

انعقاد عقد ازدواج در مذهب حنفی

محمد صادقی*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۲/۰۴؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۱/۱۴)

چکیده

در بحث انعقاد عقد ازدواج در مذهب حنفی ابتدا به مبحث خواستگاری پرداخته و شروط آن مانند صلاحیت زن برای ازدواج و عدم خواستگاری قبلی بیان شده و عدول از خواستگاری مورد بررسی قرار می‌گیرد. برای تحقق رابطه زوجیت باید عقد ازدواج منعقد گردد. عقد ازدواج نیز مانند سایر عقود دارای ارکان و شرایطی است. ارکان، اموری است که قوام شیء به آن است و ماهیت با آن محقق می‌شود؛ یعنی این امور جزء حقیقت شیء می‌باشد. عقد ازدواج دارای دو رکن ایجاب و قبول می‌باشد که از متعاقبین صادر شده و آن دو را به یکدیگر مرتبط ساخته و عقد، محقق می‌شود. در این زمینه الفاظ عقد و انشاء عقد از طریق کتابت و شرایط تحقق ایجاب و قبول یعنی وقوع ایجاب و قبول در یک مجلس، تطابق ایجاب و قبول استماع صیغه توسط متعاقبین، موقت نبودن عقد و معلق نبودن عقد بیان می‌گردد. همچنین بحث و کالت در ازدواج و انعقاد عقد توسط عاقد واحد از جمله مباحثی است که دیدگاه مذهب حنفیه در آنها مطرح می‌گردد.

کلیدواژگان

ارکان عقد، ازدواج، ایجاب، قبول، خواستگاری.

* استادیار حقوق خصوصی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران
رایانامه: msadeghi4817@yahoo.com

مقدمه

هر عقد شرعی که دارای شأن و جایگاه مهمی است، مقدماتی را دربردارد تا متعاقبین دامنه میل و رغبت خود را تبیین نمایند و وقتی میل و رغبت آن دو با هم تلاقی کرد و هماهنگ گردید، اقدام به انجام عقد نمایند.

عقد ازدواج نیز چون از جمله مهم‌ترین و خطیرترین عقود می‌باشد شارع برای آن مقدمه‌ای را در نظر گرفته است؛ این مقدمه خواستگاری است که در لغت عربی به آن «خطبه» گفته می‌شود. همچنین برای تحقق رابطه زوجیت باید عقد ازدواج منعقد گردد. عقد ازدواج نیز مانند سایر عقود دارای ارکانی است.

ارکان، اموری است که قوام شیء به آن است و ماهیت با آن محقق می‌شود؛ یعنی این امور جزء حقیقت شیء می‌باشد.

بنابراین مطالب این مقاله در دو قسمت ارائه می‌گردد: خواستگاری و ارکان عقد ازدواج.

خواستگاری

خواستگاری عبارت است از این که مرد، میل و رغبت خود را برای ازدواج با زنی که خالی از موانع نکاح است اظهار می‌کند. این اظهار رغبت ممکن است توسط خود مرد یا توسط اقوام او یا دیگران انجام گیرد. در صورت موافقت زن یا نایب او با این تقاضا، مرحله خواستگاری انجام شده است (طهماز، ۴۱؛ بدران، ۱۹؛ السباعی، ۵۱؛ ابوزهره، ۲۸).

خواستگاری ممکن است صریح و یا با تعریض و کنایه باشد. خواستگاری صریح؛ مانند این که به زنی که متمایل به ازدواج با او است بگوید: «می‌خواهم با تو ازدواج کنم» یا «می‌خواهم تو همسر من باشی». خواستگاری کنایی؛ مثل این که شخص کلامی بگوید که دارای دو معنا است؛ یک معنای ظاهر که مراد گوینده نیست و یک معنای غیرظاهر که مراد و مقصود گوینده است. مثل این که بگوید: «من قصد ازدواج دارم» (بدران، ۲۰).

در این بحث شرایط خواستگاری و عدول از خواستگاری را مطرح می‌نماییم:

مبحث اول - شرایط خواستگاری

برای این که خواستگاری جایز باشد دو شرط لازم است:

بند اول: صلاحیت زن برای ازدواج

زن باید در هنگام خواستگاری، صلاحیت برای ازدواج داشته و ازدواج مرد با وی در زمان خواستگاری شرعاً جایز باشد؛ بنابراین در موارد زیر خواستگاری جایز نیست؛

۱. زن یکی از محارم نسبی یا رضاعی شخص باشد؛ بنابراین جایز نیست که شخص از خواهر یا دختر نسبی یا رضاعی خود خواستگاری کند. همچنین است سایر محارم که در بحث موانع ازدواج خواهد آمد.

۲. زن، زوجه شخص دیگر باشد؛ بنابراین خواستگاری از زنی که شوهر دارد و زوجیت آنها از بین نرفته، جایز نیست؛ زیرا حق زوج مانع از خواستگاری دیگران است. (بدران، ۲۰).

۳. زن در عده طلاق رجعی باشد (طلاق که شوهر در ایام عده حق رجوع دارد)؛ بنابراین در عده طلاق رجعی خواستگاری، به صورت صریح یا کنایی، جایز نیست؛ زیرا در ایام عده، شوهر حق رجوع دارد و خواستگاری دیگران با حق شوهر منافات دارد.

۴. زن در عده طلاق بائن باشد؛ در این صورت خواستگاری از این زن، به صورت صریح یا کنایی، تا زمانی که عده پایان پذیرد، جایز نیست؛ زیرا تا زمانی که زن در عده است شوهر می تواند او را با عقد جدید به ازدواج خود درآورد و اگر شخص دیگری از وی خواستگاری کرده و بر او مقدم شود، باعث ناراحتی و عداوت شده و امکان ازدواج با شوهر سابق را از بین می برد.

۵. چنانچه زن در عده وفات باشد، به خاطر احترام به ازدواج سابق و وفاء به حق زوج متوفی خواستگاری از این زن جایز نیست. تحریم خواستگاری در این حالت محدود به خواستگاری صریح است، اما خواستگاری کنایی جایز است.

خداوند در این باره می فرماید: «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرْتَبِنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ* وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا

عَرَضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ الْبِسَاءِ أَوْ أَكُنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَأَنْوَعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا...» (بقره / ۲۳۴ و ۲۳۵).

منظور از نساء در این آیه، زنان در عده وفات هستند؛ زیرا آیه قبلی درباره آنها است (بدران، ۲۶؛ السباعی، ۵۳).

بند دوم: عدم خواستگاری قبلی

چنانچه از زن خواستگاری شده باشد، چهار صورت می‌توان فرض نمود: (بدران، ۲۷؛ السباعی، ۵۵).

۱. موافقت زن با خواستگاری؛ در این صورت خواستگاری دیگران از این زن جایز نیست؛ زیرا

پیامبر اکرم (ص) از این که شخص بر خواستگاری دیگری، خواستگاری نماید، نهی فرموده است؛ «لا یُحْتَبَرُ الرَّجُلُ عَلٰی خُطْبَةِ اَخِيهِ حَتّٰی یَنْكِحَ او یَتَرَک». (طهماز، ۵۹؛ السباعی، ۵۳).

۲. رد خواستگاری؛ در این صورت خواستگاری دیگران جایز است؛ زیرا محظوری که بیان شد منتفی شده و برای خواستگار اول حقی باقی نمانده است.

۳. سکوت در برابر خواستگاری؛ یعنی زن جواب قبول یا رد نداده باشد و یا بین قبول و رد خواستگاری مردد باشد. اکثر فقها در این حالت نیز خواستگاری را جایز نمی‌دانند؛ زیرا احتمال قبول خواستگاری اول وجود دارد. بنابراین اشخاص دیگر می‌توانند خواستگاری کنند تا به نحو روشن و صریح قبول یا رد مشخص شود؛ زیرا سکوت و عدم بیان قبول یا رد، به خاطر جستجو از حال خواستگار است.

۴. اذن خواستگار اول به خواستگار بعدی؛ در این صورت خواستگاری جایز بوده و محدود به مآذون له نمی‌شود، بلکه دیگران نیز می‌توانند خواستگاری نمایند (السباعی، ۵۴).

بنابراین با وجود این دو شرط؛ یعنی صلاحیت زن برای ازدواج و عدم خواستگاری قبلی، خواستگاری از زن جایز است و در صورت فقدان شرایط، اگر شرط اول (موارد پنج‌گانه) محقق نباشد و خواستگاری صورت گرفته و به دنبال آن عقد ازدواج منعقد شود، عقد باطل است. اما اگر شرط دوم رعایت نشود؛ یعنی از زنی که توسط دیگری خواستگاری شده، خواستگاری به عمل

آید و به دنبال آن عقد ازدواج منعقد گردد، عقد صحیح بوده و تمامی آثار عقد صحیح بر آن مترتب می‌شود؛ زیرا نهی از خواستگاری مربوط به مقدمات عقد است و خواستگاری جزء عقد نیست و این نهی، مقتضی فساد در عقد نیست (بدران، ۲۹؛ السباعی، همان).

انجام خواستگاری و ایجاد تفاهم بین زن و مرد برای ازدواج، عقد ازدواج نبوده، بین آن دو رابطه زوجیت ایجاد نمی‌کند و نیز برای هیچ یک از طرفین نسبت به دیگری حقی ایجاد نمی‌شود؛ بنابراین خواستگاری برای هیچ کدام الزام‌آور نیست، بلکه هر کدام می‌توانند از آن عدول نمایند. خواستگاری در حقیقت وعده ازدواج بوده و الزام‌آور نیست (طهماز، ۵۸؛ السباعی، ۵۵).

همچنین پرداخت کل مهر یا بخشی از آن و نیز دریافت هدیه و استفاده از آن، الزام‌آور نبوده و هر یک از طرفین حق عدول از خواستگاری را دارند و نمی‌توان شخص را براساس وعده‌ای که برای ازدواج داده، مجبور به ازدواج نمود.

مبحث دوم - عدول از خواستگاری

چنان‌که بیان شد تفاهم بین زن و مرد برای ازدواج، رابطه زوجیت به وجود نمی‌آورد و هر کدام می‌توانند از خواستگاری عدول نمایند.

آثار عدول از خواستگاری در دو زمینه مطرح می‌گردد؛ یکی درباره مهر و هدایایی که در ضمن خواستگاری پرداخت شده و دیگری درباره حق مطالبه خسارت نسبت به عدول از خواستگاری می‌باشد.

بند اول: حکم مهر و هدایا

اگر خواستگار هنگام خواستگاری کل مهر یا بخشی از آن را پرداخته و سپس عدول کرده باشد؛ در صورتی که آنچه پرداخته نزد زن موجود باشد، حق استرداد آن را دارد و اگر تلف یا مصرف شده باشد، مثل یا قیمت آن را استرداد می‌کند. در این حکم فرقی نیست که عدول از جانب مرد یا زن باشد.

اما برخی گفته‌اند این حکم با عدالت سازگار نیست؛ زیرا اگر عدول از جانب مرد باشد الزام زن به رد مثل یا قیمت مهر ظلم است. معمولاً زن پس از خواستگاری در مهر تصرف کرده و با آن

جهیزیه تهیه می‌کند؛ بنابراین اگر قرار باشد مثل یا قیمت مهر را پردازد متحمل ضرر زیادی می‌شود، بلکه باید گفت می‌تواند هر چیزی را که به عنوان جهیزیه تهیه کرده، به مرد رد نماید. اما اگر عدول از جانب زن باشد به دلیل این که خودش سبب می‌باشد باید خسارات و هزینه‌ها را متحمل گردد (السباعی، ۵۷ و ۵۸).

آنچه هر کدام از طرفین به عنوان هدیه به دیگری داده است - از دیدگاه مذهب حنفی - حکم هبه را داشته و احکام رجوع در هبه در آن جاری می‌شود.

بر طبق مذهب حنفی رجوع به هبه جایز است، مگر این که مانعی برای رجوع وجود داشته باشد. از جمله موانع، استفاده، مصرف و تلف شدن است؛ بنابراین اگر مال موهوبه در دست موهوب له موجود باشد و تصرفی که باعث خروج آن مال از ملک او شده باشد، نکرده، هدیه دهنده حق رجوع و استرداد آن مال را دارد و در صورت تلف یا تغییر حالت مال موهوبه (مثلاً پارچه تبدیل به لباس شده باشد یا تصرف دیگری در آن صورت گرفته باشد) هدیه دهنده حق استرداد آن مال یا مطالبه مثل و قیمت آن را ندارد. (ابوزهره، ۳۹).

بند دوم: جبران خسارت

ممکن است در صورت عدول از خواستگاری، به طرف مقابل ضرر مادی یا معنوی وارد گردد، آیا این ضرر قابل جبران است؟

کتب فقهی قدیم حنفی متعرض جبران خسارت ناشی از عدول از خواستگاری نشده‌اند و کسی نیز قائل به جواز جبران خسارت نشده و ممکن است این عدم بیان، ناشی از اسباب زیر باشد:

۱. جبران فقط در صورت وجود اسباب التزام، مانند اخلال به عقد یا انجام عمل زیان‌آور امکان پذیر است و خواستگاری، عقد نبوده و اثری بر آن مترتب نیست، بلکه وعده می‌باشد و نکول از وعده، هر چند فسخ است، اما جبرانی در پی ندارد؛ زیرا نکول، عمل مادی موجب ضرر (مانند اتلاف مال غیر) نیست، بنابراین دلیلی برای الزام به جبران خسارت نیست.
۲. ازدواج با رضایت کامل زوجین تمام و کامل می‌شود و اگر در صورت عدول، حکم به

جبران خسارت گردد مستلزم الزام ضمنی برای ازدواج است، هرچند شخص، راغب به ازدواج نباشد. (السباعی، ۶۲ و ۶۳).

