

بررسی فقهی و حقوقی نکاح معاطاتی با رویکردی بر نظر امام خمینی (س)

مرضیه ملکی^۱

سپیده بوذری^۲

چکیده: مهم‌ترین مسئله در شکل‌گیری عقود و معاملات اسلامی ایجاب و قبول است. گاهی ایجاب و قبول لفظی و گاهی فعلی است که از آن به معاطات تعبیر می‌شود. معاطات در عقود، از گذشته مدنظر فقها بوده و دیدگاه‌های مختلفی درباره آن بیان شده است. از نظر مشهور فقها، لفظی بودن ایجاب و قبول در عقد نکاح شرط است، اما برخی با توجه به اطلاقات و عموماً عقود و نیز بررسی روایاتی در این باره، لفظی بودن ایجاب و قبول در عقد نکاح را شرط نمی‌دانند؛ زیرا لفظ در عقد موضوعیت ندارد و اعتبار آن طریقی است. در مقاله حاضر، بررسی فقهی و حقوقی نکاح معاطاتی با رویکردی بر نظر امام خمینی صورت گرفته است؛ بدین منظور به روش توصیفی - تحلیلی و در راستای بررسی این موضوع، با در نظر گرفتن آرای امام خمینی و دیگر فقها، صحت نکاح معاطاتی واکاوی شده است.

کلیدواژه‌ها: نکاح معاطاتی، امام خمینی، عقد، ایجاب، قبول، لفظ.

۱. دانش‌آموخته دکتری تخصصی فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
E-mail: m91.maleki@gmail.com

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه مراغه، آذربایجان شرقی، مراغه، ایران.
E-mail: bozari.sepide@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۷/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۰/۱۱

پژوهشنامه متین/سال بیست و دوم /شماره هشتاد و شش /بهار ۱۳۹۹/صص ۱۳۴-۱۲۱

مقدمه

اراده اشخاص نقش بسیار مهمی در همه نظام‌های حقوقی دنیا دارد و در فقه اسلامی نیز از جایگاه مهم و ویژه‌ای برخوردار است. در واقع می‌توان گفت عقود و ایقاعات به اراده افراد نسبت داده می‌شود. فقها در جریان ایجاد عقود و ایقاعات، اراده را بیش از هر عامل دیگری مؤثر می‌دانند و الفاظ و افعال و سایر وسایل اعلام اراده را به تنهایی و بدون مبرزیت، در مقایسه با اراده متعاقدين، موجد هیچ تکلیف و تعهدی نمی‌دانند. مفاد قاعده «العقود تابعة للقصود» نیز مؤید چنین دیدگاهی است. براساس قاعده مزبور، نبود انشای مدلول عقد، مانع تحقق آثار حقوقی است و عمل بدون قصد و اراده طرف عقد، تهی و بی‌اعتبار است. ماده ۱۹۱ قانون مدنی اعلام می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند». ماده ۱۹۲ نیز بیان می‌دارد: «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد، اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود»؛ از این رو می‌بینیم که برای تحقق عقد، اراده حقیقی کافی نیست، بلکه به امر دیگری که دال بر وجود این اراده باشد نیاز است؛ بنابراین اگر دو نفر قصد کنند عقده را ایجاد کنند، تحقق عقد به این امر منوط است که اراده حقیقی آنها به وسیله‌ای ابراز شود و هریک دیگری را از اراده خود آگاه کند. پس برای انعقاد هر عقده، دو امر ضرورت دارد: یکی اراده حقیقی و دیگری اراده خارجی یا انشایی. اراده حقیقی همان قصد و رضاست. اراده خارجی یا انشایی نیز چیزی است که بر این قصد و رضا دلالت کند. هریک از این دو بدون دیگری عقد را به وجود نمی‌آورد، چنانکه اگر کسی الفاظ ایجاب یا قبول عقده را بدون قصد و رضای حقیقی بگوید، عقده به وجود نمی‌آید. همچنین اگر کسی انشای عقده را اراده کند، بدون اینکه مقصود خود را از طریق قول یا فعلی به دیگری بفهماند، عقده واقع نمی‌شود؛ بدین ترتیب می‌توان گفت آنچه برای ابراز قصد درونی به کار می‌رود و مبرز اراده است، یا لفظ است یا فعل و ابراز اراده که به وسیله لفظ یا به کمک فعلی که شایستگی اعلام اراده را داشته باشد صحیح است.

