

مقدمه:

در فقه اسلامی قوانین و احکام متفاوتی در زمینه های گوناگون صادر شده است اعم از عبادات، امور جزایی، حقوقی، روابط اشخاص با یکدیگر در جنبه های متفاوت که معاملات و عقود و قراردادها را شامل می شود. احکام مربوط به روابط اشخاص، به صورت تأسیسی و یا بیشتر به نحو امضایی هستند. آن چنان که فقیه را قادر می سازد که در پرتو آن هر پرسشی را در هر زمان و مکان پاسخگو باشد. تأثیر عرف و زمان و مکان در استنباط احکام فقهی که امام خمینی (ره) به صراحت از آن سخن گفته و فقیهان پیشین نیز در ابواب مختلف آن را مورد نظر قرار داده اند، مهمترین عامل پویایی فقه است به گونه ای که از این رهگذر می توان فقه را به عنوان یک مکتب حقوقی جدید و پیشتاز در ارائه راهکارهای نو و راهبردی به حقوق دانان معرفی کرد.

از آنجایی که مسئله ایجاب و قبول در انعقاد عقود و قراردادها و احکام مربوط به آنها حائز اهمیت است از این رو مورد بحث فقهاء و حقوق دانان واقع شده است. بحث معاطات به صورت مستقل نخستین بار در بیع مطرح شده و مباحث دقیق و پیچیده پیرامون آن به بحث گذارده شده است. مثل اینکه آیا معاطات همان آثار عقد لفظی را به دنبال دارد؟ آیا معاطات مفید ملکیت است یا فقط سبب اباحه تصرف است؟ آیا معاطات در سایر عقود و ایقاعات مانند اجاره، هبه قرض، صلح، مزارعه... جاری می شود یا خیر؟

در جریان معاطات در سایر عقود اتفاق نظر وجود دارد. اما در برخی عقود و ایقاعات جریان معاطات با اشکال مواجه است. عقد نکاح از عقود است که جریان معاطات در آن با اشکال مواجه است.

نکاح معاطاتی عبارتست از اینکه زن و مرد قصد زوجیت خود را با فعل ابراز کنند زیرا آنچه بیانگر رضایت و اراده می باشد یا لفظ است یا فعل. و انشاء احتیاج به یک مظهر و مبرز قصد دارد که فعل هم می تواند مظهر آن باشد.

معاطات در نکاح مورد بحث فقهاء قرار گرفته است. مشهور فقهاء معتقدند اراده نکاح باید با الفاظی که صریح در بیان مقصود است اظهار شود چون نکاح قراردادی مهم است و تعهدات سنگینی را برای طرفین ایجاد می کند بنابراین طرفین باید صریحاً اراده خود را بر تشکیل خانواده با الفاظ اعلام کنند.

اما برخی دیگر از فقهاء بر امکان جریان معاطات در نکاح تمایل نشان داده اند و معتقدند فعل همانند قول وسیله ایجاد یا ابراز اراده جدی می باشد بنابراین می توان معاطات را هم نوعی انشاء عقد دانست و آثار زوجیت را بر آن مترتب کرد. اما سخن در این است که دلایل هریک از اقوال تا چه حد صحیح و معتبر می باشد و آیا بین نکاح و سایر عقود در جریان معاطات تفاوتی وجود دارد؟ نزاعات بی شمار در این مسأله احتیاج به پاسخ دقیق دارد.

سؤالات پژوهش:

- ۱- چرا معاطات می تواند جایگزین صیغه لفظی در عقود باشد؟
- ۲- آثار معاطات در انشاء عقود چیست؟
- ۳- بین نکاح و سایر عقود در جریان معاطات چه تفاوتی وجود دارد؟

فرضیات پژوهش:

- ۱- چون مقصود از انشاء عقد تبادل ایجاب و قبولی است که دال بر رضا و اراده متعاقدين است پس انشاء می تواند به صورت قولی یا فعلی باشد.

۲- بر معاطات آثار عقد لفظی مترتب است.

۳- به علت احتیاط شارع در فروج جریان معاطات در نکاح بر خلاف سایر عقود با اشکال مواجه است.

اهداف پژوهش و ضرورت آن

با توجه به پیشرفت جوامع 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 بدون تشریفات و با سرعت بیشتری صورت می گیرد. حال با توجه به پذیرش معاطات در اکثر عقود و ایقاعات در صدد آن هستیم که ببینیم که جریان معاطات در نکاح به چه صورت است و شرع، قانون، عرف این اجازه را می دهد که به صرف توافق زن و مرد و رد و بدل کردن مثلاً حلقه رابطه زوجیت حاصل شود و آثار نکاح جاری گردد بدون اینکه نیاز به جریان صیغه از سوی زن و مرد باشد.

