



دانشگاه پیام نور
مرکز خرم آباد

پایان نامه کارشناسی ارشد رشته الهیات و معارف اسلامی (M.A)
گرایش: فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان:
معاطات در غیر بیع

استاد راهنما:
دکتر حسین اسماعیلی

استاد مشاور:
دکتر محمد ابراهیم نتاج

نگارنده:
شیوا دیناروند

تابستان ۱۳۹۶

چکیده:

تقریباً تمام داد و ستدها از راه معاطات صورت می گیرد. لذا این پژوهش بر آن است تا مساله معاطات و آثار آنرا در غیربیع با تاکید بر دیدگاه های فقهی و حقوقدانان بررسی نماید. بنابراین، ابتدا مفاهیم معاطات، بیع و عقد تعریف شده، سپس به بررسی معاطات پرداخته و بیان نموده ایم که معاطات در لغت به معنی داد و ستد و در اصطلاح فقهی به معنی معامله ای است که تشریفات خاص معامله در آن نباشد. پس از بیان اینکه معاطات عقدی عقلایی است که اصل برجسته آن فعل است، آنگاه در مورد ادله صحت و عدم صحت معاطات در غیر بیع و هم چنین مبانی نظری آن و احکام آن در میان فقه های امامیه، اهل سنت و قانون مدنی ایران بحث شده است و در پایان نیز به بررسی معاطات در نکاح پرداخته شده است. این پژوهش بر اساس روش تحقیق کتابخانه ای می باشد و تجزیه و تحلیل اطلاعات بصورت توصیفی _ تحلیلی انجام گرفته است. در نهایت به این نتیجه رسیدیم که حکم معاطات به نظر اکثر قریب به اتفاق فقه های متأخر و بعضی از فقه های قدیم با حکم معاطات دارای صیغه هیچ فرقی ندارد و تنها فرق آن نداشتن صیغه است و همه احکام معاملات دارای صیغه بر معاملات هم جاری می شود. در باب نکاح و طلاق اجماع داریم بر اینکه باید با لفظ باشد، آنجا دیگر باید بر طبق آن عمل کرد. اما قاعده اقتضا می کند که معاطات در همه ی عقود و ایقاعات، جریان پیدا کند.

کلید واژه ها: عقد، بیع، معاطات، نکاح

فهرست

- ۱-مقدمه ۱
- ۲-بیان مساله ۱

- ۳-اهداف پژوهش ۳
- ۴-سوالات ۳
- ۵-روش پژوهش ۳
- ۶-پیشینه پژوهش: ۴
- ۷-اهمیت موضوع: ۶
- ۸-محدودیت‌های پژوهش: ۶
- ۹- ساماندهی پژوهش: ۷
- فصل اول: مفهوم شناسی ۸
- _ مفهوم شناسی ۹
- گفتار اول: مفهوم عقد ۹
- بند اول: معنای واژه عقد ۹
- بند دوم: معنای اصطلاحی عقد ۱۰
- بند سوم : مفهوم عقد در قانون مدنی ۱۱
- گفتار دوم: مفهوم بیع ۱۳
- بند اول : معنای واژه بیع ۱۳
- بند دوم: معنای اصطلاحی بیع ۱۴
- بند سوم: تعریف بیع در فقه اسلامی ۱۵
- بند چهارم: تعریف بیع در قانون مدنی ۱۵
- بند پنجم : ارکان عقد بیع ۱۷
- بند ششم: بیع معاطاتی ۱۹
- گفتار سوم: معاطات ۲۰
- بند اول: معنای واژه معاطات ۲۰

بند دوم: تعریف معاطات	۲۰
گفتار چهارم : مفهوم نکاح و عقد نکاح.....	۲۲
بند اول : معنای لغوی نکاح	۲۲
بند دوم :تعریف نکاح.....	۲۲
بند سوم : شرایط اساسی نکاح در قانون مدنی	۲۳
فصل دوم: معاطات.....	۲۵
از دیدگاه فقها و حقوقدانان.....	۲۵
گفتار اول : نظرات فقها پیرامون معاطات.....	۲۶
بند اول: نظر علمای شیعه پیرامون معاطات.....	۲۶
بند دوم : نظر فقهای شیعه عصر حاضر	۲۶
بند سوم : نظر اهل سنت پیرامون معاطات	۲۸
الف _ نظر شافعیه.....	۲۸
ب _ نظر مالکیه	۲۹
ج _ نظر حنابله	۳۰
د _ نظر حنیفه	۳۰
بند چهارم : نتیجه گیری از نظر فقها.....	۳۱
گفتار دوم : اقسام معاطات به اعتبار قصد دو طرف معاطات از نظر فقها.....	۳۴
گفتار سوم : نظریه حقوقدانان پیرامون معاطات	۳۶
گفتار چهارم : معاطات در قانون مدنی ایران.....	۳۹
گفتار پنجم :اصل رضایت در عقود و ارتباط آن با معاطات	۴۰
بند اول: اصل رضایت در عقود از دیدگاه قرآن	۴۰
بند دوم: اصل رضایت در عقود در حقوق	۴۱

بند سوم : تقسیم عقد به عقد قولی و عقد فعلی	۴۲
گفتار ششم : ادله صحت و عدم صحت معاطات	۴۳
بند اول : قرآن	۴۳
بند دوم : استدلال به سیره	۴۵
بند سوم : ادله اهل سنت برای صحت معاطات	۴۵
گفتار هفتم : معاطات در معاملات	۴۶
فصل سوم : معاطات در غیر بیع	۴۸
گفتار اول : معاطات در عقود و ایقاعات	۴۹
گفتار دوم : نظر اهل سنت پیرامون جریان معاطات در غیر بیع	۵۵
گفتار سوم : معاطات در عقد هبه	۵۶
گفتار چهارم : جریان معاطات در مضاربه	۵۹
بند اول : نظر فقها درباره معاطات در مضاربه	۶۰
بند دوم : نظر حقوقدانان درباره معاطات در مضاربه	۶۱
گفتار پنجم : معاطات در عقد اجاره	۶۲
بند اول : تعریف حقوقی اجاره	۶۲
بند دوم : تعریف اجاره در فقه امامیه	۶۴
بند سوم : اوصاف عقد اجاره	۶۵
بند چهارم : جریان معاطات در اجاره	۶۹
بند پنجم : جریان معاطات در اجاره از نظر اهل سنت	۷۲
گفتار ششم : معاطات در قرض	۷۳
گفتار هفتم : معاطات در وقف	۷۷
بند اول : انواع وقف	۷۸

بند سوم : جریان معاطات در وقف.....	۸۰
گفتار هشتم : معاطات در رهن.....	۸۱
بند الف: شرایط تحقق رهن.....	۸۱
بند دوم: شرایط مرهون (گرویی).....	۸۱
بند سوم : جریان معاطات در رهن.....	۸۲
فصل چهارم: معاطات در نکاح.....	۸۴
گفتار اول : نظریه معاطات در نکاح.....	۸۵
گفتار دوم :دیدگاه میرزای نائینی و امام خمینی در باره نکاح معاطاتی.....	۸۹
گفتار سوم : جریان معاطات در نکاح در قانون مدنی.....	۹۳
گفتار چهارم : نظریه بطلان نکاح معاطاتی.....	۹۳
گفتار پنجم : ادله نظریه بطلان نکاح معاطاتی.....	۹۶
بند اول : آیات.....	۹۶
بند دوم : اصول عملیه.....	۹۷
بند سوم : اجماع و سیره مسلمین.....	۹۸
نتیجه گیری.....	۱۰۰
منابع:.....	۱۰۱

۱- مقدمه

بحث از معاطات و جریان آن در عقود و ایقاعات، از مسائل بسیار مهم است که فقهای قدیم و جدید، به آن پرداخته‌اند. امروزه نمی‌توان فقیه‌ی را یافت که چنین بحثی را در فقه، مورد تأمل و دقت قرار نداده باشد، در بسیاری از ابواب معاملات بالمعنی الاعمّ، این فرع مطرح می‌شود که آیا معاطات در آن جریان دارد یا خیر؟ می‌توان گفت کسانی که اصل صحت و بلکه لزوم معاطات را در بیع پذیرفته‌اند، آن را در همه ابواب ساری و جاری می‌دانند به این معنا که هر عقدی که به صورت لفظ منعقد شود، چنانچه صحیح و لازم باشد، اگر به صورت معاطاتی واقع شد همین احکام بر آن مترتب می‌شود و چنانچه صحیح و جائز باشد مانند هبه، معاطات آن هم چنین نتیجه‌ای را در بردارد. لکن در عین حال در جریان معاطات در برخی از عقود و ایقاعات اختلاف است که از جمله، باب نکاح است.

۲- بیان مساله

معاطات در عقود، از گذشته مورد توجه فقها بوده و در مورد آن آرای متنوعی صادر شده است؛ و تقریباً تمام داد و ستدها از همین راه صورت می‌گیرد. جمعی از فقها برای معاطات اثری قایل نشده و بعضی نیز نظرات دیگری را مطرح کرده‌اند. 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 تعبیر می‌شود. معاطات از بحث‌های مبتلا به میان جامعه انسانی است و فقه پویای شیعه که داعیه‌دار اداره تمام امور جامعه بشری است به‌طور مفصل به این مبحث پرداخته است. تفاوتی میان معاطات در بیع و سایر عقود وجود ندارد. قاعده اقتضاء می‌کند که معاطات اختصاصی به بیع نداشته باشد و در همه جا جاری باشد. از نظر حقوقی نیز بر اساس ماده ۳۳۹ قانون مدنی پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می‌شود و ممکن است بیع به داد و ستد (معاطات) نیز واقع شود. البته اگر معاطات در بیع را با اجماع اثبات نکنیم، معاطات در غیر بیع اجماعی نخواهد بود و اگر هم دلیل بیع معاطاتی را سیره بدانیم، باز هم ممکن است که بگوییم سیره بر معاطات در غیر بیع قائم نیست. از کتاب جامع المقاصد محقق ثانی نقل شده است که از کلام برخی استفاده می‌شود که معاطات در اجاره و هبه هم جاری است. بعد هم محقق ثانی در جامع المقاصد وجه این مطلب را که چطور معاطات در اجاره و هبه جاری است را بیان می‌نمایند. محقق ثانی می‌گوید: که اگر کسی به شخصی امر کرد که فلان عمل را انجام بده و او هم اجیر برای انجام آن عمل شد، شخص مستحق اجرت است عملش هم درست است و کأن از نظر اصحاب، هم جواز عمل و هم استحقاق اجرت مسلم است و اگر این اجاره فاسد بود، نه کار کردن و نه استحقاق اجرت هیچ کدام، نباید جایز بود. پس بنابراین چون کأن از کلمات اصحاب اینطور استفاده

می‌شود که شخص مستحق اجرت است و عملش هم جایز است و خلاف شرع نیست، معاطات در اجاره هم صحیح می‌باشد. در باب هبه هم می‌بینیم که اگر موهوب‌له، موهوب را اتلاف کند، مثل غذا یا میوه‌ای که به شخص هبه شده و او هم آن را خورده است، ظاهر کلمات اصحاب این است که این اتلاف جایز و صحیح است و اگر این هبه فاسد بود، نباید اتلافش صحیح باشد، بلکه نباید مطلق تصرف در آن صحیح باشد، چون انسان در فرض علم به فساد، حق تصرف در عین مأخوذه را ندارد^۱. در معاطات حقوقدانان و حتی فقها اختلاف بسیار دارند و حتی عده ای آن را بطور کلی رد می‌کنند و بعضی در برخی عقود غیر تشریفاتی می‌پذیرند، اما بصورت کلی این نکته حائز اهمیت است که نکاح معاطاتی تقریباً بدون اختلاف و تردید رد شده است. اینکه معاطات در سایر عقود حتی عقود به اصطلاح تشریفاتی مثل نکاح جاری شود بی شک نظر غلطی است و توجیه آن صرفاً مصلحت اجتماعی و نظم عمومی و مسائل مربوط به عفت نیست بلکه خود شارع این الفاظ را در ایجاب و قبول شرط دانسته و غیر آنرا باطل دانسته است، معاطات در نکاح را به این صورت می‌شود تشریح کرد که زن و مرد اجنبی بدون هیچ تشریفاتی بعنوان صیغه و عقد، خود را با آن زن محرم دانسته و عمل مباشرت خاصه را بر خود حلال بدانند! در حالی که نه تنها شارع مقدس عمل او را باطل بلکه حرام دانسته و شاید به زنا هم تعبیر گردد. اینکه معاطات در نکاح و حتی در بسیاری دیگر از عقود تجاری دیگر جاری نمی‌شود تقریباً فقهای امامیه و حقوقدانان ایران متفق القول اند و اینکه قانونگذار در ماده ۳۳۹ ق. م. گفته بیع به داد و ستد ممکن است واقع شود تلویحاً اشاره به معاطات داشته است با این قید که چه بسا ممکن است در نظر داشته که تا زمانی که تصمیم نهایی با ایجاب و قبول اعلام نشده است اثری در تملیک و انتقال ندارد و صرف توافق درباره فروش مکفی نخواهد بود بعلاوه آنکه ماده ۳۴۰ قانون مدنی صراحت ایجاب و قبول را اذعان داشته است البته با این تفاسیر نمی‌توان از بیعی که بواسطه داد و ستد واقع می‌شود، مانع شد چرا که در ماده ۳۳۹ قانون مدنی، قانون گذار بیع به ایجاب و قبول را در کنار بیع به داد و ستد پذیرفته است. به هر حال اگر هم بپذیریم که معاطات در جامعه قابل اجراست به هیچ وجه در عقود تشریفاتی همچون نکاح که مقدمات خاص خودش را داراست قابل اجرا نخواهد بود. قاضی باید براساس اصل ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی بر اساس فقه امامیه حکم به بطلان ازدواج مورد ادعا بنماید و با احراز شرایط لازم حسب مورد حکم به مجازات زنا یا مدعیان ازدواج معاطاتی بدهد و الا جرم زنا پس کجا تحقق خواهد یافت! با توجه به مطالب فوق این پژوهش در پی پاسخ به این سوال است، آیا معاطات در غیر بیع جاری است؟

۱. آیت الله شبیری، درس خارج فقه، ۹۱/۱۱/۲۳

۳-اهداف پژوهش

۱-بیان معاطات و احکام آن در فقه اسلامی؛

۲-بیان معاطات غیر بیع در فقه اسلامی و حقوق ایران؛

۳-بیان معاطات غیر بیع در سایر عقود و ایقاعات؛

۴-بیان مبانی نظری معاطات غیر بیع.

۴-سوالات

_ سوال اصلی

۱_معاطات در غیر بیع در فقه و حقوق ایران جریان دارد؟

_ سوالات فرعی

۱-چه احکامی درمعاطات حاکم است؟

۲-معاطات غیر بیع در سایر عقود و ایقاعات جریان دارد؟

۳-معاطات غیر بیع پذیرفته شده است؟

۵-روش پژوهش

بر اساس روش تحقیق کتابخانه ای ، برای جمع آوری اطلاعات بعد از مآخذ شناسی و گردآوری منابع ، از ابزارهای فیش و فرم های مربوط به نکته برداری استفاده خواهد شد. بدین صورت که بعد از مآخذ یابی کتب، مجلات و اسناد مربوط به موضوع ، فهرست موقت از مطالب مورد نیاز را تهیه و سپس با آماده سازی فیش ها ، مرحله فیش برداری شروع و مطالب با استفاده از تکنیک مآخذ گذاری به روش علمی تنظیم خواهد شد. بعد از جمع آوری اطلاعات و تنظیم از طریق فیش برداری و فرم های مربوطه ، فیش ها با توجه به عنوان ، موضوع جزئی و فصل بندی تحقیق طبقه بندی شده و اطلاعات و مطالب در بخش های مختلف آورده خواهد شد و تجزیه و تحلیل اطلاعات بصورت توصیفی – تحلیلی انجام خواهد گرفت.

۶- پیشینه پژوهش:

مساله معاطات از زمان صدر اسلام و حتی در کتاب خدا مطرح بوده است ولی نه با عنوان معاطات، بلکه با عناوینی نظیر تجاره عن تراضی. خداوند متعال می‌فرماید: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا^۱:

ای اهل ایمان، مال یکدیگر را بناحق نخورید، مگر آنکه تجارتی از روی رضا و رغبت کرده باشید. 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 تجارتها هم تجارت معاطاتی است.

و در روایت سماعه عن ابی عبدالله (ع) آمده: ان رسول الله (ص) قال: من كانت عنده امانة فليورها الي من ائتمته عليها، فانه لا يحل دم امری مسلم و لا ماله الا بطیبه نفسه^۲.

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

و از زمانی که اجتهاد در فقه آغاز شده است یعنی از زمان شیخ مفید، معاطات به گونه‌ای مطرح بوده، چنانکه ایشان در المقنعه می‌گوید: بیع با تراضی دو نفر بر چیزی که بتوانند آنرا بفروشند و از اوصاف آن آگاه و بر بیع آن راضی باشند و آنرا قبض کنند و از مجلس عقد جدا شوند، واقع میشود. چنین گفته شده که سخن شیخ مفید شامل معاطات نیز میشود^۳.

باید توجه داشت که چون شیخ مفید در آغاز دوره اجتهاد می‌زیسته مساله معاطات در کتاب ایشان استدلال بیان نگردیده است. و در ادوار بعد فقهی بتدریج و به مرور بصورت استدلالی بر روی معاطات بحث شده خصوصاً علمای متاخر مساله را کاملاً شرح و بسط داده‌اند. و شیخ مرتضی انصاری در کتاب مکاسب خود در این باره بحث بسیار گسترده و استدلالی دارد و نظرات فقهای قبلی را نقد و بررسی نموده است. و فقهای معاصر مانند حضرت امام خمینی، آیت اله اراکی و آیت اله خویی و علمای دیگر هم مباحث استدلالی در باب معاطات دارند. فقهای اهل سنت هم مساله معاطات را بررسی نموده‌اند. در کتابهای حقوقی هم مساله معاطات مطرح است و بعضی معاطات را به داد و ستد تعبیر نموده‌اند. با این توضیح مختصر، منابع زیر را به عنوان ادبیات پیشینه پژوهش قرار داده ام.

^۱ قرآن کریم، سوره نساء، ۲۹.

^۲ عاملی، شمس‌الدین شیخ محمد بن (شهید اول)، دروس الشرعیه، قم، موسسه النشر الاسلامی، ج ۱۴، ص ۴۴۳.

^۳ مفید، محمد بن محمد، المقنعه، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق، ص ۵۹۱.

__ فرج الله هدایت نیا (۱۳۸۷، ش ۴۰)، در موضوعی تحت عنوان، نکاح معاطاتی از منظر فقه چنین بیان می کند؛ 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 شده اند؛ این نوشتار به بررسی مفهوم معاطات در عقد نکاح، ارزیابی ادله بطلان و صحت نکاح معاطاتی و نقش طریقی یا موضوعی لفظ در عقد نکاح پرداخته و به این سؤال پاسخ می دهد که آیا جایگزینی برای صیغه در عقد نکاح می باشد؟

__ حسن ارضی (۱۳۸۰، قم)، پایان نامه معاطات و آثار آن در عقود؛ این رساله که عنوان آن معاطات و آثار آن در عقود است شامل هفت فصل است : معاطات در لغت به معنی داد و ستد و در اصطلاح فقهی به معنی معامله ای است که تشریفات خاص معامله در آن نباشد و هدف از بررسی این موضوع این است که بدانیم آیا این گونه معامله دارای وجهه شرعی هست یا خیر؟ و برای پاسخ به این سوال نظر فقها از زمان شیخ مفید (ره) تا امروز به ترتیب زمانی مورد بررسی قرار گرفته است و در این راستا از منابع فقهی شیعه و سنی و همچنین منابع حقوقی بهره گرفته شده است.

__ علی سهرابی (۱۳۶۹، قم)؛ در رساله بررسی پیرامون معاطات هدف از تدوین آن را اثبات صحت بیع معاطاتی میدانند. نویسنده به بیان پرسش هایی از این قبیل می پردازد: آیا معاطات عقد است؟ اگر عقد است، آیا اثر شرعی مترتب بر آن می شود یا خیر؟ وی پاسخ می دهد که معاطات عقد بیع شرعی است و مفید ملکیت لازمه است و در سایر معاملات (غیر از بیع) هم جاری است. رساله شامل چهار فصل است. عناوین مورد بحث عبارتند از: تعریف معاطات، اقوال علما در معاطات و اثبات صحت آن، قاعده اصله اللزوم، معاطات در غیر بیع و سایر عقود، معاطات در ایقاعات.

__ آیت الله سید کاظم حسینی حائری (۱۳۹۲، ش ۷۵-۷۶، ص ۶)، در مقاله تحت عنوان معاطات و اثر معاملی آن چنین مطرح می کند : پس از بیان اینکه معاطات عقدی عقلایی است که مبرز آن فعل است ، ابتدا ادله ی صحت معاطات و سپس ادله ی بطلان آن بررسی شده و پس از نقد ادله ی لفظی هر دو دسته با استناد به سیره ی عقلایی متصل به زمان معصوم و عدم رد آن بر صحت معاطات و اثر معاملی آن استدلال شده است. در فصل آخر معامله نیز با استناد به ادله ی لزوم عقد بیع بر لزوم معاطات استدلال شده است.

__ محمد عادل ضیائی (۱۳۸۱، ش ۷۱، ص ۱۶۷): در این مقاله آمده است که بیع معاطات که غالباً آن را به عنوان بیع بدون لفظ یا داد و ستد بدون صیغه ی ایجاب و قبول می شناسند از جمله عقود دیرپا و رایج است. قول به عدم صحت این بیع در میان فقهای متقدم امامیه و شافعیه طرفداران نسبتاً زیادی داشته اما به مرور زمان از میزان آنها کاسته شده به نحوی که شاید امروزه نتوان برای آن طرفداری یافت. قائلان به صحت و انعقاد بیع معاطات به دلایلی چون کتاب، سنت، اجماع، قاعده ی رفع حرج و عرف استناد کرده اند. به نظر می رسد که از میان این دلایل نقش عرف برجسته تر و مهمتر باشد زیرا سایر ادله خود به نحوی متأثر از عرف یا ناظر بر آن و یا موید حجیت دلیل عرفند. تغییر رای فقها در گذر زمان، از قول به عدم صحت بیع معاطات به جواز و صحت آن، نشانگر واقع بینی و توجه روز افزون آنها به نقش عرف در استنباط احکام و تسلیم شدن آنها در برابر واقعیات زندگی اجتماعی است.

__ مهدی سلیمی (۱۳۹۲، ش ۳۸، ص ۶۳): در این مقاله آمده است 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 می رسد که عمده دلیل ایشان به موجود نبودن مصداق فعلی عرفی صریح در قصد انشاء نکاح بر می گردد و دو دلیل اجماع و احتیاط که بیشتر فقیهان با تمسک به آنها لفظ را در عقد نکاح لازم می شمارند صرفاً به سبب صراحت لفظ در اعلام اراده است. دستاورد این پژوهش این است که نکاح معاطاتی مشروع است و ادله صحت نکاح نیز شامل آن می شود.

۷- اهمیت موضوع:

با توجه به اینکه کتابهای فقهی، قریب اتفاق به زبان عربی نگارش شده و این موضوع در کتابهای فارسی کمتر یافت میشود و اگر هم یافت شود در خلال ترجمه کتابهای فقهی عربی، مطرح میشود. لذا بررسی این موضوع و جمع آوری آراء فقهای قدیم و جدید و همچنین بررسی بنای استدلالی ایشان امری ضروری به نظر می رسد. دوم اینکه درباره معاطات در غیر بیع پژوهش مستقلی نگاشته نشده است.

۸- محدودیتهای پژوهش:

با توجه به اینکه این موضوع فقهی و کاملاً تخصصی است و از موضوعاتی نیست که بصورت روزمره روی آن بحث شده باشد لذا اقتضای چنین موضوعی این است که به کتابخانه های تخصصی مراجعه شود و در این راستا، برای استفاده از کتابخانه ها، مشکلاتی در سر راه تحقیق وجود دارد. از طرفی بعضی کتابهای فقهی هم

در حد همان چاپ‌های قدیمی، با رموز خاص آن زمان، وجود دارد که استفاده از آنها بسیار مشکل است و همچنین اکثر این کتابها، فهرست موضوعات ندارد و یافتن مطلب در آنها خیلی مشکل است.

۹- ساماندهی پژوهش:

فصل اول را به تعریف و شناخت مفاهیم اختصاص داده و واژه های عقد، بیع و معاطات از لحاظ لغوی، اصطلاحی، فقهی و حقوقی بررسی نموده ایم. فصل دوم را به معاطات اختصاص داده ایم. در این فصل ابتدا به صحت معاطات بوسیله ادله عقلی، فقهی و حقوقی پرداخته و تلاش نموده ایم که همه جوانب معاطات را بیان نماییم. فصل سوم را به معاطات در غیر بیع اختصاص داده و تلاش نموده که هر کدام از معاطات در غیر بیع را توضیح و تفسیر نماییم و در فصل چهارم اختصاصاً به معاطات در نکاح پرداخته ایم.

فصل اول:

مفهوم شناسی

__ مفهوم‌شناسی

هر پژوهشی بر پایه مفاهیمی استوار است و پژوهش بر محور آنها شکل می‌گیرد که البته در علوم انسانی دارای تعریف یکسانی نمی‌باشند. پس بر اساس نیاز، از میان مفاهیم اصلی مورد استفاده در این پژوهش، جامع‌ترین آنها را به صورت ذیل بیان می‌کنیم و لازم است این مفاهیم تبیین گردند که عبارت است از مفاهیم عقد، بیع، معاطات و نکاح که در ذیل به آنها پرداخته می‌شود.

گفتار اول: مفهوم عقد

بند اول: معنای واژه عقد

عقد یک واژه عربی، که در اصل به معنای بستن و گره زدن آمده است و از این رو عرب به قلاده و گردنبندی که به گردن بسته می‌شود «عقد» می‌گویند.^۱ در مقابل این واژه، کلمه «حَلَّ» قرار دارد و «حَلَّ و عقد» به معنای گشودن و بستن است. اکثر لغت‌شناسان معتقدند عقد به مناسبت معنای لغوی آن به عهد محکم، موثق و مشدد می‌باشد.^۲ همچنین از آن رو عقد گفته می‌شود که دو طرف پیمان، اراده انشایی خود را نسبت به یک اثر حقوقی به یک گره می‌زنند. در قاموس قرآن آمده: عقد به معنی بستن و گره زدن است.

(عقدا بحبل عقداً) یعنی آنرا محکم بست. راغب می‌گوید: عقد، جمع کردن اطراف شیء است در اجسام صلیه به کار می‌رود مثل بستن ریسمان، و در معانی بصورت استعاره می‌آید مثل عقد بیع و عهد و غیره.

در المیزان آمده: عقد یعنی بستن چیزی به چیز دیگر، به نوعی که جدا شدن یکی از دیگری سخت باشد، مثل گره زدن ریسمان و نخ، به ریسمان و نخ دیگر و لازمه این عقد یا گره زدن این است که هر کدام ملازم دیگری باشد و از آن منفک نگردد.

اهل حل و عقد، یعنی کسانی که مورد اعتماد مردمان باشد (ناظم الاطباء).

قوله تعالی: و لا تعزموا عقده النکاح حتی یبلغ الکتاب اجله؛^۳

^۱ جوهری، ابی نصر اسماعیل بن حماد، الصحاح، قم، دار الکتب الاسلامیه ۱۴۲۰ق، ص ۵۱۰.

^۲ ابن اثیر، مبارک بن محمد جزری، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، قم، نشر اسماعیلیه، ۱۳۶۴، ج ۳، ص ۲۷۰.

^۳ قرآن کریم، سوره بقره، آیه ۲۳۵.

قصد بستن عقد زناشویی نکنید تا مدت عده وفات سرآید. به علقه نکاح عقده گفته شده، زیرا نوعی گره زدن و ایجاد عقله بین زنان و شوهران است.

بند دوم: معنای اصطلاحی عقد

در لغت نامه دهخدا آمده است: عقد در اصطلاح فقهی و شرعی به معنی ایجاب و قبول است، با اعتبار معتبر از حیث شرع، بنابراین عقد شامل سه امر می‌باشد، ایجاب و قبول و ارتباط، ربط دادن اجزاء تصرف است شرعاً به ایجاب و قبول.^۱

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 کرده اند.^۲

بعضی فقها عقد را «لفظ دالّ بر نقل ملک به دیگری معنی کرده اند»^۳. 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. در فقه سه معنی برای عقد گفته شده: ۱- عقد به معنی عهد ۲- عقد به معنی پیمان موكد ۳- عقد که عبارت است از صیغه ایجاب و قبول.

بنابراین تعریف، در هر عقدی لفظ لازم است و با اشاره و کتابت و معاطات، عقد واقع نمیشود و به عبارت دیگر همه عقود، تشریفاتی خواهند بود.

تعریف اول و دوم صرفاً یک تفسیر لغوی است نه یک تفسیر حقوقی، از افاقه ارزش است. و تفسیر سوم هم سندی قوی در منابع حقوق اسلامی (قرآن و حدیث) ندارد، به همین جهت، اصل تشریفاتی بودن عقد از نظر منابع حقوق اسلامی مسلم نیست (فرهنگ حقوقی) در اصطلاح حقوقی، عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر "تعهد" بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد (ماده ۱۸۳ ق.م) این تعریف عقد به معنی اخص است و فقط شامل "عقد عهدی" می‌شود.

و نیز «عقد» عبارت است از توافق اراده‌ی دو یا چند نفر بر ایجاد یک رابطه‌ی الزامی، اعم از اینکه به منظور انتقال مال یا حقی باشد یا به منظور تعهد بر فعل یا ترک فعلی. این تعریف از عقد از ماده ۱۱۰۱ ق.م فرانسه

^۱ دهخدا، علی اکبر، فرهنگ فارسی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.

^۲ اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیة المکاسب، قم، نشر علمیه، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۲۵.

^۳ محقق حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه، قم، نشر اهل بیت، ۱۴۱۴ه.ق، ج ۲، ص ۲۶۷.

اخذ گردیده است. در هر صورت این تعریف عقد به معنی خاص است. و یا عقد عبارت است از توافق اراده دو یا چند نفر به منظور ایجاد یا انتفاء یک حق، این تعریف «عقد به معنی عام» است که در این صورت غالباً در اصطلاحات فرانسه آنرا (Convention) و در اصطلاح حقوق جدید آنرا قرارداد می‌نامند^۱

در ترمینولوژی حقوق آمده است: عقد (Contrat) تعهد یک طرف بر قبول امری که مورد قبول طرف دیگر باشد (ماده ۱۸۳ ق.م). از نظر حقوقی نیز عقد "ترازی طرفین" برای ایجاد یک اثر حقوقی است^۲. بنابراین توافق دو یا چند طرف در صدق مفهوم عقد ضرورت دارد و همین امر موجب تمایز مفهوم عقد و ایقاع است. در فقه مشهور فقها ایجاب و قبول لفظی را مصداق عقد می‌دانند و اگر لفظ در بین نباشد، می‌گویند تراضی حاصل شده نه عقد، و آن آثار را که بر عقد مترتب می‌شود، بر تراضی مترتب نمی‌کنند. این نظر با اینکه مشهور است، دلیل قاطع ندارد. و طرفداران قول غیر مشهور هم کم نیستند و از نظر آنها لفظ اساساً ضرورتی ندارد. قرارداد، اصطلاح تازه‌ای است که مترادف با عقد بکار رفته است. ملاک تشخیص عقد این است که بدون توافق طرفین، بتوان اثری بوجود آورد که مورد قبول قانون یا عرف یا عادت یا عقل و یا اخلاق حسنه بوده باشد. در مجمع البیان آمده است: عقد از پیمانها و قراردادهای بسیار موکد است. فرق آن با عهد این است که در عقد معنای اعتماد و بستن و گره زدن وجود دارد و حتماً میان دو نفر بسته می‌شود. حال آنکه عهد ممکن است مربوط به یک نفر باشد. بنابراین هر عهدی عقد نیست^۳

بند سوم : مفهوم عقد در قانون مدنی

عقد در حقوق امروز مترادف با قرارداد است که یک عمل حقوقی دو جانبه است که با توافق اراده ی طرفین تحقق می یابد.

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. مانند بیع ، اجاره و وکالت.

این ماده از ماده ی ۱۱۰۱ قانون مدنی فرانسه گرفته شده است که از این تعریف چنین بر می آید که :

^۱ دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۷، ج ۲۰، ص ۳۰۶.

^۲ کاتوزیان، ناصر ، قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰، ج اول، ص ۱۱۴.

^۳ طبرسی، شیخ ابو علی الفضل بن الحسن، ترجمه احمد امیری ، مجمع البیان، مشهد، نشر آستان قدس رضوی، ۱۳۸۱، ج ۳.

اولا، عقد یک عمل حقوقی است که از توافق اراده ی دو یا چند نفر ناشی می شود.

ثانیا، اثر عقد ایجاد تعهد برگردن یکی به نفع دیگری است.

این تعریف کامل نیست، زیرا:

۱- شامل قراردادهایی که موضوع آنها انتقال تعهد یا سقوط تعهد باشد نمی گردد. موضوع عقد همیشه ایجاد تعهد نیست، بلکه ممکن است انتقال تعهد باشد، چنانچه بدهکار با موافقت بستانکار بدهی خود را به شخص دیگری منتقل نماید. و نیز ممکن است موضوع عقد سقوط تعهد باشد، چنانچه متعهد و متعهدله (مثلا موجر و مستاجر) با رضایت متقابل، بر زوال تعهد سابق توافق کنند. این نوع قرارداد که اصطلاحا اقاله نامیده می شود از مصادیق عقد به معنی عام و تابع شرایط کلی آن است، در حالی که تعریف قانون مدنی شامل آن نیز نمی شود.

۲- این تعریف شامل قراردادهایی که برای طرفین ایجاد تعهد می کند نمی شود مانند قرارداد کار در برابر مزد.

۳- تعریف مزبور قراردادهایی را که یک طرف یا هر دو طرف آن شخص حقوقی باشد در بر نمی گیرد، مگر اینکه برای "نفر" معنی گسترده ای قایل شویم.

۴- تعریف مزبور شامل عقد تملیکی نمی گردد. عقد تملیکی عقدی است که به وسیله آن مالی به صرف تحقق عقد از ملکیت شخصی خارج و در ملکیت دیگری داخل گردد (مانند بیع عین معین). در این گونه عقود، اگر تعهدی پدید آید اصلی نیست بلکه دارای جنبه ی فرعی است، مانند تعهد به تسلیم مبیع و ثمن.

لیکن همانطور که در حقوق فرانسه گفته اند، می توان گفت: در عقد تملیکی نیز تعهد ایجاد می شود ولی به محض ایجاد، ایفاء و ساقط می گردد، از این رو عقد مزبور نیز مشمول تعریف قانون مدنی خواهد بود.

به هر حال برای احتراز از اشکالات فوق می توان گفت: "عقد عبارت است از توافق اراده ی دو طرف به منظور ایجاد یک اثر حقوقی، اعم از اینکه این اثر به وجود آمدن، تغییر یا سقوط تعهد باشد، یا به وجود آمدن، تغییر یا سقوط یک حق عینی مانند مالکیت و غیر آن".^۱

^۱ صفایی، حسین، قواعد عمومی قرار دادها، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲، ص ۶۳.

گفتار دوم: مفهوم بیع

مفهوم بیع و تاریخ عقد بیع از سال ۷۵۲ قبل از میلاد آغاز می‌شود، در آنجا که بشر برای اولین بار در شهر لیدیا در غرب ترکیه با مفهوم یک کالای "واسطه‌ای" به عنوان پول آشنا شده و به ضرب سکه‌های طلا و نقره پرداخت. قبل از این تاریخ بیع بصورت عقد معاوضه یا مبادله کالا با کالا صورت می‌گرفت. لذا مسئله تجارت و مبادله به کندی صورت می‌گرفت و پس از پیدایش پول و بکارگیری آن در روابط مبادلاتی میان اشخاص یا میان شهرها، دومین انقلاب بزرگ در تاریخ تحول و پیشرفت تمدن بشری، پس از انقلاب کشاورزی یعنی آشنایی با کشت دانه‌های حبوبات و میوه‌ها و بهره‌برداری از آنها برای تغذیه، حادث گردید.^۱ بیع از عقود لازم است و با توجه به پیشینه و گستره دیرینه آن، بسط یافته‌ترین مبحث در مباحث معاملات است. به همین سبب، در بسیاری از موارد مربوط به معاملات دیگر، احکام بیع الگوی بسط احکام قرار گرفته است.

بند اول: معنای واژه بیع

واژه بیع در ریشه سامی، از مصدر "باع" گرفته شده است، بیع در لغت به معنای خرید و فروش می‌باشد.^۲ معنای اصلی این ریشه سامی، "جستن" است و فروع آن در زبان‌های مختلف سامی، افزون بر معنای اصلی، در معانی ستاندن و خواستن نیز گسترش یافته است.^۳ بیعت به معنای پیمان وفاداری به فرمانروا، بر این پایه که ناظر به اطاعتی است که وی از همراهان خود می‌خواهد، از همین معنای اصلی گرفته شده است.^۴ در زبان عربی صدر اسلام که شاخص آن کاربردهای قرآنی است، واژه بیع در قرآن کریم در دو قالب به کار رفته است: در قالب افعال دو سویه "مبايعه" و "تبايع"، و در قالب اسمی «بیع»^۵ گویی در تمامی کاربردها اصراری وجود دارد تا بیع، عملی دوطرفه تلقی گردد و طرفین در آن تمایزی نیابند. در سوره جمعه، تعبیر «ذَرُوا الْبَيْعَ» (بیع را واگذارید) در گونه‌ای تقابل با تعبیر «وَأَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ» (فضل خداوند را از طریق کسب درآمد بجوید) قرار گرفته است.

بر پایه آنچه یاد شد، باید گفت که واژه بیع، با معنای کهن جستن و خواستن، در زبان عربی عصر نزول قرآن، به عنوان مهم‌ترین معامله مالی، تخصیص معنایی یافته بوده است. قرار گرفتن بیع در کنار "تجارة" به عنوان

^۱ نوین، پرویز، مقاله بیع زمانی، مجله کانون وکلا، سال ۱۳۸۶، ش ۴۶، ص ۵.

^۲ معلوف، لوئیس، المنجد عربی-فارسی، ترجمه محمدبندرریگی، تهران، انتشارات ایران، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۲۰.

^۳ ابن ابی شیبہ، عبدالله، ترجمه مختار احمد ندوی، المنصف، بمبئی، ۱۴۰۰ق/۱۹۸۰م.

^۴ ابن تیمیہ، احمد، ترجمه زکریا علی یوسف، صحه اصول مذهب اهل المدینه، قاهره، نشر مطبعة الامام، ۱۴۲۰ق.

^۵ ابن ماجه، محمد، ب سنن، کوشش محمد فؤاد عبدالباقي، بیروت، ۱۳۷۳ق/۱۹۵۴م، ص ۷۳۷.

دو "امر مالی" که ممکن است، موجب فراموشی یاد خداوند برای انسان گردد^۱. به خوبی حاکی از آن است که بیع دامنۀ وسیعی از معاملۀ مالی را در برمی گرفته است. در سوره بقره، به این باور عرب پیش از اسلام اشاره شده است که بیع را امری همسان و "مثل" ربا می دانسته اند، و سپس در بیان حکم اسلام، اشاره می شود که خداوند بیع را حلال و ربا را حرام شمرده است^۲.

بند دوم: معنای اصطلاحی بیع

در قاموس قرآن آمده: بیع یعنی فروختن. به عبارت دیگر، تملیک (صاحب شدن) مال در برابر عوض معلوم را بیع می گویند. بیع در مفردات راغب آمده: بیع اعطای مثنی (کالا) و گرفتن ثمن (بهاء) است و شراء دادن ثمن و گرفتن مثنی است و به بیع شراء نیز گفته میشود (راغب اصفهانی، مفردات). شراء از مصدر "شاری" و "شری" به معنای خریدن و فروختن (از اضداد است)^۳.

مجمع البیان در ذیل آیه ۲۵۴ بقره مثل راغب می گوید: و هر دو تصریح می کنند که گاهی به فروختن شراء و به خریدن بیع اطلاق میشود. بنابراین بیع به معنی یک طرف معامله است، فروختن یا خریدن. ولی از آیات ظاهر میشود که گاهی در مطلق خرید و فروش بکار میرود مثل آیه ۲۵۴ سوره بقره.

طبرسی آنرا تجارت معنی کرده، ولی می توان گفت که بیع در آیه به معنای مشهور (فروختن) است.

و در المیزان آمده: تجارت چون با بیع مقابل افتد مراد از تجارت استمرار آن است و اینکه در آیه پس از نفی تجارت، بیع نفی شده، برای تفهیم این است که نه تجارت دائمی و نه یک بیع که در مدت تجارت واقع می سازند، آنها را از یاد خدا باز می دارد.

در تاج العروس آمده: ابوعبید گفت: بیع از حروف اضداد در کلام عرب است^۴. در لسان العرب آمده: بیع ضد شراء است (شراء به معنای خرید است). و همچنین به معنی شراء است و کلمه بیع از اضداد است.

در ترمینولوژی حقوق آمده: الف: بیع تملیک عینی است به عوض معلوم (ماده ۳۳۸ ق. م). شرط بیع این نیست که عوض مبیع، پول باشد ولی شرط این است که یکی از عوضین به عنوان ثمن داده شود. ب) عمل

^۱ انصاری، مرتضی، المکاسب، قم، نشر منشورات دارالذخائر، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۳۳.

^۲ بجنوردی، حسن، قواعد فقهیه، تهران، نشر مجد، ۱۳۹۴، ص ۷۵.

^۳ خمینی، سید مصطفی، کتاب البیع، قم، نشر موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۷۸، ج ۱.

^۴ زبیدی، مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، نشر دارالفکر، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۴۵.