

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

موضعیه 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 تعییر 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 عمومات 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 و آکاوى شده است.

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

۱. دانش آموخته 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

مقدمه

ارادة اشخاص نقش بسیار مهمی در همه نظامهای حقوقی دنیا دارد و در فقه اسلامی نیز از جایگاه مهم و ویژه‌ای برخوردار است. درواقع می‌توان گفت عقود و ایقاعات به اراده افراد نسبت داده می‌شود. فقهاء در جریان ایجاد عقود و ایقاعات، اراده را بیش از هر عامل دیگری مؤثر می‌دانند و الفاظ و افعال و سایر وسائل اعلام اراده را به تنهایی و بدون مبزیت، در مقایسه با اراده متعاقدين، موحد هیچ تکلیف و تعهدی نمی‌دانند. مفاد قاعدة «العقود تابعة للقصد» نیز مؤید چنین دیدگاهی است. براساس قاعدة مزبور، نبود انشای مدلول عقد، مانع تحقق آثار حقوقی است و عمل بدون قصد و اراده طرف عقد، تهی و بی اعتبار است. ماده ۱۹۱ قانون مدنی اعلام می‌دارد: «عقد متحقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرر و 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 میین 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 عقدی 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 عقدی، 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 عقدی را بدون قصد و رضای حقیقی بگوید، عقدی به وجود نمی‌آید. همچنین اگر کسی انشای عقدی را اراده کند، بدون اینکه مقصود خود را از طریق قول یا فعلی به دیگری بفهماند، عقدی واقع نمی‌شود؛ بدین ترتیب می‌توان گفت آنچه برای ابراز قصد درونی به کار می‌رود و مبز 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 فقهاء و ادله آنان به این پرسش اصلی پاسخ داده‌ایم که آیا نکاح معاطاتی صحیح است یا خیر. در این میان نیز به بررسی مبزهایی که برای اعلام اراده باطنی وجود دارد و نیز نقش و جایگاه آن مبز خارجی به عنوان کاشف و ناقل در تحقق اراده باطنی پرداخته‌ایم تا با بررسی دلایل متفن 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، عطاو، عطا، عاطی و عطاست. همچنین مصدر باب مفاعله [عاطی، یعاطی، معاطاه] 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 می‌نویسد: «رضایت قلبی طرفین و نیز عملی که دلالت بر رضایت کند، معاطات نام دارد و در اکثر معاملات نیز جریان دارد»^۱ (امام خمینی ۱۴۲۱ ج ۴: ۲۷).

برخی دیگر در تعریف نکاح معاطاتی می‌نویسد: (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 بهوسیله فعل است؛ به عبارت دیگر منظور از نکاح معاطاتی آن است که زن و مردی که قصد ازدواج با یکدیگر را دارند، علقة زوجیت، سبب زوجیت نمی‌شود، بلکه باید این اراده بهوسیله مبرزی ابراز شود؛ باطنی به علقة زوجیت، سبب زوجیت نمی‌شود، بلکه باید این اراده بهوسیله مبرزی ابراز شود؛ در حالی 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، علقة زوجیت را بهوسیله فعلی مانند ایماء، اشاره یا تمکین زوجه 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 اشتريت (فروختم و خریدم). آیا در ازدواج نیز با معاطات و داد و ستد، علقة زوجیت ایجاد می‌شود؟

۱. «مقتضی القاعدة جریان المعاطاة في كلّ عقد أو إيقاع يمكن إنشاؤه بالفعل، فإنَّ الفعل كالقول آلة للإيجاد والإيقاع الاعتباري».

۲. تاریخچه معاطات

سیره بین مردم اعم از عوام و خواص در پیروی از گذشتگان بر این جاری است که در معاملاتشان قصد تمیلیک کرده و آن را به صورت معاطات انجام می‌دهند. از زمان آغاز اجتهاد در فقه، معاطات به نوعی مطرح بوده است. شیخ مفید می‌نویسد: «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 می‌شود» (سیدی بنایی و نظری احمدآباد: ۱۳۹۰: ۹۵). محمد تقی آملی در تعلیقۀ خود بر مکاسب از قول میرزا محمدحسن غروی نائینی می‌نویسد: «ملاک حجت بودن این سیره اتصال آن به زمان معصوم^(۱) 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^(۲) به این دلیل است که ماقطع داریم این گونه معاطات در زمان معصوم^(۳) چهسا در اعصار قبل از آنان نیز جریان داشته است؛ طوری که یقین پیدا می‌کنیم رویه معاملات آنان در بازارهایشان این چنین نبوده که ایجاب و قبول را به صور لفظی انجام دهند» (آملی ۱۳۳۱ ج ۱: ۱۳۰).

