

نکاح معاطاتی از منظر فقه

فرج الله هدایتی*^۱

چکیده

نکاح معاطاتی در فقه و حقوق به معانی مختلفی آمده است. یکی از معانی رایج آن عدم اجرای صیغه ایجاب و قبول است. سؤال مهم این است که آیا عقد نکاح را می‌توان بدون اجرای صیغه ایجاب و قبول انشاء نمود؟ مشهور فقها، لفظی بودن ایجاب و قبول را در عقد نکاح شرط می‌دانند و معتقدند نکاح معاطاتی باطل است، بلکه در این مورد ادعای اجماع شده. قانون مدنی نیز بر لفظی بودن ایجاب و قبول در عقد نکاح صراحت دارد. اما برخی با توجه به دلایلی مدعی صحت نکاح معاطاتی شده‌اند؛ این نوشتار به بررسی مفهوم معاطات در عقد نکاح، ارزیابی ادله بطلان و صحت نکاح معاطاتی و نقش طریقی یا موضوعی لفظ در عقد نکاح پرداخته و به این سؤال پاسخ می‌دهد که آیا جایگزینی برای صیغه در عقد نکاح می‌باشد؟

کلید واژه

عقد، عقد نکاح، معاطات، فقهاء، قانون مدنی.

* - سطح چهار حوزه، کارشناس ارشد حقوق خصوصی، عضو هیأت علمی پژوهشکده فرهنگ و اندیشه اسلامی

معاطات در عقود، از گذشته مورد توجه فقها بوده و در مورد آن آرای متنوعی صادر شده است؛ جمعی از فقها برای معاطات اثری قایل نشده و بعضی نیز نظرات دیگری را مطرح کرده‌اند. امروزه کمتر فقهی است که در عقود معاوضی، برای معاطات اثری قایل نباشد؛ از نظر حقوقی نیز تفاوتی در نحوه اعلام اراده با لفظ یا غیرلفظ ایجاب و قبول وجود ندارد. بر خلاف بحث معاطات در عقود معاوضی، این موضوع در عقد نکاح همچنان بحث روز است. مشهور فقها برای معاطات در عقد نکاح اثری قایل نیستند، بلکه در این خصوص اجماع وجود دارد. قانون مدنی نیز متأثر از نظر مشهور فقهی، لفظی بودن ایجاب و قبول را در عقد نکاح شرط دانسته و این مسأله در میان حقوق‌دانان نیز به صورت یک باور عمومی در آمده است. با وجود این اجماع فقهی و حقوقی، در مورد مفهوم معاطات اتفاق نظر وجود نداشته و فقها و حقوق‌دانان از این اصطلاح تلقی یکسانی ندارند.

طرح نظریه درستی نکاح معاطاتی از سوی برخی نواندیشان موجب شده این بحث مجدداً به بحث روز تبدیل شود، بعضی در جانب افراط و بعضی دیگر در جانب تفریط قرار دارند و غالباً غیرعلمی است. در این نوشتار به واکاوی مفهوم نکاح معاطاتی پرداخته می‌شود.

(۱) مفهوم‌شناسی

در ابتدا لازم است مفاهیم عقد، نکاح، معاطات، ایجاب و قبول تبیین گردد.

(۱-۱) مفهوم عقد

عقد در لغت عرب، در اصل به معنای بستن و گره زدن آمده است و از این رو عرب به قلاده و گردنبندی که به گردن بسته می‌شود «عقد» می‌گوید (جوهری، ۱۴۲۰ق: ج ۲، ص ۵۱۰). در مقابل این واژه، کلمه «حَلَّ» قرار دارد و «حَلَّ و عقد» به معنای گشودن و بستن است. اکثر لغویون معتقدند عقد به مناسبت معنای لغوی آن به عهد محکم، موثق و مشدد می‌باشد (ابن اثیر، ۱۳۶۴: ج ۳، ص ۲۷۰). همچنین از آن‌رو عقد گفته می‌شود که دو طرف پیمان، اراده انشایی خود را نسبت به یک اثر حقوقی به یک گره می‌زنند.

مفهوم فقهی و حقوقی عقد به مفهوم لغوی آن نزدیک است؛ فقها عقد را «التزام مرتبط با التزام دیگر»، «ربط دو التزام»، «ربط دو قرار» و مانند آن تعریف کرده‌اند (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۴، ص ۲۵؛ نراقی، ۱۴۰۸ق: ص ۱۱؛ خوبی، ۱۳۷۱: ج ۳، ص ۱۴). از نظر حقوقی نیز عقد «تراضی طرفین» برای ایجاد یک اثر حقوقی است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ج ۱، ص ۲۱). بنابراین توافق دو یا چند طرف در صدق مفهوم عقد ضرورت دارد و همین امر موجب تمایز مفهوم عقد و ایقاع است.

بعضی فقها عقد را «لفظ دالّ بر نقل ملک به دیگری معنی کرده‌اند» (محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، ص ۲۶۷). این تعریف دقیقی نیست و مسامحه در تعبیر بوده؛ زیرا لفظ وسیله اعلام توافق و تراضی طرفین است. همانطور که تعریف قانون مدنی از عقد نیز دقیق نیست. مطابق ماده ۱۸۳ ق.م: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». این تعریف عقد را به «تعهد» یک طرف در مقابل طرف دیگر معنی کرده است؛ در حالی که تعهد اثر عقد است نه خود عقد.

۲-۱) مفهوم نکاح و عقد نکاح

جمعی از واژه‌شناسان معتقدند لغت نکاح در اصل به معنای «وطی و جماع» است (ابن منظور، ۱۴۰۵ق: ج ۲، ص ۶۲۶؛ جوهری، ۱۴۲۰ق: ج ۱، ص ۴۱۳؛ طریحی، ۱۳۶۷: ج ۴، ص ۳۶۹)؛ اما به معنای عقد نکاح مجازاً به کار رفته است (جوهری، ۱۴۲۰ق: ج ۱، ص ۴۰۳). برخی دیگر می‌نویسند: نکاح در اصل به معنای عقد است و بطور مجازی در معنای جماع به کار می‌رود، زیرا کلماتی که به مفهوم جماع دلالت دارند، کنایی هستند (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴ق: ص ۵۰۵). بعضی نیز معنای «بُضع» را در ردیف معنای واژه نکاح ذکر کرده‌اند (ابن منظور، ۱۴۰۵ق: ج ۲، ص ۶۲۶). بعضی نیز احتمال داده‌اند این واژه مشترک میان دو معنای وطی و عقد باشد (طریحی، ۱۳۶۷: ج ۴، ص ۳۶۹). همین احتمالات در منابع فقهی نیز می‌باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق: ص ۲۵). لذا این نظر که لغویون اجماع دارند موضوع‌له حقیقی نکاح وطی است و استعمال آن در عقد نکاح مجازی است؛ صحیح نمی‌باشد (مدرسی یزدی، ۱۴۱۰ق: ص ۵۳۵).

با توجه به آنچه در معنای واژه نکاح و عقد بیان شد، تعریف عقد نکاح اینگونه می‌شود: «عقد نکاح توافق دو اراده است که به منظور ایجاد رابطه زوجیت صورت می‌گیرد». این تعریف عام و شامل عقد نکاح دائم و منقطع را می‌شود.

۳-۱) مفهوم معاطات

۳-۱-۱) معاطات از منظر فقها

معاطات در لغت مصدر از باب مفاعله (عاطی، يعاطی، معاطاة) است، این کلمه از ریشه «ع.ط.و» است (طریحی، ۱۳۶۷: ج ۳، ص ۲۰۴). در لغت به معنای تناول، بخشش و دهش است (ابن منظور، ۱۴۰۵ق: ج ۱۵، ص ۶۹؛ زبیدی، بی‌تا: ج ۱۰، ص ۲۴۶). از این رو به مال بخشیده شده «عطیه» می‌گویند و جمع آن «عطایا» است. با توجه به خصوصیت باب مفاعله که بین‌الاثین است، معاطات به معنای آن است که میان دو نفر داد و ستدی واقع شود.^۱

فقها معمولاً معاطات را در باب بیع تعریف نموده‌اند، ولی تفاوتی میان معاطات در بیع و سایر عقود وجود ندارد. نخست چند تعریف متفاوت بیان و سپس تعریف‌های ذکر شده مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

– معامله بدون عقد؛ بعضی از فقها بیع معاطاتی را به «داد و ستد بدون عقد» تعبیر کرده‌اند. در بعضی منابع می‌خوانیم: «بیع المعاطاة هو إعطاء كل من المتبايعین ما یریده من المال عوضاً عما يأخذ من الآخر من غیر عقد» (مشکینی، بی‌تا: ص ۵۰۰). بیع معاطات یعنی هر یک از متبایعین، مالی که اراده کرده است را عوض آنچه از طرف دیگر

۱ - از نظر واژه‌شناسی، معاطات مانند «منابذه» است. «نبد» به معنای انداختن است. بیع منابذه که «بیع الحصة» نیز گفته می‌شود، نوعی معامله است که در گذشته رایج بوده و عبارت است از این که «جامه را به سوی کسی اندازی و او مانند آن را به سوی تو اندازد»؛ یا «بگویی وقتی سنگریزه انداختم بیع واجب باشد»؛ «ی شخص در میان گله گوسفند رود و سنگریزه‌های اندازد و به صاحب گله بگویی، سنگ به هر کدام اصابت کرد، آن به فلان قیمت باشد» (دهخدا، ۱۳۷۷: ص ۲۱۵۴۸). این نوع معامله در دوران جاهلیت بوده ولی اسلام، به دلیل غرری بودن معامله، از آن نهی کرده است.

دریافت می‌نماید به وی اعطا نماید، بدون این‌که عقدی باشد. این تعریف عیناً از لغت‌نامه‌ها اخذ شده است (ر.ک. طریحی، ۱۳۶۷: ج ۳، ص ۲۰۴؛ ابن منظور، ۱۴۰۵ق: ج ۳، ص ۵۱۲؛ زبیدی، بی‌تا: ج ۲، ص ۵۸۱). در این حال بیع معاطات عقد نیست در نتیجه آثار عقد نیز بر آن مترتب نخواهد شد.

- معامله بدون عقد مخصوص؛ بعضی از فقهاء در تعریف بیع معاطاتی، اظهار داشته‌اند:

«و هی إعطاء کل واحد من المتبايعین ما یریده من المال، عوضاً عما يأخذه من الآخر باتفاقهما علی ذلك بغير العقد المخصوص» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۳، ص ۲۲۲؛ طباطبایی، ۱۴۱۹ق: ج ۸، ص ۱۱۱). (معاطات یعنی هر یک از متبايعین، با توافق بر معامله، مالی که اراده کرده است را عوض آنچه قبض کرده به طرف مقابل اعطا نماید، بدون این‌که عقد مخصوصی جاری شده باشد). بعید نیست که مقصود آنان از «عقد مخصوص»، همان ایجاب و قبول به الفاظ خاص باشد. مطابق این تعریف، حتی ایجاب و قبول لفظی نیز کفایت نمی‌کند و باید به الفاظ خاص تکلم شود. بدین ترتیب اگر ایجاب و قبول به الفاظ فارسی بیان شود، معامله صورت گرفته معاطات خواهد بود.

- معامله بدون ایجاب و قبول لفظی؛ در بعضی منابع دیگر فقهی، آمده است: «البيع بالمعاطاة و هو ما کان بتسليم المبيع و قبض العوض بدون صیغة البيع من إيجاب و قبول» (فتح الله، ۱۴۱۵ق: ص ۹۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۰، ص ۷). از این عبارت چنین برمی‌آید که معاطات همان بیع بدون صیغه است. بعضی با تصریح بر همین معنا بیان می‌دارند: «هرگاه صیغه نگویند، معاطاة است» (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق: ج ۲، ص ۳۷۵). بعضی دیگر، نخست عقد را به «لفظ دال بر نقل عین» معنی کرده و سپس می‌گویند: تقابض بدون لفظ کفایت نمی‌کند. منظور ایشان از تقابض بدون لفظ همان معاطات است (محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، ص ۲۶۷). اگر این تعریف را بپذیریم، ایجاب و قبول به هر لفظی که صریح در مقصود باشد، عقد خواهد بود؛ اعم از این‌که الفاظ بکار گرفته شده، الفاظ مخصوص باشد یا نباشد، عربی باشد یا نباشد.

- معامله بدون ایجاب و قبول؛ از بعضی عبارات فقهی چنین بر می‌آید: «لا بدّ فی عقد البيع من الايجاب و القبول، ولا تكفی المعاطاة فی العقد» (علامه حلی، ۱۴۱۲ق: ج ۵،

ص ۵۱). از ظاهر این عبارت معلوم می‌شود که عقد بیعی که در آن ایجاب و قبول نباشد، معاطات است. همین تعبیر در بعضی منابع فقه عامه نیز می‌باشد (زهیلی، ۱۴۱۸ق: ج ۵، ص ۳۳۱۳). این تعریف با تعریف سوم متفاوت است؛ زیرا ایجاب و قبول ممکن است لفظی یا غیر لفظی باشد، از این رو تعریف سوم اخص از تعریف چهارم است.

- معامله بدون لفظ و اشاره؛ در برخی منابع فقه عامه، آمده: «التعاطی فی البیع و یقال فیہ ایضاً المعاطات، ان یأخذ المشتري المبیع و یدفع للبائع الثمن، ... من غیر تکلم و لا الاشارة» (وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیه، ۱۴۲۶ق: ج ۱۳، ص ۱۹۸)؛ تعاطی در بیع یعنی مشتری بدون تکلم و اشاره مبیع را بگیرد و ثمن را به بائع بدهد.

۲-۳-۱) معاطات از منظر حقوق دانان

بیشتر حقوق دانان داد و ستد را به بیع بدون ایجاب و قبول لفظی معنی کرده‌اند، چند تعریف ذیلاً بیان می‌شود:

- «آیا بیع می‌تواند به صورت معاطات واقع شود، یعنی با قدرت متعاملین بر تکلم، می‌توانند به وسیله داد و ستد بیع را واقع سازند؟» (امامی، ۱۳۷۶: ج ۱، ص ۴۱۳).

- «بیع ممکن است به داد و ستد یعنی معاطات انجام شود، بدون اینکه نیازی به قول و گفتار باشد» (شهیدی، ۱۳۸۴: ج ۱۷؛ ر.ک. کاتوزیان، ۱۳۸۱: ص ۹۱؛ قاسم‌زاده و همکاران، ۱۳۸۲: ص ۱۳۴).

- «بیع به دو طریق ممکن است واقع شود: الف) بیع به صیغه که طرفین مقصود خود را به ایجاب و قبول انشاء می‌کنند؛ مانند اینکه فروشنده به هر زبانی باشد بگوید فروخته‌ام و مشتری جواب گوید: خریدم یا قبول کردم. ب) بیع معاطات» (حایری، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۳۲۸).

- «فعلی را که دلالت صریحه بر معامله داشته باشد معاطات اطلاق می‌شود» (بروجردی، ۱۳۸۰: ص ۱۵۶).

- برخی در مقام ارائه تعریفی برای معاطات، در نظری متفاوت با نظریات سابق اظهار داشته‌اند: «معاطات صفت عقد معوضی است که ایجاب و قبول آن لفظی یا کتبی یا اشاره نبوده بلکه به دادن و ستدن صورت گیرد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ص ۶۶۰).

اگر این تعریف صحیح باشد، معامله در صورتی معاطاتی است که طرفین بدون هیچ عملی که مبین قصد و رضای باطنی باشد، تنها به مبادله مبیع و ثمن اقدام نمایند. مطابق تعاریف‌های فوق، ایجاب و قبول در معاملات از یک نظر بر دو قسم است: ایجاب و قبول لفظی و فعلی، معامله در فرض دوم معاطات می‌باشد که منظور قانون مدنی از داد و ستد، لفظی نبودن ایجاب و قبول است. لذا مطابق این نظریه، ایجاب و قبول با اشاره و کتابت نیز از مصادیق معاطات است. حقوق‌دانان نیز مانند فقها از معاطات تلقی یکسانی ندارند. برخی آن را معامله بدون ایجاب و قبول لفظی دانسته و بعضی دیگر اشاره و کتابت را نیز جانشین لفظ دانسته و معاطات را معامله‌ای می‌دانند که این سه مورد نباشد.

۳-۳-۱) نقد و بررسی

در هر یک از تعاریف ذکر شده خصوصیتی وجود دارد که موجب شده است، بطور جداگانه مورد توجه قرار گیرد. از تعاریف فوق معلوم می‌شود، فقهاء در تعریف معاطات از زبان مشترکی بهره نبرده‌اند و در مواردی تعبیرات آنان غلط‌انداز است. حقوق‌دانان نیز تحت تأثیر منابع فقهی، دچار همین تشتت آراء شده‌اند. بحث بر سر صحت یا بطلان نکاح معاطاتی، بدون تبیین دقیق مفهوم معاطات ممکن نیست. از این‌رو، لازم است تعریف و تلقی روشنی از معاطات ارائه گردد.

الف) لزوم قصد انشا و اعلام آن در تحقق عقود؛ عقد به معنای توافق و تراضی طرفین بر ایجاد اثر حقوقی است. برای تحقق این معنا دو امر متمایز لازم است: یکی «قصد انشاء» و دیگری «اعلام قصد انشاء» است. قصد انشاء یک امر باطنی است و عقد بدون آن صوری محسوب شده و اثری ندارد، ولی قصد باطنی صرف نیز کفایت نمی‌کند و باید به نوعی اظهار گردد. قانون مدنی بر ضرورت اعلام اراده تصریح کرده است و در ماده ۱۹۱ ق.م. آمده است: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». در این متن مقصود از «چیزی که دلالت بر قصد کند»، همان وسیله ابراز قصد باطنی است. اینکه در تحقق عقد قصد انشا لازم است و نیز اینکه قصد انشاء باطنی کفایت نمی‌کند و باید به نوعی اظهار گردد، هیچ

تردیدی نیست و بعید به نظر می‌رسد هیچ فقیه یا حقوق‌دانانی در این مطلب تشکیک نماید.

ب) تنوع وسایل اعلام اراده؛ وسیله اعلام اراده متنوع است؛ زیرا ممکن است لفظی باشد، یعنی از طریق به کارگیری الفاظی که دلالتش بر مقصود صریح است صورت گیرد و نیز ممکن است از طریق نوشته یا اشاره صورت گیرد. حتی ممکن است بطور ضمنی صورت گیرد؛ مانند اینکه طرفین کاری انجام دهند که تلویحاً مبین تراضی آنان نسبت به اثر حقوقی مورد انتظار باشد. مانند فردی که مالی به وی هبه شده و بدون اینکه آن را صریحاً قبول نماید، اقدام به فروش یا هبه آن به دیگری نماید؛ این عمل تلویحاً قبول هبه محسوب می‌شود.

بحث در صحت یا بطلان نکاح معاطاتی یا سایر عقود، ناظر بر وسیله اعلام اراده است. در حقیقت بحث در این است که آیا لازم است وسیله اعلام اراده لفظ باشد یا سایر وسایل اعلام اراده مانند اشاره یا نوشته نیز کافی است. بنابراین کسانی که معاطات را به معامله بدون عقد تعریف نموده‌اند، تلقی آنان از معاطات صحیح نیست. زیرا در بی‌اعتباری چنین معامله‌ای بطور کلی بحثی نیست؛ در حالی که صحت معاطات در غیر عقد نکاح مورد قبول جمع زیادی از فقها است.

بحث در باب معاطات و محل نزاع تنها پیرامون «وسیله اعلام اراده» است و منظور از درستی یا نادرستی نکاح معاطاتی نیز این است که آیا عقد نکاح بدون ایجاب و قبول لفظی صحیح یا باطل است؟ بیش از این عقد را تعریف نموده و بیان شد که عقد توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود. اینک سؤال این است که اگر چنین توافقی صورت پذیرد و به وسیله‌ای مانند کتابت یا اشاره اظهار گردد، آیا در تحقق اثر زوجیت کافی است؟ بعضی فقها در تبیین مسأله نکاح معاطاتی، با تأکید بر همین مطلب اظهار داشته‌اند: «آیا معاطات کافی است؟ یعنی قصد انشاء بالفعل کنند و کارهایی را به قصد زوجیت انجام دهند» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۸۸). همین بیان از سوی بعضی حقوق‌دانان نیز اظهار گردیده است. آنان می‌گویند: «نکاح معاطاتی یعنی نکاحی که صرفاً به اعلام توافق و تراضی طرفین بسنده می‌شود و فاقد ایجاب و قبول لفظی باشد» (محقق داماد، ۱۳۸۵: ص ۱۶۶).

نظریه‌ای که در فقه لفظی بودن ایجاب و قبول در فقه را لازم می‌داند خود به دو نظریه منشعب می‌شود: برخی معتقدند: الفاظ ایجاب و قبول در عقد نکاح توقیفی است؛ از این رو تنها الفاظی منشأ اثر زوجیت است که مورد تایید شرع مقدس باشد. گروهی دیگر هر لفظی را در ایجاد اثر زوجیت کافی می‌دانند. بدین ترتیب، مقصود فقهاء از نکاح معاطاتی، ممکن است «نکاح بدون صیغه» یا «نکاح بدون صیغه خاص» باشد.

مقصود از نکاح معاطاتی در این تحقیق، نکاح بدون صیغه (لفظ) است و نکاح با صیغه را در هیچ فرضی نکاح معاطاتی نمی‌دانیم، حتی اگر الفاظ بکار رفته، الفاظ خاص نبوده و به زبان فارسی یا لغات دیگر باشد.

۲) عقد معاطاتی در قانون مدنی

اینک که مفهوم معاطات روشن شد، لازم است پیش از بررسی فقهی نکاح معاطاتی، موضع قانون مدنی در خصوص عقود معاطاتی به‌طور کلی و نکاح معاطاتی به‌طور خاص بیان شود.

۲-۱) معاطات در معاملات

از نظر قانون مدنی، معاطات در عقود صحیح است و لازم نیست ایجاب و قبول لفظی باشد. در ماده ۱۹۳ ق.م. در کفایت معاطات 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». مطابق این ماده، به جز در موارد استثنایی، انشاء معامله از طریق فعل (نه لفظ) نیز ممکن است. از ماده ۱۹۲ ق.م. چنین برمی‌آید که کفایت ایجاب و قبول فعلی ویژه موارد عجز از تلفظ است. در این ماده آمده است: «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود». اگر این برداشت صحیح باشد در این صورت 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. 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 حقوق دانان در توجیه ظاهر ماده ۱۹۲ ق.م. اظهار داشته‌اند: این ماده مفهوم مخالف ندارد و قانون در مقام بیان فرض متعارف و شایع است که فقط زمان ممکن نبودن تلفظ از آن استفاده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ص ۵۷؛ صفایی، ۱۳۸۲: ج ۲، ص ۶۵). در نتیجه معاطات در عقود مدنی (به جز در موارد استثنای صحیح است و از این نظر تفاوتی میان حالت اختیار و اضطرار وجود ندارد. 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 داد و ستد 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 استثناء شده) نیز چنین است.

نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که از نظر قانون مدنی، سکوت نمی‌تواند وسیله بیان اراده باشد. در ماده ۲۴۹ ق.م. آمده: «سکوت مالک و لو با حضور در مجلس عقد، اجازه محسوب نمی‌شود». این ماده در قواعد عمومی آمده و چون در باب نکاح در این رابطه حکم خاصی نیامده است، حکم ماده ۲۴۹ ق.م. در باب نکاح نیز قابل تسرّی است.

۲-۲) معاطات در عقد نکاح

مطابق قسمت اخیر ماده ۱۹۳ ق.م: «...در مواردی که قانون استثناء کرده باشد»، معاطات صحیح است. از جمله موارد استثناء شده، عقد وقف است، مطابق ماده ۵۶ ق.م. «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. عقد نکاح است. البته قانون مدنی در باب نکاح، میان حالت اختیار و اضطرار فرق گذاشته است. در ماده ۱۰۶۲ ق.م. آمده: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید».

مطابق حکم ماده فوق، ایجاب و قبول در عقد نکاح باید لفظی باشد، با وجود این ماده ۱۰۶۶ ق.م. با اشاره به حالت عجز از تلفظ آورده: «هر گاه یکی از متعاقدین

یا هر دو لال باشند، عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می‌شود، مشروط بر اینکه بطور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد».

در مورد مفاد ماده ۱۰۶۶ ق.م. دو نکته مهم است: نخست آنکه اعلام قصد انشاء 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 می‌باشد. زیرا دلالت کتابت بر مقصود نسبت به اشاره واضح‌تر است؛ همانطور که بعضی فقها نیز این مطلب را متعرض شده‌اند (نجفی، ۱۳۷۴: ج ۲۹، ص ۱۴۲). نکته دی‌گر این است که ظاهراً افراد لال می‌توانند از طریق اشاره یا کتابت اعلام اراده نمایند، حتی اگر بتوانند از طریق توکیل به دی‌گری، به نمایندگی قصد انشاء نمایند (محقق داماد، ۱۳۸۵: ص ۱۸۰). زیرا متن ماده ۱۰۶۶ ق.م. از این حیث اطلاق دارد.

۳) بررسی فقهی نکاح معاطاتی

۳-۱) نظریه صحت نکاح معاطاتی

نظریه صحت نکاح معاطاتی در فقه جای‌گاهی ندارد و تقریباً هیچ فقیه صاحب نامی دیده نشده است که قایل به صحت نکاح معاطاتی باشد. البته صاحب جواهر، صحت نکاح به الفاظ غیرمخصوص را به فیض کاشانی و گروهی از ظاهریه نسبت داده و اظهار داشته: «نعم ربما ظهر من الکاشانی و بعض الظاهرية من أصحابنا الاکتفاء بحصول الرضا من الطرفين و وقوع اللفظ الدال علي النکاح و الإنکاح» (نجفی، ۱۳۷۱: ج ۳۰، ص ۱۵۴). بعضی نویسنده‌گان از این عبارت چنین برداشت کرده‌اند که فیض کاشانی و برخی از ظاهریه نکاح معاطاتی را صحیح می‌دانند (حسینی ادیانی، ۱۳۸۲: ش ۷۴، ص ۱۰۶)؛ در حالی که این برداشت نادرست است و عبارت صاحب جواهر ربطی به این مطلب ندارد. بحث در نکاح معاطاتی است و معاطات به معنی نکاح بدون ایجاب و قبول لفظی است، در حالی که عبارت فوق مربوط است به احتمال صحت نکاح به الفاظ غیرمخصوص؛ یعنی رابطه خاصی که ناشی از رضایت باطنی طرفین بوده و این تراضی به الفاظی اعلام شده است که مورد تایید شرع مقدس نیست. این مطالب از مباحث بعدی صاحب جواهر به

خوبی برمی آید. در سال‌های اخیر، بعضی اشخاص، نظریه صحت نکاح معاطاتی را مطرح کرده‌اند. از جمله:

«عقد یا قرارداد ازدواج به هر زبانی که باشد درست است و اگر هم بدون لفظ وی‌ژه‌اش که «انکحت» یا «نکاح کردم» باشد، در صورتی که جریانی می‌ان زن و مرد انجام گردد، چه با نوشتن یا گفتن یا اشاره یا هر طور دیگری که به روشنی دلالت بر انجام ازدواج کند، کافی است...». اگر کفش روی کفش گذاردن یا شیری‌نی به ی‌کدی‌گر تعارف کردن یا هر اشاره و عملی دیگری که در عرف آنان دلیل بر انجام ازدواج است، همین‌ها کافی است و دیگری صیغه‌ای چه عربی و چه به زبان دیگری لازم ندارد. عمده این است که معلوم باشد قضیه رفیق‌بازی و زنا در کار نیست، بلکه مقصود زناشویی و تشکیل زندگی جدی است، چه دائمش و چه موقتش» (صادقی تهرانی، بی‌تا: ص ۱۷۳). این نظریه برای اثبات مدعای خود از بعضی آیات و روایات بهره می‌برد که مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۱-۳ آیات

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

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 این کلمه عام و شامل هر توافقی که عنوان عقد بر آن صادق باشد می‌شود؛ اعم از عقود که در بین مردم جریان دارد، مانند عقد بیع و نکاح و ... یا عهدی که اشخاص با خود می‌بندند و مثلاً سوگند می‌خورند که فلان کار را نکنند یا نکنند (طباطبایی، ۱۴۱۷ق: ج ۵، ص ۱۵۹). هم‌چنین کلمه عقود در آیه فوق مطلق 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. بنابراین معاطات نیز با توجه به تعریفی که پیش از این برای آن ارائه شد عقد است؛ نتیجه این تحلیل آن است که عقد معاطاتی نیز لازم‌الوفاء است و در این مورد بین بیع و نکاح و سایر عقود تفاوتی وجود ندارد. امام خمینی (ره) جریان معاطات را در عقد نکاح به دلیل سیره مسلمین و اجماع فقها نمی‌پذیرند، با وجود این، ایشان با اشاره به قاعده لزوم وفای به عقد و عهد که آیات یاد شده بر آن دلالت دارد اظهار داشته‌اند:

«مقتضي القاعدة جريان المعاطاة في كلِّ عقد أو إيقاع يكتن إِنْشَاءً بالفعل، فإنَّ الفعل كالقول آلة للإيجاد والإيقاع الاعتباري» (خمینی، ۱۳۷۹: ج ۱، ص ۲۶۷). مقتضای قاعده، جریان معاطات در هر عقد و ایقاعی است که انشاء آن به فعل ممکن باشد، زیرا فعل نیز مانند قول، وسیله ایجاد و ایقاع اختیاری است.

ممکن است به استدلال فوق‌ایراد شود، عقد معاطاتی صحیح و لازم‌الوفاء است، مشروط بر اینکه انشاء فعلی ممکن باشد، مانند بیع که طرفین با قصد انشاء، ثمن و مبیع را داد و ستد می‌نمایند. در برخی موارد (مانند وصیت) ایجاب فعلی ممکن نیست و باید از طریق لفظ قصد انشاء را اظهار نمود. عقد نکاح نیز از همین قبیل است و انشاء زوجیت با فعل امکان ندارد؛ زیرا افعالی مانند دست دادن یا تماس جنسی تا پیش از ایجاد رابطه زوجیت حرام است و فعل حرام نمی‌تواند وسیله ایجاد رابطه زوجیت باشد. در نتیجه نخست باید با لفظ رابطه زوجیت ایجاد شود تا تماس میان زن و مرد مجاز گردد.

در پاسخ اشکالی یاد شده، می‌توان بیان نمود: 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 به صراحت 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 می‌نمایند (همان: ۲۶۸).

بنابراین دلالت آیات لزوم وفاء به عقد و عهد کامل است و اشکالی بر انطباق آن بر نکاح معاطاتی به نظر نمی‌رسد. مگر این که دلیلی بر استثناء عقد نکاح و اخراج آن از عموم و اطلاق آیات لزوم وفاء به عقد وجود داشته باشد.

۲-۱-۳) روایات

برای اثبات صحت نکاح معاطاتی، به برخی روایات نیز ممکن است استدلال شود:

- روایت نوح بن شعیب؛ در این روایت از امام صادق (ع) نقل شده که حضرت فرمود: زنی نزد خلیفه دوم آمد و اظهار داشت: من زنا داده‌ام، مرا (از طریقی اجرای مجازات) تطهیر کن. خلیفه دستور رجم داد. خبر به امام علی (ع) رسید و حضرت از زن پرسید چگونه زنا داده‌ای؟ او در پاسخ بیان داشت:

«مررت بالبادیه فأصابني عطش شديد فاستسقيت أعرابياً فأبى أن يسقيني إلا أن أمكنه من نفسي فلما أجهدني العطش و خفت على نفسي سقاني فأمكنته من نفسي فقال أمير المؤمنين عليهما السلام تزويج و رب الكعبة» (حرر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۱، ص ۵۰؛ کلینی، ۱۳۶۵: ج ۵، ص ۴۵۷). (از بی‌بابانی می‌گذشتم، سخت تشنه شدم و از یک مرد بی‌بابانی درخواست آب کردم. وی از دادن آب به من خودداری کرد مگر اینکه خود را تسلیم او نمایم. پس وقتی تشنگی مرا از پای در آورد و بر جان خود ترسیدم، به من آب داد و من در قبال خواسته وی تمکین کردم. امیرالمؤمنین (ع) فرمود: به خدای کعبه این تزویج است).

نحوه استدلال به روایت فوق این است که میان زن و مرد بی‌بابانی، توافقی صورت گرفته و الفاظی که دال بر نکاح باشد رد و بدل شده و آب نیز مهریه و یکبار وطی نیز مدت محسوب می‌گردد، در نتیجه رابطه مورد نظر یک نکاح موقت است؛ امام (ع) نیز فرمود: این نکاح است (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق: ج ۲۱، ص ۳۴۲). بر این استدلال اشکالاتی وارد است:

الف- روایت از نظر سند ضعیف است؛ زیرا در سند آن نام «علی بن حسان» و «عبدالرحمان بن کثیر» مشاهده می‌شود که ضعیف شمرده شده و متهم به وضع

حدیث هستند لذا این روایت قابل اعتماد نمی‌باشد (خویی، ۱۳۴۱ق: ج ۱۰، ص ۳۷۲؛ ج ۱۲، ص ۳۳۶).

ب- ناسازگاری صدر و ذیل روایت؛ زیرا مطابق بخش نخست روایت، زن خود را گناه‌کار می‌داند و گمان می‌کند مرتکب فحشاء شده و باید مجازات شود و معلوم است که اساساً در رابطه خود با مرد بی‌بابانی، قصد ازدواج نداشته؛ در حالی که مطابق بخش اخیر روایت، امام فرمودند: رابطه آن دو ازدواج می‌باشد. چگونه ممکن است، کسی که ازدواج را قصد نکرده، عمل وی ازدواج باشد. بدین ترتیب دلالت روایت فوق نیز قابل اعتماد نمی‌باشد.

ج- تعارض این روایت با روایت دی‌گر؛ این روایت به گونه‌ای دی‌گر نیز نقل شده، مطابق روایت دوم، وقتی زن از خلیفه می‌خواهد که در مورد او حد را اجرا نماید و خلیفه نیز دستور رجم می‌دهد و امام علی (ع) وقتی مشروح ماجرا را می‌شنود، می‌فرماید:

«هذه التي قال الله عزوجل فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه هذه غير باغية ولا عادية فخل سبيلها» (صدوق، ۱۴۰۴ق: ج ۴، صص ۳۶ - ۳۵). (این همان است که خدای عزوجل فرمود: «کسی که [برای حفظ جان خود] ناچار شود، در صورتی که ستمگر و متجاوز نباشد بر او گناهی نیست» (بقره، ۱۷۳) این زن ستمگر و متجاوز نیست، پس آزادش کنی). لذا مطابق روایت دوم امام رابطه زن و مرد بی‌بابانی را به تزویج تعبیر نکرده؛ بلکه آن را عملی دانسته که بر اساس احکام اولی اسلام، نامشروع بوده، ولی به دلیل مضطر بودن زن بر وی گناهی نیست.

بنابراین روایت فوق با موضوع بحث بی‌گانه است. همچنین مطلبی را که فیض کاشانی اشاره کرده‌اند، مبنی بر اینکه الفاظی که دال بر نکاح باشد، می‌انسان رد و بدل شده، قدری عجیب به نظر می‌رسد؛ زیرا در متن روایت ذکر شده عبارتی که دال بر نکاح باشد مشاهده نمی‌شود. اگر هم الفاظ دال بر نکاح میان آن دو رد و بدل شده باشد، در این صورت، عقد واقع شده، نکاح به صیغه است و نکاح معاطاتی نخواهد بود. بدین ترتیب روایت فوق در هر حال ربطی به بحث ندارد.

- روایت محمد بن اسماعیل بزیع؛ از امام رضا (ع) راجع به زنی پرسیدم که در حال مستی خود را به عقد مردی در آورد و پس از افاقه، کارش را زشت می-شمارد، ولی به گمان اینککه عقدی که در حال مستی خوانده شد، الزام آور است نزد مرد باقی ماند؛ آیا آن مرد بر زن حلال است؟ امام در پاسخ فرمود: «إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضاها» (طوسی، ۱۳۶۵: ج ۷، ص ۳۹۲). (اگر بعد از افاقه، زن نزد مرد ماند، همین ماندن نزد وی پس از افاقه، رضایت وی به نکاح است). راوی می‌گوید از امام پرسیدم: «فقلت و هل يجوز ذلك التزويج عليها؟» (آیا ازدواج صورت گرفته صحیح است؟ امام فرمود: آری).

روایت فوق از نظر سند صحیح‌ه است؛ و از این جهت مشکلی ندارد؛ اما در مورد دلالت آن مباحث زیادی می‌ان فقهاء مطرح شده؛ مطابق آنچه در متن روایت آمده، زن در زمان عقد مست بوده و قصد نداشته است و به همین دلیل عقد وی باطل بوده است و روی قاعده رضایت بعدی وی نیز نمی‌تواند عقد باطل را تصحیح نماید. با وجود این امام آن را صحیح شمرده است. در مورد این روایت و مفاد آن با توجه به اشکالی یاد شده، نظریاتی ابراز شده که چند مورد بیان می‌شود:

الف) - جمعی از فقها اظهار داشته‌اند: اگر چه روایت صحیح‌ه است، ولی حکم مندرج در آن خلاف قاعده است، بنابراین طرد روایت و عمل نکردن به آن ترجیح دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۷، ص ۹۹). مشهور فقهای امامیه از همین نظریه تبعیت نموده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲۳، ص ۱۷۴).

ب) - گروهی دیگر اظهار داشته‌اند: روایت صحیح‌ه است و به همین دلیل به آن عمل می‌شود و سلب عبارت سکران ثابت نشده و وضعیت وی با وضعیت مجنون متفاوت است (طوسی، ۱۴۰۰ق: ج ۱، ص ۴۶۷؛ رک: نجفی، ۱۳۷۴: ج ۲۹، ص ۱۴۵؛ خویی، بی‌تا: ج ۲، ص ۱۹۱).

ج) - عده‌ای دیگر درصدد توجیه روایت برآمده و اظهار داشته‌اند: ممکن است مستی زن به درجه‌ای نبوده که رافع قصد باشد، بلکه تنها رافع رضایت وی به مفاد

عقد بوده، به همین دلیل با تنفیذ وی تصحیح می‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۲ق: ج ۷، ص ۱۳۱).

(د) - گروهی دی‌گر بی‌ان داشته‌اند: هرگاه سکران پس از افاقه عقد را اجازه کرد، احتیاطاً عقد را تجدید نموده یا با طلاق جدا شوند (خمینی، بی‌تا: ج ۲، ص ۲۴۹).

(ه) - احتمال دی‌گری که می‌توان ذکر کرد این است: عقدی که در حالت مستی خوانده شد، فاقد اثر است، ولی وقتی زن پس از افاقه به میل خود نزد مرد ماند، این ماندن به رضایت خود وی و با قصد زوجیت بوده، در نتیجه نوعی نکاح معاطاتی میان زن و مرد منعقد گردیده و از همین زمان منشأ اثر است و رابطه وی با آن مرد تا قبل از افاقه و رضایت بر زوجیت، از مصادیق وطی به شبهه بوده است. بدین ترتیب ممکن است، مقصود امام از عبارت «إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضاها» همین مسأله باشد.

همانطور که اشاره شد روایت فوق صحیح است و اگر احتمال اخیری صحیح باشد، این روایت می‌تواند دلیل بر مشروعیت نکاح معاطاتی باشد. امتیاز احتمال اخیری این است که به روایت صحیح عمل شده و قاعده عدم اعتبار عقد سکران نیز نقض نگردیده است. مطابق این احتمال، کلمه «ذلک» در سخن راوی به عقد در حال مستی اشاره ندارد، بلکه مقصود عقد معاطاتی پس از افاقه است. ولی دلالت روایت فوق بر احتمال اخیری با احتمال‌های ذکر شده چندان واضح نیست و به همین دلیل روایت از حیث دلالت اجمال دارد (خوانساری، ۱۳۵۵ق: ج ۴، ص ۱۲۵).

بدین ترتیب روایاتی که ممکن است بر صحت نکاح معاطاتی دلالت خاصی داشته باشند، هیچ‌کدام قابل اعتماد نمی‌باشند. در نتیجه عمده دلیل صحت نکاح معاطاتی همان عمومات آی‌های لزوم وفای به عقد و عهد است.

۲-۳) نظریه بطلان نکاح معاطاتی

نظریه بطلان نکاح معاطاتی در فقه امامیه از اعتبار زیادی برخوردار است. تقریباً تمام فقهائی که متعرض بحث نکاح شده‌اند، بر لزوم لفظی بودن ای‌جاب و

قبول تاکید نموده‌اند. به عنوان نمونه، امام خمینی (ره) در این خصوص اظهار داشته‌اند:

«النكاح علي قسمين: دائم و منقطع، و كل منهما يحتاج إلى عقد مشتمل علي إيجاب و قبول لفظين» (خمینی، بی تا: ج ۲، ص ۲۴۶). (نکاح بر دو قسم دائم و منقطع است و هر کدام محتاج عقدهای است که مشتمل بر ایجاب و قبول لفظی باشد). ایشان در ادامه تاکید می‌نمایند که مجرد رضایت قلبی طرفین کفایت نمی‌کند و معاطاتی که در غالب معاملات جاریان دارد، در عقد نکاح کفایت نمی‌کند. عبارتی که نقل شد با مشابه آن در بسیاری از منابع فقهی مشاهده می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۵، ص ۱۰۸؛ طباطبایی، ۱۴۱۹ق: ج ۱۱، ص ۱۰؛ طباطبایی زیدی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، ص ۸۵۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲۳، ص ۱۵۷؛ علامه حلی، بی تا: ج ۲، ص ۴؛ نجفی، ۱۳۷۴: ج ۲۹، ص ۱۳۲). جمعی از فقها نیز الفاظ ایجاب و قبول را مورد بحث و بررسی قرار داده و متعرض اصل بحث ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول نشده‌اند. زی را از نظر آنان این امر مسلم و بدیهی است (طوسی، ۱۳۸۷: ج ۴، ص ۱۹۳؛ ر.ک. حلی، ۱۴۱۰ق: ج ۲، ص ۵۷۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، صص ۲۱۷ - ۲۱۶). بعضی از فقها در مورد ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول عقد نکاح تا بدانجا پیش رفته‌اند که نکاح بدون صیغه را سفاح (زنا) خوانده‌اند، مانند شیخ انصاری که نوشته است:

«أن الفروج لا تباح بالإباحة و لا بالمعاطاة، و بذلك یمتاز النكاح عن السفاح لأن فیہ التراضی أيضا غالباً» (انصاری، ۱۴۱۵ق: ص ۷۸). (همانا فروج با اباحه و با معاطات حلال نمی‌شود و فرق نکاح و سفاح نیز در صیغه است، زی را در سفاح نیز غالباً تراضی است).

این مطلب از فقیه بزرگی چون شیخ انصاری قدری عجیب به نظر می‌رسد. زی را 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؛ در حالی که در سفاح، تراضی بر زوجیت نیست و طرفین قصدشان زنا است. در این صورت چگونه می‌توان این دو را با یکدیگر مقایسه کرد. مرحوم خویی در نقد سخن شیخ انصاری بیان داشته: تفاوت میان نکاح و سفاح در لفظ نیست، زی را

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، یکی امر اعتباری است. یعنی این که مرد، زن را زوجه اعتبار نماید و در مقابل، زن نیز مرد را زوج اعتبار کند. همچنین سخن شیخ تنها در فعل خاص (موقعه) صدق می‌کند و بر سایر تماس‌ها زنا صدق نمی‌کند (خوی، بی‌تا: ج ۳۳، ص ۱۲۹؛ خوی، ۱۳۷۱: ج ۲، ص ۱۹۲). صرف نظر از نقدی که بر سخن شیخ انصاری وارد است، ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول در عقد نکاح (به جز در موارد عجز از نطق) از نظر فقهی امری مسلم گرفته شد. از نظر فقهای معاصر نیز نکاح معاطاتی اعتباری ندارد و آنان نوعاً ایجاب و قبول لفظ را لازم شمرده‌اند. آیت‌الله بهجت در پاسخ سؤالی در مورد نکاح معاطات اظهار داشته‌اند: «معاطات در مورد نکاح نیست» (مجموعه آرای فقهی در امور حقوقی، نکاح-۱، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۶۹). آیت‌الله مکارم شیرازی نیز در این خصوص گفته‌اند: «چیزی به نام ازدواج معاطاتی نداریم و چنین ازدواجی باطل است» (همان، ۷۱). مرحوم آیت‌الله گلپایگانی اظهار داشته‌اند: «حرام و زنا است» (همان، ۷۰). آیت‌الله خامنه‌ای گفته‌اند: «مشروع نیست» (همان). آیت‌الله صافی گلپایگانی می‌نویسد: «در نکاح، معاطات جاری نیست» (همان) و فقهای دی‌گر. در ادامه بحث ادله این نظریه مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱-۲-۳) ادله نظریه بطلان نکاح معاطاتی

از نظر فقهی، برای اثبات بطلان نکاح بدون صیغه، دلایلی اقامه شده است. نخست به اصل دلیل اشاره نموده و سپس مورد بررسی و ارزیابی قرار می‌گیرد.

۱-۱-۲-۳) آیات

بعضی از فقها کوشیده‌اند آیه ۲۱ سوره نساء را با توجه به تفسیر روایی آن بر مورد بحث تطبیق دهند و از آن بی‌اعتباری نکاح معاطاتی را نتیجه بگیرند. ابتدا آیات مورد بررسی قرار می‌گیرد.

«و إن أردتم استبدال زوج مكان زوج و آتیتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شیئاً
أتأخذونه بهتناً و إثمًا مبیناً و کیف تأخذونه و قد أفضی بعضکم إلى بعض و أخذن منكم

میثاقاً غلیظاً» (نساء، ۲۱) (و اگر تصمیم گرفتید که همسر دیگری به جای همسر خود انتخاب کنید و مال فراوانی (به عنوان مهر) به او پرداخته‌اید، چیزی از آن را نگیرید؛ آیا برای باز پس گرفتن مهر زنان، متوسل به تهمت و گناه آشکار می‌شوید؟ و چگونه آن را باز پس می‌گیرید، در حالی که شما با یکدیگر تماس و آمیزش کامل داشته‌اید و (از این گذشته) آنها پیمان محکمی (هنگام ازدواج) از شما گرفته‌اند؟) در بعضی روایات، کلمات «میثاق غلیظ» به عهد خداوند از زوج مبنی بر «امساک به معروف یا تسریح به احسان» در ارتباط میان مرد با همسرش تفسیر گردیده است که به این بحث بی‌ارتباط است (عروسی حویزی، ۱۴۱۵ ق: ج ۱، ص ۴۶۰). مطابق روایت دیگری، این کلمات بر الفاظ عقد نکاح منطبق شده است. «برید بن معاویه عجلی» می‌گوید: از امام باقر (ع) راجع به تفسیر عبارت «و أخذن منکم میثاقاً غلیظاً» پرسیدم امام فرمود:

«الميثاق هي الكلمة التي عقد بها التكاح» (کلینی، ۱۳۶۵: ج ۵، ص ۵۶۱: حرر عاملی، ۱۴۰۹ ق: ج ۲۰، ص ۲۶۲). میثاق همان کلمه‌ای است که با آن نکاح واقع می‌شود.

برید بن معاویه عجلی از اصحاب اجماع و از بزرگان به شمار می‌آید و به همین دلیل، روایتی که او نقل کرده است، معتبر می‌باشد. آیت‌الله خوی‌بی از کسانی است که روایت برید را دلیل بر لزوم صیغه در عقد نکاح دانسته و می‌نویسد: این روایت بر اعتبار لفظ و نیز عدم کفایت رضایت قلبی، بلکه بر عدم کفایت تلفظ به غیر الفاظ معین دلالت واضحی دارد (خوی‌بی، بی‌تا، ج ۳۳: ص ۱۲۹). مرحوم نراقی ترجیح داده است روایت فوق را مؤید لزوم صیغه بنامد (نراقی، ۱۴۱۵ ق: ج ۱۶، ص ۸۴). البته ارزش اثباتی آن کمتر است. ولی گروهی دیگر از فقها در دلالت روایت فوق بر مورد بحث اشکال کرده و اظهار داشته‌اند: آیه فوق نافی اعتبار نکاح معاطاتی نیست. زیرا آیه به توجه به تفسیر ذکر شده، مورد متعارف و شایع را بیان می‌نماید (شبیری زنجانی، www.tebyan.net). به تعبیر دیگری آیه حداکثر درستی نکاح با صیغه را اثبات می‌نماید و این مستلزم بی‌اعتباری نکاح بدون صیغه نمی‌باشد. بدین ترتیب روایت برید دلالتی بر موضوع بحث ندارد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ج ۱، ص ۸۹).

۲-۱-۲ (۳-۲) روایات

جمعی از فقهاء برای ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول در عقد نکاح به روایاتی استناد کرده‌اند که مورد توجه قرار می‌گیرند.

- «خالد بن الحجاج» نقل می‌کند که به امام صادق (ع) گفتم: مردی می‌آید و می‌گویی: این پارچه را بخر و به تو چینی و چنان سود می‌دهم. امام فرمود: آیا این‌طور نیست که اگر خواست ترک می‌کند و اگر خواست می‌گیرد؟ گفتم: آری، چینی است. امام فرمود:

«لا بأس به إثمًا يحلُّ الكلام و يجرّم الكلام» (طوسی، ۱۳۶۵ق، ج ۷، ص ۵۰). (مانعی ندارد، همانا این کلام است که حلال می‌کند و این کلام است که حرام می‌نماید). نحوه استدلال به روایت فوق آن است که امام در این روایت کلام را محلّل و محرّم نامیده است و با توجه به کلمه «انّما»، در روایت حصر معلوم می‌شود. در نتیجه فقط کلام است که محلّل و محرّم است و غیر آن اثری ندارد. از سوی دیگر اگر چه صدر روایت ناظر به باب بیع است، ولی ذیل آن قاعده کلی به دست می‌دهد. بنابراین مفاد آن مبین یک قاعده کلی است و در تمامی عقود و ایقاعات از جمله عقد نکاح جاری می‌یابد. در نتیجه معاطات در عقود و از جمله عقد نکاح فاقد اثر است (مراغی حسینی، ۱۴۱۷ق: ج ۲، ص ۸۸).

بر استدلال‌های فوق، علاوه بر ضعف سند روایت به دلیل مجهول بودن «این حجاج»، اشکال‌های متعددی وارد شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق: ص ۱۱۵). نخست آنکه مقصود امام از عبارت ذکر شده اجمال دارد. شیخ انصاری در مورد آن چهار احتمال ذکر نموده است که تنها بر اساس یک احتمال، سخن امام نافی اثر معاطات در عقود است و این است که مراد از کلام در سخن امام، لفظ دالّ بر تحلیّل و تحریم باشد؛ به این معنا که تحریم شیء و تحلیّل آن تنها با نطق صورت می‌گیرد و با قصد مجرد از کلام یا با قصدی که افعال بر آن دلالت نماید محقق نمی‌گردد. ایشان در تضعیف این احتمال می‌نویسد: اگر این احتمال در مورد سخن امام صحیح باشد، تخصیص اکثر لازم می‌آید. زیرا در بسیاری از عقود، معاطات پذیرفته شده است. افزون بر آن اگر این احتمال صحیح باشد، ارتباط میان سؤال راوی و پاسخ امام از بین می‌رود (انصاری، ۱۴۲۰ق: ج ۳، ص ۶۳).

با توجه به توضیحات فوق از این حدیث نمی‌توان بطلان نکاح معاطاتی را نتیجه گرفت و شاید به همین دلیل بسیاری از فقهاء در مقام استدلال بر بطلان نکاح معاطاتی، به روایت فوق استناد نکرده‌اند.

- ابان بن تغلب می‌گوید: از امام صادق (ع) پرسیدی‌م، اگر خواستم زنی را به نکاح موقت در آورم چه بگویم؟ امام در پاسخ فرمود: «تقول أتزوجك متعة علي كتاب الله و سنة نبیه... فإذا قالت نعم فقد رضیت و هی امرأتك و أنت أولى الناس بها» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۱، ص ۴۳). (بگو تو را به نکاح موقت در آوردم بر کتاب خدا و سنت پیامبر او...، اگر گفت بله، پس رضایت داد و او همسر تو است و تو سزاووتری‌ن مردم بر او هستی).

نحوه استدلال بر روایت فوق در مورد بحث این است که راوی از چگونگی ایجاد رابطه زوجیت پرسید و امام به او فرمود بگو: «أتزوجك». این روایت مفید آن است که در عقد نکاح لفظ لازم است. این روایت اگر چه راجع به نکاح منقطع است، ولی از آن لزوم لفظی بودن عقد نکاح دایم نیز معلوم می‌شود. زی‌را اگر در نکاح موقت لفظ لازم است، در نکاح دایم به طریقی اولی لازم است (خویی، بی‌تا: ج ۳۳، ص ۱۲۹).

دلالت روایت فوق نیز بر مورد بحث تمام نیست. زی‌را اولویت ادعا شده تمام نیست و بین نکاح موقت و دایم تفاوت‌هایی وجود دارد که ممکن است در حکم ذکر شده دخالت داشته باشد. از جمله این تفاوت‌ها این است که در عقد منقطع، ذکر مهر ضروری است و بدون آن عقد باطل است، در حالی که در نکاح دایم چنین نیست (شبییری زنجانی، www.tabyan.net). افزون بر آن ممکن است پاسخ امام مبنی بر اینکه می‌فرماید: «أتزوجك» به خاطر آن باشد که راوی پرسیده بود. چه بگوییم «کیف أقول لها» یعنی راوی از لفظ پرسید و امام نیز پاسخ را روی الفاظ برد مگر اینکه ادعا شود، راوی از آن رو از نحوه تلفظ سؤال کرد که اصل مسأله لفظی بودن ایجاب و قبول مسلم بوده است.

روایات دیگری در جوامع روایی وجود دارد که تماماً از همین باب است و ناظر به الفاظ عقد نکاح و نحوه تلفظ به آن است (ر.ک. حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۰،

ص ۲۶۱). از این روایات ممکن است بر ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول استدلال شود و گفته شود که چون اصل ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول مسلم و مفروغ‌عنه بوده است، از این رو نحوه تلفظ بیان شده است. ولی دلیل قابل اعتمادی بر این ادعا وجود ندارد و بعید نیست که این سؤال و جواب‌ها ناظر به مورد غالب و شایع در زمان صدور احادیث باشد. شاید به همین دلیل بسیاری از فقهاء با وجود اینکه قایل به بی‌اعتباری نکاح معاطاتی شده‌اند، ولی برای مدعای خود به روایات تمسک نکرده‌اند.

۳-۱-۲-۳ اصول عملیه

در بعضی منابع برای اثبات بی‌اعتباری نکاح معاطاتی، به اصول علمی استناد شده که ذیلاً بیان می‌شود:

الف) - «اصل استصحاب»؛ مرحوم نراقی می‌نویسد: «تجب فی النکاح الصیغه لأصاله عدم ترتب آثار الزوجیه بدونها» (نراقی، ۱۴۱۵ق: ج ۱۶، ص ۸۴). در نکاح صیغه لازم می‌باشد؛ زیرا اصل آن است که بدون صیغه آثار زوجیت مترتب نمی‌شود. یعنی وقتی در ترتب آثار زوجیت پس از ایجاب و قبول غیر لفظی تردید شود، مقتضای اصل استصحاب، عدم ترتب اثر زوجیت بر آن است.

ب) - «اصل احتیاط»؛ ممکن است گفته شود، نکاح بر خلاف سایر عقود است و از اهمیت خاصی برخوردار است. صاحب وسائل‌الشیعه بابتی را به «وجوب احتیاط در نکاح» اختصاص داده که دلالت آنها بر لزوم احتیاط در نکاح روشن است. اهمیت مسأله ازدواج ایجاب می‌نماید که عقد نکاح به گونه‌ای جاری شود که در درستی آن اطمینان باشد در حالی که در صحت نکاح معاطاتی اطمینانی وجود ندارد.

در ارزیابی تمسک به اصول عملی یاد شده برای اثبات بی‌اعتباری نکاح معاطاتی باید اشاره شود که کاربرد اصول عملی برای موارد شک و فقدان دلیل است. حال اگر دلالت «اوفوا بالعقود» بر نکاح معاطاتی تمام باشد، با وجود این دلیل اجتهادی، دی‌گر تمسک به اصول عملی وجهی ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق: ص ۱۲۲). عقد معاطاتی اعم از بیع و نکاح عرفاً عقد است و مطابق آیات، وفای به عقد نیز لازم است. مگر این که دلیل قابل قبولی اقامه گردد که عقد خاصی را استثناء نموده باشد.

کسانی که به اصول عملی در مورد بحث استناد می‌نمایند، تلویحاً به فقدان دلیل بر بی‌اعتباری نکاح معاطاتی اعتراف می‌نمایند. با همین منطق، تمسک به «أصالة الفساد في المعاملات» (نراقی، ۱۴۱۵ق: ج ۱۶، ص ۸۴) برای اثبات بی‌اعتباری نکاح معاطاتی نیز وجهی ندارد.

۴-۱-۲-۳) اجماع و سیره مسلمین

جمع قابل توجهی از فقهاء برای لزوم لفظی بودن ای‌جاب و قبول در عقد نکاح، به اجماع تمسک کرده‌اند. شیخ انصاری با اشاره به اجماع علمای اسلام بر ضرورت لفظی بودن عقد نکاح بیان داشته است:

«أجمع علماء الإسلام - كما صرح به غير واحد - علي اعتبار أصل الصيغة في عقد النكاح» (انصاری، ۱۴۱۵ق: ص ۷۸). علمای اسلام اجماع دارند - همانطور که جمعی به آن تصریح کرده‌اند - بر این‌که در عقد نکاح صیغه لازم است.

صاحب ریاض هم ادعای اجماع کرده است (طباطبایی، ۱۴۱۹ق: ج ۱۱، ص ۱۰). صاحب حدائق مدعی است که لزوم لفظی بودن عقد نکاح اجماعی علمای خاصه و عامه است (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۳۳، ص ۱۵۷). امام خمینی نیز نوشته: «ای‌قاع نکاح به معاطات، مخالف ارتکاز متشرعه و تسالم اصحاب است، بلکه در این مورد اختلافی نیست» (خمینی، ۱۳۷۹: ج ۱، ص ۲۶۹). حتی فقیهی مانند نراقی، لزوم لفظی بودن عقد نکاح را «ضروری دین» نامیده است (نراقی، ۱۴۱۵ق: ج ۱۶، ص ۸۴).

از نظر جمعی از فقهاء مهم‌ترین و قابل اعتمادترین دلیل بر بی‌اعتباری نکاح معاطاتی و لزوم لفظی بودن عقد، اجماع فقهاء و سیره مسلمین است. بعضی فقهای معاصر با اشاره به این مسأله اظهار داشته‌اند: «به نظر می‌رسد عمده دلیل همان تسلّم بین المسلمین من الامامة و العامة است که همه اعتبار لفظ را مفروغ‌عنه گرفته‌اند و سراغ شرایط صیغه رفته‌اند» (شبیری زنجانی، www.tebyan.net). فقیه دی‌گری در بیان اهمیت این اجماع و ارزش آن تأکید می‌کند: «این اجماع را نباید دست کم گرفت؛ چون مدرک مهم دی‌گری که مجمعی 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 تعبدی است.

لذا این سؤال مطرح می‌شود که آیا اجماع و سیره‌ای که بر بطلان نکاح معاطاتی مورد استناد قرار گرفت به درجه‌ای از قوت است که بتواند با ادله لزوم وفای به عقد و عهد مقابله نماید؟ اموری که به آن اشاره می‌شود اعتبار اجماع و سیره ادعا شده با تردید مواجه می‌سازد:

الف) - 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 نموده‌اند: «عدم قیام دلیل علی هذا المحکم و عدم حجیة مثل هذه الإجماعات» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق: ص ۱۲۳).

ب) - فقهاء در مورد مفهوم معاطات اتفاق نظر ندارند در ابتدای مقاله در بحث مفهوم‌شناسی، پنج 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 آن از تلقی‌ها به قدر متیقنی نیز نمی‌توان دست یافت، می‌تواند کاشف از قول معصوم بوده و حجت باشد؟ آیا اینگونه نیست که جمعی از فقهای که لفظ را ضروری دانسته‌اند، به این جهت بوده است که اساساً معاطات را عقد نمی‌دانسته‌اند؟ روشن است که با این احتمالات نسبتاً قوی، این چنین اجماعی قابل اعتماد نیست.

ج) - بعید نیست سیره مسلمین در اجرای عقد نکاح به الفاظ مخصوص، تنها برای غایت احتیاط باشد. بلکه ظاهراً همین‌طور است، در این صورت چه دلیلی وجود دارد که اگر کسی بدون رعایت احتیاط، عقد نکاح را با ایجاب و قبول کتبی محقق نموده است را باطل بدانیم؟

د) - ممکن است اعتماد به لفظ در اعلام اراده و بی‌اعتنایی به وسایلی مثل کتابت، 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 رواج کتابت و اعتماد به آن در عقود مهم، ایجاب و قبول مکتوب در نکاح باطل باشد.

در نهایت 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 شرعاً مذموم است. بنای شرع مقدس اسلام، بر آسان کردن نکاح و سخت کردن شرایط طلاق است و به همین دلیل با وجود اینکه در طلاق، حضور شهود ضروری است، در نکاح غیرضروری می‌باشد.

۳-۳) نظریه مختار

به نظر نگارنده، هیچ دلیل قابل اعتمادی بر بی‌اعتباری نکاح معاطاتی در تمام مصادیق آن در دست نیست و بعضی مصادیق آن صحیح است. برای تبیین این نظریه، لازم است مقدماتی بیان گردد.

۱-۳-۳) نقش موضوعی یا طریقی الفاظ در عقود

پرسشی که پاسخ آن در حصول نتیجه مطلوب دخالت دارد این است که نقش الفاظ در عقد نکاح چیست: آیا لفظ موضوعیت دارد یا طریقی است؟ دلیل این که فقهای عظام، لفظی بودن عقد نکاح را لازم شمرده‌اند، به خاطر صریح بودن لفظ در اعلام اراده بوده و برای آن طریقی‌ت قایل هستند نه اینکه لفظ در عقد نکاح موضوعیت داشته باشد. این مطلب در بسیاری از منابع فقهی قابل فهم است که چند مورد بیان می‌شود:

الف) - علامه حلی برای لزوم صیغه در عقود می‌نویسد: «معاطات کافی نیست، زیرا افعال از دلالت بر مقاصد باطنی قاصر هستند» (حلی، ۱۴۱۴ق: ج ۱۰، ص ۷).

ب) - شیخ انصاری در بیان دلیل ترجیح اشاره بر کتابت در صورت عجز از تکلم می‌نویسد: «لعلّها لا تُها اصرح فی الإنشاء من الكتابة» (انصاری، ۱۴۲۰ق: ج ۳، ص ۱۱۸). شاید به خاطر آن باشد که اشاره نسبت به کتابت صریح‌تر است هم - چینی، ایشان در مورد لزوم بکارگیری صیغه ماضی در عقد نکاح معتقد است: «لأنّها الصریحة فی الإنشاء» (انصاری، ۱۴۱۵ق: ص ۷۸). صیغه ماضی صراحت در انشاء دارد.

ج- شهید ثانی اظهار داشته است: «الإنسان یعبر عما فی نفسه بالكتابة كما یعبر بالعبارة. نعم، هی أقصر مرتبة من اللفظ، و أقرب إلى الاحتمال» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۹، ص ۷۲). مقصود از عبارت این است که بر آنچه در باطن می گذرد، دلالت نماید و کتابت نیز مانند کلام یکی از این دلایل است و انسان همانطور که از آنچه در باطن دارد به لفظ خبر می دهد، به کتابت نیز خبر می دهد. اگر چه دلالت کتابت بر لفظ ضعیف تر است.

د- محقق کرکی در بیان علت کافی نبودن کتابت در قصد انشاء در عقد نکاح نوشته: «لاریب عندنا فی أن الكتابة لا تكفی فی إیقاع عقد النکاح للمختار، لأن الكتابة کنایة و النکاح لا یقع بالکنایات» (محقق کرکی، ۱۴۰۸ق: ج ۱۲، ص ۷۷). کتابت کنایه است و نکاح با کنایات واقع نمی شود.

و- حسینی عاملی اظهار بیان داشتند: «أن ما لا احتمال فیهِ و هو اللفظ ممکن» (حسینی عاملی، ۱۴۱۸ق: ج ۹، ص ۳۷۰). علت عدم کفایت کتابت در موارد امکان تکلم را محتمل بودن کتابت می دانند.

از نمونه های فوق و نظایر آن معلوم می شود فقهاء در جستجوی راهی برای اعلام صریح قصد باطنی هستند و به همین دلیل به لفظ روی آورده اند. اگر آنان غیر لفظ را معتبر ندانسته اند به این است که به زعم آنان غیر لفظ صریح نیست. در مواردی هم که برای کسی تکلم ممکن نیست، راه دیگری که جانشین لفظ بوده و با قدری تنزل، در دلالت بر قصد باطنی صریح باشد، تجویز شده است. به همین دلیل همگان برای عاجز از تکلم، اشاره را کافی دانسته اند. بنابراین لفظ در عقد موضوعیت ندارد و اعتبار آن طریقی است.

۲-۳-۳) صراحت بعضی طرق غیر لفظی اعلام اراده

از آنجا که اعتبار لفظ در قصد انشاء از باب طریقی است بوده و لزوم آن از باب صراحت در بیان مقصود است. از این بحث می توان نتیجه گرفت که اگر مبرز صریح دیگری غیر از لفظ یافت شود، کفایت می کند و دلیلی ندارد که وسیله اعلام اراده منحصرأ در لفظ باشد. مدعا این است که اگر طرفین قصد ازدواج

داشته باشند و این تصمیم خود را به گونه‌ای صریح اعلام نمایند، به گونه‌ای که عرفاً انشاء زوجیت صدق نماید، زوجیت ایجاد می‌گردد. مانند این که توافق میان خود در مورد نکاح و مهر و سایر مسایل مربوط به آن را مکتوب نمایند و با امضای آن انشاء زوجیت نمایند. کسی امروزه 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 است. به ویژه آنکه در صحت عقد نکاح، حضور شهود ضروری نیست و در چنین حالتی اگر نزاع در مورد عقدی که به صورت لفظی جاری شده 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 می‌نمایند. ممکن است گفته شود، مکتوب نمودن نتیجه توافق‌ها برای ثبت و ضبط نتیجه انشاء لفظی عقود است، نه اینکه بخواهند از طریق کتابت، انشاء اثر حقوقی نمایند. ولی این مطلب کلیت ندارد و در بسیاری موارد، از طریق کتابت قصد انشاء می‌شود؛ درست مانند انشاء رأی در مقام قضاوت که از طریق نوشتن، حاصل می‌گردد، نه اینکه ابتداء از طریق تلفظ، انشاء رأی شده و سپس نوشته گردد (ر.ک. مکارم شیرازی، ۱۴۲۲ق: ص ۱۰۲).

از این رو اگر هدف صریح بودن اعلام اراده باشد، نباید وسیله اعلام اراده را محدود به لفظ نمایند. بر خلاف سخن محقق کرکی در جامع المقاصد که کتابت را کنایه دانسته و به همین گفته است دلیل کتابت در نکاح کافی نیست، چه بسا در مواردی کتابت از تلفظ در دلالت بر مقصود واضح‌تر و قابل اعتمادتر باشد. با توجه به این مطالب نظر کسانی که با وجود اعتراف به صراح بودن کتابت، آن را در عقد نکاح کافی ندانسته‌اند، قابل انتقاد می‌باشد. بعضی فقهای معاصر اظهار داشته‌اند:

«يَمَكُنُ أَنْ يَكُونَ الْوَجْهَ فِيهِ عَدَمُ دَلَالَةِ الْفِعْلِ عَلِي الْمَقْصُودِ فِي بَابِ النِّكَاحِ نَوْعاً... وَ كَذَا لَا تَكْفِي الْكِتَابَةُ وَلَا الْإِشَارَةُ وَ إِن كَانَتْ الْأُولَى صَرِيحَةً» (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱ق: ص ۶۰).

ممکن است دلیل عدم اعتبار معاطات در نکاح این باشد که در باب نکاح فعل نوعاً دلالت بر مقصود ندارد... و همچنین، کتابت و اشاره کافی نیست، اگر چه اولی

صریح است. همانطور که مشاهده می‌شود صدر و ذیل این عبارت با هم سازگاری ندارد. از بخش نخست عبارت، طریقیّت لفظ و از بخش دوم آن موضوعیت لفظ معلوم می‌شود.

در نهایت نکاح معاطاتی به هر صورت و در تمام مصادیق آن صحیح نمی‌باشد، زیرا بعضی روش‌های غیرلفظی اعلام اراده صریح نیستند. از این رو، بعضی «کفش روی کفش گذاردن یا شیری‌نی به یکدیگر تعارف کردن را برای اعلام قصد ازدواج کافی دانسته‌اند، صحیح نمی‌باشد» (صادقی‌تهرانی، بی‌تا: ص ۱۷۳). اما، دلیلی بر بی‌اعتباری تمام مصادیق نکاح معاطاتی در دست نیست. بطور مثال، هرگاه زن و مردی قصد انشاء زوجیت نموده و آن را از طریق نوشتار صریح اعلام نمایند، رابطه زوجیت ایجاد گردیده و زن نمی‌تواند بدون طلاق با دیگری شوهر نماید. نکاح معاطاتی در بعضی مصادیق، اگر روی ملاحظاتی قابل توصیه نباشد، دلیلی بر باطل بودن آن و نامشروع بودن رابطه زن و مردی که با معاطات زندگی مشترک خود را آغاز نموده‌اند وجود ندارد.

