

ماهیت «انشاء» و تأثیر آن در ازدواج و طلاق

عارف حمداللهی^۱

مژگان ارزگانی (نویسنده مسئول)^۲

چکیده

یکی از مسائلی که در روند شکل‌گیری معاملات، محل بحث قرار گرفته، ماهیت «انشاء» است. برخی آن را کیفیتی درونی می‌دانند که در نفس عاقد، گذشته و باعث پدید آمدن عمل حقوقی می‌شود و عده‌ای دیگر معتقدند عمل حقوقی، در حقیقت با وسایل اعلام اراده، انشاء می‌شوند. در واقع لفظ یا به عبارت عام‌تری کاشف است که عقد و ایقاع را انشاء می‌کند و آن را در عالم اعتبار به وجود می‌آورد. این دیدگاه که به نظر، بهترین تعریف از انشاء را ارائه می‌کند، بیان می‌دارد که با انشاء عمل حقوقی، آن عمل به وجود انشائی ایجاد می‌شود و پس از آن عقلا و شارع اثر مطلوب را بر آن بار می‌کنند. انشاء در ازدواج و طلاق به این معناست که اثر این عقد و ایقاع (زوجیت و جدایی) به واسطه الفاظ مشخصی که به صورت صریح دلالت بر قصد دو طرف برای ایجاد ازدواج و طلاق داشته باشند، به وجود انشائی و در عالم اعتبار پدید آید. هر کاشفی نمی‌تواند انشاء‌کننده ازدواج و طلاق باشد، بلکه به طور انحصاری فقط لفظ، قادر به انشای این عقد و ایقاع بوده و اثر آن‌ها را در عالم اعتبار به وجود می‌آورد. اگرچه در میان فقهای متقدم، انشای فعلی این دو، جایگاه چندانی ندارد، ولی در میان فقهای متأخر، نظریاتی به چشم می‌خورد که با توجه به کلیت آیات و روایات در باب معاملات، ایجاد ازدواج و طلاق از طریق فعل را نیز جایز می‌دانند. با توجه به اینکه انشاء فعلی این عقد و ایقاع، امروزه طرفدارانی پیدا کرده، ضروری می‌نماید کیفیت انشاء معتبر در ازدواج و طلاق به صورت مستدل، تبیین و شفاف‌سازی شود و ادله بطلان ازدواج فعلی آشکار گردد. در این نوشتار تلاش بر انجام این مهم با مراجعه به منابع مکتوب کتابخانه‌ای به روش توصیفی و تحلیلی صورت می‌گیرد.

کلید واژه‌ها: انشاء، اراده باطنی، اراده ظاهری، تأثیر انشاء در ازدواج، تأثیر انشاء در طلاق.

۱. استاد همکار و دبیر پژوهشی گروه حقوق جامعه سنتی المصطفی العالمیه نمایندگی خراسان
۲. دانش‌پژوه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی جامعه المصطفی سنتی العالمیه نمایندگی خراسان

یکی از مباحث مهم در حقوق مدنی، بحث معاملات و احکام و شرایط آن است که با قصد جدی طرفین پدید می‌آید. در موارد بسیاری اتفاق می‌افتد که طرفین معامله تصمیم بر ایجاد قراردادی می‌گیرند و همان را به وسیله یک کاشف ابراز می‌کنند تا توافق صورت گرفته و عقد منعقد شود، ولی در برخی موارد چنین پیش می‌آید که در ضمیر متعاملین چیزی متفاوت از آنچه بر زبان می‌آورند، خطور می‌کند، به گونه‌ای که طرفی مدعی می‌شود آنچه بیان کرده با آنچه قصد نموده مطابقت ندارد.

در چنین جایگاهی است که اهمیت انشاء و قصد انشاء در اعمال حقوقی نمایان می‌شود، زیرا ما در مواجهه با چنین حالتی دو موضع را می‌توانیم اختیار کنیم؛ یا قائل به اصل بودن قصد و نیت درونی در ایجاد عمل حقوقی می‌شویم و کاشف ابراز شده را فرع می‌دانیم، بدیهی است که در چنین مواردی باید بر اساس آنچه در باطن شخص گذشته حکم کنیم و گاهی نیز وسایل ابراز اراده را در پدید آمدن عمل حقوقی اصل می‌دانیم و انشاء عقد و ایقاع را بدون آن ناممکن فرض می‌کنیم؛ آشکار است با چنین دیدگاهی، در موضع اختلاف، مطابق با آنچه ابراز شده حکم می‌کنیم و دعوای کسانی که تفاوت قصد درونی خود را دلیل می‌آورند، مسموع نمی‌دانیم. بنابراین پاسخگویی به این مسئله که کاشف در انشای یک عمل حقوقی، طریقت دارد یا موضوعیت، ضروری می‌نماید، زیرا به جهت اینکه روابط انسان‌ها با یکدیگر در عصر جدید در همه عرصه‌ها پیشرفت قابل ملاحظه‌ای داشته است، امروزه نکاتی در معاملات مطرح می‌شود که در زمان گذشته موضوعیت نداشته است، مانند کتابت و قراردادهایی که به صورت نوشته شده انشاء می‌شوند.

یکی از مهم‌ترین اعمال حقوقی در قانون و شریعت، ازدواج و دیگری طلاق است که به دلیل ارتباط شدید آن دو، با مسئله آبرو و استحکام خانواده‌ها، مورد توجه خاص شارع و به تبع آن، قانونگذار قرار گرفته و احکام ویژه‌ای نسبت به آن در مقایسه با سایر اعمال حقوقی وضع شده است. اگر قائل به حاکمیت اراده باطنی در انشاء ازدواج و طلاق باشیم، باید این اعمال حقوقی را در نفس زوج و زوجه منعقد شده بدانیم و کاشفی را که ابراز می‌شود به عنوان حکایت‌کننده از قصد آن‌ها بپذیریم، ولی اگر بگوییم ازدواج و طلاق با قصد درونی منعقد نمی‌شوند، بلکه برای موجود گردیدن در عالم اعتبار نیاز دارند تا پای به عالم خارج گذاشته و اظهار شوند، باید کاشف را ابراز کنیم تا این دو عمل حقوقی واقع

شوند. چنانچه بتوانیم قول اخیر را ثابت کنیم تزلزل پیوندهایی مانند نکاح معاطاتی و ازدواج سفید آشکار می‌گردد، چه برخی با استناد به ادله‌ای که دلالت بر اهمیت قصد می‌کند سعی در اثبات صحت این پیوندها دارند و اگر با استدلال‌های مناسبی پاسخ داده نشوند احتمال مشتبه گردیدن پیوند مقدس ازدواج که اسلام به شدت به آن سفارش کرده با اعمالی مانند ازدواج سفید و هم‌باشی و نکاح معاطاتی فراهم می‌گردد. بنابراین پژوهش حاضر ماهیت انشاء و تأثیر آن را در ازدواج و طلاق بررسی نموده و کیفیت انشاء معتبر در هریک از این دو را مورد واکاوی قرار می‌دهد. با مطالعات انجام شده چنین می‌نماید که انشاء امری اعتباری است که متعلق قصد قرار گرفته و عقد و ایقاع را در عالمی فراتر از عالم وجودات حقیقی به واسطه کاشف خلق می‌کند، اگرچه هر کاشف عرفی می‌تواند قصد طرفین را ابراز کند، ولی انشای ازدواج و طلاق فقط به وسیله لفظ صورت می‌گیرد. جهت ورود به بحث، به تعریف چند اصطلاح کلیدی تحت عنوان مفاهیم پرداخته می‌شود.

۱. مفاهیم

۱.۱. قصد

برای «قصد» در لغت معانی بسیاری ذکر شده است. برخی آن را عمل از روی عمد معنی کرده‌اند (دهخدا، ۱۳۷۱، ج ۳۷: ۳۲۳) و در فرهنگ‌های عربی به معنای «عزم» و «توجه به سوی چیزی» آمده است (فیروز آبادی، ۱۳۲۶ق، ج ۱: ۳۳۹)، همچنین قصد به مفهوم در پیش گرفتن راه، برخورد دقیق تیر به هدف و آوردن شیء مورد نظر نیز به کار رفته است. در مصباح المنیر آمده است: «در فقه قصد، عزم به انشای التزام است و مراد از عزم به شیء، اراده قلبی بر آن است». (فیومی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ماده قصد)

برخی از فقیهان امامیه می‌گویند قصد باید به آغاز عمل مقرون باشد. آن قسمتی از قصد که قبل از عمل حاصل شده، عزم نامیده می‌شود و اعتباری ندارد. (شهید اول، ۱۴۰۰ق، ج ۱: ۱۱۴) در حقوق مدنی در باب قصد و رضا مواردی بیان شده است که طرفین عقد با اینکه به معانی الفاظ توجه داشته‌اند، اما آن عقد را قصد نکرده‌اند و اراده حقیقی نداشته‌اند که در ضمن مثال‌هایی بطلان بعضی از آن‌ها اعلام شده است. (امامی، ۱۳۸۶، ج ۱: ۱۰۲) با بررسی معانی لغوی و اصطلاحی «قصد» می‌توان گفت قصد عبارت از حالتی درونی است که از پایداری مستحکمی برخوردار بوده و منشأ عملی در خارج

می‌شود. هر معامله‌ای که بدون قصد صورت بگیرد باطل است، زیرا وجود «قصد» از جمله شرایط اساسی تحقق عقد و ایقاع است.

۱.۲. اراده

«اراده» در لغت به معنای خواستن، مشیئت، طلب، میل، قصد، آهنگ و گام است. (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق: ۳۷۱) یکی از عناصر مهم در عقود و ایقاعات اراده انشایی است که پس از تصور عمل و تصدیق آن حاصل می‌گردد و انسان را به طرف انجام فعل یا ترک آن دعوت می‌کند. (نجفی خوانساری، بی‌تا، ج ۱: ۳۶۶) دکتر جعفری لنگرودی پس از اینکه اراده را تعریف می‌کند، آن را به اراده داخلی و خارجی تقسیم نموده و می‌گوید: «اراده، اخطار قلبی است که قهراً بعد از حضور و تصدیق حاصل می‌شود و مقرون به عمل عضوی از اعضای بدن است. این اخطار تا وقتی منتهی به عمل خارجی نشده آن را اراده داخلی می‌نامند و وقتی منتهی به عمل خارجی شد اراده خارجی گویند». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۵)

۱.۳. انشاء

«انشاء» اسم مصدر عربی و در لغت به معنای پدید آوردن، به وجود آوردن (اقبال)، بیرون آمدن از چیزی (منتهی الارب) و آفریدن (غیاث اللغات)، اُنْشَأَ اللَّهُ خَلْقَهُ، آمده است. (جوهری، ۱۴۰۷ق، ج ۱: ۷۷) و در تعریف مشهور فقها عبارت است از «استعمال لفظ در معنا، به انگیزه تحقق معنا در ظرف مناسب خود». (موحد لنگرانی، ۱۳۸۱، ج ۳: ۳۷۶) تعریف دیگری نیز برای انشا در آرای آیت الله خویی تبیین شده که بر مبنای آن «انشاء عبارت از اعتبار نفسانی است ولی با توجه به اینکه «مافی الضمیر» انسان معلوم نیست، کاشف ابراز شده و از آن پرده برمی‌دارد» (فیاض، ۱۴۲۲ق، ج ۱: ۹۸) دکتر جعفری لنگرودی می‌گوید: «انشاء، موجودی را به وجود اعتباری پدید آوردن و آفریدن است». (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۹۲)

۲. نقش اراده در انشاء

آنچه اساس و زیر بنای معاملات را تشکیل می‌دهد اراده است و بدون آن اساساً عقدی به وجود نمی‌آید، ولی از آنجایی که اراده امری درونی و مخفی است نیازمندیم تا آن را به وسیله کاشفی ابراز نماییم تا در اجتماع بتوانیم به آن استناد کنیم. مسائل و

مشکلاتی که راجع به مراحل تشکیل اراده به ویژه زمانی که اراده ظاهر شده با قصد درونی تناقض پیدا کند، رخ می‌دهد، باعث شده است حقوق‌دانان و فقها بحث‌های فراوانی پیرامون اراده ظاهری و باطنی و نیز حاکمیت هر یک از آن دو در انشاء عقود و ایقاعات انجام داده و آن را مورد تعمق و دقت نظر قرار دهند. در این قسمت هریک از این دو نظر مورد بررسی قرار گرفته و سپس نظریه مطلوب ارائه می‌شود.

۲.۱. حاکمیت اراده باطنی در انشاء

بر اساس این نظریه آنچه سازنده عقود و ایقاعات است، اراده باطنی است، زیرا عامل اساسی در تکوین قراردادهای قصد انسان است و کاشف از این قصد طریقت دارد نه موضوعیت. مدلول ایجاب و قبول در معاملات، کاشف از قصد باطنی و اماره‌ای نسبی بر آن است مگر آنکه خلافش ثابت شود و در صورت اثبات خلاف آن، اراده باطنی معیار و ملاک خواهد بود. (قنواتی، ۱۳۸۳: ۵۹)

یکی از کسانی که بسیار بر نظریه حاکمیت اراده باطنی تأکید دارد محقق خویی است. ایشان عقیده دارند انشاء یک اعتبار نفسانی است، ولی از آنجایی که آنچه در نفس انسان قرار دارد برای دیگران معلوم نیست، لذا کاشف ابراز شده و از ما فی الضمیر انسان حکایت می‌کند. ایشان معتقد است امضای شارع یا عقلاء برای وجود اعتباری گرچه متوقف بر صدور لفظ و شبیه آن از انشاء کننده است، لیکن این توقف از جهت به کار بردن لفظ در معنای خود است، نه به عنوان سبب و علت. (فیاض، همان، ج ۱: ۹۸) مرحوم خویی در ادامه می‌گوید ممکن است در اینجا اشکالی مطرح گردد به این صورت که اگر انشای عقد را در درون نفس عاقد بدانیم در این صورت لازم می‌آید که در مواردی مثل بیع مال مغضوبه توسط غاصب به مشتری عالم، عقد را انشاء شده بدانیم، درحالی که شارع و عقلاء چنین بیعی را باطل می‌دانند. او خود به این اشکال مقدر چنین پاسخ می‌دهد که هر چند در چنین مواردی شارع و عقلاء اثری اعتبار نمی‌کنند، ولی بحث ما در خود انشاء است، نه اینکه بگوییم عقلاء برای بیع غصبی ملکیتی اعتبار می‌کنند یا خیر. امضا نکردن شارع و عقلاء به معنای عدم تحقق انشاء از ناحیه بایع و مشتری نیست. ایشان برای اثبات ادعای خود مبنی بر اینکه آنچه مشهور شده است (انشاء، ایجاد معنا به وسیله لفظ است) مبتنی بر قواعد اصولی و فلسفی نیست؛ می‌گویند ایجاد معنا توسط لفظ نمی‌تواند مربوط به عالم تکوین باشد، زیرا لفظ نه می‌تواند در مشتری تغییری تکوینی ایجاد کند و نه در ثمن. به عالم اعتبار هم نمی‌تواند مربوط باشد، زیرا لفظ وجودی مادی دارد و ممکن

نیست که در عالم اعتبار دخالت کند، از این رو همان اعتبار نفسانی بایع و مشتری بدون دخالت لفظ برای تحقق اثر در عالم اعتبار کافی است. (فیاض، همان، ج: ۱، ۸۸)

علاوه بر محقق خوبی سایر معتقدین به نظریه حاکمیت اراده باطنی در ماهیت انشاء به دلایلی استناد می‌کنند و می‌گویند: بعضی از آیات قرآن کریم بیانگر آن است که اعمال هر انسانی بسته به نیت درونی اوست و آنچه در قلب‌ها می‌گذرد مورد مؤاخذه قرار می‌گیرد نه آنچه در زبان‌ها است، چنانچه می‌فرماید: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبَكُمْ﴾ (بقره: ۲۲۵) پس عملی که بدون تصمیم قلب صورت پذیرد اثری در آخرت نخواهد داشت، ولی نیت بد و پلید در قلب اگرچه صورت خارجی پیدا نکند عواقب خطرناکی در پی داشته و اثر مؤاخذه الهی را به دنبال دارد. علاوه بر این روایاتی وجود دارد که نشان می‌دهد عمل انسان بر اساس قصد درونی او منشأ اثر قرار می‌گیرد. از جمله اینکه نیت برتر از عمل است و آگاه باشید که نیت حقیقت عمل است. (کلینی، ۱۳۲۶ق: ۳۳۸) در حدیث دیگری آمده است: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ». (نجفی، ۱۳۶۲، ج ۲۲: ۲۲۶) پس شالوده عمل انسان، قصد و نیت اوست. این روایات و روایات دیگر که به جهت رعایت اختصار از ذکر آن پرهیز کردیم بیانگر کاشف بودن اراده ظاهری و اصل بودن اراده باطنی است. همچنین دلیل دیگر بر حاکمیت قصد درونی انسان، قاعده «العقود تابعة للقصد» است که تأکید بسیاری از جانب فقیهان بر تقلیل موارد استثناء بر این قاعده صورت گرفته است. بر اساس این قاعده، تحقق عقد، نوع عقد و آثار آن تابع قصد طرفین معامله است. درباره این قاعده و اینکه عقد از قصد تبعیت می‌کند احتمالات گوناگونی داده شده است که همگی بیانگر حاکمیت اراده باطنی در تشکیل قراردادها است.

نظریه حاکمیت اراده باطنی در ماهیت انشاء، با اشکالاتی روبه‌رو است که در ذیل بیان می‌گردد:

اولاً با مراجعه به وجدان خود و نیز با نگاهی به مبنای عقلای عالم و متشرعین دیده می‌شود که آن‌ها برای کاشف از اراده و قصد ظاهری، موضوعیت قائل هستند و آن را فقط وسیله اعلام اراده نمی‌دانند. ثانیاً بر اساس عقیده محقق خوبی، الفاظ حیثیت اماره را دارند. می‌دانیم که اماره و کاشف مربوط به حالت شک است، لذا می‌پرسیم اگر کسی یقین داشته باشد که این اعتبار نفسانی تحقق پیدا کرده دیگر چه نیازی به لفظ و کاشف داریم؟ قطعاً کسی نمی‌تواند ادعا کند که آن مُبرز بالاتر کافی است و احتیاجی به کاشف

نیست، پس در نتیجه الفاظ موضوع انشا هستند نه طریقی برای وصول به آن. (موحدی لنگرانی، ۱۳۸۱، ج ۳: ۱۰۱)

ثالثاً لازمه کلام آیت الله خوئی این است که «بعت» انشایی هم به عنوان جمله خبریه مطرح باشد، زیرا بر اساس مبنای خود ایشان که فرق بین انشاء و خبر را بیان نموده‌اند اگر کسی قبلاً خانه‌اش را فروخته و الان بگوید: «بعت داری»، این جمله خبریه است. در «بعت» انشایی هم این خبر وجود دارد. رابعاً محقق خوئی معتقدند چون الفاظ مربوط به عالم حقیقت و واقع هستند نمی‌توانند انشا کننده وجودی در عالم اعتبار باشند، لیکن همین اشکال راجع به اراده نیز جاری است، زیرا اراده هم وجودی حقیقی دارد، پس نباید خالق وجود انشایی در عالم اعتبار باشد. (اعظمی چهار برج و جهانگیری، ۱۳۹۱: ۱۸)

خامساً در رابطه با آیات و روایاتی که پیرامون اهمیت اراده و قصد باطنی و حاکمیت آن در انشا معاملات و سنجش اعمال انسان بر اساس آن وارد شده نیز باید بگوییم این ادله در مورد عبادات است که امری معنوی می‌باشند و قصد قربت در آن‌ها شرط است، نه معاملات که نظم و استحکام قراردادها و در نتیجه حفظ نظام اجتماعی به آن وابسته است و نیازی به قصد قربت ندارد. بالفرض اگر این ادله شامل معاملات هم شود باز هم آثارش مربوط به جهان آخرت است. به طور مثال کسی که به قصد خودنمایی کردن، لباسی را که احتیاجی به آن ندارد می‌خرد، اگرچه عقاب اخروی به دنبال دارد معامله‌اش صحیح است. سادساً قاعده «العقود تابعه للقصود» با تمام احتمالاتی که برای آن بیان شده است دلالت بر طریقت لفظ و کاشف و موضوعیت قصد باطنی نمی‌کند، بلکه در نهایت امر به این معنا است که اگر قراردادی بدون قصد جدی واقع گردد هیچ گونه اثری بر آن مترتب نمی‌شود.