همچنین زندگی اجتماعی در دوره‌های گذشته مجالی را برای ایجاد ضرر در صورت عدول از خواستگاری به وجود نمی‌آورده است؛ چون بر طبق مقررات اسلامی نگاه به مخطوبه (زن مورد خواستگاری) در حضور محارم جایز و در اجتماعی که آداب اسلامی رعایت می‌شده دیدار خواستگار با نامزد به طور محدود و در حضور محارم بوده است، اما معاشرت و ظهور در برابر مردم به عنوان زوجیت و آنچه که باعث اضرار در صورت عدول شود، اتفاق نمی‌افتاده و به همین دلیل فقها متعرض این موضوع نشده‌اند. اما امروزه با تغییر و تحولاتی که در زندگی و روابط افراد به وجود آمده زمینه بروز این خسارت وجود دارد و فقهای جدید در این موضوع بحث کرده و راجع به آن اختلاف نظر دارند. برخی قائل به عدم جبران خسارت و برخی مانند شیخ شلتوت قائل به جبران خسارت شده‌اند.

ابوزهره قول وسط را برگزیده و گفته است: عدول از خواستگاری ذاتاً سبب جبران نیست؛ چون حق است و اجرای حق باعث جبران خسارت نمی‌گردد، اما گاهی خواستگار سبب اضرار به مخطوبه می‌شود (نه به مجرد خواستگاری و عدول از آن)؛ مثلاً خواستگار، نوعی جهیزیه مطالبه نموده و زن آن را فراهم می‌کند یا زن خانه آماده‌ای را مطالبه نموده و مرد آن را فراهم می‌سازد، که در صورت عدول منجر به خسارت می‌گردد؛ بنابراین ضرر دو قسم است؛ ضرری که ناشی از عمل خواستگار است نه صرف خواستگاری و عدول، که باید جبران شود. و ضرری که ناشی از صرف خواستگاری و عدول است که جبران نمی‌گردد؛ چون اولی موجب تغیر و گول زدن است و تغیر موجب ضمان می‌باشد، اما دومی تغیر نیست، بلکه اغترار است و اغترار موجب ضمان نیست (ابوزهره، ۳۷). درباره جبران خسارت مادی و معنوی نیز اختلاف است؛ برخی مانند ابوزهره ضرر مادی را قابل جبران دانسته، اما ضرر معنوی را قابل جبران نمی‌دانند. همان، ص ۳۸. برخی دیگر گفته‌اند قاضی می‌تواند در صورت عدول حکم به جبران خسارت بدهد، مشروط بر این که شرایط زیر وجود داشته باشد:

۱. ثابت شود که عدول از جانب زن نبوده است؛
۲. عدول موجب ضرر مادی یا معنوی شده باشد؛
۳. خواستگاری میل و رغبت به ازدواج با مخطوبه را تأکید کرده باشد، به طوری که عادتاً و عقلاً به عنوان تصمیم به اجرای عقد ازدواج تلقی شود. (السباعی، ۶۷).

ارکان عقد ازدواج (ایجاب و قبول)

عقد ازدواج دارای دو رکن ایجاب و قبول می‌باشد که از متعاقبین صادر شده و آن دو را به یکدیگر مرتبط ساخته و عقد، محقق می‌شود (کاسانی، ۴۸۵؛ صاغرچی، ۱۳۷؛ بدران، ۳۵؛ ابن نجیم، ۱۱۰).

هر عقد نیاز به عاقد، صیغه و معقودعلیه دارد. عاقد کسی است که عقد را برای خود یا دیگری منعقد می‌سازد. صیغه همان ایجاب و قبول بوده و معقودعلیه کسی است که عقد بر او واقع می‌شود که ممکن است خودش عاقد باشد یا عقد توسط دیگری انشاء گردیده باشد. برخی گفته‌اند معقود علیه در عقد ازدواج، استمتاع است که زوجین از عقد ازدواج قصد می‌کنند.

ایجاب کلامی است که نخست توسط یکی از متعاقبین صادر می‌شود، خواه زوج یا زوجه باشد و قبول کلامی است که بعد از کلام موجب از طرف مقابل صادر می‌گردد و دلالت بر پذیرش ایجاب می‌نماید. صدور ایجاب از جانب شخص معین (مرد یا زن) شرط نیست، بلکه اگر زوجه ابتدا لفظی مبنی بر انشاء عقد ازدواج بگوید ایجاب است و کلام زوج قبول تلقی می‌شود. ممکن است زوج شروع کننده باشد و کلام او ایجاب تلقی شود و جوابی که زوجه می‌دهد قبول محسوب شود (بدران، همان؛ صاغرچی، همان؛ السباعی، ۷۴).

مبحث اول - الفاظ ایجاب و قبول

عقد در صورتی محقق می‌شود که ایجاب و قبول به صیغه ماضی باشند؛ مثلاً اگر زوج بگوید

«تزوجتک» و زوجه بگوید «قبلت» یا «رضیت» عقد محقق می‌شود؛ چون مقصود، انشای امری است که قبلاً نبوده و برای آن لغت خاصی وضع نشده است. صیغه ماضی گرچه برای اخبار وضع شده، اما به دلیل تحقق معنا و حدوث و ثبوت آن، برای انشاء عقد مفیدتر بوده و بهترین صیغه برای بیان مقصود در عقد ازدواج شناخته شده است. همچنین اگر یکی از ایجاب و قبول ماضی و دیگری صیغه امر باشد، عقد محقق می‌شود؛ مثلاً زوج بگوید «زوجینی نفسک» و زن بگوید «قبلت». در این جا منظور از صیغه امر معنای اصلی آن؛ یعنی انشاء در آینده و وعده نیست، بلکه به وسیله آن تحقق عقد ازدواج در زمان حال قصد می‌شود. می‌توان گفت در اینجا صیغه اول دلالت بر توکیل دارد و چون یکی از طرفین می‌تواند عقد ازدواج را منعقد سازد، طرف مقابل با عبارتی که بیان می‌کند (قبلت)، عقد را از جانب طرفین ایجاد می‌کند (بدران، ۳۶؛ صاغرچی، همان؛ السباعی، ۷۹).