و همچنین از آنجا که ثبت رسمی ازدواج شیوه متداول و مرسوم بیشتر جوامع است و به نظر می رسد که ثبت رسمی معتبرتر و جدی تر از انشاء لفظی باشد و کفایت از اظهار قصد جدی می نماید. اما سخن در تبعات ناشی از جواز اینگونه ازدواج است. اثبات لزوم یا عدم لزوم انشاء لفظی عقد نکاح تأثیر بسیار زیادی بر تعیین نوع رابطه های موجود میان زن و مرد در جامعه کنونی دارد. به این ترتیب حریم مشخصی را برای برقراری ارتباط می توان تشریح کرد. اینکه مجاز باشیم به صرف نکاح معاطاتی روابط زن و مرد را شرعاً جایز بدانیم یا آن را نامشروع بدانیم در تحکیم یا قطع و یا تصحیح این روابط مؤثر خواهد بود.

پیشینه تحقیق:

با مراجعه به کتابخانه و سایت های مختلف کتابی با عنوان نکاح معاطاتی مشاهده نشد. و فقط فقهاء در ذیل بحث از معاطات به طور مختصر بحث نکاح معاطاتی را مطرح کرده اند.

هم چنین پایان نامه ای با عنوان نکاح معاطاتی دیده نشد، اما پایان نامه هایی در ارتباط با

موضوع عبارتند از:

۱- ارضی، حسنی، معاطات در عقود، استادراهنما محمدعلی راغبی، مقطع کارشناسی

ارشد، ۱۳۸۰، دانشگاه قم

۲- قرشی، اکرم السادات، سپهر، آزاده، بررسی فقهی و حقوقی الفاظ در انعقاد عقود و

ایقاعات، استادراهنما فریبا حاجیعلی، مقطع کارشناسی، ۱۳۸۵، دانشگاه امام صادق

مقاله

سید ابوالحسن حسینی ادیانی، نکاح معاطاتی، مقالات و بررسیها، دانشگاه

تهران، تهران، دفتر ۳/۷۴، زمستان ۱۳۸۲

روش تحقیق

روش تحقیق از نظر ابزار گردآوری اطلاعات، کتابخانه ای می باشد به گونه ای که مطالب

مرتبط با موضوع از میان کتاب های مختلف و اصیل فقهی گردآوری شده و پس از گردآوری

ترجمه و دسته بندی شده و پس از تجزیه و تحلیل مطالب، تدوین گردیده است.

سازماندهی تحقیق:

پایان نامه مورد بحث در چهار فصل گردآوری شده:

فصل اول: کلیات که شامل دو بخش می باشد. بخش اول شامل تعاریف لغوی و اصطلاحی

کلید واژه ها می باشد و در بخش دوم پیشینه ازدواج در ادیان و کشورهای مختلف مورد بررسی

قرار گرفته است.

در فصل دوم، نقش اراده در انعقاد عقود و ايقاعات و اشکال مختلف اعلام اراده مطرح شده

است و هم چنین نظر فقهاء در مورد معاطات در ادوار مختلف فقه بررسی شده و ادله صحت

معاطات نیز مورد بررسی واقع شده است. در بررسی نظر فقهاء و حقوق دانان راجع به صحت

عقود و معاملات معاطاتی به مسأله افاده ملکیت یا اباحه تصرف بودن معاطات نیز پرداخته شده

است و نظرات و ادله هر یک بیان گردیده است.

در فصل سوم بحث رضایی بودن عقود مطرح شده است و ضابطه کلی جریان معاطات در عقود مطرح شده است و در نهایت معاطات در سایر عقود و ایقاعات مورد بررسی واقع است.

در فصل چهارم بحث معاطات در نکاح مطرح شده است و ادله کسانی که نکاح معاطاتی را صحیح می دانند و کسانی که آن را باطل می دانند بیان شده است و دلایل هر یک و صحت و بطلان دلایل مورد بررسی واقع شده است.

فصل اول

کلیات

۱-۱- معنانشناسی واژگان

۱-۱-۱-۱- معنای لغوی عقد

عقد متضاد حل است.^۱ عقد به معنای پناه بردن به کسی، بستن ریسمان، محکم کردن پیمان، سوگند و... می باشد. عقد در مقابل حل و گشودن است بنابر این معنای عقد عبارتست از گره بستن، پیمان کردن، بیع بستن است.^۲

و نیز در معنای عقد آمده: عقد بستن یعنی گره زدن، ازدواج کردن، اجرای صیغه نکاح.^۳ زبیدی در کتاب خودش می گوید: اصل عقد نقیض حل است. عقد نیز به معنای تصمیم و اعتقاد جازم است و همچنین به معنای عهد همانند عقده نکاح.^۴ مفهوم عقد الاحکام، ابرام، شدت، غلظت، وثوق ایجاب، عسر، امساک است و اینها از آثار و لوازم آن است.^۵

