

بررسی فقهی، حقوقی نکاح معاطاتی و شیوه ابراز اراده در آن^۱

فاطمه افشاری^۲

حمید اسدی^۳

چکیده

یکی از انواع معاطات که از دیرباز مورد بحث و توجه فقها بوده، نکاح معاطاتی است؛ اما سؤال این است که آیا می‌توان نکاح معاطاتی را صحیح دانست؟ در خصوص صحت و رد این نوع نکاح از دیدگاه فقهی و حقوقی و نحوه ابراز اراده در فرض صحت آن میان فقها اختلاف نظر بسیار است. بسیاری از فقها، نکاح معاطاتی را صحیح نمی‌دانند و وجود لفظ ایجاب و قبول در نکاح را از شروط صحت عقد می‌دانند. برخی نیز به تشریفات بودن عقد نکاح و نظم اجتماعی اشاره می‌کنند، اما به نظر می‌رسد هیچ‌کدام از این‌ها را نمی‌توان ادله مستحکمی برای ایجاد یک شرط جدید در عقد نکاح و ورود لفظ در شرایط نکاح دانست. لفظ یکی از راه‌های ابراز اراده در انعقاد عقد نکاح است؛ لکن ابزارهای دیگری همچون کتابت یا افعالی که دلالت بر قصد کند، نیز می‌تواند منجر به تشکیل عقد گردد. به همین دلیل، با وجودی که لفظ، صراحت در بیان مقصود دارد و افراد برای بیان عقاید خود، بیشتر از لفظ استفاده می‌کنند، این غلبه، ایجاد انحصار نمی‌کند. بنابراین، اگر مبرز صریح دیگری نیز غیر از لفظ یافت شود، دلیلی بر انحصار اعلام اراده از طریق لفظ نیست. افعال مبرز اراده، می‌تواند هر فعلی باشد که در عرف جامعه، نشان‌دهنده قصد بر نکاح است.


واژگان کلیدی

عقد نکاح، معاطات، نکاح معاطاتی، اراده، عرف، لفظ

۱- تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۴/۴/۳؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۴/۱۰/۲۵

۲- دانشجوی دکترای حقوق عمومی دانشگاه علامه طباطبایی؛ مدرس دانشگاه (نویسنده مسئول)

mehr.solh399@yahoo.com

۳- دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق  midassadi90@gmail.com

مقدمه

نکاح از جمله مسائلی است که فقها و حقوقدانان با احتیاط به آن نگریسته و در مورد آن، احکام خاصی را وضع کرده‌اند؛ زیرا دما و فروج از مسائلی است که نمی‌توان به راحتی در مورد آن اظهار نظر کرد. نکاح معاطاتی، یکی از انواع معاطات و یکی از انواع نکاح مورد بحث میان فقها و حقوقدانان است. بسیاری از عقود، هم‌اکنون به صورت معاطاتی صورت می‌گیرد. بسیاری از فقهای متقدم، در اصل صحت معاطات در عقود نیز اشکال دارند و برخی اثر عقد معاطاتی را تنها اباحه در تصرف دانسته‌اند؛ اما رفته‌رفته، اکثر فقها، قائل به صحت عقد معاطاتی شده، آن را دارای تمامی آثار عقد صحیح شمرده‌اند. امروزه فقها در بسیاری از عقود و معاملاتی که انعقاد آن‌ها در قالب لفظ صورت می‌گیرد، قائل به جواز معاطات هستند و آن را صحیح می‌دانند. نظام حقوقی ایران نیز طبق نظر مشهور فقها، ایجاب و قبول را منحصر در الفاظ نمی‌داند.^۱

بیان مسأله

مسأله اساسی در پژوهش پیش رو این است که آیا می‌توان نکاح معاطاتی را صحیح دانست؟ این نوع از نکاح را بسیاری از فقها همواره باطل شمرده شده و معاطات در نکاح را فاقد اثر دانسته‌اند تا جایی که در این مورد، ادعای اجماع کرده‌اند؛ در حالی که نکاح معاطاتی از میان شرایط اساسی صحت عقد نکاح، تنها فاقد لفظ است و ادله‌ای همچون سیره متشرعان، تشریفات بودن عقد نکاح را نمی‌توان به عنوان دلیل محکم و مورد قبول برای رد نکاح معاطاتی دانست؛ بر عکس، به دلیل وجود شرایط صحت عقود، اصل وفای به عهد و اصل صحت قراردادها، می‌توان نکاح معاطاتی را صحیح دانست.

سؤال دیگر این است که در فرض صحت نکاح معاطاتی و پذیرش نظر قائلان به صحت این نوع نکاح، توافق اراده در نکاح معاطاتی به چه نحو خواهد بود و چگونه ابراز می‌شود؟ به نظر می‌رسد ابراز اراده می‌تواند از طریق هر فعلی انجام بپذیرد که در عرف نشان‌دهنده نکاح است.

آنچه در حوزه فقه و حقوق خانواده اهمیت بسیار می‌یابد، تأثیر پذیرش یا عدم پذیرش

نکاح معاطاتی در وضعیت روابط طرفین است. با فرض صحت نکاح معاطاتی با وقوع شیوه‌های ابراز اراده، نکاح تحقق می‌یابد و روابط زناشویی میان طرفین واقع می‌شود و آثار یک نکاح صحیح در روابط طرفین محقق می‌گردد؛ اما در فرض عدم صحت نکاح معاطاتی و شیوه‌های ابراز آن، روابط طرفین نامشروع بوده، آثار زناشویی مانند نفقه، مهریه، ارث و ابوت برقرار نمی‌گردد و فرزندان حاصل از این نوع روابط، نامشروع تلقی می‌شوند و با آنان همانند ولدالزنا رفتار می‌شود. البته با نگاه دیگر ممکن است گفته شود که صحت نکاح معاطاتی و ترویج آن باعث ترویج فساد و نوعی سوء استفاده از این نوع نکاح می‌گردد. تأثیر مستقیم این مسأله در حوزه روابط خانواده، شناسایی صحیح و نظریات مبتنی بر آن، اهمیت موضوع را دوچندان می‌کند؛ زیرا با وجود عدم تصریح قانون و وجود اختلاف نظر در میان فقها، حکم صادره بر روابط افراد متفاوت شده، در تعیین روابط و آثار حوزه خانواده، نقش متفاوتی ایفا می‌کند.

در پس پرده ذهن قائلان به بطلان نکاح معاطاتی، همواره مسأله مصالح اجتماعی و منع از ترویج فساد وجود داشته است؛ اما هیچ‌یک از آنان دلایل خود را مستند به این موارد نکرده و بیشتر، حول صحت اصل عقد نکاح معاطاتی بحث کرده‌اند و با دلایلی نه چندان قوی و مستحکم، در مقام رد آن برآمده‌اند.

