



وزارت علوم، تحقیقات و فناوری



دانشکده اصول الدین
USUL AL DEEN COLLEGE
غیر دولتی - غیر انتفاعی

دانشکده اصول دین واحد قم

گروه فقه و حقوق

پایان نامه کارشناسی ارشد

معاطات در سایر عقود غیر از بیع با تاکید بر عقد نکاح

استاد راهنما:

حجت الاسلام و المسلمین دکتر محمود یوسف وند

نگارش:

ساناز سعادت

بهار ۹۴

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری



دانشکده اصول الدین
USUL AL DEEN COLLEGE
غیر دولتی - غیر انتفاعی

دانشکده اصول دین واحد قم

گروه فقه و حقوق

پایان نامه کارشناسی ارشد

معاطات در سایر عقود غیر از بیع با تاکید بر عقد نکاح

استاد راهنما:

حجه الاسلام و المسلمین دکتر محمود یوسف وند

نگارش:

ساناز سعادت

بهار ۹۴

تقدیم به

پدر و مادر عزیز و مهربانم

که در سختی‌ها و دشواری‌های زندگی همواره یآوری دلسوز و فداکار و پشتیبانی
محکم و مطمئن برایم بوده‌اند.

و به:

همسرم، اسطوره زندگی‌م، پناه خستگی‌ام و امید بودنم.

سپاسگذاری

با سپاس بیکران و شایسته از استاد فرهیخته و فرزانه جناب حجة الاسلام و المسلمین دکتر محمود یوسف وند که با نکته های دلویز و گفته های بلند ، صحیفه های سخن را علم پرور نمود و همواره راهنما و راه گشای نگارنده در اتمام واکمال پایان نامه بوده است.

معلمانا مقامت ز عرش برتر باد همیشه توسن اندیشه ات مظفر باد.

چکیده

معاملات و داد و ستد از زمانهای بسیار دور بلکه از خلقت انسان بین مردم انجام می گرفته و یک امر اجتناب ناپذیر میباشد و از طرفی معامله معاطات یکی از مسائل مهم فقهی و ضروری است که بین مردم متداول بوده و آشنایی با آن و رعایت احکام فقهی در آن گامی به سوی اقتصاد جامعه برداشته میشود. ایجاب و قبول از ارکان مهم عقود و معاملات اسلامی است، البته گاهی ایجاب و قبول لفظی است و گاهی فعلی، که از آن به معاطات نیز تعبیر می شود. در بسیاری از عقود و معاملات اسلامی، فقیهان عقیده دارند چنانکه آن معامله با عقد لفظی تحقق یابد، با معاطات نیز محقق می شود. در تقسیم بندی موضوعات فقهی، نکاح در بخش عقود جای گرفته که نیازمند ایجاب و قبول است. نکاح معاطاتی در فقه و حقوق به معانی مختلفی آمده است. یکی از معانی رایج آن عدم اجرای صیغه ایجاب و قبول است. مشهور فقها، لفظی بودن ایجاب و قبول را در عقد نکاح شرط میدانند و معتقدند نکاح معاطاتی باطل است، بلکه در این مورد 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 شده اند. این پایان نامه در ۳ فصل به بررسی معاطات در سایر عقود و همچنین نکاح معاطاتی پرداخته ایم.

کلید واژه :

معاطات، عقد، ایقاعات، نکاح معاطاتی، فقها، ایجاب و قبول

فهرست مطالب

فصل اول: کلیات ۱

- ۱-۱- معرفی مساله: ۲
- ۲-۱- بیان اهمیت مساله: ۳
- ۳-۱- پیشینه موضوع: ۳
- ۴-۱- سوال های اصلی و فرعی: ۶
- ۵-۱- فرضیه پژوهش: ۶
- ۶-۱- روش تحقیق: ۷
- ۷-۱- محدودیت های پژوهش: ۷
- ۸-۱- مفاهیم: ۷
- ۸-۱-۱- معنای لغوی معاطات: ۷
- ۸-۱-۲- معنای اصطلاحی معاطات: ۸
- ۸-۱-۳- معاطات از منظر حقوقدانان ۹

فصل دوم: آثار معاطات در عقود ۱۱

- ۱-۲- نظرات فقها پیرامون معاطات: ۱۲
- ۲-۲- نظرات فقها پیرامون معاطات: ۱۶
- ۲-۲-۱- نظر علمای شیعه: ۱۶
- ۲-۲-۲- نظر اهل سنت ۱۹
- ۲-۲-۳- نظریه حقوقدانان پیرامون معاطات: ۲۰
- ۲-۳- مشروعیت معاطات ۲۲

۲۳	۴-۲- لزوم یا عدم لزوم معاطات.....
۲۶	۴-۲- ۱ عوامل لزوم معاطات.....
۲۷	۵-۲- ادله صحت معاطات و ادله عدم صحت معاطات:.....
۲۷	۵-۲- ۱- ادله صحت معاطات:.....
۲۷	۵-۲- ۱- ۱- استدلال به سیره:.....
۲۹	۵-۲- ۱- ۲- استدلال به اجماع:.....
۲۹	۵-۲- ۱- ۳- استدلال بر نبودن دلیل بر شرطیت صیغه:.....
۲۹	۵-۲- ۱- ۴- استدلال بر عدم شبهه نسبت به صدق بیع بر معاطات:.....
۲۹	۵-۲- ۱- ۵- استدلال به آیه حل:.....
۳۰	۵-۲- ۱- ۶- استدلال به آیه تجارت:.....
۳۱	۵-۲- ۱- ۷- استدلال به آیه اوفوا بالعقود:.....
۳۲	۵-۲- ۱- ۸- استدلال به حدیث سلطنت:.....
۳۳	۵-۲- ۱- ۹- استدلال به حدیث شرط:.....
۳۳	۵-۲- ۱- ۱۰- استدلال به حدیث لایحل:.....
۳۴	۵-۲- ۲- ادله اهل سنت برای صحت معاطات:.....
۳۴	۵-۲- ۱- ۲- استدلال به آیه حل:.....
۳۴	۵-۲- ۲- ۲- استدلال به عرف مسلمین:.....
۳۴	۵-۲- ۲- ۳- استدلال به سیره پیامبر:.....
۳۴	۵-۲- ۲- ۴- استدلال بر عدم بیان از سوی شارع:.....
۳۴	۵-۲- ۲- ۵- استدلال بر اجماع:.....
۳۵	۵-۲- ۳- ادله عدم صحت معاطات.....
۳۵	۵-۲- ۱- ۳- استدلال به اصل:.....
۳۵	۵-۲- ۲- ۳- استدلال به اجماع:.....
۳۶	۵-۲- ۳- ۳- استدلال بر نهی پیامبر از بیع ملامسه و منابذه و حصاة.....
۳۷	۶-۲- ۶- قاعده و ضابطه کلی جریان معاطات در عقود و ایقاعات.....
۴۱	۶-۲- ۱- جریان معاطات در رهن:.....
۴۵	۶-۲- ۲- جریان معاطات در اجاره:.....

- ۲-۶-۳- جریان معاطات در هبه: ۵۰
- ۲-۶-۴- کافی بودن معاطات در عقود مجانی: ۵۳
- ۲-۶-۵- جریان معاطات در ایقاعات: ۵۳
- ۲-۶-۶- جریان معاطات در طلاق و عتق: ۵۴
- ۲-۷-۷- نظر اهل سنت پیرامون جریان معاطات در غیر بیع ۵۵
- ۲-۷-۱- جریان معاطات در هبه، هدیه، صدقه: ۵۶
- ۲-۷-۲- جریان معاطات در اقاله و اجاره: ۵۶
- ۲-۸-۸- اثر معاملات از حیث اباحه و ملکیت و لزوم و جواز ۵۶
- ۲-۸-۱- معنی اباحه در باب معاطات ۵۸
- ۲-۸-۲- قول به ملک در معاطات: ۶۰
- ۲-۸-۳- قول به لزوم در معاطات ۶۱
- ۲-۸-۴- قول به جواز در معاطات ۶۳

فصل سوم: نکاح معاطاتی ۶۵

- ۳-۱- مقدمه: ۶۶
- ۳-۱-۱- بررسی نظرات فقهای شیعه پیرامون نکاح معاطاتی: ۷۴
- ۳-۱-۲- نظرات فقهای اهل سنت پیرامون نکاح معاطات ۷۵
- ۳-۱-۲-۱- نظرات فقهای شافعی: ۷۸
- ۳-۱-۲-۲- نظرات فقهای حنبلی پیرامون نکاح معاطاتی ۸۱
- ۳-۱-۲-۳- نظرات فقهای مالکی پیرامون نکاح معاطاتی ۸۲
- ۳-۲- بررسی قانونی نکاح معاطاتی ۸۴
- ۳-۲-۱- معاطات در معاملات ۸۴
- ۳-۲-۲- معاطات در عقد نکاح ۸۵
- ۳-۳- نظر مشهور در مبرز اراده و اعتبار زوجیت ۸۶
- ۳-۳-۱- آراء مشهور در مبرز اعتبار زوجیت و مبانی آن ۸۸
- ۳-۴- نظریه بطلان نکاح معاطاتی و دلایل آن: ۹۶
- ۳-۴-۱- ادله بطلان نکاح معاطاتی: ۹۷

۱۰۸.....	۳-۵- نظریه صحت نکاح معاطاتی و دلیل آن:
۱۱۱.....	۳-۵-۱- ادله صحت نکاح معاطاتی.....
۱۱۶.....	نتیجه گیری.....
۱۱۹.....	منابع:.....

فصل اول:

کلیات

۱-۱- معرفی مساله:

معاطات با توجه قصد طرفین اقسامی دارد: ۱- طرفین از معاطات فقط قصد اباحه تصرف دارند و نه انتقال ملکیت ۲- طرفین از معاطات قصد تملیک یکدیگر دارند ۳- طرفین از معاطات فقط نقل و انتقال مال را به یکدیگر قصد کرده اند نه قصد بیع و نه اباحه ۴- طرفین از معاطات ملکیت مطلق را قصد نموده اند اعم از بیع، هبه، معاوضه و صلح و غیره به لحاظ فقهی برای شکل گرفتن معامله طرفین باید با گرفتن الفاضی که صراحتاً نشان دهنده مقصود آنهاست پابندی خود را نسبت به آثار مرتبت بر معامله اعلام کنند به این الفاظ (صیغ عقود یا معاطات) گفته می شود اگر طرفین این الفاظ به کار نبرند نوع دیگری از خرید و فروش شکل می گیرد که به آن (بیع معاطاتی) می گویند معاطات به معنای اعطای طرفین نیست این عمل جایگزین لفظ می شود و معامله محقق می شود معاطات در معاملات غیر از بیع هم قابل تصور است: اجاره معاطاتی، مضاربه معاطاتی، ودیعه معاطاتی و غیره

نظریه صحت نکاح معاطاتی در فقه جایگاهی ندارد و تقریباً از هیچ فقیه صاحب نامی دیده نشده است که قائل به صحت نکاح معاطاتی باشد. نکاح معاطات به معنی نکاح بدون ایجاب و قبول لفظی است در حالی است عبارت فوق مربوط احتمال صحت نکاح و الفاظ غیر مخصوص یعنی از رابطه ی خاص که ناشی از رضایت باطنی طرفین بوده و این تراضی به الفاضی اعلام شده که مورد تایید شرع مقدس نیست با توجه به این که صحت معاطاتی مطرح کرده اند از جمله این که عقد یا قرارداد ازدواج به هر زبانی که باشد درست است و اگر بدون لفظ ویژه اش که انکحت یا نکاح کردن باشد در صورتی که جریان میان زن و مرد انجام گردد که با نوشتن یا گفتن با اشاره یا هر طوری که به روشنی دلالت به انجام ازدواج کند کافی است این نظریه به اثبات مدعای خود از آیات قرآن از آیات ۱ سوره مائده ۳۴ سوره اسراء استناد شده است همچنین به بعضی از روایات استناد شده است که عبارت از روایات نوح بن شعیب که میان زن و مرد بیابانی توافقی صورت و الفاظی که دال بر نکاح باشد رد و بدل شده یکبار و طی صورت گرفته باشد در نتیجه رابطه موردنظر یک نکاح موقت است امام علی (ع) فرمود: این نکاح

است روایت دیگر عبارت است از روایت محمد بن اسماعیل بذبیع که از امام رضا(ع) راجع به زنی پرسید که در حال مستی خود را به عقد مرد درآورد و پس افاقه کارش را زشت می شمرد ولی به گمان این که عقدی در حال مستی خوانده شد الزام آور است نزد مرد باقی ماند آیا آن مرد بر زن حلال است امام پاسخ فرمود اگر بعد از افاقه زن در نزد مرد ماند همین ماندن در نزد وی پس از افاقه رضایت نکاح است و ازدواج صورت گرفته است.

مقصود از نکاح معاطاتی یعنی زن و مرد مقصود نفسانی خود یعنی علقه زوجیت را با فعل ابراز کنند، زیرا اراده و رضایت باطنی به علقه ی زوجیت، زوجیت نمی آورد، بلکه باید این اراده به وسیله مبرزی ابراز شود و مبرز اراده یا لفظ است یا فعل.

از بررسی اندیشه‌های فقیهان شیعه در طول تاریخ، چنین استفاده می شود که نظرشان بر عدم جریان معاطات در نکاح بوده است و هیچ یک از فقیهان نامدار شیعه، به جریان یافتن آن در ازدواج باور ندارند. البته صاحب جواهر بسنده کردن به رضایتمندی دو طرف در نکاح را به فیض کاشانی و بعضی از ظاهریه نسبت می دهد.^۱

همچنین به تازگی برخی از نواندیشان در مسائل فقهی جریان معاطات در نکاح را تأیید می کنند.

۱-۲- بیان اهمیت مساله:

با توجه به اینکه کتب فقهی، قریب به اتفاق به زبان عربی نگارش یافته و این موضوع در کتب فارسی کمتر یافت می شود در خلال ترجمه کتب فقهی عربی، مطرح می شود. لذا بررسی این موضوع و جمع آوری آراء فقهای قدیم و جدید و همچنین بررسی مبانی استدلالی ایشان امری ضروری به نظر می رسد، لذا اقدام به نگارش این پایان نامه کردم.

یکی از نظریه‌هایی که به تازگی در نوشتار و گفتار پاره ای از نواندیشان در مسائل فقهی آمده است، صحت و جواز نکاح معاطاتی است. پایان نامه حاضر، پژوهشی در این مسأله و بررسی دلیل‌های مخالفان و موافقان آن است. چیزی که نقد و بررسی مسأله را ضرورت می بخشد، سوءاستفاده‌هایی است که ممکن است توسط عده ای از طرفداران مفاسد اخلاقی، از نظریه ازدواج معاطاتی صورت گیرد.

۱-۳- پیشینه موضوع:

باید دانست که مسئله معاطات از زمان صدر اسلام و حتی در کتاب خدا مطرح بوده است ولی نه با

۱. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ص ۱۵۳.

عنوان معاطات، بلکه با عناوینی نظیر تجارة عن تراض.

خداوند متعال می‌فرماید:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»^۱.

ای اهل ایمان، مال یکدیگر را به ناحق مخورید، مگر آنکه تجارتی از روی رضا و رغبت کرده و... .

چون خوردن مال از قبل تجارت با تراضی جایز است و لازمه جواز اکل مال، صحت آن در نزد شارع است و یکی از این گونه تجارت‌ها هم تجارت معاطاتی است.

در روایت فضیل از ابی عبدالله (ع) آمده: قال: قالت له: ما الشرط فی غیر الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما.^۲

چون مقتضی حصر این است که سبب حلّیت مال همان رضا و اذنی است که از رضایت شخص کشف می‌کند و هنگامی که معاطات محقق شود، رضایت حاصل می‌شود پس می‌توان احادیث این چنینی را به معاطات مربوط دانست.

باید توجه داشت که چون شیخ مفید (ره) در آغاز دوره اجتهاد می‌زیسته، مسأله معاطات در کتاب ایشان استدلالی بیان نگردیده است.

در ادوار بعد فقهی به تدریج و به مرور به صورت استدلالی بر روی معاطات بحث شده خصوصاً علمای متأخر مسأله را کاملاً شرح و بسط داده اند و مرحوم شیخ انصاری در کتاب مکاسب خود در این باب بحث بسیار گسترده و استدلالی دارد و نظرات فقهای قبلی را نقد و بررسی نموده است و فقهای امروز مثل حضرت امام خمینی و آیت الله اراکی و آیت الله خویی و علمای دیگر هم مباحث استدلالی در باب معاطات دارند. فقهای اهل سنت هم مسئله معاطات را بررسی نموده اند. در کتب حقوقی هم مسأله معاطات مطرح است و بعضی معاطات را به داد و ستد تعبیر نموده اند. در بلغة الفقیه آمده:

سیره بین مردم اعم از عوام و خواص (پشت در پشت) در پیروی از گذشتگان، براین جاری است که در معاملاتشان قصد تملیک نموده و آن را به صورت معاطات انجام می‌دهند، ضمن اینکه بنای ایشان بر حلال بودن و جواز معاطات است نه اینکه انجام معامله به صورت معاطات ناشی از بی‌مبالاتی ایشان

۱. نساء / ۲۹.

۲. الحر العاملی، محمد بن الحسن، تفصیل رسائل الشیعه، ج ۱۸، ج ۱، ص ۶. (باب از ابواب خیار، حدیث ۳).

باشد و از این روشن می‌شود که سیره محقق است و حجت است برای کشف از امضا و تقریر معصوم.^۱

از این بیان معلوم می‌شود که مرحوم بحرالعلوم تاریخچه معاطات را به زمان معصوم متصل می‌داند.

مرحوم غروی نائینی می‌گوید:

«ملاک حجت بودن این سیره، اتصال آن به زمان معصوم (ع) است و اطلاع معصومین بر آن، به وسیله علم عادی و منع نکردن از آن، در صورتی که این امکان وجود داشت که از آن منع کنند.»

اما اتصال این سیره به زمان معصوم (ع)، به خاطر این است که ما قطع داریم که اینگونه معاملات در زمان معصوم (ع) بلکه در اعصار قبل از آن، جریان داشته، به گونه ای که قطع پیدا می‌شود که بنای ایشان در معاملات در بازارهایشان این نبوده که صیغه اجرا نمایند و یا ایجاب و قبول لفظی واقع سازند.^۲

حضرت امام خمینی سیره مستمره عقلایی را از زمان تحقق تمدن و احتیاج به مبادلات، تا زمان حاضر بر معامله به صورت معاطات می‌داند و می‌فرماید: بلکه ظاهراً بیع معاطاتی از لحاظ زمانی مقدم بر بیع عقدی و از جهت قلمرو وسیعتر از آن بوده است.

پس سزاوار نیست که شک داشته باشیم در اینکه بشر از اول تمدن و احتیاجش به مبادله، اجناس را با اجناس عوض می‌کرد، بدون انشای معامله به صورت لفظی، و در همه اعصار مسئله همین طور است، چه معامله بین اجناس باشد و چه معامله بین اجناس و اثمان باشد و بازارهای همه ملل بر معاطات جاری است و بدون شک این وضعیت در زمان پیامبر (ص) هم متعارف بوده و اگر شارع آن را قبول نداشت، وظیفه شارع بود که منع از آن را بیان کند و بیانی از شارع در زمینه نهی از چنین معاملات، وجود ندارد.^۳

مرحوم آیت الله اراکی در این زمینه اظهار می‌دارند:

ما قطع داریم به جاری بودن سیره متشرعه و متدینین به اسلام، در همه اعصار و امصار، بر اینکه در معاملات روزمره صیغه جاری نمی‌کردند و با مأخوذ به معاطات معامله ملکیت می‌کردند و این به طور قطع کاشف از این است که ایشان از رضایت شارع به این عمل، مطلع بودند.^۴

۱. آل بحرالعلوم، سید محمد، بلغة الفقیه، ج ۲، چاپ ۴، ص ۱۱۲.

۲. آملی، شیخ محمدتقی، تقریر بحث میرزا محمد حسین غروی نائینی، تعلیقه علی المکاسب، ج ۱، ص ۱۳۰.

۳. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، چاپ ۳، ص ۵۵.

۴. آیت الله اراکی، کتاب البیع، ج ۱، چاپ اول، ص ۴۱.

امام خمینی (ره) می‌فرماید:

سیره قطعی بین عقلا از زمانی که اجتماع را تشکیل دادند تا زمان ما براینگونه معامله است و شارع از این سیره منع نکرده و اگر از آن نهی کرده بود کاملاً معلوم و روشن می‌گردید.^۱

مرحوم حاج آقا مصطفی خمینی معتقد است که:

اصل در عقود و ایقاعات معاطات است، چون معاطات معامله ای است که از زمانی که انسان زندگی اجتماعی را آغاز نمود در بین مردم رایج شد.^۲

۱-۴- سوال های اصلی و فرعی :

۱- معاطات غیر از عقد بیع در کدام عقد جاری می‌شود؟

۲- چه قاعده ای برای جریان معاطات در عقود و ایقاعات وجود دارد؟

۳- معاطات اباحه محض است یا عقد متزلزل است؟

۴- عقد نکاح به صورت معاطات صحیح است یا باطل؟

۱-۵- فرضیه پژوهش :

۱- بعضی از فقها یک ضابطه کلی برای جریان معاطات ارائه داده اند و علاوه بر آن بعضی معاطات را هم به صورت مستقل بررسی نموده اند و اغلب کسانی که معاطات را در همه عقود و ایقاعات جاری می‌دانند به جز مواردی که به دلیل خاصی از این قاعده کلی خارج می‌شود برای جریان معاطات یک قاعده کلی ارائه داده اند و اما برخی دیگر از علما قاعده کلی ارائه ننموده اند و هر معامله ای را جداگانه بررسی کرده اند.

۲- به نظر برخی از فقها اباحه محض است زیرا تعبیر به اباحه در جمله (نعم یباح التصرف) ظهور دارد. «و یجوز الرجوع» یعنی جایز است رجوع کردن در معاطات در صورتی که عین مال باقی است و هر یک از آنها حق دارند مال خود را پس بگیرند. از عبارت (و یجوز الرجوع) استفاده می‌شود که معامله معاطات در صورتی که عین مال (مبیع و ثمن) باقی باشد، رجوع کردن به یکدیگر اشکالی ندارد. اما اگر عین مال (مبیع و یا ثمن) یا یکی از آنها تلف شده و از بین رفته باشد، هیچکدام از دو طرف معامله حق رجوع به یکدیگر را ندارند.

۱. خمینی، سید روح اله، کتاب البیع (تقریر درس امام خمینی) چاپ اول، ص ۲۷.

۲. خمینی، سید مصطفی، کتاب البیع، ج ۱، چاپ اول، ص ۱۶.

۳- نکاح معاطاتی به هر صورت و در تمام مصادیق آن صحیح نمی باشد، زیرا بعضی روشهای غیر لفظی اعلام اراده صریح نیستند. اما، دلیلی بر بی اعتباری تمام مصادیق نکاح معاطاتی در دست نیست. به طور مثال، هر گاه زن و مردی قصد انشای زوجیت نموده و آن را از طریق نوشتار صریح اعلام نمایند، رابطه زوجیت ایجاد گردیده و زن نمیتواند بدون طلاق با دیگری شوهر نماید. نکاح معاطاتی در بعضی مصادیق، اگر روی ملاحظاتی قابل توصیه نباشد، دلیلی بر باطل بودن آن و نامشروع بودن رابطه زن و مردی که با معاطات زندگی مشترک خود را آغاز نموده اند وجود ندارد.

۱-۶- روش تحقیق:

روش تحقیق نگارنده، همچون اکثر تحقیقات رشته علوم انسانی، کتابخانه ای و به صورت فیش برداری بوده و سعی شده از کتب اصیل و معتبر استفاده شود.

۱-۷- محدودیت‌های پژوهش:

با توجه به اینکه این موضوع فقهی و کاملاً تخصصی است لذا اقتضای چنین موضوعی این است که به کتابخانه‌های تخصصی مراجعه شود و در این راستا، برای استفاده از کتابخانه‌ها، مضیق‌هایی در سر راه تحقیق وجود دارد، از جمله این تنگناها این است که کتابخانه‌های تخصصی رشته فقه عموماً به آقایان اختصاص دارد و استفاده از کتب این کتابخانه‌ها برای خانم‌ها میسر نیست و از طرفی بعضی کتب فقهی هم در حد همان چاپ‌های قدیمی و با رموز خاص آن زمان، وجود دارد که استفاده از این کتب بسیار مشکل است. لذا برای به دست آوردن کتب مورد نیاز مشکلات زیادی را متحمل گردیدم.

۱-۸- مفاهیم:

به منظور بیان روشن موضوع، توضیح شماری از مفاهیم مهم و اساسی که در استفاده بهتر از این پایان نامه، نقش موثری دارند، لازم می‌نماید.

معاطات:

۱-۸-۱- معنای لغوی معاطات:

در کتاب ناظم الاطباء به معنی از هم دیگر گرفتن آمده است.^۱

الازهری می‌گوید: اعطا یعنی مناوله و معاطات این است که شخصی از شخص دیگر استقبال می‌کند در حالی که شمشیری به همراه دارد و می‌گوید: شمشیرت را به من نشان بده، پس او شمشیرش را به او

۱. دهخدا، علی اکبر دهخدا، لغت نامه، ج ۲۵، ص ۶۶۶.

می‌دهد و او تجهیز می‌شود، در حالیکه این دو در بازار و مسجد هستند و از این کار نهي شده است و هنگامی که از زید می‌خواهی چیزی را به تو بدهد می‌گویی: آیا تو معطی آن هستی؟ و تعاطی به معنی گرفتن آنچه حق گرفتن آن را نداریم می‌باشد و گفته می‌شود: فلان کس از روی ظلم تعاطی نمود و تعاطی امر قبیحی است.

در فرهنگ ابجدی آمده: عطا عطاءً (عطو) الشيء و الیه: آن چیز را گرفت (تناوله) و عاطی، عطاءً معاطاةً: عادلانه به او خدمت کرد. يعطياً: او را شتاباند.^۱

۱-۸-۲- معنای اصطلاحی معاطات:

فقها معمولاً معاطات را در باب بیع تعریف نموده اند، ولی تفاوتی میان معاطات در بیع و سایر عقود وجود ندارد. نخست چند تعریف متفاوت بیان و سپس تعریف‌های ذکر شده مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

بیع معاطات یعنی هر یک از متبایعین، مالی که اراده کرده است را عوض آنچه از طرف دیگر دریافت می‌نماید به وی اعطا نماید، بدون اینکه عقدی باشد. این تعریف عیناً از لغت نامه‌ها اخذ شده است.^۲ در این حال بیع معاطات عقد نیست در نتیجه آثار عقد نیز بر آن مترتب نخواهد شد.

- معامله بدون عقد مخصوص؛ بعضی از فقهاء در تعریف بیع معاطاتی، اظهار داشته اند:

«و هی إعطاء کل واحد من المتبایعین ما یریده من المال، عوضاً عما يأخذ من الآخر باتفاقهما علی ذلک بغیر العقد المخصوص».^۳ (معاطات یعنی هر یک از متبایعین، با توافق بر معامله، مالی که اراده کرده است را عوض آنچه قبض کرده به طرف مقابل اعطا نماید، بدون این که عقد مخصوصی جاری شده باشد). بعید نیست که مقصود آنان از «عقد مخصوص»، 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.

- معامله بدون ایجاب و قبول لفظی؛ در بعضی از منابع دیگر فقهی، آمده است: «البيع بالمعاطاة و هو

۱. مترجم: رضا مهیار، فرهنگ ابجدی عربی - فارسی، چاپ اول، ص ۶۱۴.

۲. طریحی، فخر الدین، همان، ج ۳، ص ۲۰۴ ابن منظور، ابی الفضل جمال الدین محمد بن مکرّم، همان، ج ۳، ص ۵۱۲ و زبیدی، محمد مرتضی، ج ۲، ص ۵۸۱.

۳. جبلی عاملی، زین الدین بن علی، (شهید ثانی)، شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح اللعنة الدمشقیة، ج ۳، ص ۲۲۲ و طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۸، ص ۱۱۱.

ما كان بتسليم المبيع و قبض العوض بدون صيغة البيع من ايجاب و قبول»^۱ از این عبارت چنین بر می آید که معاطات همان بیع بدون صیغه است. بعضی با تصریح بر همین معنا بیان می‌دارند: «هرگاه صیغه نگویند، معاطاة است.»^۲ بعضی دیگر، نخست عقد را به «لفظ دال بر نقل عین» معنی کرده و سپس می‌گویند: تقابض بدون لفظ کفایت نمی‌کند. منظور ایشان از تقابض بدون لفظ همان معاطات است.^۳ اگر این تعریف را بپذیریم، ايجاب و قبول به هر لفظی که صریح در مقصود باشد، عقد خواهد بود؛ اعم از این که الفاظ به کار گرفته شده، الفاظ مخصوص باشد یا نباشد، عربی باشد یا نباشد.

- معامله بدون ايجاب و قبول؛ از بعضی عبارات فقهی چنین بر می‌آید: «لا بد فی عقد البيع من الايجاب و القبول، ولا تكفي المعاطاة فی العقد»^۴ از ظاهر این عبارت معلوم می‌شود که عقد بیعی که در آن ايجاب و قبول نباشد، معاطات است. همین تعبیر در بعضی منابع فقه عامه نیز می‌باشد.^۵ این تعریف با تعریف سوم متفاوت است؛ زیرا ايجاب و قبول ممکن است لفظی یا غیرلفظی باشد، از این رو تعریف سوم اخص از تعریف چهارم است.

- معامله بدون لفظ و اشاره؛ در برخی منابع فقه عامه، آمده: «التعاطی فی البیع و یقال فیہ ایضاً المعاطات، ان یأخذ المشتري المبیع و یدفع للبائع الثمن،... من غیر تکلم و لا الاشارة»^۶؛ تعاطی در بیع یعنی مشتری بدون تکلم و اشاره مبیع را بگیرد و ثمن را به بایع بدهد.

۱-۸-۳- معاطات از منظر حقوقدانان

بیشتر حقوق دانان داد و ستد را به بیع بدون ايجاب و قبول لفظی معنی کرده اند، چند تعریف ذیلاً بیان می‌شود:

- «بیع ممکن است به داد و ستد یعنی معاطات انجام شود، بدون اینکه نیازی به قول و گفتار باشد.»^۷

۱. فتح الله، احمد، معجم الفاظ الفقه الجعفری، چاپ اول، ص ۹۲ و علامه حلی، ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر، تذکره الفقهاء، ج ۱۰، ص ۷.
۲. میرزای قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، ج ۲، ص ۳۷۵.
۳. محقق حلی، ابوجعفر نجم الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۲۶۷.
۴. علامه حلی، ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر، مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۵۱.
۵. زهیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، ج ۵، ص ۳۳۱۳.
۶. وزارة الاوقاف و الشئون الاسلامیه، الموسوعه الفقهیه، ج ۱۳، ص ۱۹۸.
۷. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی ۶، ج ۱۷ و کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی دوره عقود معین ۱، ص ۹۱ و قاسم زاده، سید مرتضی و همکاران، تفسیر قانون مدنی، ص ۱۳۴.

- «بیع به دو طریق ممکن است واقع شود: الف) بیع به صیغه که طرفین مقصود خود را به ایجاب و قبول انشاء می‌کنند؛ مانند اینکه فروشنده به هر زبانی باشد بگوید فروختم و مشتری جواب گوید: خریدم یا قبول کردم؛ ب) بیع معاطات.»^۱

- «فعلی را که دلالت صریح بر معامله داشته باشد معاطات اطلاق می‌شود.»^۲

- برخی در مقام ارائه تعریفی برای معاطات، در نظری متفاوت با نظریات سابق اظهار داشته‌اند: «معاطات صفت عقد معوضی است که ایجاب و قبول آن لفظی یا کتبی یا اشاره نبوده بلکه به دادن و ستدن صورت گیرد.»^۳ اگر این تعریف صحیح باشد، معامله در صورتی معاطاتی است که طرفین بدون هیچ عملی که مبین قصد و رضای باطنی باشد، تنها به مبادله مبیع و ثمن اقدام نمایند.

مطابق تعریف‌های فوق، ایجاب و قبول در معاملات از یک نظر بر دو قسم است: ایجاب و قبول لفظی و فعلی، معامله در فرض دوم معاطات می‌باشد که منظور قانون مدنی از داد و ستد، لفظی نبودن ایجاب و قبول است. لذا مطابق این نظریه، ایجاب و قبول با اشاره و کتابت نیز از مصادیق معاطات است. حقوق دانان نیز مانند فقها از معاطات تلقی یکسانی ندارند. برخی آن را معامله بدون ایجاب و قبول لفظی دانسته و بعضی دیگر اشاره و کتابت را نیز جانشین لفظ دانسته و معاطات را معامله ای می‌دانند که این سه مورد نباشد.

در ترمینولوژی حقوق آمده:

معاطات، صفت عقد معوضی است که ایجاب و قبول آن لفظی یا کتبی یا به اشاره نبوده بلکه به دادن و ستون صورت گیرد مانند بیع معاطات. غالب فقها عقود معاطاتی را عقد نمی‌دانند. مثلاً بیع معاطاتی را عقد نمی‌دانند ولی بیع می‌دانند و بیع از نظر آنان دو قسم است:

بیع عقدی (که ایجاب و قبول آن لفظی است) و بیع غیرعقدی (یا معاطاتی) که به دادن و ستدن صورت می‌گیرد. برای این نظر، دلیلی از نصوص شریعت که قانع کننده باشد به دست نیامد.^۴

۱. حایری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی، ج ۱، ص ۳۲۸.

۲. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، ص ۱۵۶.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۶۶۰.

۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تک جلدی، ص ۶۶۰.