلکه در این است که ازدواج امری اعتباری میان زن و مرد است، ولی زنا آمیزش عملی است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص ۱۲۹-۱۳۰). این نکته درباره سخن محقق نراقی نیز احتمال دارد (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶، ص ۸۴). به هر حال این روایات دست‌بالا این است که بر لزوم اصل صیغه در ازدواج یا طلاق دلالت کند؛ اما بر لزوم تلفظ زبانی دلالت ندارد و به عبارت دیگر، «نوشتن صیغه» مانند «تلفظ به صیغه» است و نه از مصادیق فعل دال.

بخش دوم. ازدواج و طلاق

در بخش پیش دیدیم با فرض لزوم صیغه در عقود و ایقاعات، دلیلی عام بر انحصار ادای آن از طریق تلفظ زبانی نیست و هر امری که عقلاً انشای عقد و ایقاع را با آن معتبر بدانند، از جمله نوشتن، کفایت می‌کند. حال باید دید در خصوص ازدواج و طلاق و با فرض لزوم صیغه و عدم کفایت فعل، آیا واجب است صیغه مورد نظر به زبان آورده شود یا با مبرز دیگری مانند نوشتن نیز می‌توان انشای ازدواج و طلاق کرد؟

یکم. انشای نوشتاری در عقد ازدواج

اصل ازدواج، همان‌گونه که در برخی روایات اشاره شده (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵، ص ۳۷۳) امری عقلایی و مطلوب خردمندان است که شارع حکیم آن را امضا کرده و احکام خاصی نیز برای آن تشریح کرده است؛ چنان‌که در سخن پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله آمده است هر قومی نکاحی دارد: «فان لكل قوم نکاحا» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۶، ص ۳۸۷). عقلاً همان‌گونه که صیغه خاصی را در عقد ازدواج شرط نمی‌دانند، تلفظ به آن را نیز لازم نمی‌دانند و این امر با مراجعه به عرف‌های مختلف در جوامع گوناگون گذشته و حال به خوبی روشن است و بیان شد که برخی فقهای معاصر، برای تحقق عقد ازدواج، فعل را در صورتی که سیره رایج باشد، به جای صیغه خاص معتبر شمرده‌اند؛ با این حال، اصل لزوم لفظ و عدم کفایت فعل در فقه شیعه از گذشته تا حال، اجمالاً امری پذیرفته شده به‌شمار رفته است.

۱. ادله عدم کفایت و نقد استدلال

الف) روایات

در باره عقد ازدواج در منابع حدیثی نص خاصی درباره لزوم صیغه و تلفظ زبانی به آن وجود ندارد؛ ولی برخی، مانند آیت‌الله خویی، برای اثبات لزوم آن افزون بر استناد به ادله‌ای مانند اجماع و اصل عملی، به برخی روایات ازدواج موقت و ادعای اولویت در ازدواج دائم استناد کرده‌اند و در بخش نخست اشاره شد که این روایات حتی اگر اصل لزوم صیغه را نیز برسانند، دلیلی بر لزوم تلفظ نیست.

در کنار روایات یادشده آیت‌الله خویی، به صحیحۀ برید عجللی نیز استناد کرده است و

آن را دلیلی روشن شمرده که حتی دلیل بر لزوم لفظی معین است (خویی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص ۱۲۹). در این روایت آمده است که برید از امام باقر علیه السلام درباره آیه «وَأَخَذَنَّا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا» (نساء، ۲۱) پرسید و حضرت «ميثاق» را همان سخنی شمرد که ازدواج با آن منعقد می‌شود و «غَلِيظًا» را آمیزش عملی بعد شمرد که مایه تحکیم عقد با عمل می‌شود (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵، ص ۵۶۰)؛ ولی این استدلال نیز کافی نیست؛ زیرا آیه ناظر به فرد متعارف عقد ازدواج است؛ نه اینکه در همه موارد ازدواج، افزون بر عقد، آمیزش نیز واقع شده باشد. تفسیر «کلمه» نیز ناظر به فرد متعارف است که با لفظ صورت می‌گیرد و نه فعل و از این رو ازدواج شخص لال نیز مشمول آیه است. دیگر اینکه «کلمه» در منابع ما از جمله قرآن - چنان که اشاره شد - گاه به معنای امری خارجی و تکوینی است؛ مانند کاربرد آن درباره حضرت عیسی علیه السلام یا کاربرد «الکلمات التامات» در روایات درباره موجودات تکوینی و از همین منظر همه مخلوقات کلمه خداوند هستند و این کاربردی شایع است. در این روایت نیز احتمال می‌رود مقصود از «کلمه» موجودی باشد که عقد با آن واقع می‌شود؛ اعم از لفظ یا فعل. این دو اشکالی است که آیت الله شبیری زنجانی نیز مطرح کرده است.