با بررسی نظریه حاکمیت اراده باطنی و نقدهایی که بر آن وارد شد به این نتیجه می‌رسیم که انشای معاملات در باطن و قصد انسان صورت نگرفته و واقع نمی‌شود. حال باید ببینیم که اراده ظاهری چیست و آیا می‌تواند خلق کننده موجودی اعتباری مثل ملکیت یا زوجیت باشد یا خیر؟

۲.۲. حاکمیت اراده ظاهری در انشاء

بر اساس این نظریه آنچه عمل حقوقی را به وجود می‌آورد اراده باطنی نیست، بلکه توافق اراده‌های ظاهری، عمل حقوقی را به عنوان یک پدیده اجتماعی در ظرف اعتبار به وجود می‌آورد. (موسوی، ۱۳۹۳: ۶۴) افراد اجتماع در داوری خود فقط اشخاص را به

مفاد عرفی گفتار و اعمال شان ملزم می‌دانند، لذا حفظ نظم و استحکام روابط اجتماعی ایجاب می‌کند که اراده ظاهری تنها کاشف و حکایت کننده از قصد درونی نباشد، بلکه باید خود در فرایند ایجاد و شکل‌گیری عمل حقوقی دخیل بوده و نقش مهمی داشته باشد؛ البته این بدان معنی نیست که اراده باطنی به عنوان یک کیف نفسانی درونی هیچ اهمیتی ندارد، بلکه همین اراده نفسانی است که منشأ اراده ظاهری می‌گردد، ولی آنچه مبدأ و سرآغاز و سبب برای عمل حقوقی است توافق اراده ظاهری است. این نظر به ویژه در فقه از شهرت عظیمی برخوردار است. با نگاهی گذرا به کتب فقهی درمی‌یابیم که فقهاء، اعلام را در تحقق عقود دارای نقش می‌دانند و مفاداً می‌گویند هر چه در زمره انشاءات باشد باید اعلام گردد تا بتواند اثر مورد نظر را در عالم اعتبار به وجود آورد. بنابراین، اعلام اراده صرفاً برای اطلاع طرف مقابل نیست. از طرفی دیگر در معاملات مثل بیع و اجاره، فقهاء اتفاق نظر دارند که پس از بیان عبارات صریح توسط معامله کننده، این ادعا که اراده باطنی او مطابق با معنای آنچه ابراز شده نیست، پذیرفته نمی‌شود. (قنوتی و دیگران، ۱۳۷۷، ج ۱: ۲۵۲)

از نگاه حقوق دانان نیز از آنجا که علم حقوق، علمی اجتماعی می‌باشد و به ساماندهی روابط انسان‌ها در جامعه می‌پردازد، برای تحقق عقد، اراده باید از باطن به جهان خارج گام نهد و به نحوی از انحاء ابراز گردد. (صفایی، ۱۳۸۵: ۶۶) از نظر این گروه ضرورت اعلام ایجاب برای اطلاع مخاطب امری بديهی است و ملاک تشخیص اشتباه بر اساس این نظریه، مدلول الفاظ ایجاب و قبول یا فعل است تا جایی که این مدلول، اماره‌ای مطلق بر قصد باطنی است و ادعای اشتباه در آن بی‌اثر است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۲۰۹) به عبارتی دیگر طبق این نظر، وسیله اعلام اراده، دلیل، کاشف و عنصر اصلی فرض می‌شود، به این جهت اگر کسی بگوید آنچه قصد نمودم غیر از آن چیزی است که ابراز نمودم، دعوایش مسموع نخواهد بود. نظم اجتماعی و ثبات و استحکام معاملات اقتضا می‌کند که اشخاص به مفاد عرفی گفته‌های خود پایبند باشند و گرنه هیچ امنیتی در روابط حقوقی باقی نمی‌ماند و به هیچ گفته و نوشته‌ای نمی‌توان اعتماد نمود. (سنه‌پوری، ۱۹۳۶م: ۱۷۶)

با عنایت به نقدهایی که بر نظریه حاکمیت اراده باطنی در ماهیت انشاء وارد شد و با بررسی ادله اثبات دیدگاه حاکمیت ظاهری به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر به واقع نزدیک‌تر است.

۳. نحوه دخالت لفظ در انشاء

با دقت در مباحث تشکیل قراردادهای و با توجه به حاکمیتی که برای اراده ظاهری در معاملات قائل شدیم این سؤال به ذهن خطور می‌کند که نقش اراده ظاهری که در قالب لفظ یا هر کاشف دیگری ابراز می‌شود در شکل‌گیری قراردادهای چیست؟ نحوه دخالت لفظ در انشا به چه صورتی است؟

۳.۱. دیدگاه مشهور فقها

در بین فقها مشهور است که انشاء عبارت از استعمال لفظ در معنا به انگیزه تحقق معنا در ظرف مناسب خود می‌باشد. بنابر نظر مشهور، همان طور که ممکن است امور واقعی اثر معامله را به وجود آورند، امکان دارد این اثر با انشاء نیز حاصل شود. مانند بیع که ایجاد ملکیت می‌کند و یک امر انشائی است. حقیقت انشای بیع در نظر مشهور این است که لفظ «بعث» در معنای نهایی خود یعنی اعتبار تملیک عین به عوض معلوم، استعمال شود و طرفین با این اقدام بخواهند سبب دیگری به غیر از امور واقعی را برای اعتبار شارع و عقلا ایجاد کنند و شارع و عقلا نیز به واسطه این انشاء، تملیک عین به عوض معلوم را اعتبار می‌کنند؛ یعنی بایع می‌خواهد با انشاء بیع، سببی برای تحقق ملکیت در عالم اعتبار ایجاد کند. بر این نظریه نقدی وارد شده است که باید بررسی شود:

طبق تعریف مشهور از انشاء، طرفین معامله لفظ را با قصد تحقق معنای آن استعمال می‌کنند. اگر در موردی طرفین عقد بدانند شارع و عقلا بر عمل آن‌ها اثری بار نمی‌کنند، ولی باز هم اقدام به انشاء عقد نمایند، در این صورت، این انشاء چه وضعیتی دارد؟ مثلاً زن شوهرداری با مردی که علم دارد این زن در عقد کس دیگری است اقدام به نکاح کرده باشند و یا در معامله بیعی، بایع و مشتری با علم به مغصوبه بودن مبیع، اقدام به معامله نموده باشند. بدون شک در همه این موارد انشاء صورت گرفته است، حال آنکه شارع و عقلا به آن ترتیب اثر نداده‌اند. اشکال وارده بر نظریه مشهور باعث شده تا اصولیین و فقها دیدگاه‌های دیگری را راجع به ماهیت انشاء و تاثیر لفظ بر آن مطرح کنند که در ذیل بررسی می‌شود.

۳.۲. نظریه استقلال وجود انشائی از سایر وجود

آخوند خراسانی معتقد است وجود انشایی عبارت از این است که لفظی در معنای خود استعمال شود و هدف استعمال‌کننده این باشد که آن معنا به نفس همین استعمال در نفس الامر تحقق پیدا کند. (آخوند خراسانی، ۱۴۱۳:ق: ۶۷)

نفس الامر جایی است که اعتبار در رابطه با سایر مسائل تحقق دارد. با این بیان، وجود انشائی مظلومی برای ظرف اعتبار می‌باشد. طبق تعریف مرحوم آخوند به سبب انشاء، مصداقی از منشأ در عالمی که به تعبیر ایشان عالم انشاء نامیده می‌شود به وجود می‌آید که در کنار وجودات خارجی، ذهنی، لفظی و کتبی وجود پنجمی بوده و مناسب برای موجودات اعتباری است.

در اینجا ضروری می‌نماید نکته مهمی تذکر داده شود و آن اینکه از نگاه مرحوم آخوند در انشای بعضی از امور اعتباری مانند عقود و ایقاعات پس از اینکه این امور در همان عالم نفس‌الامر ایجاد می‌شوند و به نحوی که بیانش گذشت وجود انشائی پیدا می‌کنند، صلاحیت می‌یابند که منشأ انتزاع اعتباراتی شوند که شرعاً یا عرفاً بر آنها مترتب است. (آخوند خراسانی، همان: ۸۷) و این، وجه اختلاف نظریه استقلال وجود انشائی از نظریه مشهور است. آنانی که تحقق وجود انشائی را در فرایند به وجود آمدن معاملات پذیرفته‌اند برای حل مشکلی که در ذیل تعریف مشهور از انشاء مطرح گردیده مفاداً می‌گویند در بعضی موارد ممکن است به دنبال وجود انشائی اثر مورد نظر مترتب نشود، مانند آنچه در بیع غاصب وجود دارد، یعنی با وجود اینکه موجودی اعتباری در عالم انشاء به وجود می‌آید لیکن شارع برای این موجود انشاء شده اثری قائل نیست. در نظر این گروه در همان ظرفی که ملکیت و امثال آن تحقق پیدا می‌کنند یک وجود دیگری نیز به نام وجود انشائی محقق می‌شود. این وجود انشایی علاوه بر اینکه در بیع غاصب و در ازدواج زن شوهر دار وجود دارد، در برخی از مفاهیم که دارای واقعیت خارجی و ذهنی هستند نیز وجود دارد. (حکیم، بی تا، ج: ۱: ۱۲۴) طبق تعریف ایشان، به جهت اینکه انشاء‌کننده باید قصد تحقق آن وجود انشایی را در عالم اعتبار داشته باشد و لفظ را به این انگیزه استعمال کند، پس مقدمتاً باید قصد وجود داشته باشد تا در پی آن الفاظ و کاشفی استعمال گردند و سپس وجود انشائی تحقق پیدا کند. به عبارتی دیگر بر اساس این نظریه انشاء‌کننده دو کار انجام می‌دهد؛ اول معامله را قصد می‌کند و بعد آن را به

واسطه الفاظ یا کاشف در عالم اعتبار پدید می‌آورد. بعد از این مرحله است که عقلا و شارع اگر صلاح ببینند اثر مطلوب معامله را بر آن وجود انشایی مترتب می‌نمایند.

طرفداران وجود انشایی می‌گویند تشخیص وجود انشایی به شخص انشا کننده و لفظ است؛ به گونه‌ای که اگر شخص دیگری انشاء کند و یا با لفظ دیگری انشاء نماید وجود دیگری تحقق پیدا می‌کند که غیر از وجود اول خواهد بود. مانند وجود ذهنی که اگر کسی دو مرتبه مفهوم انسان را تصور کند، دو وجود ذهنی برای انسان تحقق پیدا می‌کند. (آخوند خراسانی، همان، ج ۱: ۱۶)

این نظریه که طرفداران زیادی دارد از جهاتی مورد نقد و اشکال قرار گرفته که لازم است در اینجا بررسی شود:

مرحوم محقق اصفهانی نظریه استاد خود را چنین تفسیر می‌کند: برای اینکه کلام آخوند خراسانی دارای معنا و مفهوم باشد باید ناچار مراد او از وجود انشایی را به وجود لفظی تأویل کنیم (لنکرانی، همان، ج ۱: ۳۴۷) و بگوییم اقسام وجود منحصر به چهار نوع (عینی، ذهنی، کتبی و لفظی) است و وجود پنجمی به نام وجود انشایی قابل تصور نیست. (محقق اصفهانی، ۱۳۷۴: ۱۹۰) به عقیده ایشان همان گونه که ماهیت به واسطه وجود خارجی و وجود ذهنی محقق می‌شود، به وسیله وجود لفظی هم قابل تحقق است، این قابلیت به دلیل علقه و ارتباط شدیدی است که میان لفظ و معنا وجود دارد و به سبب این علقه، معنا به واسطه لفظ به وجود می‌آید و تنها تفاوتی که میان وجود لفظی با وجود ذهنی و خارجی وجود دارد این است که ماهیت، توسط وجود خارجی و وجود ذهنی حقیقتاً محقق می‌شود، ولی در مورد وجود لفظی ماهیت و معنا بالعرض به وجود می‌آید. (همان: ۱۹۲)

دیدگاه محقق اصفهانی با اشکالاتی از جانب اصولیین روبه‌رو است، زیرا اولاً صاحب نظریه استقلال وجود انشایی در کلام خود قید «فی نفس الأمر» را مطرح کرده‌اند درحالی که اگر معنای وجود انشایی همان وجود لفظی باشد، نیازی به ذکر قید مذکور نبود، زیرا بدون شک وجود لفظ وجودی خارجی است و با توجه به اینکه معنا به تبعیت از لفظ وجود پیدا می‌کند، پس وجود معنا هم وجود خارجی بوده و با این بیان می‌بایست آخوند خراسانی قید «فی الواقع» را به جای «فی نفس الأمر» می‌آوردند، لیکن ظاهراً ایشان با استعمال قید اخیر می‌خواستند معنایی گسترده‌تر از عالم واقع را بیان کنند.

ثانیاً اینکه محقق اصفهانی وجود را منحصر به چهار حالت نموده‌اند مربوط به عالم واقعیت است، درحالی که ما برای ملکیتی که به واسطه ارث یا حیازت حاصل شده است،

وجود قائل هستیم، این در حالی است که این وجود خارج از چهار حالت مورد ادعای محقق اصفهانی است، پس هر وجودی را که برای ملکیت قائل هستیم همان را می‌توان برای وجود انشایی نیز در نظر گرفت. (موحد لنگرانی، همان، ج ۱: ۳۸۳)

ایراد دیگری که برخی بر نظریه وجود استقلالی انشاء وارد کرده‌اند این است که به موجب آن، در هر عقدی عقلا و شارع باید دو اعتبار داشته باشند؛ یکی اعتبار وجود انشایی و دیگری اعتبار اثر مطلوب، حال آنکه ظاهراً عقلا و شارع در هر عقدی فقط یک اعتبار می‌کنند. لذا این نظریه از این حیث نیز قابل تأمل به نظر می‌رسد، لیکن اشکال اخیر هم قابل دفاع است، زیرا استعمال لفظ یا کاشف نه سببیت تکوینی برای اعتبار اثر مطلوب دارد و نه سببیت خارجی، بنابراین با استعمال لفظ، سببیت اعتباری برای اعتبار ملکیت توسط شارع و عقلا ایجاد می‌گردد، که ما این سبب واسطه‌ای را که منجر به اعتبار ملکیت می‌شود، وجود انشایی می‌نامیم. (اعظمی چهاربرج و جهانگیری، ۱۳۹۱: ۱۱)

با مراجعه به قانون مدنی ایران هم به نظر می‌رسد قانونگذار نظریه استقلال وجود انشایی را پذیرفته است. ماده ۱۸۹ قانون مدنی بیان می‌دارد عقد معلق آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء، معلق به امر دیگری باشد، یعنی امکان دارد که به محض انعقاد عقد، اثر ذات آن به وجود نیاید و با این حال عقد صحیح باشد. صحت عقد معلق تنها با تصور یک وجود اعتباری واسط امکان‌پذیر است. حال اگر معتقد باشیم که در عقود از طرف شارع و عقلاء فقط یک اعتبار صورت می‌گیرد که همان مقتضای ذات عقد است باید عقدی را که به صورت معلق انشاء می‌شود باطل بدانیم، زیرا به نظر مخالفین استقلال وجود انشایی، اگر شرایط تحقق وجود اعتباری فراهم باشد، عقلا و شارع تنها اثر ذات عقد را اعتبار می‌کنند و اگر این شرایط موجود نباشد هیچ نوع اعتباری را انجام نمی‌دهند. بنابراین اگر اثر ذات عقد محقق نشود به دلیل اینکه هیچ نوع اعتباری صورت نگرفته عقد باطل خواهد بود، حال آنکه طبق نظر اکثر حقوق‌دانان ظاهراً قانون مدنی عقد معلق را صحیح می‌داند. (شهیدی، ۱۳۷۷، ج ۱: ۷۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۱۹۸؛ امامی، ۱۳۸۶، ج ۱: ۱۷۸)

اکنون این سؤال مطرح می‌گردد که اگر در عقد معلق اثر مطلوب ذات عقد اعتبار نشده، مثلاً اگر در عقد معلق، ملکیت اعتبار نشده، پس چه چیزی اعتبار شده که دارای اثر حقوقی است؟ پاسخ این است که طبق تحلیل فوق در هر عقدی، عقلاء و شارع دو نوع اعتبار دارند، به این صورت که اول وجود انشائی را اعتبار می‌کنند، یعنی وجود اعتباری حاصل از به کار بردن کاشف به قصد ایجاد معنای آن در عالم اعتبار را جعل می‌کنند و

بعد از آن، مقتضای ذات عقد را که حسب مورد ممکن است موارد مختلفی مانند ملکیت یا التزام به تأدیه دین باشد، اعتبار می‌نمایند.

در بعضی موارد ممکن است این دو اعتبار مثل عقد منجّز در کنار هم و هم‌زمان محقق شوند، ولی در بعضی دیگر ممکن است فاصله زمانی بین آن‌ها ایجاد گردد، خواه این عدم تقارن ناشی از قصد مشترک طرفین باشد مثل عقد معلق و خواه به سبب مصلحت و نظم معاملاتی و حکم قانون، مثل معامله فضولی؛ و در بعضی موارد ممکن است وجود انشایی محقق شود، لیکن مقتضای ذات عقد اصلاً به وجود نیاید و عقلاً و شارع اثر مطلوب آن را اعتبار نکنند، مثل نکاح زن شوهردار. (اعظمی چهاربرج و جهانگیری، همان)

۳.۳. نظریه مختار

با بررسی نظریات فقهاء پیرامون ماهیت انشاء به نظر می‌رسد قول به استقلال وجود انشایی، به حقیقت نزدیک‌تر بوده و قابل قبول است، زیرا اگر انشاء را کیفیتی درونی محض بدانیم با اشکالات فراوانی روبه‌رو می‌شویم که در نقد دیدگاه آیت الله خوئی بیان گردید. چه اینکه قصد درونی اگر منشأ آفرینش عمل حقوقی شود توانایی ورود در عالم حقوق را ندارد و نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد. بنابراین ماهیت انشاء، کیفیت درونی ساده نیست، بلکه باید به نوعی به عالم خارج پا نهاده و عمل حقوقی را به وجود آورد. انشاء به معنای ایجاد نمودن عقد یا ایقاع به واسطه چیزی است که دلالت بر قصد متعاقدين نماید. همان‌طور که بیان شد مشهور فقیهان معتقدند در انشاء، لفظ به انگیزه تحقق معنایش استفاده می‌شود ولی در موارد بسیاری دیده می‌شود که لفظ به قصد انشاء استعمال شده، اما معنا محقق نگردیده است، از این‌رو بر اساس آنچه آخوند خراسانی فرموده‌اند باید برای انشاء در کنار سایر وجودات، وجود جداگانه‌ای قائل شد تا متعاملین بتوانند معامله خود را حتا اگر مورد پذیرش شارع و عقلاً نباشد در آنجا به وجود آورند و بعد از آن مرحله، مطابق مصالح و مفاسدی که شارع و عقلاً راجع به عمل انشاء شده در نظر دارند، ممکن است حکم جریان تحقق نتیجه عمل حقوقی یعنی اثر آن را بار نمایند و ممکن است چنین اعتباری نکنند.

۴. تأثیر ماهیت انشاء در ازدواج و طلاق

از مسائلی که در دین مقدس اسلام بسیار مورد توجه و تأکید قرار گرفته، ازدواج و طلاق است. در بخش گذشته به این نتیجه رسیدیم که انشاء معاملات و اعمال حقوقی به واسطه اراده ظاهری و یا به عبارت دیگر، توسط کاشف صورت می‌گیرد و در این میان، کاشف موضوعیت دارد نه طریقت. عقد ازدواج و ایقاع طلاق هم از همین قاعده پیروی می‌کنند؛ در حقیقت هنگامی که اراده زوجین در ازدواج و اراده زوج در طلاق ابراز می‌گردد، عمل حقوقی انشاء می‌شود و آثار آن به وجود می‌آید.

همان طور که در مباحث پیشین گفته شد، اراده و قصد درونی به تنهایی نمی‌تواند هیچ‌یک از اعمال حقوقی را انشاء نماید، بلکه انشای عقد، زمانی صورت می‌گیرد که توسط کاشف از قصد باطنی ابراز گردد. از این رو انشای ازدواج و طلاق اگر با وسایل ابراز اراده صورت گیرد می‌تواند تأثیر حقیقی خود یعنی ایجاد زوجیت در ازدواج و ایجاد رهایی و جدایی در طلاق را به دنبال آورد، اما اگر انشاء این عقد و ایقاع را در نفس متعاقدين و در ضمیر آنها واقع شده بدانیم، این چنین قصدی قدرت خلاقه نداشته و نمی‌تواند در پدیدآوردن زوجیت و جدایی، تأثیرگذار باشد. پرسشی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که آیا همان طور که در سایر عقود و ایقاعات، اظهار اراده به وسیله هر کاشفی که قصد متعاقدين را ابراز نماید و عرفاً قابل درک باشد صحیح است و عقد انشاء می‌شود، در نکاح و طلاق هم وضعیت به همین گونه است؟ یا با توجه به اهتمام ویژه شارع و عقلاء به این مسئله، انشای عقد ازدواج و ایقاع طلاق، شرایط ویژه خود را دارد؟ برخی از فقها و حقوق‌دانان معتقدند همان گونه که در سایر معاملات، هر وسیله‌ای که دلالت بر قصد جدی متعاملین کند، می‌تواند انشاء کننده عمل حقوقی باشد، در ازدواج و طلاق هم به همین ترتیب هر کاشفی از جمله «فعل»، چنین قدرتی را دارد. در مقابل، مشهور فقهاء و حقوق‌دانان با توجه به جایگاه ویژه ازدواج و طلاق، واضح‌ترین و مبرزترین وسیله اعلام اراده را که عبارت از لفظ است، به وجه انحصاری در انشاء ازدواج و طلاق معتبر می‌دانند. اینک آراء و نظریات این دو گروه و دلایل ایشان بررسی می‌گردد.

۴.۱. کیفیت انشاء معتبر در ازدواج

از دیدگاه دسته‌ای از اندیشمندان، عقد ازدواج به واسطه فعلی که بیانگر قصد زوجین باشد انشاء می‌گردد و ضرورتی ندارد که حتماً لفظ کاشف از قصد آنها باشد. در دوران معاصر اولین کسانی که قابلیت انشای فعلی در ایقاع زوجیت را از نگاه فنی مطابق

اقتضای قواعد دانسته‌اند، امام خمینی (امام خمینی، ۱۳۸۸، ج: ۱، ۲۶۷) و محقق خوبی (محقق خوبی، ۱۳۷۴، ج: ۲، ۱۹۲) هستند. این دو فقیه عالی‌قدر با اینکه بیان می‌دارند انشای فعلی زوجیت ممکن است، به دلیل وجود دلایل فقهی دیگری این نظریه را رد می‌کنند. به دنبال ایشان آیت الله سبحانی مطلق تعاطی را صحیح دانسته‌اند، مشروط به اینکه چنین روش و سیره‌ای برای واقع شدن ازدواج ثابت باشد (سبحانی، ۱۳۸۷، ج: ۱، ۱۱۲)، چنانچه در بعضی از قبایل و عشایر چنین است. در نهایت بعضی از نواندیشان فقهی به صحت نکاح معاطاتی به طور مطلق فتوا داده و در کتب خود آن را پذیرفته‌اند (صادقی تهرانی، ۱۳۷۸: ۲۶۷)، زیرا معتقدند نکاح معاطاتی از میان شرایط اساسی صحت معاملات، فقط فاقد لفظ است، بنابراین بر اساس اصل وفای به عهد و عقد و اصل صحت قراردادهای ازدواجی که به صورت معاطاتی واقع می‌گردد صحیح بوده و آثار شرعی بر آن مترتب خواهد شد و اینکه راه ابراز اراده را منحصر به لفظ کنیم به هیچ وجه کار درستی نیست، زیرا با پیشرفت زمان، ضرورت‌هایی در زندگی رونما می‌شود که در قدیم نبوده است، و طبیعتاً احکام شریعت هم با نیازمندی‌های زمان حرکت می‌کند. در نقد دیدگاه صحت نکاح با فعل گفته می‌شود که صحت نکاح معاطاتی نمی‌تواند مستند به عموم ادله صحت معاملات شود، چون با توجه به اینکه نکاح، عقدی توقیفی است، مانند سایر معاملات، عرفی محض نیست و مانند عبادات، تعبدی محض هم تلقی نمی‌شود، پس باید آن را با در نظر داشت اینکه تعداد زیادی از مقاصد شرعی دین به آن وابسته است، آمیزه‌ای از معامله و عبادت دانست. بنابراین نباید همه احکام و قواعد قراردادهای و معاملات معوض را تک‌به‌تک درباره نکاح جاری دان است و آن را بسان معاملات دیگر، مبادله مال به مال فرض نمود. از سوی دیگر اطلاق عنوان عقد بر نکاح معاطاتی، از نگاه عرف، مشکوک بلکه مردود است، آنچه از دلالت آیه شریفه «أوفوا بالعقود» به دست می‌آید لزوم وفا به عقدی است که در نزد عرف عقلاء اثر شرعی بر آن مترتب شود، نه عقدی که ترتب اثر بر آن، حداقل مشکوک است. علاوه بر این، سیره و روش عرف در معاملات پیچیده و خطیر که ارزش و اهمیت اجتماعی زیادی دارد، همواره این بوده که در انشای آن تنها به معاطات اکتفا نکرده و آن را با انشای لفظی یا تنظیم قراردادنامه مستحکم می‌کنند.

با نقدهایی که به نکاح معاطاتی وارد شد، به این نتیجه می‌رسیم که نکاح معاطاتی محکوم به بطلان است و نمی‌تواند پدیدآورنده زوجیت و آثار شرعی آن باشد. به نظر می‌رسد انعقاد عقد ازدواج از هر طریق دیگری غیر از لفظ برای کسانی که قدرت بر تکلم

و تلفظ دارند صحیح نیست و مترتب کننده آثار شرعی نخواهد بود. ممکن است گفته شود فقیهان و به پیروی از آن‌ها قانونگذار، در فرض عجز از تکلم و به عنوان ثانوی، اشاره را که دال بر قصد زوجیت باشد جایگزین انشای لفظی قرار داده‌اند. (قانون مدنی، ماده ۱۰۶۶؛ حرعاملی، بی تا، ج ۶: ۱۳۶) در پاسخ می‌گوییم این اشکال، خود دلیلی برای اثبات انحصار انشاء زوجیت با لفظ است و استثنائی که در خصوص شخصی که عاجز از تکلم است شاهدهی می‌تواند باشد بر اینکه تلفظ در نکاح شرط بوده و اشاره خلاف قاعده و در موارد خاصی است که در آن حالات از اصل اولیه عدول می‌نماییم.

۲.۴. کیفیت انشای معتبر در طلاق

اعتبار صیغه در انشای طلاق و عدم وقوع آن به وسیله هر مبرزوی غیر از لفظ، مورد اتفاق فقها بوده و هیچ قول مخالفی در این باره ارائه نشده است، حتا کسانی که انشای سایر عقود و ایقاعات را به واسطه معاطات ممکن می‌دانند، درباره طلاق و جریان معاطات در آن توقف نموده و قائل به چنین قولی نیستند. عده‌ای از آن‌ها می‌گویند: هر چند ایقاع طلاق به سبب فعلی که مُفهِم طلاق باشد ممکن است، ولی جریان معاطات در آن، خلاف ادله شرعی، از تکاز متشرعه و تسالم فقها است. (امام خمینی، ۱۳۸۸، ج ۱: ۲۶۹)

با وجود شهرت انشای طلاق با لفظ، گاهی دیده می‌شود برخی از اندیشمندان به علت مشکلاتی که برای زوجه در صورت اعراض زوج از او، به وجود می‌آید، با استناد به دلایلی مانند بنای عقلاء و سیره متشرعه سعی دارند ایجاد طلاق توسط فعل از جمله فعل اعراض را نیز صحیح تلقی نمایند. از نگاه آن‌ها عقد ازدواج، عقد مملک معوضی است که به سبب آن زوج با پرداخت مهریه به زوجه، مالک بضع او می‌شود. بر این اساس، همان قواعدی که در معاملات ملکیتی جاری می‌شود در عقد ازدواج هم قابل جریان است. یکی از این قواعد، قاعده اعراض است؛ به این بیان که مالک به قصد ازاله ملکیت، ملک خود را رها کند. طبق این قاعده در صورتی که مالک از مال خویش اعراض نماید، به استناد ادله شرعی، مُعْرَض عنه از ملکیت وی خارج شده و در حکم مباحات اصلی درمی‌آید (کاردان، ۱۳۹۲: ۱۲۶-۱۳۶) پس در صورتی که زوج از زوجه غافل شود و ضروریات زندگی او را فراهم نکند، نشان از بی‌میلی و بی‌رغبتی او به همسرش و در نتیجه اعراض او می‌باشد. در پاسخ به این قول گفته می‌شود که پذیرفتن عقد ازدواج به منزله یک عقد تملیکی بسیار مشکل است و با روایاتی که در باب ازدواج وارد شده، نمی‌توان آن را عاری از شائبه عبادت دان است. عقد ازدواج تا جایی تحت قواعد معاملات

قرار می‌گیرد که با طبیعت آن سازگاری داشته باشد. از طرفی دیگر مشکلاتی که زوج به سبب اعراض زوج از او، متحمل می‌شود مصداق عسر و حرج می‌تواند باشد که بر اساس آن زوج می‌تواند از دادگاه تقاضای طلاق کند. (ماده ۱۱۳۰ ق.م.) بنابراین طلاق معاطاتی که به وسیله اعراض و روی گرداندن زوج از زوج تصور گردیده است، قابل پذیرش نیست.

