

Research Article

**A Jurisprudential Explanation of Marriage without Verbal Aqd
(Mu'atati) from Imam Khomeini's Point of View**

Ahmad Rastgordani¹

Mahmoud Qayoumzadeh²

Mohammad Rasoul Ahangaran³

Received: 13/10/2022

Accepted: 04/12/2022

Abstract

Mu'atati marriage is one of the challenging and important issues in family jurisprudence. Some jurists, accepting the point that words are not relevant in the fulfillment of demand and acceptance, have claimed the validity of the marriage of mu'atati, but most jurists believe that such a marriage contract (Aqd) is not valid, which was stated by Imam Khomeini. It seems that despite the verses and hadiths, the consensus and the sirah (lifestyle) of Muslims, the view of most jurists is more valid. From the point of view of Imam Khomeini, the requirement of the principle of Mu'atati in every marriage and Iqaa (Those pronouncements which do not require participation of two parties) is that its composition should be

1. PhD student in theology and Islamic studies, Islamic Azad University, Khomein, Iran.

Mahdi.rastgordani@gmail.com.

2. Professor and faculty member of University of Theology and Islamic Studies, Islamic Azad University, Saveh, Iran. (Corresponding Author). maarefteacher@yahoo00.com.

3. Professor and faculty member of University of Theology and Islamic Studies, University of Tehran, Tehran.ahangaran@ut.ac.ir.

* Rastgordani, A., Qayoumzadeh, M., & Ahangaran, M. R. (1401 AP). A Jurisprudential explanation of marriage without verbal Aqd (mu'atati) from Imam Khomeini's point of view. *Biannual Journal of Jurisprudential Principles of Islamic Law*, 15(30), pp. 426-444.

Doi: 10.30495/jijl.2022.69920.1594.

turned into the deed. Because the deed, like the word, is a means of valid creation and iqa. As a result, in this article, the jurisprudential explanation of marriage without a verbal contract (mu'atati) was dealt with from the point of view of Imam Khomeini. For this purpose, the validity of mu'atati marriage has been analyzed by descriptive analytical method and in line with the investigation of this issue, taking into account the views of Imam Khomeini and other jurists.

Keywords

Marriage, Mu'atati marriage, the view of Imam Khomeini, jurisprudence, Iranian law.



مقاله پژوهشی

تبیین فقهی حقوقی ازدواج بدون عقد لفظی (معاطاتی) از دیدگاه امام خمینی (ره)

احمد راستگردانی^۱ محمود قیوم زاده^۲ محمدرسول آهنگران^۳

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۷/۲۱ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۹/۱۳

چکیده

نکاح معاطاتی یکی از مباحث چالشی و مهم در حیطه فقه خانواده است. منظور از نکاح معاطات، انعقاد رابطه زوجیت بدون صیغه ایجاب و قبول است. برخی فقها با پذیرش این نکته که الفاظ در تحقق ایجاب و قبول موضوعیتی ندارند، مدعی صحت نکاح معاطاتی شده‌اند، اما قول مشهور، عدم صحت چنین عقدی است که توسط امام خمینی علیه السلام بیان شده است. به نظر می‌رسد با وجود آیات و روایات، اجماع و سیره مسلمین، قول مشهور از قوت بیشتری برخوردار است. از دیدگاه امام خمینی علیه السلام مقتضای قاعده جریان معاطات در هر عقد و ایقاعی این است که انشای آن به فعل ممکن باشد؛ زیرا فعل نیز مانند قول، وسیله ایجاد و ایقاع اعتباری است. در نتیجه در این مقاله به تبیین فقهی حقوقی ازدواج بدون عقد لفظی (معاطاتی) از دیدگاه امام خمینی علیه السلام پرداخته شد. بدین منظور به روش تحلیلی توصیفی و در راستای بررسی این موضوع، با در نظر گرفتن آرای امام خمینی و دیگر فقها، صحت نکاح معاطاتی واکاوی شده است.

کلیدواژه‌ها

ازدواج، ازدواج معاطاتی، دیدگاه امام خمینی علیه السلام، فقه، حقوق ایران.

۱. دانشجوی دوره دکتری، الهیات و معارف اسلامی آزاد اسلامی خمین. Mahdi.rastgordani@gmail.com

۲. دکتری، استاد، عضو هیات علمی دانشگاه، الهیات و معارف اسلامی، آزاد اسلامی ساوه. (نویسنده مسئول).
maarefteacher@yahoo00.com

۳. دکتری، استاد، عضو هیات علمی دانشگاه، الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران. ahangaran@ut.ac.ir

* راستگردانی، احمد؛ قیوم‌زاده، محمود و آهنگران، محمدرسول. (۱۴۰۱). تبیین فقهی حقوقی ازدواج بدون عقد لفظی (معاطاتی) از دیدگاه امام خمینی علیه السلام. فصلنامه علمی - تخصصی مبانی فقهی حقوق اسلامی، ۱۵(۳۰)، ۴۴۴-۴۲۶.
Doi: 10.30495/jijl.2022.69920.1594

مقدمه

اسلام برای امر ازدواج اهمیت زیادی قائل شده است. شارع مقدس با شناخت عمیق از انسان و نیازهای وی و خطرات و آفاتی که از این حیث در مسیر سعادت او وجود دارد، احکام و آیینی درباره ازدواج برای انسان‌ها قرار داده که در فقه اسلامی بررسی و بیان می‌گردد.