افزون بر دو اشکال یادشده به استدلال به روایت برید عجلی، خاطر نشان می‌شود به فرض که در عقد ازدواج صیغه یا حتی صیغه خاص لازم باشد، عدم کفایت ابراز آن با نوشتن نیازمند دلیل خاص است. به دیگر سخن، نوشتن «کلمه» مورد نظر در عقد از مصادیق فعل و عمل معاطاتی نیست؛ بلکه از مصادیق ادای آن با تلفظ با مخارج حروف است و تردیدی نیست که کاربرد «لفظ» در معنایی اعم از تلفظ زبانی و نوشتن امری شایع و حقیقی است و نه مجازی؛ چنان که کاربرد «کلمه» نیز در هر دو قسم شایع است و نمی‌توان گفت مقصود از تعبیر یادشده در این روایت متعین در صورت زبانی آن است. ظاهراً محقق نراقی با توجه به همین اشکالات یا برخی از آنهاست که برخلاف آیت الله خویی، روایت «برید» را تنها در حد تأیید اعتبار لفظ و عدم کفایت فعل دانسته است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶، ص ۸۴).

از سوی دیگر، مؤید بلکه شاهد بر عدم لزوم تلفظ زبانی، کیفیات گوناگونی است که در روایات در بیان چگونگی وقوع ازدواج نقل شده و نقطه مشترک میان آنها موضوع ابراز گفته‌ای است که نشان‌دهنده قصد ازدواج در طرفین عقد است و از این روایات نیز

خصوصیتی برای «گفته» به دست نمی‌آید و ابراز آنچه نوعاً به زبان می‌آید می‌تواند با نوشتن صورت گیرد؛ چنان‌که در شخص لال با اشاره صورت می‌گیرد. یک نکته قابل توجه نیز این است که پرسش‌های موجود درباره کیفیت انشای عقد، همه مربوط به ازدواج موقت است که دست‌کم در جامعه آن روز اسلامی رواج نداشته و بیشتر مردم براساس نظر مذاهب فقهی خود آن را نامشروع می‌دانستند و اصحاب ائمه علیهم‌السلام که در اقلیت بودند، درباره آن می‌پرسیدند و در ازدواج دائم به عرف جاری بسنده می‌کردند؛ عرفی که در روایات درباره چگونگی انشای عقد آن سخنی گفته نشده و گویا به همان امر عرفی و عقلایی بسنده شده است (نک: همان، ج ۱۶، ص ۸۵-۸۹).

ب) اجماع و استصحاب

با این حال، برخی فقها، مانند محقق نراقی و آیت‌الله شبیری، به دو دلیل اجماع و استصحاب عدم زوجیت و اصاله الفساد بر لزوم لفظ و تلفظ و عدم کفایت فعل از جمله نوشتن استناد کرده‌اند؛ ولی به نظر می‌رسد این دو دلیل اگر هم بتوانند لزوم صیغه یا حتی الفاظ خاصی را در عقد ازدواج ثابت کنند؛ اما این امر اعم از لزوم تلفظ زبانی به صیغه است؛ زیرا اجماع با فرض پذیرش اصل اعتبار آن و با فرض اینکه چنین مسئله‌ای از مصادیق اجماع معتبر باشد، اما معلوم نیست که مقصود از موضوع اجماع لزوم تلفظ زبانی است یا لزوم صیغه، هر چند با وجود کتبی آن باشد؟ افزون بر اینکه اصل اعتبار چنین اجماعاتی در کنار ادله‌ای که می‌توانسته دلیل صاحبان اجماع باشد، مخدوش است.

از سوی دیگر، شارع گرچه احکام و ویژه‌ای را در ازدواج آورده است؛ اما در چگونگی انشای آن شکل و تعبد خاصی را مطرح نکرده است و اصحاب نیز درباره آن پرسش نکرده‌اند و این نشان از تأیید بنای عقلا در این باره دارد و با وجود آن جایی برای جریبان استصحاب و اصل فساد نیست.