راغب اصفهانی می گوید: العقد گره زدن و جمع کردن اطراف و سر و ته چیزی، که در اجسام سفت و سخت به کار می رود مثل گره زدن طناب و به هم پیوستن اجزاء بنا و ساختمان، و به طور استعاره در معانی و مفاهیم نیز به کار رفته است. مثل عقد البیع، پیمان خرید و فروش، بستن، و هر پیمانی غیر از آن.^۶

۱-۱-۱-۲- معنای اصطلاحی عقد

-
- ۱- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ج ۱، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، بیروت، ۱۴۲۶، ج ۳، ص ۲۹۶
 - ۲- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه دهخدا، ج ۱، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۳، ج ۱۰، ص ۱۴۱۰۰
 - ۳- نفیسی، علی اکبر، فرهنگ نفیسی (ناظم الاطباء)، کتابفروشی خیام، بی جایی، تاج ۴، ص ۲۳۸۳
 - ۴- الحسینی الزبیدی، محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۳۹۰، ج ۸، ص ۳۹۴
 - ۵- المصطفوی، حسن، التحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۱، الدائرة العامة للمراكز و العلاقات الثقافية، تهران، ۱۳۷۱، ج ۸، ص ۱۸۸
 - ۶- الراغب الاصفهانی، حسین بن محمد، مفردات الفاظ القرآن، ج ۱، دارالقلم، دمشق، ۱۴۱۶، ص ۵۷۶

عقد در اصطلاح فقهی و شرعی، ایجاب و قبول با ارتباط معتبر از حیث شرع می باشد. بنابراین عقد شامل سه امر است ایجاب و قبول و ارتباط، ربط دادن اجزاء تصرف است شرعا به ایجاب و قبول.^۱

در تعریف عقد آمده: عقد گفته طرفین عقد یا گفته یکی یا فعل دیگری است آن هم به گونه ای که شارع مقصود را بر آن بار کرده است.^۲

در کتاب مبدأ الرضا آمده: عقد در اصطلاح علمای شیعه حول دو محور می چرخد: ۱- معنای عام ۲- معنای خاص

۱- عقد به معنای عام: هر التزامی که انسان به وفای آن متعهد می شود خواه در مقابل این التزام، التزام دیگری باشد مانند بیع، یا در مقابل آن التزامی نباشد مانند یمین، طلاق خواه التزام التزام دینی باشد مانند اداء فرایض و واجبات و ترک محرمات یا التزامات دنیوی باشد.

۲- عقد به معنای خاص: عبارتست از التزامی که از سوی دو طرف صادر می شود زمانی که لفظ عقد به صورت مطلق به کار می رود یا بحث از صیغ عقود و ایجاب و قبول می شود معنای خاص عقد منظور فقهاء می باشد.^۳

مطابق ماده ۱۸۳ ق.م «عقد عبارتست از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول باشد.» در این تعریف عقد دو شرط اساسی دارد که عبارت است:

- ۱- در اثر توافق دو یا چند اراده به وجود می آید.
- ۲- نتیجه و منظور از توافق ایجاد تعهد می باشد.

^۲ - النجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۷، بی نا، بیروت، ۱۹۸۱، ج ۸، ص ۵

^۳ - القره داغی، محی الدین، مبدأ الرضا فی العقود، دارالبشائر الاسلامیه، بیروت، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۱۱۳، ۱۱۲

عقد یا قرارداد، عمل حقوقی است که به توافق صورت می گیرد. نماینده دو نفع متضاد روی هم قرار می گیرند و راه مشترکی را برای دستیابی به هدف خاص جستجو می کنند. توافق بر سر همین راه مشترک است که به دو انشاء منوط به هم بروز می کند و اثر معهود و دلخواه را به بار می آورد این دو انشاء یک مجموعه تجزیه ناپذیر است. مفاد همین مجموعه را «قصد مشترک» می نامند و مبنای تفسیر عقد می سازند پس برای تحقق عقد، گذشته از ضرورت وجود اراده دو شرط ضروری است.

شرط اول: اراده هایی که با هم برخورد پیدا می کند باید چهره انشائی داشته باشد یعنی اثری را به وجود آورد ماده ۱۹۱ ق.م اعلام می کند «عقد محقق می شود به قصد انشاء» اشاره به همین نکته است پس باید گفت عقد توافق دو انشاء است.

شرط دوم: اثر دلخواه باید ناشی از توافق دو انشاء و محصول مشترک دو اراده باشد پس اگر یک اراده بتواند حقی را به استقلال ایجاد کند عمل حقوقی را نباید عقد شمرد، هر چند که اراده دیگر بتواند آن را از بین ببرد به بیان دیگر توافق دو انشاء باید سبب ایجاد اثر حقوقی باشد نه اینکه شرط بقای آن باشد.^۱

در فقه مشهور ایجاب و قبول لفظی را مصداق عقد می دانند و اگر لفظ در کار نباشد می گویند تراضی حاصل شده است و آثاری را که بر عقد مترتب می شود بر تراضی مترتب نمی کنند. این نظر با اینکه مشهور است دلیل قاطع ندارد. طرفداران قول غیر مشهور هم کم نیستند و از نظر آنها لفظ اساساً ضرورتی ندارد ملاک تشخیص عقد این است که بدون توافق طرفین، نتوان اثری را به وجود آورد که مورد قبول قانون یا عرف یا عادت یا اخلاق حسنه یا عقل بوده باشد.^۲

^۱ - کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج ۶، بهمن برنا، تهران، ۱۳۷۸، ص ۱۱

^۲ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، لیتوگرافی البرز، ۱۳۷۸، ج ۴، ص ۴۵۴

۱-۱-۱-۳- عقد در آیات قرآنی

در آیات قرآنی عقد به این معنا آمده است: «وَ احْلُلْ عُقْدَةً مِّن لِّسَانٍ»^۱ یعنی لکنتی که در زبان موسی وجود داشت.

و قوله تعالی «يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ» کسی که مالک حل و عقد نکاح است که مقصود زوج می باشد. و در حدیث آمده کسی که عقد نکاح به دست اوست پدر و ... می باشد.

و قوله تعالی «يَأْيُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^۲ عقود جمع عقد است به معنی معقود و آن مؤکد ترین عهود است. و فرق بین عهد و عقد در این است که در عقد معنی استیثاق و شدت است و عقد دو طرف دارد ولی عهد گاهی یک طرف بیشتر ندارد. و اصل عقد گره زدن چیزی به چیز دیگر است.^۴

۱-۱-۱-۴- عقد در تفاسیر

در تفسیر المیزان آمده: اهل لغت می گویند عقده اسم آن است که بسته و گره زده می شود چه نکاح باشد یا پیمان یا غیر آنها و قوله تعالی «... وَ الَّذِينَ عَقَدْتْ أَيْمَانُكُمْ...»^۳ کنایه است از ایجاد علقه زوجیت و به معامله که در آن دست به هم می دادند تشبیه شده است. عقد یعنی بستن چیزی به چیز دیگر، به نوعی که جدا شدن یکی از دیگری سخت باشد. لازمه این عقد یا گره زدن این است که هر کدام ملازم دیگری باشد و از آن منفک نگردد. این

^۱ الطه: ۲۷/۲۰

^۲ البقره: ۲۳۷/۲

^۳ - المائده: ۱/۵

^۴ - الطریحی، فخر الدین، مجمع البحرین، انتشارات کتابفروشی جعفری، تهران، بی تا، ج ۳، ص ۱۰۳

^۴ - ابن اثیر، النهایه فی غریب الحدیث، ج ۴، مؤسسه اسماعیلیان، قم ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۲۷۰

^۵ - دهخدا، لغت نامه دهخدا، ج ۱۰، ص ۱۴۱۰

^۵ - النساء: ۳۳/۴

کلمه ابتدا در امور محسوسه به کار می رفت ولی بعداً به طور استعاره نسبت به امور معنوی مانند معاملاتی از قبیل بیع و اجاره و امثال آن که بین مردم رایج بود و کلیه عهد و پیمان ها تعمیم یافت. از آن نظر که اثر عقد که لزوم و التزام است در این مورد وجود داشت لذا این کلمه بر آنها اطلاق شد.^۱

در مجمع البیان آمده: اصل عقد بستن است، مثل بستن ریسمان و... حتی در مورد بسته شدن و غلیظ شدن مایعات نیز به کار رفته است.^۲

۱-۱-۵- عقد در احادیث

در نهاییه آمده: در حدیث آمده «لک من قلوبنا عقدة الندم» منظور عقد تصمیم بر پشیمانی است و آن محقق شدن توبه است.

و باز در حدیث آمده «ان رجلا کان یبایع و عقدته ضعف» یعنی در رای و نظر او نسبت به مصالح شخصی اش ضعف است.

و در حدیث آمده «و الذین عاقدت ایمانکم» المعاهدة: معاهد و میثاق.

و باز در این باره است «العقد من الارض» زمینی که دارای درخت فراوان است.^۳

۱-۱-۶- اقسام عقود

۱- عقد از نظر دوام و جواز به عقد لازم و جایز تقسیم می شود :

عقد لازم: عقدی که هیچ یک از دو طرف معامله نمی توانند آن را بر هم بزنند مگر از دو طریق استثنائی که قانون پیش بینی کرده است. یک: توافق اراده دو طرف که اقاله گویند. دو: وجود علت قانونی که خیار نام دارد.