در این تحقیق، با تبیین موضوع و تاریخچه معاطات و نیز نقش اراده و ایجاب و قبول در عقد نکاح و بررسی نظریه فقها و ادله آنان به این پرسش اصلی پاسخ داده‌ایم که آیا نکاح معاطاتی صحیح است یا خیر. در این میان نیز به بررسی مبرزهایی که برای اعلام اراده باطنی وجود دارد و نیز نقش و جایگاه آن مبرز خارجی به‌عنوان کاشف و ناقل در تحقق اراده باطنی پرداخته‌ایم تا با بررسی دلایل متقن به بیان نظریه نهایی در قسمت پایانی مقاله پردازیم.

۱. تبیین موضوع

معاطات در لغت به معانی مختلفی آمده است که از جمله آن‌ها می‌توان به دست به دست دادن و به هم بخشیدن چیزی، خدمت کردن به کسی و عطا کردن اشاره کرد (عمید ۱۳۸۱ ج ۲؛ معین ۱۳۷۱ ج ۳). معاطات مشتق از عطا، يعطوا، عطوا، عطی و عطاست. همچنین مصدر باب مفاعله [عاطی، يعاطی، معاطه] به معنای داد و ستد از دو طرف است (سنگلچی ۱۳۴۷: ۳۴). بیع معاطات آن است که دو نفر بدون آنکه لفظ و صیغه مخصوصی به کار ببرند، مالی را در برابر مال یا عوض معین، داد و ستد کنند. بدیهی است داد و ستد زمانی به مرحله وجود می‌رسد که کاشفی داشته باشد. کاشف گاهی لفظ و زمانی فعل است که در صورت اول، آن را عقد بیع و در صورت دوم آن را معاطات می‌نامند (سنگلچی ۱۳۴۷: ۳۴).

بیع ممکن است به داد و ستد یعنی معاطات انجام شود، بدون اینکه نیازی به قول و گفتار باشد (کاتوزیان ۱۳۸۱: ۹۱). امام خمینی در تعریف معاطات می‌نویسند: «رضایت قلبی طرفین و نیز عملی که دلالت بر رضایت کند، معاطات نام دارد و در اکثر معاملات نیز جریان دارد» (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۴: ۲۷).

برخی دیگر در تعریف نکاح معاطاتی می‌نویسند: «نکاح معاطاتی یعنی نکاحی که صرفاً به اعلام توافق و تراضی طرفین بسنده می‌شود و فاقد ایجاب و قبول لفظی باشد» (محقق داماد ۱۳۸۵: ۱۶۶). با توجه به تعاریف یادشده می‌توان گفت معاطات در نکاح اظهار رضایت قلبی و باطنی به وسیله فعل است؛ به عبارت دیگر منظور از نکاح معاطاتی آن است که زن و مردی که قصد ازدواج با یکدیگر را دارند، علقه زوجیتشان به وسیله فعل ابراز شود؛ زیرا صرف اراده و رضایت باطنی به علقه زوجیت، سبب زوجیت نمی‌شود، بلکه باید این اراده به وسیله مبرزی ابراز شود؛ درحالی که مبرز اراده یا لفظ است یا فعل. با وجود این، آیا می‌توان گفت معاطات در ازدواج جاری است؟ یعنی آیا زن و مرد می‌توانند بدون انشای ایجاب و قبول لفظی، علقه زوجیت را به وسیله فعلی مانند ایما، اشاره یا تمکین زوج ایجاد کنند؟ چنانچه کالا، بیع و شراء (خرید و فروش) با دادن پول و گرفتن آن انجام می‌گیرد، بدون اینکه نیاز باشد فروشنده و خریدار بگویند: بعت و اشتریت (فروختم و خریدم). آیا در ازدواج نیز با معاطات و داد و ستد، علقه زوجیت ایجاد می‌شود؟

۱. «مقتضی القاعدة جریان المعاطة فی کل عقد أو إيقاع یمكن إنشاؤه بالفعل، فإنَّ الفعل كالقول آلة للإيقاع و الإيقاع الاعتباری».