به بیان دیگر، گرچه به دلیل اینکه نوع افراد یا بسیاری از آنان توان نوشتن نداشتند و به‌ویژه به دلیل سهولت امر، آنچه در جامعه آن روز متعارف بود، انشا از طریق تلفظ زبانی بود که با تعبیرهای مختلف بیان می‌شد؛ اما با توجه به فرض وقوع آن از طرق دیگری مانند نوشتن، هر چند در فرهنگ‌ها و جوامع دیگر، جای این پرسش بوده است که آیا راه‌های دیگر

انشای عقد صحیح است یا نه؟ مانند پرسش از ایجاد طلاق از طریق نوشتن که به آن اشاره شد و در ادامه خواهد آمد. این نپرسیدن یا ناشی از وضوح حکم و عدم کفایت راه‌های دیگر و تعیین در تلفظ زبانی بوده است یا وضوح تأیید روش‌های عقلایی در هر جامعه‌ای؛ چنان‌که روایت «فان لكل قوم نکاحا» اشاره به آن دارد. فرض وضوح عدم کفایت غیر گفتار در حالی که هیچ روایتی درباره آن، هرچند به صورت ابتدایی در دست نیست، امری بس بعید است و آنچه به نظر قوی می‌رسد، فرض دوم است که فهم و ارتکاز اصحاب ائمه علیهم‌السلام این بوده است که شارع، به‌ویژه با اهمیتی که به سهولت در ازدواج و افزایش آن داشته است، در چگونگی ایجاد انشا دخالتی نکرده و آن را به عرف هر جامعه‌ای واگذاشته است؛ از این رو اصحاب پرسش‌های خود را معطوف به ازدواج موقت کرده‌اند که گرچه اصل آن در دوره جاهلی نیز وجود داشته است (علی، ۱۹۷۸، ج ۵، ص ۵۳۶) و در صدر اسلام نیز وجود داشته و آیه شریفه ۲۴ نساء نیز بر آن دلالت دارد؛ اما با توجه به تحریم آن از سوی خلیفه دوم و گسترش این نظر در میان مذاهب فقهی دیگر، در جامعه اسلامی آن روز امری شایع نبوده است و همین امضا و ارتکاز مشرعه درباره آن، در استناد در وقت شک کفایت می‌کند و وجود «اطلاق» لفظی که در سخن آیت‌الله شبیری برای کفایت نوشتن لازم شمرده شده است، موضوعیت ندارد.

۲. دلیل روایی بر کفایت

افزون بر تقریر سیره عقلا و عرف به بیانی که در نقد استدلال به اجماع و اصل یادشده بیان شد، به نظر می‌رسد روایاتی که با تعبیر «لکل قوم نکاح»، همه ازدواج‌های اقوام مختلف را معتبر شمرده است، می‌تواند در استدلال بر کفایت، مورد توجه قرار گیرد و نه تنها در این بحث، بلکه در دیگر شرایط مورد بحث، مانند اعتبار عربیت به‌عنوان دلیلی عام و قابل استناد در برابر استصحاب و اصاله الفساد منظور گردد. در این روایات که برخی از آنها از نگاه سندی، معتبر است، بر اعتبار تمام ازدواج‌های اقوام و ادیان مختلف، حتی ازدواج با محارم تأکید شده است و عموم «کل قوم» از جمله تأییدی است بر انواع و اقسام گفتاری، نوشتاری و کرداری انشای عقد ازدواج؛ چنان‌که می‌توان گفت تنها برای تأیید انواع ازدواج‌های غیرمسلمانان نیست؛ بلکه شیوه‌های مختلف ازدواج در میان اقوام مختلف

مسلمان عرب و غیرعرب را نیز دربرمی‌گیرد؛ مگر آن مواردی که شارع حرام و نادرست شمرده است و ما دلیلی بر نادرستی انشای نوشتاری ازدواج نداریم.

این روایات از جمله روایت موثق ابی‌بصیر است که به نقل از امام صادق علیه السلام آورده است، پیامبر صلی الله علیه و آله از اینکه به کنیزان نسبت حرامزادگی داده شود، نهی فرمود و افزود: هر قومی ازدواجی دارند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۴۷۲). در روایت موثق دیگری که باز ابوبصیر از امام صادق علیه السلام نقل کرده آمده است که هر قومی که ازدواج را از زنا بازمی‌شناسند (و میان آن دو فرق می‌گذارند) ازدواج آنان صحیح است (همان، ج ۷، ص ۴۷۵). در روایت دیگر، درباره یکی از کسانی که همواره همراه امام صادق علیه السلام بود آمده است که وقتی چنین نسبتی را به مادر برده خود داد، حضرت او را به شدت سرزنش کرد و وقتی عذر آورد که مادر آن برده «مشرک» است، فرمود: آیا ندانسته‌ای که هر امتی برای خود ازدواجی دارد - و در نقل دیگری از این روایت آمده که هر امتی برای خود ازدواجی دارند که با آن خود را از زنا حفظ می‌کنند؟! و سپس آن شخص را از خود راند و دیگر هیچ‌گاه با امام علیه السلام دیده نشد (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص ۳۲۴). در روایت معتبر دیگری آمده است که وقتی یکی از اصحاب در حضور امام صادق علیه السلام به مادر یکی از افراد نسبت زنا داد، حضرت نگاهی خشمگینانه به او کرد و شخص عذر آورد که مادر آن شخص «مجوسی» است و مادرش خواهر اوست! اما حضرت فرمود: آیا این کار در دین آنان ازدواج به شمار نمی‌رود؟! (همان، ج ۷، ص ۲۴۰). مشابه همین قضیه در روایت دیگری نیز آمده و حضرت پاسخ داده است که ازدواج با مادر یا خواهر در دین آنان ازدواج شمرده می‌شود (همان، ج ۵، ص ۵۷۴)؛ البته این دو روایت تنها بر اصل صحت دلالت دارد و مؤید مفاد روایات نخست است.

بر همین اساس است که آیت‌الله سیداحمد خوانساری در بحث اشتراط و عدم اشتراط عربیت در صیغه عقد ازدواج خاطر نشان کرده است که وضع ازدواج دائم، مانند وضع دیگر معاملات متعارف میان مردم است و از این رو آنچه متعارف باشد و شارع از آن باز نداشته باشد، حکم به صحت آن می‌شود و بر این اساس قیودی که احتمال اعتبار آنها از نگاه شرعی می‌رود، اگر از نگاه عرف معتبر باشد، باید از نگاه شرع نیز معتبر شمرد. با این حال، ایشان در لزوم رعایت همین امر متعارف نیز با وجود اطلاق ادله جای اشکال دیده است و در لزوم عربی خواندن صیغه عقد نیز اگر شبهه اجماع نبود، امکان نفی این شرط وجود دارد

و شارع براساس «لکل قوم نکاح» بنای بر تأیید همه ازدواج‌ها، به جز موارد استثنا را داشته است؛ با اینکه غیر عرب‌ها عقد ازدواج خود را با زبان‌های مختلف خود انشا می‌کرده‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص ۱۲۳-۱۲۴). نتیجه اینکه این روایات نیز می‌تواند در کنار تقریر سیره عقلا انشای نوشتاری صیغه عقد ازدواج را با فرض لزوم صیغه، ثابت کند.

دوم. انشای نوشتاری در طلاق

درباره انشای طلاق با توجه به ظاهر روایات چندی که وارد شده (نک: حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۲، ص ۴۱-۴۳)، در نگاه نخست می‌توان گفت اصل صیغه، چنان‌که اجماع نیز وجود دارد (سیدمرتضی، ۱۴۱۵ق، ص ۳۰۱-۳۰۲) واجب است و بعید نیست که بر شخص حاضر واجب باشد صیغه را بر زبان آورد؛ اما درباره شخص غایب، چنان‌که در روایت ابوحزمه ثمالی آمده و برخی فقها نیز گفته‌اند، وقوع آن با نوشتن صحیح است؛ چنان‌که در شخص لال نیز با اشاره یا با نوشتن صحیح است. شیخ طوسی به استناد روایت صحیح ابوحزمه ثمالی نوشتن و اجرای طلاق را در فرض غیبت زوج کافی دانسته است؛ به این بیان که اگر شوهر در سفر بود و با خط خود نوشت که فلان همسرش «طالق» است، طلاق واقع می‌شود؛ ولی اگر به دیگری بگوید که به همسر او بنویسد که طلاق داده شده طلاق واقع نمی‌شود؛ البته اگر خودش زن را طلاق بدهد و به دیگری بگوید خبر آن را برای او بنویسد، طلاق با آن گفته واقع می‌شود (طوسی، ۱۴۰۰ق، ص ۵۱).

