

نکاح معاطاتی و تفاوت آن با زنا

تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۰۳/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۲/۰۷/۲۰

مهدی سلیمی*

عباسعلی سلطانی**

چکیده

نکاح معاطاتی آن است که با قصد انشاء زوجیت شرعی، به واسطه فعلی که عرفاً دلالت بر نکاح کند، انشاء عقد شود؛ درحالی که زنا، مقاربت بدون قصد انشاء زوجیت شرعی است. مشهور فقیهان با اینکه برای لفظ طریقت قائل هستند، نکاح معاطاتی را به دلیل اجماع باطل دانسته و گاهی آن را مساوی با زنا دانسته‌اند. به نظر می‌رسد که عمده دلیل ایشان به موجود نبودن مصادق فعلی عرفی صریح در قصد انشاء نکاح برمی‌گردد و دو دلیل اجماع و احتیاط که بیشتر فقیهان با تمسک به آن‌ها لفظ را در عقد نکاح لازم می‌شمارند، صرفاً به سبب صراحت لفظ در اعلام اراده است. دستاورد این پژوهش توصیفی-تحلیلی این است که نکاح معاطاتی مشروع است و ادله صحت نکاح نیز شامل آن می‌شود. البته، مصادیق قابل پذیرش برای عرف باید جستجو شود.

واژگان کلیدی

نکاح معاطاتی، زنا، سفاح، لفظ، فعل، عرف

* دانشجوی دکتری پردیس بین‌الملل دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول) mahdi.salimi@stu.um.ac.ir

** دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد
soltani@um.ac.ir

مقدمه

ارزش الفاظ در تحقق نکاح تا چه اندازه است و آیا فعل، می‌تواند جانشین صیغه و لفظ در عقد نکاح باشد؟ آیا به کار نبردن لفظ در عقد نکاح، مساوی با زناست؟ در زمینه پاسخ‌گویی به این سؤالات، پژوهش‌هایی انجام شده است (رک. هدایت‌نیا، ۱۳۸۷، صص ۱۹۶-۲۳۴؛ سیدی بنابی، ۱۳۹۰، صص ۸۷-۱۱۳ و حسینی ادیانی، ۱۳۸۲، صص ۱۰۳-۱۲۹)، لیکن ادله خاص صحت و فساد نکاح معاطاتی از منظر فقیهان و در نگاه عرف و نیز رابطه نکاح معاطاتی با زنا که در حقوق جزا کاربرد دارد، به دقت بررسی نشده است. از طرفی تاکنون سیر و تطور دیدگاه فقیهان در خصوص ابزارهای انعقاد عقود و قراردادهای (لفظ، اشاره، فعل، سکوت، کتابت) و توجه آنان به عرف بررسی شده است (رک. فخلعی، ۱۳۸۸). همچنین رواج قراردادهای معاطاتی و اهمیت آن نیز در زمان حاضر و مشروعیت آن مورد توجه فقها و حقوقدانان است (رک. مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق. - ب، ج ۱، ص ۱۹؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۲؛ قنوتی، ۱۳۷۹ و کاتوزیان، ۱۳۷۲)؛ اما به مباحث مذکور در خصوص نکاح معاطاتی کمتر پرداخته شده است. این نوشتار پس از شناخت دقیق مفاهیم مربوط به بحث، تفاوت نکاح معاطاتی را با زنا روشن می‌کند که در ضمن آن، دلایل صحت و فساد نکاح معاطاتی نیز تحلیل می‌گردد. همچنین معلوم خواهد شد که ادله بطلان و از آن جمله اجماع بر لزوم لفظ برای نکاح، به نحو تعبدی نیست بلکه ادله ذکرشده حداکثر به این جهت است که در عرف حاضر، مصداق فعلی واضح در قصد انشاء نکاح پیدا نشده است. به عبارت دیگر، فقیهان در جستجوی راهی برای اعلام صریح قصد باطنی هستند و به همین دلیل به لفظ روی آورده‌اند، نه اینکه لفظ در عقد نکاح موضوعیت داشته باشد.

۱. مفهوم‌شناسی

۱-۱. مفهوم نکاح

نکاح، از ریشه «نکح، ینکح» و از اوزان سماعی مصادر ثلاثی آن به شمار می‌رود و به معنای وطی و عقد آمده است (الفیروزآبادی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۵۴)، اینکه نکاح در اصل به معنای وطی و مجازا به معنای تزویج باشد (جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۴۱۳). یا

برعکس (محمود عبدالرحمان، بی تا، ج ۳، ص ۴۳۹) یا اینکه نکاح، هم در وطی و هم در عقد، مجاز است (الفیومی، بی تا، ج ۲، ص ۶۲۴)، اختلاف وجود دارد؛ گاهی گفته می شود که نکاح، شرعاً و مجازاً به معنای عقد لفظ برای تملک وطی است (الطریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۴۲۱) و گاهی گفته می شود که نکاح در اصل به معنای عقد و مجازاً در معنای جماع است؛ زیرا کلماتی که به مفهوم جماع دلالت دارند، کنایی هستند. (راغب اصفهانی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص ۳۹۶)، اما آنچه از بسیاری کتاب های لغت به دست می آید، این است که نکاح به معنای تزویج و زناشویی است (لویس معلوف، ۱۹۹۴، ص ۸۳۶؛ فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۶۳؛ ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۶۲۵؛ قرشی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ص ۱۰۷؛ ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۴۷۵). در آیه «الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً» (نور: ۳) نیز که بعضی معنای وطی را گفته اند (قرشی، ۱۴۱۲ق، ج ۷، ص ۱۰۸)، حق این است که به معنای ازدواج است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۶۲۵) چنان که در آیه «وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ» (النساء: ۲۲) نیز معنای تزویج قوی تر از وطی است (الطریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۴۲۰).

بر اساس اختلاف لغوی در مفهوم نکاح، در فقه نیز اختلاف نظر وجود دارد؛ گاهی نکاح به معنای وطی و بضع دانسته شده (عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۲۹۸؛ سبحانی تبریزی، بی تا، ج ۱، ص ۲۶۱؛ حلّی، مقداد بن عبدالله سیوری، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۳ و شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۷) و برخی با ملاحظه اخبار نبوی که در آن ها کثرت نسل ذکر شده است (مجلسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱۰۳، ص ۲۲۰). مراد از نکاح را در لسان شرع، وطی دانسته اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۸۷) و بعضی آن را در لغت به معنای وطی و در شرع به معنای عقد گفته اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۱، ص ۷). گاهی نیز معنای نکاح بین وطی و عقد، ثابت نشده و نامعلوم گفته شده است (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۲۲۱) حق این است که نکاح، دو معنای شرعی و لغوی ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ص ۳۷۰) بلکه به معنی عقد است که اولین اثر آن ملکیت وطی است پس نباید آن را به مفهوم معاوضه و مبادله مهر با بضع تفسیر و تبیین نمود. شاید روشنی مفهوم نکاح سبب شده است که فقها کمتر به تعریف آن پرداخته اند، همان طور که قانون مدنی، نکاح را تعریف نکرده است.

۲-۱. مفهوم معاطات در معاملات

معاطات، مصدر باب مفاعله از ریشه «عطو» به معنی تناول و بخشش است (الفیروزآبادی، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۶۴). در اصطلاح معاطات را با عباراتی مانند مجرد دادوستد (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۷)، معامله بدون لفظ (شعرانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۲۴۲؛ طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۱۲۰) و انشای معامله از طریق قبض و اقباض (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۲۶۳) معرفی کرده‌اند. گروهی از فقیهان معاطات را این‌طور تفسیر کرده‌اند که دو نفر هر کدام چیزی را به‌عنوان عوض آنچه که از دیگری اخذ می‌کنند، اعطا کنند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۸، ص ۲۱۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۲۷۵ و انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۳۱۲) اما ظاهراً مقصود آن‌ها از معاطات، معامله‌ای نیست که مشتمل بر اخذ و عطا باشد بلکه منظور آن‌ها هر معامله‌ای است که فاقد صیغه ایجاب و قبول باشد، خواه این معامله با تعاطی حاصل شود و خواه انشای آن با الفاظی صورت پذیرد که شرایط ایجاب و قبول را نداشته باشد (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۷۶). به نظر می‌رسد بهتر است معاطات را به افعالی که سبب انشاء در معامله هستند، تعریف کنیم (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۸۷). یا فعلی که دلالت صریح بر معامله داشته باشد (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۱۵۶). یکی از حقوق‌دانان می‌نویسد: «الفاظ در عقود جنبه طریقت دارند، و در صورتی که خصوصیتی در لفظ نباشد و فقط برای تفهیم مقصود به کار رود، هر فعلی که بتواند مانند لفظ مقصود فاعل را بفهماند برای انعقاد عقد کافی است. این نوع از معامله را فقیهان مسلمان معاطات نامند» (امامی، بی‌تا، ج ۱، ص ۱۸۱). لذا تعریف معاطات به معامله با انشاء فعلی (طباطبایی قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۰) تعریف جامعی است و تعریف‌های دیگر مانند معامله بدون عقد، معامله بدون ایجاب و قبول لفظی، مجرد دادوستد، و مانند این‌ها به همین تعریف بازگشت دارد.

در مورد حکم معاطات از حیث اباحه یا ملکیت، اقوال مختلفی وجود دارد (رک. انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۳۱۲). بسیاری از فقهای متقدم شیعه و برخی از فقهای متأخر معتقدند که معاطات بیع نیست و افاده ملکیت نمی‌کند (جعفر بن حسن حلّی، ۱۴۰۳ق، ج ۱، ص ۲۷۵؛ جمال‌الدین حلّی، ۱۳۸۸ق، ج ۱، ص ۴۶۲؛ شهید اول، ۱۴۰۶ق،

ص ۱۰۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۲۱۰). اما بیشتر فقهای متأخر قائل شده‌اند که معاطات، بیع و مفید ملکیت است و برای آن ادله‌ای ذکر کرده‌اند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۸، ص ۱۳۹؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۴، ص ۲۶۰؛ مفید، ۱۴۱۰ق، ص ۵۹۱؛ خویی، ۱۴۱۰ق. ب، ج ۲، ص ۲۰؛ انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۱، ص ۳۱۲ و خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۸۹).

۳-۱. مفهوم نکاح معاطاتی

از تعریف لغوی معاطات و معنای آن در معاملات، معنای نکاح معاطاتی هم که امروزه بیش از گذشته مطرح است، معلوم می‌گردد؛ گاهی نکاح معاطاتی به نکاحی که به اعلام توافق و تراضی طرفین بسنده شود (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۱۲۰)، تعریف شده است و گاهی به نکاحی که به واسطه فعل، قصد انشاء عقد شود، یعنی فعل جای قول را بگیرد، تعریف می‌شود، به عبارت دیگر، معاطات یعنی اینکه قصد انشاء بالفعل کنند و کارهایی را به قصد زوجیت انجام دهند» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۸۸). میان تعریف کسانی که معاطات را صرف توافق و تراضی می‌دانند، با کسانی که آن را به قصد انشاء بالفعل تعریف می‌کنند، از جهتی مشابهت وجود دارد و از جهتی تفاوت؛ اگر مقصود از فعل در نکاح معاطاتی، وطی باشد، این دو تعریف مشابه‌اند؛ اما اگر فعل دیگری مانند حلقه به دست کردن، منظور باشد، این دو تعریف متفاوت خواهند بود. برخلاف نظر کسانی که منظور از فعل در نکاح معاطاتی را فعل وطی دانسته، آن را به زنا تشبیه کرده و در نتیجه، قائل به بطلان نکاح معاطاتی شده‌اند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۱۰۵؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۷۷؛ عاملی، ۱۴۲۷، ج ۶، ص ۱۵۶). بعضی برای نکاح معاطاتی ضمن بیان مثال‌هایی مانند خرید جهیزیه و بردن آن به منزل مردی که قصد ازدواج با وی دارد یا اموری که در عرف‌های مختلف دلالت بر ازدواج داشته باشد، مثال زده‌اند؛ هرچند که با فعل وطی نیز در صورتی که به وسیله این فعل، قصد نکاح صحیح (نه زنا) داشته باشند، تکلیفاً حرام دانسته‌اند، اما وضعاً نکاح را محقق می‌دانند؛ مگر اینکه گفته شود فعل وطی، سبب عرفی و عقلایی برای ازدواج نیست (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۸۰، ۲۶۷ و ۲۶۸). غالباً منظور از نکاح معاطاتی ابراز قصد به وسیله

فعلی مانند تصافح، تعانق، بوسیدن، انداختن پوشش از سر زن، قرار دادن مهر در دست او و مانند این‌هاست؛ چنان‌که مثال برای طلاق معاطاتی را نیز اخراج از منزل است که یک مثال از معاطات در ایقاعات می‌باشد (مشکینی، بی‌تا، ص ۵۰۱). بعضی دیگر همین تعریف را پذیرفته‌اند، لیکن به جای افعال حرام مثل مباشرت یا لمس بدن، اعمال صحیح شرعی را جایز دانسته‌اند؛ مثل اینکه پدر دختر یا خود دختر، دست خود را در حالی که دستکش در دست دارد در دست زوج بگذارد (زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۶۰۲۵).

با توجه به آنچه گفتیم، نکاح معاطاتی عبارت است از: قصد انشاء نکاح با فعلی که صراحت در نکاح داشته باشد. در مباحث بعدی خواهیم گفت که تشخیص صراحت و مصداقیت، بر عهده عرف است؛ بنابراین، مقصود از نکاح معاطاتی در این تحقیق آن است که به واسطه فعلی که عرفاً دلالت بر نکاح کند، قصد انشاء عقد شود. به عبارت دیگر، نکاح معاطاتی، قصد انشاء زوجیت شرعی است با استعمال اعمال و رفتارهایی (غیرلفظی) که عرف متعارف و معقول آن‌ها را صریح در اراده این زوجیت می‌داند.

۱-۴. مفهوم زنا، سفاح و اخدان

زنا به معنای فجور است (الفیروزآبادی، بی‌تا، ج ۴، ص ۳۳۹) و فجور به معنی فسق و عصیان و مخالفت است (الفیروزآبادی، بی‌تا، ج ۲، ص ۱۰۷). مقاربت بدون عقد با زن را زنا گویند (الطریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۱، ص ۲۰۶)، زنا را مقاربت نامشروع و بدون عقد شرعی نیز تعریف کرده‌اند (راغب اصفهانی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۱۵۶) زنا از دیدگاه فقها عبارت از آن است که مردی ذکر خود را در فرج زنی از پیش یا پس فرو برد، به قدری که ختنه‌گاه پنهان شود و آن زن بر او حرام بوده و عقد یا شبهه و یا ملکیتی در بین نباشد (شهید اول، ۱۴۰۶ق، ص ۲۵۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۹، ص ۱۴؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۲۸؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۱ق، ص ۱۸۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۴، ص ۳۲۸؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق-الف، ج ۲، ص ۶۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۴۵۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۱، ص ۲۵۸؛ خوبی، ۱۴۱۰ق-الف، ص ۳۲).

به زنا، سفاح نیز گفته‌اند و در کتب لغت، سفاح به معنای زناست (الفیروزآبادی، بی‌تا، ج ۱، ص ۲۲۹؛ صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۹۱؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۱،

ص ۳۷۵؛ الواسطی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۹۰؛ الطریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۳۷۲ و مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج ۵، ص ۱۳۴). عبارات دیگری نیز برای سفاح آمده است؛ ریختن آب بدون عقد نکاح (ابن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۳، ص ۸۱) و تزویج به غیر سنت و کتاب (لویس معلوف، ۱۹۹۴، ص ۳۳۶). عبارت «تزویج غیر صحیح» یا «تزویج به غیر سنت و کتاب»، شاید این مطلب را می‌رساند که سفاح از اقسام نکاح و ازدواج است، اما ازدواج نامشروع و غیر صحیح است؛ به عبارت دیگر، اگر دو طرف قصد زوجیت داشته باشند، اما شرع چنین زوجیتی را نپذیرفته باشد (مثل ازدواج با محارم)، چنین ازدواجی، سفاح خواهد بود و از این جهت با زنا محض که در آن قصد و شکل ازدواج وجود ندارد، متفاوت می‌شود، هرچند که ملحق به زناست. در کافی حدیث مفصلی در مورد تفاوت زنا، سفاح و نکاح هست که مطابق آن، معنای زنا فعل حرامی است که از هر جهت حرام است و وجه حلالی در آن نیست و به سبب اینکه کلیت آن حرام است، رأس هر فاحشه و هر حرامی است که خداوند در زمینه فروج، حرام کرده است؛ هرچند که فعل زنا از روی رضایت افراد و همراه با پرداخت مبلغ معینی باشد. سفاح از یک جهت با زنا و از جهتی با نکاح مشابهت دارد؛ مثلاً ازدواج با محارم ازدواج سفاحی است، زیرا گرچه صورت نکاح در آن هست، حرام است، از آن جهت که خداوند این تزویج را حرام فرموده و نیز ازدواج با کسی که در عده هست و اما نکاح صحیح آن است که هیچ شائبه حرامی در آن نباشد (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۷۰).

