

Legal jurisprudence of marriage without verbal contract (Ma'ati) from the perspective of Imam Khomeini (RA)

Abstract

Marriage is one of the most challenging and important issues in the field of family jurisprudence. Conventional marriage means concluding a marriage relationship without a concubine. Some jurists, by accepting the fact that words have no subject in fulfilling the requirement and acceptance, have claimed the validity of reciprocal marriage; But the famous saying of such a contract is not true, which was expressed by Imam Khomeini. It seems that despite the verses and hadiths, the consensus and manners of Muslims, the famous saying is more powerful. From Imam Khomeini's point of view, it is necessary to follow the rule of the flow of concessions in any contract and event that can be written into action; Because the verb, like the promise, is a means of creating and concluding a credit. As a result, in this article, the legal jurisprudence of marriage without verbal contract (contractual) from Imam Khomeini's point of view was explained. For this purpose, descriptive analytical bribery and in order to study this issue, taking into account the views of Imam Khomeini and other jurists, the validity of the marriage contract has been investigated.

Keywords: marriage, consensual marriage, Imam Khomeini's view, jurisprudence, Iranian law

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

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۳/۱۹

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۵/۱۴

احمد راستگردانی^۱محمود قیوم زاده^۲محمدرسول آهانگران^۳**چکیده**

نکاح معاطاتی یکی از مباحث چالشی و مهم در حیطه فقه خانواده است. منظور از نکاح معاطاتی 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 که توسط امام خمینی (ره) 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 (ره) 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. در نتیجه در این مقاله به تبیین فقهی حقوقی ازدواج بدون عقد لفظی (معاطاتی) از دیدگاه امام خمینی (ره) 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.

واژگان کلیدی: ازدواج، ازدواج معاطاتی، دیدگاه امام خمینی (ره)، فقه، حقوق ایران

^۱ دانشجوی دکتری، گروه الهیات و معارف اسلامی، واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین، ایران، Mahdi.rastgordani@gmail.com^۲ استاد، گروه الهیات و معارف اسلامی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران، maarefteacher@yahoo.com^۳ استاد گروه الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران، ایران، ahangaran@ut.ac.ir

اسلام به امر ازدواج اهمیت زیادی داده است؛ شارع مقدس با شناخت عمیق از انسان و نیازهای وی و خطرات و آفات آن که از این حیث در مسیر سعادت او وجود دارد، احکام و آیینی در باره ازدواج برای انسان ها قرار داده است که در فقه اسلامی بررسی و بیان می گردد.

معاطات در عقود، از گذشته مورد توجه فقها بوده و در مورد آن آرای متنوعی صادر شده است؛ جمعی از فقها برای معاطات اثری قایل نشده و بعضی نیز نظرات دیگری را مطرح کرده اند. امروزه کمتر فقهی است که در عقود معاوضی، برای معاطات اثری قایل نباشد، از نظر حقوقی نیز تفاوتی در نحوه اعلام اراده با لفظ یا غیرلفظ ایجاب و قبول وجود ندارد. بر خلاف بحث معاطات در عقود معاوضی، این موضوع در عقد نکاح همچنان بحث روز است. مطابق قسمت اخیر ماده ۱۹۳ ق.م.ا. «در مواردی که قانون استثناء کرده باشد»، معاطات صحیح است. از جمله موارد استثناء شده، عقد وقف است، مطابق ماده ۵۶ ق.م.ا. «به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند» واقع می شود. مصداق دیگر بخش اخیر ماده ۱۹۳ ق.م.ا. عقد نکاح است. البته قانون مدنی در باب نکاح، میان حالت اختیار و اضطرار فرق گذاشته است. در ماده ۱۰۶۲ ق.م.ا. آمده: «نکاح واقع می شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید».

مطابق حکم ماده فوق، ایجاب و قبول در عقد نکاح باید لفظی باشد، با وجود این ماده ۱۰۶۶ ق.م.ا. با اشاره به حالت عجز از تلفظ آورده: «هر گاه یکی از متعاقبین یا هر دو لال باشند، عقد به اشاره از طرف لال نیز واقع می شود، مشروط بر اینکه بطور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد».

امام خمینی (رحمت الله علیه) در تعریف نکاح معاطاتی می فرماید:

اگر زن و مرد باهم گفت گو 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 خانه اش قبول کند در این صورت ازدواج معاطاتی صورت می گیرد (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۱۸۰).

امام خمینی می گوید: گاهی تصور می شود نکاح از عقود است که با فعل محقق نم ی شود؛ 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 جهیزیه و رفتن به خانه مرد این قصد را محقق کند و مرد نیز بپذیرد و او را به همین منظور در خانه اش جای دهد، زوجیت معاطاتی محقق می شود 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 نمی شود؛ زیرا هر فعل و اشاره ای نمی تواند سببیت داشته باشد، بلکه باید آن سبب از اسباب عقلایی باشد (امام خمینی، ۱۴۲۱: ۲۶۷).

امام خمینی با توجه به قاعده لزوم وفای به عقد و عهد که آیات فوق بر آنها دلالت دارد، می فرماید: 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 لازم الوفاست، مشروط بر اینکه انشای فعلی ممکن باشد، مانند بیع که طرفین با قصد انشا، ثمن و مبیع را داد و ستد می کنند. 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 نمی تواند 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 می توان بیان کرد که در عقد نکاح نیز انشای فعلی ممکن است؛ زیرا افعالی که به کمک آن می توان اعلام اراده کرد و ایجاب و قبول را محقق ساخت، در موارد حرام منحصر نیست. طرفین می توانند 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 عرف های مختلف دلالت بر همین معنا دارد (امام خمینی، ۱۴۲۱: 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 می شود «عقد» می گوید (جوهری، ۱۴۲۰ هـ: ۵۱۰). اکثر لغویان معتقدند عقد به مناسبت معنای لغوی آن، عهد محکم، موثق و مشدد است (ابن اثیر، ۱۳۶۴: ۲۷۰)؛ همچنین از آن رو عقد گفته می شود که دو طرف پیمان، اراده انشایی خود را به یک اثر حقوقی گره می زنند.

نکاح در لغت حقیقت در وطی است. و نیز مشهور آن است که در شرع حقیقت در عقد است؛ پس می توان گفت: نکاح عقدی است که متضمن اباحه وطی باشد و یا عقدی است که مورد آن تملیک منفعت بضع است (جابری عربلو، ۱۳۶۲: ۱۷۵).

معاطات عبارت است از مبادله و داد و ستد بدون عقد مخصوص و به تعبیر دیگر «المعاطاة أن يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذ من الآخر» (انصاری، ۱۴۲۰ هـ: ۳۰۳) به مفهوم کلی معاطاة هر معامله و معاوضه ای 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 (رحمت الله علیه) در تعریف نکاح معاطاتی می فرماید:

اگر زن و مرد باهم گفتگو کردند و قصد ازدواج کردند و زن با رفتنش به خانه مرد، مثلا به همراه جهیزیه، زوجیت را ایجاد کند و مرد نیز زوجیت را با تمکین زن در خانه اش قبول کند در این صورت ازدواج معاطاتی صورت می گیرد (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۱۸۰).

برخی در تعریف نکاح معاطاتی می نویسند: «توافق و تراضی طرفین بسنده می شود و فاقد ایجاب و قبول لفظی است» (محقق داماد، ۱۳۸۵: ۱۶۶)، با توجه به تعریف نکاح و معاطات که ذکر شد، می توان گفت نکاح معاطاتی عبارتست 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 اراده ای 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: ۶۴).

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 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 نبود انشا بی ارزش است. همچنین است اگر کسی را به خواب مغناطیسی (هیپنوتیزم) برده و درحالیکه 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 تقسیم بندی 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 شبهه‌های 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 قرینه ای 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: «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 تمتع تردید است و ارجح جواز آن است (محقق حلی ۱۳۸۹: ۲۷۳). بعضی از فقها چنان بر ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول تأکید دارند که نکاح بدون صیغه را سفاح (زنا) خوانده اند. انصاری می گوید: «همانا فرج با اباحه و با معاطات حلال نمی شود و فرق نکاح و سفاح نیز در صیغه است؛ زیرا در سفاح نیز غالباً تراضی است» (انصاری ۱۴۱۵: ۷۸).

عقد معاطاتی این است که مرد، زن را به قصد نکاح وطی کند و این وطی عنوان محرم می شود. تعبیر ایشان این است که دارد؛ چون هنوز ازدواجی واقع نشده و این وطی، وطی محر نمی توانیم در باب نکاح بگوییم با معاطات نکاح محقق می شود؛ 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 می کند. پس اگر فعلی بخواهد محقق یک معامله ای 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 میگ و بییم 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 نمی تواند 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 نمی تواند با این فعل، ازدواج محقق شود؛ یعنی نمی توانیم بگوییم با فعل، نکاح معاطاتی محقق می شود؛ بنابراین ایشان جریان معاطات در نکاح را انکار می کنند (خوانساری ۱۳۷۹: ۱۸۷-۱۸۶). امام خمینی می گوید: گاهی تصور می شود نکاح از عقود است که با فعل محقق نمی شود؛ 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 جهیزیه و رفتن به خانه مرد این قصد را محقق کند و مرد نیز بپذیرد و او را به همین منظور در خانه اش جای دهد، زوجیت معاطاتی محقق می شود 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 نمی شود؛ زیرا هر فعل و اشاره ای نمی تواند سببیت داشته باشد، بلکه باید آن سبب از اسباب عقلایی باشد (امام خمینی ۱۴۲۱: ۲۶۷).

بررسی فقهی عقد لفظی (معاطاتی)

درباره عقد معاطاتی فقها به دو دسته تقسیم شده اند: گروه موافقان عقد معاطاتی و گروه مخالفان عقد معاطاتی.

۱- موافقان نکاح معاطاتی

آیت اله صادقی تهرانی از جمله فقهای معاصر موافق با صحت نکاح معاطاتی است. وی در کتاب خود می نویسد: « 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. لکن 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 دایم و چه موقتش. البته اگر صیغه عقد بخوانی بهتر است و دلالتش هم روشن تر است، برحسب دو آیه « زَوْجَانِكُمَا » (احزاب، ۳۷) و « اِنِّیْ اَرِیْدُ اَنْ اُنْكَحَکَ اَحَدَیْ اُبَّتَیْ هَاتَیْنِ » (قصص، ۲۷) «می خواهم تو را به نکاح یکی از دخترانم درآورم» کافی است...» (صادقی تهرانی، بی تا: ۲۸۱).

۲- مخالفان نکاح معاطاتی

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

الف آیات

« اگر تصمیم گرفتید که همسر دیگری به جای همسر خود انتخاب کنید و مال فراوانی (به عنوان مهر) به او پرداخته اید، چیزی از آن را نگیرید؛ آیا برای باز پس گرفتن مهر زنان، متوسل به تهمت و گناه آشکار می شوید؟ چگونه آن را باز پس می گیرید، در حالی که شما با یکدیگر تماس و آمیزش کامل داشته اید و [از این گذشته] آنها پیمان محکمی [هنگام ازدواج] از شما گرفته اند؟» (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 است که به این بحث بی ارتباط است (عروسی حویزی، ۱۴۱۵هـ: ۴۶۰) مطابق روایت دیگر، این کلمات بر الفاظ عقد نکاح منطبق شده است.

ب - روایات

۱- روایت ابان بن تغلب: مخالفان نکاح معاطاتی در اثبات دیدگاه خود، به روایتی از امام صادق استناد کرده اند. ابان بن تغلب می گوید: 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 (حرّ عاملی، ۱۴۰۹هـ ج ۲۱: ۴۳).

برخی از فقها درباره چنین روایاتی بر این باورند که وقتی از این روایات اعتبار لفظ در باب متعه و عقد موقت استفاده شود، به طریقا ولی در باب عقد دائم، لفظ برای انشای عقد معتبر است؛ چون نکاح دائم همیشگی است، اما نکاح منقطع، موقت است (خوئی، بی تا: ۱۲۹).

روایات دلالت دارد که هم در عقد موقت و هم دایم باید الفاظ صیغه را رعایت کنیم و رضایت قلبی کفایت نمی کند. 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 دایم نیست؛ مثلاً در باب عقد دایم 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 دایم، نمی توان کرد؛ پس این روایات نیز دلیل مناسبی نیست (شیرازی، ۱۳۷۷: ۳۱).

ج - اصول عملی

در بعضی منابع برای اثبات بی اعتباری نکاح معاطاتی، به اصول عملی استناد شده که ذیلاً بیان می شود:

— **اصل استصحاب:** مرحوم نراقی می نویسد: در نکاح، صیغه لازم است، زیرا اصل آن است که بدون صیغه آثار زوجیت مترتب نمی شود (نراقی، ۱۴۱۵هـ: ۸۴؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: 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.

— **اصل احتیاط:** ممکن است گفته شود، نکاح بر خلاف سایر عقود است و از اهمیت خاصی برخوردار است. صاحب وسائل الشیعه بابتی را به « وجوب احتیاط در نکاح » اختصاص داده است که دلالت آنها بر لزوم احتیاط در نکاح روشن است. اهمیت مسأله ازدواج ایجاب میکند نکاح به گونه ای جاری شود که در درستی آن اطمینان باشد؛ در حالی که 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 این که دلیل قابل قبولی اقامه گردد که عقد خاصی را استثنا کرده باشد. کسانی که به اصول عملی در مورد بحث استناد می کنند، تلویحاً به فقدان دلیل بر بی اعتباری نکاح معاطاتی اعتراف می نمایند. با همین منطقی، تمسک به « أصله الفساد فی المعاملات » (نراقی، ۱۴۱۵هـ: ۸۴) برای اثبات بی اعتباری نکاح معاطاتی نیز وجهی ندارد؛ لذا از اصل عمیله نمی توان برای بی اعتباری نکاح معاطاتی استناد کرد.

د- شباهت نکاح معاطاتی و زنا

بعضی برای بطلان نکاح معاطاتی از شباهت این نکاح با زنا استدلال کرده و گفته اند که معاطات در نکاح مانند زناست و فرقی بین معاطات در نکاح و زنا نیست و اگر معاطات جایز باشد، زنا هم جایز است. آیت الله مکارم شیرازی در این رابطه می فرماید: « اگر معاطات اینجا جایز باشد، فرقی بین نکاح و سفاح نخواهد بود. همان گونه که شیخ انصاری (ره) در کتاب نکاح بیان کرده و گروهی دیگر نیز از او تبعیت کرده اند، بر این ایراد گرفته می شود 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 می خواهند نه چیز دیگر؛ ولی انشای نکاح زمانی تحقق می یابد که زن خود را در اختیار مرد قرار می دهد به نیت زن شدن برای او. بطلان معاطات در نکاح از بابت صدق سفاحت برآن نیست، بلکه به خاطر اجماع است؛ زیرا از هیچ یک از مسلمانان اکتفا به نکاح به مجرد اهداء و روانه شدن زوجه به خانه زوج و امثال آن را تعهد نکرده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵هـ: ۱۵۷).

به نظر جمعی از فقها مهمترین و قابل اعتمادترین دلیل بر بی اعتباری نکاح معاطاتی و لزوم لفظی بودن عقد نکاح، اجماع فقها و سیره مسلمین است. با اشاره به این مسأله اظهار داشته اند جمع کثیری از فقها بر ضرورت لفظی بودن صیغه نکاح اجماع کرده اند. فقهای بزرگی چون شیخ انصاری، صاحب ریاض (حائری طباطبائی، ۱۴۱۹هـ: ۱۰) در این زمینه ادعای اجماع میان فقها داشته اند و شهید ثانی ادعای عدم خلاف کرده است (جبعی عاملی، ۱۴۱۳هـ: ۸۵). مرحوم شهید ثانی در کتاب الروضة البهیه در این رابطه می فرماید: «در عقد ایجاب و قبول لفظی معتبر است مانند سایر عقود لازم؛ و ایجاب به لفظ زوجتک و آنکتک و متعتک می باشد دو تا لفظ اول مورد اتفاق است (جبعی عاملی، ۱۴۱۰هـ: 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 نوشت (صیغه عقد) است. عدم کفایت معاطات در نکاح، با وجود کفایت آن بر تحقق عقد در سایر عقود اجماعی است و این اجماع مسلمین واجبتین امتیاز نکاح از سایر عقود است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵هـ: 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 مشترکند (جبعی عاملی، ۱۴۱۳هـ: 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 نمی کند و این برای عدم جریان معاطات کفایت می کند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۱هـ: ۶).

البته ممکن است گفته شود اطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» شامل عقد معاطاتی در نکاح هم می شود، ولی با توجه به سیره مسلمین متوجه می شویم که وجود چنین سببهای مانع تحقق نکاح معاطاتی خواهد بود؛ زیرا از زمان پیامبر اکرم تا کنون ما نکاح معاطاتی در بین مسلمین نداشته ایم؛ در حالی که معاطات در خرید و فروش فراوان بوده است. علت چنین امری نیز مشخص است؛ زیرا که 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، ۱۴۰۵هـ: 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 آورده اند و تنها برای افراد عاجز از تکلم، به عنوان طریق جانشین لفظ و با قدری تنزل صریح بر قصد باطنی، اشاره را کافی دانسته اند. بنابراین لفظ در عقد موضوعیت ندارد، بلکه طریقت دارد و اگر مبرز صریح دیگری نیز غیر از لفظ یافت شود، کفایت می کند.

البته نکته مهم در سخن موافقان آن است که نکاح معاطاتی به هر صورت و در تمام مصادیق آن صحیح نیست؛ زیرا بعضی روش های غیر لفظی اعلام اراده صریح نیستند؛ از این رو، برخی فقها ذکر کرده اند که اعمالی چون کفش روی کفش گذاردن یا شیرینی به یکدیگر تعارف کردن، برای اعلام قصد ازدواج کافی نیست و برخی از این موافقان در جامعه کنونی وسیله دیگری را که همچون لفظ، صراحت بر اعلام اراده فرد داشته و منشأ زوجیت باشد، کتابت و نوشتن دانسته اند که زن پس از آن نمی تواند بدون طلاق با دیگری شوهر کند.

عده ای نیز بر این باورند که ممکن است در زمان، مکان یا عرف های مختلف عمل خاصی دلالت صریح بر عقد ازدواج دو فرد داشته باشد که این عمل می تواند جایگزین لفظ شود و نکاح معاطاتی منعقد گردد. این گروه معتقدند همانگونه که معاطات مثلاً درباره خرید و فروش سیره عقالی بوده، در مورد نکاح نیز ممکن است عرف در زمان ها و مکان های متفاوت، افعالی را مخصوص عقد نکاح قرار دهد که به معنای تغییر ماهیت نکاح نیست. طبق بیان آنها، بعضی از نمونه هایی که ممکن است عرف در زمان یا مکان خاصی آنها را مصداق و مبرز خارجی انشاء بلفعل قلمداد کند، عبارتند از: مراسم بله بران (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 مراسم جشن گرفتن (سلیمی و سلطانی، ۱۳۸۴: ۸۱).

نقش الفاظ در بیان عقد نکاح

از بررسی اندیشه فقیهان شیعه در طول تاریخ چنین استنباط می شود که نظرشان 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 آن است که نکاح یک قرارداد مهم است و تعهدات سنگینی برای طرفین ایجاد می کند 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 بر خلاف سایر قراردادها در نحوه بیان اراده، سختگیری بیشتری شده است و شارع می خواهد هیچ گونه شبهه و ابهامی در قصد نکاح وجود نداشته باشد. از این احتیاط شارع در فروج یاد می شود. به طور کلی از نظر شارع لفظ مبرز اراده نکاح است و رافع مبهم و مجمل است (جهانگیر، ۱۳۷۷: 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 دانسته اند.

۱- آیت الله خامنه ای فرموده اند: « مشروع نیست» (دفتر مقام معظم رهبری).

۲- آیت الله مکارم شیرازی نیز در این خصوص گفته اند: «چیزی به نام ازدواج معاطاتی نداریم و چنین ازدواجی باطل است»

۳- آیت الله بهجت در پاسخ سؤالی در مورد نکاح معاطات اظهار داشته اند: « معاطات در مورد نکاح نیست» (مجموعه آرای فقهی در امور حقوقی، ۱۳۸۲: ۶۹).

۴- آیت الله گلپایگانی (ره) نیز تصریح کرده اند که 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 مسأله باشد (گلپایگانی، ۱۳۸۲: ۱۴۱).

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 می رود، لفظ است، اما در مواردی می تواند 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 شمرده اند، به خاطر صریح بودن لفظ در اعلام اراده بوده است. در واقع فقها در جست و جوی راهی برای اعلام صریح قصد باطنی هستند و به همین دلیل به الفاظ روی آورده اند و در مواردی برای آنان که از تکلم عاجزند، اشاره را که قدری تنزل دارد کافی دانسته اند؛ بدین ترتیب می توان 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 نمی تواند به لفظ و گفتار منحصر باشد؛ زیرا اعتبار لفظ در نکاح طریقی است نه موضوعی.

- انصاری، مرتضی (۱۴۲۰)، کتاب المکاسب، قم، مؤسسه باقری، چاپ اول
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، کتاب النکاح، قم، مؤسسه باقری، چاپ اول
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵)، الحدائق الناظره، ج ۲۳، قم، مؤسسه باقری، چاپ اول
- جوهری، ابی نصر اسماعیل بن حماد (۱۴۲۰)، الصحاح، ج ۲-۷، دار الکتب الاسلامیه، چاپ اول
- جهانگیر، منصور (۱۳۷۷)، قانون مجازات اسلامی، تهران، بینا
- جابری عربلو، محسن (۱۳۶۲). فرهنگ فقه اصطلاحات اسلامی، تهران، امیرکبیر، چاپ اول
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، ج ۵، قم، انتشارات داوری، چاپ اول.
- حائری طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۹)، ریاض المسائل، ج ۱۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). وسایل الشیعه، ج ۲۱، قم، مؤسسه آل البيت الحیاء التراث
- حائری طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۹)، ریاض المسائل، ج ۱۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول
- سلیمی، مهدی، سلطانی، عباسعلی (۱۳۸۴). نکاح معاطاتی و تفاوت آن با زنا، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دانشگاه امام صادق، تهران
- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۳۷۷)، کتاب النکاح، ج ۹، مؤسسه پژوهشی رای پرداز
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۶). تشکیل قراردادها و تعهدات، تهران: مجد، چاپ ششم
- صادقی تهرانی، محمد (بی تا)، رساله توضیح المسائل نوین، قم، انتشارات فرهنگ اسلامی
- صفایی، حسین (۱۳۹۴). حقوق مدنی، تهران: نشر میزان
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۱)، تفصیل الشریعۀ فی شرح تحریر الوسیله، النکاح، قم، مرکز فقه الائمه الاطهار، چاپ اول
- گلبایگانی، سید محمدرضا (۱۳۸۲)، مجمع المسائل، ج ۲، بی جا، دارالقرآن
- محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۳۸۹ ق) شرایع الاسلام، نجف: اسماعیلیان.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۵)، بررسی فقهی حقوق خانواده، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ سیزدهم
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵)، انوارالفقاهه فی احکام العتره الطاهره، ج ۱، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب، چاپ اول
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۷۹)، کتاب البیع، ج ۱، تهران، مؤسسه تنظیم نشر و آثار امام خمینی، چاپ اول

موسوی خمینی، سید روح الله (۱۳۶۳)، البیع، ج ۱، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، چاپ سوم

موسوی خمینی، سید روح الله (بی تا)، تحریر الوسیله، ج ۲، قم، دارالعلم، چاپ او

نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۵)، مستند الشیعه، ج ۱۶، قم، آل البیت، چاپ اول