۲. تاریخچه معاطات

سیره بین مردم اعم از عوام و خواص در پیروی از گذشتگان بر این جاری است که در معاملاتشان قصد تملیک کرده و آن را به صورت معاطات انجام می دهند. از زمان آغاز اجتهاد در فقه، معاطات به نوعی مطرح بوده است. شیخ مفید می نویسد: «بیع با تراضی دو نفر بر چیزی که بتوانند آن را بفروشند و از اوصاف آن آگاه و بر بیع آن راضی باشند و از مجلس عقد جدا شوند، واقع می شود» (سیدی بنایی و نظری احمدآباد ۱۳۹۰: ۹۵). محمدتقی آملی در تعلیقه خود بر مکاسب از قول میرزا محمدحسن غروی نائینی می نویسد: «ملاک حجت بودن این سیره اتصال آن به زمان معصوم^(ع) است و اطلاع معصومین از آن به وسیله علم عادی است؛ به صورتی که با اینکه امکان منع وجود داشت از آن منع نکردند، اما اتصال این سیره به زمان معصوم^(ع) به این دلیل است که ما قطع داریم این گونه معاطات در زمان معصوم^(ع) چه بسا در اعصار قبل از آنان نیز جریان داشته است؛ طوری که یقین پیدا می کنیم رویه معاملات آنان در بازارهایشان این چنین نبوده که ایجاب و قبول را به صورت لفظی انجام دهند» (آملی ۱۳۳۱ ج ۱: ۱۳۰).

امام خمینی در کتاب البیع سیره عقلایی را از زمان تحقق تمدن و احتیاج به مبادلات، تا زمان حاضر دلیل بر صحت معامله به صورت معاطاتی می داند و می فرماید: «سیره مستمر عقلایی از زمان شکل گیری تمدن و احتیاج به مبادلات تا زمان ما بر صحت معاطات دلالت دارد. ظاهر این است که بیع معاطاتی از نظر زمانی قدیمی تر از بیع با صیغه است؛ زیرا بدون هیچ شک و شبهه ای بشر قدیم در اوایل شکل گیری تمدن، اجناس را با اجناس دیگر بدون انشای معامله با لفظ انجام می داد و در همه اعصار مسئله همین گونه بوده است، چه معامله بین اجناس باشد و چه معامله بین اجناس و اثمان واقع شود. در بازارهای همه ملل این معاملات جاری است و بدون شک این وضعیت در زمان پیامبر^(ص) هم متعارف بوده است و اگر شارع آن را قبول نداشت، وظیفه اش این بود که منع از آن را بیان کند؛ در حالی که بیانی از شارع در زمینه نهی از چنین معاملات وجود ندارد» (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱: ۸۹).

محقق ثانی در کتاب جامع المقاصد می گوید: با استفاده از کلمات بعضی از فقها متوجه شدیم معاطات در اجاره و هبه جاری است. گفتار بعضی از این فقها این چنین است که اگر کسی به دیگری بگوید این کار را برای من انجام بده «لو امره بفعل فعمله» و عقد اجاره لفظی هم نخواند، او هم شروع به عمل کند، بگوید بیا اینجا را تمیز کن و بساز او هم عمل کند، فقها گفته اند این استحقاق اجرت را دارد؛ در حالی که این مسئله عنوان معاطاتی دارد (محقق ثانی ۱۴۱۴ ج ۴: ۵۹). محقق ثانی از این عبارت استفاده می کند که برخی فقها معاطات را در اجاره

جاری می‌دانند، اما مرحوم شیخ بر ایشان اشکال کرده است. انصاری می‌گوید: «ظاهر این است که معاطات در بیع و غیر آن نظیر اجاره نیز جریان دارد» (انصاری ۱۳۷۹ ج ۳: ۹۳) و نیز همین‌طور بحث در کلمات دیگران هم آمده است. بعد از محقق ثانی در کلمات دیگران هم این بحث مطرح شده است و اکنون نیز یک بحث بسیار مهم و مورد ابتلاست که بالاخره در کدام یک از این عقود و ایقاعات، معاطات جریان ندارد.

۲. 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 ج ۲: ۶۴).

در ماده ۳۳۹ ق.م.آ.م آمده است: «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد» (کمالان ۱۳۹۲: ۶۸). در همه نظام‌های حقوقی، اراده اشخاص در تحقق اعمال حقوقی نقشی بسیار اساسی دارد؛ بنابراین آنچه در باب معاملات و به‌ویژه در انعقاد عقود ضروری است، اعلام اراده متعاملین است. عقود و ایقاعات به اراده افراد نسبت داده می‌شود. در فقه اسلامی نیز اراده اشخاص در ایجاد تعهدات از جایگاه مهمی برخوردار است. فقها در جریان ایجاد عقود و ایقاعات، نقش اراده را بیش از هر عامل دیگری دانسته و الفاظ و افعال و سایر وسایل اعلام اراده را به تنهایی و بدون مبرزیت آن‌ها به اراده متعاقدين، فاقد هر نوع تکلیف و تعهدی می‌دانند؛ از این رو هر روشی که عرفاً سبب هدایت انشا باشد، می‌تواند به‌عنوان اعلام اراده در معاملات استفاده شود. همچنین بر مبنای اصل حاکمیت اراده، قصد انشایی طرفین به وجود آورنده عقد در عالم اعتبار است، اما برای تأثیر آن شرایطی لازم است. ایجاب و قبول بیانگر قصد طرفین و سبب هدایت انشای عقد است. پس برای تشکیل عقد، صرف اراده کافی نیست، بلکه باید این اراده به‌وسیله مبرزی 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 به‌وسیله خود او بسته شده باشد، به دلیل نبود انشایی ارزش است. همچنین است اگر کسی را به خواب مغناطیسی

(هیپنوتیزم) برده و در حالی که اراده ندارد او را به ایجاب یا قبول نکاح وادارند (شهیدی ۱۳۸۶: 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.

۴. بررسی نظریه فقها

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 به‌طور 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 قراردادهای، 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 مبرز 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 مبرز 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: «زوّجتک»، «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 متّعت تردید است و ارجح جواز آن است (محقق حلی ۱۳۸۹ ج ۲: 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 غالباً تراضی است» (انصاری ۱۴۱۵: ۷۸).

آملی از قول محقق نائینی می‌گوید: عناوین معاملات به اعتبار جریان و عدم جریان معاطات در آن‌ها بر سه قسم هستند که در یک قسم از آن‌ها معاطات راه ندارد؛ زیرا شارع مقدس تمایز و فارق بین صحیح و باطل آن را لفظ قرار داده است که اگر آن معامله مشتمل بر لفظ باشد، صحیح و گرنه باطل است؛ مانند عقد نکاح؛ زیرا تمایز بین نکاح و سفاح لفظ است و در این قسم معاطات به هیچ عنوان راه ندارد (آملی ۱۳۳۱: ۲۲).

نکاح معاطاتی این است که مرد، زن را به قصد نکاح وطی کند و این وطی عنوان محرّم را دارد؛ چون هنوز ازدواجی واقع نشده و این وطی، وطی محرّم می‌شود. تعبیر ایشان این است که نمی‌توانیم در باب نکاح بگوییم با معاطات نکاح محقق می‌شود؛ زیرا فعل در باب نکاح، ملازم با ضدّ نکاح است؛ یعنی فعل مساوی با زناست، 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: 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 لازمه 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.

در باب معاطات در نکاح، فعل، 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 با فعل، نکاح معاطاتی محقق می‌شود؛ بنابراین ایشان جریان معاطات در نکاح را انکار می‌کنند (خوانساری ۱۳۷۹ ج ۱: ۱۸۷-۱۸۶). امام خمینی می‌گوید: 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، زن با جهیزه 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 ج ۱: ۲۶۷).

سپس گفته‌اند که اکنون روی وطی بحث می‌کنیم. در باب وطی، این وطی که مرد انجام می‌دهد، دو عنوان بر آن منطبق است؛ یک عنوان «وطی سببی برای نکاح است». عنوان دوم نیز این است که «این وطی زنا و حرام است»؛ یعنی این وطی یک عنوان دارد به عنوان سبب بما هو سبب، یکی هم عنوان وطی محرم را دارد. ایشان می‌فرماید فرض می‌کنیم این خودش حرام باشد، اما چه کسی گفته با این حرام، نکاح واقع نمی‌شود؟ مگر نمی‌توانیم با سبب حرام، یک عمل صحیح داشته باشیم؟ موارد زیادی داریم. فرض کنید کسی با یک وسیله غصبی، خودش را به میقات می‌رساند. سبب، سبب حرام است؛ زیرا از راه حرام استفاده کرده است. آنجا وسیله غصبی را کنار می‌گذارد، اما وقتی خودش را به میقات رساند، مستطیع شده و باید حجّش را انجام دهد و حجّش هم صحیح است. ممکن است سبب از جهت تکلیفی، عنوان حرمت را داشته باشد، اما اثر وضعی صحّت بر آن بار می‌شود. در هر صورت اگر سبب، سبب محرم بود، مثل اینکه در موارد دیگر هم همین‌طور، انسان یک پول حرامی را جزء مهر قرار دهد، یا یک پول حرامی را طریق قرار دهد برای رضایت زن، سبب ممکن است حرام باشد، اما نتیجه صحت است؛ یعنی این‌ها ملازمه ندارد که اگر یکجا گفتیم سبب، سبب حرام است، حتماً آن مسبب هم باشد. شبیه آن بحثی که درباره معاملات می‌گویند که نهی موجب فساد نیست، اما نهی در عبادات موجب فساد است؛ پس ایشان می‌فرماید درباره نکاح معاطاتی با وطی می‌گوییم؛ اولاً منحصر به آن نیست. ثانیاً چه کسی گفته با این وطی نکاح واقع نمی‌شود؟ ولو اینکه ما فرض کنیم این وطی، وطی حرام است، اما دو عنوان بر آن منطبق است. می‌فرمایند شبیه بحث اجتماع امر و نهی است؛ نماز در مکان غصبی، دو عنوان در آن جمع می‌شود، یکی عنوان نماز و یکی عنوان جمع شده است؛ یکی «وطی سببی برای نکاح است»، یعنی سببیتش محقق شده است، دوم اینکه «این وطی زنا و حرام است»، حالا که کار حرامی کرده، باید جزای آن را هم متحمل شود، اما دو عنوان در اینجا انطباق یافته است. بعد اشاره می‌کنند به آن کلام محقق نائینی^(۵) و می‌فرماید: بله، فقط یک راه وجود دارد و آن اینکه بگوییم وطی، عرفاً محقق نکاح نیست. عرف این را از اسباب متعارف برای نکاح تلقی نمی‌کند. می‌فرمایند اگر ما بگوییم «وطی از اسباب عرفی و عقلانی برای نکاح نیست در حالی که اسباب نکاح باید عقلانی باشد»، پس اسباب باید اسباب عقلانی باشد که این عبارة آخری همان مطلب محقق نائینی است که هر فعلی نمی‌تواند

محقق هر عنوانی از عناوین عقود و معاملات باشد، باید عقلانی هم باشد و وطی عنوان عقلانی را ندارد (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۱: ۲۶۸).

۵. ادله صحت نکاح معاطاتی

۵-۱. اطلاقات و عمومات عقود

یکی از ادله صحت نکاح معاطاتی، اطلاقات و عمومات آیات زیر است: «یا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...» (مائده: ۱). چنانچه شامل بیع می‌شود شامل نکاح نیز می‌شود و نکاح معاطاتی نیز مصداق عقد است، پس وجوب وفا دارد. همچنین اطلاقات عقد نکاح مانند «وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا» (نساء: ۲۱)، «فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ...» (نساء: ۳)، «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» (نور: ۳۲)، «وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ» (نساء: ۲۴) و نیز «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا» (اسراء: ۳۴) و اطلاقات روایاتی در فضیلت ازدواج، چنانچه شامل نکاح لفظی شود، نکاح معاطاتی را نیز شامل می‌شود.

با دقت در دو آیه سوره‌های مائده و اسراء درمی‌یابیم که بر لزوم پایبندی به عقد و عهد فرمان داده است. کلمه عقود جمع عقد و محلی به الف و لام است؛ به همین دلیل این کلمه عام و شامل هر توافقی است که عنوان عقد بر آن صادق باشد؛ اعم از عقودی که بین مردم جریان دارد، مانند عقد بیع، نکاح و... یا عهدی که اشخاص با خود می‌بندند و مثلاً سوگند می‌خورند که فلان کار را نکنند یا نکنند (علامه طباطبایی ۱۳۹۴ ج ۵: ۱۵۹). کلمه عقود در آیه فوق مطلق و بدون قید است و در صدق مفهوم عقد، لفظ دخالتی ندارد؛ زیرا مهم تراضی و توافق طرفین است که در شکل‌گیری عقد و عهد ضرورت دارد و این تراضی برای ایجاد یک اثر حقوقی و اعلام آن به وسیله‌های ممکن اعم از لفظ، اشاره، نوشته و غیره است؛ بنابراین عقد معاطاتی نیز لازم‌الوفاست و در این مورد میان بیع و نکاح و سایر عقود تفاوتی وجود ندارد؛ البته در مقام پاسخ می‌توان گفت: عموماتی مانند «اوفوا بالعقود» در مرحله پس از وقوع عقد و صحت آن جاری می‌شوند؛ زیرا آیه در مقام بیان حکم تکلیفی وجوب وفا نسبت به عقود است که شرایط صحت عقد را دارند؛ یعنی به بیع صحیح یا نکاح صحیح وفا کنید و آن را به هم نزنید، پس در بیان حکم وضعی یعنی حکم به صحت بیع یا نکاحی که شک در صحت آن داریم، نیست. از آنجا که عرفاً بر داد و ستد فعلی (معاطات)، بیع صدق می‌کند، اگر شک کردیم شارع چیزی بیشتر از نظر عرف در آن معتبر دانسته، تا زمانی که دلیلی بر اعتبار امر زائد در دست نباشد، به اطلاق «احل الله البيع» تمسک کرده و حکم به بیع و صحت آن می‌شود، سپس برای لزوم آن به اوفوا بالعقود تمسک