در زمینه پاسخ‌گویی به سؤالات مربوط به نکاح معاطاتی و بررسی آرای مختلف فقهی، حقوقی تاکنون پژوهش‌هایی انجام شده است؛^۱ لیکن در تحقیق پیش رو به صورت خاص، نقش اراده در نکاح معاطاتی و نحوه ابراز آن در فرض صحت این نوع نکاح، بررسی خواهد شد که در مقالات قبلی، این نگاه وجود نداشته است.

برای بررسی این موضوع، ابتدا به بررسی نظرات در مفهوم معاطات می‌پردازیم و جایگاه قصد و اراده در معاطات را با بررسی نظرات فقها و نظام حقوق ایران بررسی می‌کنیم. سپس به بررسی ادله بطلان و صحت نکاح معاطاتی خواهیم پرداخت و در نهایت مبرز فعلی اراده در نکاح معاطاتی را بررسی خواهیم کرد.

۱- برای اطلاع بیشتر بنگرید به: هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، ص ۱۹۶-۲۳۴؛ اراکی، ۱۳۹۱، ص ۹۶-۱۱۸؛ میرداداشی و ستوده، ۱۳۹۱، ص ۱۲۳-۱۴۱؛ سییدی بنابی، ۱۳۹۰، ص ۱۱۳-۱۸۷؛ حسینی ادیبانی، ۱۳۸۲، ص ۱۰۳-۱۲۹؛ سلیمی و سلطانی، ۱۳۹۲، ص ۶۳-۹۰.

مفهوم‌شناسی مصطلحات

معاطات: داد و ستد بدون لفظ است.

عقد نکاح: نوعی از عقود معین که میان زن و مرد منعقد می‌شود و به موجب آن، به زن و مرد حق می‌دهد که با یکدیگر زندگی کرده، تمتع جنسی از هم ببرند.

نکاح معاطاتی: نوعی از عقد نکاح که در انعقاد آن از لفظ استفاده نمی‌شود و فقها بر صحت یا عدم صحت آن اتفاق نظر ندارند.

لفظ: کلمه و صوتی است که شخص بر زبان می‌راند؛ خواه مستعمل باشد و خواه مهمل و بی‌معنا.

اراده: خواستن و به چیزی میل و رغبت کردن و حالتی که پس از تصور منافع و مصالح، برای فاعل حاصل می‌شود و صاحبش را به یکی از دو طرف مقدر سوق می‌دهد.

بررسی نظرات فقهی و حقوقی در مفهوم معاطات

در ابتدای کلام لازم است مفهوم‌های مختلف معاطات در نظر فقها و حقوقدانان متقدم و متأخر بررسی شود:

بعضی از فقها، بیع معاطاتی را به «داد و ستد بدون عقد» تعبیر کرده‌اند (مشکینی *الاردبیلی، بی‌تا، ص ۵۰۰*)^۱. از بعضی عبارات فقهی دیگر برمی‌آید که عقد بیعی که در آن ایجاب و قبول لفظی نباشد، معاطات است (*اسدی، ۱۳۸۱ هـ، ص ۴۱۵*)؛ زیرا در هر معامله‌ای یک ایجاب و قبول صورت می‌گیرد. حال این ایجاب و قبول یا لفظی و طبق تشریفات خاص خود است که عقد است و یا بدون لفظ است که معاطات است.

برخی دیگر، معاطات را همراه با انشای فعلی می‌دانند. انشای فعلی به لحاظ آنچه برای ابراز اعتبار نفسانی قابلیت دارد، در مقابل انشای قولی قرار دارد. انشای فعلی عبارت است از انشا با دادن و گرفتن یا هر فعل دیگری که قائم مقام قول باشد، مثل اشاره شخص لال؛

۱- بیع المعاطة هو إعطاء كل من المتبايعين ما يريده من المال عوضا عما يأخذه من الآخر من غير عقد.

نوشتن و انشای قولی هم عبارت است از انشا به لفظ و صیغه مخصوص (موسوی الخمینی، ۱۴۲۱ هـ.ج، ۱، ص ۱۷).

در حقوق موضوعه، برگرفته از نظر دسته اول فقها، معاطات در معنای دادوستد آمده است. نظر ایشان در ماده ۳۳۹ قانون مدنی منعکس شده است: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد».

تحریر نزاع

همان‌طور که از بررسی نظرات فقهی و حقوقی در معنای معاطات به دست می‌آید، اختلاف در معاطات، مربوط به اعلام ابراز اراده یا همان ایجاب و قبول است. در ماده ۱۹۱ ق.م. آمده است: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». پس بحث در این‌جا، وسیله ابراز اراده باطنی است؛ زیرا قانون، وسایل ابراز اراده را چیزی می‌داند که دلالت بر قصد کند. در واقع برای ایجاد یک اعتبار با عنوان عقد، نیاز است تا قصد باطنی در عالم خارج تبلور داشته باشد. حال بحث و اختلاف، در وسایل و چگونگی ابراز اراده است که چگونه باید صورت بگیرد. دلیل این اختلاف را نیز می‌توان در تنوع وسایل اعلام اراده جست؛ ممکن است لفظی باشد، یعنی از طریق به کارگیری الفاظی که دلالتش بر مقصود صریح است صورت گیرد و یا از طریق نوشته یا اشاره صورت پذیرد؛ حتی ممکن است به طور ضمنی واقع شود؛ مانند این‌که طرفین کاری انجام دهند که تلویحاً مبین تراضی آنان در اثر حقوقی مورد انتظار باشد. به عنوان مثال، فردی که مالی به وی هبه شده است، بدون این‌که آن را صریحاً قبول کند، اقدام به فروش یا هبه آن به دیگری می‌کند؛ این عمل تلویحاً قبول هبه محسوب می‌شود. بحث در نکاح معاطاتی نیز در مورد همین مسأله است که آیا وسایل اعلام اراده در نکاح حتماً باید لفظ باشد؟ در واقع در هر معامله و داد و ستدی حتماً یک ایجاب و قبول صورت می‌گیرد. حال این ایجاب و قبول یا صراحتاً در قالب لفظ اعلام می‌شود، یا به صورت دیگری تبلور خارجی پیدا می‌کند. پس در نتیجه، بحث به صورت خاص، پیرامون نحوه ابراز ایجاب و

قبول است.