در روایت ابوحزمه آمده است که وی درباره مردی پرسید که به کسی گفت به فلان همسرش طلاق او را بنویسد یا به فلان برده‌اش آزادی او را بنویسد؛ آیا این طلاق و عتق است؟ حضرت پاسخ داد: طلاق و عتقی نیست تا با زبانش بگوید یا به دست خود بنویسد و قصد طلاق یا عتق داشته باشد و این کار با (از نظر نگهداری عده) با محاسبه روزها و با حضور شاهد^۱ خواهد بود و (در جایی است که) او از خانواده‌اش غایب باشد: «لا یکون طلاق و لا عتقا حتی ینطق به لسانه او یخطه بیده و هو یرید الطلاق او العتق و یکون ذلک

۱. این معنا براساس تعبیر «بالاهلة و الشهود» با «دال» است که در هر سه منبع حدیثی آمده است؛ ولی در منابع متعدد فقهی و نیز برخی نسخه‌های کافی و تهذیب الاحکام، آن گونه که محمدتقی مجلسی گفته «بالاهلة و الشهور» با «راء» آمده است که تعبیر رایج در منابع روایی درباره چگونگی نگه داشتن عده در طلاق غائب است و این به‌رغم نظر وی (مجلسی اول، ۱۴۰۶ق، ج ۹، ص ۵۸) درست‌تر به نظر می‌رسد و لزوم شاهد گرفتن مبتنی بر ادله روشن دیگر است.

منه بالاهلة و الشهود (الشهور؟) و يكون غائبا عن اهله» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص ۶۴؛ صدوق، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۰۳؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۸، ص ۳۸). برخی فقهای دیگر مانند ابن حمزه (۱۴۰۸ق، ص ۳۲۳) و شهید ثانی (۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۷۱-۷۲) نیز از شیخ طوسی پیروی کرده‌اند؛ ولی محقق حلی این سخن را نپذیرفته و طلاق را هر چند در فرض غیبت، نیازمند لفظ شمرده است و تنها در صورت ناتوانی از نطق، همانند اشاره کافی دانسته و در حجیت روایت یادشده خدشه کرده است (حلی، ۱۴۱۲ق، ج ۲، ص ۴۳۰).

۱. ادله عدم کفایت

برای اثبات عدم اعتبار انشای نوشتاری در اجرای طلاق، افزون بر اصل عملی، اجماع و نفی خلاف، علم به عدم وقوع و اختصاص واژه طلاق به الفاظ خاص، به روایات چندی نیز استناد شده است:

۱. روایاتی که اجرای طلاق را در گفته مخصوص محدود کرده است؛ مانند روایت صحیح حلی از امام صادق علیه السلام: «الطلاق ان يقول لها «اعتدی» او يقول لها «انت طالق» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۶، ص ۶۹)؛

۲. روایت خالد بن حجاج و مانند آن که تحریم و تحلیل را با «کلام» شمرده است و پیشتر بازگو شد؛

۳. روایات خاص؛ یکی روایت زراره که دو سند دارد؛ در یک سند به صورت مضمهر نقل شده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۴۵۳) و در نقل دیگر از امام صادق علیه السلام (همان، ج ۸، ص ۲۴۸). این روایت بنابر نقل نخست صحیح است و بنابر نقل دوم نیز به نظر برخی صحیح یا معتبر است. در این روایت آمده است که زراره از حضرت درباره مردی پرسیده که در نامه به همسر خود طلاق او را نوشته یا آزادی برده خود را نوشته و بر زبان خود نیاورده است، امام علیه السلام فرمود: «چیزی نیست تا به زبان آورد؛ لیس بشیء حتی ینطق به» (همان، ج ۷، ص ۴۵۳). دیگری روایتی صحیح از زراره است که وقتی از امام باقر علیه السلام درباره مردی پرسید که طلاق همسرش یا آزادی برده‌اش را نوشت؛ اما پس از آن نظرش عوض شد و آن را پاک کرد، حضرت پاسخ داد: «این

کار، طلاق دادن و آزاد کردن نیست تا به زبان آورد؛ لیس ذلک بطلاق و لا عتاق حتی یتکلم به» (همان، ج ۶، ص ۶۴؛ ج ۸، ص ۳۸).