امام خمینی در کتاب *البیع سیره عقلایی* را از زمان تحقق تمدن و احتیاج به مبادرات، تا زمان حاضر دلیل بر صحت معامله به صورت معاطاتی می‌داند و می‌فرماید: «سیره مستمر عقلایی از زمان شکل‌گیری تمدن و احتیاج به مبادرات 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 شباهی بشر قدیم در اوایل شکل‌گیری تمدن، اجناس را با اجناس دیگر بدون انشای معامله با لفظ انجام می‌داد 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* می‌گوید: با استفاده از کلمات بعضی از فقهاء متوجه شدیم معاطات در اجاره و هبه جاری است. گفتار بعضی از این فقهاء این چنین است که اگر کسی به دیگری بگوید این کار را برای من انجام بده «لو امره بفعل فعله» و عقد اجاره لفظی هم نخواند، او هم شروع به عمل کند، بگوید بیا اینجا را تمیز کن و بساز او هم عمل کند، فقهاء گفته‌اند این استحقاق اجرت را دارد؛ درحالی که این مسئله عنوان معاطاتی دارد (محقق ثانی ۱۴۱۴ ج ۴: ۵۹). محقق ثانی از این عبارت استفاده می‌کند که برخی فقهاء معاطات را در اجاره

جاری می دانند، اما مرحوم شیخ بر ایشان اشکال کرده است. انصاری می گوید: «ظاهر این است که معاطات در بیع و غیر آن نظری اجراه نیز جریان دارد» (انصاری ۱۳۷۹ ج ۳: ۹۳) و نیز همین طور 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.

۳. 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 اراده ای را که برای انعقاد قرارداد اعلام و ابراز شده است، اراده ظاهری می نامند 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 آمده است: «پس از توافق بایع و مشتری در مبيع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود. ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد» (کمالان ۱۳۹۲: ۶۸). در همه نظامهای حقوقی، اراده اشخاص در تحقیق 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 می شود. در فقه اسلامی نیز اراده اشخاص در ایجاد تعهدات از جایگاه مهمی برخوردار است. فقهاء در جریان ایجاد عقود و ایقاعات، نقش اراده را بیش از هر عامل دیگری دانسته و الفاظ و افعال و سایر وسائل اعلام اراده را به تنهایی و بدون مبزیت آنها به اراده متعاقدين، فاقد هر نوع تکلیف و تعهدی می دانند؛ از این رو هر روشنی که عرفاً سبب هدایت انشا باشد، می تواند به عنوان 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 به وسیله میرزی ابراز شود. همچنین از آنجا که نکاح از عقود است، قصد و اراده در آن مانند سایر قراردادها مهم ترین رکن به شمار می آید. 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 نبود انشا بی 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 و ادارند (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، فقهاء عقیده دارند چنانچه آن معامله با عقد لفظی تحقق یابد با معاطات نیز محقق می‌شود و در تقسیم‌بندی موضوعات فقهی، نکاح در بخش عقودی جای گرفته که نیازمند ایجاب و قبول است.

۴. بررسی نظریهٔ فقهاء

از نظر فقهاء 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 این‌رو در باب نکاح، برخلاف سایر قراردادها، سختگیری بیشتری در نحوه بیان صورت گرفته است و شارع می‌خواهد از آغاز، هیچ‌گونه شک و شبه‌ای 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 میرزا اراده نکاح را المظ قرار داده است؛ زیرا فعل، مجمل و مهم است و احتمالات گوناگون در آن وجود دارد. حتی به گفتهٔ گروهی از فقهاء، 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 حلّی 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: «ازوجتک»، «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 متعّت تردید است و ارجح جواز آن است (محقق حلی ۱۳۸۹ ج ۲: ۲۷۳). بعضی از فقهاء چنان بر ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول تأکید دارند که نکاح بدون صیغه را سفاح (زن) 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 گرنے 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 محرم را دارد؛ چون هنوز ازدواجی واقع نشده و این وطی، وطی محرم می‌شود. تعبیر ایشان این است که نمی‌توانیم در باب نکاح بگوییم با معاطات نکاح محقق می‌شود؛ زیرا فعل در باب نکاح، ملازم با ضد 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 مصدق همان عنوان باشد یا مصدق ملازم آن (آملی ۱۳۳۱: ۲۲). چنین نیست که بتوانیم هر فعلی را مصدق برای هر چیزی قرار دهیم و بگوییم اگر دست راستم بالا آمد، یعنی رهن دادم، اگر دست چشم بالا آمد یعنی اجاره دادم، ولو چنین قصده هم کنیم، باید فعل مصدق برای آن عنوان باشد؛ یعنی بگویند این فعل، مصدق برای بیع است. حالا اگر مصدق برای بیع نیست، مصدق برای چیزی باشد که ملازم با بیع است؛ مثلاً می‌گوییم لازمه بیع، سلطنت و تسليط است. این فعل مصدق برای تسليط است، اما اگر فعلی مصدق برای یک عنوان معاملی نباشد، یا مصدق 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، مصدق برای زناست نه مصدق برای زواج؛ یعنی مصدق 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: ۱۸۶-۱۸۷). امام خمینی می‌گوید: گاهی تصور می‌شود نکاح از عقودی است که با فعل محقق نمی‌شود؛ زیرا تحقق نکاح با فعل، ملازم با ضد آن یعنی سفاح است، اما این تصور موردي 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 جهیزیه و رفتن به خانه مرد این قصد را متحقق کند و مرد نیز پذیرد 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 مانع 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 ج ۱۴۲۱: 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. آنچه 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 صحت بر آن بار می‌شود. در هر صورت اگر سبب، سبب محرم بود، مثل اینکه در موارد دیگر هم همین طور، 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 ملازم 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 متتحمل شود، اما دو عنوان در اینجا انطباق یافته است. بعد اشاره می‌کنند به آن کلام محقق نائینی (۱) و می‌فرماید: بله، فقط یک راه وجود دارد و آن اینکه بگوییم وطی، عرفًا محقق نکاح نیست. عرف این را از اسباب متعارف برای نکاح تلقی نمی‌کند. می‌فرمایند اگر ما بگوییم «وطی از اسباب عرفی و عقلایی برای نکاح نیست در حالی که اسباب نکاح باید عقلانی باشد»، پس اسباب باید اسباب عقلایی باشد که این عباره اُخری همان مطلب محقق نائینی است که هر فعلی نمی‌تواند