جایگاه قصد و اراده در معاطات با بررسی نظرات فقها

از قدیم الایام، عده‌ای از فقها معتقد بودند نکاح، عقدی توقیفی است و شائبه عبادت دارد و لازم است با لفظ صحیح عربی ادا شود تا آن عقد صحیح شمرده شود و اثراتی بر آن بار شود (نجفی، ۱۴۰۴ هـ، ج ۲۹، ص ۱۳۳؛ جبعی‌العالمی، ۱۴۱۳ هـ، ج ۷، ص ۱۱۶). در باب معاطات نیز، فقها تا زمان محقق کرکی، معاطات را مفید ملکیت و عقد نمی‌دانستند؛ بلکه تنها آن را مفید اباحه می‌دانستند و قائل به جواز تصرف برای طرفین در عوضین بودند.^۱ در تفسیر شاه، در ذیل تفسیر آیه "تجاره عن تراض" چنین آمده است: «در صحت تصرف در مال غیر، مجرد رضای طرفین کافی نیست؛ مادام که عقدی از عقود شرعی واقع نشود. با آن که معاطات که مجرد به قبض دادن و به قبض گرفتن با رضای طرفین است، به اتفاق، مفید صحت تصرف است و نزد برخی فقها، مفید به ملک نیز هست، اگرچه مفید صحت تصرف و ملک، بر وجه لزوم نیست؛ زیرا مادام که عوضین باقی باشد، فسخ، جایز است» (حسینی جرجانی، ۱۴۰۴ هـ، ج ۲، ص ۱۳۴).

سؤال اصلی در این اباحه این است که آیا اصل "العقود تابعة للقصد" در این‌جا نیز حاکم است و یا این‌که اباحه در تصرف، با قصد متعاملین در تعارض است؟ بدین معنا که چگونه ممکن است قصد و اراده طرفین بر تملیک و تملک باشد و فقها اباحه را بر آن بار کنند؟ صاحب‌جوهر این مسأله یعنی اباحه در این نوع عقود را صراحتاً رد می‌کند و بطلان این قضیه را حتی برای طلاب مبتدی نیز قابل فهم می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ هـ، ج ۲۲، ص ۲۱۰). به نظر می‌رسد اشکال دیگری که به این نظر فقها وارد می‌شود، این است که مسأله معاطات، قبل از اسلام نیز بوده است و در این‌که تمامی آن عقود بدون لفظ صحیح عربی بیان شده‌اند، هیچ شکی نیست؛ پس طبق این حکم، باید همه آن عقود را باطل شمرد. همچنین مسأله بسیار مهم این است که اگر مسأله لفظ صحیح به صیغه عربی از ارکان عقد می‌بود، باید روایات

۱- نک: حسینی جرجانی، ۱۴۰۴ هـ، ج ۲، ص ۱۳۴؛ حلی، ۱۴۰۳ هـ، ج ۱، ص ۲۷۵؛ اسدی، ۱۳۸۸ هـ، ج ۱، ص ۴۶۲؛ عاملی، ۱۴۱۰ هـ، ص ۱۰۹؛

نجفی، ۱۴۰۴ هـ، ج ۲۲، ص ۲۱۰

متواتر در این مورد داشته باشیم که چنین نیست. این نکته نیز وجود دارد که اباحه تا چه حدی صحیح است؟ مثلاً در خرید و فروش برده و کنیز، اباحه تا چه حدی است؟ آیا مولا می‌تواند کنیز را وطی بکند یا آن را برای کس دیگری تحویل نماید؟

محقق کرکی با تحقیق و تفحص در آثار فقها به این نتیجه رسید که فقها پیرامون معاطات، نظرات دیگری نیز دارند (کرکی، ۱۴۱۰ هـ.ج، ص ۴۵). به طور مثال، علامه حلی معتقد است: «(شهر) این است که معاطات، مفید اباحه است. خود این مطلب بیانگر آن است که در زمان علامه حلی نیز نظرات دیگری برخلاف نظر مشهور فقها وجود داشته است که معاطات را مفید ملکیت بدانند. محقق کرکی، معاطات را عقد و آن را مفید ملکیت می‌داند؛ اما ملکیت حاصل از معاطات را لازم ندانسته، آن را جایز می‌شمارد (همانجا). این گفت‌وگو نزدیک به سیصد سال طول کشید تا فقهای چون صاحب جواهر و شیخ انصاری، به تفصیل بیشتری به بحث در این زمینه پرداختند. شیخ انصاری نظرات مختلفی را در مورد معاطات یافته و یک بخش از کتاب بیع مکاسب را به بررسی این موضوع اختصاص داده است (انصاری، ۱۴۲۰ هـ.ج، ص ۲۳-۱۲۰). وی با توجه به اصل «تجارت عن تراض» و سایر ادله، معاطات را مفید ملکیت می‌داند و معتقد است بنای معاطات، افاده ملکیت است، ولی اجماع بر آن است که ملکیت لازم نیست (همان، ج ۳، ص ۲۳-۲۵). صاحب جواهر نیز معتقد است بسته به متعاقبین است، اگر قصد ملکیت کنند، ملکیت دارد و در غیر این صورت، اباحه ملکیت است (نجفی، ۱۴۰۴ هـ.ج، ص ۴۲۸). فیض نیز بیان می‌کند که در کلمات بزرگان، انشای لفظی، کتبی و فعلی، بسیار به کار رفته است. اگر بخواهیم بگوییم بیع معاطاتی درست است یا نه؟ باید گفت که بیع یک حقیقت واحده است و نحوه‌های ابراز آن با هم فرق می‌کند؛ گاه به شکل لفظ است، گاه داد و ستد، و گاه کتبی. باید تعریف را در مقام ثبوت ببریم. حال در مقام اثبات گاه با لفظ یا کتابت و گاه با اشاره است. بنابراین مقام ابراز را نباید در تعریف داخل کنیم (فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۱۳۸). بیشتر فقهای متأخر نیز معاطات را بیع و مفید ملکیت

دانسته‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ هـ.ج، ص ۸، ص ۱۳۹؛ نراقی، ۱۴۱۵ هـ.ج، ص ۲۶۰؛ عکبری، ۱۴۱۳ هـ.ج، ص ۵۹۱؛ خوبی، ۱۴۱۰ هـ.ج، ص ۲۰؛ انصاری، ۱۴۱۱ هـ.ج، ص ۳۱۲ و موسوی‌الخمینی، ۱۴۲۱ هـ.ج، ص ۸۹).

با توجه به مسائل ذکر شده، می‌توان چند دلیل را برای صحت معاطات ذکر کرد: اولین دلیل، قاعده تبعیت به معنای تبعیت عقد از قصد است^۱؛ یکی از مواردی که تبعیت لازم است، تبعیت عقد از قصد متعاملین است. پس هنگامی که طرفین معامله، قصد عقد بیع، اجاره یا هر عقد دیگری از عقود لازم و جایز را می‌کنند، نمی‌توان اباحه در تصرف و ... را بر آن بار کرد؛ این بر خلاف قاعده تبعیت است. از دلایل دیگر، اصل وفای به عهد «یا أیها الذین آمنوا أوفوا بالعقود...» (مائده، ۱)، مبنای تراضی در تجارت، پذیرش این امر توسط عقلا و عدم شرطیت وجود لفظ در عقود است.

جایگاه قصد و اراده در معاطات در نظام حقوقی ایران

در قوانین ایران، معاطات به طور کلی در معاملات که مبین قصد و اراده طرفین است، پذیرفته شده اما مواردی از شمول این کل، استثنا شده است که در ذیل به بررسی آن‌ها خواهم پرداخت:

ماده ۱۹۳ قانون مدنی، چنین بیان داشته 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 استثناء کرده باشد». همچنین در ماده ۱۹۲ ق.م.آ آمده است: «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آن‌ها تلفظ ممکن نباشد، اشاره که مبین قصد و رضا باشد، کافی خواهد بود».

معاطات در عقود از نظر قانون مدنی، تنها در صورت عجز از تلفظ صحیح خواهد بود؛ ولی این برداشت، با بخش آخر ماده ۱۹۳ ق.م.آ به ویژه قسمت اخیر آن ناهماهنگ است؛ زیرا به موجب قسمت اخیر آن، معاطات تنها در صورتی صحیح نیست که قانون استثناء کرده است. در نتیجه، مطابق این ماده، اصل بر کفایت معاطات است. به همین دلیل به نظر می‌رسد ماده ۱۹۲ ق.م.آ مفهوم مخالف ندارد و قانون، در مقام بیان فرض متعارف و

شایع است که فقط زمان ممکن نبودن تلفظ از آن استفاده می‌شود. در نتیجه، معاطات در عقود مدنی (به جز در موارد استثنایی) صحیح است. به همین دلیل ماده ۳۳۹ ق.م. در مورد انعقاد قرارداد بیع بیان داشته است: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد، بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به دادوستد نیز واقع گردد». بخش اخیر این ماده، ناظر به مسأله معاطات در عقد بیع است؛ البته عقد بیع خصوصی ندارد و در سایر عقود (به جز موارد استثنا شده) نیز چنین است. از سوی دیگر، بند ص از ماده ۲ قانون تجارت الکترونیک بیان می‌دارد: «عقد از راه دور»^۱، ایجاب و قبول راجع به کالاها و خدمات بین تأمین‌کننده و مصرف‌کننده با استفاده از وسایل ارتباط از راه دور است. همان‌طور که مشاهده می‌شود، در این مورد، قانون، صراحتاً شرط لفظی بودن ایجاب و قبول را رد کرده و ایجاب و قبول به شیوه الکترونیکی را می‌پذیرد.

با توجه به مواد مذکور و با بررسی مواد دیگر قانون مشخص می‌شود که معاطات در عقود به طور کلی پذیرفته شده و موارد استثنا از معاطات، شامل مواردی خاص است. از جمله موارد استثنا شده، عقد وقف است. مطابق ماده ۵۶ ق.م. و وقف، «به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند» واقع می‌شود. مصداق دیگر، بخش اخیر ماده ۱۹۳ ق.م. در خصوص عقد نکاح است. البته قانون مدنی در باب نکاح، میان حالت اختیار و اضطرار فرق گذاشته است. در ماده ۱۰۶۲ ق.م. آمده است: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». با وجود این، ماده ۱۰۶۶ ق.م. با اشاره به حالت عجز از تلفظ آورده است: «هر گاه یکی از متعاقدين یا هر دو لال باشند، عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می‌شود، مشروط بر این‌که به طور وضوح، حاکی از انشاء عقد باشد». در مورد مفاد ماده ۱۰۶۶ ق.م. دو نکته مهم است: نخست آن‌که اعلام قصد انشا به وسیله کتابت، برای افراد عاجز از تلفظ صحیح است. این مطلب اگر چه در قانون نیامده، ولی به قیاس اولویت از ماده ۱۰۶۶ ق.م. قابل استنباط است؛ زیرا دلالت کتابت بر مقصود نسبت به اشاره واضح‌تر است. با توجه به حکم مذکور در مورد نکاح معاطاتی در قانون که برگرفته از فقه است و تنها در شرایط

خاص عجز از تلفظ، نکاح معاطاتی را پذیرفته است، به بررسی ادله صحت و بطلان نکاح معاطاتی از دیدگاه فقها خواهیم پرداخت تا بتوانیم در مورد این نوع نکاح، اظهار نظر کنیم:

ادله بطلان و صحت نکاح معاطاتی

برخی از فقها، قائل بر بطلان نکاح معاطاتی هستند. در این خصوص، به ادله روایی استناد کرده‌اند که بررسی و نقد آن ادله، مجال بیشتری می‌طلبد. جمع قابل توجهی از فقها برای لزوم لفظی بودن ایجاب و قبول در عقد نکاح، به اجماع تمسک کرده‌اند و مهم‌ترین و قابل اعتمادترین دلیل بر بی‌اعتباری نکاح معاطاتی و لزوم لفظی بودن عقد را اجماع فقها و سیره مسلمین دانسته‌اند (کمپانی اصفهانی، ۱۴۱۸ هـ، ج ۱، ص ۱۸۷؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ هـ، ج ۱، ص ۱۸۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵ هـ، ج ۲۳، ص ۱۵۶؛ انصاری، ۱۴۲۰ هـ، ج ۳، ص ۲۵؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ هـ، ج ۱، ص ۸۹؛ سلیمی و سلطانی، ۱۳۹۲، ص ۷۸-۷۹). ایشان معتقدند: «ایقاع نکاح به معاطات، مخالف ارتکاز متشرعان و تسالم اصحاب است؛ بلکه در این مورد اختلافی نیست» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ هـ، ص ۱۵۶؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ هـ، ج ۱، ص ۸۹). حتی برخی، لزوم لفظی بودن عقد نکاح را «ضروری دین» نامیده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵ هـ، ج ۱۷، ص ۸۴).

در بیان اهمیت این اجماع و ارزش آن بیان شده است که: «این اجماع را نباید دست کم گرفت؛ چون مدرک مهم دیگری که اجماع‌کنندگان به آن استناد کرده باشند، در دست نیست» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۸۹). یعنی اجماع در این مسأله مدرکی نیست؛ زیرا مدرک قابل اعتمادی در این مورد وجود ندارد. بنابراین از نظر ایشان، اجماع ادعا شده در این مسأله، تبعیدی است (همو، ۱۴۲۴ هـ، ج ۱، ص ۹۰)؛ گرچه در بیان دیگری آورده‌اند: بعید نیست اجماع در این مسأله، مدرکی باشد؛ زیرا این احتمال وجود دارد که این توافق فقهی، به اعتماد روایاتی باشد که نقل شده است. همان‌طور که بعضی فقها به این موضوع تصریح کرده‌اند^۱ (همان، ص ۱۲۳).

حال این سؤال مطرح می‌شود که اجماع و سیره‌ای که بر بطلان نکاح معاطاتی مورد

۱- عدم قیام دلیل علی هذا الحكم و عدم حجیة مثل هذه الإجماعات.