^۱ - الطباطبایی، محمد حسین، تفسیر المیزان، ج ۲، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴، ج ۵، ص ۱۶۷

^۲ - الطبرسی، ابوعلی الفضل بن الحسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۱، داراحیاء التراث العربی، بی

جا، ۱۴۰۶، ج ۳، ص ۱۹۸

عقد جایز: نقطه مقابل عقد لازم است و آن عقديست که هر یک از دو طرف هر وقت اراده کنند می توانند آن را فسخ کنند مانند وکالت.

۲- عقد از نظر کیفیت انشاء به عقد معلق و منجز تقسیم می شود
در ماده ۱۸۹ ق.م آمده «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود.» پس عقد معلق عقدی است که تشکیل آن به امر دیگری وابسته شده است.

۳- عقد از جهت معامله به عقد معوض و غیر معوض تقسیم می شود.
عقد معوض: عقدی است که یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر تعهد می نماید یا مالی را می دهد و در عوض مالی را از طرف دیگر می گیرد یا تعهدی طرف دیگر به نفع او می کند.
عقد غیر معوض: عبارتست از عقدی که یکی از طرفین مالی را به دیگری می دهد یا تعهدی در مقابل او می نماید. چنانچه در هبه می باشد که یکی مال خود را به دیگری می بخشد. انتقال مال در هبه فقط از طرف واهب است بدون آنکه عوض در مقابل گرفته باشد.^۱

۴- عقد تملیکی، عقد عهدی
عقد به اعتبار اینکه مالی تملیک گردد و یا تعهدی ایجاد شود بر دو قسم است:
عقد تملیکی: عقدی که بر طبق آن مالکیت مالی از یک طرف به طرف دیگر انتقال پیدا می کند مانند عقد بیع نسبت به یک کتاب که به محض تشکیل عقد مالکیت کتاب از فروشنده به خریدار انتقال پیدا کرده و خریدار مالک آن می شود.

عقد عهدی: عقدی است که مالی از هیچ یک از دو طرف به طرف دیگر انتقال پیدا نمی کند بلکه فقط هر یک از دو طرف در برابر دیگری، یا یک طرف در برابر طرف دیگر انجام یا ترک عملی را بر عهده می گیرد مانند عقد ودیعه

۵- عقد مطلق، عقد مشروط

^۱- امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱۹، کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۱۸۱

عقد به اعتبار اضافه نمودن قید و شرط بر دو قسم است.

عقد مطلق عقدی است که هیچ گونه شرطی در آن ذکر نشده باشد بر عکس عقد مشروط
عقدی است که شرطی در آن درج شده باشد مانند آن که شخصی خانه خود را به دیگری اجاره
دهد به شرط آن که مستأجر ساختمانی طبق نقشه برای موجر بسازد.

۶- عقد تشریفاتی و عقد غیر تشریفاتی

عقد به اعتبار شرایط صوری بر دو قسم است.

عقد تشریفاتی: عقدی است که بر امر تشکیل آن باید تشریفات خاصی غیر از اراده طرفین
رعایت گردد مثلاً بیع اموال غیر منقول را می توان یک عقد تشریفاتی دانست زیرا طبق مقررات
علاوه بر اراده طرفین باید به ثبت برسد.

عقد غیر تشریفاتی (رضایی): عقدی است که به صرف اراده طرفین تشکیل می شود و نیازی

به هیچ تشریفات دیگری ندارد مانند فروش اموال منقول^۱.

در کتاب مبداء الرضا عقد به نحو دیگری تقسیم گردیده است:

۱- عقد به اعتبار جواز و لزوم به سه قسم تقسیم می شود:

عقد لازم از دو طرف مانند عقد بیع و اجاره

عقد جایز از دو طرف مانند عقد وکالت، شرکت

عقدی که از یک طرف لازم است و از طرف دیگر جایز مانند عقد رهن

۲- عقد به اعتبار اینکه معقود علیه مال بوده یا غیر مال به سه قسم تقسیم می شود:

عقدی که از دو طرف مالی باشد مانند عقد بیع و اجاره

عقدی که از دو طرف غیر مالی باشد مانند عقد قضاء

عقدی که از سوی یکی از دو طرف مالی باشد مانند نکاح و خلع

۳- عقد به اعتبار شرط قبض معقود علیه یا عدم اشتراط آن به چهار قسم تقسیم می شود

^۱ - شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (تعهدات)، ج ۳، مجمع علمی فرهنگی مجد، تهران، ۱۳۸۲، ص ۱۲

عقودی که قبض در آن شرط نیست نه شرط صحت و نه شرط لزوم و نه استقرار مانند نکاح

عقودی که در آن قبض شرط صحت است مانند بیع صرف

عقودی که قبض شرط لزوم می باشد مانند عقد رهن

عقودی که قبض شرط استقرار باشد مانند بیع

۴- عقد به اعتبار اشتراط صیغه یا عدم اشتراط آن به چهار قسم تقسیم می شود:

آنچه که بر ایجاب و قبول لفظی نیاز ندارد مانند هدیه

آنچه که به ایجاب و قبول لفظی نیاز دارد مانند عقد نکاح

آنچه که به ایجاب لفظی نیاز دارد اما به قبول لفظی نیاز ندارد و فعل کفایت می کند مانند

وکالت

عقودی که حتی با رد هم از بین نمی رود مانند ضمان، ابراء^۱

۱-۱-۲- نکاح

۱-۲-۱-۱- معنای لغوی نکاح

واژه نکاح از ماده نکح، بنکح از باب ضرب، یضرب و مصدر آن نکح و نکح است. نکاح در

معنای لغوی آن به معنای وطی است. برخی گفته اند نکاح دارای دو معنی است:

۱- وطی که معنای حقیقی آن است.

۲- دیگری معنای مجازی که عقد می باشد.

اما در شرع مقدس نکاح عبارتست از لفظی است که مملک وطی باشد یعنی عقد.^۲

راغب اصفهانی می گوید: نکاح در اصل برای عقد است سپس به طور استعاره به جماع گفته

شده است و محال است که اول برای جماع وضع شده باشد سپس در عقد استعاره باشد زیرا نام

^۱ - القره داغی، **مبدأ الرضا فی العقود**، ج ۱، ص ۱۴۸

^۲ - الطریحی، **مجمع البحرین**، ص ۳۶۹

های جماع همگی کنایه اند و عرب تصریح به آن را قبیح می داند و این غیر ممکن است که با لفظ قبیح از غیر قبیح تعبیر آورند.^۱

هم چنین در معنای نکاح آمده: نکاح در لغت حقیقت در عقد است و مجاز در وطی و گروهی قائل به عکس این مسأله هستند و یک گروه هم می گویند مشترک لفظی است بین این دو معنا.^۲

۱-۱-۲-۲- نکاح در اصطلاح

نکاح تعهد طرفینی از جانب مرد و زن بر مقرراتی که بین آن دو مقرر است خواه شرعی باشد یا عرفی، برای اینکه با هم از تمام جهات زندگی کنند.^۳

نکاح در اصطلاح شرع عبارتست از عقد وضع شده برای کامجویی و مراد از وضع، وضع شارع است نه وضع متعاقدين، و این معنا در عرف نیز هست.

و در اصطلاح حقوقی نکاح عبارتست از رابطه ای حقوقی و عاطفی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می گردد. و به آنها حق می دهد که بایکدیگر زندگی کنند. و مظهر بارز این رابطه حق تمتع جنسی است.^۴

نکاح عبارتست از رابطه حقوقی که به وسیله عقد بین زن و مرد حاصل می گردد و به آنها حق می دهد که تمتع جنسی از یکدیگر ببرند. همچنین نکاح دارای معنای دیگری است و آن عبارتست از عقدی که به وسیله آن وضعیت حقوقی مخصوصی بین زوجین به وجود می آید.^۵

^۱ - الراغب الاصفهانی، مفردات الفاظ القرآن، ص ۸۲۳

^۲ - التهانوی، محمد بن علی، موسوعه کشاف اصطلاحات الفنون و العلوم، تحقیق علی دحرج، ج ۱، مکتبه ناشرون، بیروت، ۱۹۹۶، ج ۲، ص ۱۷۲۷

^۳ - المصطفوی، تحقیق فی کلمات القرآن الکریم، ج ۱۲، ص ۲۳۴

^۴ - محقق داماد، بررسی فقهی و حقوقی خانواده، ص ۲۱

^۵ - امامی، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۳۲۶

نکاح عقدی است که به موجب آن زن و مرد به منظور تشکیل خانواده و شرکت در زندگی باهم متحد می شوند.^۱

۱-۱-۲-۳- انواع نکاح

نکاح مباح بر دو قسم است :

۱- نکاح دائم (غبطه): که معنا و حقیقت آن دوام است. پس معنای نکاح غبطه، دوام می باشد و مؤجل به روز یا ماه معین نمی باشد. پس در این نکاح نفقه همراه با تمکین از استمتاع واجب است. در این نکاح زن و شوهر از یکدیگر ارث می برند و این نوع نکاح جز با طلاق یا آنچه که از نوع طلاق می باشد زائل نمی شود.

۲- نکاح متعه (موقت): این نکاح مدت دار به سال و ماه و روز می باشد و تعیین مهر در آن واجب است. از شرایط صحت آن ذکر مدت و مهر معین، می باشد. و با این دو شرط بین این نکاح و نکاح غبطه تمییز داده می شود.^۲

۱-۱-۲-۴- نکاح در آیات قرآنی

در قرآن مجید در تمام موارد نکاح به معنی تزویج و ازدواج است مگر در آیه « الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً »^۳ که شاید به معنی جماع باشد.

اما آیات قرآنی « فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ . . . »^۴ اگر بار سوم زن را طلاق دهد دیگر به او حلال نمی شود تا زن با دیگری ازدواج کند. نکاح از باب افعال، تزویج کردن زنی است به مردی و بالعکس.

« وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ »^۱ زنانی را که پدرانتان تزویج کرده اند تزویج نکنید.

^۱ - کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۳۵

^۲ - الحلی، محمد بن احمد بن ادريس، السرائر الحاوی فتحریر الفتاوی، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ج ۲، ص ۵۴۹

^۳ - النور: ۳/۲۴

^۴ - البقره: ۲۳۰/۲

«وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ...»^۲ بی شوهران را شوهر دهید و بی همسران را همسر بگیرید و این را درباره غلامان شایسته و کنیزان نیز انجام دهید.

«وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ...»^۳ در عده وفات به عقد نکاح تصمیم نگیرید و اجراء نکنید تا عده وفات به سر آید. در آیه شریفه عقد به معنی گره است گویی به وسیله نکاح زن و شوهر به هم بسته و گره زده می شوند.^۴

۱-۱-۲-۵- نکاح در تفاسیر

«وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَنَّ...»^۵ نکاح به معنی عقد و عمل آمیزشی آمده ولی بعضی می گویند که اصل آن به معنای عمل آمیزشی است و چون در مورد عقد زیاد استعمال می شود لذا اکنون همان معنای عقد از آن فهمیده می شود.^۶ در تفسیر کاشف آمده: واژه نکاح به معنای عقد ازدواج و نیز به معنای آمیزش به کار می رود. چنان که می گویی «فلان نکح فلانة» فلانی، فلان زن را به عقد خود در آورد. و در صورتی که وی شوهر نداشته باشد می گویی «نکح زوجته» با زن آمیزش کرد.^۷

۱-۱-۳- ایجاب

ایجاب فرض کردن، لازم گردانیدن، حروف ایجاب، حروفی هستند که در جواب آیند. در علم حقوق، اعلام تعهد یا اعلام تملیک را ایجاب گویند و اعلام پذیرفتن را قبول، این تعریف فقط در

^۱ - النساء: ۲۲/۴

^۲ - النور: ۳۲/۲۴

^۳ - البقره: ۲۳۵/۲

^۴ - قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن، ج ۱۱، دار الکتب الاسلامیه، تهران، ۱۳۷۲، ص ۲۴

^۵ - البقره: ۲۲۱/۲

^۶ - الطبرسی، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، ج ۲، ص ۵۵۹

^۷ - مغنیه، محمد جواد، تفسیر کاشف، ترجمه موسی دانش، بوستان کتاب، قم، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۵۸۳

عقود معاملاتی است مثلاً در نکاح ایجاب نه صرفاً اعلام تعهد است نه صرفاً اعلام تملیک. اظهار تعهد را ایجاب و پذیرفتن آن را قبول نامند. مجموع دو رضای متوافق علت وجودی عقد است. جزء اخیر این علت را قبول و جزء دیگرش را ایجاب می گویند.^۱

ایجاب در لغت به معنای اثبات است. در اصطلاح حقوق مدنی رضای عاقد است که حالت فعلی و تأثیری دارد، در برابر رضای طرف که جنبه انفعالی دارد و آن را قبول گویند.^۲

هم چنین در معنای آن آمده: ایجاب لفظی است که ابتدا از سوی یکی از متعاقدين صادر می شود و قبول در مقابل آن است.^۳

ایجاب اعلام اراده کسی است که طرف قرار داد را بر مبنای معینی به انجام دادن معامله دعوت می کند به گونه ای که اگر پیشنهاد مورد قبول طرف قرار گیرد، به مفاد آن پای بند شود. خواه پیشنهاد ناظر به شخص معین، یا عموم مردم باشد برای مثال، تاجری که کالای خود را با ذکر بهای آن و شرایط فروش در معرض دید عموم می گذارد یا برای فروش آن در روزنامه ها و مجله ها اعلان می کند در واقع ایجاب قرارداد را به عموم کرده است.^۴

در بند ۱ کنوانسیون بیع بین المللی ایجاب چنین تعریف شده است: پیشنهادی که به منظور انعقاد قرارداد به یک یا چند شخص معین خطاب می شود مشروط به این که به اندازه کافی مشخص و روشن بوده و دلالت بر قصد موجب به الزام، در صورت قبول طرف دیگر دارد.^۵

^۱ - دهخدا، لغت نامه دهخدا، ج ۳، ص ۳۱۶۷

^۲ - جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، ص ۵۷۱

^۳ - التهانوی، موسوعه کشف الاصطلاحات و الفنون و العلوم، ج ۱، ص ۲۹۱

^۴ - کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ص ۶

^۵ - صفایی، سید حسن، حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۴، ص ۵۶

ایجاب را این چنین نیز تعریف کرده اند: ایجاب کلام اولی است که یکی از دو طرف عقد برای انشای عمل حقوقی صادر می کند و قبول، کلام دومی است که برای انشای عمل حقوقی ابراز می شود و عقد با آن تمام می شود.^۱

۱-۱-۳-۱- انواع ایجاب

ایجاب فعلی- ایجابی که با عمل ایجاب کننده صورت گیرد مانند دادن کالا و گرفتن پول و عمل دادن کالا از طرف صاحب دکان در اوضاع و احوالی است که بیان کننده رضای او است و همان اثر را دارد که الفاظ ایجاب دارد.

ایجاب قولی- ایجاب لفظی را گویند با هر لغت و هر زبان، عربی، فارسی، ترکی... هیچ فرقی بین ایجاب قولی و فعلی نیست.

۱-۱-۳-۲- خصوصیات ایجاب

ایجاب زمانی می تواند تأثیر حقوقی بگذارد که در بردارنده خصوصیتی باشد این خصوصیات که در لابه لای کتاب های فقهی مطرح کرده اند عبارتند از:

الف- ایجاب وسیله ابراز قصد درونی یا سبب ایجاد اثر حقوقی یا ابراز اعتبار نفسانی- براساس قانون مدنی عقد در واقع با همکاری دو اراده محقق می شود و فعالیت اراده یک فعالیت درونی و روانی است و تحقق آن اولاً بالذات نیازمند ظهور خارجی نیست. از این رو ابراز اراده انشائی در خارج شرط تأثیر اراده و خلاقیت آن است.

ب- ایجاب باید جدی باشد- در فقه اسلامی مفادروایات و قاعده مشهور «العقود تابعه للقصد» نیز بر لزوم جدی بودن قصد انشاء در عقود دلالت دارند. به طور کلی هر عبارت انشائی در صورتی که بدون داشتن قصد انشاء و بدون قصد جدی صادر شود اثر حقوقی نخواهد بخشید.^۲

^۱ - قنواتی، جلیل، **مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول**، بوستان کتاب، قم، ۱۳۸۳، ص ۱۸۰

^۲ - المکارم الشیرازی، ناصر، **انوار الفقاهه**، مدرسه امیر المؤمنین، قم، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۲۴۹

ج- ایجاب باید کامل باشد- کامل بودن ایجاب به این معناست که ایجاب حاوی تمام عناصر اصلی قرارداد باشد. مثلاً در حقوق اسلام و حقوق مدنی ایران (مثلاً در ماده ۳۲۹ ق.م.آمه: پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود.) از جمله ارکان اساسی عقد بیع، تعیین مبیع و ثمن و علم به موضوع قرارداد است و ایجاب باید حاوی این عناصر باشد، در غیر این صورت هیچ گونه التزامی ایجاد نمی کند.^۱

د- ایجاب باید مشخص باشد- مشخص بودن ایجاب به این معناست که نوع عقد و موضوع قرارداد مبهم یا مردد بین دو چیز نباشد. در تمام مکاتب حقوقی اسلام، یکی از شرایط ایجاب این است که موضوع آن، معین و مشخص باشد، به طوری که طرفین به آن آگاه بوده و نسبت به آن جهل و ابهامی نداشته باشند.^۲

ه- ایجاب باید قطعی و منجز باشد- قطعی بودن ایجاب به این معناست که قبول آن توسط طرف مقابل قرارداد بسته شده و اختیاری برای گوینده ایجاب باقی نمانده مشهور فقهاء امامیه تعلیق در ایجاب را منافی جازم بودن موجب برای انعقاد عقد می دانند.^۳

۱-۱-۴- قبول

قبول در نزد فقهاء در مقابل ایجاب است در کتاب نکاح ایجاب عبارتست از لفظی که ابتدا از سوی یکی از متعاقدين صادر می شود و طرف مقابل با بله یا نه جواب می دهد گویی به این دلیل گفته اند ایجاب چون هنگامی که به قبول متصل شود عقد به وجود می آید. و قبول عبارتست از لفظی که بعد از ایجاب و در واقع در جواب ایجاب می آید و کلام با آن تمام می شود.^۴

^۱ - القزوينی، ملا علی، صیغ العقود، انتشارات مصطفوی، قم، ۱۴۱۲، ص ۱۰

^۲ - قنوتی، مطالعه تطبیقی ایجاب و قبول، ص ۱۹۰

^۳ - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۶، انتشار، تهران، ۱۳۸۳، ج ۱، ص ۲۸۲

^۴ - التهانوی، موسوعه کشاف الاصطلاحات و الفنون و العلوم، ج ۲، ص ۱۳۰۱