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

۵. ادلۀ صحت نکاح معاطاتی ۱-۵. اطلاقات و عمومات عقد

یکی از ادلۀ صحت نکاح معاطاتی، اطلاقات و عمومات آیات زیر است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعَهْدِ...» (مائده: ۱). چنانچه شامل بیع می شود شامل نکاح نیز می شود و نکاح معاطاتی نیز مصدق عقد است، پس واجب وفا دارد. همچین اطلاقات عقد نکاح مانند «وَأَخْدَنَ مِنْكُمْ مِيَثَاقًا غَلِيظًا» (نساء: ۲۱)، «فَإِنَّكُحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ...» (نساء: ۳)، «وَإِنَّكُحُوا أَيَامِي مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ» (نور: ۳۲)، «وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذِلِّكُمْ» (نساء: ۲۴) و نیز «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُلًا» (اسرا: ۳۴) و اطلاقات روایاتی در فضیلت ازدواج، چنانچه شامل نکاح لفظی شود، نکاح معاطاتی را نیز شامل می شود.

با دقت در دو آیه سوره های مائدۀ و اسراء در مرمی باییم که بر لزوم پایبندی به عقد و عهد فرمان داده است. کلمۀ 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 صدق باشد؛ اعم از عقودي که بین مردم جریان دارد، مانند عقد بیع، نکاح و... یا عهدي که اشخاص با خود می بندند و مثلاً سوگند می خوردن که فلان کار را بکنند یا نکنند (علامه طباطبایی ۱۳۹۴ ج ۵: ۱۵۹). کلمۀ 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 شکل گیری عقد و عهد ضرورت دارد و این تراضی برای ایجاد یک اثر حقوقی و اعلام آن به وسیله های ممکن اعم از لفظ، اشاره، نوشته وغیره است؛ بنابراین عقد معاطاتی نیز لازم الوفاست و در این مورد میان بیع و نکاح و سایر عقود تفاوتی وجود ندارد؛ البته در مقام پاسخ می توان گفت: عموماتی مانند «أَوْفُوا بِالْعَهْدِ» در مرحله پس از وقوع عقد و صحت آن جاری می شوند؛ زیرا آیه در مقام بیان حکم تکلیفی و جوب و فا نسبت به عقودي 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 عرف بر داد و ستد فعلی (معاطات)، بیع صدق می کند، 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 می شود، سپس برای لزوم آن به اوفوا بالعقود تمسک

می‌کنیم، اما امام خمینی با توجه به قاعده لزوم و فای به عقد و عهد که آیات فوق بر آن‌ها دلالت دارد، می‌فرمایند: 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 بع که طرفین با قصد انشا، ثمن و مبيع را داد و ستد 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 دستدادن یا تماس جنسی تا پیش از ایجاد زوجیت حرام است و فعل حرام نمی‌تواند وسیله ایجاد رابطه زوجیت باشد. درنتیجه 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: 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 کردم، مرا تطهیر و بر من حد جاری کن. عمر هم بلا فاصله دستور داد این زن را راجم کنید. امیرالمؤمنین^(ع) را از این قضیه آگاه کردند. امام^(ع) فرمود: چگونه زنا کردی؟ زن گفت: در بیان 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. مهره‌ی 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 موه واحده به حساب می آید و مدت آن است. پس مهر آن و أجل آن نیز معین است؛ بنابراین حضرت^(۴) فرمودند: این تزویج مؤقت 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 فتوای دهنده) 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 «آنکحت» و «زوجت» 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 ج ۱۴۰۶: ۲۱). درباره روایت فوق باید گفت بر فرض که معاطات در نکاح را صحیح ندانیم، اما با کمی تأمل متوجه خواهیم شد که در اینجا اضطرار در کار بوده است؛ مانند زمانی که انسان مضطرب به خوردن مردار است که در این صورت حکم حرمت از او برداشته می‌شود؛ بنابراین در این روایت زن برای رفع اضطرار خود به چنین ارتباطی مبادرت کرده است، پس اسلام برای اینکه در حالت اضطرار نیز بتواند پاسخگو باشد، رضایت را کافی دانسته و این همان نکاح است.

ب) روایتی از محمد بن اسماعیل بنیغ نقل شده که از امام رضا^(۵) درباره زنی سؤال کرده است که شرب نیزد 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^(۶) در جواب فرمود اگر بعد از مستی نزد آن مرد ماند، این رضایت به زوجیت است. از امام^(۷) سؤال کرد آیا آن تزویجی که بر این زن واقع شده، صحیح است؟ امام^(۸) فرمود: بله (شیخ طوسی ج ۱۳۶۵: ۷). این روایت از نظر سند، صحیح است و تمام روایش عدول و امامی هستند. مطابق آنچه قبل از در بحث از مفاد قاعدة «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^(۹) آن را صحیح دانسته است، برخی گفته‌اند اگر شخص مستی عقد را خواند و بعد از افاقه، 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، شیوه آن رضایتی که در عقد فضولی مطرح است (کمالان ۱۳۹۲: ۱۹۱).

براساس ماده ۱۹۱ قانون مدنی: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا، به شرط مقرون‌بودن 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 بهوسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد، مثل قبض و اقباض حاصل گردد؛ مگر در مواردی که قانون استشنا 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.

بنظری از امام رضا^ع درباره کیفیت اجرای طلاق شخص لالی که نمی‌توانست بنویسد و قدرت شنواری نیز نداشت سؤال کرد. آن حضرت در پاسخ فرمود: بهوسیله 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 ممکن از وکیل گرفتن باشد و اگر از اشاره هم ناتوان باشد احتیاط (واجب) آن است که یا وکیل بگیرد یا به طور 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 وقت را به نکاح دائم تبدیل می‌کند همان‌طور که در ماده ۱۰۷۵ قانون مدنی آمده است: «نکاح 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 نوشه 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 فقهاء 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 قادری 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 نمی‌تواند به لفظ و گفتار منحصر باشد؛ زیرا اعتبار لفظ در نکاح طریقی است نه موضوعی. درواقع می‌توان گفت درحقیقت إنشا، «اللفظ» 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) *تعليقه على المكاسب*، قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
- انصاری، مرتضی. (۱۳۷۹) *المكاسب*، قم: احسن الحديث.
- _____. (۱۴۱۵ق) *كتاب النكاح*، قم: ناشر كنگره دویستمین سالگرد تولد شیخ.
- امام خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۵) *ترجمه تحریر الوسیلة*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- _____. (۱۴۲۱ق) *كتاب البيع*، دوره ۵ جلدی، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
- حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق) *وسائل الشیعه*، بیروت: آل البيت.
- خوانساری، شیخ موسی نجفی. (۱۳۷۹) *منية الطالب في شرح المكاسب*، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- سنگچی، 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: مجده، چاپ ششم.
- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد بن حسن. (۱۳۶۵) **تهذیب الاحکام**، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ چهارم.
- صفائی، حسین. (۱۳۸۴) **حقوق مدنی**، تهران: نشر میزان، چاپ سوم.
- علامه طباطبائی، محمدحسین. (۱۳۹۴) **المیزان فی تفسیر القرآن**، موسوی همدانی، محمدباقر، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ دوم.
- عمید، حسن. (۱۳۸۱) **فرهنگ عمید**، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ بیست و پنجم.
- فخرالمحققین، محمدبن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷) **ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد**، جلد ۱، قم: اسماعیلیان.
- فیض کاشانی، محمدحسین. (۱۴۰۶) **الوافقی**، اصفهان: مکتبه الامام امیر المؤمنین، 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) **جامع المقاصل**، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لایحاء التراث.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۳۸۹) **شروع الإسلام**، نجف: اسماعیلیان.
- محقق داماد سید مصطفی. (۱۳۸۴) **بررسی فقهی حقوقی خانواده**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ یازدهم.
- معین، محمد. (۱۳۷۱) **فرهنگ فارسی معین**، تهران: انتشارات امیر کبیر، چاپ هشتم.