



مقایسه نکاح معاطاتی در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران

فاطمه یزدان جو^۱

کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی نراق، نراق، ایران

(fatemeh.yazdanjoo@yahoo.com)

چکیده

نکاح معاطاتی ازدواجی است که به منظور تشکیل خانواده و حق تمتع و رابطه جنسی بین زن و مرد برقرار می‌شود اما فاقد ایجاب و قبول لفظی است و ممکن است طرفین بر مهریه، نفقه و سایر حقوق بین زوجین توافق کنند. بعضی افراد ازدواج سفید را نوعی نکاح معاطاتی می‌دانند، بنابراین شرعی و قانونی بودن ازدواج سفید با این تعریف بستگی به صحت عقد نکاح بر اساس معاطات دارد. مطابق ماده ۱۹۳ قانون مدنی «در مواردی که قانون استثناء کرده باشد» معاطات صحیح است. از جمله موارد استثناء شده عقد نکاح است. در ماده ۱۰۶۲ این قانون آمده است: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». یعنی حتماً به لحاظ حقوقی باید صیغه عقد ازدواج بیان شود و ایجاب و قبول باید لفظی باشد مگر در حالت عجز از تلفظ. محقق داماد می‌گوید قانون مدنی برای ایجاب و قبول صیغه‌ای خاص یا زبان و لفظ ویژه‌ای را ملحوظ نداشته است. بلکه هر زبان و یا هر نوع صیغه‌ای را که دلالت صریح بر قصد ازدواج داشته باشد را کافی دانسته است. عدم جواز نکاح معاطاتی به نظر اکثر فقها مورد اجماع علمای شیعه و اهل سنت است. در سال‌های اخیر برخی از فقها نظیر صادقی تهرانی نظریه صحت نکاح معاطاتی را مطرح کرده‌اند، از جمله: «عقد یا قرارداد ازدواج به هر زبانی که باشد درست است و اگر هم بدون لفظ ویژه‌اش که «انکحت» یا «نکاح کردم» باشد، در صورتی که جریانی میان زن و مرد انجام گردد، چه با نوشتن یا گفتن یا اشاره یا هر طور دیگر که به روشنی دلالت بر انجام ازدواج کند، کافی است. معاطاتی موضوعی است که بیشتر در فقه کاربرد دارد لذا در این پژوهش به مقایسه این نکاح در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران پرداخته می‌شود.

واژه های کلیدی: نکاح، نکاح معاطاتی، فقه امامیه، حقوق موضوعه



مقدمه

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 کرده‌اند. 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. مشهور فقها برای معاطات در عقد نکاح اثری قایل نیستند، بلکه در این خصوص اجماع وجود دارد. قانون مدنی نیز متأثر از نظر مشهور فقهی، لفظی بودن ایجاب و قبول را در عقد نکاح شرط دانسته و این مسأله در میان حقوق‌دانان نیز به صورت یک باور عمومی در آمده است. با وجود این اجماع فقهی و حقوقی، در مورد مفهوم معاطات اتفاق نظر وجود نداشته و فقها و حقوق‌دانان از این اصطلاح تلقی یکسانی ندارند.

طرح نظریه درستی نکاح معاطاتی از سوی برخی نواندیشان موجب شده این بحث مجدداً به بحث روز تبدیل شود، بعضی در جانب افراط و بعضی دیگر در جانب تفریط قرار دارند و غالباً غیرعلمی است. بعضی فقها عقد را «لفظ دالّ بر نقل ملک به دیگری معنی کرده‌اند»^۱. این تعریف دقیقی نیست و مسامحه در تعبیر بوده؛ زیرا لفظ وسیله اعلام توافق و تراضی طرفین است. همانطور که تعریف قانون مدنی از عقد نیز دقیق نیست. مطابق ماده ۱۸۳ ق.م: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». این تعریف عقد را به «تعهد» یک طرف در مقابل طرف دیگر معنی کرده است؛ در حالی که تعهد اثر عقد است نه خود عقد.

بیان مسئله

علی‌القاعده نکاح معاطاتی عبارتست از اینکه زن و مرد قصد زوجیت خود را با فعل ابراز کنند زیرا آنچه بیانگر رضایت و اراده می‌باشد یا لفظ است یا فعل. همچنین انشاء نیز احتیاج به یک مظهر و مبرز قصد دارد که فعل هم می‌تواند مظهر آن باشد. معاطات در نکاح مورد بحث فقهاء قرار گرفته است. مشهور فقها معتقدند اراده نکاح باید با الفاظی که صریح در بیان مقصود است اظهار شود چون نکاح قرارداری مهم است و تعهدات سنگینی را برای طرفین ایجاد می‌کند. بنابراین طرفین باید صریحاً اراده خود را بر تشکیل خانواده با الفاظ اعلام کنند. چیزی که در قانون مدنی نیز همین موضوع مورد نظر است. اما برخی از فقهاء بر امکان جریان معاطات در نکاح تمایل نشان داده‌اند و معتقدند فعل همانند قول وسیله است ابراز اراده جدی می‌باشد.^۲ بنابراین می‌توان معاطات را هم نوعی انشاء عقد دانست و آثار زوجیت را بر آن مترتب کرد. اما مسئله اساسی در این است که دلایل هر یک از اقوال فقها تا چه حد صحیح و معتبر می‌باشد؟ و همچنین شرایط پذیرش نکاح معاطاتی به عنوان یک گونه عقد نکاح صحیح در قانون مدنی ایران چگونه است؟

• اهمیت

با توجه به پیشرفت جوما و توسعه روابط انسانی و مقتضیات زمانی، جریان معاطات در اکثر عقود و ایقاعات پذیرفته شده است و از آثار آن این است که عقود و ایقاعات بدو تشریفات و با سرعت بیشتری صورت می‌گیرد. حال با توجه به پذیرش معاطات در اکثر عقود و ایقاعات، ضرورت و متعاقباً اهمیت ایجاد می‌کنیم تا در این خصوص پژوهش صورت گیرد جریان معاطات در نکاح به چه صورت است و شرع، قانون و عرف این اجازه را می‌دهد که به صرف توافق زن و مرد رابطه زوجیت حاصل شود و آثار نکاح جاری گردد، بدون اینکه نیاز به جریان صیغه و شروط آن از سوی زن و مرد باشد. با توجه به مطالب مذکور اهمیت این موضوع تا جایی است که گر فعل نکاح معاطاتی تنویر شده و از حالت ابهام خارج شود، چه بسا زمینه فساد و بی بندوباری نیز تا حد زیادی کاهش یابد. زیرا آگاهی نداشتن و مبهم بودن فرائض دینی و شروط مدنی و قانونی، موجب نشر افسوس خواهد شد. پژوهش‌هایی از این قبیل، از این حیث دارای اهمیت و ضرورت خواهند بود.

• اهداف تحقیق

مهمترین هدفی که در این نگاره دنبال می‌شود جمع آوری نظرات فقهای متقدم و متاخر و آراء ادله صحت و فساد و رسدن به نظری خالی از ابهامات و تردیدات موجود در مورد نکاح معاطاتی، به عبارتی جایگزینی فعل به جای صیغه در انعقاد عقد است.

^۱ محقق حلی، ۱۴۰۹ق.ج ۲، ص ۲۶۷

^۲ ربیع پور خویده، الهام. (۱۳۹۱) نکاح معاطاتی در حقوق ایران. پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه پیام نور گلستان. دانشکده ادبیات و علوم انسانی. ص ۶۴

12 July 2018
www.kauhem.com

مدیریت و حقوق

2st National Conference on Modern Research's in Management & Law

به این منظور که شاید قانونگذار نیم نگاهی بر نتایج حاصل بیندازد و در تصویب قوانین به کار بندد. همچنین این مورد را در خصوص قانون مدنی مطروحه در حقوق ایران نیز مورد بررسی قرار خواهیم داد. لذا هدف غایی این تحقیق، تنویر اذهان و کم شدن ابهامات موجود در مورد اصل نکاح معاطاتی و ارکان آن است.

- سوالات تحقیق

- سوال اصلی:

چارچوب کلی نکاح معاطاتی در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران بر چه ارکانی و شروطی استوار است؟

- سوالات فرعی:

مفهوم معاطات و به تبع آن نکاح معاطاتی چیست؟

حکم نکاهی که طرفین آن، فعل را مستمسک اظهار اراده خویش نموده‌اند چه بوده و آیا بنا بر صحت نکاح معاطاتی، همان اثر نکاح لفظی بر آن بار می‌شود؟

- فرضیه‌ها

- فرضیه اصلی:

نکاح معاطاتی در حوزه فقهی و حقوقی از بسیاری جهات و شروط دارای دلیل و قابل استناد است.

- فرضیه‌های فرعی:

۱. مفهوم معاطات انشا، عقد از طریق وسیله‌ای به استثنا صیغه مأنوس است و این تعریف شامل ابزارهای فعلی، الفاظ غیرصیغه و کتابت می‌شود، امام منظور ما از معاطات در نکاح مفهومی خاص تر از آن است. زیرا در در صحنه عقد نکاح از طریق هر لفظی همانند هر عقد دیگری شک و تردیدی وجود ندارد. نکاح از طریق کتابت نیز با توجه به نظر غالب میان حقوقدانان و برخی فقهای معاصر کمتر مورد تردید قرار می‌گیرد. با این وجود قانون مدنی ایران در این رابطه از صراحت لازم برخوردار نمی‌باشد. به هر تقدیر، منظور از نکاح معاطاتی در این نگاره، انشاء نکاح از طریق اعمال است.

۲. نظریه‌ای تحت عنوان نظریه عمومی معاطات در فقه شناسایی شده که شمول این نظریه تمامی عقود را در بر می‌گیرد. استثنا نمودن عقدی از این قاعده نیازمند دلیل است و نکاح از جمله این استثنائات نمی‌باشد، چرا که چنین دلیلی یافت نشده است.

تعاریف و مفاهیم

- نکاح در لغت

نکاح عقد زناشویی بستن، زناشویی کردن، زناشویی امتزاج طبایع است بعضی با بعضی که موجب پدید آمدن موالید می‌گردد. (معین، فرهنگ فارسی)

- نکاح در اصطلاح

اصل نکاح بر عقد وضع شده و سپس بهطور استعاره در جماع استعمال شده است و محال است که در اصل لغت به معنای جماع باشد و سپس در عقد استعمال شود چون همه الفاظی که برای جماع می‌باشد به خاطر قبیح بودن ذکر آن کنائی است. پس نکاح به معنای مدلول عقد آنچنانی است که به واسطه آن زوج بر استمتاعات جنسی زوجه تسلط پیدا میکند و مفهوم عرفی از این گفتار که فلانی زوج فلانی می‌باشد آن است که او مسلط بر استمتاعات جنسی از اوست گرچه نزدیکی واقع نشده باشد.

- معاطات

معاطات در لغت مصدر از باب مفاعله (عاطی، يعاطی، معاطاة) است، این کلمه از ریشه «ع.ط.و» است^۱. در لغت به معنای تناول، بخشش و دهش است^۲. از این رو به مال بخشیده شده «عطیه» می‌گویند و جمع آن «عطایا» است. با توجه به خصوصیت باب مفاعله

^۱ طریحی، ۱۳۶۷: ج ۳، ص ۲۰۴

^۲ ابن منظور، ۱۴۰۵: ج ۱، ص ۶۹؛ زبیدی، بی‌تا: ج ۱۰، ص ۲۴۶



که بین‌الائین است، معاطات به معنای آن است که میان دو نفر داد و ستدی واقع شود. معاطات نوعی خاص از معامله است که چندین دیدگاه فقهی در خصوص آن وجود دارد. از یک دیدگاه معاطات معامله بدون عقد است. بعضی از فقها بیع معاطاتی را به «داد و ستد بدون عقد» تعبیر کرده اند. مطابق لغت نامه دهخدا بیع معاطات یعنی هر یک از طرفین معامله، مالی که اراده کرده است را عوض آنچه از طرف دیگر دریافت می‌نماید به وی اعطا نماید، بدون این که عقد انجام شود.

از دیدگاه دیگر معاطات معامله بدون عقد مخصوص است و بعضی از فقها می‌گویند معاطات یعنی هر یک از طرفین معامله، با توافق بر معامله، مالی که اراده کرده است را عوض آنچه ستانده به طرف مقابل اعطا نماید، بدون این که عقد مخصوصی جاری شده باشد. که عقد مخصوص می‌تواند همان ایجاب و قبول به الفاظ خاص باشد. مطابق این تعریف، حتی ایجاب و قبول لفظی نیز کفایت نمی‌کند و باید به الفاظ خاص تکلم شود. بدین ترتیب اگر ایجاب و قبول به الفاظ فارسی بیان شود، معامله صورت گرفته معاطات خواهد بود. از دیدگاه دیگر معاطات معامله بدون ایجاب و قبول لفظی است. در بعضی منابع دیگر فقهی آمده است که معاطات همان بیع بدون صیغه عقد است. بعضی با این رویکرد می‌گویند «هرگاه صیغه نگویند، معاطات است.» نکاح معاطاتی ازدواجی است که به منظور تشکیل خانواده و حق تمتع و رابطه جنسی بین زن و مرد برقرار می‌شود اما فاقد ایجاب و قبول لفظی است و ممکن است طرفین بر مهریه، نفقه و سایر حقوق بین زوجین توافق کنند. بعضی افراد ازدواج سفید را نوعی نکاح معاطاتی می‌دانند، بنابراین شرعی و قانونی بودن ازدواج سفید با این تعریف بستگی به صحت عقد نکاح بر اساس معاطات دارد. مطابق ماده ۱۹۳ قانون مدنی «در مواردی که قانون استثناء کرده باشد» معاطات صحیح است. از جمله موارد استثناء شده عقد نکاح است. در ماده ۱۰۶۲ این قانون آمده است: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». یعنی حتماً به لحاظ حقوقی باید صیغه عقد ازدواج بیان شود و ایجاب و قبول باید لفظی باشد مگر در حالت عجز از تلفظ. محقق داماد می‌گوید قانون مدنی برای ایجاب و قبول صیغه‌ای خاص یا زبان و لفظ ویژه‌ای را ملحوظ نداشته است. بلکه هر زبان و یا هر نوع صیغه‌ای را که دلالت صریح بر قصد ازدواج داشته باشد را کافی دانسته است.^۱

پیشینه پژوهش

«افشاری» (۱۳۹۵) معتقد است که یکی از انواع معاطات که از دیرباز مورد بحث و توجه فقها بوده، نکاح معاطاتی است. در خصوص صحت و رد این نوع نکاح از دیدگاه فقهی و حقوقی و نحوه ابراز اراده در فرض صحت آن میان فقها اختلاف نظر بسیار است. بسیاری از فقها، نکاح معاطاتی را صحیح نمی‌دانند و وجود لفظ ایجاب و قبول در نکاح را از شروط صحت عقد می‌دانند. برخی نیز به تشریفات بودن عقد نکاح و نظم اجتماعی اشاره می‌کنند، اما به نظر می‌رسد هیچ کدام از این‌ها را نمی‌توان ادله مستحکمی برای ایجاد یک شرط جدید در عقد نکاح و ورود لفظ در شرایط نکاح دانست. لفظ یکی از راه‌های ابراز اراده در انعقاد عقد نکاح است. لکن ابزارهای دیگری همچون کتابت یا افعالی که دلالت بر قصد کند، نیز می‌تواند منجر به تشکیل عقد گردد. «سلیمی و سلطانی» (۱۳۹۲) ابراز می‌دارند که نکاح معاطاتی آن است که با قصد انشاء زوجیت شرعی، به واسطه فعلی که عرفاً دلالت بر نکاح کند، انشاء عقد شود. در حالی که زنا، مقاربت بدون قصد انشاء زوجیت شرعی است. مشهور فقیهان با اینکه برای لفظ طریقیقت قائل هستند، نکاح معاطاتی را به دلیل اجماع باطل دانسته و گاهی آن را مساوی با زنا دانسته اند. به نظر می‌رسد که عمده دلیل ایشان به موجود نبودن مصداق فعلی عرفی صریح در قصد انشاء نکاح بر می‌گردد. «ربیع پور»، «راشدی» (۱۳۹۱) بیان نموده‌اند که برخی فقها و اصحاب نظر بنا به دلایلی مانند کلیت آیات مربوط به عقود و برخی روایات و همچنین با توجه به صحت معاطات در معاملات معتقد به صحت نکاح معاطاتی شده اند. اما از نظر مشهور فقهای شیعه و سنی ایجاب و قبول در عقد نکاح باید لفظی باشد. مهم‌ترین دلیل بر بطلان نکاح معاطاتی، اجماع و لزوم رعایت جنبه احتیاط می‌باشد. «توشه روز»، «دادمرزی» (۱۳۸۸) بیان می‌کنند که امروزه جهت انعقاد عقود از طرق متفاوتی بهره گرفته می‌شود، به عبارتی این نظریه در کلیه جوامع امروزی پذیرفته شده است که الفاظ جهت انشاء عقد طریقی هستند و موضوعیت ندارند. نظر به معاطات با مضمون صحت انشاء عقود با ایجاب و قبول فعلی در فقه و حقوق ایران نیز به عنوان نظریه عمومی، مورد پذیرش قرار گرفته است، اما در مورد عقد نکاح به دلیل اهمیت خاص آن ادعای انصراف شده است. «جوریان»، «حاجعلی» (۱۳۸۸) اذعان دارند که مشهور فقهای امامیه معتقدند؛ اراده نکاح باید با الفاظی که صریح در بیان

^۱ این منظور، ۱: ۴۰۵ ج: ۲، ص: ۶۲۶، جوهری، ۴۲۰: ۱ ج: ۱، ص: ۴۱۳؛ طریحی، ۱۳۶۷: ۴ ج: ۴، ص: ۳۶۹



مقصود است اظهار شود و طرفین باید صریحاً اراده خود را بر تشکیل خانواده با الفاظ اعلام کنند و به ادله‌ای چون آیات و روایات و اصل... استناد کرده‌اند.

ماهیت عملیاتی فقهی و حقوقی نکاح معاطات

عدم جواز نکاح معاطاتی به نظر اکثر فقهای شیعه نظیر محقق بحرانی، شیخ مرتضی انصاری، العظمی روح‌الله خمینی و العظمی مکارم شیرازی مورد اجماع علمای شیعه و اهل سنت است. مذاهب شافعی، مالکی، حنبلی و حنفی همگی صیغه ایجاب و قبول را از شرایط عقد نکاح می‌دانند. در سال‌های اخیر برخی از فقها نظیر صادقی تهرانی نظریه صحت نکاح معاطاتی را مطرح کرده‌اند. از جمله: «عقد یا قرارداد ازدواج به هر زبانی که باشد درست است و اگر هم بدون لفظ ویژه‌اش که «انکحت» یا «نکاح کردم» باشد، در صورتی که جریانی میان زن و مرد انجام گردد، چه با نوشتن یا گفتن یا اشاره یا هر طور دیگر که به روشنی دلالت بر انجام ازدواج کند، کافی است...». اگر کفش روی کفش گذاردن یا شیرینی به یکدیگر تعارف کردن یا هر اشاره و عملی دیگر که در عرف آنان دلیل بر انجام ازدواج است، همین‌ها کافی است و دیگر صیغه‌ای چه عربی و چه به زبان دیگر لازم ندارد.

بعضی دیگر از فقها، نخست عقد را به «لفظ دال بر نقل عین» معنی کرده و معتقدند معاطات یعنی ستاندن بدون لفظ کفایت نمی‌کند. از این منظر ایجاب و قبول با هر لفظی که مقصود معامله را صراحتاً برساند، عقد خواهد بود اعم از این که الفاظ بکار گرفته شده، الفاظ مخصوص باشد یا نباشد، عربی باشد یا نباشد.^۱ برخی فقها با تعبیر دیگر می‌گویند که عقد بیعی که در آن ایجاب و قبول نباشد، معاطات است. این تعریف با تعریف پیشین متفاوت است؛ زیرا ایجاب و قبول ممکن است لفظی یا غیر لفظی باشد. در برخی منابع فقهی اهل سنت نیز معاطات به عنوان معامله بدون لفظ و اشاره معنا شده است. یعنی مشتری بدون تکلم و اشاره مبیع (مال مورد معامله) را بگیرد و مبلغ را به فروشنده بدهد. نکاح معاطاتی در فقه و حقوق به معانی مختلفی آمده است. یکی از معانی رایج آن عدم اجرای صیغه ایجاب و قبول است. سؤال مهم این است که آیا عقد نکاح را می‌توان بدون اجرای صیغه ایجاب و قبول انشاء نمود؟

مشهور فقها، لفظی بودن ایجاب و قبول را در عقد نکاح شرط می‌دانند و معتقدند نکاح معاطاتی باطل است، بلکه در این مورد ادعای اجماع شده. قانون مدنی نیز بر لفظی بودن ایجاب و قبول در عقد نکاح صراحت دارد. اما برخی با توجه به دلایلی مدعی صحت نکاح معاطاتی شده‌اند.^۲

معاطات در عقود، از گذشته مورد توجه فقها بوده و در مورد آن آرای متنوعی صادر شده است. جمعی از فقها برای معاطات اثری قائل نشده و بعضی نیز نظرات دیگری را مطرح کرده‌اند. امروزه کمتر فقیه‌ای 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. مشهور فقها برای معاطات در عقد نکاح اثری قایل نیستند، بلکه در این خصوص اجماع وجود دارد. قانون مدنی نیز متأثر از نظر مشهور فقهی، لفظی بودن ایجاب و قبول را در عقد نکاح شرط دانسته و این مسأله در میان حقوق‌دانان نیز به صورت یک باور عمومی در آمده است. با وجود این اجماع فقهی و حقوقی، در مورد مفهوم معاطات اتفاق نظر وجود نداشته و فقها و حقوق‌دانان از این اصطلاح تلقی یکسانی ندارند.

طرح نظریه درستی نکاح معاطاتی از سوی برخی نواندیشان موجب شده این بحث مجدداً به بحث روز تبدیل شود، بعضی در جانب افراط و بعضی دیگر در جانب تفریط قرار دارند و غالباً غیرعلمی است. در این نوشتار به واکاوی مفهوم نکاح معاطاتی پرداخته می‌شود. در ابتدا لازم است مفاهیم عقد، نکاح، معاطات، ایجاب و قبول تبیین گردد. مفهوم فقهی و حقوقی عقد به مفهوم لغوی آن نزدیک است؛ فقها عقد را «التزام مرتبط با التزام دیگر»، «ربط دو التزام»، «ربط دو قرار» و مانند آن تعریف کرده‌اند. از نظر حقوقی نیز عقد «تراضی طرفین» برای ایجاد یک اثر حقوقی است. بنابراین توافق دو یا چند طرف در صدق مفهوم عقد ضرورت دارد و همین امر موجب تمایز مفهوم عقد و ایقاع است.^۳

^۱ خویی، ۱۴۱۶، ص ۱۴

^۲ جوهری، ۴۲۰ق: ج ۲، ص ۵۱۰

^۳ کاتوزیان، ۱۳۷۴: ج ۱، ص ۲۱



بعضی فقها عقد را «لفظ دال بر نقل ملک به دیگری معنی کرده‌اند». این تعریف دقیقی نیست و مسامحه در تعبیر بوده؛ زیرا لفظ وسیله اعلام توافق و تراضی طرفین است. همانطور که تعریف قانون مدنی از عقد نیز دقیق نیست.^۱ مطابق ماده ۱۸۳ ق.م: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر، تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». این تعریف عقد را به «تعهد» یک طرف در مقابل طرف دیگر معنی کرده است. در حالی که تعهد اثر عقد است نه خود عقد. جمعی از واژه‌شناسان معتقدند لغت نکاح در اصل به معنای «وطی و جماع» است؛ اما به معنای عقد نکاح مجازاً به کار رفته است.^۲ برخی دیگر می‌نویسند: نکاح در اصل به معنای عقد است و بطور مجازی در معنای جماع به کار می‌رود، زیرا کلماتی که به مفهوم جماع دلالت دارند، کنایی هستند بعضی نیز معنای «بضع» را در ردیف معنای واژه نکاح ذکر کرده‌اند.^۳ بعضی نیز احتمال داده‌اند این واژه مشترک میان دو معنای وطی و عقد باشد. همین احتمالات در منابع فقهی نیز می‌باشد لذا این نظر که لغویان اجماع دارند موضوع حقیقی نکاح وطی است و استعمال آن در عقد نکاح مجازی است، صحیح نمی‌باشد. با توجه به آنچه در معنای واژه نکاح و عقد بیان شد، تعریف عقد نکاح اینگونه می‌شود: «عقد نکاح توافق دو اراده است که به منظور ایجاد رابطه زوجیت صورت می‌گیرد». این تعریف عام و شامل عقد نکاح دائم و منقطع را می‌شود.

نکاح معاطاتی از منظر قانون مدنی

از نظر قانون مدنی، معاطات در عقود صحیح است و لازم نیست ایجاب و قبول لفظی باشد.^۴ در ماده ۱۹۳ ق.م: در کفایت معاطات بیان داشته است: «انشاء معامله ممکن است به وسیله عملی که مبیّن قصد و رضا باشد مثل قبض و اقباض حاصل گردد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». مطابق این ماده، به جز در موارد استثنایی، انشاء معامله از طریق فعل (نه لفظ) نیز ممکن است. از ماده ۱۹۲ ق.م: چنین برمی‌آید که کفایت ایجاب و قبول فعلی ویژه موارد عجز از تلفظ است. در این ماده آمده است: «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبیّن قصد و رضا باشد کافی خواهد بود». اگر این برداشت صحیح باشد در این صورت معاطات در عقود از نظر قانون مدنی، تنها در صورت عجز از تلفظ صحیح خواهد بود. ولی این برداشت با بخش آخر ماده ۱۹۳ ق.م: به ویژه قسمت اخیر آن ناهماهنگ است؛ زیرا به موجب قسمت اخیر آن معاطات تنها در صورتی صحیح نیست که قانون استثناء کرده است. در نتیجه مطابق این ماده، اصل بر کفایت معاطات است. به همین دلیل حقوق دانان در توجیه ظاهر ماده ۱۹۲ ق.م: اظهار داشته‌اند: این ماده مفهوم مخالف ندارد و قانون در مقام بیان فرض متعارف و شایع است که فقط زمان ممکن نبودن تلفظ از آن استفاده می‌شود.^۵ در نتیجه معاطات در عقود مدنی (به جز در موارد استثنایی) صحیح است و از این نظر تفاوتی میان حالت اختیار و اضطرار وجود ندارد. به همین دلیل ماده ۳۳۹ ق.م: در مورد انعقاد قرارداد بیع بیان داشته است: «پس از توافق بائع 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». بخش اخیر این ماده ناظر به مسأله معاطات در عقد بیع است، البته عقد بیع خصوصیتی ندارد و در سایر عقود (به جز موارد استثنا شده) نیز چنین است. نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که از نظر قانون مدنی، سکوت نمی‌تواند وسیله بیان اراده باشد. در ماده ۲۴۹ ق.م: آمده: «سکوت مالک و لو با حضور در مجلس عقد، اجازه محسوب نمی‌شود». این ماده در قواعد عمومی آمده و چون در باب نکاح در این رابطه حکم خاصی نیامده است، حکم ماده ۲۴۹ ق.م: در باب نکاح نیز قابل تسری است.

مطابق قسمت اخیر ماده ۱۹۳ ق.م: «...در مواردی که قانون استثناء کرده باشد»، معاطات صحیح است. از جمله موارد استثنا شده، عقد وقف است، مطابق ماده ۵۶ ق.م: «به ایجاب از طرف واقف به هر لفظی که صراحتاً دلالت بر معنی آن کند» واقع می‌شود. مصداق دیگر بخش اخیر ماده ۱۹۳ ق.م: عقد نکاح است. البته قانون مدنی در باب نکاح، میان حالت اختیار و اضطرار فرق گذاشته است. در ماده ۱۰۶۲ ق.م: آمده: «نکاح واقع می‌شود به ایجاب و قبول به الفاظی که صریحاً دلالت بر قصد ازدواج نماید». مطابق حکم ماده فوق، ایجاب و قبول در عقد نکاح باید لفظی باشد، با وجود این ماده ۱۰۶۶ ق.م: 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 می‌شود، مشروط بر اینکه بطور وضوح حاکی از انشاء عقد باشد». در مورد مفاد ماده ۱۰۶۶ ق.م: دو نکته مهم است: نخست آنکه اعلام قصد انشاء به وسیله کتابت برای افراد عاجز از تلفظ

^۱ محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ج ۲، ص ۲۶۷

^۲ جوهری، ۱۴۲۰ق: ج ۱، ص ۴۰۳

^۳ ابن منظور، ۱۴۰۵ق: ج ۲، ص ۴۱

^۴ محقق داماد، ۱۳۸۵: ص ۱۶۶

^۵ کاتوزیان، ۱۳۷۶: ص ۵۷؛ صفایی، ۱۳۸۲: ج ۲، ص ۶۵



صحیح است. این مطلب اگر چه در قانون نیامده، ولی به قیاس اولویت از ماده ۱۰۶۶ ق.م. قابل استنباط می‌باشد. زیرا دلالت کتابت بر مقصود نسبت به اشاره واضح‌تر است؛ همانطور که بعضی فقها نیز این مطلب را متعرض شده‌اند.^۱ نکته دیگر این است که ظاهراً افراد لال می‌توانند از طریق اشاره یا کتابت اعلام اراده نمایند، حتی اگر بتوانند از طریق توکیل به دیگری، به نمایندگی قصد انشاء نمایند. زیرا متن ماده ۱۰۶۶ ق.م. از این حیث اطلاق دارد. نظریه صحت نکاح معاطاتی در فقه جایگاهی ندارد و تقریباً هیچ فقیه صاحب نامی دیده نشده است که قایل به صحت نکاح معاطاتی باشد. البته صاحب جواهر، صحت نکاح به الفاظ غیرمخصوص را به فیض کاشانی و گروهی از ظاهریه نسبت داده و اظهار داشته: «نعم ربما ظهر من الکاشانی و بعض الظاهریه من أصحابنا الاکتفاء بحصول الرضا من الطرفين و وقوع اللفظ الدال علی النکاح و الإنکاح». بعضی نویسندگان از این عبارت چنین برداشت کرده‌اند که فیض کاشانی و برخی از ظاهریه نکاح معاطاتی را صحیح می‌دانند؛ در حالی که این برداشت نادرست است و عبارت صاحب جواهر ربطی به این مطلب ندارد. بحث در نکاح معاطاتی است و معاطات به معنی نکاح بدون ایجاب و قبول لفظی است، در حالی که عبارت فوق مربوط است به احتمال صحت نکاح به الفاظ غیرمخصوص. یعنی رابطه خاصی که ناشی از رضایت باطنی طرفین بوده و این تراضی به الفاظی اعلام شده است که مورد تایید شرع مقدس نیست.

جایگاه لفظ و فعل در تحقق نکاح

بعضی از فقیهان در مورد ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول عقد نکاح تا بدانجا پیش رفته‌اند که نکاح بدون صیغه را زنا دانسته‌اند. بعضی نیز نکاح معاطاتی را تنها در صورت اکراه مسلوی با زنا دانسته‌اند، اگر چه نکاح معاطاتی را به دلیل اجماع باطل می‌دانند. در مقابل، بعضی این سخن را عجیب دانسته و گفته‌اند: میان نکاح معاطاتی و سفاح با تراضی تفاوت بسیاری وجود دارد. در نکاح معاطاتی، تراضی در زوجیت است و این تراضی قلبی به طریقی اعلام می‌شود، در حالی که در سفاح، تراضی بر زوجیت نیست و طرفین قصدشان زناست. در این صورت چگونه می‌توان این دو را با یکدیگر مقایسه کرد. تفاوت میان نکاح و سفاح در لفظ نیست. زیرا گاهی با لفظ، رابطه دو جنس مخالف سفاح هست و گاهی بدون لفظ، رابطه آن دو نکاح است. از نظر ایشان تفاوت میان نکاح و سفاح، یک امر اعتباری است. یعنی اینکه مرد، زن را زوجه اعتبار نماید و در مقابل، زن نیز مرد را زوج اعتبار کند.^۳ به طور کل باید گفت که نکاح معاطاتی غیر از زناست. زیرا معنای نکاح معاطاتی این است که عقد بدون انشاء صورت گرفته است بلکه کسانی که قائل به محت این نحوه از نکاح هستند می‌گویند نکاح معاطاتی این است که به واسطه یک عمل صحیح شرعی قصد انشاء عقد شود.

نتیجه‌گیری

نظریه بطلان نکاح معاطاتی در فقه امامیه از اعتبار زیادی برخوردار است. تقریباً تمام فقهای که متعرض بحث نکاح شده‌اند، بر لزوم لفظی بودن ایجاب و قبول تاکید نموده‌اند. به عنوان نمونه، امام خمینی (ره) در این خصوص اظهار داشته‌اند: «النکاح علی قسمین: دائم و منقطع، و کل منهما یحتاج إلی عقد مشتمل علی ایجاب و قبول لفظین». (نکاح بر دو قسم دائم و منقطع است و هر کدام محتاج عقدی است که مشتمل بر ایجاب و قبول لفظی باشد). ایشان در ادامه تاکید می‌نمایند که مجرد رضایت قلبی طرفین کفایت نمی‌کند و معاطاتی که در غالب معاملات جریان دارد، در عقد نکاح کفایت نمی‌کند. عبارتی که نقل شد یا مشابه آن در بسیاری از منابع فقهی مشاهده می‌شود. جمعی از فقها نیز الفاظ ایجاب و قبول را مورد بحث و بررسی قرار داده و متعرض اصل بحث ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول نشده‌اند. زیرا از نظر آنان این امر مسلم و بدیهی است.

^۱ نجفی، ۱۳۷۴: ج ۲۹، ص ۱۴۲

^۲ محقق داماد، ۱۳۸۵: ص ۱۸۰

^۳ خونی، ۱۴۱۶: ص ۱۲۹



منابع

- ابن منظور، ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرّم. (۱۴۰۵ق). «لسان العرب». بیروت. دار احیاء التراث العربی.
- افشاری، فاطمه. (۱۳۹۵). بررسی فقهی، حقوقی نکاح معاطاتی و شیوه ابراز اراده در آن. نشریه فقه و حقوق خانواده. ش ۲۰
- امامی، سید حسین. (۱۳۶۶). حقوق مدنی. جلد پنجم. چاپ سوم. تهران. انتشارات اسلامی.
- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵ق). «کتاب النکاح». قم. مؤسسه باقری.
- توشه روز، فاطمه، دادمزی، سید مهدی. (۱۳۸۸). بررسی فقهی حقوقی نکاح معاطاتی. پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه قم.
- جویریان، عفت، حاجیعلی، فریبا، سرخوش، جواد. (۱۳۸۸). ماهیت حقوق نکاح معاطاتی. پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه الزهراء. دانشکده الهیات.
- حلی (محقق)، ابو جعفر نجم الدین جعفر بن الحسن. (۱۴۰۹). «شرائع الاسلام». چاپ دوم. قم. انتشارات امیر.
- خمینی، سید روح الله. (۱۳۷۹). «کتاب البیع». تهران. مؤسسه تنظیم نشر و آثار امام خمینی.
- خوبی، سیدابوالقاسم. (۱۴۱۶) «معجم رجال الحدیث». چاپ پنجم. قم. مرکز نشر الثقافة الاسلامیة.
- ربیع پور خوبده، الهام. (۱۳۹۱) نکاح معاطاتی در حقوق ایران. پایان نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه پیام نور گلستان. دانشکده ادبیات و علوم انسانی.
- زبیدی، محمد مرتضی. (بی تا). «تاج العروس من جواهر القاموس». بیروت. مکتبه الحیاء.
- سلیمی، مهدی، سلطانی، عباسعلی. (۱۳۹۲). نکاح معاطاتی و تفاوت آن با زنا. نشریه پژوهشنامه حقوق اسلامی. دانشگاه امام صادق (ع)
- صفایی، سید حسین. (۱۳۸۲). حقوق خانواده. جلد اول. چاپ نهم. تهران. انتشارات دانشگاه تهران.
- طریحی، فخرالدین. (۱۳۶۷). «مجمع البحرین». قم. چاپ دوم. دفتر نشر فرهنگ اسلامی.
- قانون مدنی ایران.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۴). «قواعد عمومی قراردادها». چاپ سوم. تهران. شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۶). «دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی)». چاپ چهارم. تهران. شرکت سهامی انتشار.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۷۶). بررسی فقهی حقوق خانواده. چاپ ششم تهران. مرکز نشر علوم اسلامی.
- نجفی، محمد حسن. (۱۳۷۱). «جواهر الکلام». چاپ چهارم. تهران. المکتبه الاسلامیة.