استناد قرار گرفته است، در چه درجه‌ای از قوت است؟

در رد اعتبار اجماع و سیره ادعا شده و صحت نکاح معاطاتی دلایلی بیان شده است؛ اما دلایلی را نیز می‌توان بر مبنای استدلال اصولی بر آن افزود:

اول آن‌که یکی از محققان معتقد است که فقیهان، متعرض نکاح معاطاتی نشده‌اند و اجماع، بر خود این مسأله نیست؛ بلکه آن‌ها بر مسائل ملازم با آن اجماع کرده‌اند. ایشان معتقدند بین قول به صحت نکاح با انشای فعلی و عدم صحت با انشای قولی با الفاظی مثل اباحه و هبه و عاریه، منافاتی نیست؛ بنابراین، در اجماع بر عدم صحت انشای نکاح با فعل دال بر آن، صراحت و ظهور ندارد (اراک، ۱۴۲۷هـ، ص ۶۶-۷۲).

دیگر آن‌که فقها در مورد مفهوم معاطات اتفاق نظر ندارند. در ابتدای مقاله در بحث مفهوم‌شناسی، سه تلقی فقهی از مفهوم معاطات نقل شد. حال آیا اجماع بر ضرورت لفظ در عقد نکاح و بی‌اعتباری معاطات در حالی که اجماع‌کنندگان، تلقی یکسانی از آن ندارند و از تلقی‌ها به قدر متیقنی نیز نمی‌توان دست یافت، می‌تواند کاشف از قول معصوم بوده، حجت باشد؟ آیا این‌گونه نیست که جمعی از فقها که لفظ را ضروری دانسته‌اند، به این جهت بوده است که اساساً معاطات را عقد نمی‌دانسته‌اند؟ روشن است که با این احتمالات نسبتاً قوی، چنین اجماعی قابل اعتماد نیست.

نکته سوم این‌که بعید نیست سیره مسلمین در اجرای عقد نکاح به الفاظ مخصوص، تنها برای غایت احتیاط باشد. ظاهراً همین طور هم هست، در این صورت چه دلیلی وجود دارد که اگر کسی بدون رعایت احتیاط، عقد نکاح را با ایجاب و قبول کتبی محقق کرده است، آن را باطل بدانیم؟ باید توجه داشت رعایت احتیاط در نکاح، شرعاً مطلوب است؛ ولی نباید از نظر دور داشت که سخت‌گیری و افراط در احتیاط و زیاد کردن تشریفات آن نیز عقلاً مذموم است. بنای شرع مقدس اسلام، بر آسان کردن نکاح و سخت کردن شرایط طلاق است؛ به همین دلیل، حضور شهود در طلاق، ضروری و در نکاح، غیرضروری است.

پس از ورود نقد بر اجماع یاد شده، در باب صحت نکاح معاطاتی نیز می‌توان دلایل متقنی را بیان کرد:

یکی از مهم‌ترین دلایل این است که عقد بر اساس اراده است و الفاظ، مظهر و میرز

اراده هستند و طریقت دارند، نه موضوعیت؛ لذا بیان اراده به هر شکلی که ابراز شود، مفید فایده و اثر است. بسیاری از فقها، تنها لفظ را وسیله صریح ابراز اراده دانسته، کتابت و غیر آن را دارای این ویژگی نمی‌دانند و به همین دلیل، بر لزوم وجود لفظ در نکاح تأکید می‌کنند؛^۱ اما شهید ثانی در این خصوص بیان می‌کند: «انسان همان طور که از آنچه در باطن دارد به لفظ خبر می‌دهد، به کتابت نیز خبر می‌دهد؛ اگر چه دلالت کتابت بر لفظ ضعیف‌تر است». اراکی نیز در موافقت با این دلیل معتقد است: ممکن است اعتماد به لفظ در اعلام اراده و بی‌اعتنایی به وسایلی مثل کتابت، به این دلیل باشد که در گذشته رایج‌ترین و در عین حال صریح‌ترین وسیله اعلام اراده، الفاظ بوده‌اند. در این صورت دلیلی ندارد که با تغییر عرف و با رواج کتابت و اعتماد به آن در عقود مهم، ایجاب و قبول مکتوب در نکاح، باطل باشد (اراکی، ۱۴۲۷هـ، ص ۱۷۱).

از سخنان فوق مشخص می‌شود که فقها در جستجوی راهی برای اعلام صریح قصد باطنی هستند و به همین دلیل به لفظ روی آورده‌اند. اگر آنان غیرلفظ را معتبر ندانسته‌اند، به این است که به زعم آنان، غیرلفظ، صریح نیست. در مواردی هم که برای کسی تکلم ممکن نیست، راه دیگری که جانشین لفظ بوده، با قدری تنزل، در دلالت بر قصد باطنی صریح باشد، تجویز کرده‌اند. به همین دلیل، همگان برای عاجز از تکلم، اشاره را کافی دانسته‌اند. بنابراین لفظ در عقد موضوعیت ندارد و اعتبار آن طریقی است.

دلیل دیگر برای صحت نکاح معاطاتی، عموم ادله‌ای است که بر لزوم وفای به عهد و پیمان دلالت وجود دارند. در قرآن کریم آمده: یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود؛ «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به قراردادهای وفا کنید» (مائده، ۱) و در آیه‌ای دیگر آمده است: و اوفوا بالعهد انّ العهد کان مسئولاً؛ «به عهد خود وفا کنید که از عهدها نیز بازخواست خواهید شد» (اسراء، ۳۴).

نحوه استدلال به دو آیه فوق این است که خدای سبحان بر لزوم پای‌بندی به عقد و عهد فرمان داده است. کلمه «عقود» جمع عقد و مُحَلّی به الف و لام است و به همین دلیل،

۱- نک: کرکی، ۱۴۱۰هـ ج ۱۲، ص ۱۷۷؛ انصاری، ۱۴۲۰هـ ج ۳، ص ۱۱۸؛ همو، ۱۴۱۵هـ ص ۷۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۸هـ ج ۹، ص ۲۷۰.

این کلمه، عام و شامل هر توافقی است که عنوان عقد بر آن صادق باشد؛ اعم از عقودی که در بین مردم جریان دارد، مانند عقد بیع و نکاح، یا عهدی که اشخاص با خود می‌بندند و مثلاً سوگند می‌خورند که فلان کار را نکنند یا نکنند (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۵، ص ۲۵۷). همچنین کلمه عقود در آیه فوق، مطلق است و هیچ قیدی ندارد و در صدق مفهوم عقد یا عهد، لفظ، دخالتی ندارد. آنچه ضرورت دارد و بدون آن عقد و عهد شکل نمی‌گیرد، تراضی و توافق دو نفر برای ایجاد یک اثر حقوقی و اظهار و اعلام صریح آن به هر وسیله ممکن اعم از لفظ، اشاره، نوشته و ... است. نتیجه این‌که عقد معاطاتی نیز لازم‌الوفاء است و در این مورد، بین بیع و نکاح و سایر عقود تفاوتی وجود ندارد.

بنابراین دلالت آیات لزوم وفاء به عقد و عهد کامل است و اشکالی بر انطباق آن بر نکاح معاطاتی به نظر نمی‌رسد؛ مگر این‌که دلیلی بر استثنای عقد نکاح و اخراج آن از عموم و اطلاق آیات لزوم وفای به عهد وجود داشته باشد. اگر نکاح به عنوان یک استثنا تلقی شود و در خصوص آن معاطات راه نداشته باشد، دلیل آوردن خروج این عقد از عمومات و اطلاق به عهده مدعیان استثنا شدن است و از آن جا که صحت نکاح معاطاتی، اصل است و صحت آن با اصول و قواعد عمومی نیز در تنافی و تعارض نیست، علی‌القاعده می‌توان به آن حکم کرد.

مبرز فعلی اراده بر نکاح معاطاتی

با توجه به دلایل پذیرش نکاح معاطاتی، باید ببینیم به چه صورتی غیر از لفظ می‌توان اراده بر نکاح را بروز داد و چگونه این مبرز اراده، قابل تشخیص است؟ در پاسخ باید گفت به نظر می‌رسد هر فعلی که قصد و اراده طرفین را در ایجاد رابطه زوجیت و نکاح نشان دهد، می‌تواند مبرز اراده طرفین در نکاح معاطاتی باشد. امام خمینی در این خصوص با اشاره به قاعده لزوم وفای به عقد و عهد که آیات یاد شده بر آن دلالت دارند، اظهار داشته‌اند: «مقتضای قاعده، جریان معاطات در هر عقد و ایقاعی است که انشای آن به فعل ممکن باشد؛ زیرا فعل نیز مانند قول، وسیله ایجاد و ایقاع اختیاری است» (موسوی‌الخمینی، ۱۴۲۱ هـ.ج، ص ۱۷۸-۱۷۹)؛ اما بیان این امر به صورت کلی می‌تواند

موجب عدم امکان تمایز نکاح معاطاتی از موارد مشابه آن مانند زنا و سفاح شود. در این خصوص باید تأکید کرد که در نکاح معاطاتی، اولاً قصد طرفین بر ایجاد رابطه زوجیت شرعی است و ثانیاً تشخیص موارد بروزدهنده اراده، متناسب با عرف است و در زمان‌ها و مکان‌های گوناگون، مختلف خواهد بود. نکاح در عرف، امری شناخته شده و دارای آثاری است که زنا آن‌گونه نیست و در هر عرف و جامعه‌ای این دو از یکدیگر بازشناخته می‌شوند (سلیمی و سلطانی، ۱۳۹۲، ص ۶۳-۸۸؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ هـ ج ۱، ص ۲۶۸). به همین دلیل فقهای معتقد بر صحت نکاح معاطاتی می‌گویند در صورتی که جریانی نمایان‌گر زناشویی میان مرد و زنی انجام گردد، چه با نوشتن، گفتن یا اشاره و هر طوری دیگر که به روشنی دلالت بر انجام ازدواج کند، کافی است (صادقی تهرانی، بی‌تا، مسأله ۲۶۶): بنابراین، اگرچه مصداق فعلی عرفی که صراحت بر انشای نکاح دارد، موجود نباشد، امکان وجود مصداق عرفی برای انشای فعلی نکاح معاطاتی را نمی‌توان نفی کرد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ هـ ج ۱، ص ۱۸۰ و ۲۶۸؛ مشکینی الارdebیلی، بی‌تا، ص ۵۰).

حال در عرف، چه فعلی مبرز اراده طرفین بر نکاح است؟ همان‌گونه که گفته شد، با توجه به تفاوت عرف در زمان‌ها و مکان‌های گوناگون، نحوه ابراز اراده و افعال مبین این اراده نیز متفاوت خواهد بود. ضابطه کلی برای این‌که یکی از عناوین معاملات، مثل بیع، اجاره یا هبه بخواید بر فعلی در عالم خارج تطبیق پیدا کند، این است که این فعل قبلاً نزد عرف از مصداق آن معامله محسوب شود (غروی نایینی، ۱۳۷۳ هـ ج ۱، ص ۱۰۱). طبق این مبنا، معاطات در چیزی جریان پیدا می‌کند که فعلی، عرفاً مصداق برای آن عنوان واقع شود.

با توجه به این امر، طبق عرف‌های گوناگون، افعالی مانند کتابت، مراسم بله‌برون، سفره عقد، بردن جهیزیه و پذیرفتن توسط مرد، قرار دادن مهر در دست زن، این‌که پدر دختر دست او را در دست زوج بگذارد، انداختن پوشش مخصوص بر سر عروس، کفش روی کفش گذاشتن (صادقی تهرانی، بی‌تا، ص ۱۷۳)، اشاره مثل دست تکان دادن، حلقه به دست کردن، مراسم جشن گرفتن، تصافح یا تعانق یا تقبل یا مباشرت یا لمس بدون وجود لفظ را می‌توان مبرز اراده در نکاح دانست که مورد پذیرش عرف است و انجام آن را به عنوان قصد نکاح، پذیرفته‌اند؛ گرچه در خصوص اعمالی مانند تصافح یا تعانق یا تقبل یا مباشرت یا لمس بدون وجود لفظ، به ویژه در خصوصی وطنی، بحث وجود دارد که آیا

انجام وطی نیز مبین اراده طرفین در نکاح است؟ در این زمینه میان فقها اتفاق نظر وجود ندارد. برخی معتقدند حتی در صورتی که به وسیله فعل وطی نیز قصد نکاح صحیح دارند، گرچه قبل از تحقق زوجیت اتفاق می‌افتد و تکلیفاً حرام است، اما وضعاً سبب تحقق نکاح می‌شود و اگر این مبنا پذیرفته نشود، فعل وطی عرفاً دلالت بر نکاح ندارد و در تعریف و قاعده نکاح معاطاتی به انشای زوجیت با فعلی که عرفاً مصداق نکاح معاطاتی باشد، خللی وارد نمی‌کند؛ زیرا وطی، سبب عرفی و عقلایی برای ازدواج نیست (موسوی الخمینی، ۱۴۲۱ هـ.ج. ۱، ص ۲۶۷ و ۲۶۸). ایشان معتقدند فعل نیز مانند قول، وسیله ایجاد و ایقاع اعتباری است. وی افعالی مانند دست دادن یا تماس جنسی پیش از ایجاد زوجیت را حرام شمرده، معتقدند فعل حرام نمی‌تواند وسیله ایجاد رابطه زوجیت باشد؛ اما افعالی که به کمک آن می‌توان اعلام اراده کرد و ایجاب و قبول را محقق ساخت، منحصر در موارد حرام نیست. طرفین می‌توانند به کمک بعضی کارهای مجاز و حلال، قصد خود را به یکدیگر اعلام کنند که در عرف‌های مختلف دلالت بر همین معنا می‌کند (موسوی الخمینی، ۱۴۲۱ هـ.ج. ۱، ص ۱۸۰).