در قرآن کریم «مسافحین» در مقابل «محصنین» آمده است: «وَ أَجِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ» (النساء: ۲۴) غیر مسافحین یعنی غیر زناکاران (الطریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۳۷۲) یعنی تزویج غیر صحیح (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۸۵ و فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۴۷) قرآن کریم، احسان را صفت لازم برای پیش از ازدواج نیز می‌داند (النساء: ۲۵) و زنا را در اینجا سفاح خوانده است (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۱۳ ص ۱۲۳). قرآن، اخدان را نیز رد می‌کند؛ «وَلَا تُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ» (النساء: ۲۵) اخدان به معنای دوست است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۱۳۹) و بیشتر درباره کسی است که برای میل و خواهش نفسانی و شهوانی دوستی می‌کند (راغب اصفهانی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۵۸۷). مراد از نداشتن اخدان این است که دوستانی پیدا نکنند

که پنهانی با آنان ازدواج کنند. فرق بین این گروه و مسافحین را فرق بین عام و خاص دانسته‌اند؛ چون مسافحین در آشکار و پنهان اعمال خلاف عفت انجام می‌دهند، ولی این گروه، این اعمال را در خفا انجام می‌دهند (حلی، مقداد بن عبدالله، بی‌تا، ج ۲، ص ۶۵۵)، هرچند سفاح و اخدان هر دو، شکل ازدواج دارند، برخلاف زنا، محض، اما منظور از زنا، روابط جنسی نامشروع و بدون تعهد است که زن و دختر ممکن است همزمان با چند مرد دوست و یا ارتباط جنسی داشته باشد و شامل سفاح و اخدان و غیر این دو از ازدواج‌های غیر صحیح (نکاح شغار، نکاح استبضاع و...) نیز می‌شود، مگر اینکه موردی از قبیل وطی به شبهه باشد؛ زیرا در عرف شرع و متشرعه زنا در مقابل نکاح صحیح و شبهه قرار گرفته است (اصفهانی، ۱۳۹۳ق، ج ۳، ص ۱۷۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۹، ص ۲۱۹). تعریف وطی به شبهه عبارت است از آمیزش مردی با زنی که استحقاق آن را ندارد و خود را مستحق می‌داند یا از روی جهالتی که نزد شرع قابل بخشش است، صورت گرفته باشد یا صدور آن به جهت رفع تکلیف (با سبب غیر حرام) باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۲۴۵).

۱-۵. مفهوم عقد و نقش ممیزی آن

چنان‌که دیدیم، یکی از اصطلاحاتی که در مفهوم نکاح و زنا اخذ شده بود و فارق این دو به حساب می‌آید، مفهوم «عقد» است. بعضی فقیهان عقد را «لفظ دال بر نقل ملک به دیگری معنی کرده‌اند (محقق حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۲۶۷)؛ اگر این تعریف درست باشد، نکاح معاطاتی نیز که بدون لفظ است، ملحق به زنا خواهد بود. اما این تعریف دقیق نیست و از باب مسامحه در تعبیر است. واژه عقد از جهت لغوی به معنای «شدن» و «ربط» و «استیثاق» یعنی محکم کردن، بستن و گره زدن، به کار می‌رود (الطریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۱۰۳؛ محمود عبدالرحمان، بی‌تا، ج ۲، ص ۵۱۷ و جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۵۱۰). در مقابل این واژه، کلمه «حلّ» قرار دارد و «حلّ و عقد» به معنای گشودن و بستن است. مفهوم فقهی و حقوقی عقد نیز به مفهوم لغوی آن نزدیک است؛ فقیهان عقد را «التزام مرتبط با التزام دیگر»، «ربط دو التزام»، «ربط دو قرار» و مانند آن تعریف کرده‌اند (اصفهانی (کمپانی)، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۲۵؛ نراقی، ۱۴۱۵ق، ص ۱۱؛

خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۱۴). در قانون مدنی (ماده ۱۸۳) آمده است: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد». بعضی از فقیهان که در بحث ادله صحت معاطات، آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» را ذکر می‌کنند، در تعریف عقد به معنای حقیقی ربط و مجازی و استعاری در قلابه و ریسمان، از فهم عرفی کمک می‌گیرند. «صیغه عقد» با «عقد» فرق دارد؛ عقد یعنی «گره» و «پیمان»؛ تحقق این گره، این پیمان، این انعقاد، نه نیازمند صیغه لفظی است و نه به آن وابسته است و بدون صیغه نیز محقق و منعقد می‌شود. تحقق ماهیت بدون صیغه، و خارج بودن صیغه از ماهیت نکاح، یک باور اجتماعی است و لفظ، وسیله اعلام توافق و تراضی طرفین است. یکی از فقیهان می‌نویسد: «از نظر معنای لغوی، لفظ، جزء مقومات عقد نیست. «عقد» یعنی همان ربط خاص اعتباری، ربط اعتباری بین طرفین در تبدیل مالین، که انسان طرف اضافه یک مال را تبدیل کند و دیگری را طرف اضافه قرار دهد. آن ربط اعتباری، معنای عهد است. البته تردیدی نیست که عقد باید بین طرفین باشد» (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، صص ۱۰۲ و ۱۰۹).

بنابراین، عقد نکاح توافق دو اراده است که به منظور ایجاد رابطه زوجیت صورت می‌گیرد. این معنا را بعضی دیگر نیز تأیید کرده‌اند که نکاح در حقیقت به معنی عقد است که منظور از عقد، حاصل عقد است که در فارسی به زن گرفتن و شوهر گرفتن تعبیر می‌شود و منظور، نفس ایجاب و قبول نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۵).

نکته دیگری که در مورد عقد وجود دارد و در ضمن مفاهیم زنا و سفاح نیز اشاره شد، مشروعیت عقد است و در این صورت است که نکاح معاطاتی از زنا متفاوت می‌شود، چه زنا محض باشد (که در آن عقد وجود ندارد) و چه سفاح و اخلدان و مانند آن‌ها (که در آن‌ها عقد شرعی وجود ندارد). مؤید این مطلب، یکی از تعریف‌هایی است که در مورد زنا گفته شد که زنا مقاربت نامشروع و بدون عقد شرعی است (راغب اصفهانی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۱۵۶). بعضی از فقها نیز که تفاوت نکاح معاطاتی با زنا را در عقد جستجو کرده‌اند، اشاره به همین مطلب دارد: «انشاء عقد نکاح، انشاء فعلی غیرلفظی است. از اینجا فرق بین نکاح معاطاتی و زنا معلوم می‌شود؛ زیرا زنا،

وطی بدون عقد است و نکاح معاطاتی، عقد بدون لفظ بلکه عقدی است که فعل بر آن دلالت دارد. بنابراین بین این دو فرق آشکاری است» (اراکی، ۱۴۲۷ق، ش ۴۳، ص ۷۷).

۲- جایگاه لفظ و فعل در تحقق نکاح

بعضی از فقیهان در مورد ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول عقد نکاح تا بدانجا پیش رفته‌اند که نکاح بدون صیغه را زنا دانسته‌اند (عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۱۵۶ و انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۷۸)، بعضی نیز نکاح معاطاتی را تنها در صورت اکراه مساوی با زنا دانسته‌اند، اگرچه نکاح معاطاتی را به دلیل اجماع باطل می‌دانند (خوانساری، بی‌تا، ص ۹۳). در مقابل، بعضی این سخن را عجیب دانسته و گفته‌اند: «میان نکاح معاطاتی و سفاح با تراضی تفاوت بسیاری وجود دارد؛ در نکاح معاطاتی، تراضی در زوجیت است و این تراضی قلبی به طریقی اعلام می‌شود، درحالی‌که در سفاح، تراضی بر زوجیت نیست و طرفین قصدشان زناست. در این صورت چگونه می‌توان این دو را با یکدیگر مقایسه کرد. تفاوت میان نکاح و سفاح در لفظ نیست، زیرا گاهی با لفظ، رابطه دو جنس مخالف سفاح هست و گاهی بدون لفظ، رابطه آن دو نکاح است. از نظر ایشان تفاوت میان نکاح و سفاح، یک امر اعتباری است. یعنی اینکه مرد، زن را زوجه اعتبار نماید و در مقابل، زن نیز مرد را زوج اعتبار کند» (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص ۱۲۹).

لفظ و صیغه عقد از عناصر تشکیل‌دهنده ماهیت نکاح، خواه دائم و خواه متعه، نیست و هیچ نقشی در تکون و تحقق ماهیت آن ندارد، هرچند وسیله بسیار مناسبی برای ابراز قصد است. بعضی گفته‌اند: «لفظ یا آلت برای ایجاد این معنای اعتباری است، و یا موضوع است، فعل نیز می‌تواند هم آلت و هم موضوع باشد. لفظ، مقوم عقد نیست بلکه لفظ، موضوع و آلت است. همان‌طور که لفظ می‌تواند آلت برای ایجاد یک معنای اعتباری باشد، فعل هم می‌تواند آلت برای این معنای اعتباری باشد» (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۰۹). این مطلب نشان می‌دهد که نکاح با صیغه (انشاء لفظی) یا بالفعل (معاطاتی) غیر از زناست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۹۹) گفته می‌شود که حتی در صورتی که به وسیله فعل و طوی نیز قصد نکاح صحیح (نه زنا) 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 انشاء زوجیت با فعلی که عرفاً مصداق نکاح معاطاتی باشد، خللی وارد نمی‌کند؛ زیرا وطی سبب عرفی و عقلایی برای ازدواج نیست (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۲۶۷ و ۲۶۸). مطابق این دیدگاه که برای بررسی معاطات در کلیه عقود و از جمله، نکاح به آن توجه می‌شود (رک. فخلعی، ۱۳۸۸)، 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 اعتباری است. در ادامه با فرض کنار گذاشتن فعل حرام و در پاسخ به این اشکال که در عقد نکاح انشای زوجیت با فعل امکان ندارد؛ زیرا افعالی مانند دست دادن یا تماس جنسی تا پیش از ایجاد زوجیت حرام است و فعل حرام نمی‌تواند وسیله ایجاد رابطه زوجیت باشد، می‌نویسد: «در عقد نکاح نیز انشاء فعلی ممکن است؛ زیرا افعالی که به کمک آن می‌توان اعلام اراده نمود 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 نمایند. مانند اینکه زن جهیزیه بخرد و آن را به منزل مردی که قصد ازدواج با وی را دارد ببرد یا اموری که در عرف‌های مختلف دلالت بر همین معنا می‌نماید» (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۸۰)؛ بنابراین بایسته نیست که هر کجا لفظ آنکحت و زوجت در بین نباشد، مصداق زنا باشد بلکه مفهوم نکاح اعم است از اینکه با لفظ باشد یا با غیر لفظ، حتی اگر طرفین تصمیم بگیرند که لفظی در کار نباشد و نکاح به همان نفس وطی صورت بگیرد، باز صحیح است، در این صورت وطی حرام است؛ زیرا آنکحت و زوجت 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، ۱۳۹۰).

نکاح معاطاتی غیر از زناست؛ زیرا معنای نکاح معاطاتی این نیست که عقد بدون انشاء صورت گرفته است بلکه کسانی که قائل به صحت این نحوه از نکاح هستند، می‌گویند نکاح معاطاتی این است که به واسطه یک عمل صحیح شرعی قصد انشاء عقد شود؛ مثل اینکه پدر دختر یا خود آن دست او را در حالی که دستکش در دست

دارد، در دست زوج بگذارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق- الف، ج ۱، ص ۹۹ و زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۶۰۲۵).

۳. قصد زوجیت و تشکیل خانواده در نکاح معاطاتی

واژه «زوج» به معنای جفت در مقابل طاق و تک است. به این معنا زوجیت نوعی رابطه میان دو چیز است، به گونه‌ای که وجود یکی بدون دیگری، یا نقص در یکی به معنای اختلال در کارکرد اصلی و مورد انتظار است. برخی اعضای بدن جفت هستند و اگر در هر یک از اعضای این جفت به هر دلیلی کاستی و نقصی پدید آید، کارکرد اصلی که از یک جفت مثلاً با انتظار می‌رود، مختل می‌گردد. یکی از مصادیق زوجیت نیز همسری میان زن و مرد است. ازدواج پیوندی و قراردادی است که میان یک مرد و زن منعقد و برقرار می‌گردد که از زوجیت حاصل، کارکرد معلوم و هدف خاصی مورد انتظار است. قرآن یکی از کارکردهای ازدواج را تولید نسل می‌داند که ادامه حیات بشری را تضمین می‌کند. کارکرد مهم‌تر و ویژه، ایجاد آرامش، مودت و دوستی، یکی شدن و اتحاد، رحمت و مهربانی است (روم: ۲۱)، از منظر قرآن یک زوج باید موجب روشنی چشم هم باشند (فرقان: ۷۴)، نقص‌ها و معایب یکدیگر را برطرف کنند و موجب کمال و زیبایی یکدیگر باشند (بقره: ۱۱۷). مسئله اطفای شهوت و ... تنها جنبه مقدمیت داشته و یا فواید دیگری غیر از غرض اصلی بر آن‌ها مترتب می‌شود و غرض اصلی نکاح و ازدواج همانا تولید مثل و تربیت اولاد است (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۴، ص ۲۸۵). نوع بشر در همه اعصار، نکاح و ازدواج را مدح کرده و آن را سنت حسنه دانسته و زنا را نکوهش نموده و آن را عملی شنیع معرفی کرده‌اند، رجحان و استحباب نکاح اختصاص به مسلمین ندارد؛ زیرا هر قوم و ملتی دارای نکاح و سفاح هستند که اولی نزدشان ممدوح است بر خلاف دومی که برایشان مذموم است. اگر ساختارگرایانه بنگریم، آنچه به خانواده قوام می‌دهد، نکاح است نه سفاح و اخدان (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۱۳، ص ۱۱۹؛ رضوی، ۱۳۸۶، ص ۲۴ و سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۴، ص ۶). بعضی از محققان ضمن بیان معنای ازدواج برای نکاح، حقوق ثابت معین برای هر کدام از زوجین، از جمله تمتع را از لوازم تزویج دانسته‌اند و معتقدند ازدواج نمونه بارز یک

مدینه فاضله است و گرنه تمتع مجرد که برخی از ظاهربینان معنای نکاح دانسته‌اند و نیز مجامعت در بیشتر حیوانات نیز هست (مصطفوی، ۱۴۰۲ق، ج ۴، ص ۸۰ و ۱۲، ص ۲۳۵) و از قرآن، آیه ۴۹ سوره احزاب دلیل بر این اصل است؛ زیرا این آیه دلالت بر تحقق نکاح دارد بدون اینکه لمس واقع شده باشد.

البته انعقاد پیوند زناشویی و تعهد برای زندگی مشترک و شریک بودن در همه شادی‌ها و غم‌ها و تلاش کردن برای تکامل یکدیگر، هدف آرمانی زوجین است و خداوند از آن به «لتسکنوا الیها» (روم: ۲۱) تعبیر فرموده است و این مطلب منافاتی ندارد با اینکه هدف از ازدواج اطفای شهوت باشد و قصد تشکیل خانواده به منظور داشتن فرزند وجود نداشته باشد، بلکه صحیح است که بگوییم مقصود از ازدواج، استمتاع زوجین است که دو رکن این ازدواج زوجین می‌باشند (نجفی (کاشف‌الغطاء)، ۱۴۲۲ق، ص ۲۰۳) و بنابراین، آنچه مهم است، شرعی بودن عقد و قصد زوجیت شرعی است. بعضی از حقوقدانان نیز این تعریف از نکاح را که رابطه‌ای بین زن و مرد برای تشکیل خانواده است، مشهور دانسته و گفته‌اند که این تعریف می‌تواند تعریف نکاح دائم که در قوانین کشورهای دیگر شناخته شده است، فرار گیرد، ولی از آنجاکه شامل نکاح منقطع که یکی از اقسام نکاح در حقوق مدنی ایران است، نمی‌شود، از تعریف مشهور چشم‌پوشی کرده، گفته‌اند: «نکاح عبارت از رابطه حقوقی است که به وسیله عقد بین مرد و زن حاصل می‌گردد و به آن‌ها حق می‌دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند» (امامی، بی تا، ج ۴، ص ۲۶۸)، اما بعضی از فقیهان انشای زوجیت و وجود رابطه خاص بین زوج و زوجه و نیز مهریه را دلیل بر نکاح دانسته که با زنا که بدون انشاء و علاقه ذکر شده است، فرق دارد، هرچند نکاح معاطاتی را به دلیل اجماع نمی‌پذیرند (اراکی، ۱۴۱۹ق، ص ۳۵۱). یکی از معاصران می‌نویسد: «نکاح معاطاتی زنا نیست. معاطات این است که بالفعل قصد زوجیت کند یا موقتاً (برای مدت معین)، و یا دائماً، در حالی که زانی و زانیه قصد زوجیت نمی‌کنند بلکه در مقابل پولی، قصد عمل نامشروع دارند. پس اینکه در نکاح لفظ معتبر است، به جهت اجماعی است که ادعا شده و به جهت احتیاطی است که در نکاح است، نه از این جهت که نکاح معاطاتی زناست» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۲، ص ۷۵؛ ج ۱، ص ۹۹؛ ج ۵، ص ۳۱) بلکه تفاوت نکاح معاطاتی با

سفاح به جهت قصد زوجیت است که در نکاح معاطاتی موجود است (جزائری، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۱۷۸؛ زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۹، ص ۳۱۰۵، ج ۹، ص ۳۱۱۴؛ سبحانی، بی تا، ج ۱، ص ۱۱۱، ج ۲، ص ۵۷؛ خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص ۱۲۹؛ اراکی، ۱۴۲۷ق، ص ۷۷؛ اراکی، ۱۴۱۹ق، ص ۳۵۱؛ صدر، ۱۴۲۰ق، ج ۶، ص ۱۹۲).

در نکاح، قصد نکاح یا همان زوجیت شرعی لازم است و در نکاح معاطاتی نیز قصد زوجیت شرعی وجود دارد؛ همان چیزی که در زنا نیست. تنها تفاوت نکاح با نکاح معاطاتی در نبود لفظ است و مقصود از نکاح معاطاتی این است که به واسطه فعل، قصد انشاء عقد شود؛ یعنی فعل جای قول را بگیرد. قید «قصد انشاء» برای دفع همین شبهه مساوی بودن نکاح معاطاتی با زناست؛ زیرا زنا وطی بدون عقد و بدون قصد انشاء زوجیت است.

۴. بررسی دلیل اجماع بر بطلان نکاح معاطاتی

مهم ترین دلیلی که برای بطلان نکاح معاطاتی ذکر شده، اجماع است. اعتراف به نبودن مانع عقلی و شرعی بر سر راه صحت نکاح معاطاتی به جز اجماع و تعبدی بودن اجماع حاکی از همین مطلب است (اصفهانی (کمپانی)، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۸۷؛ خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۸۰ و روحانی، ۱۴۲۹ق، ج ۳، ص ۱۵۳). اجماع و ارتکاز متشرعه بر استفاده از لفظ دلیل عدم صحت معاطات در نکاح دانسته می شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق- الف، ص ۱۵۶) و شبیه دانستن نکاح به عبادات، این اجماع را تعبدی می نمایند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۹۰). در واقع دلیل اجماع و أصالة الفساد در معاملات، سبب لازم دانستن ایجاب و قبول با لفظ در نکاح شده است (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶، ص ۸۴). گفته می شود که اجماع علماء از خاصه و عامه متوقف بر نکاح با ایجاب و قبول لفظی است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، ص ۱۵۶). یکی از فقیهان با طرح روایات و کافی نبودن آنها برای اعتبار لفظ در عقد نکاح، به دلیل اجماع و استصحاب تمسک کرده (زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۹، ص ۳۱۲۱)، می نویسد: «به نظر می رسد عمده دلیل همان تسلّم بین المسلمین من الامامیه و العامه است که همه اعتبار لفظ را مفروغ عنه گرفته اند و سراغ شرایط صیغه رفته اند» (زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۹، ص ۳۱۱۱).

در مقابل دلیل اجماع، یکی از محققان ضمن بحث مفصلی که در مورد این اجماع دارد و معتقد است که فقیهان متعرض این مسئله (نکاح معاطاتی) نشده‌اند و بنابراین، اجماع بر خود این مسئله نیست بلکه آن‌ها در حقیقت بر مسایل ملازم با آن اجماع کرده‌اند (اراکي، ۱۴۲۷ق، ص ۶۶). نویسنده سپس سخنانی از سید مرتضی در «الانتصار» (۲۸۰) و «الناصریات» (۳۲۴) نقل می‌کند و نتیجه می‌گیرد که بین قول به صحت نکاح با انشاء فعلی و عدم صحت با انشاء قولی با الفاظی مثل اباحه و هبه و عاریه، منافاتی نیست؛ بنابراین، سخن سید مرتضی در اجماع بر عدم صحت انشاء نکاح با فعل دال بر آن، صراحت و ظهور ندارد (اراکي، ۱۴۲۷ق، ص ۶۷). آن گاه سخنان دیگری را که تصور اجماع بر بطلان نکاح معاطاتی می‌رود، نقل می‌کند و موضوع آن‌ها را همان مطلبی می‌داند که در مورد سخن سید مرتضی وجود داشت و در نهایت ادعای اجماع را دارای اساس محکمی نمی‌داند (اراکي، ۱۴۲۷ق، ص ۷۰). بعضی گفته‌اند: «درست است که اطلاقات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل عقد معاطاتی هم می‌شود، حتی در نکاح، ولی جلوی این مسئله را سیره مسلمین می‌گیرد؛ یعنی اگر بیع معاطاتی زیاد است، ولی از زمان پیغمبر (ص) به این طرف نکاح معاطاتی در بین مسلمین نداریم، پس معاطات را هم به دلیل مخالفت با سیره و اجماع کنار می‌گذاریم، نه به دلیلی که شیخ انصاری فرمود که اگر نکاح معاطاتی صحیح باشد فرقی با زنا ندارد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۸۹).

به نظر می‌رسد که اجماع گفته شده برای رعایت احتیاط باشد و چه بسا این اجماع، مدرکی باشد و در این صورت، روایات، بعضی قابل بررسی هستند و بعضی قابل توجیه که با وجود تأیید لفظ، منکر فعل نباشند. به عبارت دیگر، نقش الفاظ در عقد از باب طریقت است، نه موضوعیت و دلیل اینکه فقیهان، لفظی بودن عقد به‌ویژه نکاح را لازم شمرده‌اند، به سبب صریح بودن لفظ در اعلام اراده بوده است؛ یعنی اینکه اگر مبرز صریح دیگری نیز غیر از لفظ یافت شود، کفایت می‌کند و نباید وسیله اعلام اراده را محدود به لفظ نماییم. ممکن است اعتماد به لفظ در اعلام اراده، به این دلیل باشد که در صدر اسلام، رایج‌ترین و در عین حال، صریح‌ترین وسیله اعلام اراده، الفاظ بوده‌اند، در این صورت دلیلی ندارد که با تغییر عرف و جایگزینی بعضی افعال، چنین

نکاحی باطل باشد. چنان‌که در بحث از عرف گفتیم، بعضی از محققان بر امکان وجود مصداق صریح صحه گذاشته‌اند و مثال‌هایی را مانند مراسم زفاف همراه با جشن، در این زمینه قوی دانسته‌اند (اراکي، ۱۴۲۷ق، ص ۷۸).

۵. نقد دلیل توقیفی بودن نکاح

یکی از دلایلی که برای فساد نکاح معاطاتی ذکر می‌شود، این است که نکاح شائبه عبادت دارد و به عبارتی توقیفی است و قائل به احتیاط شده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۹، ص ۱۳۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۸۶ و خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص ۲۹۳). به کار بردن تعبیر «عصای احتیاط» و «شبهه به عبادت» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق- الف، صص ۲۱-۲۳) نیز اشاره به همین مطلب دارد. همچنین قول کسانی که قائل به جستجوی مفهوم نکاح در لسان شرع هستند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸ق، ص ۱۳۳) و سخن کسانی که وارد نشدن آیه و روایتی دال بر نکاح معاطاتی را دلیل بطلان آن دانسته‌اند (اصفهانی (کمپانی)، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۱۸۳)، حاکی از توقیفی دانستن نکاح است.

تعبیرات فوق از بعضی فقها نشان می‌دهد که آن‌ها در توقیفی بودن نکاح قطع ندارند و به همین جهت در جای دیگری توقیفی نبودن نکاح را گفته‌اند: «اولاً نکاح عبادت نیست، چون شرط عبادت قصد قربت است، ولی احدی نگفته است که نکاح قصد قربت می‌خواهد؛ ثانیاً نکاح در خیلی از جاها (مثل عیوب) خیار فسخ دارد، ولی عبادت خیار فسخ ندارد» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص ۱۰۳).

در مورد دلیل احتیاط گفتنی است: اولاً دلیلی بر این احتیاط نیست و ثانیاً چرا احتیاط در ترک احتیاط نباشد که از یک طرف اصل بر صحت عمل دیگران است و از طرفی صرف ادعای زن و مرد بر زوجیت قابل پذیرش است و چگونه می‌توان دلیل و مدرک فعلی را که صریح در انشاء زوجیت باشد، نپذیرفت؟ شاید سبب احتیاط در عدم پذیرش نکاح معاطاتی، جلوگیری از رواج و اشاعه فساد جنسی باشد که این در مقابل اصل صحت و حمل عمل مسلمان بر صحت و رواج ازدواج و مذاق شارع بر رواج نکاح صحیح و عدم فسخ نکاح است. همچنین ممکن است وجه احتیاط، این باشد که

افعال، غالباً از بیان مقصود ناتوان هستند و بعید نیست سیره مسلمین در اجرای عقد نکاح به الفاظ مخصوص، تنها برای غایت احتیاط باشد اما دلیلی وجود ندارد که اگر کسی بدون رعایت احتیاط، عقد نکاح را با فعل صریح محقق نموده است، باطل بدانیم. شبیه این مطلب در نکاح فضولی است که بعضی از فقیهان پذیرفتن نکاح فضولی را به سبب احتیاط تأکید شده در نکاح و اینکه بضع با عوض قابل تدارک نیست، طریق عامه می‌دانند و احتیاط را بر پذیرفتن نکاح فضولی عنوان می‌کنند (انصاری، ۱۴۱۱ق، ج ۳، ص ۳۵۷).

در اثبات صحت نکاح معاطاتی به دلایل نقلی نیز اعم از آیاتی مانند «اوفوا بالعقود» (مائده: ۱) و بعضی روایات استناد شده است و میزان دلالت آن‌ها مورد نقد و بررسی قرار گرفته است (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۲۶۵؛ فاضل لنگرانی، ۱۳۸۸، ص ۸۱؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ص ۲۰۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۵، ص ۳۱؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق-ب، ص ۳۴۲؛ هدایت‌نیا، ۱۳۸۷؛ سیدی بنابی، ۱۳۹۰ و حسینی ادیانی، ۱۳۸۲).

۶. نقش عرف در موضوع نکاح

با وجود اختلاف نظرهایی که در باب حجیت عرف به‌عنوان دلیلی مستقل از مصادر تشریح، وجود دارد، عرف همواره به‌عنوان یکی از طرق و ابزار شناخت احکام مورد توجه بوده و به آن استناد شده است (رک. سلیمی، ۱۳۸۲). معاطات سیره مستمر عقلانی از زمان شکل‌گیری تمدن‌ها و احتیاج به مبادلات بوده است و همین امر یکی از دلایل صحت معاطات در معاملات است (رک. فخلعی، ۱۳۸۸) و چه بسا بیع معاطاتی از لحاظ زمانی مقدم بر بیع با صیغه بوده است. بعضی معتقدند در عصر نبوت و بعد از آن نیز بدون شک شیوه معاطات در بیع رواج داشته و مورد ردع واقع نشده است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۸۹). بر خلاف نظر کسانی که مفهوم نکاح را در لسان شرع جستجو می‌کنند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق-الف، ص ۲۱ تا ۲۳)، به نظر می‌رسد که نکاح هم مانند بیع حقیقت شرعیه ندارد بلکه شرع همان نکاح عقلانی را امضاء فرموده است و نکاح به معنای عقد است، اما نه نفس انشاء لفظی بلکه به معنای مدلول عقد است که همان حصول سلطه زوج بر بضع زوجه است؛ و مفهوم عرفی «فلان زوج

فلانه» این است که بر بضع او مسلط شده است، هر چند وطی واقع نشده باشد یا از وطی تمکن نیافته باشد (فاضل لنکرانی، ۱۴۰۳ق، ص ۹). مالکیه نیز همین معنا را قائل‌اند (جزیری، ۱۴۱۹ق، ج ۴، ص ۱۴).

بعضی که عقد را در لغت به معنای عقد تزویج دانسته‌اند، دلیل آن را تبادل عرفی و اصل عدم‌النقل و ممنوعیت مستحدثه بودن عقد، گفته‌اند و اینکه هر آیین و ملتی دارای عقد بوده‌اند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶، ص ۹). نکاح غیرصحیح، یعنی بر خلاف رسم و آداب و عرف جامعه عمل کردن. عرف در مسئله نکاح نقش اصلی را دارد؛ زیرا عرف همان جامعه‌ای است که خانواده و نکاح عنصر اصلی آن است پس برای عنصر اصلی خود تشریفات و اهمیت قائل است. 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 هستند. یکی از مفسران با توجه به آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱)، که کلمه «العقود» شامل عقود عرفی نیز می‌شود و بیانگر نقش عرف است، می‌نویسد: «عقد عبارت است از هر فعل و قولی که معنای عقد لغوی را مجسم سازد، و آن معنای لغوی عبارت از برقرار کردن نوعی ارتباط بین یک چیز و بین چیز دیگر است، به طوری که بسته به آن شود، و از آن جدایی نپذیرد، مانند عقد بیع... و مثل عقد نکاح که عبارت است از ایجاد رابطه زناشویی بین زن و مرد، به نحوی که آن مرد بتواند از آن زن تمتع ببرد و عمل زناشویی با او انجام دهد و آن زن دیگر نتواند چنین رابطه‌ای با غیر آن مرد برقرار نموده، مردی دیگر را بر ناموس خود تسلط دهد؛ یعنی معنی عقد را عرفی می‌داند و هر آنچه که عرفاً، عقد بر آن صدق کند، مشمول آیه است» (طباطبایی، ۱۳۷۴، ج ۵، ص ۲۵۷).

به نظر زحیلی بیع معاطات که عرفاً بر رضای عاقدین دلالت می‌کند، به سبب احترام نهادن عادات رایج در میان مردم و معتبر دانستن عرف آن‌ها از جانب شریعت صحیح تلقی شده است (زحیلی، ۱۹۹۷م، ج ۵، ص ۳۴۹۴). عبدالسلام سلمی معتقد است که اگر دلالت عرف بر رضای عاقدین موجب حصول علم، اعتقاد یا ظن قوی شود، به سبب قوت دلالت عرف و اطراد آن، عقد، صحیح تلقی می‌شود (سلمی، ۱۴۱۹ق، ج ۱، ص ۳۱۶۷). بهترین ملاک تشخیص نکاح و سفاح، عرف است؛ عرف بر فتوای فقیه

اثرگذار است، همچنان‌که در مسئله بیع معاطاتی مشهود است، البته فتوای فقیه نیز می‌تواند نظر عرف و تکیه بر مبرزهای فعلی را تقویت کند.

۷. در جستجوی مبرز فعلی عرفی

یک 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 مصادیق آن معامله محسوب شود (نایینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۱۰۱). طبق این مبنا، معاطات در چیزی جریان پیدا می‌کند که یک فعلی بتواند قبل از قصد، عرفاً مصداق برای آن عنوان واقع شود. حتی بالاتر از این می‌توان گفت که بعد از قصد هم اگر یک فعلی مصداق یکی از این عناوین قرار گرفت، کافی است؛ در نتیجه، اگر یک فعلی قبل از اینکه با آن قصد صلح شود، عرف نمی‌گوید صلح است و با یک فعلی مثلاً دست به دست هم دادن قصد صلح کردند و عرف بگوید حالا که قصد مصالحه کردید «هذا صلح معاطاتی»، همین کافی است و اگر زن و مرد به قصد تزویج یک فعلی را انجام دادند که قصد تزویج کردند، همین نکاح است (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۲۴۱) اگر قصد طرفین برای نکاح موجود باشد، عرف، فعل را مصداق برای نکاح خواهد دانست (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۲۶۸). به‌طور خلاصه، در صورتی که جریانی نمایانگر زناشویی میان مرد و زنی انجام گردد، چه با نوشتن و یا گفتن و یا اشاره و هر طوری دیگر که به‌روشنی دلالت بر انجام ازدواج کند، کافی است (صادقی تهرانی، ۱۳۸۴، مسئله ۶۲۶)؛ بنابراین، اگرچه مصداق فعلی عرفی که صراحت بر انشاء نکاح داشته باشد، موجود نباشد، امکان وجود مصداق عرفی برای انشای فعلی نکاح معاطاتی را نمی‌توان نفی کرد (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۸۰ و ۲۶۸؛ زنجانی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۶۰۲۵ و مشکینی، بی‌تا، ص ۵۰۱).

همه این‌ها نشان می‌دهد که بین نکاح معاطاتی و زنا تفاوت وجود دارد و نکاح معاطاتی از جهت کبری - هر فعل صریح عرفی سبب انشاء نکاح است - مشکلی ندارد و در هر زمان و مکانی که چنین فعلی موجود باشد، نکاح صحیح خواهد بود. بعضی از نمونه‌هایی که ممکن است عرف در زمان یا مکان خاصی آن‌ها را مصداق و مبرز

خارجی انشاء با فعل قلمداد کند، عبارت‌اند از: مراسم بله‌برون (صرف‌نظر از الفاظ)، 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، اشاره مثل دست تکان دادن، حلقه به دست کردن، مراسم جشن گرفتن، تصافح یا تعانق یا تقبل یا مباشرت یا لمس یا وطی به قصد انشاء (با فرض صحت در عین حرمت).

این افعال ممکن است در عرف کنونی، صراحت نداشته باشند، اما چه بسا در آینده مورد تایید و تصریح عرف قرار گیرد، همان‌طور که قول به صحت بیع معاطات در آرای فقهی از گذشته تا حال بسیار متفاوت بوده، به نحوی که در دیدگاه فقیهان معاصر با آن به مثابه یک عقد تمام عیار، که واجد همه آثار عقد لفظی است، برخورد شده است و در دلایل آن‌ها کارکرد عرف و سیره به وضوح نمایان است (فخلعی، ۱۳۸۸، صص ۴۸-۵۶)، چنین است در مورد نکاح معاطاتی که در زمان‌ها و مکان‌های متفاوت، ممکن است که عرف افعالی را مخصوص عقد نکاح قرار دهد و این همه به معنای تغییر ماهیت نکاح نیست. بعضی از محققان بر امکان وجود مصداق صریح صحه گذاشته‌اند و مثال‌هایی را مانند مراسم زفاف همراه با جشن، در این زمینه قوی دانسته‌اند (اراکی، ۱۴۲۷ق، ش ۴۳، ص ۷۸).

۸. آثار نکاح معاطاتی و حکم تکلیفی آن

فقیهان از آثار نکاح معاطاتی (مهر، نفقه، ارث، نسب، طلاق و...) بحث نکرده‌اند؛ یک سبب برای این مطلب عدم ابتلای به آن است؛ زیرا عادتاً مسئله نکاح به طریق ابزار قولی بوده و ایجاد نکاح به نحو معاطات خیلی شاذ و یا اساساً غیرواقع بوده است؛ بنابراین انگیزه‌ای برای تعرض به حکم آن نبوده است. توجه دیگر این است که مشکل در اصل پذیرش نکاح معاطاتی به عنوان نکاح صحیح با دلایلی که ذکر شد، بوده است و گرنه در صورت صحت نکاح معاطاتی آثار نکاح از هر جهت بر آن بار می‌شود و اما کسانی که معتقدند نکاح معاطاتی صحیح نیست، آثار نکاح را بر آن مترتب نمی‌کنند،

هرچند اگر آن‌ها سؤال کنند این عمل زناست، می‌گویند نه، زنا نیست (رک. فاضل لنکرانی، ۱۳۸۸، جلسه ۸۳).

نکاح معاطاتی اگر صحیح نباشد، در صورت جهل، مانند نکاح به شبهه خواهد بود؛ در نکاح به شبهه که شخص نسبت به جایز بودن ازدواج غیرشرعی، جاهل است، آثار نکاح صحیح بار می‌گردد؛ مانند الحاق فرزند به شوهر، حق کامل او در ارث و آثار دیگر (کعبی، ۱۳۸۲، ص ۱۱۹). در حدیث نیز آمده است: «نهی رسول الله (ص) أن یقال للإمام: یا بنت کذا و کذا، فإنّ لكلّ قوم نکاحاً (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۲۱، باب ۸۳، از ابواب نکاح العیبد و الاماء، ح ۲)؛ رسول خدا (ص) نهی کرد از اینکه به کنیزان گفته شود: «ای دختر کذا و کذا» (یعنی نسبت حرام‌زادگی به او دهد)؛ زیرا هر قومی نکاح (مشروعی) برای خود دارد. روایت دارای سند صحیح است و ظاهر آن دلالت بر ترتیب آثار صحت بر نکاح هر قومی دارد، ولی دلالت روایت تنها بر ترتب آثاری است که آن قوم بر نکاح خود مترتب می‌دانند، نه آثاری که نزد ما بر نکاح صحیح مترتب است. پس اگر قومی این‌گونه رابطه میان زن مرد را نکاح بشمارند و از ازدواج زن با مرد دیگر هم ممانعت نکنند و آن را زنا ندانند (اراکلی، محسن، ۱۳۸۶، ص ۹۲).

با توجه به ادله‌ای که بررسی گردید (به‌ویژه مشخص شدن تفاوت نکاح معاطاتی با زنا)، به نظر می‌رسد در صورتی که ازدواج بین زن و مردی از نوع نکاح معاطات باشد، علی‌رغم اختلاف نظرهایی که بین فقیهان در پذیرش یا رد این نوع نکاح وجود دارد، ارتباط آن‌ها مشروع تلقی شده و مشمول عنوان رابطه نامشروع نخواهد شد و اگر زن و مردی که به‌عنوان زنا متهم هستند، مدعی نکاح معاطاتی باشند، حداقل از باب قاعده درء، حدّ از آنان ساقط خواهد شد. توجه به یک نمونه از آرای شعب دیوان عالی کشور در این زمینه مفید خواهد بود؛ شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور در پرونده کلاسه ۲۶/۵۶۸۱/۶۹ در تاریخ ۱۳۶۹/۱/۱ چنین رأی داد: «با توجه به محتویات پرونده در رابطه با زنا، نظر به اینکه طرفین از ابتدا قصد ازدواج داشته‌اند و اظهار ندامت نموده‌اند و حسب نظر برخی از فقیهان عظام نکاح به الفاظ فارسی، مورد تصدیق هست، حتی بعضی از بزرگان نکاح معاطاتی را صحیح دانسته‌اند، اجرای حد زنا نسبت به هر دو مشکل و مورد شبهه است و الحدود تدرأ بالشبهات، لذا رأی صادره نقض می‌گردد».

کسانی که معتقدند نکاح معاطاتی صحیح نیست، معنای این حرف این نیست که حتماً زناست بلکه اگر یک زن و مرد با اعتقاد به اینکه نکاح معاطاتی صحیح است، نکاح کرده‌اند، هرچند آثار نکاح را بر آن مترتب نمی‌کنند، ولی اگر آن‌ها سؤال کنند این عمل زناست، می‌گویند نه، زنا نیست؛ چون لازمه‌اش این است که تمام این نکاح‌های معاطاتی که در غرب واقع می‌شود، عنوان زنا را داشته باشد و چنین التزامی وجود ندارد بلکه تنها اجماع بر خلاف آن قائم است، اما نمی‌توانیم بگوییم این زناست. این مطلب که نکاح معاطاتی نداشته باشیم، با این مطلب که بگوییم این حتماً زناست، ملازمه ندارد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۸، جلسه ۸۳). بنابراین، در هر زمان و مکانی که از نظر عرف، فعلی صریح در انشاء عقد نکاح موجود باشد، ادله نکاح صحیح شامل آن خواهد بود و چنین ازدواجی حرام نیست.

جمع بندی

عقد نکاح توافق دو اراده است که به منظور ایجاد رابطه زوجیت صورت می‌گیرد. نکاح در حقیقت به معنی عقد است و منظور از عقد، حاصل عقد است که در فارسی به زن گرفتن و شوهر گرفتن تعبیر می‌شود و منظور، نفس ایجاب و قبول نیست و بایسته نیست که هر کجا لفظ آنکحت و زواجت در بین نباشد، مصداق زنا باشد بلکه نکاح چه با صیغه باشد (انشاء لفظی) و چه با فعل (معاطاتی) غیر از زناست؛ زیرا زنا مقاربت نامشروع و بدون عقد شرعی است چه زنای محض باشد (که در آن عقد وجود ندارد) و چه سفاح و اخدان و مانند آن‌ها (که در آن‌ها عقد شرعی وجود ندارد). نکاح معاطاتی قصد انشاء زوجیت شرعی است، با ابزار و رفتارهایی (غیر لفظی) که عرف متعارف و معقول آن‌ها را صریح در اراده این زوجیت می‌داند. عرف همواره به عنوان یکی از طرق و ابزار شناخت احکام مورد توجه بوده و به آن استناد شده است؛ چنان‌که معاطات، سیره مستمر عقلانیه از زمان شکل‌گیری تمدن‌ها و احتیاج به مبادلات بوده است، در مورد نکاح نیز ممکن است عرف در زمان‌ها و مکان‌های متفاوت، افعالی را مخصوص عقد نکاح قرار دهد که به معنای تغییر ماهیت نکاح نیست. بعضی از نمونه‌هایی که ممکن است عرف در زمان یا مکان خاصی آن‌ها را مصداق و مبرز

خارجی انشاء با فعل قلمداد کند، عبارت‌اند از: مراسم بله‌برون (صرف‌نظر از الفاظ)، 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، حلقه به دست کردن و مراسم جشن گرفتن.

دستاورد این تحقیق، پس از شناخت ماهیت نکاح و تفاوت آن با سفاح و زنا، در قصد انشاء زوجیت و نیز نقد و بررسی دلایل قائلین به بطلان نکاح معاطاتی این است که ادله بطلان و از آن جمله دلیل اجماع بر لزوم لفظ برای نکاح، به نحو تعبدی نیست بلکه بیشتر فقها در جستجوی راهی برای اعلام صریح قصد باطنی هستند و به همین دلیل به لفظ روی آورده‌اند و اگر آنان غیر لفظ را معتبر ندانسته‌اند، به جهت صریح نبودن غیرلفظ در انشاء و از باب احتیاط برای جلوگیری از رواج و اشاعه فساد جنسی است که این خود در مقابل اصل صحت و حمل عمل مسلمان بر صحت و رواج ازدواج است، چنان‌که مذاق شارع نیز بر رواج نکاح صحیح و عدم فسخ نکاح است. بنابراین، دلیلی وجود ندارد که اگر کسی بدون رعایت احتیاط، عقد نکاح را با فعل صریح محقق نمود، باطل باشد بلکه نکاح معاطاتی طبق قاعده، صحیح و مشروع است و آثار نکاح صحیح بر آن مترتب می‌شود و در هر زمان و مکانی که فعل صریح در انشای عقد نکاح موجود باشد، ادله نکاح صحیح شامل نکاح معاطاتی خواهد بود و چنین چیزی غیرممکن نیست. با توجه به ادله‌ای که بررسی گردید، در صورتی که ازدواج بین زن و مردی از نوع نکاح معاطاتی باشد، ارتباط آن‌ها مشروع خواهد بود و حد زنا با ادعای نکاح معاطاتی از سوی زن یا مرد متهم به زنا، حداقل از باب قاعده درء ساقط می‌شود.

کتابنامه

قرآن کریم.

ابن فارس، احمد (۱۴۰۴ق)، معجم مقانیس اللغة، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، لسان العرب، بیروت: دار الفکر.

- اراکي، محسن (۱۳۸۶)، «زندگی مشترک زن و مرد بدون عقد ازدواج»، فقه أهل البيت (ع)، شماره ۵۱.
- همو (۱۴۲۷ق)، «دراسة حول حکم المعاطاة فی النکاح»، قم: فقه أهل البيت (ع)، ش ۴۳.
- اراکي، محمدعلی (۱۴۱۹ق)، کتاب النکاح، قم: نور نگار.
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- اصفهانی، سید ابوالحسن (۱۳۹۳ق)، وسیلة النجاة، قم: چاپخانه مهر.
- اصفهانی، محمدحسین کمپانی (۱۴۱۸ق)، حاشیه کتاب المکاسب، قم: أنوار الهدی.
- امامی، سیدحسین (بی تا)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات اسلامی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۱ق)، کتاب المکاسب، قم: منشورات دار الذخائر.
- همو (۱۴۱۵ق)، کتاب النکاح، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- ایروانی، علی بن عبد الحسین نجفی (۱۴۰۶ق)، حاشیه المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: جامعه المدرسین.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات مجد.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: جامعه المدرسین.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۶۲)، تأثیر اراده در حقوق مدنی، تهران: گنج دانش.
- حسینی ادیانی، سید ابوالحسن (۱۳۸۲)، «نکاح معاطاتی»، مقالات و بررسیها، دفتر ۷۴.
- حلی، مقداد بن عبدالله سیوری (بی تا)، کنز العرفان فی فقه القرآن، ترجمه عبدالرحیم عقیقی بخشایشی، قم: پاساژ قدس، پلاک ۱۱۱.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۳۷۵)، مفردات ألفاظ القرآن، ترجمه و تحقیق سید غلامرضا خسروی حسینی، تهران: انتشارات مرتضوی.
- رضوی، مرتضی (۱۳۸۶)، حلقات (۳) جامعه شناسی متعه، پایگاه اینترنتی بیتش نو، <http://www.binesheno.com/Files/books.php>، آخرین به روزرسانی: ۱۳۹۲/۸/۱۲.
- روحانی، سیدصادق (۱۴۲۹ق)، منهاج الفقاهه، قم: أنوار الهدی.
- زحیلی، وهبه (۱۹۹۷م)، الفقه الاسلامی وادلته، بیروت: بی نا.
- جزائری، سید محمد جعفر مروج (۱۴۱۶ق)، هدی الطالب فی شرح المکاسب، قم: مؤسسه دار الكتاب.

- جزیری، عبدالرحمن (۱۴۱۹ق)، *الفقه علی المذاهب الأربعة ومذهب أهل البيت عليهم السلام*، بیروت: دار الثقلین.
- جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق)، *الصحاح - تاج اللغة و صحاح العربية*، بیروت: دار العلم.
- حائری، سید کاظم (۱۴۲۳ق)، *فقه العقود*، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، *وسائل الشیعه*، قم: آل البيت.
- حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ق)، *مستمسک العروة الوثقی*، قم: دار التفسیر.
- حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۳ق)، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، تهران.
- حلی، جمال الدین حسن (۱۳۸۸ق)، *تذکره الفقهاء*، المكتبة المرتضوية، چاپ سنگی.
- حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۱ق)، *تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین*، تهران: مؤسسه چاپ و نشر وابسته به وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- حلی، مقداد بن عبدالله سیوری (۱۴۰۴ق)، *التفحیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره).
- خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ق)، *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خوانساری، محمد (بی تا)، *الحاشیة الثانیة علی المکاسب*، نرم افزار جامع فقه اهل البيت، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق - الف)، *تکملة المنهاج*، قم: نشر مدینه العلم.
- همو (۱۴۱۰ق - ب)، *منهاج الصالحین*، قم: نشر مدینه العلم.
- همو (۱۴۱۸ق)، *موسوعه الإمام الخوئی*، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئی (ره).
- زنجانی، سید موسی (۱۴۱۹ق)، *کتاب نکاح*، قم: مؤسسه رای پرداز.
- سبحانی تبریزی، جعفر (بی تا)، *نظام النکاح فی الشریعة الإسلامیة الغراء*، قم: بی نا.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، *مهذب الأحکام*، قم: مؤسسه المنار.
- سلمی، عزالدین بن عبدالسلام (۱۴۱۹ق)، *قواعد الأحکام فی مصالح الأنام*، بیروت: بی نا.
- سلیمی، مهدی (۱۳۸۲)، *موضوع شناسی در فقه امامیه با تأکید بر دیدگاه های صاحب جواهر*، پایان نامه کارشناسی ارشد، راهنما: دکتر یعقوبعلی برجی، تهران: دانشگاه امام صادق (ع)، دانشکده الهیات، معارف اسلامی و ارشاد.
- سیدی بنابی، سید باقر (۱۳۹۰)، «بررسی نکاح معاطاتی از نظر فقه و حقوق موضوعه»، فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره هفتم، ش ۲۳.

شعرانی، ابوالحسن (۱۴۱۹ق)، تبصرة المتعلمين في أحكام الدين، تهران: منشورات إسلامیه. شهید اول، محمد بن جمال‌الدین مکی عاملی (۱۴۰۶ق)، اللمعة الدمشقية، مكتب الاعلام الاسلامی.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی (۱۴۱۲ق)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه.

همو (۱۴۱۳ق)، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.

صاحب بن عباد، اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴ق)، المحیط في اللغة، بیروت: عالم‌الکتاب.

صادقی تهرانی، محمد (۱۳۸۴)، رساله توضیح المسائل نوبین، تهران: امید فردا.

صدر، شهید، سیدمحمد (۱۴۲۰ق)، ما وراء الفقه، بیروت: دار الأضواء.

طاهری، حبیب‌الله (۱۴۱۸ق)، حقوق مدنی، قم: جامعه مدرسین.

طباطبایی، محمدحسین (۱۳۷۴)، تفسیر المیزان، مترجم: سیدمحمدباقر موسوی همدانی، قم: جامعه مدرسین.

طباطبایی حائری، سید علی بن محمد (۱۴۱۸ق)، ریاض المسائل، قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع).

طباطبایی قمی، سیدتقی (۱۴۱۳ق)، عمدة المطالب في التعليق على المكاسب، قم: کتابفروشی محلاتی.

الطریحی، فخر‌الدین (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرین، تهران: کتابفروشی مرتضوی.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۶ق)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

عاملی، سید محمدحسین ترحینی (۱۴۲۷ق)، الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية، قم: دار الفقه.

فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۰۳ق)، تفصیل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة- النکاح، قم: جامعه مدرسین.

فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۸۸)، مجموعه دروس خارج فقه <http://www.j-fazel.com/persian/lesson/2880/>، آخرین به‌روزرسانی: ۱۳۹۲/۸/۱۲.

فخلعی، محمدتقی (۱۳۸۸)، «تحول آرای فقیهان امامی در باب روش‌ها و ابزار انشای عقد همراه با تحلیل دیدگاه امام خمینی (ره)»، فصلنامه متین، دوره ۱، شماره ۴۴.

فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ق)، کتاب العین، قم: نشر هجرت.

فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (بی‌تا)، القاموس المحيط، بیروت: دار العلم.

فیض کاشانی، محمدحسین (۱۴۰۶ق-الف)، *مفاتیح الشرائع*، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.

همو (۱۴۰۶ق-ب)، *الوافی*، اول، اصفهان: مکتبه امیرالمؤمنین(ع).

القیومی، احمد بن محمد (بی تا)، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی*، قم: دار الرضی.

قرشی، سید علی اکبر (۱۴۱۲ق)، *قاموس قرآن*، تهران: دار الکتب الإسلامیه.

قنواتی، جلیل و دیگران (۱۳۷۹)، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران: سمت.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: انتشارات مدرس.

کعبی، عباس (۱۳۸۲)، «تطبیق نظام حقوقی اسلام با حقوق وضعی معاصر»، *فقه اهل بیت(ع)*، شماره ۳۶.

کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق)، *الکافی*، تهران: دار الکتب الإسلامیه.

مجلسی، محمدباقر (۱۴۱۰ق)، *بحار الأنوار*، بیروت: مؤسسه الطبع والنشر.

محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶ق)، *قواعد فقه*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

محقق حلّی (۱۳۸۷ق)، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم: اسماعیلیان.

محمود عبدالرحمان (بی تا)، *معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية*، نرم افزار جامع فقه اهل البيت، نسخه ۲، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.

مراغی، سید میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، *العناوین الفقهية*، قم: جامعه المدرسین.

مشکینی، میرزا علی (بی تا)، *مصطلحات الفقه*، نرم افزار جامع فقه اهل البيت، نسخه ۲، مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی.

مصطفوی، حسن (۱۴۰۲ق)، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، تهران: مرکز کتاب لترجمه والنشر.

معلوف، لويس (۱۹۹۴م)، *المنجد فی اللغة*، بیروت: دار المشرق.

مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۰ق)، *المقنعة*، مؤسسه النشر الاسلامی.

مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۴ق)، *کتاب النکاح*، قم: انتشارات مدرسه امام علی(ع).

همو (۱۴۲۵ق-الف)، *انوار الفقاهه- کتاب النکاح*، قم: انتشارات مدرسه امام علی(ع).

همو (۱۴۲۵ق-ب)، *انوار الفقاهه- کتاب البیع*، قم: انتشارات مدرسه امام علی(ع).

همو (۱۴۲۷ق)، *دائرة المعارف فقه مقارن*، قم: انتشارات مدرسه امام علی(ع).

- همو (۱۴۲۸ق)، حیل‌های شرعی و چاره‌جویی‌های صحیح، قم: انتشارات مدرسه امام علی (ع).
- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، تهران: کیهان.
- نایینی، میرزا محمدحسین غروی (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران: المکتبه المحمديه.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نجفی (کاشف‌الغطاء)، حسن بن جعفر بن خضر (۱۴۲۲ق)، أنوار الفقاهة - کتاب النکاح، نجف: مؤسسه کاشف‌الغطاء.
- نراقی، مولی احمد (۱۴۱۵ق)، مستند الشیعه فی أحكام الشریعه، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
- نوری همدانی، حسین (۱۳۹۰)، درس خارج فقه، <http://www.eshia.ir/feqh/archive>، آخرین به‌روزرسانی: ۱۳۹۲/۸/۱۲.
- الواسطی، زبیدی (۱۴۱۴ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: دار الفکر للطباعة والنشر والتوزیع.
- هدایت‌نیا، فرج‌الله (۱۳۸۷)، «نکاح معاطاتی از منظر فقه»، مطالعات راهبردی زنان (کتاب زنان)، دوره ۱۰، شماره ۴۰.