همچنین اگر یکی از ایجاب یا قبول به صیغه مضارع و دیگری ماضی باشد عقد محقق می‌شود؛ مانند این که مرد به زن بگوید اتزوجک و زن در جواب بگوید: «قبلت». در این حالت عقد ازدواج منعقد می‌گردد، مشروط بر این که احتمال وعده ازدواج منتفی باشد و قرینه یا اماره‌ای دلالت بر انشاء عقد و تحقق ازدواج نماید. از جمله اماراتی که احتمال اراده وعده را منتفی می‌سازد، قرائن محیطی؛ مانند دعوت مردم به مجلس ایجاب و قبول یا احضار شهود برای مجلس عقد، است.

در صورتی که ایجاب و قبول یا یکی از آنها جمله اسمیه باشد، مانند این که مرد بگوید «انا متزوجک» و زن بگوید «قبلت زواجک»، عقد ازدواج منعقد می‌شود؛ زیرا آنچه معتبر است رضایت طرفین است. بنابراین به طور کلی می‌توان گفت صیغه نکاح باید به لفظ ماضی باشد، اما اگر قرینه‌ای وجود داشته باشد، الفاظ غیر ماضی را نیز می‌توان برای انشاء عقد به کار برد (بدران، همان).

البته درباره استفاده از صیغه امر در نکاح، اختلاف نظر وجود دارد؛ بدین صورت که وقتی می‌گوید زوجنی آیا منظور ایجاب است یا وکالت در ازدواج؟ یعنی به تو وکالت می‌دهم که دختر را به ازدواج من درآوری. نظر راجح این است که این صیغه، وکالت ضمنی می‌باشد؛ زیرا غرض از

امر در اینجا درخواست تزویج است که متضمن توکیل می‌باشد و چون وکالتِ ضمنی است، احکام وکالت در آن جاری نمی‌باشد؛ یعنی در وکالت اتحاد مجلس شرط نیست؛ بنابراین اگر امروز او را وکیل نموده و بعد از چند روز وکالت را قبول کند، صحیح است، اما در نکاح، قبول باید در مجلس ایجاب باشد (السباعی، پیشین؛ صاغر جی، پیشین، ص ۱۳۷). بنابراین لفظ «زوجنی» دو جهت دارد:

۱. درخواست نکاح که مقصود اصلی است؛ بنابراین شروط نکاح در آن معتبر است.

۲. وکالت که ضمنی است و شروط توکیل در آن معتبر نیست.

در عقد ازدواج باید لفظ به کار رود و با تعاطی عقد منعقد نمی‌گردد. بنابراین اگر زوجه بگوید «زوجتک نفسی بالف» (خودم را به ۱۰۰۰۰ درهم به ازدواج تو درآوردم) و طرف مقابل ۱۰۰۰۰ درهم بدهد و «قبلت» نگوید، عقد منعقد نمی‌گردد. همچنین اگر مرد دست خود را مبنی بر قبول به طرف زن دراز نماید عقد منعقد نمی‌گردد (ابن نجیم، ۱۲۰؛ بدران، ۳۷؛ السباعی، ۷۴).

بند اول: انواع الفاظ

الفاظی که برای انعقاد نکاح به کار می‌روند، دو گونه‌اند:

الفاظ صریح

منظور به کاربردن الفاظی است که به صراحت دلالت بر قصد ازدواج نماید. الفاظ صریح الفاظی هستند که از تزویج و نکاح مشتق شده باشند. این دو لفظ بدون قرینه دلالت بر عقد ازدواج می‌نمایند. در الفاظ صریح لازم نیست زوجین یا شهود معنای آن را بدانند، بلکه به همین مقدار که بدانند با این لفظ نکاح منعقد می‌شود کافی است؛ مثلاً اگر زن غیرعرب، لفظ «زوجتک نفسی» را بگوید و بداند که هدف از این لفظ، ازدواج است اما معنای آن را نداند صحیح است.

الفاظ کنایی

منظور، الفاظی است که به صراحت دلالت بر قصد ازدواج ندارند. با الفاظ کنایی عقد ازدواج منعقد نمی‌شود، مگر این که همراه با قصد ازدواج بوده و قرینه‌ای برای این قصد وجود داشته باشد و یا اگر قرینه‌ای نیست به شهود اعلام شود و شهود آن قصد را بفهمند.

کنایاتی که در زمینه عقد ازدواج مطرح می‌شوند چهار قسم هستند (الجزیری، ۲۵):
اول: کنایاتی که در انعقاد نکاح به وسیله آنها اختلافی نیست؛ مثل صیغه‌ای که به لفظ هبه، صدقه، تملیک یا جعل باشد؛ بنابراین اگر موجب بگوید: «وهبت نفسي لك» و قابل بگوید: «قبلت» و منظور ازدواج باشد، صحیح است. همچنین اگر بگوید: «تصدقت بنفسی علیک» یا «جعلت نفسي صدقه لك» یا «ملكتك نفسي» یا «جعلت لك ابنتی بمأء»، با همه این الفاظ نکاح منعقد می‌شود.
 دلیل صحت ازدواج با این الفاظ روایتی است که در صحیح بخاری و مسلم آمده است که زنی نزد پیامبر (ص) آمد و گفت: یا رسول الله آمده‌ام تا خود را به تو هبه کنم. پیامبر سر به زیر افکند و پاسخ نداد. یکی از حاضران گفت: یا رسول الله اگر نیازی به او نداری برای من تزویج کن. پیامبر (ص) فرمود: «آیا مالی داری؟ آن مرد گفت: نه به خدا. پیامبر فرمود: از قرآن چه می‌دانی؟ آن مرد گفت: مقداری می‌دانم. پس پیامبر فرمود: «لقد ملكتها بما معك من القرآن»؛ مالک این زن هستی به ازای آنچه از قرآن می‌دانی.

بنابراین، این الفاظ می‌تواند در مقام انشای عقد ازدواج به کار برده شود.

دوم: الفاظی که در انعقاد نکاح به وسیله آنها اختلاف است، ولی نظر صحیح انعقاد نکاح به وسیله آنها می‌باشد؛ مثلاً به کار بردن لفظ بیع و شراء. اگر زن بگوید: «بعث نفسي منك بكذا» و منظور، ازدواج باشد و مرد قبول کند، صحیح است.

همچنین اگر بگوید: «اسلمت اليك نفسي في كذا» و منظور، ازدواج باشد صحیح است.

اگر ولی زن بگوید: «صالحتك الالف التي علي لابنتي» و منظور، ازدواج باشد و مرد قبول کند نکاح منعقد می‌شود (الجزیری، پیشین، ص ۲۶).

سوم: الفاظی که در انعقاد نکاح به وسیله آنها اختلاف است، ولی نظر صحیح عدم انعقاد به وسیله آنها می‌باشد؛ مثل به کار بردن لفظ اجاره و وصیت؛ زیرا اجاره افاده دوام و استمرار نمی‌کند؛ بنابراین اگر زن بگوید: «آجرت لك نفسي» یا ولی بگوید: «اوصيت لك بنتی بعد موتی» و مرد قبول کند، ازدواج منعقد نمی‌شود (همان).

چهارم: الفاظی که نکاح با آنها منعقد نمی‌شود؛ مثل آنچه به لفظ اباحه، احلال، عاریه، رهن،

تمتع یا اقاله باشد؛ بنابراین اگر با نیت ازدواج بگوید: «احللت لک نفسی» یا «اعرتک» یا «متعنتک بنفسی» یا «اقلنی من بیع السلعه الفلانیه علی ابنتی»، ازدواج صحیح نبوده و منعقد نمی‌گردد (همان).

تلفظ صحیح الفاظ لازم نیست؛ بنابراین با الفاظ تحریف شده نیز عقد صحیح است. اگر طرفین یا عاقد از عوام باشد که نتواند به خوبی لغت را بیان کند و به جای «زوجتک»، بگوید: «جوزتک»، صحیح است (السباعی، ۷۷؛ الجزیری، ۲۵).

بند دوم: عربی بودن الفاظ

اگر زوجین یا یکی از آنها لغت عربی را نمی‌داند با الفاظ غیرعربی هم صیغه نکاح منعقد می‌شود. از دیدگاه حنفیه، در صورتی که عاقد یا زوجین به لفظ عربی آشنایی دارند و می‌توانند عقد را به صورت عربی انشاء کنند، انعقاد عقد ازدواج به غیر عربی با الفاظی که دلالت بر ازدواج نماید، صحیح است، اما برخی مذاهب در این صورت انشاء به غیر عربی را صحیح نمی‌دانند (السباعی، ۷۸؛ بدران، ۳۸).

بند سوم: انشاء عقد از طریق کتابت

عقد کتبی در صورتی که زن و مرد در یک مکان نباشند صحیح است. این نوشته باید قابل خواندن و فهم باشد و برای جواز آن لازم نیست یکی از طرفین در شهر دیگر باشد، بلکه اگر در یک مجلس نباشند نیز کتابت جایز است.

برای انجام عقد به صورت مکتوب، مثلاً مرد به زن نامه می‌نویسد: «تزوجتک بمهر قدره کذا»، وقتی نامه به دست زن رسید شهود را احضار کرده و نامه را برای آنها قرائت می‌نماید و در صورت پذیرش این درخواست، قبول خود را در برابر شهود اعلام می‌دارد و بدین وسیله عقد ازدواج منعقد می‌گردد (بدران، ۳۹؛ السباعی، ۸۹).

همچنین ازدواج به وسیله فرستاده (رسول) منعقد می‌گردد. اگر مرد، رسولی به سوی زن بفرستد و به زن بگوید: «زوجینی نفسک» و زن شهود را احضار کرده و شهود کلام رسول را بشنوند و زن در حضور آنان قبول خود را اعلام دارد عقد منعقد می‌گردد (بدران، ۴۰).

ازدواج به وسیله تلفن نیز جایز بوده و در صورتی که طرفین از این طریق، عقد را ایجاد نمایند صحیح است (همان).

اگر شخص لال به خوبی نتواند بنویسد، اشاره او برای عقد نکاح کافی است، مشروط بر این که به طور وضوح دلالت بر قصد ازدواج کند، اما اگر می تواند خوب و قابل فهم بنویسد بهتر است هم از اشاره و هم از نوشته استفاده کند.

مبحث دوم - شرایط تحقق ایجاب و قبول

بند اول: وقوع ایجاب و قبول در یک مجلس

اگر بگوید: «زوجتک نفسی» یا «زوجتک ابتی» و طرف دیگر قبل از قبول از مجلس خارج شود یا مشغول به کاری شود که نشان دهنده انصراف از مجلس عقد است و سپس «قبلت» بگوید، عقد منعقد نمی شود (ابن نجیم، ۱۱۸؛ السباعی، ۱۰۰).

همچنین اگر یکی از طرفین غائب باشد؛ بنابراین اگر زن در حضور دو شاهد بگوید: «خودم را به ازدواج فلانی در آوردم» و آن شخص غایب باشد و بعداً به ایجاب زن علم پیدا کند و در حضور دو شاهد بگوید: «قبلت»، عقد منعقد نمی شود؛ زیرا اتحاد مجلس شرط است. اما اگر شخص از طریق نماینده تمایل خود را برای ازدواج به زن اعلام کند و زن بپذیرد و صیغه عقد را جاری کند، عقد منعقد می شود؛ زیرا ایجاب و قبول در یک مجلس واقع شده، هرچند زوج غایب است. در همین فرض اگر زوجه در آن مجلس قبول نکند و نماینده در مجلس دیگر ایجاب را مطرح کند و زوجه قبول کند عقد منعقد نمی شود؛ زیرا نمایندگی او مربوط به همان مجلس بوده و پایان پذیرفته است، مگر این که نمایندگی او مختص مجلس خاص نباشد (الجزیری، ۲۶).

همچنین چنان که قبلاً بیان شد در صورتی که شخص در مجلس حضور نداشته باشد یا در شهر نباشد و نامه ای برای زن بفرستد و از او درخواست ازدواج کند و زن نامه را برای شهود بخواند و در حضور آنها صیغه عقد را جاری کند، عقد منعقد می شود؛ زیرا ایجاب و قبول در یک مجلس واقع شده است و نامه مرد در مجلس به منزله ایجاب است؛ لذا اگر زن در حضور شهود، صیغه عقد را جاری کند ولی نامه مرد را نخواند، عقد منعقد نمی گردد.

از جمله آثار این شرط این است که اگر طرفین در حالی که راه می‌روند یا سوار بر حیوانی هستند عقد را جاری کنند صحیح نیست؛ زیرا در یک مکان استقرار ندارند اما اگر بر کشتی که در حال حرکت است عقد را جاری کنند صحیح است؛ زیرا کشتی به عنوان مکان واحد در نظر گرفته می‌شود. اجرای عقد در ماشین در حال حرکت همانند حیوان است نه کشتی؛ بنابراین عقد در آن صحیح نیست (بدران، ۴۱).

بند دوم: تطابق ایجاب و قبول

مفاد قبول باید منطبق بر ایجاب باشد؛ بنابراین اگر بین ایجاب و قبول تطابق نباشد عقد منعقد نمی‌گردد؛ مثلاً چنانچه شخص بگوید: «دخترم زینب را به ازدواج تو در آوردم» و طرف دیگر بگوید: «ازدواج با دخترت فاطمه را قبول کردم»، عقد واقع نمی‌شود. همچنین اگر شخصی به دیگری بگوید: «زوجت ابنتی علی الف درهم» و زوج بگوید: «قبلت النکاح و لا اقبل المهر»، عقد منعقد نمی‌شود. اما اگر قبول کند و نسبت به مهر سکوت کند عقد منعقد می‌شود. اگر اختلاف در مهر باشد در صورتی که زیادی از جانب مرد باشد عقد صحیح است؛ مثلاً اگر زن بگوید: «زوجتک نفسی بالف» و مرد بگوید: «قبلت بالفین» صحیح است، هرچند قبول مطابق ایجاب نیست، اما چون غرض زن محقق شده عقد صحیح است. در این حالت اگر زن در مجلس مقدار زیادی را قبول کرده باشد مهر همان است که مرد بیان نموده است و اگر قبول نکرده باشد عقد صحیح است و مهر به مقداری است که زن بیان کرده چون مقدار مورد توافق طرفین است (بدران، ۴۱).

اگر مرد به مقدار زیادتر پیشنهاد دهد و زن به کمتر از آن قبول کند عقد صحیح است مثلاً اگر مرد بگوید: «زوجینی بالف» و زن به کمتر از آن قبول کند (قبلت بخمسماه) صحیح است و نیاز به قبول ندارد؛ زیرا بدین سبب او را ابراء کرده و حق خود را نسبت به بقیه مهر اسقاط نموده است. اختلاف در مهر در صورتی مؤثر است که مقدار زیاد از جانب زن باشد و مرد به کمتر از آن قبول کرده باشد؛ مثلاً اگر زن بگوید زوجتک بالف و مرد بگوید قبلت بخمسماه، صحیح نیست چون قبول مطابق با ایجاب نیست (همان، ۴۲).

بند سوم: استماع صیغه توسط متعاقبین

لازم است که هر کدام از طرفین که عقد را جاری می‌کنند لفظ دیگری را حقیقتاً (مثل این که هر دو حاضر باشند) یا حکماً (مانند نامه غایب) بشنوند؛ زیرا قرائت نامه غایب به منزله حضور تلقی می‌شود (ابن نجیم، ۱۱۸؛ بدران، ۴۲؛ السباعی، ۱۰۱).

بند چهارم: موقت نبودن عقد

قرار دادن مدت برای عقد ازدواج موجب بطلان آن است (بدران، ۵۵؛ السباعی، ۸۱؛ ابوزهره، ۴۷).

بند پنجم: معلق نبودن عقد

تعلیق در ازدواج موجب بطلان آن است و عقد ازدواج باید منجز باشد؛ یعنی اراده طرفین برای انعقاد ازدواج، موقوف به امر دیگری نباشد و عقد به محض انعقاد، آثار خود را به بار آورد. البته تعلیق در صورتی باطل است که بر امر محتمل الوجود باشد، اما اگر تعلیق بر امر محقق الوجود باشد، تأثیری در عقد ندارد (بدران، ۴۹ و ۵۰؛ ابوزهره، ۴۶).

برای قبول عقد ازدواج، مادامی که طرفین در مجلس باشند، فوریت شرط نیست؛ بنابراین اگر «زوجتک» بگوید، سپس کلامی که ارتباطی به عقد ندارد مطرح شود و سپس «قبلت» گفته شود صحیح است (بدران، ۴۲).

موجب تا قبل از قبول قابل، ملتزم به ایجاب خود نمی‌باشد و می‌تواند از آن رجوع کند، زیرا ایجاب و قبول دو رکن عقد بوده و وجود هر دو در تحقق عقد لازم است؛ زیرا آنچه مرکب از دو شیء است با وجود یک جزء به وجود نمی‌آید.

تقدیم ایجاب بر قبول نیز شرط نیست؛ بنابراین اگر مرد به ولی زن بگوید: «قبلت زواج ابنتک بمهر کذا» و ولی بگوید: «زوجتک ایاها»، ازدواج صحیح بوده و منعقد می‌گردد. همچنین اگر مرد بگوید: «زوجنی ابنتک» و ولی بگوید: «زوجتک» صحیح است، هر چند مرد «قبلت» نگوید.

هزل (شوخی) و اکراه در عقد ازدواج تأثیر ندارد. اگر ولی با شوخی به دیگری بگوید: «زوجتک ابنتی» و دیگری با شوخی بگوید: «قبلت» عقد ازدواج منعقد شده است. همچنین عقد ازدواج شخصی که اکراه بر ازدواج شده، صحیح است (همان، ۴۳).

اقرار به ازدواج، صیغه عقد تلقی نمی‌شود و عقد با آن منعقد نمی‌گردد؛ بنابراین اگر زن بگوید: «اقرآنک زوجی (اقرار می‌کنم که شوهر من هستی)»، در حالی که زوجیتی بین آنها منعقد نشده باشد، عقد ازدواج واقع نمی‌شود؛ چون اقرار، اظهار چیزی است که ثابت است. اما ازدواج با تصادق ثابت می‌شود؛ یعنی اگر طرفین همدیگر را در وقوع عقد ازدواج بین آنها تصدیق کنند، عقد ثابت می‌شود؛ چون بر وقوع و حصول عقد دلالت می‌نماید (همان).

مبحث سوم - وکالت در ازدواج

بالغ می‌تواند برای مباشرت در عقد ازدواج به دیگری وکالت دهد. وکیل باید صیغه عقد را برای موکل اجرا نماید. وکیل باید بالغ و عاقل باشد یعنی اهلیت تصرف داشته باشد؛ بنابراین وکالت کودک و مجنون صحیح نیست.

زن بالغه عاقله (باکره یا ثبیه) می‌تواند در انشاء عقد خودش مباشرت کند و می‌تواند وکیل بگیرد، اما عقد او متوقف بر ولی یا وکیل نیست. صغیر ممیز نیز می‌تواند در عقد ازدواج خودش مباشرت کند و می‌تواند به دیگری وکالت دهد. اما ازدواج صغیر غیر ممیز و مجنون منوط به اقدام ولی است.

از آنچه گذشت معلوم می‌شود که اگر ولی از باکره اجازه بگیرد و او ساکت شود سکوتش توکیل در ازدواج تلقی می‌شود حتی اگر بعد از آن بگوید راضی نیستم، ازدواج صحیح است؛ چون وکیل منعزل نمی‌شود، مگر زمانی که علم به عزل پیدا کند. اگر زن دو ولی داشته باشد و هر دو اذن بخواهند و او سکوت کند، سپس هر ولی او را به شخصی تزویج کند عقد سابق از آنها صحیح است و اگر با هم تزویج کرده باشند و هر دو را اجازه دهد هر دو باطل است و اگر یکی را اجازه دهد آن عقد صحیح است (الجزیری، ۶۶).

اگر فضولی (خواه از خویشان یا اجنبی باشد) زن بالغه عاقله را بدون اذن و علم تزویج کند و زن اجازه دهد، عقد صحیح است. همچنین اگر مردی را بدون اذن او تزویج کنند و اجازه دهد صحیح است، مشروط بر این که شرایط شرعی عقد رعایت شده باشد. اگر فضولی قبل از اجازه فوت کند سپس زن یا مرد اجازه کند، عقد صحیح است.

اقرار وکیل به نکاح نافذ نیست؛ بنابراین اگر وکیل بگوید اقرار می‌کنم که موکلم را به فلانی تزویج کردم صحیح نیست، مگر این که شهود نزد قاضی شهادت بر نکاح دهند. اقرار ولی صغیر و صغیره نیز نافذ نیست مگر این که قاضی از جانب صغیر و صغیره شخصی را منصوب نموده و او منکر شود و بینه بر وجود نکاح اقامه گردد (همان).

وکالت ممکن است مطلق یا مقید باشد:

وکالت مطلق؛ وکالتی است که موکل، شخص معین و مهر معینی را برای ازدواج تعیین نکرده است. در این صورت اگر موکل مرد باشد و به وکیل بگوید: «تو را وکیل کردم که برای من تزویج کنی»، چنانچه وکیل او را به ازدواج هر زنی که شرعاً به او حلال است درآورد، خواه کفو باشد یا نه و خواه به مهرالمثل یا بیشتر باشد و خواه سالم از عیوب باشد یا نه، از نظر ابوحنیفه عقد صحیح و نافذ است، اما صاحبین (محمد و ابویوسف) می‌گویند عقد متوقف بر اجازه موکل است، مگر این که زن، سالم از عیوب و کفو موکل باشد و مهر هم از مهرالمثل بیشتر نباشد؛ زیرا هرچند وکالت مطلق است، اما با عرف تقیید می‌خورد؛ چون متعارف بین مردم این است که کسی که می‌خواهد ازدواج کند با زن سالم و با مهر مناسب ازدواج می‌کند. و آنچه متعارف است به منزله شرط است؛ بنابراین توکیل مقید به کفایت، سلامت و مصلحت بوده است. اگر وکیل در تزویج موکلش متهم باشد؛ مثل این که شخص وکالت مطلق داده و وکیل او را به ازدواج مولی علیه خود درآورده است یا زن وکالت مطلق داده و وکیل او را به ازدواج خود درآورده است، نفوذ این عقد مبتنی بر اجازه موکل است. (بدران، ۱۵۶).

اگر موکل زن بوده و وکالت مطلق داده باشد؛ مثل این که بگوید: «وکالت می‌دهم من را به ازدواج کسی درآوری» و وکیل او را به کفو و مهرالمثل تزویج کند، عقد صحیح و نافذ بوده و نیاز به اجازه موکل نیست، خواه ولی داشته یا نداشته باشد، اما اگر به غیر کفو تزویج کند و زن ولی داشته باشد و ولی به غیر کفو راضی نباشد، عقد صحیح نیست؛ چون حکم عقد وکیل مانند عقدی است که خود زن جاری کرده است و در صورتی که زن خودش را به غیر کفو تزویج کند، ولی حق اعتراض دارد، اما اگر زن ولی نداشته باشد، ازدواج موقوف بر اجازه زن است (همان، ۱۵۷).

وکالت مقید؛ وکالتی است که در آن موکل (زوج یا زوجه) ازدواج را به شخص معین و مهر معلوم یا یکی از آن دو مقید می‌کند. اگر مرد دیگری را وکیل کند که او را به زن معین از خانواده معین تزویج کند و وکیل هم به همان صورت تزویج کند، عقد نافذ است. اما اگر وکیل در مورد وکالت مخالفت ورزد، فضولی بوده و عقد متوقف بر اجازه موکل است؛ در صورت اجازه، نافذ و در غیر این صورت باطل است (همان، ۱۵۸).

اگر شخص دیگری را وکیل کند و مهر معینی را قید کند، در صورتی که وکیل با همان مهر تزویج کند عقد بر موکل نافذ است و حق رد ندارد، اما اگر در مهر مخالفت ورزد عقد متوقف بر اجازه موکل است، مگر این که مخالفت در مهر به نفع موکل باشد که در این صورت عقد صحیح و نافذ بوده و متوقف بر اجازه نیست؛ چون کسی که به مهر زیاد راضی شده به طریق اولی به مهر کمتر راضی است.

در صورتی که زن به دیگری وکالت مقید دهد؛ مثل این که زوج یا مهر را تعیین کند، اگر وکیل به مفاد وکالت عمل کند، عقد نافذ بوده و متوقف بر اجازه زن نیست و حق رد ندارد، هرچند زوج غیر کفو باشد یا مهر کمتر از مهرالمثل باشد؛ چون وکیل حدود وکالت را رعایت کرده است. اگر وکیل با مفاد وکالت مخالفت ورزد نفوذ عقد متوقف بر اجازه زن است، مگر این که مخالفت به نفع زن باشد مثل این که مهر تعیین شده در عقد بیشتر از مهری باشد که زن تعیین کرده است؛ بنابراین عقد نافذ است و نیاز به اجازه زن ندارد. البته این در صورتی است که زن، ولیّ (عاصب) نداشته باشد، اما اگر ولی عاصب داشته و زوج کفو زن بوده و مهر، مهرالمثل باشد، ازدواج صحیح و لازم است. و اگر زوج غیرکفو باشد عقد صحیح نیست، چنان که اگر زن خودش را به غیرکفو تزویج کند، ولیّ می‌تواند تنفیذ نکند. اگر ازدواج با کفو بوده، ولی مهر کمتر از مهرالمثل باشد، عقد صحیح و نافذ است، اما نسبت به ولی لازم نیست؛ زیرا ولیّ حق اعتراض دارد و مادامی که مهر را تا مهرالمثل تکمیل نکرده باشد، می‌تواند به حاکم مراجعه کرده و مطالبه فسخ کند (همان، ۱۵۹).

مبحث چهارم - انعقاد عقد توسط عاقد واحد

در بسیاری از موارد عقد ازدواج توسط دو نفر منعقد می‌شود که یکی موجب و دیگری قابل است.

اما گاهی یک نفر به جای دو نفر متولی انشاء عقد ازدواج می‌گردد. دربارهٔ صحت چنین عقدی اختلاف است؛ در صورتی که شخص حق اجرای عقد از جانب طرفین و نمایندگی از آنها را داشته باشد، نظر ارجح صحت عقد است، اما اگر چنین حقی نداشته باشد با عبارات او به تنهایی عقد منعقد نمی‌گردد.

حق اجرای عقد از جانب طرفین، ممکن است به اصالت، ولایت یا وکالت باشد، اما اگر از طرفین یا از یک طرف فضولی باشد، چنین حقی را ندارد؛ بنابراین در موارد زیر عقد ازدواج با عبارات یک نفر و اجرای صیغهٔ عقد توسط یک نفر منعقد می‌شود:

۱. عاقد از طرف خود اصیل و از طرف دیگر ولی باشد؛ مثل این که شخص، دخترعموی خود را که تحت ولایت اوست تزویج کند و در حضور شهود بگوید: «تزوجت بنت عمی فلانه»، عقد ازدواج منعقد شده و نیاز به کلام دیگر ندارد.

۲. عاقد از جانب خود اصیل و از جانب دیگری وکیل باشد؛ مثل این که زنی به مردی وکالت دهد که وی را به ازدواج خود درآورد.

۳. شخصی ولی بر زوج و زوجه باشد؛ مانند این که جد ولایت بر نوه‌ها دارد و نوه‌های خود را با یکدیگر تزویج کند.

۴. شخص وکیل زوجین باشد؛ اگر مرد شخصی را وکیل برای ازدواج کند و زن نیز به همان شخص وکالت دهد وی می‌تواند در حضور شهود آن دو را با هم تزویج کند.

۵. شخصی از یک طرف ولی و از طرف دیگر وکیل باشد؛ مثل این که مرد به دیگری وکالت دهد که او را به ازدواج دخترش که تحت ولایت اوست درآورد و ولی، دختر را در حضور شهود به مرد تزویج کند صحیح است (ابوزهره، ۴۹).

از آنچه بیان شد معلوم می‌شود که در موارد زیر انعقاد عقد توسط یک نفر صحیح نیست:

۱. عاقد از دو طرف فضولی باشد؛ مثل این که شخصی زنی را به ازدواج مردی درآورد بدون این که از آنها وکالت یا بر آنها ولایت داشته باشد.

۲. عاقد از یک طرف فضولی و از طرف دیگر اصیل باشد؛ مثل این که شخص خود را به

ازدواج دیگری درآورد، در حالی که نه ولایت بر او دارد و نه از او وکالت گرفته است.

۳. عاقد از یک طرف فضولی و از طرف دیگر ولی است؛ مثل این که شخصی دختر خود را به ازدواج مردی درآورد که به او وکالت نداده و بر او ولایت هم ندارد.

۴. عاقد از یک طرف فضولی و از طرف دیگر وکیل باشد؛ مانند این که شخصی به دیگری برای ازدواج وکالت دهد و وکیل بدون وکالت گرفتن از طرف مقابل تزویج نماید (بدران، ۴۵).

در این موارد عقد منعقد نمی‌شود؛ زیرا با عبارت فضولی، عقدی که متوقف بر اجازه شخص باشد به وجود نیامده است، بلکه صرف ایجاب است و قبول بعدی نیز در آن مؤثر نخواهد بود؛ زیرا آنچه متوقف بر اجازه است، عقد کامل (مشمول بر ایجاب و قبول) می‌باشد، اما اگر در همان مجلس که فضولی عقد را منعقد می‌کند، طرف حاضر باشد و قبول کند عقد با ایجاب فضولی و قبول طرف مقابل محقق شده و متوقف بر اجازه شخص غایب است. و در صورتی که فضولی خودش عبارت ایجاب و قبول را جاری سازد، عقد منعقد نمی‌شود؛ چون تعدد عاقد باید - حقیقتاً و یا حکماً (در صورتی که شخص حق اجرای عقد و نمایندگی را داشته باشد) - وجود داشته باشد، اما وقتی تعدد حکمی و اعتباری نیز وجود ندارد، ایجاب و قبول فضولی، یک عبارت تلقی شده و با آن عقد منعقد نمی‌گردد (همان).

منابع و مأخذ

۱. ابن الحجاج، مسلم، صحيح مسلم، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ چهارم، ۱۴۱۲هـ.ق، کتاب النکاح.
۲. ابن حنبل، احمد، مسند، مؤسسه التاريخ العربی، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۱۴هـ.ق.
۳. ابن عابدین، حاشیه رد المختار، دار الفکر، بیروت، ۱۴۱۵هـ.ق، ج ۲.
۴. ابن منظور، لسان العرب، دارالفکر، ۱۴۱۴هـ.ق، ج سوم.
۵. ابن النجیم، زین الدین، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ اول، ۱۴۲۲هـ.ق، ج ۳.
۶. ابوزهره، محمد، الاحوال الشخصية، دار الفکر العربی، قاهره، چاپ دوم، ۱۳۶۹هـ.ق.
۷. بخاری، محمد بن اسماعیل، صحيح بخاری، دار احیاء التراث العربی، بیروت، چاپ اول، ۱۴۲۲هـ.ق، کتاب نکاح.
۸. بدران، ابو العینین بدران، الفقه المقارن للاحوال الشخصية، دار النهضة العربیة، بیروت، بی تا، ج ۱.
۹. بلخی، نظام الدین، الفتاوی الهندیة، دار احیاء التراث العربی، چاپ اول، ۱۴۲۳، بیروت، ج ۱.
۱۰. الجزیری، عبد الرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، دار الفکر، چاپ اول، بیروت، ۱۴۱۱ هـ.ق.
۱۱. الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دارالفکر، دمشق، ۱۹۸۴م.
۱۲. السباعی، مصطفی، شرح قانون الاحوال الشخصية، مكتبة الثقافیة، عمان، بی تا، ج ۱.
۱۳. السرخسی، شمس الدین، المبسوط، دارالکتب العلمیه، بیروت، چاپ اول، ۱۴۲۱، ج ۴.
۱۴. الصاغر جی، شیخ اسعد محمد سعید، الفقه الحنفی و ادلته، دار الكلم الطیب، چاپ اول، دمشق، ۱۴۲۰هـ.ق، ج ۲.
۱۵. طهماز، عبدالحمید محمود، الفقه الحنفی فی ثوبه الجدید، دار القلم، دمشق، چاپ اول، ۱۴۲۰ق، ج ۲.

۱۶. عبدالوهاب، محمد، شرح فتح القدير، دار احیاء التراث العربی، بیروت، ج ۳.
۱۷. فراهیدی، خلیل، العین، نشر هجرت، قم، ۱۴۱۰هـ.ق، چ دوم.
۱۸. الکاسانی الحنفی، الامام علاء الدین، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دار المعرفه، چاپ اول، بیروت، ۱۴۲۰ هـ.ق، ج ۳.
۱۹. مغنیه، محمد جواد، الفقه علی المذاهب الخمسه، مؤسسه الصادق(ع)، چاپ سوم، تهران، ۱۳۴۷ش.
۲۰. وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، الموسوعه الفقهیه، کویت، چاپ اول، ۱۴۱۴ق، ج ۳۹.