صاحب جواهر که این ادله را برشمرده با استناد به اطلاق آنها فرقی میان حاضر و غایب ندیده، بلکه مقتضای قاعده سببیت در این عناوین را عدم فرق میان حاضر و غائب در تمام عقود و ایقاعات شمرده است؛ البته حساب شخصی که ناتوان از سخن گفتن است، از نظر نص و فتوا جداست. وی سخن برخی فقها، مانند شیخ طوسی، را که به استناد روایت ابوحزمه ثمالی انشای نوشتاری طلاق را برای شخص غائب درست شمرده‌اند، رد کرده است. بیان وی این است که روایت ابوحزمه از جهات چندی تاب ایستادگی در برابر آن ادله را ندارد؛ از جمله اینکه مفاد آن با نظر فقهای اهل سنت که انشای نوشتاری طلاق را همانند انشای کنایی آن معتبر شمرده‌اند که ابرازی برای امور درونی است. دیگر اینکه مفاد آن شذوذ دارد؛ زیرا مباشرت در نگارش شرط نیست و ذیل روایت بدون تشویش نیست. از این رو این روایت را باید کنار گذاشت یا بر «تقیه» بار کرد یا کلمه «او» را اشاره به فرض ناتوانی از تلفظ شمرد یا احتمال‌های دیگر داد. بر این اساس صاحب جواهر نه تنها سخن شهید ثانی در پذیرش مفاد این روایت و فرق‌گذاری میان سفر و حضر را نپذیرفته، بلکه آن را برخاسته از اختلال در روش اجتهاد وی شمرده است که در موارد دیگری نیز اتفاق افتاده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۲، ص ۶۲-۶۳).

۲. ارزیابی ادله عدم کفایت

ادله یادشده به‌رغم تأکید صاحب جواهر بر آن و به‌رغم خدشه‌ی وی در شیوه اجتهادی شهید ثانی، برای اثبات مدعای مورد نظر کافی نیست؛ زیرا:

۱. استدلال به اصل و نیز اجماع به همان بیان که در بخش نخست گذشت، ناتمام است؛
۲. استدلال سوم نیز مصادره به مطلوب یا شبه آن است؛
۳. استدلال به روایات چگونگی اجرای طلاق در دلیل چهارم نیز کافی نیست؛ زیرا این روایات دست‌بالا آن است که بر لزوم صیغه یا صیغه خاص در طلاق دلالت کند، اما تعبیر اینکه مرد به همسر خود «بگوید؛ یقول» نشان‌دهنده خصوصیت «قول» و «گفتن» را نمی‌رساند؛ زیرا می‌تواند از باب مثال یا غلبه باشد و عنایت در این روایت به اصل صیغه و

نوع آن است و از این رو منافاتی با نوشتن صبیغه (انشای نوشتاری) ندارد؛ چنان‌که مباشرت در گفتن نیز شرط نیست و می‌تواند از سوی وکیل گفته شود. استدلال به روایت خالدبن حجاج نیز، چنان‌که پیشتر، از جمله به استناد سخن شیخ انصاری بیان شد، ناتمام است؛

۴. نقد تند صاحب جواهر بر استدلال شهید ثانی به روایت ابوحمزه ثمالی که از نظر سندی نیز روایتی معتبر است، وارد نیست؛ زیرا وقتی میان این روایت مقید و دیگر روایت مطلق از نظر صناعت اصولی امکان جمع وجود دارد، صرف همسانی آن با نظر فقهای عامه دلیل حمل بر تقیه نیست؛ ذیل روایت نیز تشویش ندارد؛ زیرا پیداست مقصود این نیست که در نگارش انشای نوشتاری امکان وکالت دادن نیست، بلکه ذکر «نوشتن با خط» خود از باب غلبه یا مثال است و «یخطه بیده» همانند «ینطق به لسانه» در همین روایت است که پیداست قابل وکالت است؛ بنابراین نفی نخست حضرت علیه السلام ظاهراً به جنبه کتابت به دست خود شوهر یا به دست دیگری مربوط نمی‌شود، بلکه می‌تواند ناظر به مقام اثبات وقوع طلاق یا نفی اعتبار مطلق و مانند آن باشد؛ چنان‌که نیازی به توجیهاات یادشده در سخن صاحب جواهر درباره «او» نیز نیست؛