معاطات در عقود، از گذشته مورد توجه فقها بوده و در مورد آن آرای متنوعی صادر شده است؛ جمعی از فقها برای معاطات اثری قائل نشده و بعضی نیز نظرات دیگری را مطرح کرده‌اند. امروزه کمتر فقیهی است که در عقود معاوضی برای معاطات اثری قائل نباشد. از نظر حقوقی نیز تفاوتی در نحوه اعلام اراده با لفظ یا غیر لفظ ایجاب و قبول وجود ندارد. برخلاف بحث معاطات در عقود معاوضی، این موضوع در عقد نکاح همچنان بحث روز است. مطابق قسمت اخیر ماده ۱۹۳ قانون مدنی «... در مواردی که قانون استثناء کرده باشد»، معاطات صحیح است. از جمله موارد استثنای شده، عقد وقف است. مطابق ماده ۵۶ قانون مدنی «به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند» واقع می‌شود. مصداق دیگر بخش اخیر ماده ۱۹۳ قانون مدنی عقد نکاح است. البته این قانون در باب نکاح، میان حالت اختیار و اضطرار فرق گذاشته است. در ماده ۱۰۶۲ آن 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 قانون مدنی با اشاره به حالت عجز از تلفظ آورده: هرگاه یکی از متعاقدين یا هر دو لال باشند، عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می‌شود، مشروط بر اینکه به‌طور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد.

امام خمینی علیه السلام در تعریف نکاح معاطاتی می‌فرماید: اگر زن و مرد باهم گفت گو کردند و قصد ازدواج داشتند و زن با رفتنش به خانه مرد، مثلاً به همراه جهیزیه، زوجیت را ایجاد کند و مرد نیز زوجیت را با تمکین زن در خانه‌اش قبول کند، در این صورت ازدواج معاطاتی صورت می‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ص ۱۸۰).

امام خمینی معتقد است گاهی تصور می‌شود نکاح از عقودی است که با فعل محقق نمی‌شود؛ زیرا تحقق نکاح با فعل، ملازم ضد آن یعنی سفاح است، اما این تصور موردی ندارد؛ زیرا نزد عرف، نکاح با سفاح فرق دارد؛ چه اینکه نکاح هم با قول محقق شود هم با فعل. پس اگر زن و مرد قرار بگذارند و تصمیم به ازدواج بگیرند، زن با تجهیزیه و رفتن به خانهٔ مرد این قصد را محقق کند و مرد نیز بپذیرد و او را به همین منظور در خانه‌اش جای دهد، زوجیت معاطاتی محقق می‌شود و احکام زوجیت از جواز نگاه و آمیزش تحقق بخشند، این آمیزش چون قبل از زوجیت رخ داده، پس حرام است، ولی مانعی ندارد که احکام زوجیت بر آن مترتب شود؛ زیرا ممکن است سبب حرام نسبت به آثار وضعی مؤثر باشد. البته ممکن است گفته شود نزد عرف و عقلا، آمیزش از اسباب ازدواج شمرده نمی‌شود؛ زیرا هر فعل و اشاره‌ای نمی‌تواند سببیت داشته باشد، بلکه باید آن سبب از اسباب عقلایی باشد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ص ۲۶۷).

امام خمینی با توجه به قاعدهٔ لزوم وفای به عقد و عهد که آیات فوق بر آنها دلالت دارد، می‌فرماید: مقتضای قاعده جریان معاطات در هر عقد و ایقاعی است که انشای آن به فعل ممکن باشد؛ زیرا فعل نیز مانند قول، وسیله ایجاد و ایقاع اعتباری است. ممکن است به استدلال فوق ایراد شود که عقد معاطاتی صحیح و لازم الوفاست، مشروط بر اینکه انشای فعلی ممکن باشد؛ مانند بیع که طرفین با قصد انشا، ثمن و مبیع را دادوستد می‌کنند. در برخی موارد (مانند وصیت) ایجاب فعلی ممکن نیست و باید با لفظ قصد انشا را اظهار کرد. عقد نکاح نیز از همین قبیل است و انشای زوجیت با فعل امکان ندارد؛ زیرا افعالی مانند دست دادن یا تماس جنسی تا پیش از ایجاد زوجیت حرام است و فعل حرام نمی‌تواند وسیله ایجاد رابطهٔ زوجیت باشد. در نتیجه، نخست باید با لفظ، رابطه زوجیت ایجاد شود تا تماس میان زن و مرد صورت بگیرد.

در پاسخ به اشکال فوق می‌توان بیان کرد که در عقد نکاح نیز انشای فعلی ممکن است؛ زیرا افعالی که به کمک آن می‌توان اعلام اراده کرد و ایجاب و قبول را محقق ساخت، در موارد حرام منحصر نیست. طرفین می‌توانند به کمک بعضی کارهای مجاز و حلال، قصد خود را به یکدیگر اعلام کنند؛ مانند اینکه زن تجهیزیه بخرد و آن را به منزل

مردی که قصد ازدواج با وی دارد، ببرد یا اموری که در عرف‌های مختلف دلالت بر همین معنا دارد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ص ۱۸).

عقد معاطاتی

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، ۱۴۲۰، ص ۵۱۰). اکثر لغویان معتقدند عقد به مناسبت معنای لغوی آن، عهد محکم، موثق و مشدد است (ابن اثیر، ۱۳۶۴، ص ۲۷۰)؛ همچنین از آن رو عقد گفته می‌شود که دو طرف پیمان، اراده انشایی خود را به یک اثر حقوقی گره می‌زنند.

نکاح در لغت، حقیقت در وطی و در شرع، حقیقت در عقد است. پس می‌توان گفت نکاح عقدی است که متضمن اباحهٔ وطی باشد و یا عقدی است که مورد آن تملیک منفعت بضع است (جابری عربلو، ۱۳۶۲، ص ۱۷۵).

معاطات عبارت است از مبادله و دادوستد بدون عقد مخصوص و به تعبیر دیگر «المعاطاة أن يعطى كل من اثنين عوضاً عما يأخذ من الآخر» (انصاری، ۱۴۲۰، ص ۳۰۳) در مفهوم کلی، معاطات هر معامله و معاوضه‌ای است که در آن ایجاب و قبول (صیغه مخصوص) نباشد؛ اعم از آنکه لفظ دیگری گفته شود یا گفته نشود.

نکاح معاطاتی در فقه و حقوق به معانی مختلفی آمده است، یکی از معانی رایج آن، عدم اجرای صیغه ایجاب و قبول است. امام خمینی علیه السلام در تعریف نکاح معاطاتی می‌فرماید: اگر زن و مرد باهم گفتگو کردند و قصد ازدواج کردند و زن با رفتنش به خانه مرد، مثلاً به همراه جهیزیه، زوجیت را ایجاد کند و مرد نیز زوجیت را با تمکین زن در خانه‌اش قبول کند در این صورت ازدواج معاطاتی صورت می‌گیرد (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ص ۱۸۰).

برخی در تعریف نکاح معاطاتی می‌نویسند: «توافق و تراضی طرفین بسنده می‌شود و فاقد ایجاب و قبول لفظی است» (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص ۱۶۶)، با توجه به تعریف نکاح و معاطات که ذکر شد، می‌توان گفت نکاح معاطاتی عبارت است از نکاحی که به منظور تشکیل خانواده و با رضایت باطنی طرفین به داشتن حق تمتع جنسی، بین زن و مرد بسته

می‌شود و ممکن است در بردارنده وضعیت حقوقی خاصی از قبیل پرداخت نفقه، مهریه از طرف مرد و همچنین ارث بردن از یکدیگر باشد.

نقش اراده و ایجاب و قبول در عقد نکاح

برای انعقاد هر قراردادی لازم است طرفین آن قرارداد، قصد و اراده ایجاد قرارداد را داشته باشند. همچنین باید این قصد و اراده بیان شود تا معلوم گردد شخص قصد انعقاد معامله را دارد. قصد و اراده‌ای را که برای انعقاد قرارداد اعلام و ابراز شده است، اراده ظاهری می‌نامند که در برابر آن اراده باطنی قرار دارد که همان اراده و قصد درونی و حقیقی شخص برای معامله است (صفایی ۱۳۸۴، ص ۶۴).

پس صرف اراده برای تشکیل عقد کافی نیست، بلکه باید این اراده به وسیلهٔ میرزی ابراز شود. همچنین از آنجا که نکاح از عقود است، قصد و اراده در آن مانند سایر قراردادها مهم‌ترین رکن به شمار می‌آید. ازدواجی که بدون اراده (قصد) واقع شده باشد، باطل و از درجه اعتبار ساقط است؛ بنابراین نکاح در حال مستی یا نکاح با شوخی و نکاح مجنون که به وسیله خود او بسته شده باشد، به دلیل نبودن انشا بی‌ارزش است. همچنین است اگر کسی را به خواب مغناطیسی (هیپنوتیزم) برده و درحالی که اراده ندارد، او را به ایجاب یا قبول نکاح وادارند (شهیدی ۱۳۸۶، ص ۲۷)؛ بنابراین، ایجاب و قبول از ارکان مهم عقود و معاملات اسلامی است. گاهی ایجاب و قبول لفظی است و گاهی فعلی که از آن به معاطات تعبیر می‌شود. در بسیاری از عقود اسلامی، فقها عقیده دارند چنانچه آن معامله با عقد لفظی تحقق یابد با معاطات نیز محقق می‌شود و در تقسیم‌بندی موضوعات فقهی، نکاح در بخش عقود جای گرفته که نیازمند ایجاب و قبول است.

بررسی نظریه فقها در باب عقد معاطاتی

از نظر فقهای مشهور شیعه، اراده نکاح باید با الفاظی که در بیان مقصود صریح است اظهار شود؛

زیرا نکاح قراردادی بسیار مهم است که تعهدات بزرگی را برای طرفین ایجاد می‌کند و

آنها باید به طور صریح، اراده خود را مبنی بر تشکیل خانواده قانونی، با به کار بردن الفاظ صریح اعلام کنند تا آثار نکاح بر آن بار شود؛ از این رو در باب نکاح، برخلاف سایر قراردادها، سخت‌گیری بیشتری در نحوه بیان صورت گرفته است و شارع می‌خواهد از آغاز، هیچ‌گونه شک و شبه‌های در قصد نکاح وجود نداشته باشد که از این به احتیاط شارع در فروج یاد می‌شود. از آنجا که «لفظ» در بیان مقصود اصل و از نظر دلالت بر مقاصد و اغراض، قوی‌تر است، به نظر مشهور، شارع مقدس میرز اراده نکاح را لفظ قرار داده است؛ زیرا فعل، مجمل و مبهم است و احتمالات گوناگون در آن وجود دارد. حتی به گفته گروهی از فقها، در صورتی که طرف عقد لال باشد، نمی‌تواند با نوشته، اراده خود را بر نکاح اعلام کند؛ مگر آنکه اشاره و قرینه‌ای با آن همراه باشد.

همچنین شرایطی مانند تقدم ایجاب بر قبول، توالی ایجاب و قبول و (به نظر بعضی) عربیت را برای الفاظ میرز نکاح لازم دانسته‌اند.

محقق حلی معتقد است نکاح به ایجاب و قبولی نیاز دارد که دلالت بر عقد داشته باشد و احتمال را برطرف کند. الفاظ ایجاب و قبول دو مورد است: «زوجتک»؛ «انکحتک»؛ «قبلت التزویج»؛ «قبلت النکاح»... و نکاح به الفاظ دیگر واقع نمی‌شود و اگر هر دو یا یکی از نطق عاجز باشند، با اشاره و ایما به عقد اکتفا کند و اضافه می‌کند که در مَنَعَتْ تردید است و ارجح جواز آن است (محقق حلی، ۱۳۸۹، ص ۲۷۳). بعضی از فقها چنان بر ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول تأکید دارند که نکاح بدون صیغه را سفاح (زنا) خوانده‌اند. انصاری می‌گوید: «همانا فرج با اباحه و با معاطات حلال نمی‌شود و فرق نکاح و سفاح نیز در صیغه است؛ زیرا در سفاح نیز اغلب تراضی است» (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۷۸).

عقد معاطاتی این است که مرد، زن را به قصد نکاح وطی کند و این وطی عنوان محرم می‌شود. تعبیر ایشان این است که دارد؛ چون هنوز ازدواجی واقع نشده و این وطی، وطی محر نمی‌توانیم در باب نکاح بگوییم با معاطات نکاح محقق می‌شود؛ زیرا فعل در باب نکاح، ملازم با ضد نکاح است؛ یعنی فعل مساوی با زنا فعلی نیست که خود نکاح را

محقق کند، فعلی است که ضد نکاح را محقق می‌کند. پس اگر فعلی بخواهد محقق یک معامله‌ای واقع شود یا باید مصداق همان عنوان باشد یا مصداق ملازم آن (آملی، ۱۳۳۱، ص ۲۲). چنین نیست که بتوانیم هر فعلی را مصداق برای هر چیزی قرار دهیم و بگوییم اگر دست راستم بالا آمد؛ یعنی رهن دادم، اگر دست چپم بالا آمد، یعنی اجاره دادم، ولو چنین قصدی هم کنیم باید فعل مصداق برای آن عنوان باشد؛ یعنی بگویند این فعل، مصداق برای بیع است. حالا اگر مصداق برای بیع نیست مصداق برای چیزی باشد که ملازم با بیع است؛ مثلاً می‌گوییم الامه بیع، سلطنت و تسلیط است.

این فعل مصداق برای تسلیط است، اما اگر فعلی مصداق برای یک عنوان معاملی نباشد، یا مصداق برای ملازمش نباشد، آن فعل نمی‌تواند محقق عنوان معامله باشد و در باب معاطات در نکاح این شرط وجود ندارد.

فعل در باب معاطات در نکاح، مصداق برای زناست نه مصداق برای زواج؛ یعنی مصداق برای ضد آن عنوان است. پس نمی‌تواند با این فعل، ازدواج محقق شود؛ یعنی نمی‌توانیم بگوییم نکاح معاطاتی با فعل محقق می‌شود؛ بنابراین، ایشان جریان معاطات در نکاح را انکار می‌کنند (خوانساری ۱۳۷۹، ص ۱۸۷-۱۸۶). امام خمینی معتقد است گاهی تصور می‌شود نکاح از عقود است که با فعل محقق نمی‌شود؛ زیرا تحقق نکاح با فعل، ملازم با ضد آن یعنی سفاح است، اما این تصور موردی ندارد؛ زیرا نزد عرف، نکاح با سفاح فرق دارد؛ چه اینکه نکاح هم با قول محقق شود هم با فعل. پس اگر زن و مرد قرار بگذارند و تصمیم به ازدواج بگیرند و زن با جهیزیه و رفتن به خانه مرد این قصد را محقق کند و مرد نیز بپذیرد و او را به همین منظور در خانه‌اش جای دهد، زوجیت معاطاتی محقق می‌شود و احکام زوجیت از جواز نگاه و آمیزش تحقق بخشند، این آمیزش چون قبل از زوجیت است، حرام است، ولی مانعی ندارد که احکام زوجیت بر آن مترتب شود؛ زیرا ممکن است سبب حرام نسبت به آثار وضعی مؤثر باشد. البته ممکن است گفته شود نزد عرف و عقلا، آمیزش از اسباب ازدواج شمرده نمی‌شود؛ زیرا هر فعل و اشاره‌ای نمی‌تواند سببیت داشته باشد، بلکه باید آن سبب از اسباب عقلایی باشد (امام خمینی، ۱۴۲۱، ص ۲۶۷).

بررسی فقهی عقد لفظی (معاطاتی)

درباره عقد معاطاتی فقها به دودسته تقسیم شده‌اند: گروه موافقان عقد معاطاتی و گروه مخالفان عقد معاطاتی.

۱. موافقان نکاح معاطاتی

آیت‌الله صادقی تهرانی از جمله فقهای معاصر موافق با صحت نکاح معاطاتی است. وی در کتاب خود می‌نویسد: «عقد یا قرارداد ازدواج به هر زبانی که باشد، درست است و اگر هم بدون لفظ ویژه‌اش که اُنْكَحْتُ - نکاح کردم - باشد، در صورتی که جریانی نمایانگر زناشویی میان مرد و زنی انجام گردد، چه با نوشتن و یا گفتن و یا اشاره و هر طوری دیگر که به روشنی دلالت بر انجام ازدواج کند، کافی است و تنها طلاق است که چنانکه خواهد آمد، در صورت امکان نیازمند به لفظ است و بالاخره اگر هم لفظ در انجام ازدواج شرط باشد، در اختصاص الفاظ خاصی که معمول است نیست، بلکه هر لفظی که دلالت بر انجام ازدواج کند، کافی است، شرایط دیگرش نیز باید رعایت گردد که در عقد منقطع از جمله زمان آن است که تا چه زمان و با چه شرط. 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. البته اگر صیغه عقد بخوانی بهتر است و دلالتش هم روشن‌تر است، برحسب دو آیه «زَوْجُنَا كِهَا» (احزاب، ۳۷) و «إِنِّي أَرِيدُ أَنْ أُنْكَحَكَ أَحَدَى أَبْنَتِي هَاتَيْنِ» (قصص، ۲۷) «می‌خواهم تو را به نکاح یکی از دخترانم درآورم» کافی است...» (صادقی تهرانی، بی‌تا، ص ۲۸).

۲. مخالفان نکاح معاطاتی

برخی فقها، برای اثبات بطلان نکاح بدون صیغه، دلایلی اقامه کرده‌اند:

الف - آیات

«اگر تصمیم گرفتید که همسر دیگری به‌جای همسر خود انتخاب کنید و مال فراوانی

(به‌عنوان مهر) به او پرداخته‌اید، چیزی از آن را نگیرید. آیا برای باز پس گرفتن مهر زنان، متوسل به تهمت و گناه آشکار می‌شوید؟ چگونه آن را باز پس می‌گیرید، درحالی که شما با یکدیگر تماس و آمیزش کامل داشته‌اید و [از این گذشته] آنها پیمان محکمی [هنگام ازدواج] از شما گرفته‌اند؟» (نساء، ۲۱).

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 که به این بحث بی‌ارتباط است (عروسی حویزی، ۱۴۱۵، ص ۴۶۰) مطابق روایت دیگر، این کلمات بر الفاظ عقد نکاح منطبق شده است.

ب - روایات

۱. روایت ابان بن تغلب: مخالفین نکاح معاطاتی در اثبات دیدگاه خود، به روایتی از امام صادق استناد کرده‌اند. ابان بن تغلب می‌گوید: «از امام صادق پرسیدم: اگر خواستم زنی را به نکاح موقت درآورم، چه بگویم؟ امام در پاسخ فرمود: بگو تو را به نکاح موقت درآوردم بر کتاب خدا و سنت پیامبر او... اگر گفت بله، پس رضایت داده است و او همسر توست و تو سزاوارترین مردم بر او هستی» (حز عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۱، ص ۴۳).

برخی از فقها درباره چنین روایاتی معتقدند وقتی از این روایات اعتبار لفظ در باب متعه و عقد موقت استفاده شود، به‌طریق‌اولی در باب عقد دائم، لفظ برای انشای عقد معتبر است؛ چون نکاح دائم همیشگی است، اما نکاح منقطع، موقت است (خوئی، بی‌تا، ص ۱۲۹).

روایات دلالت دارد که هم در عقد موقت و هم دائم باید الفاظ صیغه را رعایت کنیم و رضایت قلبی کفایت نمی‌کند. به اعتقاد برخی دیگر، استفاده اولویت در اینجا مشکل است؛ زیرا در باب عقد موقت، قیود و مقرراتی وجود دارد که آن قیود در باب نکاح دائم نیست؛ مثلاً در باب عقد دائم اگر مهر تعیین نشد، عقد باطل نیست، اما در عقد منقطع تعیین مهر شرط صحت عقد است و اگر مهر تعیین نشود، عقد باطل است؛ بنابراین، تعدی از عقد موقت به عقد دائم، نمی‌توان کرد؛ پس این روایات نیز دلیل مناسبی نیست (شیرازی زنجانی، ۱۳۷۷، ص ۳۱).

ج - اصول عملی

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

۱. اصل استصحاب

مرحوم نراقی معتقد است ذکر صیغه در نکاح لازم است؛ زیرا اصل آن است که آثار زوجیت، بدون صیغه مترتب نمی‌شود (نراقی، ۱۴۱۵، ص ۸۴؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۲، ص ۸۹)؛ یعنی وقتی در ترتب آثار زوجیت پس از ایجاب و قبول غیرلفظی تردید شود، مقتضای اصل استصحاب، عدم ترتب اثر زوجیت بر آن است.

۲. اصل احتیاط

ممکن است گفته شود نکاح برخلاف سایر عقود است و از اهمیت خاصی برخوردار است. صاحب وسایل الشیعه بابتی را به «وجوب احتیاط در نکاح» اختصاص داده است که دلالت آنها بر لزوم احتیاط در نکاح روشن است. اهمیت مسئله ازدواج ایجاب می‌کند نکاح به گونه‌ای جاری شود که در درستی آن اطمینان باشد؛ درحالی‌که در صحت نکاح معاطاتی اطمینانی وجود ندارد.

عقد معاطاتی اعم از بیع و نکاح، عرفاً عقد است و مطابق آیات، وفای به عقد نیز لازم است؛ مگر اینکه دلیل قابل قبولی اقامه گردد که عقد خاصی را استثنا کرده باشد. کسانی که به اصول عملی در مورد بحث استناد می‌کنند، تلویحاً به فقدان دلیل بر بی‌اعتباری نکاح معاطاتی اعتراف می‌نمایند. با همین منطوق، تمسک به «أصالة الفساد فی المعاملات» (نراقی، ۱۴۱۵، ص ۸۴) برای اثبات بی‌اعتباری نکاح معاطاتی نیز وجهی ندارد؛ لذا از اصل عملیه نمی‌توان برای بی‌اعتباری نکاح معاطاتی استناد کرد.

د - شباهت نکاح معاطاتی و زنا

بعضی برای بطلان نکاح معاطاتی از شباهت این نکاح با زنا استدلال کرده و گفته‌اند

که معاطات در نکاح مانند زناست و فرقی بین معاطات در نکاح و زنا نیست و اگر معاطات جایز باشد، زنا هم جایز است. آیت‌الله مکارم شیرازی در این رابطه معتقد است اگر معاطات اینجا جایز باشد، فرقی بین نکاح و سفاح نخواهد بود. همان‌گونه که شیخ انصاری رحمته‌الله در کتاب نکاح بیان کرده و گروهی دیگر نیز از او تبعیت کرده‌اند، بر این ایراد گرفته می‌شود که معاطات صرف تراضی و تنها عمل خارجی نیست؛ بلکه عملی است به قصد ایجاد عقد. روشن است که زانی و زانیه، با عملشان قصد ایجاد زوجیت دائم یا منقطع را ندارند، بلکه تنها لذت شهوانی را می‌خواهند، نه چیزی دیگر، ولی انشای نکاح زمانی تحقق می‌یابد که زن به این نیت که همسر مردی شود، خود را در اختیار او قرار می‌دهد. بطلان معاطات در نکاح از بابت صدق سفاحت بر آن نیست، بلکه به خاطر اجماع است؛ زیرا کسی از مسلمانان نکاح را به مجرد اهدا و روانه شدن زوجه به خانه زوج و امثال آن، اکتفا و تعهد نکرده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۱۵۷).

هـ. اجماع و سیره مسلمانان

به نظر جمعی از فقها مهم‌ترین و قابل‌اعتمادترین دلیل بر بی‌اعتباری نکاح معاطاتی و لزوم لفظی بودن عقد نکاح، اجماع فقها و سیره مسلمین است. با اشاره به این مسئله اظهار داشته‌اند جمع کثیری از فقها بر ضرورت لفظی بودن صیغه نکاح اجماع کرده‌اند. فقهای بزرگی چون شیخ انصاری، صاحب ریاض (حائری طباطبائی، ۱۴۱۹، ص ۱۰) در این زمینه، ادعای اجماع میان فقها داشته‌اند و شهید ثانی ادعای عدم خلاف کرده است (جعی عاملی، ۱۴۱۳، ص ۸۵). مرحوم شهید ثانی در کتاب الروضة البهیة در این رابطه می‌فرماید: «در عقد ایجاب و قبول لفظی، مانند سایر عقود لازمه، معتبر است و ایجاب به لفظ زوجتک و آنکحتک و متعتک است که دو لفظ اول مورد اتفاق است (جعی عاملی، ۱۴۱۰، ص ۱۰۹). در کتاب انوارالفقاهه آمده است: «هیچ اشکال و سخنی بین علما در وجوب صیغه لفظی در عقد نکاح وجود ندارد و این یکی از چیزهایی است که فقهای شیعه و سنی بر آن اتفاق نظر دارند و لازمه آن (وجوب صیغه لفظی) نفی کفایت رضایت قلبی طرفین و همچنین معاطات و نوشتن (صیغه

عقد) است. عدم کفایت معاطات در نکاح، باوجود کفایت آن بر تحقق عقد در سایر عقود اجماعی است و این اجماع مسلمین واجب‌ترین امتیاز نکاح از سایر عقود است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵، ص ۱۵).

همچنین متعارف بین همه عقلا، حتی کسانی که به دینی از ادیان معتقد نیستند، عدم اکتفا بر معاطات است؛ بلکه اعتقاد بر انشای لفظی یا حداقل انشای کتبی دارند. چون لفظ صریح در معنای مقصود است و همه این الفاظ در دلالت بر معنای مورد نظر مشترک‌اند (جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ص ۴۱) ظاهراً معاطات جاری در غالب معاطات به اجماع در نکاح جریان ندارد و ممکن است علت این باشد که نوعاً فعل بر مقصود و هدف در باب نکاح، دلالت نمی‌کند و این برای عدم جریان معاطات کفایت می‌کند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱، ص ۶).

البته ممکن است گفته شود اطلاقات «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل عقد معاطاتی در نکاح هم می‌شود، ولی با توجه به سیره مسلمین متوجه می‌شویم که وجود چنین سیرهای مانع تحقق نکاح معاطاتی خواهد بود؛ زیرا از زمان پیامبر اکرم تاکنون ما نکاح معاطاتی در بین مسلمین نداشته‌ایم؛ درحالی که معاطات در خرید و فروش فراوان بوده است. علت چنین امری نیز مشخص است؛ زیرا موضوع نکاح، عرض و ناموس است که مورد اهتمام شرع مقدس بوده است؛ لذا در این مورد سخت‌گیری قابل توجهی صورت پذیرفته است. در فقه شیعه، مرحوم محدث بحرانی می‌فرماید «همه علما بر توقف نکاح بر ایجاب و قبول لفظی اجماع دارند» (بحرانی، ۱۴۰۵، ص ۱۵۶).

برخی از معاصران معتقدند فقها در عقد ازدواج، در جستجوی راهی برای اعلام صریح قصد باطنی هستند و به همین دلیل به لفظ روی آورده‌اند و تنها برای افراد عاجز از تکلم، به‌عنوان طریق جانشین لفظ و با قدری تنزل صریح بر قصد باطنی، اشاره را کافی دانسته‌اند؛ بنابراین، لفظ در عقد موضوعیت ندارد، بلکه طریقت دارد و اگر مبرز صریح دیگری نیز غیر از لفظ یافت شود، کفایت می‌کند. البته نکته مهم در سخن موافقین آن است که نکاح معاطاتی به هر صورت و در تمام مصادیق آن صحیح نیست؛ زیرا بعضی روش‌های غیرلفظی اعلام اراده صریح نیستند؛ از این رو، برخی فقها معتقدند اعمالی چون کفش روی کفش

گذاردن یا شیرینی به یکدیگر تعارف کردن، برای اعلام قصد ازدواج کافی نیست و برخی از این موافقین در جامعه کنونی، وسیله دیگری را که همچون لفظ، صراحت بر اعلام اراده فرد داشته و منشأ زوجیت باشد، کتابت و نوشتن دانسته‌اند که زن پس از آن نمی‌تواند بدون طلاق با دیگری شوهر کند.

عده‌ای نیز بر این باورند که ممکن است در زمان، مکان یا عرف‌های مختلف عمل خاصی دلالت صریح بر عقد ازدواج دو فرد داشته باشد که این عمل می‌تواند جایگزین لفظ شود و نکاح معاطاتی منعقد گردد. این گروه معتقدند همان‌گونه که معاطات مثلاً درباره خریدوفروش سیره عقلایی بوده، در مورد نکاح نیز ممکن است عرف در زمان‌ها و مکان‌های متفاوت، افعالی را مخصوص عقد نکاح قرار دهد که به معنای تغییر ماهیت نکاح نیست. طبق بیان آنها، بعضی از نمونه‌هایی که ممکن است عرف در زمان یا مکان خاصی آنها را مصداق و مبرز خارجی انشاء بالفعل قلمداد کند، عبارت‌اند از: مراسم بله‌برون (صرف نظر از الفاظ)؛ سفره عقد؛ بردن جهیزیه و پذیرفتن توسط مرد؛ قرار دادن مهر در دست زن؛ انداختن پوشش مخصوص بر سر عروس؛ حلقه به دست کردن و برپایی مراسم جشن گرفتن (سلیمی و سلطانی، ۱۳۸۴، ص ۸۱).

نقش الفاظ در بیان عقد نکاح

از بررسی اندیشه فقیهان شیعه در طول تاریخ چنین استنباط می‌شود که نظر آنها بر عدم جریان معاطات در نکاح است و اراده نکاح باید ملازم با الفاظ باشد و الفاظ هم باید صریح در بیان مقصود اظهار شود و دلیلش این است که نکاح یک قرارداد مهم است و تعهدات سنگینی برای طرفین ایجاد می‌کند طرفین باید صریحاً اراده خود را مبنی بر تشکیل خانواده قانونی با به کار بردن الفاظ صریح اعلام کنند تا آثار نکاح بر آن بار شود. از این جهت، در باب نکاح برخلاف سایر قراردادها در نحوه بیان اراده، سختگیری بیشتری شده است و شارع می‌خواهد هیچ‌گونه شبهه و ابهامی در قصد نکاح وجود نداشته باشد. از این احتیاط شارع در فروج یاد می‌شود. به‌طورکلی از نظر شارع لفظ مبرز اراده نکاح است و رافع مبهم و مجمل است (جهانگیر، ۱۳۷۷، ص ۱۷).

دیدگاه برخی فقهای معاصر

از نظر اکثر فقهای معاصر نکاح معاطاتی اعتباری ندارد و آنها نیز ایجاب و قبول لفظی را در عقد نکاح الزامی دانسته‌اند.

۱. آیت‌الله خامنه‌ای: «مشروع نیست» (دفتر مقام معظم رهبری).

۲. آیت‌الله مکارم شیرازی: «چیزی به نام ازدواج معاطاتی نداریم و چنین ازدواجی

باطل است»

۳. آیت‌الله بهجت: «معاطات در مورد نکاح نیست» (مجموعه آرای فقهی در امور حقوقی،

۱۳۸۲، ص ۶۹).

۴. آیت‌الله گلپایگانی: معاطات در نکاح و به عبارت دیگر رضایت به ازدواج بدون

اجرای عقد لفظی، کافی نیست و کسی که بدون اجرای عقد، عمل زناشویی انجام داده

است، مرتکب زنا شده و فرزندان آنها در حکم اولاد زنا هستند؛ مگر در صورت آگاهی

نداشتن از این مسئله باشد (گلپایگانی، ۱۳۸۲، ص ۱۴۱).

نتیجه‌گیری

با توجه به ضرورت دو امر مهم در انعقاد هر عقدی که همان قصد و رضاست، باید چیزی

که بر این قصد و رضا نیز دلالت کند، وجود داشته باشد. معمولاً آنچه برای ابراز قصد

درونی به کار می‌رود، لفظ است، اما در مواردی می‌تواند اشاره هم باشد و حتی این قصد

درونی ممکن است به کمک نوشته نیز بیان شود. دلیل اینکه برخی فقهای عظام لفظی

بودن عقد نکاح را لازم شمرده‌اند، به خاطر صریح بودن لفظ در اعلام اراده بوده است.

درواقع فقها در جست‌وجوی راهی برای اعلام صریح قصد باطنی هستند و به همین دلیل

به الفاظ روی آورده‌اند و در مواردی برای آنان که از تکلم عاجزند، اشاره را که قدری تنزل

دارد کافی دانسته‌اند؛ بدین ترتیب می‌توان گفت اراده باید به کمک مبرزی ابراز شود و

مبرز اراده یا لفظ است یا فعل و ابراز اراده چه به وسیله لفظ و چه با فعلی که شایستگی

اعلام اراده را داشته باشد صحیح است. از آنجا که لفظ در بیان مقصود اصل است و از نظر

دلالت بر مقاصد و اغراض قوی تر است، به نظر مشهور، شارع مبرز اراده نکاح را لفظ قرار داده، اما فعل مجمل و مبهم است. وجود لفظ در نکاح برای غایت و نهایت احتیاط است، اما این احتیاط نیز نمی تواند به لفظ و گفتار منحصر باشد؛ زیرا اعتبار لفظ در نکاح طریقی است نه موضوعی.

فهرست منابع

* قرآن کریم.

۱. انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب النکاح. (چاپ اول). قم: مؤسسه باقری.
۲. انصاری، مرتضی. (۱۴۲۰ق). کتاب المکاسب. (چاپ اول). قم: مؤسسه باقری.
۳. بحرانی، یوسف. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناظرة. (ج ۲۳، چاپ اول). قم: مؤسسه باقری.
۴. جابری عربلو، محسن. (۱۳۶۲). فرهنگ فقه اصطلاحات اسلامی. (چاپ اول). تهران: امیرکبیر.
۵. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۰ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة. (ج ۵، چاپ اول). قم: انتشارات داوری.
۶. جوهری، ابی نصر اسماعیل بن حماد. (۱۴۲۰ق). الصحاح. (ج ۲ - ۷، چاپ اول). دار الکتب الاسلامیه.
۷. جهانگیر، منصور. (۱۳۷۷). قانون مجازات اسلامی. تهران: بی نا.
۸. حائری طباطبایی، سید علی. (۱۴۱۹ق). ریاض المسائل. (ج ۱۱، چاپ اول). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۹. حائری طباطبایی، سید علی. (۱۴۱۹ق). ریاض المسائل. (ج ۱۱، چاپ اول). قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۰. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق). وسایل الشیعه. (ج ۲۱). قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت لاحیاء التراث.
۱۱. سلیمی، مهدی؛ سلطانی، عباسعلی. (۱۳۸۴). «نکاح معاطاتی و تفاوت آن با زنا». پژوهشنامه حقوق اسلامی. تهران: دانشگاه امام صادق.
۱۲. شبیری زنجانی، سید موسی. (۱۳۷۷). کتاب النکاح. (ج ۹). مؤسسه پژوهشی رأی پرداز.
۱۳. شهیدی، مهدی. (۱۳۹۶). تشکیل قراردادها و تعهدات. (چاپ ششم). تهران: مجد.

۱۴. صادقی تهرانی، محمد. (بی تا). رساله توضیح المسائل نوین. قم: انتشارات فرهنگ اسلامی.
۱۵. صفایی، حسین. (۱۳۹۴). حقوق مدنی. تهران: نشر میزان.
۱۶. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۱ق). تفصیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله. النکاح. (چاپ اول). قم: مرکز فقه الائمه الاطهار.
۱۷. گلپایگانی، سید محمدرضا. (۱۳۸۲). مجمع المسائل. (ج ۲). بی جا: دارالقرآن.
۱۸. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۳۸۹ق). شرایع الاسلام. نجف: اسماعیلیان.
۱۹. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۵)، بررسی فقهی حقوق خانواده. (چاپ سیزدهم). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۰. مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ق). انوار الفقاهه فی احکام العترة الطاهرة. (ج ۱، چاپ اول). قم: مدرسه امام علی بن ابیطالب.
۲۱. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۶۳). البیع. (ج ۱، چاپ سوم). قم: مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۲۲. موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۹). کتاب البیع. (ج ۱، چاپ اول). تهران: مؤسسه تنظیم و آثار امام خمینی.
۲۳. موسوی خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحریر الوسیله. (ج ۲، چاپ اول). قم: دارالعلم.
۲۴. نراقی، احمد بن محمد مهدی. (۱۴۱۵ق). مستند الشیعه. (ج ۱۶، چاپ اول). قم: آل البيت.