

Research Article

***Examining the reasons and foundations of jurisprudential literalism in
the marriage contract***

Sadegh Amjadian^۱, Ebrahim Taghizadeh^۲, Ali Chahkandinejad^۳

Received: ۲۰۲۲/۰۴/۲۱

Accepted: ۲۰۲۲/۰۹/۱۱

Abstract

One of the principles governing contracts is the principle of consent. According to this principle, basically, for the conclusion of any contract, mere offer and acceptance is sufficient and no special formalities and form are required. The Iranian Civil Code also considers the meeting of two wills to be sufficient for the formation of a contract, according to Article ۱۹۰. However, by going through the legal articles and considering the appearance of some other regulations, we find contracts that require special elements, forms and formalities in the conclusion stage, in addition to offer and acceptance; including in transactions regarding immovable property, considering the existing laws that express a kind of formal obligation under the title of drawing up an official document, the question arises as to whether these transactions are consent or formal and formal?

Therefore, in this article, which is presented in a library style and its contents are analytically-descriptive, the role and nature of preparing an official document in such transactions are examined to determine whether the aforementioned transactions are consensual or formal, and if the formality and formality of the aforementioned transactions are preferable and provide support goals and various political, economic and tax purposes. Our legal system should, by implementing more effective mechanisms, drive people towards the necessity of preparing an official document and registering transactions in notary offices.

Keywords: *The principle of the consent of contracts, consent contracts, ceremonial contracts, official document, real estate transaction.*

^۱ - PhD student, Department of Private Law, Birjand Branch, Islamic Azad University, Birjand, Iran.

^۲ - Professor, Department of Private Law, Birjand Branch, Islamic Azad University, Birjand, Iran. (corresponding author) taghizaadeh@gmail.com

^۳ - Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Birjand Branch, Islamic Azad University, Birjand, Iran.

مقاله پژوهشی

بررسی دلایل و مبانی لفظ گرایبی فقهی در عقد نکاح
صادق امجدیان^۴، ابراهیم تقی زاده^۵، علی چهکندی نژاد^۶

چکیده

در قانون مدنی ایران و در فقه امامیه برای تحقق عقد نکاح، اجرای صیغه لفظی (ایجاب و قبول لفظی) شرط لازم و ضروری دانسته شده است و حتی در رویه قضایی در مواردی علیرغم وجود دلایل و شواهد کافی برای قصد ازدواج از سوی زوجین و تنظیم سند نکاحیه رسمی، دادگاهها به علت عدم اجرای صیغه لفظی حکم به بطلان عقد ازدواج صادر کرده‌اند. سؤال مهم این است که چرا در باب نکاح بر خلاف سایر قراردادها در نحوه بیان اراده این همه سخت‌گیری صورت گرفته است؟ دلایل و مبانی این لفظ گرایبی انعطاف ناپذیر چیست؟ این نوشتار به بررسی مفهوم نکاح لفظی و غیر لفظی و بررسی مبانی و دلایل این لفظ‌گرایی پرداخته است و در پایان به این سؤال پاسخ می‌دهد که در حال حاضر که عقود اصولاً از صورت تشریفاتی بودن خارج شده‌اند آیا می‌توان عقد نکاح را از طریق سایر وسایل ابراز اراده غیر از لفظ محقق دانست؟

واژگان کلیدی: لفظ‌گرایی، نکاح لفظی، نکاح معاطاتی، صیغه لفظی.

^۴ - دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند، ایران.

^۵ - استاد، گروه حقوق خصوصی، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند، ایران. (نویسنده مسئول) taghizaadeh@gmail.com

^۶ - استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد بیرجند، دانشگاه آزاد اسلامی، بیرجند، ایران. S

در تمامی نظامهای حقوقی، اراده به عنوان مبنای اساسی ایجاد و اثرگذاری اعمال حقوقی محسوب می‌گردد. اراده امر درونی و نفسانی است که در اثر حرکت نفس به سوی امری معین پس از تصور و تصدیق منفعت و اشتیاق به آن به وجود می‌آید. (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۰: ۹۰) تمامی این چهار مرحله در افق نفس ایجاد می‌گردند که هیچ کس جز صاحب اراده از آن آگاه نیست و تا اعلام نگردد هیچ اثری در عالم حقوق بر جای نخواهد گذاشت. بنابراین اراده باطنی را باید با وسیله‌ای ابزار نمود تا با تلفیق با اراده دیگری، واجد اثر گردد (ماده ۱۹۱ قانون مدنی). وسایل و ابزارهای اظهار اراده متعدد و متنوع هستند. در یک تقسیم بندی وسایل ابراز اراده به وسایل و ابزارهای سنتی و وسایل و ابزارهای نوین تقسیم می‌گردند.

ابزارهای سنتی شامل لفظ، نوشته، فعل و اشاره است و ابزارهای نوین وسایلی مانند پست، تلگراف، تلفن، تلکس، نمابر و شبکه‌های رایانه‌ای را در بر می‌گیرد.

ساده‌ترین و قدیمی‌ترین شکل از اشکال اعلام اراده لفظ است، لفظ از کامل‌ترین وسایل بیان اراده بوده و تصمیم و قصد شخص را بطور روشن و واضح بیان می‌کند. لفظ به عنوان بهترین وسیله ابراز اراده در نزد متقدمین از فقهای امامیه جایگاه والایی دارد. آنها بکاربردن صیغ لفظی را در مقام انشاء عقود و ایقاعات مخصوصاً در عقود لازم، ضروری و شرط صحت می‌دانسته‌اند.

البته در زمان متأخرین از فقها از شدت و حدت لفظ‌گرایی مشهور در نزد فقهای متقدم کاسته شد. فقهای بزرگی همچون مرحوم «مولی احمد نراقی» و «میر عبد الفتاح مراغی» با شکل‌گرایی و لفظ‌گرایی مشهور در نزد فقهای متقدم به مخالفت برخاسته و معتقدند اصل در عقود و ایقاعات کشف قصد و رضای طرفین است که با هر مظهری اعم از فعل یا لفظ قابل کشف است و در عین حال آنها نیز مانند متقدمین در برخی از اعمال حقوقی مانند عقد نکاح که موضوع مورد بحث در این مقاله است لفظ‌گرا بوده و معتقدند که در نکاح لفظ صریح و صیغه مخصوص معتبر است.

متعاقباً با توسعه علوم جدید و پیچیدگی عرف تجاری و گسترش مناسبات اقتصادی، فقهای معاصر به سمت شکل‌زدایی پیش رفتند بطوری که مشهور فقهای معاصر لفظ‌گرایی فقهای متقدم را مردود می‌دانند و به وضوح تمایل به اصل آزادی شکل اظهار اراده در مقام انشاء عقود و ایقاعات را نشان داده‌اند.

با این همه فقهای معاصر نیز همانند پیشینیان خود اعم از متقدمین و متأخرین در عقد نکاح لفظ‌گرا بوده و صیغه لفظی را شرط صحت نکاح دانسته و نکاح بدون صیغه لفظی (نکاح معاطاتی) را باطل می‌دانند. قانونگذار ایرانی نیز به تبعیت از فقهای امامیه در ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی گرایش به لفظ‌گرایی پیدا کرده و مقرر داشته است: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید».

اکنون این سؤال مطرح است دلایل و مبانی این لفظ‌گرایی انعطاف‌ناپذیر چیست؟ چرا در باب نکاح بر خلاف سایر قراردادهای در نحوه بیان اراده این همه سختگیری صورت گرفته است؟ بررسی این موضوع و پاسخ به سئوالات فوق در ضمن مباحث آتی مطرح خواهد شد؛ لذا مطالب این تحقیق در دو بخش ارائه می‌گردد. در بخش اول مفهوم نکاح و مفهوم نکاح لفظی و نکاح معاطاتی و فرق نکاح معاطاتی (بدون صیغه لفظی) با پیمان زندگی مشترک تبیین می‌گردد و

در بخش دوم وضعیت حقوقی نکاح غیر لفظی (نکاح معاطاتی) از حیث صحت و بطلان و دلایل و مبانی بطلان نکاح غیر لفظی و نقد و بررسی آنها مطرح می‌گردد.

۲- مفهوم نکاح

۲۶۰

نکاح یا ازدواج در قانون مدنی ایران تعریف نشده است ولی در قوانین بعضی کشورهای اسلامی نکاح تعریف شده است. (ماده ۱ قانون ازدواج مراکش مصوب ۱۳۷۷ هجری قمری و ۱۹۵۷ میلادی و ماده ۱ قانون احوال شخصیه سوریه مصوب ۱۳۴۷ هجری قمری و ۱۹۵۳ میلادی و ماده ۲ قانون احوال شخصیه عراق مصوب ۱۳۷۹ هجری قمری و ۱۹۵۹ میلادی). نکاح در لغت به معنی ضم (پیوستن) است و در اصطلاح حقوقی می‌توان آن را چنین تعریف کرد: «نکاح قراردادی است که به موجب آن زن و مرد در زندگی با یکدیگر شریک و متحد شده، خانواده‌ای تشکیل می‌دهند.» (صفایی وامامی، ۱۳۹۲: ۲۸)

ایرادی که بر تعریف فوق می‌توان مطرح کرد این است که این تعریف جامع نیست، زیرا شامل نکاح منقطع (متعّه) که از اقسام نکاح است نمی‌گردد. بعضی از حقوقدانان اسلامی نکاح را چنین تعریف کرده‌اند: «نکاح عقدی است که به هر یک از زوجین حق استمتاع از دیگری را به وجه مشروع می‌دهد» (محمد محی الدین عبدالحمید، ۱۹۵۸: ۱۰) چنانکه برخی از استادان حقوق بیان کرده‌اند اگر استمتاع را در تعریف اخیر به معنای عام و شامل هر گونه بهره‌گیری بدانیم، تعریف مذکور درست و قابل قبول است. (صفایی و امامی، همان)

وقتی که نکاح به همراه «عقد» اطلاق می‌شود یعنی «عقد نکاح» این چنین تعریف می‌شود: «عقد نکاح توافق دو اراده است که به منظور ایجاد رابطه زوجیت صورت می‌گیرد» (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷: ۱۹۷) به بعد) از تلفیق دو تعریف اخیر می‌توان گفت: عقد نکاح، عقدی است که با توافق اراده زوجین، هر یک از آنها حق استمتاع از دیگری به وجه مشروع پیدا می‌کند. نکاح از حیث نحوه اظهار اراده به نکاح لفظی و نکاح معاطاتی (نکاح غیر لفظی) قابل تقسیم است.

۱-۲- نکاح لفظی

منظور از نکاح لفظی این است که در نکاح، مانند سایر قراردادها، اراده باطنی برای تحقق عقد کافی نیست، بلکه اراده باید با الفاظی که صریح در بیان مقصود باشد اظهار شود، ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». در باب نکاح بر خلاف سایر قراردادها در نحوه بیان اراده سختگیری بیشتری شده است. قانونگذار صرف رابطه جنسی زن و مرد و معاشرت و مراودات آنها را برای تحقق ازدواج کافی نمی‌داند. قانونگذار می‌خواهد هیچ‌گونه شک و شبهه و ابهامی در قصد نکاح وجود نداشته باشد و بدین جهت بکار بردن الفاظی را که صریحاً دلالت بر قصد نکاح کند لازم می‌شناسد. با این وجود ماده ۱۰۶۶ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر گاه یکی از متعاقدين یا هر دو لال باشند عقد به اشاره از طرف لال واقع می‌شود. مشروط بر این که به طور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد».

البته منشأ این لفظ‌گرایی قانونی، لفظ‌گرایی فقهی است. فقهای بزرگ امامیه اعم از متقدمین و متأخرین و معاصرین در لفظی بودن عقد نکاح و ضرورت اجرای صیغه لفظی اتفاق نظر دارند و اجرای صیغه لفظی را شرط صحت عقد نکاح

دانسته‌اند که دلایل و مبانی این لفظ گرابی (که موضوع این تحقیق می‌باشد) در بخش دوم این بحث در ضمن بررسی وضعیت حقوقی نکاح معاطاتی بررسی خواهد شد.

۲-۲- نکاح معاطاتی (نکاح بدون صیغه لفظی)

۱-۲-۲- مفهوم معاطات

الف- مفهوم معاطات از دیدگاه فقها

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

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 مخصوص؛ بعضی از فقها در تعریف بیع معاطاتی اظهار داشته‌اند: «و هی اعطاء کل واحد من المتبايعین ما یریده من المال، عوضاً عما يأخذ من الآخر باتفاقهما علی ذلك بغير العقد المخصوص» (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۲۲۲/۳؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۱۱۱/۸) معاطات یعنی هر یک از متبايعین، با توافق بر معامله، مالی که اراده کرده است را عوض آنچه قبض کرده به طرف مقابل اعطاء نماید، بدون اینکه عقد مخصوصی جاری شده باشد. ظاهراً منظور از «عقد مخصوص» همان ایجاب و قبول به الفاظ خاص می‌باشد. براساس این تعریف حتی ایجاب و قبول لفظی نیز کفایت نمی‌کند و باید ایجاب و قبول به الفاظ خاص جاری شود. بدین ترتیب اگر ایجاب و قبول به الفاظ فارسی بیان شود، معامله صورت گرفته معاطات خواهد بود.

معامله بدون ایجاب و قبول لفظی؛ بعضی دیگر در تعریف بیع معاطاتی گفته‌اند: ((البيع بالمعاطات و هو ما کان بتسليم المبيع و قبض العوض بدون صیغه البيع من ایجاب و قبول)) (فتح الله احمد، ۱۴۵۰: ق: ۹۲؛ حلی، ۱۴۱۴: ق: ۵/۱۰)

طبق این تعریف معاطات همان بیع بدون صیغه است و بعضی در مقام تعریف عقد گفته‌اند: ((عقد عبارت است از لفظ دال بر نقل عین)) و سپس تقابض بدون لفظ را از تعریف خود خارج کرده‌اند. منظور ایشان از تقابض بدون لفظ همان معاطات است (حلی، ۱۴۰۹: ق: ۲۶۷/۲) اگر این تعریف را بپذیریم، ایجاب و قبول به هر لفظی که صریح در مقصود باشد، عقد خواهد بود؛ اعم از اینکه الفاظ استعمال شده الفاظ مخصوص باشد یا نباشد. عربی باشد یا نباشد.

معامله بدون ایجاب و قبول؛ از بعضی عبارات فقهی چنین بر می‌آید: «لابد فی عقد البیع من الايجاب والقبول، ولاتکفی المعاطات فی العقد» (حلی، ۱۴۱۲: ق: ۲۶۷/۲) 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، ۱۴۱۸: ق: ۳۱۳/۵» این تعریف با تعریف قبل متفاوت است؛ زیرا ایجاب و قبول ممکن است لفظی یا غیر لفظی باشد، از این رو تعریف قبل اخص از تعریف اخیر 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» (الموسوعة الفقهیه، ۱۴۲۶: ۱۳/۱۹۸) تعاطی در بیع یعنی مشتری بدون تکلم و اشاره مبیع را بگیرد و ثمن را به بایع بدهد.

ب- مفهوم معاطات از دیدگاه حقوقدانان

بسیاری از حقوقدانان معاطات را به بیع بدون ایجاب و قبول لفظی معنی کرده‌اند. در تعریف معاطات گفته‌اند معاطات یعنی اینکه متعاملین با قدرت بر تکلم به وسیله داد و ستد بیع را واقع سازند (امامی، ۱۳۷۷: ۴۱۳/۱) این عده جهت تأیید تعریف خود به ذیل ماده ۳۳۹ قانون مدنی که می‌گوید «ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد» استناد می‌کنند یا گفته‌اند «بیع ممکن است به داد و ستد یعنی معاطات انجام شود بدون اینکه نیازی به قول و گفتار باشد». (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۹۱/۱)

همچنین گفته‌اند: «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 فروختم و مشتری جواب گوید: خریدم یا قبول کردم. ب) بیع معاطات» (حائری شاه باغ، ۱۳۸۲: ۳۲۸/۱)

بعضی در مفهوم معاطات می‌گویند: «صفت عقد معوضی است که ایجاب و قبول آن لفظی یا کتبی و یا اشاره نبوده بلکه به دادن و ستدن صورت گیرد مانند بیع معاطات» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۶۶۰) سپس گفته‌اند غالب فقهاء عقود معاطاتی را عقد نمی‌دانند مثلاً بیع معاطاتی را عقد نمی‌دانند ولی بیع می‌دانند و بیع از نظر آنان دو قسم است: بیع عقدی (که ایجاب و قبول آن لفظی است) و بیع غیر عقدی (یا معاطاتی) که به دادن و ستدن صورت می‌گیرد. (جعفر لنگرودی، ۱۳۸۸: ۶۶۰)

از تعریف فوق استفاده می‌شود حقوقدانان نیز مانند فقها از معاطات تلقی یکسانی ندارند. برخی آن را معامله بدون ایجاب و قبول لفظی می‌دانند و بعضی دیگر اشاره و کتابت را مانند لفظ دانسته و معاطات را معامله‌ای می‌دانند که ایجاب و قبول آن لفظی یا کتبی یا اشاره نبوده باشد، بلکه صرفاً از طریق داد و ستد واقع می‌شود.

ج- نقد و بررسی

از تعاریف ذکر شده استنباط می‌شود که فقها در تعریف معاطات از زبان مشتری بهره نبرده‌اند و حقوقدانان نیز به تبعیت از آنها دچار تشتت آراء شده‌اند. بحث بر سر وضعیت حقوقی نکاح غیر لفظی (نکاح معاطاتی) بدون تبیین دقیق مفهوم معاطات ممکن نیست. از این رو، لازم است تعریف و تلقی روشنی از معاطات ارائه گردد.

اول- 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 می‌شود 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 انشاء 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 حقوقدانی در این مطلب تشکیک نماید.

دوم- 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 یا فعل صورت گیرد یا از طریق شیوه‌های نوین و مدرن از قبیل پست، تلگرام و تلکس و یا از طریق شیوه‌های فرامدرن از قبیل پست تصویری و رایانه و اینترنت صورت گیرد.

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 یا فعل نیز کافی است. بنابر این کسانی که معاطات را به معامله بدون عقد تعریف نموده‌اند، تلقی آنان از معاطات صحیح نیست (هدایت نیا، همان) زیرا در بی‌اعتباری چنین معامله‌ای به طور 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 است یا باطل است؟ عقد یعنی توافق دو یا چند اراده به منظور ایجاد آثار حقوقی. اینک سؤال این است که اگر چنین توافقی صورت پذیرد و به وسیله‌ای غیر از صیغه لفظی اظهار گردد آیا در تحقق زوجیت کافی است؟ «یعنی قصد انشاء بالفعل کنند و کارهایی را به قصد زوجیت انجام دهند» (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ۸۸/۱) یا به تعبیر برخی از حقوقدانان «نکاح معاطاتی یعنی نکاحی که صرفاً به اعلام توافق و ترازی طرفین بسنده می‌شود و فاقد ایجاب و قبول لفظی باشد». (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۱۶۶)

۲-۲-۲- مفهوم پیمان زندگی مشترک و فرق آن با نکاح معاطاتی

از مباحث گذشته معلوم گردید منظور از نکاح معاطاتی نکاحی است که طرفین با قصد ازدواج و تشکیل خانواده، اقدام به انعقاد ماهیت حقوقی می‌کنند، ولی به جای استفاده از لفظ در انشاء قرار دارد از دیگر وسایل اعلام اراده از قبیل اشاره یا فعل استفاده می‌نمایند. بنابراین نکاح معاطاتی را نباید با پیمان زندگی مشترک اشتباه نمود و آن دو را یکی دانست. در قرارداد زندگی مشترک، طرفین قرارداد که غالباً دو جنس مخالف می‌باشند، توافق می‌نمایند، که با هم زندگی نمایند، بدون اینکه رابطه حقوقی آنان نکاح باشد و یکی زن و دیگری شوهر نامیده شود و یا بدون اینکه طرفین قصد انشاء قرار داد نکاح نمایند، بلکه هدف و قصد آنان از قرارداد، زندگی مشترک و زاد و ولد است تحت عنوان یک قرارداد نامعین و به علت مخالفت آنان با آثار نکاح، اقدام به انشاء چنین قراردادی می‌نمایند.

در حقوق انگلستان قرارداد زندگی مشترک، زمانی به دلیل مخالفت آن با اخلاق باطل بود، ولی در پرونده، Andrews (۱۹۷۳) v. Parker قاضی استرالیایی اظهار داشت: موضوعات خلاف اخلاق قرن حاضر با قرن گذشته متفاوت است. امروز اخلاق، اقتضا می‌کند که طرفین قرارداد بتوانند هر طور که می‌خواهند، قرارداد زندگی با هم منعقد نمایند. اگر طرفین قصد ایجاد زندگی مشترک از طریق نکاح را داشته‌اند، باید قرارداد انشائی را نکاح تلقی نمود و تمام آثار و احکام نکاح را بر آن مترتب کرد؛ اما اگر طرفین، قرارداد نکاح را منعقد نکرده‌اند، بلکه قرارداد زندگی مشترک را منعقد نموده‌اند، این قرارداد منافاتی با اخلاق ندارد و باید تا حد امکان و قابل توجه، به قواعدی روی آورد که زن و مرد بتوانند با هم

زندگی کنند و زاد و ولد نمایند و دارای یک رابطه ثابت و مداوم باشند، بدون اینکه این رابطه، تحت حاکمیت قرارداد نکاح باشد و ازدواج تلقی گردد. (به نقل از باریکلو، ۱۳۸۱: ۱۷۴)

یکی از حقوقدانان انگلیسی معتقد است؛ باید بین قرارداد زندگی مشترک و زنا فرق گذاشت، در زنا طرفین قصد زندگی مشترک با هم را ندارند، بلکه قصد استفاده و کامجویی آنی و لحظه‌ای دارند، لیکن در قرارداد زندگی مشترک، هدف و قصد طرفین از قرارداد، کامجویی جنسی صرف و ساده نیست، بلکه قصد آنان زندگی با همدیگر مانند یک زن و شوهر است، ولی قصد انعقاد قرارداد نکاح را نمی‌کنند. در نتیجه، قرارداد روابط جنسی افراد را باید از همدیگر جدا نمود، اگر در قراردادی، هدف طرفین آن، کامجویی آنی و لحظه‌ای بود، چنین قراردادی زنا است و این قرارداد خلاف اخلاق حسنه و باطل است. اما اگر هدف و قصد طرفین از قرارداد، زندگی کردن با همدیگر به طور مداوم است، این قرارداد، یک زندگی فرا نکاحی است. در اصول اولیه کامن لا، چنین قراردادی باطل بود، ولی امروزه بر اثر گسترش و رواج آن، صحت این قرارداد مورد قبول قرار گرفته است و قرارداد زندگی مشترک به عنوان یکی از قراردادهای نافذ مورد قبول واقع شده است. (به نقل از باریکلو، همان: ۱۷۵)

در حقوق ایران از آن جهت که مبتنی بر فقه امامیه است، نمی‌توان چنین قراردادی را نافذ دانست، زیرا در قرآن مجید به صراحت دو جنس مخالف نسبت به هم حرام و رابطه آنان با هم ممنوع اعلام شده است و در صورتی آن دو، نسبت به هم حلال و مجاز می‌شوند که عقد نکاحی بین آنان منعقد گردد. در نتیجه، چون اصل اولیه حرمت و ممنوعیت ارتباط جنسی زن و مرد است و این اصل از اصول آمره و مرتبط با نظم عمومی محسوب می‌شود، چنین قراردادی باطل است، زیرا تنها موردی که خلاف این اصل ثابت شده، قرارداد نکاح است که با انشاء و انعقاد آن دو جنس مخالف به هم حلال می‌گردند و مجاز می‌باشند که از همدیگر تمتع جنسی کنند. در نتیجه، قرارداد زندگی مشترک مخالف با اصل حرمت که یک اصل و قاعده آمره است، می‌باشد و باطل است.

۳- نکاح معاطاتی در قانون مدنی

مطابق قسمت آخر ماده ۱۹۳ قانون مدنی: به جز در مواردی که قانون استثنا کرده باشد، معاطات صحیح است. از جمله موارد استثنا شده، عقد وقف است، مطابق ماده ۵۶ قانون مدنی «وقف واقع می‌شود به ایجاب از طرف واقف، به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند». مصداق دیگر بخش آخر ماده ۱۹۳ قانون مدنی، عقد نکاح است. البته قانون مدنی در باب نکاح میان حالت اختیار و اضطرار فرق گذاشته است. در ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی آمده است: «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 قانون مدنی با اشاره به حالت عجز از تلفظ آورده است: «هرگاه یکی از متعاقدين یا هر دو لال باشند، عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می‌شود، مشروط بر اینکه به طور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد».

در مورد مفاد ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی میان حقوقدانان اتفاق نظر وجود ندارد:

برخی از حقوقدانان نوشته‌اند که از این ماده نمی‌توان تشریفات بودن عقد نکاح را استنباط کرد، زیرا اگر چه قانونگذار بر خلاف دیگر اعمال حقوقی، ایجاب و قبول ضمنی را برای انعقاد عقد نکاح نپذیرفته است اما از آنجا که الفاظ فقط وسیله

بیان اراده است و به خودی خود تأثیری در وقوع و نفوذ عقد ندارد، نه تنها لفظ خاصی در نکاح شرط نیست، بلکه طرفین می‌توانند اراده خود را به وسیله نوشته بیان کنند و حتی در ماده ۱۰۶۶ قانون مدنی اجازه داده شده است که در صورت لال بودن متعاقبین یا یکی از آن دو، عقد نکاح با اشاره‌ای که دلالت واضح بر عقد داشته باشد نیز واقع گردد. (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۶۰/۱-۵۹)

اما در مقابل، برخی دیگر تصریح کرده‌اند که قانونگذار به پیروی از فقه امامیه، ایجاب و قبول لفظی را لازم دانسته و طرفین ناچارند رابطه زوجیت را منحصرأً به وسیله ایجاب و قبول لفظی صریح ایجاد نمایند، گر چه مستفاد از ماده فوق این است که قانون مدنی، صیغه خاص یا لغت و زبان ویژه‌ای را لازم نمی‌داند (محقق داماد، همان: ۱۶۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸: ۱۰۱-۱۰۰)

گروه سومی از حقوقدانان گر چه بر این باورند که در حقوق جدید که عقود از صورت تشریفاتی خارج شده‌اند، کتابت (نوشتن) باید بتواند به جای الفاظ به کار رود_ چه لفظ شفاهی هیچ خصوصیتی ندارد و نوشته هم می‌تواند مقاصد و مفاهیم را همانند لفظ بیان نماید، به خصوص امروزه که سواد گسترش قابل توجهی یافته و نوشته اهمیت بسیار زیادی در زندگی مردم پیدا کرده و قانونگذار نیز برای اسناد ارزش بیشتری از اظهارات شفاهی قائل شده است_ لذا قول به انحصار مظهر در نکاح به ایجاب و قبول لفظی بر خلاف روح قوانین جدید و مقتضیات زمان است، با این همه، ظاهر ماده ۱۰۶۲ دلالت بر این دارد که قانونگذار به پیروی از مشهور فقهاء امامیه، برای صیغه لفظی موضوعیت قائل شده است و تفسیر لفظی که در دادگاه‌های ایران بیشتر به کار می‌رود، مؤید اقوی بودن این نظر است. (امامی، ۱۳۷۷: ۳۵۴/۴-۳۵۳؛ صفایی و امامی، ۱۳۸۲: ۴۷/۱-۴۵)

۱-۳- رویه قضایی

ظاهراً لفظی بودن عقد نکاح و ضروری بودن صیغه لفظی و عدم کفایت معاطات (حتی اگر به وضوح دلالت صریح بر قصد ازدواج نماید) رویه دادگاه‌های عمومی و خانواده و تجدید نظر استان را تشکیل می‌دهد. با این توضیح که طبق دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۲۵۱۸۵۰۰۸۴۳-۹۳۰۹۹۷۲۵۱۸۵۰۰۸۴۳ صادره از شعبه پنجم دادگاه تجدید نظر استان قم که به موجب آن بطلان عقد ازدواج زوجین اعلام شده است، چنین استدلال شده است «... با ملاحظه و استماع نحوه وقوع عقد ازدواج منعکس در فیلم کاملاً واضح است که فقط نامبرده (عاقده) قسمت ایجاب را بدون قبول (لفظی) از ناحیه طرف دیگر و بدون قبول (لفظی) خود داماد جاری نموده است... و با ملاحظه فیلم تهیه شده در دفتر خانه ازدواج نیز مشاهده می‌گردد که در دفتر خانه سر دفتر اقدام به اجرای صیغه عقد نکرده و فقط شرایط نکاح نامه بدون جاری شدن صیغه عقد ازدواج تفهیم و امضا شده است و خود زوجین و پدر زوجه نیز اقرار دارند که در دفترخانه ازدواج صیغه عقد جاری نشده است».

لازم به ذکر است به حکایت دادنامه مورد اشاره و دادنامه ۱۷۷۷-۹۶/۹/۲۰ صادره از شعبه سوم دادگاه خانواده شهرستان قم و دادنامه شماره ۹۹۰۹۹۷۲۵۱۲۷۰۰۲۰۹-۹۹/۳/۸ صادره از شعبه هفتم دادگاه عمومی حقوقی قم، عقد ازدواج فوق که بطلان آن اعلام شده است با تشریفات و مراسم خاصی و با حضور زوجین و عاقد و خویشاوندان زوجین و در حرم مطهر حضرت فاطمه معصومه سلام الله علیها برگزار شده است و حتی در دادنامه شماره ۱۷۷۷-۹۶/۹/۲۰ که در مقام تعیین مهرالمثل زوجه پس از اعلام بطلان عقد ازدواج صادر گردیده اشاره شده است که خوانده (زوج) چندین سال است که از خواهان (زوجه) استمتاع جنسی نموده است ولی در عین حال به علت عدم اجرای قبول لفظی حکم به بطلان عقد

ازدواج صادر شده است که این موضوع بیانگر این مطلب است که در رویه قضایی صیغه لفظی (ایجاد و قبول لفظی) موضوعیت دارد حتی اگر اعمال و رفتار زوجین به صراحت دلالت بر قصد ازدواج نماید.

البته شرطیت زبان عربی و صیغه ماضی در الفاظ نکاح را اکثریت قریب به اتفاق حقوقدانان پذیرفته اند و علاوه بر اطلاق ماده ۱۰۶۲ قانون مدنی، به خصوصیت نداشتن زبان عربی و صیغه ماضی در انعقاد عقد نکاح استناد کرده اند، (صفایی، همان؛ جعفری لنگرودی، همان؛ محقق داماد، همان) اما در این میان، برخی تصریح نموده اند که برای اعلام قصد انشاء نکاح به وسیله لفظ صیغه ماضی لازم است. (امامی، ۱۳۷۷: ۳۵۴/۴)

دلیل عقلی عمده‌ای که طرفداران صیغه لفظی را به نپذیرفتن کفایت معاطات و عمل جنسی و معاشرت زن و مرد در انعقاد عقد نکاح سوق داده است، اهمیت خاص این عقد و آثار و عواقب و تعهدات سنگین ناشی از آن است، به طوری که قانونگذار بر آن شده است که هیچ گونه شک و شبهه و ابهامی در قصد نکاح وجود نداشته باشد (صفایی، همان؛ محقق داماد، همان) و به تعبیر برخی، قانونگذار برای دوری جستن از زنا، استعمال الفاظ را ضروری شمرده است، چه غالباً عدم دخالت الفاظ، ملازمه با قصد زنا دارد و مرز نکاح و سفاح، همانا الفاظ متعاقبین در ایجاب و قبول است. (جعفری لنگرودی، همان)

۴- نکاح معاطاتی در فقه امامیه

۴-۱- نظریه صحت نکاح معاطاتی

نظریه صحت نکاح معاطاتی در فقه جایگاهی ندارد و تقریباً هیچ فقیه صاحب نامی دیده نشده است که قائل به صحت نکاح معاطاتی باشد (هدایت‌نیا، ۱۳۸۷: ۱۹۷ به بعد) البته صاحب جواهر، صحت نکاح به الفاظ غیر مخصوص را به فیض کاشانی و گروهی از ظاهریه نسبت داده و اظهار داشته: «نعم ربما ظهر من الکاشانی و بعض الظاهریه من اصحابنا الاکتفاء بحصول الرضا من الطرفين و وقوع اللفظ الدال علی النکاح و الانکاح» (نجفی، ۱۳۷۴: ۱۵۴/۳) نویسندگان از این عبارت چنین برداشت کرده‌اند که فیض کاشانی و برخی از ظاهریه نکاح معاطاتی را صحیح می‌دانند. (حسینی ادیبانی، ۱۳۸۲: 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 عبارات فوق مربوط است به احتمال صحت نکاح به الفاظ غیر مخصوص؛ یعنی رابطه خاصی که ناشی از رضایت باطنی طرفین بوده و این تراضی به لفظی اعلام شده است که مورد تأیید شرع مقدس نیست.