۵. آنچه در این بحث می‌تواند مورد توجه مخالفان اعتبار انشای نوشتاری قرار گیرد، دو روایت یادشده از زراره است. ظاهر ابتدایی این دو روایت عدم کفایت نوشتن صبیغه طلاق است. با این حال، جای تأمل در استدلال وجود دارد؛ زیرا در روایت اول به درستی معلوم نیست که شبهه درباره درستی انشای نوشتاری است یا اثبات آن از طریق نوشته؟ به دیگر سخن، احتمال می‌رود عدم اعتبار این طلاق که در نامه به همسر نوشته شده، ناشی از تردید در مقام اثبات و تحقق آن باشد و نه عدم صحت آن با علم به وقوع. از این رو صورت مسئله این است که نامه‌ای از سوی شوهر یا مالک دریافت شده که در آن از طلاق همسر یا آزادی برده سخن گفته شده، ولی اصل نگارش و جهت آن معلوم نیست چیست و به تعبیر علامه حلی که در بخش نخست مقاله آوردیم، ممکن است امری «عبث» باشد و طبعاً نمی‌توان به مقتضای نوشته عمل کرد و این امر با صحت طلاق در فرض علم به قصد و عبث نبودن آنکه در سخن سیدجواد عاملی نیز در بخش نخست آمد، منافاتی ندارد.

عدم تحقق طلاق در روایت دوم زراره نیز، همان‌گونه که شهید ثانی خاطر نشان کرده، می‌تواند به دلیل فقدان قصد در نوشتن یا عدم آگاهی از قصد او باشد؛ البته این احتمال نیز می‌رود که مربوط به فرض حضور شخص است و در این صورت با توجه به روایت ابو حمزه ثمالی، تنها طلاق شخص حاضر باید با انشای گفتاری باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۷۸). مؤید و بلکه شاهد عدم قصد این است که با وجود اینکه بر زبان آوردن صیغه طلاق در برابر شهود و شنیدن آنان آسان‌تر است، چگونگی است که شخص در پی انشای آن از راه نوشتن برآمده است؟

بر این اساس، هیچ‌یک از این دو روایت نیز با وجود اعتبار سندی خود نمی‌تواند دلیل روشنی بر لزوم انشای گفتاری در طلاق و تخصیص و تقیید عمومات و اطلاقات موجود در بخش معاملات عقلایی باشد؛ با این حال، با توجه به فتاوی موجود و نیز ظاهر اولی این دو روایت، احتیاط اقتضا می‌کند که صیغه طلاق به زبان آورده شود و به نوشتن آن بسنده نگردد؛ ولی مشکل این است که این احتیاط خود می‌تواند امری مخالف احتیاط باشد؛ زیرا در فرضی که به هر دلیل صیغه طلاق با نوشتن ادا شده باشد، بار نکردن آثار طلاق بر آن نیز خلاف احتیاط است و این امر در جایی که امکان تجدید انشای گفتاری آن وجود نداشته باشد، مانند فرض مرگ شوهر، موضوع را دچار شبهه جدی می‌کند. به هر حال از دیدگاه نگارنده انشای نوشتاری در فرض عدم حضور شوهر صحیح و معتبر است و در فرض حضور نیز صحت آن امری بعید نیست.

نتیجه‌گیری

انشا در معاملات به‌عنوان یک نیاز اجتماعی و روش عقلایی مورد تأیید شارع قرار گرفته و ابزار آن نیز امری عرفی و عقلایی است و بی‌تردید در نگاه عقلا انشای نوشتاری به‌عنوان یکی از اقسام سببیت در عقد و ایقاع از گذشته و به‌ویژه در روزگار کنونی امری معتبر بوده و هست. در عقد ازدواج نیز دلیلی ویژه که با فرض لزوم صیغه نشان دهد باید به زبان آورده شود، در دست نیست. در طلاق نیز به‌رغم وجود برخی روایات که مستند اعتبار تلفظ شمرده شده، با وجود دلیل خاص معتبر در خصوص شخص غایب جای تردید در صحت انشای نوشتاری نیست؛ چنان‌که در فرض حضور نیز با توجه به عموم و اطلاق ادله و فقدان

دلیل کافی بر تخصیص و تقیید آنها صحت آن بعید نیست؛ هر چند پیش از اجرای آن، خلاف احتیاط است و پس از آن نادیده گرفتن آن خلاف احتیاط است.

منابع

۱. ابن ادريس، حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ق)، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، ۳ج، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲. ابن حمزه، طوسی، محمد بن علی بن حمزه (۱۴۰۸ق)، الوسيلة إلى نیل الفضيلة، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۳. امام خمینی (۱۳۸۲ق)، تهذیب الاصول، تقرير جعفر سبحانی، ۳ج، قم: اسماعیلیان.
۴. امام خمینی، موسوی، سیدروح الله (۱۴۲۱ق)، البيع، ۵ج، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب، ۶ج، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۶. انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵ق)، کتاب النکاح، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، ۳۰ج، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۸. حلی، محقق، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ۴ج، قم: مؤسسه اسماعیلیان، دوم.
۹. حلی، محقق، جعفر بن حسن (۱۴۱۲ق)، نکت النهایة، ۳ج، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۰. خمینی، سید مصطفی (۱۴۱۸ق)، تحریرات فی الاصول، ۶ج، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
۱۱. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ۷ج، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۵ق.
۱۲. خویی، موسوی، سید ابوالقاسم (بی تا)، مصباح الفقاهة، ۷ج، تقرير: محمد علی توحیدی، بی جا: بی نا.
۱۳. خویی، موسوی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸ق)، موسوعة الإمام الخوئی، ۳۳ج، قم: مؤسسه احیاء آثار الإمام الخوئی.
۱۴. دورانت، ویل (۱۳۶۵)، تاریخ تمدن (یونان باستان)، ترجمه امیر حسین آریانپور، تهران: سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی.

١٥. دورانت، ويل (١٣٦٧)، تاريخ تمدن (عصر ايمان)، ترجمه ابوالقاسم طاهري، تهران: سازمان انتشارات و آموزش انقلاب اسلامي.
١٦. زنجاني، سيدموسي شيبيري (١٤١٩ق)، كتاب نكاح، ٢٥ ج، قم: مؤسسه پژوهشي راي پرداز.
١٧. سبحاني، جعفر (١٣٧٥)، نظام النكاح في الشريعة الاسلامية الغراء، قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
١٨. شهيد اول، عاملي (بي تا)، محمد بن مكي، القواعد و الفوائد، ٢ ج، قم: كتابفروشي مفيد.
١٩. شهيد ثاني، عاملي، زين الدين بن علي (١٤١٣ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ١٥ ج، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
٢٠. شهيد ثاني (١٤١٠ق)، الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقيه، تحقيق سيدمحمد كلانتر، ١٠ ج، قم: داوري.
٢١. صدوق، محمد بن علي بن بابويه (١٤١٣ق)، من لا يحضره الفقيه، ٤ ج، ٢ ج، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
٢٢. طباطبائي يزدى، سيدمحمد كاظم (١٤١٩ق)، العروة الوثقى (المحشى)، ٥ ج، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
٢٣. طوسي، محمد بن حسن (١٤٠٧ق)، تهذيب الأحكام، ١٠ ج، تهران: دارالكتب الإسلامية، چهارم.
٢٤. طوسي، محمد بن حسن (١٤٠٠ق)، النهاية في مجرد الفقه و الفتاوى، بيروت: دارالكتاب العربي.
٢٥. عاملي، سيدجواد بن محمد (١٤١٩ق)، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلماء، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
٢٦. علامه حلّي، حسن بن يوسف اسدي (١٤١٤ق)، تذكرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٢٧. علامه حلّي، حسن بن يوسف اسدي (١٤١٣ق)، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ٣ ج، قم: دفتر انتشارات اسلامي.
٢٨. علي، جواد (١٩٧٨م)، المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام، ١٠ ج، بيروت: دارالعلم للملادين، بغداد: مكتبة النهضة، دوم.
٢٩. كركي، محقق ثاني، علي بن حسين (١٤١٤ق)، جامع المقاصد في شرح القواعد، ١٣ ج، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.

٣٠. كليني، محمد بن يعقوب (١٤٢٩ق)، الكافي، ١٥ ج، قم: دار الحديث.
٣١. مجلسي اول، محمد تقى (١٤٠٦ق)، روضة المتقين فى شرح من لا يحضره الفقيه، ١٤ ج، ٢، تحقيق سيد حسين موسى كرمانى و همكاران، قم: كوشانپور.
٣٢. مصطفىوى حسن (١٤٠٢ق)، التحقيق فى كلمات القرآن الكريم، ١٤ ج، تهران: مركز الكتاب للترجمة و النشر.
٣٣. نجفى، محمد حسن (١٤٠٤ق)، جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ٤٣ ج، دار إحياء التراث العربى.
٣٤. نراقى، احمد (١٤١٥ق)، مستند الشيعة فى أحكام الشريعة، ١٩ ج، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.