۴) نتیجه

بنابراین با توجه به عمومات لزوم وفای به عقد و عهد، هرگاه زن و مردی با قصد انشاء زوجیت، قصد باطنی خود را به گونه‌ای صریح اعلام نمایند، زوجیت ایجاد می‌گردد. زیرا ادله‌ای که بر لزوم لفظی بودن وسیله اعلام اراده اقامه شود قابل اعتماد نیست. از نظر فقهی اعتبار لفظ در عقد نکاح طریقی بوده و موضوعیت ندارد. از این رو اگر وسیله دیگری برای اعلام اراده باشد که به صراحت الفاظ یا صریح‌تر از آن باشد، منشاء اثر زوجیت خواهد بود که در حال حاضر، کتابت چنین خصوصیتی دارد. در نتیجه، نگارنده برای ایجاب و قبول مکتوب نیز مانند ملفوظ اثر قایل است ولی به سایر وسایل اعلام اراده به دلیل عدم صراحت در بیان قصد باطنی اثری قایل نیست؛ مگر در موردی که تلفظ و کتابت ممکن نباشد.

منابع

- ◀ ابن اثیر، مبارک بن محمد جزری: «النهاية في غريب الحديث و الاثر»، اسماعیلیة، قم، چ چهارم، ۱۳۶۴.
- ◀ ابن بابویه قمی (شیخ صدوق)، محمد بن علی بن الحسین: «من لایحضره الفقیه»، قم، جماعة المدرسین، چ دوم، ۱۴۰۴ق.
- ◀ ابن منظور، ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرم: «لسان العرب»، دار احیاء التراث العربی، چ اول، ۱۴۰۵ق.
- ◀ اصفهانی، شیخ محمد حسین: «حاشیة المکاسب»، قم، علمیة، چ اول، ۱۴۱۸ق.
- ◀ امامی، سید حسن: «حقوق مدنی»، اسلامیة، چ هشتم، ۱۳۷۶.
- ◀ انصاری، مرتضی: «کتاب المکاسب»، قم، مؤسسه باقری، چ اول، ۱۴۲۰ق.
- ◀ انصاری، مرتضی: «کتاب النکاح»، قم، مؤسسه باقری، چ اول، ۱۴۱۵ق.
- ◀ بحرانی، یوسف: «الحدائق الناظرة»، قم، جماعة المدرسین، چ اول، ۱۴۰۵ق.
- ◀ بروجردی عبده، محمد: «حقوق مدنی»، تهران، انتشارات مجد، چ اول، ۱۳۸۰.
- ◀ جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی: «الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة»، قم، انتشارات داوری، اول، ۱۴۱۰ق.
- ◀ جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی: «مسالك الافهام»، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیة، چ اول، ۱۴۱۳ق.
- ◀ جعفری لنگرودی، محمد جعفر: «ترمینولوژی حقوق»، تهران، کتابخانه گنج دانش، چ ششم، ۱۳۷۲.
- ◀ جوهری، ابی نصر اسماعیل بن حماد: «الصحاح»، دار الکتب الاسلامیة، چ اول، ۱۴۲۰ق.
- ◀ حائری شاه باغ، سیدعلی: «شرح قانون مدنی»، تهران، کتابخانه گنج دانش، چ دوم، ۱۳۸۲.
- ◀ حرّ عاملی، محمد بن الحسن: «وسائل الشیعة»، قم، آل البیت، ۱۴۰۹ق.
- ◀ حسینی ادی بانی، سید ابوالحسن: «نکاح معاطاتی»، مقالات و بررسیها، زمستان ۱۳۸۲.
- ◀ حسینی عاملی، سید جواد: «مفتاح الکرامه»، بیروت، دار التراث، ۱۴۱۸ق.

- ◀ حلی (محقق)، ابو جعفر نجم الدین جعفر بن الحسن: «شرائع الاسلام»، قم، امیر، چ دوم، ۱۴۰۹ق.
- ◀ حلی، (علامه) ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر: «تحریر الاحکام»، مشهد، آل البیت (چاپ سنگی)، بی تا.
- ◀ حلی، (علامه) ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر: «تذکره الفقهاء»، قم، آل البیت، چ اول، ۱۴۱۴ق.
- ◀ حلی، (علامه) ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر: «مختلف الشیعه»، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چ اول، ۱۴۱۲ق.
- ◀ حلی، احمد بن ادیس: «السرائر»، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چ دوم، ۱۴۱۰ق.
- ◀ خمینی، سید روح الله: «تحریر الوسیله»، قم، دارالعلم، چ اول، بی تا.
- ◀ خمینی، سید روح الله: «کتاب البیع»، تهران، موسسه تنظیم نشر و آثار امام خمینی، چ اول، ۱۳۷۹.
- ◀ خوانساری، سید احمد: «جامع المدارک»، تهران، مکتبه الصدوق، چ دوم، ۱۳۵۵.
- ◀ خوی، سید ابو القاسم: «مصباح الفقاهه»، وجدانی، چ سوم، ۱۳۷۱.
- ◀ خوی، سید ابوالقاسم: «مبانی فی شرح العروة الوثقی»، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخوی، بی تا.
- ◀ خوی، سید ابوالقاسم: «معجم رجال الحدیث»، مرکز نشر الثقافه الاسلامیه، چ پنجم، ۱۴۱۳ق.
- ◀ دهخدا، علی اکبر: «لغت نامه»، تهران، دانشگاه تهران، چ دوم از دوره جدید، ۱۳۷۷.
- ◀ راغب اصفهانی، حسین بن محمد: «مفردات فی غریب القرآن»، دفتر نشر کتاب، چ اول، ۱۴۰۴ق.
- ◀ زبیدی، محمد مرتضی: «تاج العروس من جواهر القاموس»، بیروت، مکتبه الحیاه، بی تا.
- ◀ زهیلمی، وهبه: «الفقه الاسلامی و ادلته»، دمشق، دارالفکر، چ چهارم، ۱۴۱۸ق.
- ◀ شهیدی، مهدی: «حقوق مدنی (۶)»، تهران، انتشارات مجد، چ سوم، ۱۳۸۴.
- ◀ صادقی تهرانی، محمد: «رساله توضیح المسائل نویسن»، قم، انتشارات فرهنگ اسلامی، بی تا.

- ◀ صفای، سیدحسین: «دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۲ (قواعد عمومی قراردادها)»، تهران، نشر میزان، چ اول، ۱۳۸۲.
- ◀ طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم: «العروة الوثقی»، بیروت، مؤسسة الاعلمی للمطبوعات، چ دوم، ۱۴۰۹ق.
- ◀ طباطبایی، سید علی: «ریاض المسائل»، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، چ اول، ۱۴۱۹ق.
- ◀ طباطبایی، محمد حسین: «المیزان فی تفسیر القرآن»، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، چ پنجم، ۱۴۱۷ق.
- ◀ طریحی، فخرالدین: «مجمع البحرین»، قم، دفتر نشر فرهنگ اسلامی، چ دوم، ۱۳۶۷.
- ◀ طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن بن علی: «المبسوط»، تهران، المكتبة المرتضوية، ۱۳۸۷.
- ◀ طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن: «تهذیب الاحکام»، تهران، دار الکتب الاسلامیة، چ چهارم، ۱۳۶۵.
- ◀ طوسی، محمد بن الحسن: «النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی»، بیروت، دارالکتب العربی، چ دوم، ۱۴۰۰ق.
- ◀ عروسی حویزی، عبد علی بن جمعه: «تفسیر نورالثقلین»، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چ چهارم، ۱۴۱۵ق.
- ◀ فاضل لنکرانی، محمد: «تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسيلة، النکاح»، قم، مرکز فقه الائمة الاطهار، چ اول، ۱۴۲۱ق.
- ◀ فتح الله، احمد: «معجم ألفاظ الفقه الجعفری»، چ اول، ۱۴۱۵ق.
- ◀ فیض کاشانی، محمد محسن: «الوافی»، اصفهان، مکتبه الإمام أميرالمؤمنین (ع)، چ اول، ۱۴۰۶ق.
- ◀ قاسم زاده، سید مرتضی و همکاران: «تفسیر قانون مدنی»، تهران، چ اول، ۱۳۸۲.
- ◀ کاتوزیان، ناصر: «دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی)»، تهران، شرکت انتشار، چ چهارم، ۱۳۷۶.
- ◀ کاتوزیان، ناصر: «قواعد عمومی قراردادها»، تهران، شرکت سهامی انتشار، چ سوم، ۱۳۷۴.

- ◀ کاتوزیان، ناصر: «حقوق مدنی»، تهران، دوره عقود معین (۱)، شرکت سهامی انتشار، چ هشتم، ۱۳۸۱.
- ◀ کرکی (محقق)، علی بن الحسین: «جامع المقاصد»، قم، آل البيت، چ اول، ۱۴۰۸ق.
- ◀ کلینی، محمد بن یعقوب: «کافی»، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.
- ◀ محقق داماد، سیدمصطفی: «بررسی فقهی حقوق خانواده»، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چ سیزدهم، ۱۳۸۵.
- ◀ مدرسی یزدی، سید عباس: «نمذج فی الفقه الجعفری»، قم، مکتبه الداوری، چ اول، ۱۴۱۰ق.
- ◀ مراغی حسینی، میرعبدالفتاح: «العناوین الفقهیة»، قم، موسسه النشرالاسلامی، چ اول، ۱۴۱۷ق.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر: «سلسله مباحث خارج فقه، کتاب النکاح»، دفتر اول، چ اول، ۱۳۸۲.
- ◀ مکارم شیرازی، ناصر: «بحوث فقهیة هامّة»، قم، مدرسه الإمام (ع)، چ اول، ۱۴۲۲ق.
- ◀ میرزای قمی، ابوالقاسم: «جامع الشتات»، تهران، مؤسسه کیهان، چ اول، ۱۴۱۳ق.
- ◀ نجفی، محمد حسن: «جواهر الکلام»، تهران، المکتبه الاسلامیه، چ چهارم، ۱۳۷۴.
- ◀ نراقی، احمد بن محمد مهدی: «مستند الشیعة»، قم، آل البيت، چ اول، ۱۴۱۵ق.
- ◀ نراقی، مولی احمد: «عوائد الایام»، قم، مکتبه البصری (چاپ سنگی)، ۱۴۰۸ق.
- ◀ _____: «الموسوعة الفقهیة»، کویت، وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامیة، چ چهارم، ۱۴۲۶ق.
- ◀ _____: «مجموعه آرای فقهی در امور حقوقی، نکاح-۱»، قم، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، چ دوم، ۱۳۸۲.