برخی دیگر معتقدند مفهوم نکاح اعم است از این‌که با لفظ باشد یا با غیرلفظ، حتی اگر طرفین تصمیم بگیرند که لفظی در کار نباشد و نکاح به همان نفس وطی صورت بگیرد، باز صحیح است و در غیر این صورت وطی حرام است؛ زیرا *أُنكحْتُ و زَوَّجْتُ* نگفته‌اند ولی مانعی در صحت نکاح با انشاء آن به نفس وطی وجود ندارد و می‌توانند با هم ازدواج کنند؛ زیرا درست است که وطی محرم است ولی سبب محرم باعث نمی‌شود که فعل محقق نشود؛ یعنی اگرچه در فرض مذکور زنا حرام است، ولی با همان زنا نکاح محقق می‌شود (نوری همدانی، ۱۳۹۲).^۱

در باب نحوه ابراز اراده، به طور خاص و ویژه می‌توان صحت نکاح معاطاتی از طریق کتابت را مورد بحث قرار داد. اگر طرفین نکاح، توافق میان خود در مورد نکاح و مهر و سایر مسائل مربوط به آن را مکتوب کنند و با امضای آن، انشای زوجیت نمایند؛ امروزه کسی

تردید ندارد که اعتبار کتابت و استحکام آن، از کلماتی که بر زبان جاری می‌شود، بیشتر است؛ زیرا به دلیل ماندگاری اثر نوشته، اختلافات راجع به مفاد عقد و شروط آن کاهش پیدا می‌کند و راه کشف حقیقت در نوشته آسان‌تر می‌شود؛ به ویژه که در صحت عقد نکاح، حضور شهود ضروری نیست و در چنین حالتی اگر نزاع در مورد عقدی که به صورت لفظی جاری شده است، رخ دهد، راه کشف حقیقت مسدود است. به همین دلیل در قراردادهای مهم، حتی در عقد نکاح، برای غایت احتیاط، توافق به عمل آمده را مکتوب می‌کنند. ممکن است گفته شود، مکتوب کردن نتیجه توافقات برای ثبت و ضبط نتیجه انشای لفظی عقود است، نه این‌که بخواهند از طریق کتابت، انشای اثر حقوقی کنند؛ ولی این سخن کلیت ندارد و در بسیاری موارد، از طریق کتابت، قصد انشا می‌شود؛ درست مانند انشای رأی در مقام قضاوت که از طریق نوشتن، حاصل می‌گردد، نه این‌که ابتدا از طریق تلفظ، انشای رأی شده باشد و سپس نوشته شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲هـ، ص ۱۰۲).

البته باید توجه داشت که پذیرش نکاح معاطاتی از نظر اجتماعی آثار مثبت و منفی نیز به همراه دارد. عدم پذیرش صحت نکاح معاطاتی، با آثار اجتماعی ناگواری مانند حمل روابط نامشروع بر روابط طرفین و نبود آثار نکاح صحیح در فرزندآوری، مهر، نفقه، ارث و ... را به دنبال خواهد داشت. از سوی دیگر، پذیرش صحت آن، گسترش روابط و ازدواج‌های سفید با استناد به نکاح معاطاتی را دارد. به همین دلیل لازم است بر فعل مبتنی بر وقوع نکاح که عرف جامعه می‌پذیرد، عمل شود و بر قصد طرفین در وقوع نکاح نیز توجه گردد.

یافته‌های پژوهش

از تحقیق انجام شده، نتایج زیر به دست می‌آید:

- ۱- در صحت یا عدم صحت نکاح معاطاتی میان فقها اتفاق نظر وجود ندارد؛ اما اغلب فقها با استناد به اجماع، قائل به بطلان نکاح معاطاتی هستند؛ گرچه با وجود نظرات مخالف همراه بر دلایل متقن، فرض اجماع، نادرست به نظر می‌رسد.

۲- استفاده عمده الفاظ برای بیان اراده افراد، موجب انحصار ابراز اراده از طریق لفظ نیست. الفاظ صرفاً مظهر و مبرز اراده بوده، طریقت دارند؛ لذا بیان اراده به هر شکلی که ابراز شود، کفایت می‌کند.

۳- اگر طرفین قصد ازدواج داشته باشند و این تصمیم خود را به گونه‌ای صریح اعلام نمایند، به گونه‌ای که عرفاً انشای زوجیت صدق کند، زوجیت ایجاد می‌گردد.

۴- هر فعلی که قصد و اراده طرفین را در ایجاد رابطه زوجیت و نکاح نشان دهد، می‌تواند مبرز اراده طرفین در نکاح معاطاتی باشد.

۵- مبرز فعلی اراده در نکاح معاطاتی، در عرف‌های مختلف، متفاوت است و در خصوص مصادیق آن، اتفاق نظر وجود ندارد. به نظر می‌رسد در این زمینه باید به قصد طرفین مراجعه کرد و عرف را مورد بررسی قرار داد؛ زیرا طبق اصل صحت، اوفوا بالعقود و ابتدا بر قصد طرفین، دلیلی بر بی‌اعتباری مصادیق نکاح معاطاتی در دست نیست.

۶- اگر نکاح معاطاتی بر مبنای ملاحظاتی در بعضی مصادیق، قابل توصیه نباشد، دلیلی بر بطلان و نامشروع بودن رابطه زن و مردی که با معاطات زندگی مشترک خود را آغاز کرده‌اند، وجود ندارد.

۷- یکی از طرق مقبول ابراز اراده می‌تواند کتابت باشد که اعتبار و استحکام آن نیز بیشتر از لفظ است؛ زیرا به دلیل ماندگاری اثر نوشته، اختلافات راجع به مفاد عقد و شروط آن کاهش پیدا می‌کند. راه کشف حقیقت در نوشته آسان‌تر است و با تغییر عرف و رواج کتابت و اعتماد به آن در عقود مهم، دلیلی بر عدم صحت ایجاب و قبول مکتوب وجود ندارد.

۸- با پذیرش وقوع نکاح معاطاتی مبتنی بر اراده طرفین با افعال، می‌توان آثار عقد صحیح مانند رابطه زناشویی، ارث، و مهر را بر آن بار کرد؛ در حالی که عدم پذیرش صحت نکاح معاطاتی، با آثار اجتماعی ناگواری مانند حمل روابط نامشروع بر روابط طرفین و نبود آثار نکاح صحیح در فرزندآوری، مهر، نفقه، ارث و ... را به دنبال خواهد داشت؛ البته در تشخیص نکاح موقت و دایمی بودن و حمل آثار خاص هرکدام نیز باید بر قصد طرفین توجه کرد.

منابع و مآخذ

- ❖ القرآن الکریم
- ❖ اراکی، محسن، «دراسه حول حکم المعاطاه فی النکاح»، ۱۴۲۷هـ قم، فقه اهل البيت علیهم السلام، شماره ۴۳
- ❖ _____ «زندگی مشترک زن و مرد بدون عقد ازدواج»، ۱۳۹۱، فقه اهل بیت علیهم السلام، سال ۱۳، شماره ۵۱
- ❖ اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ۱۴۰۳هـ قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- ❖ اسدی، حسن بن یوسف مطهر (علامه حلی)، تذکره الفقها (ط - القديمه)، ۱۳۸۸هـ قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام
- ❖ انصاری، مرتضی، کتاب المکاسب، ۱۴۲۰هـ قم، مؤسسه باقری، چاپ اول
- ❖ _____ کتاب النکاح، ۱۴۱۵هـ قم، مؤسسه باقری، چاپ اول
- ❖ بحرانی، یوسف، الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهره، ۱۴۰۵هـ قم، جامعه المدرسین
- ❖ جبعی العاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، ۱۴۱۳هـ قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه
- ❖ جبعی العاملی، محمد بن جمال الدین مکی (شهید اول)، اللغه دمشقیه، ۱۴۱۰هـ بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه
- ❖ حسینی ادیبانی، سید ابوالحسن، «نکاح معاطاتی»، زمستان ۱۳۸۲، مقالات و بررسیها، دفتر ۷۴
- ❖ حسینی جرجانی، سید امیر ابوالفتح، تفسیر شاه، ۱۴۰۴هـ تهران، نوید، چاپ اول
- ❖ حسینی عاملی، سید جواد، مفتاح الکرامه، ۱۴۱۸هـ بیروت، دار التراث
- ❖ حلی، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، ۱۴۰۳هـ تهران، بی نا
- ❖ خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ۱۴۱۰هـ قم، مدینه العلم

- ❖ سلیمی، مهدی و عباسعلی سلطانی، «نکاح معاطاتی و تفاوت آن با زنا»، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال ۱۴، شماره ۲ (پیاپی ۳۸)
- ❖ سیدی بنابی، سید باقر، «بررسی نکاح معاطاتی از نظر فقه و حقوق موضوعه»، ۱۳۹۰، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره هفتم، شماره ۲۳
- ❖ صادقی تهرانی، محمد، رساله توضیح المسائل نوین، بی تا، قم، فرهنگ اسلامی
- ❖ طباطبایی، سید محمدحسین، تفسیر المیزان، ۱۳۷۴، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، قم، جامعه مدرسین
- ❖ عکبری، محمد بن محمد (شیخ مفید)، المقنعه، ۱۴۱۳هـ ق، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید
- ❖ غروی نایینی، میرزا محمدحسین، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ۱۳۷۳هـ تهران، المكتبة المحمدیه
- ❖ فیض کاشانی، محمد حسن، مفاتیح الشرایع، بی تا، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی
- ❖ کرکی، علی بن الحسین (محقق کرکی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۱۴۱۰هـ قم، مؤسسه آل البيت، چاپ اول
- ❖ کمپانی اصفهانی، محمدحسین، حاشیه کتاب المکاسب، ۱۴۱۸هـ قم، أنوار الهدی
- ❖ مشکینی الاردبیلی، میرزا علی، مصطلحات الفقه، ۱۴۱۹هـ قم، نشرالهادی
- ❖ مکارم شیرازی، ناصر، سلسله مباحث خارج فقه، کتاب النکاح: دفتر اول، ۱۳۸۲، بی جا، بی تا، چاپ اول
- ❖ _____، بحوث فقهیه هامه، ۱۴۲۲هـ قم، مدرسه امام علی علیه السلام، چاپ اول
- ❖ _____، کتاب النکاح، ۱۴۲۴هـ قم، مدرسه امام علی علیه السلام
- ❖ _____، انوار الفقاهه - کتاب النکاح، ۱۴۲۵هـ قم، انتشارات مدرسه امام علی علیه السلام
- ❖ موسوی خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ۱۴۲۱هـ تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)

- ❖ میرداداشی، سیدمهدی و حمید ستوده، «انشای فعلی نکاح: جستاری در عدم مشروعیت»، بهار ۱۳۹۱، حقوق اسلامی، سال ۹، شماره ۳۲
- ❖ نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، ۱۴۰۴هـ، بیروت، دار إحياء التراث العربی
- ❖ نراقی، ملا احمد، *مستند الشیعه فی أحكام الشریعه*، ۱۴۱۵هـ، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام
- ❖ نوری همدانی، حسین، *درس خارج فقه*، ۱۳۹۲، قابل دسترسی در پایگاه اینترنتی:
<http://www.eshia.ir/feqh/archive>
- ❖ هدایت‌نیا، فرج‌الله، «نکاح معاطاتی از منظر فقه»، ۱۳۸۷، مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان)، دوره ۱۰، شماره ۴۰

Archive of SID

دراسة فقهية وقانونية لنكاح المعاطاة وأسلوب التصريح بالقصد فيه^١

فاطمة افشارى^٢

حميد اسدى^٣

الملخص

من أحد أنواع المعاطاة الذي يحظى باهتمام الفقهاء منذ فترة طويلة هو نكاح المعاطاة؛ لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل يمكن اعتبار نكاح المعاطاة نكاحاً صحيحاً أم لا؟ اختلف الفقهاء كثيراً في قبول أو رفض هذا النوع من النكاح من الناحية الفقهية والقانونية و كذلك كيفية التصريح بالقصد عند افتراض صحته. و لا يعتقد أغلب الفقهاء بصحة نكاح المعاطاة ويعتبرون لفظي الإيجاب والقبول من شروط صحة العقد. والبعض الآخر يشير إلى شكليات عقد النكاح والنظام الاجتماعي، لكن يبدو أنه لا يمكن اعتبارهما من الأدلة المحكمة لإدراج الشرط الجديد في عقد النكاح ودخول اللفظ في شروطه. إن اللفظ أحد طرق التصريح بالقصد في عقد النكاح؛ لكن هناك طرق متعددة أخرى كالكتابة أو الأفعال التي تدل على القصد وتؤدي إلى تنفيذ العقد. و على هذا الأساس رغم أن اللفظ يُصرح بالقصد ويستخدمه الأفراد للتصريح بعقائدهم ومقاصدهم؛ لكن غلبة الاستعمال هذه لا تسبب الحصر. إذن إن وجد شكل آخر للتصريح بالقصد لا يدل ذلك الشكل على حصر إعلام القصد من خلال اللفظ، ففي عرف كل مجتمع يمكن أن تكون الأفعال التي تصرح بالقصد تدل على العزم بالنكاح.

الكلمات المفتاحية

عقد النكاح، المعاطاة، نكاح المعاطاة، القصد(العزم)، العرف

١- تاريخ الاستلام: ٢٠١٥ /١/٢٤؛ تاريخ القبول: ٢٠١٦/١/١٥

٢- طالبة دكتوراه، قسم الحقوق العامة بجامعة العلامة الطباطبائي (الكاتب المسؤول)

٣- ماجستير الحقوق الخاص بجامعة الإمام الصادق (ع)