قانون مدنی هم در ماده ۱۱۳۴ اجرای طلاق را با صیغه معتبر می‌شمارد. در مورد اینکه صیغه طلاق چه شرایطی دارد نیز میان فقها و حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی از فقها معتقدند طلاق فقط با صیغه خاصی واقع می‌شود و آن صیغه، «أنتِ طالق» است یا هر لفظی که بر تعیین مطلقه دلالت کند. از این رو طلاق با الفاظی که صریح نباشد یا دارای کنایه باشد، واقع نمی‌شود. (امام خمینی، ۱۳۶۸، ج ۳: ۵۸۷)

در بین فقهای متأخر مشهور است که گفتن عبارت طلاق برای کسی که قادر بر آن است، باید به زبان عربی باشد، در حالی که از دلایل شرعی چنین حکمی مگر درباره عرب زبانان به دست نمی‌آید، زیرا الفاظ عربی خصوصیتی ندارند، هر چند بنابر احتیاط واجب، لازم است به دلیل اهتمام زیاد شارع به خانواده، به قول مشهور علما عمل نمود. در رابطه با تنجیز یا تعلیق طلاق هم قانون مدنی ابراز نظر نموده است. در ماده ۱۱۳۵ آمده است که طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق، باطل است. بنابراین اگر چه به طور کلی نمی‌توان تعلیق در ایقاعات را نپذیرفت، لیکن ایقاع طلاق به علت جایگاه خاصی که در نزد شارع دارد، ضروری است که به صورت منجز واقع شود. به نظر می‌رسد همه دلایل و استدلال‌هایی که بر انشاء ازدواج به واسطه الفاظ، بیان گردید در طلاق هم صادق است و می‌توان به آن‌ها در اینجا هم استناد نمود.

نتیجه‌گیری

در تقابل اراده ظاهری و باطنی در ماهیت انشاء، اصل حاکمیت اراده ظاهری است و بر اساس آن «انشاء» به معنای به وجود آوردن عمل حقوقی به واسطه کاشف از قصد درونی، در عالم انشایی است. به عبارت دیگر انشاء به معنای استعمال لفظ در معنای خودش با هدف تحقق ماهیت انشایی در عالم انشایی است. ازدواج و طلاق به عنوان عقد و ایقاعی که مورد اهتمام ویژه شارع قرار دارند نیز به اراده ظاهری انشاء می‌شوند و قصد درونی در ایجاد اثر این عقد و ایقاع، تأثیری ندارد. از میان وسائلی که اراده باطنی

را ابراز می‌کنند، تنها، «لفظ» صلاحیت انشای ازدواج و طلاق را دارد و سایر وسائل اعلام اراده، توانایی خلق چنین اثری را ندارند.

منابع و مأخذ

- قرآن کریم
- اصفهانی، محمد حسین (۱۳۷۴)، *نهایة الدراية فی شرح الکفاية*، قم: مؤسسه سید الشهداء علیه السلام.
- اعظمی چهار برج، حسین و حمیده جهانگیری (۱۳۹۱)، *ماهیت انشاء، فصلنامه تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی*، ش ۲، تهران.
- امامی، اسد الله و سید حسین فائی (۱۳۸۵)، *مختصر حقوق خانواده*، تهران: میزان.
- امامی، حسن (۱۳۸۶)، *حقوق مدنی*، تهرانی: اسلامیه.
- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۱۳ق)، *کفاية الاصول*، با حواشی میرزا ابوالحسن مشکینی، ج ۱، قم: انتشارات لقمان.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۴۰)، *تأثیر اراده در حقوق مدنی*، [بی‌جا]: گیلان.
- _____ (۱۳۸۷)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: گنج دانش.
- جوهری، ابونصر اسماعیل بن حماد (۱۴۰۷ق)، *الصالح (تاج اللغة و صحاح العربیه)*، تحقیق عطار احمد عبدالغفور، بیروت: دار العلم للملایین.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (بی‌تا)، *وسائل الشیعه*، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم السلام.
- حکیم، عبدالصائب (بی‌تا)، *منتقى الاصول*، بیروت: مطبعة الامیر.

- خمینی، سید روح الله (۱۳۶۸)، تحریر الوسیله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمته الله علیه.
- _____ (۱۳۸۸)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر امام خمینی رحمته الله علیه.
- خویی، ابوالقاسم (۱۳۷۴)، مصباح الفقاهه، نجف: مطبعة الحیدریه.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۳۶م)، نظریة العقد، قاهره: دارالکتب المصریة.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی (۱۴۰۰ق)، القواعد و الفوائد (فی الفقه و الاصول العربیة)، قم: کتاب فروشی امید.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۷)، تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: نشر حقوق دان.
- _____ (۱۳۹۱)، حقوق مدنی ۳: تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
- صادقی تهرانی، محمد (۱۳۷۸)، توضیح المسائل نوین، ج ۱، تهران: امید فردا.
- فاضل موحدی لنکرانی، محمد (۱۳۸۱)، اصول فقه شیعه، ج ۱، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار علیهم السلام.
- فیاض، شیخ محمد اسحاق (۱۴۲۲ق)، محاضرات فی أصول الفقه، مؤسسه إحياء آثار امام خویی رحمته الله علیه.
- فیروز آبادی، محمد بن یعقوب (۱۳۲۶ق)، القاموس المحیط، تحقیق مکتب تحقیق التراث فی مؤسسه الرساله، ج ۸، بیروت: مؤسسه الرساله للطباعة و النشر و التوزیع.
- فیومی، احمد بن محمد (۱۴۱۴ق)، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر، قم: مؤسسه دارالهجره.
- قنوتی، جلیل و همکاران (۱۳۷۷ق)، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۱، تهران: سمت.

- قنواتی، جلیل (۱۳۸۳)، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، قم: بوستان کتاب.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۹)، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران: میزان.
- کشاورزی ولدانی، مرتضی و همکاران (۱۳۹۷)، حاکمیت اراده ظاهری در ماهیت انشاء، جستارهای فقهی و اصولی، س ۴، ش ۱۰.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۲۶ق)، اصول کافی، بیروت: الاعلمی، چاپ هشتم.
- محمد تقی، مصباح یزدی (۱۳۷۵)، دروس فلسفه، تهران: پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی.
- موسوی، سید صادق (۱۳۹۳)، مبانی نظری جهل و اشتباه و آثار آن در اعمال حقوقی، ج ۲، تهران: انتشارات امیر کبیر.
- نجفی جواهری، محمد حسن (۱۳۶۲)، جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.