می‌کنیم، اما امام خمینی با توجه به قاعده 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، عقد معاطاتی صحیح و لازم‌الوفاست، مشروط بر اینکه انشای فعلی ممکن باشد، مانند بیع که طرفین با قصد انشاء، ثمن و مبیع را داد و ستد می‌کنند. در برخی موارد (مانند وصیت) ایجاب فعلی ممکن نیست و باید با لفظ قصد انشاء را اظهار کرد. عقد نکاح نیز از همین قبیل است و انشای زوجیت با فعل امکان ندارد؛ زیرا افعالی مانند دست‌دادن یا تماس جنسی تا پیش از ایجاد زوجیت حرام است و فعل حرام نمی‌تواند وسیله ایجاد رابطه زوجیت باشد. در نتیجه نخست باید با لفظ، رابطه زوجیت ایجاد شود تا تماس میان زن و مرد صورت بگیرد. در پاسخ به این اشکال 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 جهیزیه 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 ج ۱: ۱۸۰).

۲-۵. روایات

برای اثبات صحت نکاح معاطاتی، امکان استدلال به چند روایت وجود دارد.

الف) روایتی که بر این کلام استدلال شده است، روایت نوح بن شعیب است. امام صادق^(ع) فرمود: زنی نزد عمر آمد و گفت: من زنا کرده‌ام، مرا تطهیر و بر من حد جاری کن. عمر هم بلافاصله دستور داد این زن را رجم کنید. امیرالمؤمنین^(ع) را از این قضیه آگاه کردند. امام^(ع) فرمود: چگونه زنا کردی؟ زن گفت: در بیابان عبور می‌کردم، عطش شدیدی پیدا کردم. از یک اعرابی طلب آب کردم. او ابا کرد که مرا سیراب کند، مگر اینکه او را تمکین کنم. وقتی دیدم دارم می‌میرم، او آمد و به من آب داد، بعد هم او را تمکین کردم. حضرت^(ع) فرمود: این زنا نیست و حد ندارد و نباید رجم شود. سپس فرمودند: این خودش تزویج است (حر عاملی ۱۴۰۹ ج ۲۱: ۵۰) مرحوم فیض می‌گوید: ظاهر این روایت این بوده که یک نکاح موقت بین این مرد و زن واقع شده است. مهریه این نکاح موقت آب است و مدت آن به مقتضای اطلاق، یک‌بار است. اینکه درباره مره و تکرار در اصول بحث می‌کنیم که اطلاق اقتضای مره دارد یا اقتضای تکرار، ایشان می‌گوید

از اطلاق استفاده شده است که تمکین مره واحده به حساب می‌آید و مدت آن است. پس مهر آن و أجل آن نیز معین است؛ بنابراین حضرت^(ع) فرمودند: این تزویج موقت است و عنوان زنا را ندارد و نباید حد بخورد. این مدعایی است که به این روایت بر آن استدلال کرده‌اند.

بنابراین مرحوم فیض کاشانی و صاحب جواهر گفته‌اند: بعضی از ظاهریه (بعضی از اهل حدیث که براساس ظاهر بعضی از روایات فتوا می‌دهند) به این روایت نوح بن شعیب استدلال کرده‌اند و ادعای ایشان این است که در باب نکاح، اگر رضایت طرفین و یک لفظی هم دال بر نکاح باشد کافی است؛ یعنی مرحوم فیض و جمع دیگری در باب نکاح، یک لفظ معین مثل «أَنْكَحْتُ» و «زَوَّجْتُ» را لازم نمی‌دانند، همین که طرفین رضایت داشته باشند و علاوه بر این رضایت باطنی، یک لفظ دال بر نکاح هم در میان باشد، کافی است (فیض کاشانی ۱۴۰۶ ج ۲۱: ۳۴۲). درباره روایت فوق باید گفت بر فرض که معاطات در نکاح را صحیح ندانیم، اما با کمی تأمل متوجه خواهیم شد که در اینجا اضطراب در کار بوده است؛ مانند زمانی که انسان مضطر به خوردن مردار است که در این صورت حکم حرمت از او برداشته می‌شود؛ بنابراین در این روایت زن برای رفع اضطراب خود به چنین ارتباطی مبادرت کرده است، پس اسلام برای اینکه در حالت اضطراب نیز بتواند پاسخگو باشد، رضایت را کافی دانسته و این همان نکاح است.

ب) روایتی از محمد بن اسماعیل بزیغ نقل شده که از امام رضا^(ع) درباره زنی سؤال کرده است که شرب نبیذ کرد و مست شد، در همان حالت مستی خودش را به تزویج مردی درآورد. پس از اینکه مستی او از بین رفت، تزویج را انکار کرد. بعد هم خیال کرد که در حالت مستی عقد را خوانده و الآن زن این مرد است. ترسید مبادا زن او باشد و از او بخواهد از احکام زوجیت خودداری کند، پس تصمیم گرفت با آن مرد ازدواج کند. آیا آن مرد بر این زن حلال است یا اینکه به خاطر مستی زن، تزویج فاسد است و آن مرد هیچ حقی بر این زن ندارد؟ امام^(ع) در جواب فرمود اگر بعد از مستی نزد آن مرد ماند، این رضایت به زوجیت است. از امام^(ع) سؤال کرد آیا آن تزویجی که بر این زن واقع شده، صحیح است؟ امام^(ع) فرمود: بله (شیخ طوسی ۱۳۶۵ ج ۷: ۳۹۲).

این روایت از نظر سند، صحیح است و تمام روایتش عدول و امامی هستند. مطابق آنچه قبلاً در بحث از مفاد قاعده «العقود تابعة للقصود» بیان شد، عقد غافل، نائم، ناسی، هازل و مست که قصد بر انشا ندارند باطل است. در این روایت نیز عقد زن به خاطر مست بودن در زمان عقد باطل است و رضایت بعدی نیز نمی‌تواند عقد باطل را تصحیح کند. با توجه به اشکال فوق، اینکه چرا امام^(ع) آن را صحیح دانسته است، برخی گفته‌اند اگر شخص مستی عقد را خواند و بعد از آفاقه، به همین عقدی که خوانده رضایت دهد، صحیح است و دیگر نیازی به این ندارد که ایجاب و

قبول را بار دیگر بخواند؛ فقط یک رضایتی داده شود کافی است، شبیه آن رضایتی که در عقد فضولی مطرح است (کمالان ۱۳۹۲: ۱۹۱).

براساس ماده ۱۹۱ قانون مدنی: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند» و نیز ماده ۱۹۲ بیان می‌دارد: «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آن‌ها تلفظ ممکن نباشد، اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود». همچنین براساس ماده ۱۹۳: «انشای معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد، مثل قبض و اقباض حاصل گردد؛ مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد». به نظر می‌رسد معاطات در عقود صحیح است و لازم نیست ایجاب و قبول لفظی باشد. البته برخی با استناد به ماده ۱۰۶۲: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نمایند» ماده ۱۰۷۰: «رضای زوجین شرط نفوذ عقد است و هرگاه مکره بعد از زوال کره، عقد را اجازه کند نافذ است مگر اینکه اکراه به درجه‌ای بوده که عاقد فاقد قصد باشد» و نیز ماده ۱۰۶۶: «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»، به ابطال نکاح معاطاتی نظر می‌دهند.

بزنطی از امام رضا^(ع) درباره کیفیت اجرای طلاق شخص لالی که نمی‌توانست بنویسد و قدرت شنوایی نیز نداشت سؤال کرد. آن حضرت در پاسخ فرمود: به وسیله افعال و کرداری که بیانگر طلاق باشد (محقق داماد ۱۳۸۵: ۱۸۱) و نیز امام خمینی می‌گوید: «اگر به جهت لال بودن و مانند آن تلفظ ممکن نباشد، اشاره‌ای که بفهماند جای لفظ را می‌گیرد، حتی بنا بر اقوی در صورتی هم که متمکن از وکیل گرفتن باشد و اگر از اشاره هم ناتوان باشد احتیاط (واجب) آن است که یا وکیل بگیرد یا به‌طور معاطات انجام دهد و در صورتی که هیچ‌یک از این دو ممکن نباشد، انشاء عقد با نوشتن خواهد بود» (امام خمینی ۱۳۸۵ ج ۱: ۵۷۵). در نکاح منقطع ذکر مدت و مهریه لازم است؛ به نحوی که ذکر نکردن آن موجب بطلان عقد منقطع خواهد شد و نکاح موقت را به نکاح دائم تبدیل می‌کند همان‌طور که در ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی آمده است: «نکاح وقتی منقطع است که برای مدت معینی واقع شده باشد» و نیز ماده ۱۰۷۶ که بیان می‌کند: «مدت نکاح منقطع باید کاملاً معین شود»، برای تعیین مدت و مهریه، چاره‌ای جز به کار بردن لفظی نیست که دلالت بر این اغراض کند.

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. در واقع 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 قوی‌تر 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 نمی‌تواند به لفظ و گفتار منحصر باشد؛ زیرا اعتبار لفظ در نکاح طریقی است نه موضوعی. در واقع می‌توان گفت در حقیقت انشا، «لفظ» موضوعیت ندارد و لفظ یکی از آلات و طرق برای انشاست، اما باید توجه کرد، فعلی که برای اعلام اراده به کار می‌رود، باید از امور عقلایی باشد؛ طوری که عرف جامعه آن را تأیید کند.

منابع

- آملی، محمدتقی. (۱۳۳۱) *تعلیقه علی المکاسب*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- انصاری، مرتضی. (۱۳۷۹) *المکاسب*، قم: احسن الحدیث.
- _____ (۱۴۱۵ ق) *کتاب النکاح*، قم: ناشر کنگره دویستمین سالگرد تولد شیخ.
- امام خمینی، سید روح‌الله. (۱۳۸۵) *توجه تحریب الوسیلة*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- _____ (۱۴۲۱ ق) *کتاب البیع*، دوره ۵ جلدی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ ق) *وسائل الشیعه*، بیروت: آل البیت.
- خوانساری، شیخ موسی نجفی. (۱۳۷۹) *منیة الطالب فی شرح المکاسب*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- سنگلجی، محمد. (۱۳۴۷) *ضوابط و قواعد معاملات*، تهران: حیدری، چاپ چهارم.
- سیدی بنایی، سید باقر و عسگر نظری احمدآباد. (۱۳۹۰) «بررسی نکاح معاطاتی از نظر فقه و حقوق موضوعه»، *فصلنامه تخصصی فقه و مبانی حقوق اسلامی*، شماره ۲۳.

- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۶) **تشکیل قراردادها و تعهدات**، تهران: مجد، چاپ ششم.
- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن. (۱۳۶۵) **تهذیب الاحکام**، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- صفایی، حسین. (۱۳۸۴) **حقوق مدنی**، تهران: نشر میزان، چاپ سوم.
- علامه طباطبایی، محمدحسین. (۱۳۹۴ ق) **المیزان فی تفسیر القرآن**، موسوی همدانی، محمدباقر، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم.
- عمید، حسن. (۱۳۸۱) **فروغک عمید**، تهران، انتشارات امیرکبیر، چاپ بیست و پنجم.
- فخرالمحققین، محمدبن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷) **ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد**، جلد ۱، قم: اسماعیلیان.
- فیض کاشانی، محمدحسین. (۱۴۰۶ ق) **الوافی**، اصفهان: مکتبه الامام امیرالمومنین، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۱) **حقوق مدنی**، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم.
- کمالان، سید مهدی. (۱۳۹۲) **قانون مدنی**، تهران: کمالان، چاپ هفتم.
- محقق ثانی، شیخ نورالدین علی بن عبدالعالی. (۱۴۱۴ ق) **جامع المقاصد**، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۳۸۹ ق) **شرایع الاسلام**، نجف: اسماعیلیان.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۴) **بررسی فقهی حقوقی خانواده**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ یازدهم.
- معین، محمد. (۱۳۷۱) **فروغک فارسی معین**، تهران: انتشارات امیرکبیر، چاپ هشتم.