در عین حال صاحب نظری از معاصرین، در مباحث فقهی خود نظریه صحت نکاح معاطاتی را مطرح کرده است. وی معتقد است: «عقد، یا قرارداد ازدواج به هر زبانی که باشد درست است و اگر هم بدون لفظ ویژه‌اش که «نکحت» یا «نکاح کردم» باشد و در میان زن و مرد انجام گردد چه با نوشتن یا گفتن یا اشاره یا هر طور دیگر که به روشنی دلالت بر انجام ازدواج کند، کافی است. اگر کفش رو کفش گذاردن یا شیرینی به یکدیگر تعارف کردن یا هر اشاره و عملی دیگر که در عرف آنان دلیل بر انجام ازدواج است، همین‌ها کافی است و دیگر صیغه‌ای چه عربی و چه به زبان دیگر لازم ندارد. عمده این است که معلوم باشد قضیه رفیق بازی و زنا در کار نیست، بلکه مقصود زناشویی و تشکیل زندگی

جدید است، چه دائمش و چه موقتش» (صادقی، بی تا: ۱۷۳) این نظریه برای اثبات مدعی خود به بعضی از آیات و روایات استناد کرده است.

۱-۱-۴- 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 آورده‌اید به قراردادهای وفا کنید) در آیه دیگر آمده: «و اوفوا بالعهد انّ العهد کان مسؤولاً»؛ (اسراء، ۳۴) (به عهد خود وفا کنید، که از عهدها نیز بازخواست خواهید شد).

نحوه استدلال به دو آیه فوق این است خدای سبحان بر لزوم وفای به عقد و عهد فرمان داده است. کلمه «عقود» جمع عقد و محلی 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 عقودی 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. (خویی، ۱۴۱۳ق: ۳۷۲/۱۰؛ خویی، ۱۴۱۳ق، ۳۳۶/۱۲) 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 لفظاً، 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 لازم الوفاء است در این مورد بین بیع و نکاح و سایر عقود تفاوتی وجود ندارد.

۲-۱-۴- روایات

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 طریق 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: از بیابانی می‌گذشتم، سخت تشنه شدم و از یک مرد بیابانی 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: «تزویح و رب الکعبه» به خدای کعبه این تزویج است. (حرّعاملی، ۱۴۰۹ق: ۵۰/۱۲؛ کلینی، ۱۳۶۵: ۴۵۷/۵)

نحوه استدلال به روایت فوق این است که میان زن و مرد بیابانی، توافقی صورت گرفته و الفاظی که دالّ بر نکاح باشد ردّ و بدل شده و آب نیز مهریه و یک بار وطنی نیز مدت محسوب می‌گردد، در نتیجه رابطه مورد نظر یک نکاح موقت است؛ امام(ع) نیز فرمود این نکاح است. (فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق: ۳۴۲/۲۱)

به نظر می‌رسد این روایت دلالت بر صحت نکاح معاطاتی ندارد زیرا اولاً روایت از نظر سند ضعیف است (خویی، ۱۴۱۳ق: ۳۳۶/۱۲) ثانیاً از ظاهر حدیث استفاده می‌شود قصد ازدواج مطرح نبوده، چگونه ممکن است، کسی که ازدواج را قصد نکرده، عمل وی ازدواج باشد لذا دلالت روایت نیز بر نکاح معاطاتی قابل اعتماد نیست.

ثالثاً- این روایت با روایت دیگری که همین داستان را نقل می‌کند در تعارض است. مطابق روایت دوم، وقتی زن از خلیفه می‌خواهد که در مورد او حدّ 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 اثم عليه هذه غير باغية ولا عادية فخلّ سبيلها» یعنی 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 کنید. مطابق روایت دوم امام رابطه زن و مرد بیابانی را به ترویج تعبیر نکرده؛ بلکه آن را عملی دانسته که براساس احکام اولی اسلام، نامشروع بوده، ولی به دلیل مضطر بودن زن بر وی گناهی نیست.

بنابراین روایت فوق با موضوع بحث بیگانه است و دلالت بر نکاح معاطاتی ندارد. (هدایت نیا، ۱۳۸۷: ۱۹۷ به بعد)

روایت محمد بن اسماعیل بزیع؛ از امام رضا(ع) راجع به زنی پرسیدم که در حال مستی خود را به عقد مردی درآورد و پس از افاقه، کارش را زشت می‌شمارد، ولی به گمان اینکه عقدی که در حال مستی خوانده شده الزام آور است نزد مرد باقی ماند؛ آیا آن مرد بر زن حلال است؟ امام در پاسخ فرمود: «إذا أقامت معه بعد ما أفأقت فهو رضاها» (طوسی، ۱۳۶۵: ۳۹۲/۷) یعنی 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 هو يجوز ذلك التزويج عليها؟» آیا ازدواج صورت گرفته صحیح است؟ امام فرمود: آری.

نحوه استدلال به این روایت 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 أفأقت فهو رضاها» همین مسأله باشد.

اگر نحوه استدلال به شرح فوق مورد اتفاق فقها باشد این روایت دلالت بر نکاح معاطاتی دارد. اما فقها در مورد روایت توجیهات متعددی بیان کرده اند که این بحث گنجایش پرداختن به آن را ندارد؛ لذا با وجود احتمالات متعدد در معنا و مفهوم روایت، دلالت روایت بر صحت نکاح معاطاتی ثابت نیست. (هدایت نیا، همان)

۲-۴- نظریه بطلان نکاح معاطاتی

تقریباً تمام فقهایی که متعرض بحث نکاح شده اند، نکاح معاطاتی را باطل می‌دانند و بر لزوم لفظی بودن ایجاب و قبول تأکید نموده‌اند. به عنوان نمونه، امام خمینی(ره) در این مورد مقرر داشته است: «النكاح علی قسمین: دائم و منقطع، و کل منها یحتاج الی عقد مشتمل علی ایجاب و قبول لفظیین» (امام خمینی، بی تا: ۲۴۶/۲)

یعنی نکاح بر دو قسم دائم و منقطع، است و هر کدام محتاج عقدی است که مشتمل بر ایجاب و قبول لفظی باشد. فقیه مذکور در ادامه اعلام کرده است مجرد رضایت قلبی طرفین کفایت نمی‌کند و معاطاتی که در غالب معاملات جریان دارد، در عقد نکاح کفایت نمی‌کند. عبارتی که نقل شد مشابه آن در بسیاری از منابع فقهی مشاهده می‌شود. (جبعی

عاملی، ۱۴۱۰: ۱۰۸/۵؛ طباطبایی؛ ۱۴۱۹: ۱۰/۱۱؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹: ۸۵۱/۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ق: ۱۵۷/۲۳؛ نجفی، ۱۳۷۴: ۱۳۲/۲۹)

بعضی از فقها در مورد ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول عقد نکاح تا جایی پیش رفته‌اند که نکاح بدون صیغه را سفاح (زنا) خوانده‌اند، مانند شیخ انصاری که نوشته است: «انَّ الفرج لا تباح بالاباحه و لا بالمعاطات، و بذلک یمتاز النکاح عن السفاح لأنَّ فیهِ التراضی أيضاً غالباً» یعنی همانا فروج با اباحه و با معاطات حلال نمی‌شود و فرق نکاح و سفاح نیز در صیغه است، زیرا در سفاح نیز غالباً تراضی است.

هر چند عبارت شیخ انصاری قابل نقد است زیرا در نکاح معاطاتی، تراضی بر زوجیت است و این تراضی از طریق فعل اعلام می‌شود در حالی که در سفاح، تراضی بر زوجیت نیست و طرفین قصدشان زنا است ولی صرف نظر از نقد مذکور، ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول در عقد نکاح (به جز در موارد عجز از نطق) از نظر فقهی امری مسلم است.

فقه‌های معاصر نیز ایجاب و قبول لفظی را شرط صحت نکاح دانسته‌اند. آیت الله بهجت در پاسخ سؤالی در مورد نکاح معاطاتی اظهار داشته‌اند: «معاطات در مورد نکاح نیست». (معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضائیه، ۱۳۸۲: ۶۹/۱)

آیت الله مکارم گفته‌اند: «چیزی به نام ازدواج معاطاتی نداریم و چنین ازدواجی باطل است».

مرحوم آیت الله گلپایگانی اعلام کرده است: «حرام و زنا است». (همان: ۷۱-۷۰)

آیت الله خامنه‌ای گفته‌اند: «مشروع نیست». در ادامه ادله این نظریه مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۳-۴- ادله نظریه بطلان نکاح معاطاتی

فقها برای اثبات بطلان نکاح بدون صیغه لفظی، دلایلی اقامه کرده‌اند که عبارتند از:

۱-۳-۴- 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. متن آیه شریفه ۲۱ سوره نساء این است: «و این اردتم استبدال زوج مکان زوج و آیتیم اِحداهنَّ قنطاراً فلا تأخذوا منه شیئاً تأخذونه بهتناً و ائماً مُبییناً و کیف تأخذونه و قد أفضی بعضکم الی بعض و أخذن منکم میثاقاً غلیظاً» (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 روایتی بُرید بن معاویه عجلی می‌گوید از امام باقر(ع) راجع به تفسیر «و أخذن منکم میثاقاً غلیظاً» پرسیدم، امام فرمود: «المیثاق هی الکلمه الّتی عقد بها النّکاح». (کلینی، همان: ۵۶۱؛ حرّعاملی، ۱۴۰۹: ۲۶۲/۲) 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.

آیت الله خویی 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. (خویی، بی تا: ۱۲۹/۳۳)

مرحوم نراقی ترجیح داده است روایت فوق را موید لزوم صیغه بنامد. (نراقی، ۱۴۱۵ق: ۸۴/۱۶) البته ارزش اثباتی آن کمتر است، ولی گروهی دیگر از فقها از جمله آیت الله شبیری زنجانی در دلالت روایت فوق بر مورد بحث اشکال کرده و اظهار داشته‌اند: آیه فوق نافی اعتبار نکاح معاطاتی نیست زیرا آیه با توجه به تفسیری که ذکر شد مورد متعارف و شایع را بیان می‌نماید. (هدایت‌نیا، همان) به عبارت دیگر آیه شریفه، حداکثر درستی نکاح با صیغه را اثبات می‌نماید و این مستلزم بی‌اعتباری نکاح بدون صیغه نمی‌باشد. بدین ترتیب روایت برید دلالت بر موضوع بحث ندارد. (مکارم شیرازی، همان: ۸۹)

۲-۳-۴- روایات

یکی از روایاتی که برای ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول در نکاح به آن استناد شده است، روایت «خالد بن الحجاج» است که می‌گوید به امام صادق(ع) عرض کردم: مردی می‌آید و می‌گوید: این پارچه را بخر و به تو چنین و چنان سود می‌دهم، امام فرمود: آیا اینطور نیست که اگر خواست ترک می‌کند و اگر خواست می‌گیرد؟ گفتم: آری، چنین است. امام فرمود: «لا بأس به انما يحلل الكلام و يحرم الكلام» (طوسی، همان: ۵۰)

یعنی (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 محلل و محرم نامیده است و با توجه به کلمه «انما» در روایت حصر معلوم می‌شود. در نتیجه فقط کلام است که محلل و محرم 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 جریان می‌یابد. در نتیجه معاطات در عقود و از جمله عقد نکاح فاقد اثر است. (مراغی حسینی، ۱۴۱۷ق: ۸۸/۲)

بر استدلال‌های فوق، علاوه بر ضعف سند روایت به دلیل مجهول بودن «ابن حجاج»، اشکال‌های متعددی وارد شده است. نخست آنکه مقصود امام از عبارت ذکر شده اجمال دارد. شیخ انصاری در مورد آن چهار احتمال ذکر نموده است که تنها براساس یک احتمال، سخن امام نافی اثر معاطات در عقود است و آن این است که مراد از کلام در سخن امام، لفظ دال بر تحلیل و تحریم باشد؛ به این معنا که تحریم شیئی و تحلیل 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: ۶۳/۳)

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

روایت دیگر، روایت ابان بن تغلب است که می‌گوید از امام صادق(ع) پرسیدم، اگر خواستم زنی را به نکاح موقت درآورم چه بگویم؟ امام در پاسخ فرمود: «تقول أتزوجک متعاً علی کتاب الله و سنه نبیه... فاذا قالت نعم فقد رضیت و هی امرأتک و أنت اولی الناس بها» (خر عاملی، همان؛ ۴۳/۲۱) یعنی (بگو تو را به نکاح موقت درآوردم بر کتاب خدا و سنت پیامبر او...، اگر گفت بله، پس رضایت داد و او همسر تو است و تو سزاوارترین مردم به او هستی).

نحوه استدلال در مورد بحث این است که راوی از چگونگی ایجاد رابطه زوجیت پرسید و امام به او فرمود بگو: «أتزوجک».

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 دائم نیز معلوم می‌شود، زیرا اگر در نکاح موقت لفظ لازم است، در نکاح دائم به طریق اولی لازم است. (خویی، همان؛ ۱۲۹/۳۳)

دلالت روایت فوق نیز بر مورد بحث تمام نیست. زیرا اولویت ادعا شده تمام نیست و بین نکاح موقت و دائم تفاوت‌هایی وجود دارد که ممکن است در حکم ذکر شده دخالت داشته باشد. از جمله این تفاوت این است که در عقد منقطع، ذکر مهر ضروری است و بدون آن عقد باطل است، در حالی که در نکاح دائم چنین نیست. به علاوه ممکن است پاسخ امام مبنی بر اینکه می‌فرماید: «أتزوجک» به خاطر آن باشد که راوی پرسیده بود، چه بگویم «کیف اقول 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. (خر عاملی، همان؛ ۲۱۶/۲۰)

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 مفروغ عنه بوده است، از این رو نحوه تلفظ بیان شده است.

۳-۳-۴- ادله دیگر

بسیاری از فقها چون دلالت آیات و روایات را بر بطلان نکاح معاطاتی کافی ندانسته‌اند برای اثبات بطلان نکاح معاطاتی به ادله متنوع دیگری شامل اصول عملیه و غیر آن تمسک جسته‌اند که ذیلاً به بیان و بررسی آنها می‌پردازیم:

صاحب نظری در باب قرارداد نکاح معاطاتی معتقد است، قرارداد مذکور باطل است، زیرا اصل اولیه حاکم بر معاملات، اصل بطلان است و صحت و نفوذ هر قراردادی نیازمند به دلیل تنفیذ و صحت است، چون قرارداد مزبور فاقد دلیل صحت است، اصل اولیه حاکم بر آن اقتضای بطلان آن را دارد. (آل بحر العلوم، ۱۳۶۲؛ ۱۷۱/۲)

این دلیل برای اثبات بطلان نکاح معاطاتی کافی نیست، زیرا اصل بطلان، در موردی حاکم و جاری است که شرایط نفوذ قرارداد محرز نباشد، ولی اگر تمام شرایط صحت قرارداد، مانند اهلیت و سایر شروط احراز گردید، نمی‌توان به استناد اصل بطلان، قرارداد را باطل تلقی نمود، زیرا با جمع شرایط صحت در قراردادی، دلایل عام صحت قرارداد و لزوم آن، شامل مورد می‌گردد و اصل بطلان در موردی جاری است که شرایط صحت قرارداد محرز نباشد. علاوه بر این، ظهور عرفی هر عملی دلالت بر صحت عمل مذکور دارد و در نکاح بر خلاف سایر عقود، چون موضوع آن اشخاص است، باید احتیاط بیشتری کرد و اقتضای احتیاط بیشتر، در این است که باید حتی الامکان قرارداد منعقد شده را حمل بر قرارداد

نافذ نمود. در نتیجه، به استناد اصل بطلان و سایر اصول عملی نمی‌توان حکم به بطلان عقد مهمی مانند نکاح نمود و بطلان چنین قراردادی، نیازمند دلیل است و عدم دلیل، دلیل بر بطلان نمی‌شود.

دلیل دیگری که برای بطلان قرارداد نکاح معاطاتی به آن استدلال شده، اصل حرمت در فروج و حرمت جنس مخالف بر دیگری است. به این بیان که، چون اصل اولی در رابطه با طرفین عقد معاطاتی، حرمت و ممنوعیت است، با وقوع نکاح معاطاتی، شک در رفع حرمت و ممنوعیت می‌گردد و اقتضای اصل این است که استصحاب بقاء اصل حرمت و ممنوعیت گردد و از بقاء ممنوعیت و حرمت، کشف می‌گردد که نکاح معاطاتی باطل است. (همان)

این دلیل نیز قابل مناقشه است، زیرا اصل حرمت، در اموال نیز حاکم است. اصل اولیه حاکم بر افراد و اموال، اصل حرمت است، ولی در اموال بعد از تحقق بیع داد و ستدی، کسی شک در رفع اصل حرمت ندارد و با معاطات مال، اصل حرمت نسبت به مال مورد داد و ستد منتفی می‌شود. در نتیجه، همانگونه که در اموال، بعد از معاطات، اصل حرمت نسبت به آن منتفی می‌گردد، در نکاح نیز می‌توان حکم به بقاء اصل حرمت نمود و از بقاء این حرمت، کشف بطلان قرارداد نکاح معاطاتی نمود. به بیان دیگر، قلمرو اصل حرمت حاکم بر ممنوعیت مال یا شخص تا زمانی است که قراردادی در مورد آن مال یا شخص منعقد نشده است، همین که عرفاً قرارداد، در مورد موضوع اصل حرمت منعقد گردید، دیگر نمی‌توان حکم به بقاء اصل حرمت و بطلان قرارداد منعقد شده به استناد آن نمود. در نتیجه، اصل حرمت بعد از وقوع معامله نمی‌تواند حاکم بر مورد گردد.

دلیل دیگری که برای اثبات بطلان نکاح معاطاتی اقامه گردیده، جائز بودن قرارداد معاطاتی است. به این بیان که نکاح، قراردادی لازم است حتی طرفین آن حق ندارند در ضمن عقد شرط خیار درج نمایند، یا قرارداد را اقاله کنند، ولی معاطات قراردادی جائز است. بنابراین حکم جواز معاطات با ماهیت نکاح، منافات ذاتی دارد. در نتیجه، قرارداد نکاح معاطاتی باطل است، زیرا ممکن نیست عقد نکاح غیر لازم و به صورت جائز محقق گردد. (همان)

این دلیل نیز نمی‌تواند اثبات ادعا کند، زیرا معاطات در مقام عقد لازم، قراردادی لازم است و امروزه، این موضوع مسلم است که معاطات یک عقد مستقل نیست و در مقام هر عقدی که واقع گردد: اثر و احکام آن عقد را خواهد داشت. بنابراین، اگر معاطات، در مقام بیع صورت گیرد، همانگونه که این نوع معامله در عرف رایج است، اثر و احکام بیع را خواهد داشت و اگر در مقام عاریه محقق گردد، اثر و احکام عاریه را خواهد داشت و اگر در مقام نکاح نیز منعقد گردد، آثار و احکام نکاح بر آن مترتب می‌شود. در نتیجه، معاطات یک قرارداد مستقل در مقابل سایر عقود معین نیست، بلکه قالبی است که می‌توان عقود را از طریق آن، انشاء نمود و هر عقدی که در قالب معاطات قرار گیرد، آثار و احکام آن قرارداد بر معاطات مترتب می‌شود. در نتیجه، این دلیل نیز مانع نفوذ معاطات و نکاح داد و ستدی نمی‌گردد.

دلیل دیگری که برای بطلان نکاح معاطاتی بیان شده، عبارت از، منافات نکاح معاطاتی با قوانین آمره و مرتبط با نظم عمومی است. به این بیان که: در قرارداد نباید به حدود و قوانین آمره تجاوز گردد، در حالی که نکاح معاطاتی، موجب تجاوز به قوانین آمره است، زیرا هر آمیزشی که دو جنس مخالف با هم داشته باشند زنا محسوب می‌گردد مگر اینکه طرفین قبل از اقدام به آمیزش و رابطه جنسی، نکاح لفظی و قولی معتبری را منعقد کرده باشند.

اگر نکاح معاطاتی، موجب صحت و درستی رابطه طرفین گردد، لازمه این مبناء، این است که، در موارد رضایت طرفین به رابطه جنسی، زنا محقق نشود و زنا خاص موردی گردد که یکی از طرفین به عنف یا زور دیگری را مجبور به داشتن رابطه نماید. در حالی که احدی معتقد به این لازمه نیست. علاوه بر این، مفهوم زنا عرفاً شامل این مورد نیز می‌گردد. در نتیجه، نفوذ نکاح معاطاتی، موجب تعطیلی زنا می‌گردد. به بیان دیگر، فارق بین زنا و نکاح لفظ است، در صورتی که نکاح بدون لفظ و با دادو ستد محقق گردد و این قرارداد نیز نکاح محسوب شود، مصداقی برای زنا در عرف باقی نمی‌ماند مگر در موارد زنای به عنف و اکراه که از موارد نادر است و این تفسیر بر خلاف سیره عقلاء است. (همان، نائینی، ۱۴۰۴، ص: ۲۲۰/۱؛ ۴۱۸، ص: ۱۸۹/۱؛ انصاری، ۱۴۱۵، ص: ۷۷)

صاحب نظری دیگر این دلیل را به تقریب دیگر بیان نموده و اظهار می‌دارد: داد و ستد و نکاح معاطاتی ضد نکاح است، زیرا در برابر نکاح، چیزی جز زنا وجود ندارد، زنا نیز عبارت از هر آمیزشی است که مسبوق به صیغه نیست. بنابراین، با ایجاد ضد، نکاح منتفی می‌گردد و امکان ندارد که بتوان با ایجاد ضد نکاح، انشاء نکاح نمود. در نتیجه نکاح معاطاتی باطل است. به این بیان اشکال وارد می‌کنند که معاطات در صورتی ضد نکاح است که در انشاء نکاح، لفظ معتبر باشد و نکاح معاطاتی باطل و زنا محسوب گردد. در حالی که باید با فرض عدم اعتبار لفظ در انشاء نکاح، به وضعیت حقوقی نکاح معاطاتی پرداخت. بنابراین قطع نظر از موضوعیت داشتن لفظ در انشاء نکاح، آیا می‌شود حکم نمود که نکاح معاطاتی زنا است. اگر با این فرض به نکاح معاطاتی نظر شود، فعل و نکاح دادوستدی نیز مصداق نکاح است و نکاح این قابلیت را دارد که با لفظ یا فعل انشاء گردد. از طرف دیگر با فرض پذیرش ملازمه ضدیت نکاح دادوستدی با نکاح، این ضدیت مخصوص فعل خاص است، ولی سایر افعال از قبیل اشاره و غیره، با نکاح ضدیت ندارد. نهایت چیزی که در این مورد می‌توان گفت، این است که از لحاظ قانونی برای انشاء نکاح، لفظ اعتبار و موضوعیت دارد و الا معاطات ضد نکاح محسوب نمی‌شود و با آن ضدیت و تمانع ندارد. (خویی، بی تا: ۱۹۲/۲)

فقیه دیگری در مقام پاسخ به اشکال مذکور معتقد است: در عرف بین زنا و ازدواج فرق است و آن دو، دو مفهوم جدا از هم محسوب می‌گردند. نکاح، اعم از این که معاطاتی یا قولی و لفظی منعقد گردد، مفهوماً از زنا متمایز است. بنابراین، اگر زوجین یا طرفین با هم گفتگو نمایند و بعد از توافق بر شرایط قرارداد، زن جهزیه خود را جمع نموده و به خانه مرد به قصد همسر او شدن حرکت نماید و ایجاب خود را با این حرکت انشاء کند و مرد نیز به قصد پذیرفتن و قبول ایجاب او، در خانه را به روی او باز کند. در این مورد تمام آثار نکاح لفظی بر این نکاح مترتب است، بله اگر زن و شوهر با آمیزش قصد انشاء عقد نمایند، این آمیزش حرام و ممنوع است، لیکن مانعی ندارد که به آمیزش خارجی در عالم اعتبار، دو عنوان منطبق گردد. در نتیجه آمیزش از این جهت که حرام است، بر آن عنوان زنا صدق کند و از این جهت که سبب و انشاء عقد نکاح است، بر آن عنوان سببیت صدق نماید. مانند مورد اجتماع امر و نهی، مگر اینکه گفته شود، آمیزش عرفاً از اسباب انشاء محسوب نمی‌شود و عقلاء آمیزش را ایجاب و قبول نکاح محسوب نمی‌کنند و این که اصل بر رضایی بودن عقد نکاح است، ناظر بر انشاء آن به هر صورت و کیفیت نیست، بلکه ناظر بر موردی است که آن لفظ یا فعل یا اشاره عرفاً، سبب انشاء قرارداد و عقد حساب گردد. (امام خمینی، ۱۴۱۵، ص: ۱۸۰/۱ به بعد)

استدلال مذکور و اشکالات وارده بر آن را می‌توان مورد تأمل قرارداد. اما خود استدلال که نفوذ نکاح معاطاتی را ملازم با زنا تلقی می‌نماید، می‌توان از جهاتی در آن مناقشه کرد، زیرا اولاً منظور از فعلی که با آن نکاح معاطاتی منعقد می‌گردد، آمیزش نیست، بلکه افعالی غیر از آمیزش است، مانند اینکه مردی حلقه‌ای را به قصد انشاء و ایجاب نکاح، به زوجه تقدیم

کند و او هم به قصد قبول ایجاب نکاح، حلقه مذکور را قبول نماید. در این مورد، نکاح معاطاتی منعقد است، بدون این که آمیزش و فعل حرامی محقق گردد، یا مفهوم و یا مصداق زنا با نکاح مختلط شود. ثانیاً هر آمیزشی ملازمه با زنا ندارد، مثلاً و طی به شبهه یک آمیزش غیر نکاحی است، ولی عرفاً بر آن زنا اطلاق نمی‌گردد. بنابراین، در زنا باید قصد آمیزش با بیگانه در طرفین باشد و هر کدام از طرفین که در تشخیص اشتباه کرده است، عمل نسبت به او زنا تلقی نمی‌گردد. هر گاه طرفین به قصد این که همسر همدیگر محسوب شوند، آمیزش کنند، عمل مذکور زنا نیست و اگر ثابت گردد که هدف آنان از آمیزش، انشاء عقد نکاح است، نمی‌توان عمل آنان را زنا محسوب کرد. در نتیجه، عنوان زنا بر آمیزشی منطبق است که طرفین با علم به عدم رابطه زناشویی و عدم قصد ایجاد آن با فعل، اقدام به آمیزش نمایند. ولی اگر طرفین قصد ایجاد نکاح را با آمیزش داشته باشند. بر این عمل عنوان زنا صدق نمی‌کند. پس، موضوع ضد بودن معاطات با نکاح در صورتی تمام است که مطلق آمیزش بدون نکاحی و صیغه‌ای، زنا محسوب گردد، در حالی که مطلق آمیزش بدون صیغه، زنا شمرده نمی‌شود، بلکه باید برای تحقق زنا، طرفین یا یکی از آنان قصد فساد یا سوء نیت داشته باشد. انتقادی که بر پاسخ تعدد عنوان آمیزش، که آن را هم منطبق با فعل حرام و هم منطبق با سببیت می‌دانست، این است که نکاح یک امر عرفی است. افعال و الفاظ آن را باید حمل بر معانی عرفی نمود و عرفاً نمی‌توان هر ماهیت حقوقی را با هر فعلی یا قولی انشاء کرد، مگر این که آن فعل یا قول دلالت صریح بر قصد انشاء کننده داشته باشد.

آمیزش اصلاً قابلیت انشاء را ندارد، زیرا عرفاً دلالت بر چیزی غیر از خود آمیزش ندارد و به قول معروف آمیزش، لسان و بیان ندارد. ولی این احتمال آخر قابل حمایت است، زیرا اصل رضایی بودن عقد، این اقتضا را ندارد که طرفین از شیوه‌های معمول و رایج عقلایی انعقاد قرارداد، استفاده نکنند و به اعمال و اقوال خود، معنای جدید غیر مقصود عقلایی بدهند، بلکه اصل رضایی بودن قراردادها، این اقتضا را دارد که طرفین در انعقاد قرارداد خود ملزم به رعایت تشریفات خاصی نیستند، ولی باید طوری قرارداد را منعقد نمایند که عقلاً آنان را منعقد کننده قرارداد محسوب و ماهیت انشایی آنها را محرز بدانند و این استعمال الفاظ و افعال در معانی عرفی خود، تشریفات شمرده نمی‌شود.

دلیل دیگری که برای اثبات بطلان نکاح معاطاتی اقامه شده است، عدم امکان عقلی یا محال عقلی است. به این بیان که: محال است که نکاح در قالب فعل و عمل محقق گردد، زیرا این یک قاعده عقلی است که هر علتی باید نسبت به معلول خود از لحاظ زمانی تقدم رتبی داشته باشد، یعنی در لحظه و زمان اول، علت باید موجود شود که از تأثیر گذاری آن، معلول محقق گردد. محال است که معلول، مقدم بر علت یا همزمان با آن محقق گردد. اگر در فرضی علت و معلول در کنار هم و همزمان بودند، باید در وجود رابطه علت و معلولی بین آن دو شک کرد و در تشخیص علت اشتباه صورت گرفته است. این یک قاعده عقلی است که قابل تخصیص و تقیید نیست. در نکاح معاطاتی نیز، عقد نکاح سبب حلیت تمتع است، اگر با فعل، نکاح محقق گردد و این نکاح نافذ باشد، معلول بر علت خود مقدم شده است که این امکان ندارد. در نتیجه، به استناد قاعده عقلی لزوم تقدم و وجودی و زمانی علت بر معلول، نکاح معاطاتی باطل است. (آل بحرالعلوم، پیشین: ۱۷۱ به بعد)

در تطبیق این قاعده بر مورد بحث می‌توان مناقشه کرد و دلیل مناقشه آن نیز روشن است، زیرا در صورت صدق تطبیق این قاعده عقلی، بیع معاطاتی نیز باید به استناد این قاعده باطل یا محال گردد، در حالی که کسی معتقد به بطلان معاطات در مقام بیع نیست و اختلاف در آثار معاطات است، ولی صحت معاطات مورد قبول تمام صاحب نظران است. در

نتیجه، اصل قاعده تمام است، هر علتی باید بر معلول خود تقدم رتبی و وجودی داشته باشد، ولی این قاعده بر مورد بحث منطبق نیست و اشکال در تطبیق است. در بیع معاطاتی نیز مشتری با تصرف و قبض مبیع، قصد مالک شدن آن را می‌نماید، در حالی که اصل، حرمت تصرف در مال غیر است و زمانی مشتری می‌تواند در این مال و مبیع تصرف کند که مالک گردد، ولی مشتری با تصرف در مبیع انشاء بیع می‌کند. در نتیجه، ایراد مذکور بر فرض وارد بودن آن، مخصوص نکاح نیست و نسبت به تمام عقود معاطاتی جاری است. ولی باید توجه کرد که تصرف مشتری در مبیع، به قصد تصرف مالکانه نیست. بلکه تصرف به قصد انشاء مملک است، چون تصرف مشتری به قصد تصرف مالکانه نیست، مورد و صغرای این قاعده عقلی قرار نمی‌گیرد، در نکاح نیز تصرف طرفین به قصد تصرف زوجیت و تمتع نیست، بلکه به قصد تصرف انشاء زوجیت است که عبارت از نکاح است، در این صورت بر این تصرف عنوان علت صادق است و عنوان معلول بر آن صدق نمی‌کند، زیرا تصرف مذکور از باب تصرف ناشی از حق مالکیت یا حق زوجیت نیست، بلکه تصرف برای ایجاد ماهیت نکاح یا بیع است.

علاوه بر این، در نکاح چون طرفین قرارداد در حکم عوضین قرارداد نیز محسوب می‌شوند، هر تصرفی مستلزم، تصرف ناشی از آثار نکاح نیست، مثلاً مردی با اشاره به زن انشاء نکاح نماید و زن نیز با اشاره آن را قبول کند. یا مرد انگشتی را به زن به نشانه ایجاب نکاح بدهد و زن نیز به نشانه قبول نکاح، آن را مورد پذیرش قرار دهد. هیچیک از این تصرفات، تصرفات ناشی از نکاح محسوب نمی‌شود. در نتیجه، قاعده عقلی لزوم تقدم رتبی و وجودی علت بر معلول بر مورد بحث منطبق نیست، زیرا هر فعل و عملی عرفاً به منزله آثار زناشویی نیست. از طرف دیگر، در صورت وجود ملازمه عرفی بین تصرفات و نکاح، چون تصرف به قصد انشاء نکاح است. این تصرف، علت تحقق نکاح محسوب می‌گردد و طرفین نیز به قصد تحقق نکاح این تصرف را انجام می‌دهند. در نتیجه، قاعده مذکور بر موضوع مورد بحث منطبق نیست.

دلیل دیگری که برای اثبات بطلان نکاح معاطاتی به آن استدلال شده است، عدم امکان وقوع نکاح به وسیله فعل و عمل است، زیرا عرفاً هیچ عملی فی نفسه و بدون قصد طرفین، دلالت بر انشاء نکاح ندارد، در حالی که برای صحت معاطات لازم است، فعل فی نفسه، ولو با عدم قصد انشاء طرفین، ظهور در انعقاد قرارداد داشته باشد. این نظریه معتقد است: ملاک وقوع معامله به وسیله فعل، این نیست که فعل به قصد تحقق ماهیت حقوقی انجام گیرد تا ماهیت مورد نظر منعقد شود، بلکه ملاک این است که فعل عرفاً مصداق آن معامله محسوب گردد طوری که فعل به حمل شایع صناعی بر آن معامله حمل شود. مثلاً اگر مشتری در بیع قصد انعقاد بیع با پرش نماید، با پریدن مشتری بیع منعقد نمی‌شود، بلکه لازم است فعل صادره از مشتری، عرفاً مصداق انعقاد بیع محسوب شود، مانند قبض و اقباض ثمن و مثنی در خارج، این عمل عرفاً مصداق بیع محسوب می‌شود. خلاصه قصد انجام فعلی که عرفاً مصداق معامله محسوب گردد برای انعقاد قرارداد کافی است. اعم از آن که طرفین، قصد انجام فعل مذکور برای انعقاد قرارداد را داشته یا نداشته باشند، بلکه اگر قصد عدم انطباق نیز کنند، با انجام فعل مذکور قرارداد منعقد می‌شود. مثلاً اگر کسی که مالی را فروخته است، در آن مال به قصد تصرف در مال غیر در زمان خیار تصرف نماید، این عمل قهراً فسخ تلقی می‌گردد و با این عمل قرارداد فسخ می‌شود، هر چند قصد بایع، تصرف در مال مشتری بوده است. یا در موردی که مردی زوجه خود را به طلاق رجعی طلاق می‌دهد، اگر با او به قصد این که اجنبی است و به قصد انجام فعل حرام آمیزش نماید یا او را تقبیل کند، با این عمل، او از طلاق رجوع نموده است، هر چند که او قصد رجوع از طلاق نکرده است، بلکه قصد خلاف رجوع را کرده

است. دلیل و مبنای تمام این احکام، این است که این اعمال، مصداق عرفی فسخ و رجوع محسوب می‌شود، هر چند طرف قصد فسخ و رجوع نکرده است. (نائینی، ۱۴۱۳:ق: ۲۲۲/۱)

بر مبنای این نظریه برای صحت معاطات، هر فعلی کفایت نمی‌کند، بلکه باید افعالی باشد که عرفاً مصداق عمل حقوقی محسوب گردد، ولو طرفین قصد انعقاد قرارداد را نکنند یا قصد عدم انعقاد نمایند، ولی با انجام این عمل، ماهیت حقوقی عرفاً محقق یابد و چون در عرف جامعه، چنین فعلی وجود ندارد که فی نفسه انجام آن، انعقاد قرارداد نکاح محسوب گردد، نکاح معاطاتی باطل است. لیکن در این نظریه می‌توان از جهاتی تأمل نمود: نخست این که، معاطات یک قرارداد و معامله است و بر مبنای قاعده تابعیت عقد از قصد، هر قرارداد، با قصد انشاء محقق می‌گردد. ماده ۱۹۱ قانون مدنی که بر مبنای این قاعده تنظیم شده است، قصد انشاء را علت ایجاد کننده، عقد تلقی می‌کند. بنابر این چگونه ممکن است، با وجود عدم قصد یا قصد بر عدم معامله، قرارداد منعقد شود. اگر عقد تابع قصد است، چطور ممکن است که عقدی از تابعیت قصد تخلف نماید و از آن پیروی نکند. نسبت قصد به عقد، نسبت علت با معلول یا مقتضی با مقتضا است، ممکن نیست که معلول از علت و مقتضا تخلف نماید. این یک قاعده عقلی است که قابل تخصیص نیست. (باریکو، همان: ۱۸۶-۱۸۵)

دوم این که، در مورد تصرف فروشنده دارای خیار در مبیع، تصرف در صورتی فسخ قرارداد محسوب می‌گردد که بایع قصد اعمال خیار نماید. در صورتی که این تصرف ناشی از غفلت یا اضرار به مشتری واقع گردد، چنین تصرفی، اعمال خیار محسوب نمی‌گردد. همانطوری که در جای دیگر به این موضوع اعتراف کرده و معتقدند: اگر فروشنده دارای خیار، در مبیع به قصد تصرف عدوانی تصرف نماید، این تصرف، اخذ به یکی از دو طرف خیار که، عبارت از فسخ و امضاء قرارداد است، محسوب نمی‌شود، چون امکان صدق عنوان غصب بر این تصرف وجود دارد. بنابراین، تصرف مذکور دو وجهی است، یک وجه عبارت از سقوط خیار با این تصرف و وجه دیگر عبارت از غصب و تصرف عدوانی است، این مورد را نباید با موردی که مالک با تصرف در مال خود قصد تصرف عدوانی می‌نماید، مقایسه کرد، زیرا در این فرض متصرف، مالک است در حالی که، غصب عبارت از تصرف و استیلاء بر مال غیر است. (نائینی، ۱۴۱۸:ق: ۷۱/۳) بنابراین، همانگونه که بیان شد، صرف تصرف بایع دارنده خیار در مبیع با وجود قصد تصرف در مال غیر و غصب، اسقاط کننده خیار او نیست، زیرا اسقاط ایقاع است و هر ایقاعی تحقق آن نیاز به قصد انشاء دارد.

سوم این که، تصرف و لمس یا تقبییل مطلقه رجعیه از طرف مرد، بر این عنوان، عمل حقوقی صادق نیست، بلکه مطلقه رجعیه تا زمانی که در عده است، در حکم زوجه طلاق دهنده است و شکی نیست که وقتی بین زن و مردی رابطه زوجیت برقرار است، آن دو نسبت به همدیگر بیگانه محسوب نمی‌شوند و قصد تصرف در بیگانه از طرف مرد لغو و زائد است. رجوع در طلاق رجعی از امور انشایی و ایقاع نیست که تحقق آن منوط به قصد رجوع کننده گردد، بلکه در ایام عده مرد حق استمتاع از همسر مطلقه رجعیه خود را دارا است که در صورت استفاده مرد از این حق، تعبیر به رجوع می‌شود. بنابراین، رجوع در طلاق رجعی بیگانه را به زوجیت رجوع کننده در نمی‌آورد و رجوع نوعی اخذ به شفعه یا مانند آن نیست که زن را به رغم اراده خود، به زوجیت مرد در آورد، بلکه زوجه مطلقه به طلاق رجعی، در ایام عده، زوجه مرد طلاق دهنده محسوب می‌گردد و استمتاع زن و شوهر از همدیگر یک عمل حقوقی نیست، هر چند عرف از این استمتاع تعبیر به رجوع کند. البته در جای دیگر این نظر را مورد قبول قرار داده و معتقدند: اگر مردی با همسر مطلقه به طلاق رجعی

خود آمیزش کند و از این فعل قصد زنا نماید، این قصد، استمتاع مرد از زن را به زنا تبدیل نمی‌کند، هر چند او قصد فعل حرام کرده است، چون مطلقه رجعیه در ایام عده همسر آن مرد محسوب می‌شود. (همان)

در نتیجه، برای تحقق معاطات نیز، فعل بدون قصد کافی نیست و باید طرفین معاطات، قصد انشاء ماهیت حقوقی مورد نظر کنند.

صاحب نظری دیگر، فارق بین ازدواج و نکاح و فجور و زنا را لفظ دانسته و معتقد است: اگر رابطه دو جنس مخالف با لفظ انشاء گردد، این نکاح است، ولی اگر این رابطه با فعل انشاء شود، این زنا است. بنابراین، در انشاء عقد نکاح، لفظ موضوعیت دارد و معتبر است و رضایت باطنی یا ایجاب و قبول فعلی کفایت نمی‌کند. (طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹، ه.ق: ۸۵۷/۲) صاحب نظری، ضمن ایراد بر این معیار، معتقد است: فارق بین زنا و نکاح لفظ نیست، بلکه فارق بین آن دو قصد طرفین است، زیرا در زنا آمیزش صورت گرفته، عنوان زوجیت ندارد، ولی در نکاح، آمیزشی محقق شده که دارای عنوان زوجیت و قصد زوجیت است، هرچند این نکاح با الفاظ انشاء نگردد. (حکیم، ۱۳۹۲ ه.ق: ۳۶۸/۱۴)

به نظر می‌رسد که معیار تمیز زنا از نکاح قصد طرفین است و لفظ فارق بین نکاح و زنا نیست، زیرا اگر ملاک تمیز نکاح از زنا لفظ باشد، در این صورت نکاح افراد لال، چون فاقد لفظ است، باید زنا محسوب گردد، در حالی که کسی بر زنا بودن نکاح این افراد حکم نکرده است در نتیجه، هر آمیزش فاقد لفظی، زنا محسوب نمی‌گردد. مانند آمیزش ناشی از شبهه و نکاح افراد لال یا نکاح افراد تازه مسلمان که قبلاً ازدواج کرده‌اند، یا کسانی که با جهل به لزوم اعتبار لفظ در نکاح، اقدام به انعقاد نکاح با فعل کرده‌اند، ولو این که گفته شود، این افراد باید مجدداً تجدید عقد کنند، ولی آمیزش آنان زنا محسوب نمی‌گردد، زیرا در زنا قصد فجور و تباهی است، ولی در نکاح قصد پاکی و پاکدامنی است. در نتیجه، فارق بین نکاح و زنا لفظ نیست.

دلیل دیگری که برای بطلان نکاح معاطاتی بیان شده، این است که: اجماع بر اعتبار لفظ در نکاح اقامه شده است و نکاح معاطاتی باطل است زیرا به استناد اجماع، نکاح باید به لفظ منعقد گردد. (انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق: ۷۷؛ آل بحر العلوم، پیشین: ۱۷۱)

در این مورد نیز، می‌توان گفت، هرچند در فقه، تمام فقهاء بر اعتبار لفظ در انشاء نکاح نظر داده‌اند، لیکن احتمال دارد که این نظر مبتنی بر سیره و عرف عقلاء است که در عرف تمام نکاح منعقد، با لفظ انشاء می‌شود و تأیید و تقویت می‌کند این احتمال را نظر بیشتر فقهاء که به دلیل عقلی برای اثبات لزوم لفظ در انشاء استناد کرده‌اند. در نتیجه از این اتفاق مشکل می‌توان، کشف اجماع کرد و حکم نمود که نظر معصوم بر این است که در نکاح لفظ موضوعیت دارد و نکاح معاطاتی باطل است.

صاحب نظری دیگر دلیل بطلان نکاح معاطاتی را اهمیت آن نزد هر ملتی دانسته و معتقد است: علت صحت بیع معاطاتی، و بطلان نکاح معاطاتی در این است که نکاح در نزد هر قوم و ملتی از اهمیت ویژه و خاصی برخوردار است که در انعقاد آن تنها به قصد و رضا و لفظ یا فعل اکتفاء نمی‌نمایند، بلکه کیفیت انشاء و انعقاد آن نیز به دلیل اهمیت اصل نکاح برای عرف مهم است. به رغم، اختلافی که اقوام با همدیگر دارند، در این نکته اتفاق نظر دارند. به علت همین اهمیت، عرف راضی به تحقق نکاح بدون تشریفات و لفظ خاص نمی‌شود. (اراکی، ۱۳۷۷: ۱۵۹)

به نظر می‌رسد استدلال مذکور از جهاتی مورد توجه و حمایت است که به عمده وجوه آن اشاره می‌شود.

نخست این که نکاح و سایر معاملات یک مفهوم و ماهیت حقوقی عرفی است که در عرف هر جامعه‌ای به وجود آمده و مورد استفاده قرار گرفته است حدیث مشهور « لکل قوم نکاح » بیانگر این است که نکاح یک موضوع و ماهیت عرفی است و یک ماهیت شرعی نیست که تحقق آن منوط به رعایت تشریفات خاصی از طرف قانونگذار گردد، بلکه قانونگذار می‌تواند بعضی از مصادیق آن را ممنوع نماید، مانند نکاح شغار که قانون اسلام آن را ممنوع نموده است. پس، نکاح یک ماهیت عرفی است.

دوم این که، نکاح در دید تمام اقوام و ملت‌ها از اهمیت خاص برخوردار است و به لحاظ این اهمیت، عرف هر جامعه‌ای تا حدودی آن را تابع تشریفات نموده یا به دلیل اهمیت آن، توجه خاص نموده است که در سایر معاملات این توجه را ندارد.

سوم این که لسان و بیان اعمال و رفتار در بسیاری از موارد مبهم است، در حالی که، لسان و بیان لفظ گویاتر و واضح تر از بیان عمل و فعل است. در نتیجه، از آن جهت که عرفاً هیچ فعلی انجام آن، دلالت بر قصد انشاء و انعقاد عقد نکاح ندارد و از طرف دیگر، با توجه به اهمیتی که عرف برای نکاح معتقد است، لازم است که عقد نکاح نه تنها با لفظ منعقد گردد، بلکه باید با لفظی منعقد شود که عرفاً صریح در مقصود است و هیچگونه ابهام و ایهامی ندارد.

چهارم این که، فعل و عمل در سایر عقود، بر خود موضوع و مورد قرارداد انجام می‌شود، مثلاً در بیع معاطاتی، طرفین با قبض و اقباض ثمن و مثن، قرارداد بیع را منعقد می‌کنند و این عمل نیز عرفاً دلالت بر انعقاد بیع از طرف متعاملین دارد، ولی در نکاح امکان ندارد که فعل طرفین دلالت بر قصد آنان به انعقاد نکاح کند، زیرا در نکاح، موضوع قرارداد و طرفین آن، واحد است، در حالی که، در سایر عقود، موضوع و طرف متعدد است. این وحدت موضوع و طرف قرارداد در نکاح، مانع ظهور و دلالت فعل بر قصد انشاء می‌شود. (باریکلو، همان؛ ۱۸۹)

در نتیجه، به نظر می‌رسد، لفظ گرایی در عقد نکاح دارای مبانی فقهی و عقلی و عرفی قوی است و نکاح غیر لفظی یا همان نکاح معاطاتی باطل است، ولی نه به استناد این که فعل در نکاح ملازم با ضد است که عبارت از زنا است. یا این که، اجماع بر اعتبار لفظ در نکاح قائم است بلکه به این دلیل که نکاح در دید عرف یک قرار داد بسیار مهم است و تعهدات سنگینی برای طرفین ایجاد می‌کند و عرف پیوسته به دلیل اهمیتی که برای آن قائل است، لازم می‌دارد که تشریفات یا حداقل طوری منعقد گردد که هیچ ابهامی در قصد طرفین عرفاً وجود نداشته و انشاء طرفین به صراحت، دلالت بر مقصود و نکاح کند و بیان و لسان فعل در مورد نکاح، عرفاً فاقد دلالت است و در موردی هم که برای بعضی از افعال فرض دلالت گردد، دلالت و بیان مذکور مجمل و مبهم است، در حالی که عرف بیان و دلالت مجمل و مبهم را برای انعقاد نکاح کافی نمی‌داند. بنابر این نکاح معاطاتی باطل است و نکاح فقط با صیغه لفظی تحقق پیدا می‌کند و لاغیر.

فهرست منابع

منابع فارسی

کتاب

قرآن کریم.

۱. اراکی، شیخ محمد علی (۱۳۷۷)، نکاح، چاپ اول، قم، نورنگار.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، ج ۴، چاپ نوزدهم، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
۳. امامی، سید حسن (۱۳۷۷)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ نوزدهم، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة.
۴. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵ ه.ق)، کتاب النکاح، چاپ اول، قم، کنگره بزرگداشت شیخ.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۸)، حقوق خانواده، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸)، ترمینولوژی حقوق، چاپ بیستم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۷. حائری شاه باغ، سید علی (۱۳۸۲)، شرح قانون مدنی، جلد اول، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۸. خمینی، سید روح اله (۱۳۸۲)، مجموعه آرای فقهی در امور حقوقی، نکاح - ۱، جلد ۱، چاپ دوم، قم، معاونت آموزش و تحقیقات قوه قضاییه.
۹. صادقی تهران، محمد (بی تا)، رساله توضیح المسائل نوین، قم، انتشارات فرهنگ اسلامی.
۱۰. صفایی، سید حسین و امامی، اسداله (۱۳۸۲)، حقوق خانواده، جلد ۱، چاپ نهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. صفایی، سید حسین و امامی، اسداله (۱۳۹۲)، مختصر حقوق خانواده، چاپ سی و چهارم، تهران، نشر میزان.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، دوره حقوق مدنی (عقود معین)، جلد اول، چاپ چهاردهم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، حقوق مدنی، خانواده، جلد ۱، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۴. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۳)، بررسی فقهی حقوق خانواده، چاپ هفدهم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲)، سلسله مباحث خارج فقه کتاب النکاح، ج اول، چاپ اول، قم، مدرسه الامام الامیرالمؤمنین.

مقالات

۱۶. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۱)، رساله دکتری «تأثیر منع قانونی بر قرارداد در حقوق ایران»، دانشکده علوم انسانی دانشگاه تربیت مدرس.
۱۷. حسینی ادیانی، سید ابوالحسن (۱۳۸۲)، «نکاح معاطاتی» مقالات و بررسی‌ها، زمستان ۱۳۸۲، ش ۷۴.
۱۸. هدایت نیا، فرج الله (۱۳۸۷)، فصلنامه مطالعات راهبردی زنان «نکاح معاطاتی از منظر فقه»، دوره ۱۰، ش ۴۰.

منابع عربی

۱۹. ابن منظور، ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرم (۱۴۰۵ق)، لسان العرب، جلد ۱۵، چاپ اول، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۲۰. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۰ق)، کتاب المکاسب، ج ۳، چاپ اول، قم، مؤسسه باقری.
۲۱. آل بحر العلوم، سید محمد (۱۳۶۲)، بلغة الفقیه، جلد ۲، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مکتب صادق.
۲۲. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناظره، جلد ۲۳، چاپ اول، قم، جماعة المدرسین.

۲۳. جبعی عاملی، (شهیدثانی) زین الدین بن علی (۱۴۱۰)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، جلد ۳، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری.
۲۴. جبعی عاملی - شهید ثانی - زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۵، چاپ اول، قم، کتابفروشی داوری.
۲۵. حرّ عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، ج ۱۲، قم، مؤسسه آل البيت.
۲۶. حرّ عاملی، محمد بن الحسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعه، جلد ۲۱، قم، مؤسسه آل البيت.
۲۷. حکیم، سید محسن (۱۳۹۲هـ ق)، مستمسک عروة الوثقی، ج ۱۴، چاپ سوم، نجف، مطبعة الآداب.
۲۸. حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۲ق)، مختلف الشیعه، ج ۵، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۹. حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴)، تذکرة الفقهاء، جلد ۱۰، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت (ع).
۳۰. حلّی (محقق)، ابو جعفر نجم الدین جعفر بن الحسن (۱۴۰۹ق)، شرایع الاسلام، ج ۲، چاپ دوم، قم، انتشارات امیر.
۳۱. خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، چاپ اول، قم، دارالعلم.
۳۲. خمینی، سید روح اله (۱۴۱۵هـ ق)، کتاب البیع، جلد ۱، چاپ پنجم، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۳۳. ----- (۱۴۲۶ق) الموسوعة الفقهیة، ج ۱۳، چاپ چهارم، کویت، وزارت الاوقاف والشئون الاسلامیة.
۳۴. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۳ق)، معجم الرجال الحدیث، جلد ۱۰، چاپ پنجم، مرکز نشر الثقافه الاسلامیة.
۳۵. ----- (۱۴۱۳ق)، معجم الرجال الحدیث، جلد ۱۲، چاپ پنجم، مرکز نشر الثقافه الاسلامیة.
۳۶. ----- (بی تا)، مبانی فی شرح العروة الوثقی، جلد ۳۳، قم، مؤسسه احیاء آثار الامام الخویی.
۳۷. ----- (بی تا)، مصباح الفقاهه، جلد ۲، چاپ سوم، بیروت، دارالهادی.
۳۸. زهیلی، وهبه (۱۴۱۸ق)، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۵، چاپ چهارم، دمشق، دارالفکر.
۳۹. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۴هـ ق)، عروة الوثقی، جلد ۲، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه اعلمی.
۴۰. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۰۹ق)، العروة الوثقی، ج ۲، چاپ دوم، بیروت، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.
۴۱. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸)، ریاض المسائل، جلد ۸، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت.
۴۲. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۹)، ریاض المسائل، جلد ۱۱، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۳. طریحی، فخرالدین (۱۳۶۷)، مجمع البحرين، جلد سوم، چاپ دوم، قم، دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
۴۴. طوسی، ابی جعفر محمد بن الحسن (۱۳۶۵ق)، تهذیب الاحکام، ج ۷، چاپ چهارم، تهران، دارالکتب الاسلامیة.
۴۵. فتح الله، احمد (۱۴۵۰ق)، معجم الفاظ الفقه الجعفری، چاپ اول، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۴۶. فیض کاشانی، محمد محسن، الوافی، جلد ۲۱، چاپ اول، اصفهان، مکتبه الامام امیرالمؤمنین (ع).
۴۷. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۳۶۵)، کافی، جلد ۵، تهران، دار الکتب الاسلامیة.
۴۸. مراغی حسینی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقهیة، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۴۹. نائینی، میرزا محمد حسین - مقرر شیخ موسی خوانساری - (۱۴۱۸هـ ق)، منیة الطالب، جلد ۱، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۵۰. نائینی، میرزا محمد حسین - مقرر محمد علی کاظمینی - (۱۴۰۴هـ ق)، فوائد الاصول، جلد ۱، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۵۱. نائینی، میرزا محمد حسین - مقرر محمد تقی آملی - (۱۴۱۳هـ ق)، مکاسب و بیع، جلد اول، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۵۲. نجفی، محمد حسن (۱۳۷۴)، جواهر الکلام، جلد ۲۹، چاپ چهارم، تهران، المکتبه الاسلامیة.
۵۳. نجفی، محمد حسن، (۱۳۷۴)، جواهر الکلام، ج ۳، چاپ چهارم، تهران، المکتبه الاسلامیة.
۵۴. نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵ق)، مستند الشیعه، جلد ۱۶، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت.