

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod: 2021S4D16SH5M93 ISSN-P: 2538-3701

نکاح معاطاتی زنا نیست

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۹/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۱/۱۸)

دکتر خلیل الله احمدوند^۱

استادیار گروه الهیات، دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه رازی کرمانشاه، ایران

یزدان کرمی

دانشجوی کارشناسی ارشد، الهیات، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه رازی، کرمانشاه، ایران

چکیده

نکاح معاطاتی نکاحی است که در آن با قصد و اراده ازدواج مشروع صورت می گیرد ولیکن به وسیله فعلی که عرف آن را دلالت بر رضایت بداند در واقع بدون انشا (ایجاب و قبول) عقد توسط فعل محقق می شود که صراحت در انشا دارد البته مصادیق فعلی در عرف هر جامعه ای متفاوت است. هرچند میان فقها اختلاف نظر هایی به چشم می خورد اما نکاح معاطاتی آثار نکاح صحیح را دارا می باشد و با زنا متفاوت است

۲۸۷





واژگان کلیدی: نکاح معاطاتی، زنا، عرف، مشروع، عقد نکاح، زوج و زوجه

مقدمه

ارزش لفظ در به وجود آوردن نکاح چه مقدار است؟ آیا فعل توانایی این را دارد جانشین صیغه و لفظ در عقد نکاح باشد؟ آیا عدم استعمال لفظ در عقد نکاح مساوی زناست؟ ادله خاص صحت و بطلان نکاح معاطاتی از منظر حقوقدانان جزایی و فقها در نگاه عرف و نیز رابطه نکاح معاطاتی با زنا در حقوق کاربرد دارد تاکنون سیر دیدگاه فقها در خصوص انعقاد عقود (فعل، اشاره، لفظ) و تاثیر آنبر عرف مورد مطالعه قرار گرفته (فتحعلی، ۱۳۸۸). رواج قرار داد های معاطاتی در زمان معاصر مورد توجه حقوقدانان و فقهاست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، ج ۱، ص ۱۹- کاتوزیان. جعفری لنگرودی، ۱۳۶۲). اما در خصوص نکاح معاطاتی کمتر پرداخته اند. این متن پس از شناخت مفاهیم مرتبط به بحث تفاوت نکاح معاطاتی با زنا را روشن می کند و همچنین ادله بطلان و صحت نکاح معاطاتی نیز مورد تحلیل و بررسی قرار می گیرد. سرانجام مشخص خواهد شد که ادله بطلان و از جمله اجماع بر لزوم لفظ برای نکاح به نحو تبعیدی نیست بلکه ادله مذکور در نهایت به این خاطر است که در عرف معاصر مصداق و نمونه فعلی واضح در قصد انشا نکاح پیدا نشده است. به بیان دیگر فقها در صدد طرقي برای اعلام صريح قصد باطني هستند و به دين خاطر به لفظ روي آورده اند نه اينکه لفظ در عقد نکاح موضوعیت داشته باشد

بخش اول: مفهوم نکاح

نکاح از ریشه نکح، ینکح و به معنای وطی و عقد آمده است (فیروز آبادی، بی تا، ج ۱، ص ۲۵۴) در اینکه نکاح به معنای وطی و مجازا به معنای ترویج باشد یا برعکس یا اینکه نکاح مطلقاً (هم وطی، هم عقد) مجاز است اختلاف وجود دارد. در مواردی گفته شده که نکاح شرعاً و مجازاً به معنای عقد برای تملک وطی است (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۴۲۱) در مواردی هم کنایه ای هستند (راغب اصفهانی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص ۳۹۶) اما از نظر اهل لغت معنایی

که از نکاح به دست آمده تزویج و زناشویی است (لویس معلوف، ۱۹۹۴، ص ۸۳۶-این فارس ۱۴۰۴ق، ج ۵، ص ۴۷۵) در سوره مبارکه نور آیه ۳ (الزانی لا ینکح الا زانیه او مُشْرِکَه). ابن منظور می گوید حقا که این آیه معنای ازدواج است (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۶۲۵) در سوره مبارکه نسا آیه ۲۲ (وَلَا تَنْکِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ) معنای ازدواج به مراتب قوی تر از وطی است (طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۴۲۰) براساس اختلاف میان اهل لغت در مفهوم نکاح در بین فقها نیز اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از فقها نکاح را به معنای بضع دانسته اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۷). بعضی مراد از نکاح در زبا شرع را وطی دانسته اند (مجلسی، ۱۴۱۰ق، ج ۲۱، ص ۸۷) و بعضی دیگر در میان اهل لغت به معنای وطی و در اصطلاح شرع به معنای عقد بیان نموده اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۱۱، ص ۷) و گاهی نیز معنای نکاح بین وطی و عقد ثابت نشده (حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۴، ص ۲۲۱) شاید بدیهی بودن مفهوم نکاح سبب شده است که فقها کمتر به تعریف آن پردازند همانطور که قانون مدنی نکاح را تعریف نکرده است..

بخش دوم: مفهوم معاطات در معاملات

معاطات مصدر باب مفاعله از ریشه ((عطو)) به معنای بخشش است (فیروزآبادی، ج ۴، ص ۳۶۴) در اصطلاح معاطات را داد و ستد می دانند. گروهی از فقها معاطات را به دین شکل تفسیر کرده اند: دو نفر هر کدام چیزی را به عنوان آن چه که از دیگری اخذ می کنند (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۲۷۵) اما منظور فقها از معاطات معامله ای نیست که دلالت بر اخذ و عطا باشد بلکه منظور آنها مطلق هر معامله ای است که فاقد صیغه انشا باشد خواه تعاطی باشد یا به شکل الفاظ (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۷۶). امام خمینی (ره) می فرمایند: بهتر است معاطات را به افعالی که سبب انشادر معامله هستند تعریف کنیم (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۸۷) یکی از حقوقدانان می گوید الفاظ در عقود طریقت دارند هر فعلی که بتواند مانند لفظ مقصود فاعل را برساند مکفی انعقاد عقد است این نوع معامله را فقهای مسلمان معاطات نامیده اند (امامی، ج ۱، ص ۱۸۱) در مورد حکم معاطات از حیث اباحه یا ملکیت برخی از متاخرین



معتقدند معاطات افاده ملکیت نمی کند و بیع نیست (شهید اول، ۱۴۰۶ق، ص ۱۰۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۲، ص ۲۱۰) اما برخی دیگر از فقها متأخرین معتقدند معاطات بیع و مفید ملکیت است. (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۲۰_خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۸۴)

بخش سوم: مفهوم نکاح معاطاتی

نکاح معاطاتی نکاحی است که به توافق و تراضی طرفین بسنده میشود به بیان دیگر نکاحی که فعل، قصد انشا عقد آن عقد شود. میان افرادی که معاطات را صرف توافق می دانند با افرادی که آن را قصد انشا بالفعل تعریف می کنند وجه اشتراکی به چشم می خورد و از جهاتی نیز وجه افتراق وجود دارد. اگر مقصود از فعل در نکاح معاطاتی وطی باشد این وجه اشتراک و تعریف است اما اگر مقصود فعل دیگری باشد به عنوان مثال: حلقه به دست کردن منظور باشد این نقطه افتراق دو تعریف است بر خلاف تعریف اول که نکاح معاطاتی را وطی دانسته اند کسانی هستند که نکاح معاطاتی را به زنا تشبیه کرده اند و قائل به بطلان نکاح معاطاتی شده اند. غالباً منظور از نکاح معاطاتی ابراز قصد به وسیله فعل مانند بوسیدن، تصافح، حجاب از سر زن برداشتن و..... بعضی دیگر همین تعریف را پذیرفته اند لکن به جای افعال حرام مثل لمس کردن بدن، اعمال صحیح شرعی را جایز دانسته اند مثال: دختر دست خود را در حالیکه جسم حائل (دست کش) در دست دارد در دست زوج بگذارد (زنجان، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹، ص ۶۰۲۵) با توجه به تعاریف فوق الذکر منظور از نکاح معاطاتی قصد انشا نکاح با فعلی که صراحت در نکاح داشته باشد و تشخیص صراحت آن برعهده عرف است. به عبارت دیگر نکاح معاطاتی قصد انشا زوجیت شرعی است با رفتارهایی غیرلفظی که عرف آن را به صراحت دلالت بر زوجیت می انگارد.

بخش چهارم: مفهوم زنا_ سفاح و اخدان

زنا را فجور و فجور را سرکشی، عصیان یا مخالفت تعریف کرده اند. (فیروز آبادی، ج ۲، ص ۱۰۷) البته بعضی مقاربت بدون عقد شرعی را زنا گویند (راغب اصفهانی، ۱۳۷۵، ج ۲، ص ۱۵۶) اما از دیدگاه فقها زنا آن است که مردی آلت خود را در فرج زنی از قُبُل یا دُبُر به



قدر ختنه گاه داخل کند در حالیکه آن زن بر وی حرام بوده و شبهه ملکیتی در میان نباشد (شهید اول، ۱۴۰۶ق، ص ۲۵۳، شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۹، ص ۱۴) نام دیگر زنا در کتب اهل لغت سفاح است. در کتاب کافی روایت مفصلی در مورد تمییز سفاح، زنا، نکاح وجود دارد براساس آن معنای زنا فعل حرامی است که از هر جهت حرام است و وجه حلالی در آن نیست و به سبب اینکه کلیت آن حرام است هر چند فعل زنا از روی رضایت طرفین و همراه با پرداخت مبلغ معینی باشد. سفاح از جهتی با زنا و از جهتی با نکاح مشابهت دارد مثال: ازدواج با محارم سفاح است گرچه صورت نکاح در آن موجود است ولیکن حرام است از آن جهت که خداوند متعال این زوجیت را حرام نموده (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۵۷۰) در قرآن کریم سوره مبارکه نسا آیه ۳۵ مسافحین در مقابل محصنین آمده است ((وَأَجِلْ لَكُمْ مَا وَرَأَ ذَلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُوا بِمَاوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ)) غیر مسافحین یعنی غیر زنا کاران. قرآن کریم احصان را صفت لزوم برای پیش از ازدواج می داند. قرآن اخدان را رد می کند ((وَلَا تُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ)) اخدان به معنای دوست است، منتها دوستی که برای میل و خواهش نفسانی و شهوانی دوستی می کند. هر چند اخدان و سفاح هر دو شکل ازدواج دارند به خلاف زنا محض منظور از زنا یعنی روابط جنسی نامشروع و بدون تعهد است که زن و دختر ممکن است توامان با چند مرد دوست یا ارتباط جنسی داشته باشد و شامل اخدان و سفاح نیز می شود مگر موردی از قبیل وطی به شبهه باشد زیرا عرف شرع و متشرعه زنا را مقابل نکاح صحیح و شبهه قرار داده اند (اصفهانی، ۱۳۹۳ق، ج ۳، ص ۱۷۰)

بخش پنجم: مفهوم عقد

بعضی از فقها عقد را لفظ دال بر نقل ملک به دیگری معنا کرده اند (محقق حلی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۲۶۷) اگر این تعریف درست باشد نکاح معاطاتی که بدون لفظ است ملحق به زنا خواهد شد ولیکن این تعریف دقیق نیست. واژه عقد از جهت لغوی به معنای محکم کردن، گره زدن استعمال می شود در قانون مدنی (ماده ۱۸۳) و تصریح شده است ((عقد عبارت است از یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد





((بعضی از فقها در بحث ادله صحت معاطات آیه ((اوفوا بالعقود)) را ذکر می کنند در فهم عرفی، صیغه عقد با عقد فرق دارد عقد یعنی گره و پیمان این پیمان نیازمند صیغه لفظی نیست و بدون صیغه نیز منعقد می شود. تحقق ماهیت بدون صیغه یک باور اجتماعی است در حالیکه لفظ فقط وسیله اعلام توافق طرفین است یکی از فقها بیان می دارد ((از نظر معنای لغوی لفظ جز مقومات عقد نیست عقد همان ربط خاص اعتباری بین طرفین است و آن ربط اعتباری معنای عهد است البته هیچ تردیدی وجود ندارد که عقد باید میان طرفین باشد (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱ صص ۱۰۲، ۱۰۹) بنابراین عقد نکاح توافق دو اراده است برای ایجاد رابطه زوجیت صورت می گیرد. افرادی تایید کرده اند که نکاح به معنای حاصل عقد است که در فارسی به زن گرفتن و شوهر کردن تعبیر می شود و مقصود نفس ایجاب و قبول نیست نکته حائز اهمیتی در مورد عقد در ضمن مفاهیم زنا و سفاح اشاره شد و آن مشروعیت عقد است که نکاح معاطاتی از زنا متفاوت می شود چه زنا محض (در آن عقد وجود ندارد) و چه سفاح (که در آن عقد شرعی وجود ندارد) بعضی از فقها تفاوت نکاح معاطاتی با زنا را در عقد جستجو کرده اند اشاره به این مطلب دارد انشا عقد نکاح فعلی غیر لفظی است از همین جا تفاوت بین نکاح معاطاتی و زنا معلوم می شود چون زنا وطی بدون عقد است و نکاح معاطاتی عقد بدون لفظ در واقع عقدی که فعل بر آن دلالت می کند (اراکی، ۱۴۲۷ق، ش ۴۳، ص ۷۷)

بخش نهم: اهمیت لفظ و فعل در انعقاد نکاح

بعضی از فقها لفظی بودن انشا در عقد نکاح را الزامی می دانند و معتقدند نکاح فاقد لفظ مساوی زناست (عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۶، ص ۱۵۶) بعضی دیگر اکراهی بودن نکاح معاطاتی را زنا دانسته اند اگرچه بر اساس اجماع نکاح معاطاتی را باطل میدانند (خوانساری، ص ۹۳) در مقابل عده ای این سخن را شاذ دانسته و بیان داشته اند بین نکاح معاطاتی و سفاح با تراضی تفاوت زیادی به چشم می خورد در نکاح معاطاتی، توافق در زوجیت وجود دارد و به صورت درونی و قلبی است که به طریقی بیان می شود حال آن که سفاح تراضی بر زوجیت وجود ندارد و دو طرف اراده و قصدشان زناست. علی ایحال چگونگی می توان این دو را مقایسه کرد تفاوت بین

نکاح و سفاح در لفظی بودن آن نیست چون حتی گاهی با لفظ هم رابطه دو جنس مخالف سفاح است و گاهی بدون لفظ رابطه آن دو نکاح هست. تفاوت میان سفاح و نکاح امری اعتباری است یعنی زن، مرد را زوج اعتبار کند و مرد، زن را زوجه خود اعتبار نماید (خوئی، ۱۴۱۸ق، ج ۳۳، ص ۱۲۹) عناصر تشکیل دهنده ماهیت عقد نکاح اعم از دائم و منقطع لفظ و صیغه آن نیست هر چند دلالت بسیار مناسبی برای بیان قصد و بلکه موضوع است. چنانچه لفظ می تواند وسیله ای برای ایجاد یک معنای اعتباری باشد پس فعل هم می تواند آلت برای این معنای اعتباری باشد (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۰۹) این سخن بیان می دارد که نکاح با انشا لفظی یا معاطاتی غیر از زناست (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۱، ص ۹۹) حتی گفته می شود چنانچه به وسیله فعل، وطی نیز آثار نکاح صحیح را دارد اگرچه قبل از تحقق علقه زوجیت حادث شده و تکلیفا حرام است اما وضعاً سبب تحقق نکاح میشود چنانچه این مبنا مورد پذیرش واقع نگردد فعل وطی عرفاً دلالت بر نکاح ندارد و قاعده نکاح معاطاتی به انشا زوجیت توسط فعلی که عرفاً مصداق نکاح معاطاتی باشد خللی وارد نمی کند به خاطر اینکه وطی سبب عقلایی و عرفی برای ازدواج نیست (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، صص ۲۶۷، ۲۶۸) به اقتضا قاعده معاطات، در هر عقد و ایقاعی است که ایجاب و قبول آن به فعل ممکن باشد زیرا فعل نیز مانند وجه نقد (پول) وسیله ایجاد و ایقاع اعتباری است. با فرض کنار گذاشتن فعل حرام در جواب اشکال به اینکه در عقد نکاح ایجاب و قبول زوجین با فعل امکان ندارد چون که افعالی مانند تلمس و تماس جنسی و دست دادن تا پیش از ایجاد زوجیت حرام است و فعل حرام نمی تواند سبب ایجاد رابطه زوجیت باشد. یکی از فقها بیان می دارد ((در عقد نکاح نیز ایجاب و قبول فعلی ممکن است به خاطر اینکه افعالی که به وسیله آن می توان قصد و اراده خود را اعلام نمود و انشا عقد محقق ساخت منحصر در موارد حرام نیست طرفین به کمک بعضی از کارهای مجاز و حلال می توانند اراده خود را به یکدیگر بیان کنند به عنوان مثال: زن جهیزیه خریداری شده را به منزل فردی که قصد زوجیت با آن را دارد ببرد)) (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۱۸۰) با این وجود شایسته نیست که هر کجا لفظ انکحت و زواج در میان نباشد مصداق زناست بلکه ماهیت نکاح اعم است از اینکه به صورت لفظ باشد یا غیر لفظ



حتی اگر طرفین لفظی به کار نبرند به همان نفس وطی نکاح صورت گیرد همچنان صحیح است در این فرض وطی حرام است ولی مانع ای برای صحت نکاح وجود ندارد می توانند با یکدیگر ازدواج کنند

بخش هفتم: ادله بطلان نکاح معاطاتی

مهمترین دلیل بطلان نکاح معاطاتی اجماع است. اجماع بر استفاده از لفظ دلیل عدم صحت نکاح معاطاتی است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق، الف، ص ۱۵۶) گفته می شود اجماع علما از خاصه و عامه متوقف بر نکاح با ایجاب و قبول لفظی است (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۳، ص ۱۵۶) در مقابل دلیل اجماع یکی از محققان معتقد است که فقها متعرض نکاح معاطاتی نشده اند و اجماع بر خود این مسئله نیست در واقع بر مسائل ملازم آن اجماع کرده اند (اراکی، ۱۴۲۷ق، ص ۶۶) نقش الفاظ در عقد از باب طریقیست است نه موضوعیت به همین خاطر فقها لفظی بودن عقد به ویژه نکاح را لازم شمرده اند به خاطر اینکه لفظ دلالت بر صریح بودن اعلام اراده دارد یعنی اگر ابراز صریح دیگری غیر از لفظ یافت شود کفایت می کند این احتمال وجود دارد که اعتماد به لفظ در بیان اراده به این خاطر است که در صدر اسلام رایج ترین وسیله اعلام اراده لفظ بوده است دلیلی وجود ندارد که با تغییر عرف و جایگزینی بعضی از افعال نکاحی را باطل دانست دلیل دیگری که برای فساد نکاح معاطاتی بیان شده این است که نکاح شبهه عبادت دارد و به عبارتی توقیفی است و باید قائل به احتیاط شد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۷، ص ۸۶ و خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۲۹۳) تعبیر فوق فقها نشان می دهد که در توقیفی بودن نکاح یقین ندارند به همین خاطر است که در جای دیگر توقیفی نبودن نکاح را بیان نموده اند. اولاً نکاح عبادت نیست چون شرط عبادت قصد قربت می باشد ولیکن هیچکس نگفته است که نکاح قصد قربت می خواهد ثانیاً در خیلی از جاها نکاح خیار فسخ دارد مانند (تدلیس) ولی عبادت خیار فسخ ندارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ج ۶، ص ۱۰۳) فقها فرموده اند باید قائل به احتیاط شد: اولاً دلیلی بر این احتیاط وجود ندارد ثانیاً چرا احتیاط در ترک احتیاط نباشد که اصل را بر صحت عمل دیگران گذاشت از جهتی صرف ادعای مرد و



زن بر زوجیت مورد پذیرش است چگونه می توان دلیل و مدرک فعلی را که صراحت در انشا زوجیت دارد را نپذیرفت؟ شاید دلیل احتیاط در نپذیرفتن نکاح معاطاتی جهت منع و جلوگیری از اشاعه فحشا جنسی باشد که این نظر در مقابل اصله الصحه و حمل عمل مسلمین بر صحت و رواج ازدواج و همچنین مذاق شارع مقدس بر رواج نکاح صحیح و عدم بطلان و فسخ نکاح است به عبارت دیگر شاید وجه احتیاط به این خاطر باشد که افعال اصولاً از بیان قصد و اراده ناتوان هستند و بعید نیست سیره مسلمین در اجرای عقد نکاح به الفاظ خاص تنها برای نهایت احتیاط باشد اما دلیلی وجود ندارد اگر فردی بدون رعایت احتیاط عقد نکاح را با فعل صریح محقق نمود باطل بدانیم.

بخش هشتم: تاثیر عرف در نکاح

عرف همیشه به عنوان یکی از طرق و ابزار شناخت احکام مورد توجه بوده است. معاطات سیره مستمر عقلاً از زمان به وجود آمدن تمدن ها و احتیاج به مبادلات و داد و ستد بوده است همین امر دلیل صحت معاطات در معاملات است بیع معاطاتی از نظر زمانی مقدم بر بیع با صیغه بوده است. بعضی معتقدند در عصر نبوت بدون شک شیوه معاطات در بیع رواج داشته و مورد ردع شارع نبوده (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱، ص ۸۹) به خلاف نظر کسانی که مفهوم نکاح را در زبان شرع جست و جو می کنند به نظر می رسد نکاح هم مانند بیع فاقد حقیقت شرعیه است بلکه شرع نکاح عقلانی را امضا نموده اند و نکاح به معنای عقد است اما نه انشا لفظی بلکه به معنای مدلول عقد است یعنی به دست آوردن سلطه زوج بر بضع زوجه یعنی فلان زوج فلان در واقع بر بضع وی مسلط شده هرچند وطی نشده باشد بعضی عقد را به معنای تزویج دانسته اند و ادله خود را اصل عدم النقل و تبادل عرفی و ممنوعیت مستحدثه بودن عقد ذکر کرده اند (نراقی، ۱۴۱۵ق، ج ۱۶، ص ۹) عرف در مسئله نکاح نقش اساسی دارد زیرا عرف جامعه است که خانواده و نکاح عنصر اصلی آن می باشد. نکاح در عرف امری مشهور و کاملاً شناخته شده و دارای آثاری است که زنا فاقد آن است در هر جامعه و عرفی این دو از یکدیگر جدا هستند یکی از مفسران با توجه به آیه اوفو بالعقود بیان می دارد منظور از کلمه ((العقود)) عقود عرفی



نیز می باشد و بیان گر نقش عرف است بیع معاطاتی از نظر زحیلی عرفا بر رضایت طرفین دلالت می کند به خاطر احترام گذاشتن بر عادات رایج در بین مردم و معتبر دانستن عرف آنها از طرف شریعت صحیح در نظر گرفته شده است (زحیلی، ۱۹۹۷م، ج ۵، ص ۳۴۹۴)

بخش نهم: افعال مشهور عرفی

یک ضابطه کلی برای اینکه معاملات در عالم خارج تحقق پیدا کنند این است که آن فعل نزد عرف از مصادیق معامله محسوب شود (نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۱، ص ۱۰۱) بر اساس این مبنا معاطات زمانی جریان دارد که فعلی بتواند قصد عرفی آن مصداق را بیان کند اگر زن و مرد به قصد تزویج یک فعلی را انجام دادند که قصد تزویج کند نکاح است در صورتی که فعلی بیان گر زناشویی بین زن و مرد باشد چه با گفتن یا نوشتن یا اشاره و یا به هر شکل دیگری که به روشنی دلالت بر ازدواج کند کافی است پس بین زنا و نکاح معاطاتی تفاوت هایی وجود دارد و نکاح معاطاتی از جهت کبری هر فعل صریح، عرفی سبب انشا نکاح است مشکلی ندارد و در هر زمان و مکانی که چنین فعلی موجود باشد نکاح صحیح خواهد بود. نمونه های مشهور این افعال عبارتند از:

— بردن جهیزیه و پذیرفتن آن توسط مرد

— چیدن سفره عقد

— کفش روی کفش گذاشتن

— اشاره کردن به حلقه در دست

البته ممکن است این افعال در عرف امروزی صراحت نداشته باشد اما در آینده مورد تایید و تصریح عرف قرار خواهد گرفت همانند قول به صحت بیع معاطات در آرا و نظرات فقهی که از گذشته تا به امروز بسیار متفاوت بوده به طوری که امروزه با آن به مثابه یک عقد کامل که واجد همه آثار عقد لفظی است برخورد می شود. بعضی از محققان بر امکان وجود مصداق صریح افعال در نکاح معاطاتی صحه گذاشته اند مانند زفاف همراه با جشن (اراکي، ۱۴۲۷ق، ش ۴۳، ص ۷۸)

بخش دهم: آثار و حکم نکاح معاطاتی

نکاح معاطاتی اگر صحیح نباشد در صورت جهل به نکاح شبهه خواهد بود یعنی آثار نکاح صحیح بر آن بار می‌گردد در حدیث آمده: ((نهی رسول الله (ص) ان یقال للاما: یابنت کذا و کذا فان لکل قوم نکاحاً)) رسول خدا نهی کرد از اینکه به کنیزان گفته شود یا نسبت حرام زادگی به او دهند زیرا هر قومی نکاح مشروعی برای خود دارد. این روایت دارای سند صحیح است و دلالت بر آثار صحت بر نکاح هر قومی دارد به نظر می‌رسد در صورتی که ازدواج میان زن و مرد به شکل نکاح معاطاتی باشد علی‌رغم اختلاف نظرهایی که در بین فقها موجود است ارتباط آنها مشروع تلقی شده و شامل رابطه نامشروع و زنا نمی‌گردد و همچنین اگر زن و مردی مورد اتهام زنا قرار گیرند و مدعی نکاح معاطاتی شوند از باب قاعده در حد از آنها ساقط خواهد شد.

نتیجه‌گیری

عقد نکاح بر اساس توافق طرفین شکل می‌گیرد اعم از فعل (معاطات)، لفظ یا نوشتن البته منظور از فعل آن است که مورد قبول عرف واقع گردد یعنی دلالت بر تزویج نماید و هر عرفی فعل خاص خود را دارد که دلالت بر ازدواج می‌کند در واقع افعال انحصاری نیستند و متناسب با شرایط زمانی و مکانی متغیر می‌باشند اما نکته‌ای که موضوع اصلی این نوشته است، نکاح معاطاتی بر خلاف نظر برخی از فقها صحیح دانسته شده و آثار نکاح صحیح نیز بر آن حاکم است و نکاح معاطاتی زنا نیست.



منابع و مأخذ

_قرآن کریم

_اراکى، محسن، ۱۳۶۸، زندگى مشترك زن و مرد بدون عقد، فقه اهل بيت ع

_اصفهانى، سيد ابوالحسن، ۱۳۹۳ق، وسيله النجاه، قم: چاپخانه مهر

_امامى، سيد حسن، حقوق مدنى، تهران: انتشارات اسلاميه

_ايروانى، على بن عبدالحسين نجفى، ۱۴۰۶ق، حاشيه المكاسب، تهران: وزرات فرهنگ و

ارشاد اسلامى

_بحرانى، يوسف، ۱۴۰۵، الحدائق الناضره فى احكام العتره الطاهره، قم

_جعفرى لنگرودى، محمد جعفر، ۱۳۶۲، تأثيراراده در حقوق مدنى، تهران: گنج دانش

_راغب اصفهانى، حسين بن محمد، ۱۳۷۵، مفردات القرآن، تهران: انتشارات مرتضوى

_حائرى، سيد كاظم، ۱۴۲۳ق، فقه العقود، قم: مجمه اندیشه اسلامى

_خمينى، سيد روح الله ۱۴۲۱ق، كتاب البيع، تهران: موسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى

(ره)

_خوانسارى، محمد، حاشيه الثانى على المكاسب نرم افزار فقه اهل بيت، مركز تحقيقات

كامپيوترى علوم اسلامى

_خويى، سيد ابوالقاسم، ۱۴۱۰ق، الف، تكمله المنهاج، قم: نشر مدينه العلم

_شهيد اول، محمد بن جمال الدين مكى عاملى، ۱۴۰۶ق، اللغه الدمشقيه، مكتب الاعلام

الاسلامى

_طباطبائى، محمد حسين، ۱۳۷۴، تفسير الميزان، مترجم: سيد محمد باقر موسوى همدانى،

قم: جامع المدرسين

_الطريحي، فخرالدين، ۱۴۱۶ق، مجمع البحرين، تهران: وتاب فروشى مرتضوى



- _ عاملی سید محمد حسین ترحینی، ۱۴۲۷ق، الزبده الفقهیه فی شرح الروضه البهیة، قم: دارالفقه
- _ فتحعلی، محمد تقی، ۱۳۸۸، ((تحول آرای فقیهان امای در باب روش ها و ابزار انشای عقد همراه با تحلیل دیدگاه امام خمینی (ره)، فصلنامه متین، دوره ۱ شماره ۴۴
- _ فیروز آبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحیط، بیروت: دارالعلم
- _ کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۲، قواعد عمومی قرار داد ها در فقه اسلامی، تهران: سمت
- _ کلینی، محمد بن یعقوب ۱۴۰۷ق، الکافی، تهران: دارالکتب الاسلامیه
- _ محقق حلی، ۱۳۸۷ق، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: اسماعیلیان
- _ معلوف لویس ۱۹۹۴م، المنجد اللغه، بیروت: دارالمشرق
- _ مکارم شیرازی، ناصر ۱۴۲۴ق، کتاب النکاح، قم: انتشارات مدرسه امام علی (ع)
- _ نائینی، میرزا محمد حسین غروی، ۱۳۷۳ق، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران: المكتبه المحمديه
- _ نراقی، مولی احمد، ۱۴۱۵ق، مستند الشیعه فی احکام الشریعه، قم: موسسه آل البيت (ع)





پروفیسر شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی