

The Effects of Mutatis in Contracts and Unilateral Legal Acts and the Evidence for the Validity or Invalidity of a Mutatis Sale

1. Maryam Zolfaghari: PhD Student, Department of Theology and Islamic Studies, Faculty of Humanities, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran
2. Ali Mohammad Borna*: Assistant Professor, Department of Theology and Islamic Studies, Faculty of Humanities, Toisarkan Branch, Islamic Azad University, Toisarkan, Iran. Email: borna127241339@gmail.com (Corresponding Author)
3. Mahnaz Salimi: Assistant Professor, Department of Theology and Islamic Studies, Faculty of Humanities, Hamedan Branch, Islamic Azad University, Hamedan, Iran

ABSTRACT

The Mutatis transaction is one of the important and essential jurisprudential issues that is common among people and remains a subject of concern in human society. Familiarity with it and adherence to its jurisprudential rules is a step towards improving the economic structure of society. A sale may be carried out by employing the sale formula and verbalizing the offer and acceptance, where the seller declares the offer with the phrase "I sold" (ba'tu), and the buyer declares their acceptance using the phrase "I accept" (qabiltu) or similar expressions. However, it is also possible for both parties, despite being able to use the aforementioned formula, to engage in the exchange of goods without verbally articulating the terms. This latter form is called Mutatis, and in this sale, as in a verbal sale, "the transfer of ownership of the object in exchange for a known consideration takes place." As a result, the above definition encompasses both verbal and Mutatis sales. Martyr Thani (Shahid Thani) states in Masaalik that any transaction that does not have a specific formula, whether the mutual consent is derived from an action or verbal expression, will be considered a verbal contract. The opinion rejecting the validity of this type of sale had many proponents among early Imami jurists, but over time, this view has diminished to the point where today, it is difficult to find its supporters. Those advocating for the validity and conclusion of a Mutatis sale base their argument on sources such as the Qur'an, Sunnah, consensus (ijma), and the rule of lifting hardship (qa'idah rafa' al-haraj). Today, few jurists reject the validity of Mutatis in exchange contracts. Legally, there is no difference in the manner of declaring intent, whether by words or non-verbal expressions of offer and acceptance. In contrast to the discussion of Mutatis in exchange contracts, this topic remains contentious in marriage contracts. Martyr Thani, along with most jurists, does not consider Mutatis to be valid in marriage contracts, and there is consensus on this matter. The Civil Code, influenced by the prevailing juristic opinion, also requires verbal offer and acceptance in marriage contracts.

Keywords: *Mutatis, permissibility of disposition, transfer of ownership, Mutatis marriage*

How to cite: Zolfaghari, M., Borna, A. M., & Salimi, M. (2024). The Effects of Mutatis in Contracts and Unilateral Legal Acts and the Evidence for the Validity or Invalidity of a Mutatis Sale. *Comparative Studies in Jurisprudence, Law, and Politics*, 6(2), 138-156.

© 2024 the authors. This is an open access article under the terms of the Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0) License.

Submit Date: 15 May 2024
Revise Date: 02 August 2024
Accept Date: 25 August 2024
Publish Date: 22 September 2024



آثار معاطات در عقود و ایقاعات و ادله‌ی صحت و عدم صحت بیع معاطاتی

۱. مریم ذوالفقاری: دانشجوی دکتری، گروه الهیات و معارف اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران.
۲. علی محمد برنا: استادیار، گروه الهیات و معارف اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد تویسرکان، دانشگاه آزاد اسلامی، تویسرکان، ایران.
پست الکترونیکی: borna127241339@gmail.com (نویسنده مسئول)
۳. مهناز سلیمی: استادیار، گروه الهیات و معارف اسلامی، دانشکده علوم انسانی، واحد همدان، دانشگاه آزاد اسلامی، همدان، ایران.

چکیده

معامله معاطاتی یکی از مسائل مهم فقهی و ضروری است که بین مردم متداول بوده و از بحث‌های مبتلا به جامعه انسانی می‌باشد و آشنایی با آن و رعایت احکام فقهی در آن گامی به سوی اقتصاد جامعه برداشته می‌شود. بیع ممکن است با استعمال صیغه بیع و گفتن ایجاب و قبول انجام گیرد یعنی با بیع ایجاب را با تلفظ بعث و مشتری قبول خویش را با استفاده از قِبَلت و امثال آن انشاء نماید و نیز ممکن است که طرفین علیرغم توانایی بر استعمال صیغه بیع مذکور بدون استعمال آن به داد و ستد کالا بپردازند. به قسم اخیر معاطات گفته می‌شود و در این بیع نیز مانند بیع لفظی «تملیک عین مقابل عوض معلوم صورت می‌گیرد» و در نتیجه، تعریف یاد شده شامل بیع لفظی و هم بیع معاطاتی است. شهید ثانی در مسالک آورده است که هر معامله‌ای که صیغه خاصی نداشته باشد خواه تراضی حاصل شده ناشی از فعل یا قول باشد داخل در عقود قولی خواهد بود. قول به عدم صحت این بیع در میان فقهای متقدم امامیه طرفداران نسبتاً زیادی داشته اما به مرور زمان از میزان آن‌ها کاسته شده به نحوی که شاید امروزه نتوان برای آن طرفدارانی یافت. قائلان به صحت و انعقاد بیع معاطات به دلایلی چون کتاب، سنت، اجماع و قاعده رفع حرج استناد کرده اند. امروزه کمتر فقهی است که در عقود معاوضی برای معاطات اثری قائل نباشد، از نظر حقوقی نیز تفاوتی در نحوه اعلام اراده با لفظ یا غیر لفظ ایجاب و قبول وجود ندارد. برخلاف بحث معاطات در عقود معاوضی این موضوع در عقد نکاح همچنان بحث روز است. شهیدثانی نیز مانند مشهور فقها برای معاطات در عقد نکاح اثری قائل 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 است.

واژگان کلیدی: معاطات، اباحه تصرف، تملیک، نکاح معاطاتی

نحوه استناددهی: ذوالفقاری، مریم، برنا، علی محمد، و سلیمی، مهناز. (۱۴۰۳). آثار معاطات در عقود و ایقاعات و ادله‌ی صحت و عدم صحت بیع معاطاتی. پژوهش‌های تطبیقی فقه، حقوق و سیاست، ۲(۲)، ۱۵۶-۱۳۸.

© ۱۴۰۳ تمامی حقوق انتشار این مقاله متعلق به نویسنده است. انتشار این مقاله به صورت دسترسی آزاد مطابق با گواهی (CC BY-NC 4.0) صورت گرفته است.

تاریخ ارسال: ۲۶ اردیبهشت ۱۴۰۳

تاریخ بازنگری: ۱۱ مرداد ۱۴۰۳

تاریخ پذیرش: ۴ شهریور ۱۴۰۳

تاریخ چاپ: ۱ مهر ۱۴۰۳

یکی از معاملات رایج میان مردم، بیع معاطاتی است. معاطات عبارت است از مبادله و داد و ستدی که در آن ایجاب و قبول وجود ندارد و به تعبیر دیگر «المعاطاه أن يعطى كل من اثنين عوضا عما يأخذه من الآخر» (Shahid al-Thani, 1993) معاطات عبارت است از اینکه هر یک از طرفین معامله، مالی را در عوض آنچه که گرفته است به طرف مقابل اعطا نماید.

از آن جهت که بسیاری از معاملات به صورت نقل معاطاتی انجام می‌پذیرد، بررسی پیرامون آثار معاطات در نحوه ی نقل و انتقال عوض و معوض حایز اهمیت است. فقهای شیعه در این خصوص چهار نظریه دارند: برخی از فقهای قدیم مانند مرحوم شیخ مفید (قدس الله نفسه) معاطات را بیع دانسته و آنرا مفید ملکیت می‌داند. علامه معاطات را باطل دانسته؛ هرچند بعداً از این قول عدول نموده است. کسانی مانند محقق کرکی و به تبع او شیخ انصاری معاطات را مفید ملکیت متزلزل دانسته و بسیاری از فقها معاطات را مفید اباحه دانسته اند؛ بگونه‌ای که در تصرفات متوقف بر ملک در داد و ستد معاطاتی اشکال نموده اند. البته بسیاری از فقهای معاصر ما مانند آیت الله خویی (قدس الله) معاطات را بیع لازم می‌داند و تمام آثار را بر آن بار می‌کند.

اما فقهای اهل سنت نیز در این خصوص نظریاتی دارند، ابوحنیفه و مالک معتقدند که بیع مطلقاً به معاطات منعقد می‌شود. شافعی عقیده دارند که در صحت بیع ایجاب و قبول لازم است و معاطات کافی نیست و برخی فقط در اشیای کوچک آن را صحیح و نافذ دانسته اند نه در اشیای بزرگ. نظر مشهور فقهای قدیم از جمله شهید ثانی (Shahid al-Thani, 1993) در اینکه معاطات افاده ملکیت نمی‌کند، بلکه افاده اباحه تصرف می‌نماید، به این معناست که هر کدام از متعاطیین می‌توانند در آنچه که گرفته‌اند تصرف کنند، اما ملک آن‌ها نمی‌شود، بنابراین هر کدام هر زمانی که اراده رجوع کند می‌تواند به دیگری رجوع کند و آنچه را که داده است، پس بگیرند.

اشکالی که در اینجا وجود دارد این است که متعاطیین با اینکه قصد تملیک عوض و معوض را نموده اند، شهید حکم به اباحه ی تصرف نموده نه تملیک؛ و از طرفی با توجه به اینکه اطلاق آیه ی «احل الله البیع» شامل صحیح بودن بیع معاطاتی می‌شود، از آن جهت که بیع معاطاتی قبل از اسلام نیز وجود داشته و عرف آن را بیع می‌داند. اما شهید آن را بیع ندانسته است (با توجه به عبارت «ما قصد لم یقع» و «ما وقع لم یقصد»). در این باره فقها برای رفع اشکالات ناشی از نظریه ی شهید، نظراتی را بیان نموده اند.

مرحوم مشکینی معاطات را این گونه تعریف می‌کند: «کلمه معاطات فراوان در فقه و زبان فقها در انشاء عنوان عقد یا ایقاع به وسیله فعل در مقابل انشاء عقد یا ایقاع به لفظ یا اشاره یا کتابت بکار می‌رود و تفاوت نمی‌کند عقد تملیک از دو طرف باشد مانند بیع یا تملیک از یک طرف باشد مانند هبه یا تملیکی نباشد مانند عاریه پس با اعطاء یک طرف و گرفتن طرف دیگر معامله محقق می‌شود بنابراین اگر با بیع کالا را به قصد تملیک مقابل بهائی معلوم بدهد و مشتری نیز به همین قصد بگیرد معامله تمام شده است (Meshkini).

طبق این تعریف معاطات علاوه بر عقود شامل ایقاعات نیز می‌شود مگر در مواردی که آن را دلیل خارج کرده باشد. به هر حال معاطات یعنی همان داد و ستد عملی را گویند که گاهی فی الحال انجام می‌شود و گاهی هم چنین نیست بلکه از یک طرف در زمان حال و از طرف دیگر در زمان آینده که توضیحش ذکر شد ولی همه آن‌ها یک قدر مشترک دارند که همانا در یکی از آن‌ها قول صیغه مطرح نیست و تنها عمل خارجی ملاک است. بنابراین معاطات به معامله خاص رایج میان مردم که فاقد صیغه لفظی است گفته می‌شود.

به طور کلی در مورد اباحه بیع معاطات در نزد فقها می‌توان اینطور گفت که تا زمان محقق کرکی تقریباً مسلم بود که معاطات مفید اباحه است. اما از زمان ایشان به بعد، شروع به مناقشه‌هایی در رابطه با اباحه شد. به تدریج این مناقشه‌ها شکل گرفت و آن امر مسلم از حالت تسالم بودن خارج شد. بحث عدم تبعیت قصد از عقد و غیره مطرح شد. در نهایت مرحوم محقق ثانی قائل به ملکیت متزلزل شد. از دیدگاه شهید ثانی ماهیت بیع معاطاتی، بیع نیست، وی ماهیت بیع معاطاتی را اباحه می‌داند، که هرکدام از متعاطیان مال خود را به دیگری اباحه می‌کند تا او در آن تصرف نماید، بدون اینکه مال را به او تملیک نماید، خواه تصرف یاد شده محض باشد؛ یعنی مربوط به تصرفات غیر اتلافی باشد، خواه تصرف مطلق باشد؛ یعنی تصرف نامحدود باشد؛ یعنی تصرفات غیر اتلافی را هم شامل شود (**Shahid al-Thani, 1993**). این نظریه‌ها مردم را در برخی معاملات خود با مشکلات جدی مواجه می‌کند؛ چرا که یکی از معاملات رایج بین مردم، بیع معاطاتی است. رواج بیع معاطاتی به شکلی است که مشروعیت نداشتن آن با مشکلات زیادی همراه است؛ زیرا بیشتر خرید و فروش‌های بین مردم از نوع بیع معاطاتی است. در این پژوهش تلاش می‌شود آثار معاطات در عقود و ایقاعات و ادله‌ی صحت و عدم صحت بیع معاطاتی بررسی شود.

۱. آثار معاطات در عقود

در بلغه الفقیه از علامه در تذکره نقل می‌کند که ایشان می‌فرماید: در باب بیع معاطات به دلیل اجماع ثابت است بخلاف باب رهن.^۱ همچنین می‌فرماید: معاطات در هبه کافی نیست و افعالی که بر ایجاب دلالت می‌کند کافی نیست بلکه تصرف مباح می‌شود.^۲ و نیز از علامه نقل می‌کند که ظاهر عبارت فقها این است که در قرض ایجاب قولی لازم است.^۳ شهید ثانی در مسالک می‌فرماید که برخی از اصحاب معتقدند که معاطات در اجاره و هبه وارد می‌شود اما در مثال هبه از آنجا که هبه اختصاص به لفظ خاصی ندارد بلکه با هر لفظی که دلالت دارد بر تملیک بدون عوض کافی است پس جواز تصرف متوقف بر لفظ است. وفی (التحریری فی کتاب الهبه): آیا در هدیه از ایجاب و قبول بی‌نیاز می‌باشیم اقرب آن است که بی‌نیاز نیستیم بلکه از باب عمل به مستفاد به عادت تصرف جایز است.^۴ و قال فی (کتاب الوقف) منه: همچنین می‌فرماید: وقف با فعل مقرون به چیزی که دلالت بر آن کند حاصل نمی‌شود. ... همان با قول دال بر او وقف می‌باشد.^۵ و فی (العقود) فرموده: در عتق لفظ صریح شرط است و به مجرد نیت جدای از لفظ واقع نمی‌شود.^۶ و قال فی (المبسوط فی الاحکام المساجد): اگر مسجدی را بنا کند و اجازه دهد مردم در او نماز بخوانند یا مقبره‌ای را بنا کند و اجازه دهد قومی مرده‌ها را دفن کنند ملکیت او زائل نمی‌شود تا آن را با لفظ وقف نماید (- **Bahr al-Ulum, 1983**).

محقق کرکی ادعا کرده است معاطات در همه عقود چه جایز و چه لازم جاری است و عقود عرفاً با معاطات به عمل می‌آید نه با ایجاب و قبول، تنها فایده ایجاب و قبول در عقود لازم، لازم شدن عقد است (یعنی اگر عقد با ایجاب و قبول لفظی باشد آن عقد لازم است اگر نباشد صحیح

^۱ باب البیع ثبت فیہ المعاطاه بالاجماع بخلاف ما هنا (الرهن).

^۲ لا یکفی المعاطاه { فی الهبه } والافعال الداله علی الايجاب، نعم بیاح التصرف

^۳ ظاهر عباراتهم : أنه لابد من الايجاب القولی { فی القرض }

^۴ لا یحصل الوقف بالفعل المقترن بما یدل علیه مثل أن ینبئ مسجداً وبأذن للناس للصلوه أو مقبره وبأذن بالدفن فیها أو سقایه وبأذن فی دخولها وانما یصیر وقفا بالقول الدال علیه

^۵ قال: «.....یشترط فی العتق الإتیان بالفظ الصریح مع النیه فلا یقع بمجرد النیه منفکه عن اللفظ ولا باللفظ الذی لیس بصریح وان نوى العتق، ولا باللفظ الصریح مجرد عن النیه»

^۶ بنی مسجداً واذن لقوم فصلوا فیہ أو بنی مقبره فاذن لقوم فدفنوا فیها لم یزل ملکه حتی یقفه لفظاً علی ما بیناه فیما مضی. وقال قوم : یزول ملکه إذا اذن وصلوا فیہ ودفنوا فی المقبره والاول أصح

است ولی لازم نیست) البته صیغه در غیر عقود لازم هیچ فایده‌ای ندارد (Muhaqqiq Karaki, 1991). صاحب جواهر الکلام می‌فرماید عجیب‌تر از همه این سخنها این است که ادعا شده معاطات در جمیع عقود جائز و لازم جریان دارد و مسمای عقود به معاطات بدون عقد محقق می‌شود. صاحب جواهر می‌فرماید همچنانکه ملاحظه می‌کنید این سخن درست نیست و کسی که طعم فقه را چشیده این سخن را نمی‌گوید و توفیق از خداست و به راه راست او را راهنماست (Najafi Khwansari, 1979).

برخی از فقها در عقودی از قبیل نکاح، وصیت، ضمان معاطات را جایز نمی‌دانند و فعل را به وسیله متعارفی برای اعلام اراده در آن عقود شایسته نمی‌دانند. به اعتقاد آن‌ها مفاد عقد ضمان انتقال دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است و تحقق چنین امری با هیچ یک از افعال ممکن نیست، در وصیت هم انتقال ملکیت بر واسطه فعل میسر نمی‌باشد و نیز نکاح فعل با ضد نکاح یعنی زنا، سفاح ملازمه دارد و در حقیقت مصداق ضد آن است. و امور انشایی را نمی‌توان به واسطه ضد آن‌ها انشا کرد. از این رو نکاح معاطاتی باطل است و موجب اثر حقوقی زوجیت نمی‌شود (Gharawi Na'ini, 2004).

در برخی از عقود تملیکی معاطات جاری است بلکه غالباً معاطاتی انجام می‌شود مثل صدقه و هدیه و هبه غیر معوضه چرا که متعارف بین مردم از قدیم و در زمان جدید پشت در پشت صدقه دادن به افعال و هدیه دادن به ارسال هدیه به شهرها و از مکانی به مکان دیگر به دست برده‌ها و کودکان و ترتب آثار ملکیت بر آن اعیان است و اکتفا کردن به صحت در بعضی تصرفات نه بعضی دیگر را وجدان نمی‌پذیرد پس آنچه را که از یکی از فقها نقل شده که هدیه ی بدون صیغه، اباحه می‌آورد نه تملیک پس جایز نیست نزدیکی با کنیزی که به این شکل هدیه داده شده و همینطور در هبه در این مورد ضعیف است جداً رد می‌شود به سیره ی قطعیه که کاشف است از تقریر حجت (خدا) حتی اگر قائل شویم به لزوم عقد در جایی که در عوض آن قربت به خداوند متعال قرار داده ایم در صورت وقوعش با معاطات به عمومیت داشتن ادله‌ای که دلالت دارد بر عدم رجوع در جایی که وجه ا... اراده شده باشد. و در برخی از آنها شک هست در جریان معاطات در آن مانند وقف خاص و تحبیس و سکنی و عمری و الرقبی چرا که شک وجود دارد در صدق عنوان آن بر آن به صرف انجام فعلی بعلاوه که معلوم نیست سیره بر آن موجود باشد بلکه می‌توان ادعا کرد که سیره بر عدم آن موجود است پس تحت حکم اصله الفساد باقی می‌ماند (Bahr al-Ulum, 1983).

معاطات در عقود معاوضی جز نکاح صحیح است و اثر آن یا اباحه تصرف است و یا تملیک. به دلیل، الف - اجماع محصل ب - سیره گذشته و حال مسلمانان به گونه‌ای که صحت معاطات در عقود معاوضی از ضروریات فقه به شمار می‌آید. ج - عموم ادله‌ای که بر مشروعیت بیع و اجاره و مانند آن وارد شده معاطات را نیز فرا می‌گیرد (Hosseini Maraghi, 2004).

نظریه بطلان نکاح معاطاتی در فقه امامیه از اعتبار زیادی برخوردار است. تقریباً تمام فقهای که متعرض بحث نکاح شده اند بر لزوم لفظی بودن ایجاب و قبول تاکید نموده اند به عنوان نمونه، امام خمینی (ره) در این خصوص اظهار داشته اند نکاح بر دو قسم دائم و منقطع 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 از بسیاری از فقها همچون شهید ثانی، طباطبایی، طباطبایی یزدی، بحرانی، علامه حلی، نجفی مشاهده می‌شود. جمعی از فقها از جمله شیخ طوسی، علامه حلی، محقق حلی نیز الفاظ ایجاب و قبول را مورد بحث و بررسی قرار داده و متعرض اصل بحث ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول نشده اند. زیرا از آنان این امر مسلم و بدیهی است بعضی از فقها مانند شیخ انصاری در مورد ضرورت لفظی بودن ایجاب و قبول عقد نکاح تا بدانجا پیش رفته اند که نکاح بدون صیغه را سفاح خوانده‌اند (Khomeini, 1995).

حضرت امام خمینی در کتاب البیع نیز نکاح معاطاتی را نپذیرفته اند بلکه فرموده اند «اینکه در مورد نکاح گفته اند که فعل با ضد آن که زنا و سفاح باشد ملازمت دارد یک توهم است به خاطر اینکه زنا نزد عرف غیر از نکاح و زواج است چه فعلی باشد و چه قولی. اگر زوجین قصد ازدواج داشته باشند و سپس زوجه انشای قصدش این باشد که به خانه زوج برود مثلاً با جهیزیه و زوج هم قبول کند او را به قصد ازدواج در خانه راه دهد، ازدواج معاطاتی محقق می‌شود و احکام ازدواج هم بر آن مترتب می‌شود از قبیل نگاه، وطی، وجوب نفقه و... پس امکان تحقق مفهوم نکاح بالفعل هم صحیح است لذا در صورت تعذر بالفعل واقع می‌شود مانند طلاق، و بدین وسیله معلوم می‌شود که فعل هم حلال است. اگر بر مبنای قصد نکاح واقع شود، خصوصاً در صورتی که مسبوق به مقابله بین طرفین باشد و اما هرطوری که باشد تسالم در خارج، بر معتبر دانستن صیغه توسط شارع در تأثیر نکاح از لحاظ شرعی در حال اختیار است و این باید تبعیت شود. و اگر هر دو به وسیله وطی قصد حصول ازدواج کنند، وطی صورت گرفته حرام است؛ اما مانع ترتب ازدواج نیست، پس حرام سبب حرام ممکن است که از لحاظ وضعی موثر باشد (Khomeini, 2000).

در باب اجاره باید گفت که نظر قویتر آن است که معاطات در اجاره صحیح است به این دلیل که اجاره ی معاطاتی عرفاً اجاره محسوب می‌شود به همین جهت تحت اطلاعات موجود در این باره قرار می‌گیرد بعلاوه که سیره ی قطعیه نیز بر آن اقامه شده و بدین واسطه از اصل فساد در معاملات خارج می‌شود. و حال که اجاره ی معاطاتی صحیح است موجد با تحویل دادن عین به مستأجر مالک اجرت خواهد بود چرا که قبض کردن (گرفتن) عین عرفاً قبض کردن منفعت محسوب می‌شود البته ملکیت او به نحو ملک متزلزل (غیر قطعی) در صورتی است که اجاره ی عین باشد. اما اگر اجاره ی عمل باشد، اجیر وقتی مالک اجرت می‌شود که کار را انجام داده باشد به این دلیل که قبل از تمام شدن عمل نه قبضی صدق می‌کند و نه تحویل دادنی مگر در کار کردن عبد بعد از قبض کردن او، و این اجاره ی معاطاتی بر خلاف اجاره ی عقدی است چرا که در اجاره ی عقدی در عمل (نه در عین) به محض بستن عقد اجرت به ملک اجیر در می‌آید اگر چه حق مطالبه ی آن را وقتی دارد که کار را تمام کرده باشد. البته احتمال دارد که اگر مستأجر اجرت را در اجاره ی معاطاتی، قبل از عمل به اجیر تحویل دهد مالک عمل محسوب شود و این بنا بر آن نظر است که معاطات با تحویل از یک طرف محقق می‌شود چرا که با تحویل دادن اجرت از یک طرف و قبض کردن آن از طرف مقابل معاطات حاصل می‌شود. خلاصه آنکه معاطات در اجاره نیز جاری می‌شود مؤید این مطلب عباراتی است که از مسالک و محقق کرکی نقل شده که فقهاء اتفاق دارند که اگر مستأجر (کارفرما) اجیر را به انجام کاری که عوض مشخص دارد امر کند اجیر به گرفتن اجرت حق پیدا می‌کند بنا بر این که بعضی از فقهاء ادعای اجماع کرده اند که صیغه در عقود لازم است از اساس پذیرفتنی نیست به این جهت که عدّه ی زیادی از فقهاء قائل به صحت معاطات در اغلب موارد هستند حمل می‌شود بر اینکه مراد آن بعضی این بوده که صیغه شرط لزوم معامله است نه شرط صحت آن. این مطلب را دریاب که دقیق است و بدان که من احتمال زیادی می‌دهم که سبب استحقاق داشتن عامل عوض را بر کسی که او را به کاری امر کرده در مقابل عوض معین بنا بر اینکه از اجاره محسوب شود آن است که او را امر کرده که فلان کار را انجام دهد و عامل هم قصد داشته با این عملش که این کار مورد ضمان او باشد پس اخذ عوض از قبیل جعاله است نه از باب اجاره.

معاطات در جعاله به طریق اولی نسبت به اجاره - جاری است چون اولاً باب جعاله وسعیت از اجاره است و ثانیاً از عقد لازم که برخی صیغه خاصی در آن‌ها را شرط می‌دانند نیست. ثالثاً: سیره قطعیه دلالت بر جریان معاطات در جعاله دارد (Bahr al-Ulum, 1983). جعاله بکسر وفتح وضم جیم مالی است که بعنوان اجرت برای عملی قرار دهند، در اصطلاح چنانکه ماده «۵۶۱» ق.م می‌گوید: «عبارت است از التزام شخصی بقاء اجرت معلوم در مقابل عملی، اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین».

رهن مصدر است و در لغت به معنی ثبوت و دوام آمده و به باز داشتن نیز گفته می‌شود و در اصطلاح رهن عبارت از عقدیست که بموجب آن مالی وثیقه دین قرار می‌گیرد. اصطلاح حقوقی از معنی لغوی دور نیفتاده، زیرا در عقد رهن، عین مرهونه از نقل و انتقال بازداشته می‌شود و مالک نمی‌تواند تصرفات مالکانه خود را بطور کمال نسبت به آن انجام دهد. قانون مدنی در ماده «۷۷۱» خود می‌گوید: «رهن عقدیست که بموجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. رهن دهنده را راهن، و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند» و مالی که برهن گذارده می‌شود مورد رهن، مال مرهون یا عین مرهونه می‌نامند. چنانکه از ماده بالا معلوم می‌گردد رهن یکی از عقود معینه می‌باشد و باید علاوه بر شرایط اساسی برای صحت معامله مذکور در ماده «۱۹۰» به بعد، شرایط مخصوص دیگری را حائز باشد. و به دستور ماده «۱۹۱» ق.م. عقد رهن بوسیله قصد انشاء بشرط مقرون بودن به چیزیکه دلالت بر قصد کند منعقد می‌گردد. ایجاب از طرف راهن و قبول از طرف مرتهن ادا می‌شود و ممکن است هریک از آن‌ها بلفظ، یا فعل یا نوشته باشد (Emami, 1996).

محقق اصفهانی در حاشیه مکاسب اشکالی را بر قرض معاطاتی ذکر کرده، بعدفرموده این اشکال در رهن و وقف نیز جریان دارد. خلاصه اشکال این است که در این عقود ثلاثه، قبض شرط است، یعنی اگر یک قرضی انجام دادید اما اگر قبض واقع نشد، این قرض صحیح نیست. محقق اصفهانی می‌فرماید اگر قائل شویم که معاطات در این عقود ثلاثه جریان دارد، لازم می‌آید اتحاد شرط و مشروط باطل و محال است (Fadhil Lankarani, 2007; Isfahani, 1997). قرض در لغت بمعنی قطع کردن و بریدن است چه آنکه مقرض قطعه‌ای از مال خود جدا می‌کند و به مقرض می‌دهد و در اصطلاح چنانکه ماده «۶۴۸» ق.م. می‌گوید: «قرض عقدی است که بموجب آن احد الطرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می‌کند که طرف مزبور مثل آنرا از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل، قیمت یوم الرد را بدهد (Emami, 1996).

به دلیل اطلاق ادله ی لزوم مزارعه و سیره قطعی متصل به عصر معصومین (ع)؛ که فرقی میان ایجاب و قبول لفظی و فعلی یا بدون لفظ (معاطاتی) قائل نشده است، مزارعه معاطاتی نیز لزوم آور است. امام خمینی در تحریر الوسیله فرموده اند: بعید نیست که بعد از تعیین آن چه که تعیین آن لازم است، معاطات (به دادن زمین و تحویل گرفتن آن) در آن جاری شود. که ایجاب و قبولش هر دو با فعل باشد (Khomeini, 1995).

۲. آثار معاطات در ایقاعات

معاطات در ایقاعات معروف مانند طلاق، ظهار، لعان، ایلاء، عتق و اقرار کافی نیست. زیرا اولاً؛ فقها اتفاق دارند در این موارد نیاز به لفظ صریح است، بلکه در بعضی صیغه مخصوص لازم دارد. مانند طلاق. چرا که روشن است که اخراج زوجه از خانه به قصد جدایی و رها کردن برده از خدمتکاری به قصد عتق، طلاق و عتق نمی‌گویند و شکی نیست که صیغه در صحت این قسم شرط است. ثانیاً؛ استصحاب بقاء زوجیت در مورد طلاق معاطاتی و بقاء عبدیت در عتق معاطاتی جریان دارد و هیچ یک از ادله خاصه و عامه که دال بر صحت معاطات است نمی‌تواند حاکم بر استصحاب باشد، زیرا ادله خاصه تنها معاطات قولی را شامل می‌شود و ادله عامه مانند اوفوا بالعقود، بنابراین که عقد را اعم از ایقاع بدانیم، باز عقد قولی و یا عهد مؤکد را شامل می‌شود و عهد مؤکد بدون لفظ حاصل نمی‌شود. ثالثاً؛ حدیث المؤمنون عند شروطهم اگر شرط به معنای ربط باشد شامل ایقاع نمی‌شود و اگر به معنای التزام باشد شامل ایقاع می‌شود و التزام قولی است نه مجرد قصد. افزون بر اینها مدلول حدیث، شروط میان بندگان با خودشان است. در حالی که ایقاعات شروط میان مؤمنان نیست. دلیل سوم بر بطلان ایقاع فعلی ظهور حدیث انما یحلل الکلام و یحرم الکلام است که دلالت دارد بر این که تنها محلل و محرم، کلام است مگر در مواردی که تخصیص زده شود (Bahr, 1994; al-Ulum, 1983; Hosseini Maraghi, 2004; Najafi Khwansari, 1979; Tohidi Tabrizi, 1994).

معاطات در ایقاعاتی که شبیه عقد است مانند وقف عام، وصیت برای عموم مثل بنای مساجد و تعمیر مشاهد مشرفه، پلها، مدارس، خانه‌ها، کاروانسراها و آنچه که برای آن‌ها تعیین می‌شود و در آن‌ها قرار داده می‌شود مانند حصیرها و لوله‌ها برای مساجد و فرش برای مشاهد و آنچه که آویزان می‌شود و در آن مکانها برای زینت یا برای تعظیم بلکه آنچه ذخیره می‌شود برای آن مکانها از جواهر با ارزش و اموال نفیس که برای حفظ آن خزانه‌ی خاصی ساخته می‌شود پس گفته می‌شود: صدق می‌کند وقف بر آنچه که از این موارد به واسطه‌ی افعال صورت می‌گیرد حتی اگر صیغه‌ی خاصی همراه آن نباشد بلکه ادعا شده قیام سیره بر آن بلکه تحقق آن را که وجدان شاهد بر آن است و انکارش نپذیرفتن حق است و مقتضای آن تأثیر معاطات است و در صحتش و خروج این امور است از تحت اصل مزبور به واسطه سیره‌ی قطعیه‌ای که دانستی که عمده در ادله صحت معاطات همان است

۳. جریان ربا در معاطات

مرحوم شیخ می‌فرماید: در باب ربا، دو مبنای کلی وجود دارد؛ یک مبنا این است که ربا را عده‌ای به بیع اختصاص دادند، «مختصهً بالبیع»، اما در سائر معاملات، مثل اجاره، صلح، هبه، ربای محرم وجود ندارد. مبنای دوم این است که حرمت ربا را تعمیم دادند و گفتند: ربا در هر چیزی که عرفاً عنوان معاوضه دارد، جریان پیدا می‌کند. معاوضه یعنی معامله‌ای که در آن عوضین وجود دارد.

بعد از روشن شدن این دو مبنا، شیخ می‌فرماید: در باب معاطات مجموعاً سه مبنا وجود دارد. ۱. طرفین قصد تملیک دارند و معاطات را مفید ملکیت بدانیم. ۲. طرفین قصد تملیک دارند و معاطات را مفید اباحه بدانیم. ۳. طرفین قصد اباحه را دارند.

در نتیجه صور مسئله مجموعاً شش تا می‌شود. در معاطات سه مبنا وجود دارد و در باب تحریم ربا هم دو مبنا، سه ضرب در دو، صور مسئله شش صورت می‌شود. نظر مرحوم شیخ این است که در جمیع این شش صورت، قائل می‌شویم ربا در باب معاطات جریان دارد. منتهی در بعضی از صورش به صورت ظاهر و استظهار بیان می‌فرمایند. در بعضی از صور، به عنوان «لا یبعد» بیان می‌فرمایند.

جائی که طرفین قصد تملیک دارند، اعم از اینکه معاطات مفید ملکیت باشد یا اباحه، ربا در معاطات جریان دارد. چرا؟ چون اگر ربا را مختص به بیع بدانیم، شکی نداریم بنابر آن صورتی که معاطات مفید ملک باشد، معاطات بیع است عرفاً و شرعاً. و بنابر آن صورتی که معاطات را مفید اباحه بدانیم، باز معاطات عنوان بیع عرفی را دارد ولو اینکه عنوان بیع شرعی را ندارد.

۴. جریان خیارات در معاطات

بحث در این است که آیا احکام خیار، در معاطات جاری است: شیخ (ره) می‌فرماید: باید دید که مبنا در معاطات چیست؟ اگر مبنا عدم ملکیت در معاطات است، هیچ خیار در معاطات وجود ندارد؛ چون در این صورت، معاطات بیع نیست، و احکام بیع، از جمله خیار، نیز در آن جاری نیست.

اما اگر از نظر مرحوم محقق ثانی تبعیت کردیم و معاطات را مفید ملکیت دانستیم، همان عباراتی که در بیع وجود دارد، در معاطات نیز وجود دارد، چه عباراتی که مخصوص بیع است، مانند خیار مجلس، حیوان و تخلف رؤیت، و چه خیارات مشترک، مانند خیار غبن و عیب، هرچند ملکیت حاصله در معاطات، ملکیت جایز باشد که بعد از تلف یکی از عوضین، لازم می‌شود، و این خیار تا قبل از تلف احدالعینین، قابل مصالحه و اسقاط است، اما قابل استفاده نیست؛ چون برای بر هم زدن معامله، نیازی به آن نیست (Fadhil Lankarani, 2007).

نظریه ی دیگر این است که در خیارات، قائل به تفکیک شویم، و خیارات مخصوص بیع را در معاطات جاری ندانیم، برخلاف خیارات مشترک؛ چون خیارات مخصوص به بیع، مال بیعی است که اگر خیار نباشد، آن بیع لازم باشد، مانند بیع با صیغه، اما معاطات، حتی در صورت حصول ملکیت نیز بدون خیار لازم نیست، مگر این که یکی از دو عوض تلف شود، لذا خیارات مخصوص به بیع در آن جریان ندارند. اما خیارات مشترک در آن جریان دارند، مانند خیار غبن که مانع متضرر شدن اشخاص در هر معامله ای-چه بیع و چه غیر بیع- می شود، یا خیار عیب، که البته خیار عیب در صورتی که موجب رد معامله شود، در معاطات جاری است، اما اگر موجب ارش شود، در معاطات جاری نیست؛ چون ارش خلاف قاعده است و باید به مورد نص اکتفا شود و نص هم فقط در بیع به صیغه وارد شده است.

«فالخیار موجود من زمان المعاطاة، إلا أن أثره يظهر بعد اللزوم»، اثر این خیار بعد از لزوم ظاهر می شود، «بعد اللزوم»، یعنی بعد از اینکه یکی از ملزومات آمد، می تواند معامله را به هم بزند. «و علی هذا»، قبل از لزوم چه اثری دارد؟ اثرش این است که می تواند این خیار را اسقاط کند. می تواند مالی را در مقابلش بگیرد و مصالحه کند. «فیصح إسقاطه»، اسقاط خیار «و المصالحة علیه قبل اللزوم». این تمام کلام بنا بر احتمال اول. روی قول به ملک دو احتمال وجود داشت، اولی گذشت، اما احتمال دوم این است: «و یحتمل أن یفصل بین الخیارات المختصة بالبیع»، احتمال دارد فرق بگذاریم بین خیارات مختص به بیع، «فلا تجری»، پس این خیار در معاطات جاری نمی شود، چرا؟ «لاختصاص أدلتها» ادله خیارات مختص هستند، «بما»، یعنی به بیعی که، «وضع علی اللزوم»، مبتنی شده است بر لزوم، «من غیر جهة الخیار»، یعنی اگر بعد این خیار نبود، این معامله به خودی خود، لازم بود. مثل خیار مجلس.

۵. ادله ی صحت بیع معاطاتی

مشروعیت معاطات به طور کلی از اموری است که قابل انکار نیست. فقهای حنفی، مالکی، حنبلی، بسیاری از فقهای شافعی مذهب و گروهی از فقیهان شیعه به ویژه متأخران آن ها رأی به صحت بیع معاطات داده اند (Ibn Qudamah, 1983) می گوید: «مالک بن انس پیشوای مالکیان و احمد بن حنبل مؤسس مذهب حنبلی چنین باوری داشته اند (Zia'i, 2002) فقهای که معاطات را صحیح می دانند برای اثبات ادعای خود دلایلی را ذکر کرده اند:

قرآن کریم می فرماید: خداوند بیع را حلال کرده است در حالی که ربا حرام است (بقره/۲۷۵) برای بیع معاطات عرفاً و لغتاً حقیقت شرعی نه به وضع تعیینی و نه تعیینی ثابت نشده تا در کلام شارع حمل شود. و هر بیعی محکوم به صحت است مگر آنکه با دلیل خارج شود به واسطه عمومیت قول خداوند «خداوند بیع را حلال و ربا را حرام کرده»

علامه بحر العلوم آورده اند که گاهی در صغری و گاهی در کبری این دلیل مناقشه می شود:

اشکال در صغری؛ آن که ممکن است معاطات را با توجه به تعریف هایی که از بیع نموده اند، بیع ندانیم مانند اینکه عقدی است که بر ایجاب و قبول دلالت می کند یا لفظ دال بر آن است و مانند آن یا نقل یا تملیک یا مبادله و امثال آن است و وابسته به آن است که بیع اسم لفظ است یا اسم معنی که همان معنی نفسی قائم به نفس است که از آن تعبیر می شود به کلام نفسی که تفسیر می شود با مدلول کلام لفظی و در هر دو صورت معاطات بیع نخواهد بود بنا بر مبنای اول که روشن است اما بنا بر مبنای دوم پس به این دلیل که انشاء نفسی که قائم به نفس منشأست مدلول انشای لفظی از امر یا نهی است که عبارت است از طلب خاص یعنی طلب به قول یا قول دال بر طلب که کاشف از اراده است بلکه گاهی ملحق می شود به قول مطلق چیزی که کشف می کند از اراده حکماً نه موضوعاً مانند کتابت و اشاره از افعال دال بر آن در وجوب امتثال و

^۱ «احل الله البیع و حرم».

ترتیب ثواب و عقاب بر موافقت و مخالفت ولی نه حقیقتاً امر و نهی است و نه موضوعاً بلکه حکماً (از لحاظ حکم) به امر و نهی در ترتیب احکام ذکر شده بر آن ملحق می‌شود مثل انشاء اخبار همچین و خلاصه آنکه انشاء و دو قسیمش از اخبار دو قسم از کلام هستند و هیچ کدام بدون لفظ امکان پذیر نخواهد بود پس اگر معنای بیع را انشاء نفسی بدانیم چاره‌ای نداریم که بگوییم عنوانش فقط بر وجود لفظ صدق می‌کند که معاطات فاقد آن است.

اشکال در کبری؛ آنکه گاهی گفته می‌شود که ما می‌دانیم که شارع در این موضوع عرفی قطعاً مطلق لفظ یا الفاظ

خاص را معتبر دانسته فقط اعلام نفرموده که آن را شرط در ملکیت قرارداد یا شرط در لزوم و با این وجود چطور استدلال می‌شود به عمومش با وجود اینکه تخصیص خورده به آنچه که آن را معتبر دانسته در آن و خاص مجمل موجب سرایت اجمال به عام می‌شود.

جواب اشکال: اینکه اگر در اصل ملکیت معتبر باشد واجب است که عام به آن تخصیص بخورد ولی اگر معتبر در لزوم باشد اینچنین نخواهد بود، پس امر بین تخصیص و عدم تخصیص دائر است بلکه متعین است که شرط در لزوم باشد به اصاله عموم که از اصول لفظی است چرا که مرجع آن به اصاله الحقیقه است پس همه لوازم شرعی و عقلی ثابت می‌شود ولو به واسطه بعید، بلکه آن در هر خاص مجمل مصداقی مردد بین دو فرد جاری است؛ یکی داخل در عموم و که موجب تخصیص خوردن عام به آن می‌شود بر فرض اراده شدنش و دیگر خارج از آن است و موجب آن نمی‌شود اگر مردد باشد، پس با اصاله العموم متعین می‌شود که او فرد خارج از عام باشد.

قرآن کریم می‌فرماید: اموال یکدیگر را به باطل (از طریق نامشروع) نخورید مگر اینکه تجارتی باشد که با رضایت شما انجام گیرد.^۱ این تقریب که معاطات لغتاً و عرفاً تجارت است پس در حکم مستثنی که همان جواز و اباحه است داخل می‌شود عاصم و حمزه و کسائی (بنابر آنچه از آنان نقل شده) به نصب خوانده خوانده اند بنا بر ناقصه بودن (کان) و تقدیر آن این است: مگر اینکه تجارتی باشد که با رضایت شما انجام گیرد مضاف الیه جای آن را گرفته و بقیه به رفع خوانده اند بنا بر تامه بودن (کان) به این معنی که تجارتی واقع شود، و در هر دو صورت ظاهر آن است که استثناء منقطع است چرا که مستثنی که تجارت از روی رضایت باشد از جنس باطل که مستثنی منه است و اشعار به علت حکم دارد که اباحه باشد نیست.

از این آیه می‌توان سه نتیجه کلی گرفت:

۱- از تصرفاتی که به طریق باطل و نامشروع انجام می‌گیرد نهی شده است؛ پس هر چیزی را که شرع آن را امضاء نکرده است در بر می‌گیرد، از قبیل غصب، سرقت، خیانت و عقود فاسده. قانون مدنی ما هم به پیروی از فقها و تفسیر آیه ی فوق آورده است: «بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع است و یا چیزی که مالیت یا منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که با بیع قدرت بر تسلیم آن ندارد، باطل است. بنابراین طبق این آیه بیع معاطات اکل به باطل نیست اما اگر معامله‌ای باطل مثل خرید شراب به صورت معاطات انعقاد شود این معامله که به صورت معاطات صورت گرفته است باطل است.

۲- بیع و نظایر آن که عنوان تجارت بر آنها صادق است به شرط رضایت طرفین صحیح و نافذ می‌باشد: «الا ان تکون تجاره عن تراض منکم» بنابراین قانون مدنی هم در ماده ۳۴۶ آورده است: «عقد بیع باید مقرون به رضای طرفین باشد و عقد مکره نافذ نیست». نتیجه می‌گیریم تمام بیع، معاطات، ائمار و... به شرط رضایت طرفین صحیح و مشروع اند چون دوطرف عقد به آن رضایت دارند حال در آن صیغه‌ای خوانده شود یا خوانده نشود.

^۱ «لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض منکم»

۳- رضایت در تجارت اطلاق دارد، یعنی شامل رضایت فعلی و الحاقی است؛ بنابراین اگر مکره بعد از رفع اکراه راضی به معامله شود عقد او صحیح خواهد بود و همچنین عقد فضولی نیز پس از اجازه ی مالک صحیح و نافذ خواهد بود زیرا هر دو از مصادیق «تجاره عن تراض» به شمار می آیند.

مرحوم شیخ می فرماید: در بعضی موارد ملازمه بین ملکیت و حلیت وجود دارد و اجماع قائم است بر این که اباحه تصرف مستلزم ملکیت است و کسی از فقهاء قائل به انفکاک ملکیت از عقد نشده است. اما در محل کلام اجماع و عدم قول به انفکاک ثابت نیست. لذا آیه بیع و آیه تجارت، شامل بیع قولی و فعلی است و در هر کدام حد اکثر بر اباحه و حلیت جمیع تصرفات دلالت می کند و اثبات ملکیت از طریق این طریق منوط به اثبات ملازمه شرعیه بین اباحه و ملکیت است که در بیع فعلی ثابت نیست (Ansari).

استدلال به دو آیه مبارکه برای حصول ملکیت در معاطات ناتمام است. مرحوم شیخ می فرماید: شاهد بر عدم وجود ملازمه شرعیه و عدم اجماع بر ملازمه، اطلاق کلام مشهور است. یعنی از طرفی کلیه تصرفات را در مالی که به وسیله معاطات به دست آمده است را تجویز می کنند و از طرفی تصریح به عدم ملکیت می کنند. اگر بین اباحه و ملک ملازمه ای بود چنین اطلاقی وجود نداشت

قرآن کریم فرموده است: ای اهل ایمان به عهد و پیمان های خود وفادار باشید. استدلال به آن مدعی مبتنی است اولاً: بر شمول عقد معاطات یا بنا بر تفسیرش به مطلق عهد آنطور که در صحیح ابن سنان آمده و تفسیر بعضی از اهل لغت به آن که در این صورت قطعاً شامل معاطات می شود. یا بنا بر کفایت مطلق توثیق که شامل توثیق قولی و فعلی است بنا بر تفسیرش آن طور که از اکثر اهل لغت آمده به عهد وثیق و محکم تا از عهدی که اصلاً وثوقی در آن نیست جدا شود مانند عهدهای قلبی که واجب الوفا نبودن آنها معلوم است. ثانیاً: بر اراده و جوب عمل به آنچه که عقد اقتضا دارد اگر لازم است پس لازم است و اگر جایز است جایز خواهد بود آنطور که از بعضی نقل شده پس جواز رجوع در عقود جایز و حرمت تصرف در عین بعد از آن مقتضای عقد جایز است پس وفای به آن واجب است و حکم تکلیفی استفاده شده از امر به وفاء مستلزم صحت است چرا که وفای به فاسد واجب نیست (Bahr al-Ulum, 1983).

از جمله روایاتی که به صحت معاطات استناد شده است، حدیث سلطنت یا قاعده تسلیط است که از پیامبر اکرم (ص) روایت شده است مردم در اموال خود هرگونه دخل و تصرفی دارند (Majlisi, 1983) تقریب آن این است که مراد از تسلط انسان بر مالش قدرت بر آن است به معنی نفوذ تصرفاتش در آن و مقتضای عموم سلطنت نفوذ همه ی تصرفاتی است که معاطات هم جزء آن است چرا که منع از آن سلب قدرت است و این با عمومی که از حکمت یا از حذف متعلق استفاده می شود منافات دارد. و استاد ما شیخ انصاری در مکاسبش به آن اشکال گرفته خلاصه ی آن این است که نهایت آنچه که از روایت استفاده می شود عموم سلطنت نسبت به انواع تصرفات است به طوری که اگر شک بر نوع خاصی از قدرتش داشته باشد حکم به عموم می شود و اما نسبت به کیفیت حصولش و سبب تحققش عمومی در آن نیست چرا که برای بیان اسباب، موجب آن نیامده پس از این حیث مهمل است اگر چه از حیث انواع تصرف مطلق است و خلاصه آنکه قدر مسلم از عموم، عموم به حسب کمیت است نه به حسب کیفیت.

شیخ انصاری نیز می نویسد: «این روایت بر مدعای مورد نظر (که حصول ملکیت در پی معاطات باشد) دلالت نمی کند؛ زیرا عمومیت این حدیث با در نظر گرفتن گونه های سلطنت می باشد. بنابراین هرگاه در گونه خاصی از سلطنت شک شود که آیا این نوع خاص از نظر شرع برای مالک ثابت و نافذ است یا خیر، عمومیت حدیث قابل استناد است؛ ولی اگر یقین شود که از نظر شرع، گونه خاصی از سلطنت برای مالک ثابت بوده و در حقیقت نافذ است لکن شک شود که این تملیک مورد نظر آیا با داد و ستد توأم با قصد تملیک تحقق می یابد یا اینکه نیازمند به سخنی است

که دلالت بر آن نماید، نمی توان به استناد عمومیت تسلط مردم بر اموالشان که از روایت مستفاد است، اثبات نمود که در شرع اسلام معاطات نیز سببیت برای ملکیت دارد» (Ansari).

پیامبر (ص) فرموده است: مسلمانان باید به شرط هایشان عمل کنند مگر هر شرطی که مخالف کتاب خدا باشد^۱ برخی از فقها یکی دیگر از ادله ی صحت معاطات را حدیث شرط می داند (Khomeini, 2000) و در کتاب جواهر الکلام آمده است که: «مسلمانان باید به شرط هایشان پایبند باشند مگر هر شرطی که مخالف کتاب خدا باشد که در این صورت جایز نیست به شرط عمل کرد» (Najafi). بنابراین اگر مسلمانی با مسلمان دیگر در حین عقدی، شرطی که مخالف شرع نیست را ملزم کند طرف دیگر اگر به آن شرط رضایت داشته باشد در صورت انعقاد عقد باید به آن پایبند باشد چون پیامبر (ص) در روایت مسلمانان را به عمل کردن به شرطها امر نموده است.

استدلال این روایت بر صحت معاطات این است که هرگاه فروشنده بارضایت مبیع را بدون صیغه به خریدار بدهد و خریدار هم بدون صیغه مبیع را بگیرد و ثمن آن را بپردازد در حالی که به داد و ستد رضایت دارد در این صورت داخل روایت عام «المؤمنون عند شروطهم» می شوند یعنی باید به عقد پای بند باشد و خلف وعده نکند. از جمله أدله ای که شیخ انصاری (ره) بر صحت معاطات اقامه کرده حدیث شرط می باشد: «المؤمنون عند شروطهم» شیخ انصاری شرط را به معنای مطلق التزام گرفت که شامل التزامات ابتدائی نیز می شود ولی عده ای از فقهای ما مثل حضرت امام (ره) و آقای خوئی و مرحوم بجنوردی و فاضل ایروانی فرمودند که شرط به معنای «إلتزام فی ضمن إلتزام الآخر و جعل شیء فی ضمن جعل شیء الآخر» تعدد مطلوب می باشد یعنی اگر شرط فاسد شود عقد فاسد نمی شود بلکه او را ملزم می کنند تا بیاید و به شرط عمل کند که ما نیز همینطور قائلیم.

عروه بن جعد بارقی گوید: «هنگامی که بازار مال فروشان برقرار شد، پیامبر (ص) یک دینار به من داد و فرمود: با آن یک دینار گوسفند بخر. من با آن یک دینار دو گوسفند خریدم. آن گاه مردی به من رسید و من یکی از آن گوسفندان را به یک دینار به او فروختم و با یک دینار و یک گوسفند نزد پیامبر (ص) بازگشتم. پیامبر اکرم (ص) یک دینار را به من داد و فرمود: خداوند به دست دادنت در هنگام معامله (خرید و فروش) برکت دهد (Hilli) صاحب جواهر نیز در مورد حدیث عروه ی بارقی می فرماید: شهرت حدیث در میان مسلمین (فریقین) ما را بی نیاز از بحث سند آن خواهد کرد» (Najafi).

هر چند این روایت به قول بیشتر فقها دلالت بر بیع فضولی می کند و آن را در نکاح هم امتداد داده اند اما حجیت آن بر صحت معاطات این است که: عروه ی بارقی با پول پیامبر (ص) گوسفند خریده است لذا خریدار که پیامبر (ص) بوده است با صرف رضایت و بدون خواندن صیغه ای، این معامله را انجام داده است حال آن که فروشنده هم به این معامله رضایت داشته است در نتیجه معاطات صحیح است.

سیره ی متشرعه و متدینین بر آن است که نسبت به مأخوذ به معاطات، معامله ی ملک کرده و هر تصرفی را نسبت به آن انجام می دهند؛ مثلا آن را می فروشند، اگر عبد باشد آزاد می کنند، اگر جاریه باشد جائز الوطی می دانند، اگر آخذ فوت شود آن را به وراثت داده و وراثت در آن تصرف مالکانه می کنند و... اینها علامت آن است که شارع خود چنین نظری دارد؛ زیرا متشرعه تدین دارند و شارع آن‌ها را تربیت کرده و ملتزم به احکام شرعیه هستند چنین عمل می کنند و اگر شارع نظر دیگری داشت این طور عمل نمی کردند. بنابراین معاطات مفید ملکیت است. شیخ انصاری در نقد تمسک به سیره ی متشرعه برای اثبات ملک می فرماید: این سیره ناشی از مسامحه و قلت مبالات به شرع است و الا کسانی که اهل مبالات هستند اگر فتوایی که مجوز حصول ملک با معاطات پیدا نکنند احتیاط کرده صیغه می خوانند (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۱۰۶) امام

^۱ «المسلمون عند شروطهم الا کل شرط مخالف کتاب الله»

خمینی (ره) که علاوه بر سیره عقلائیه، برای اثبات مطلوب به سیره متشرعه استدلال کرده اند. و می‌فرمایند: متشرعه اعم از علماء و صلحاء که معاملاتشان را معاطاتی و بدون اجرای صیغه انجام می‌داده اند، بعد از معاطات با آن معامله ملکیت می‌کردند و بنای آن‌ها بر صرف اباحه نبوده است. ایشان در پاسخ به اشکال شیخ انصاری به سیره متشرعه می‌گوید: ظاهر بناء عقلاء و متشرعه آن است که معاطات افاده لزوم ملکیت می‌کند (Khomeini, 2000).

یکی دیگر از ادله‌های صحت معاطات سیره عقلا است با این توضیح که از قدیم الایام سیره عقلا و متشرعه بر این بوده است که معاملاتشان را به نحو معاطاتی انجام می‌دادند. تعبیر امام (ره) این است که از زمانی که تمدن و اجتماع بشری به وجود آمد و مردم احتیاج به مبادلات پیدا کردند معاطات بین مردم بوده است (Khomeini, 2000). عقلای عالم حتی کسانی که دین ندارند و مسلمین از زمان معصومین (ع) تا زمان ما معاملات خود را به شکل معاطاتی انجام می‌دادند و نتیجه‌ی آن را ملکیت می‌دانند. این سیره قبل از شرع و نیز در آغاز شرع و بعد از آن بوده و به خاطر کثرت ابتلاء همه‌ی مردم به آن در مرئی و منظر شارع بوده است، ولی با اینکه شارع وظیفه‌ی تعلیم حکم و نهی از منکر دارد این سیره توسط شارع نفی نشده است؛ چون اگر نفی شده بود به دست ما می‌رسید. و هیچ فرقی بین معامله معاطاتی و معامله همراه با صیغه قائل نمی‌شده اند، به طوری که این مسئله قابل انکار نیست. و این خدشه که این عمل از روی بی‌توجهی و بی‌مبالاتی به دین بوده است، بی‌اساس است؛ زیرا حتی ائمه (ع) و اصحاب آن‌ها و علمای دین نیز در هدایا و عطایایی که به آن‌ها داده می‌شده بدون اجرای صیغه، تصرف مالکانه می‌کرده‌اند (طباطبایی، پیشین، ص ۶۸) تذکر این نکته هم لازم است که صرف عدم اثبات ردع در حجیت سیره کافی نیست، بلکه باید ثابت شود که ردع نشده است و این که در بعضی تقریرات مانند مصباح الفقاهه آمده است: در صورت شک در ردع، با اصل عملی (استصحاب) می‌توان احراز عدم ردع کرد درست نیست؛ چرا که اثبات امضاء شارع با استصحاب عدم ردع به نحو اصل مثبت است (Tohidi Tabrizi, 1994).

اگر وجود صیغه، شرط می‌بود باید از طرف شارع بیان می‌شد، عدم بیان، نشانگر عدم وجود است. این قدامه عدم نقل اشتراط صیغه از پیامبر (ص) و اصحاب را با وجود کثرت وقوع بیع در میان آنان دلیل بر عدم اشتراط صیغه گرفته و می‌افزاید تصور اهمال و غفلت در نقل نیز منتفی است زیرا بیع از جمله اموری است که فراوان، روی می‌دهد (همان، ص ۴) قاعده «ترک استفصال» نیز مقتضی همین مطلب است. شافعی می‌گوید: عدم ذکر تفصیل و جزئیات موضوع حکم از سوی شارع نشانه اراده عموم و اطلاق است (Shawkani & Inayah, 1999).

برخی برای اثبات صحت بیع معاطات به اجماع استناد کرده‌اند. این قدامه می‌گوید: «چون بیع معاطات از جمله اموری است که در همه اعصار رایج بوده و انکار آن قبل از مخالفین ما (اوایل قرن هفتم) گزارش نشده است. اجماعاً صحیح است». به نظر وی به دلیل آنکه قبل از ظهور مخالفین صحت بیع معاطات، اجماع مبتنی بر صحت آن بیع منعقد شده این مخالفت، لطمه‌ای به انعقاد آن وارد نمی‌کند. برخی از فقها نیز به دلیل عدم وجود مخالف ادعای اجماع کرده‌اند و معتقدند که مخالفت جمال الدین حلی، محل اجماع نیست زیرا وی از قول خود رجوع کرده است. (Muqaddas Ardabili, 1991).

۶. ادله مفید ملک بودن معاطات

مرحوم شیخ می‌فرماید: کسانی که معاطات را صحیح و موثر در ملکیت نمی‌دانند، همه جا و در هر معاطاتی این نظر را دارند و تفصیل را نفی می‌کنند. کسانی هم که معاطات را صحیح و ملکیت آور می‌دانند در همه اقسام معاطات این رای را دارند و قول سوم و تفصیل را رد می‌کنند.

با توجه به این مطلب، در بعضی از اخبار استفاده می‌شود که معاطات در باب هبه و اجاره و صلح صحیح (یعنی موجب ملکیت) می‌شود و چون کسی قائل به تفصیل نشده است به ضمیمه اجماع مرکب ثابت می‌شود که بیع معاطاتی نیز صحیح و مفید ملکیت می‌شود مرحوم شیخ می‌فرماید: به حکم آیه بیع و تجاره همه تصرفاتی که بر بیع مترتب است مباح است و ظاهر آن دو آیه نیز این است که این اباحه از اول بیع حاصل شده است. از جمله این تصرفات، تصرفاتی است که متوقف بر ملکیت است. پس ما ناچاریم که بگوییم از اول این ملکیت حاصل شده است. این که گفته شد قائل به ملکیت آن ما بشویم نیز درست نیست زیرا این مطلب نسبت به متفقه نیز شایسته نیست چه رسد که به فقهای عظام که حقیقتاً فقیه هستند.

نکته‌ای که در این جا باید گفته شود این است که این گونه کتب استدلالی برای تفکر خیلی خوب است اما برای متن درسی و آموزشی خوب نیست. زیرا این پراکندگی و رفت و برگشت‌هایی که صورت می‌گیرد ذهن دانش آموز را مشوش می‌گرداند. لذا در بعضی از دانشگاه‌ها این گونه مطالب را به عنوان کمک آموزشی مطرح می‌کنند.

به هر حال، سیره مستمر و دو آیه «واحل الله البیع» و «الا ان تکون تجاره عن تراض» برای اثبات مدعا کافی است. مگر این که گفته شود دو آیه مذکور بر ملکیت دلالت نمی‌کنند، و صرفاً بر اباحه همه تصرفات، حتی تصرفات متوقف بر ملکیت، مانند بیع، وطی، عتق و وصیت دلالت می‌کنند، و اباحه این تصرفات مستلزم ملکیت است که آن هم با ملازمه شرعیه حاصل از اجماع و عدم قول به انفکاک در غیر معاطات وجود دارد، اما در معاطات، که این ملازمه وجود ندارد، ملکیت هم ثابت نمی‌شود؛ زیرا قائلین به عدم ملکیت در معاطات، اباحه تصرف را به طور مطلق آورده‌اند، حتی تصرفات متوقف بر ملکیت را (Harandi, 2010).

۱.۷. ادله عدم صحت معاطات

شیخ طوسی، نجفی و جمال الدین حلی نیز معتقدند که بیع معاطات بیع صحیح شرعی نیست (Hilli; Najafi; Tusi, 1986) عمده دلایل این گروه به شرح زیر است:

۱- بیع معاطات با بیع معمول و متعارف تفاوت دارد پس جایز نیست، آنچه خداوند حلال کرده بیع است نه معاطات.

ابن حزم می‌گوید: «خداوند در قرآن فرموده است: «واحل الله البیع و حرم الربا» (بقره/۲۷۵). بنابراین هرآنچه خداوند حرام کرده حرام است و هرآنچه را حلال کرده حلال است، پس اگر مالی به غیر از اسمی که خداوند برایش مقرر داشته اخذ شود حرام خواهد بود» و صاحب جواهر نیز دلیل عدم صحت بیع معاطات را بیع نبودن آن می‌داند (Najafi). این استدلال نمی‌تواند دلیلی قانع کننده باشد زیرا همچنانکه حلیت احتیاج به دلیل دارد، حرمت نیز نیازمند دلیل است، دلیلی از نظر شرع بر حرمت بیع معاطات وجود ندارد. به علاوه، شرع بیع را حلال کرده و بیع معاطات هم یک نوع بیع به شمار می‌رود و دلیلی برای خارج کردن آن از عموم لفظ بیع وجود ندارد. شریینی معتقد است که فعل، در اصل وضع بر رضا دلالت نمی‌کند پس اگر کسی از طریق معاطات چیزی را قبض کند مانند آن است که از طریق بیع فاسد آن را قبض کرده باشد. این استدلال نیز صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا همانگونه که از لفظ دریافت می‌شود، می‌تواند از فعل و حتی سکوت نیز دریافت گردد (Sharabini al-Khatib, 1973).

سیوطی معتقد است که: «عقودی چون هدیه، بیع و اجاره نیاز به ایجاب و قبول ندارند و فعل کفایت می‌کند» (Suyuti & Isma'il, 1999) شیخ طوسی می‌نویسد: «عقد، یک حکم شرعی است و در شرع دلیلی وجود ندارد که دادوستد معاطاتی عقد باشد». استناد به این دلیل نیز موجه

نیست زیرا اولاً چنانکه گذشت عموم آیه احل الله البیع بر جواز آن دلالت می‌کند و ثانیاً این سخن با قاعده «الاصل فی الاشیاء الاباحه» منافات دارد (Tusi, 1986).

۲- تراضی در معاطات محرز نیست بنابراین بیع معاطات جایز نیست. شربینی با استناد به آیه شریفه «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجاره عن تراض منکم» (نساء/ ۲۹) و ابن ماجه با استناد به حدیث نبوی «انما البیع عن تراض» معتقدند که صحت بیع منوط به رضای طرفین عقد است و چون رضا امری پوشیده و مستور است، حکم به سببی ظاهری یعنی صیغه منوط شده است (-Sharabini al-Khatib, 1973)؛ باید گفت آن قسمت از کلام شربینی که رضا را امری درونی و مستور می‌داند صحیح است اما بر خلاف آنچه وی تصور کرده، صیغه و لفظ فقط یکی از راه‌های بردن به رضای درونی است نه تنها راه آن، بنابراین طرق دیگری چون فعل همراه با قراین حالی می‌توانند نمایانگر رضای درونی عاقد باشند پس صحت بیع همچنانکه با لفظ به اثبات می‌رسد از طریق معاطات و در صورت وجود قراینی دال بر تراضی ثابت می‌شود.

۳- اجماع: گروهی چون صاحب جواهر در اثبات بیع نبودن معاطات ادعای اجماع کرده اند و فرموده فقط در میان قدماء یک عبارت از مرحوم شیخ مفید (ره) است که ما هم این عبارت را جایی ندیدیم (Najafi).

۴- ضرورت مذهب: صاحب جواهر (نجفی، بی تا؛ ج ۲۲، ص ۲۱۰) که به این دلیل استناد کرده است توضیح نمی‌دهد که اگر عدم صحت بیع معاطات آنقدر روشن و آشکار است که بالضروره از مذهب امامیه دریافت می‌شود چرا در میان فقهای امامیه گروه نسبتاً زیادی این ضرورت را درک نکرده و بیع معاطات را صحیح دانسته اند.

۵- روایات: عمده ترین دلیل لفظی که برای اثبات عدم صحت معاطات به آن استدلال می‌شود روایت خالد بن حجاج یا خالد بن نجیح است: قال: قلت لابی عبدالله (ع): الرجل یجیء فیقول: اشتر هذا الثوب واربحک کذا وکذا. قال: ایس ان شاء ترک وان شاء اخذ؟ قلت: بلی. قال: لا بأس به، انما یحلل الکلام ویحرم الکلام».

۶- استدلال به اصل: اصل بقای ملک هر کس بر مالش است تا وقتی که یک ناقل شرعی معلوم شود و خارج کننده‌ای از این اصل، از حجج شرعی، حاصل شود (Bahrani, 1993). اشکالی که بر این دلیل وارد است: جواب از این استدلال بدیهی است به خاطر اینکه با وجود دلیل اجتهادی، نوبت به اصل نمی‌رسد (Qadiri, 1997).

۷- استدلال بر نهی پیامبر از بیع ملامسه و منابذه و حصاه

این زهره در غنیه ادله‌ای برای عدم صحت معاطات آورده است از جمله: نهی پیامبر از این سه نوع بیع (بیع ملامسه و منابذه و حصاه). با فرض اینکه سند این حدیث نبوی تمام باشد، این حدیث دلالتی بر فاسد بودن معاطات ندارد. چون اولاً: دلیل نهی و کیفیت آن معلوم نیست ثانیاً: این حدیث مختص به موارد خودش است. ثالثاً: چون اینگونه معاملات از طرق غیر متعارف بوده از آن نهی شده است. رابعاً: چون اینگونه معاملات مستلزم غرر و جهالت بوده، محتمل است که نهی به خاطر غرر آن باشد (Khomeini, 1995). اما با تأمل در احادیثی که به این معنی روایت شده و همچنین تفسیر این احادیث، معلوم می‌شود که نهی از این سه نوع بیع، فقط به خاطر جهل و غرر بوده و نه به خاطر هیچ چیز دیگر. پس این حدیث اصلاً بر مطلوب دلالتی ندارد (Makarem Shirazi, 1993).

۸- استدلال به روایات مربوط به خرید و فروش قرآن

- ۱- روایت عبدالرحمن بن سیابه از ابی عبدالله (ع) قال: سمعته یقول: ان المصاحف لن تشتري فاذا اشتریت فقل انما اشتری منك الورق. (الحديث).
 - ۲- روایت سماعه از ابی عبدالله (ع) قال: «سألته عن بیع المصاحف و شرائها فقال: لا تشتري کتاب الله و لكن اشتر الحديد و الورق و الدفتین و قل اشتری منك هذا بكذا و كذا»
 - ۳- روایت عثمان به عیسی قال: «سألته عن شراء المصاحف فقال: اذا اردت ان تشتري فقل اشتری منك ورقه و ادیمه و عمل يدك بكذا و كذا» (حرعاملی، ۱۴۰۹ ق، ج ۱۲، باب ۳۱)
- انصاف این است که این گروه حدیث هیچگونه دلالتی بر مطلوب ندارد، بلکه مراد از این گونه روایات حفظ حرمت قرآن است. وقتی بهایی را در مقابل مصحف به صورت معاطات پردازند، ظاهر این عمل این است که این بهاء در مقابل تمام قرآن پرداخته شده اما وقتی بخواهیم حکم جلد و چرم را از خطوط قرآن جدا کنیم فقط با تصریح لفظی می توان این انفکاک را انجام داد.
- و این مطلب هیچ دلالتی ندارد بر این که لازم باشد مسئله تفکیک در مقام انشاء باشد، بلکه در مقابله هم باشد کفایت می کند تا اینکه معاطات بر مبنای آن مقابله انجام شود.

نتیجه گیری

قول به عدم صحت بیع معاطات در میان فقهای متقدم، طرفداران نسبتاً زیادی داشته است اما به مرور زمان از میزان آن‌ها کاسته شده به نحوی که امروزه شاید کسی بیع معاطات را باطل نداند. مهمترین عاملی که باعث این تغییر نگرش شده توجه به نیازها و عادات مردم بوده است. بعد از اینکه صحت معاطات اثبات گردید روی این مساله تمرکز گردید که آیا معاطات مفید اباحه تصرف است یا مفید ملکیت که دیدگاه شهید ثانی و فقهای ادوار مختلف فقهی آورده شد. که مرحوم شهید ثانی در کتاب مسالک تصریح فرموده که کسی که معاطات را جایز (صحیح) می داند، همه تصرفات را جایز می داند. نهایتاً آن‌ها باید بدین امر ملتزم شوند که تصرف متوقف بر ملکیت، کاشف از این است که لحظه‌ای قبل از تصرف، ملکیت حاصل شده است. بدین ترتیب، بین اباحه این تصرفات و توقف آن‌ها بر ملک، با التزام به این مقدار جمع می شود، و بر التزام به حصول ملکیت از ابتدای امر، متوقف نیست تا گفته شود مرجع این اباحه نیز تملیک است.

اما ثبوت سیره و استمرار آن بر به ارث گذاردن مأخوذ به معاطات مانند سایر سیره‌های مردم ناشی از مسامحه و کم توجهی در دین است که مانند آن در عبادات، معاملات و سیاست‌های آنان کم نیست و این امر ناگفته پیداست. پس بهتر آن است برای اثبات ملکیت در معاطات، به تبادر عرفی «صحت شرعی مطاعات» تمسک شود. شهید ثانی همچنین می گوید: محقق حلی در شرایع می فرماید: «تقابض بدون لفظ کفایت نمی کند اگر چه اماراتی که دلالت می کند بر اراده بیع، حاصل باشد چه در اشیاء کوچک و چه در اشیاء بزرگ» و این مطلب بین اصحاب مشهور بلکه نزدیک به اجماع است.

قول مشهور بلکه نزدیک به اجماع است که در همه عقود لفظ دال بر ایجاب و لفظ دال بر قبول واجب است. همچنانکه صریح خلاف و مبسوط و جواهر و غنیه و سرائر و جامع الشرایع و المیسبه و روضه و مسالک این است که معاطات در حال وقوعش بیع نیست.

شهید ثانی در مسالک در شرح عبارت شرایع و لمعه آورده است که: محققاً معلوم می شود که این مطلب مشهور بلکه نزدیک به اجماع است. و در جای دیگری در مسالک در هنگام نقل سخن از شیخ مفید گفته است «چه دلیل خوب و محکمی بود اگر اجماع برخلاف آن قائم

نبود. علاوه بر این، می‌توان صحت معاطات را در هبه و اجاره با بعضی از اطلاعات وارده درباره آن دو اثبات کرد، و با اجماع مرکب استدلال به آن در بیع کامل نمود [به این نحو که هر کس در هبه و اجاره قائل به معاطات شده، در بیع نیز آن را صحیح می‌داند].

شهید ثانی پس از بیان قول کسی که مطلق لفظ را در لزوم بیع معتبر می‌داند، در مسالک فرموده: «چقدر زیبا گفته و چقدر دلیل او متین است، اگر اجماعی برخلاف او وجود نداشت» در نهایت زیبایی و متانت است. و در شرح لمعه می‌فرماید: اینکه در تحقق بیع، معاطات کافی نیست، این امر نزدیک به این است که اجماع فقها قائم به آن باشد. فقهای همچون شهیدثانی که در مساله معاطات، صرفاً به اباحه تصرف قائل شده اند سیره و بنای عقلا را در نظر نگرفته اند، همان اصلی که در عصر کنونی توسط حضرت امام خمینی (ره) مطرح گردید که زمان و مکان دو عنصر تعیین کننده در اجتهادند. این مطلب فی الواقع تعبیر دیگری از همان سیره عقلا یا بنای عقلا، عرف عقلا یا عادت مردم است که در کتب فقهی کم و بیش به عنوان یکی از ادله احکام ذکر شده است.

بررسی سیر تاریخی هر مسئله‌ای در فقه، از جمله معاطات، نشان می‌دهد که هر فقهی به چه میزان از فقه‌های قبل از خود و معاصر خود، در آن مسئله تأثیر پذیرفته و در صدور فتوای او مؤثر بوده است. اعتقاد محکمی که بعضی از فقها بر لزوم الفاظ در معاملات داشته اند به این امر منجر گردیده که کلام شهید ثانی را با تعبیرات مختلف، از ظاهر آن منحرف سازند و به گونه‌ای ثابت کنند که شهیدثانی هم وجود الفاظ را در عقود لازم می‌دانسته است. باید دانست که معاطات در همه عقود و ایقاعات جاری است و فقط مواردی که به دلیل خاص از این حکم کلی خارج می‌شوند مستثنی می‌باشند و فقهای که قائل به این امر هستند در رابطه با جاری شدن معاطات در همه ی عقود و ایقاعات قاعده کلی ارائه نموده‌اند.

و سپس بعد از آوردن ادله قائلین به جواز و لزوم در نهایت به این نتیجه رسیدیم که حکم معاطات به نظر اکثر قریب به اتفاق فقهای متاخر و بعضی از فقهای قدیم با حکم معاملات دارای صیغه هیچ فرقی ندارد و تنها فرق آن نداشتن صیغه است و همه احکام معاملات دارای صیغه بر معاطات هم جاری می‌شود و بعد از فراغت از این مهم، بعضی از مسائلی که پیرامون معاطات مطرح است، مورد بحث قرار گرفت.

تعارض منافع

در انجام مطالعه حاضر، هیچ‌گونه تضاد منافی وجود ندارد.

مشارکت نویسندگان

در نگارش این مقاله تمامی نویسندگان نقش یکسانی ایفا کردند.

حامی مالی

این پژوهش حامی مالی نداشته است.

EXTENDED SUMMARY

The Mutatis transaction, or non-verbal contractual exchange, represents one of the key discussions in Islamic jurisprudence due to its prevalence in societal interactions and its implications for both legal and economic systems. While verbal contracts are widely recognized in legal discourse, the Mutatis transaction—where goods and services are exchanged without verbalizing the terms—presents a more nuanced issue. This article examines the effects of Mutatis in contracts and unilateral legal acts, assessing the arguments for and against the validity of such transactions, especially in the context of Islamic law and the Civil Code of Iran. Notably, while Mutatis transactions are broadly accepted in commercial dealings, they remain controversial in specific contractual contexts, such as marriage.

Historically, Imami jurists have debated the legitimacy of Mutatis, with earlier jurists like Shahid Thani (Shahid al-Thani, 1993) initially rejecting its validity in exchange contracts. Over time, however, the legal and religious consensus shifted, with many jurists recognizing the legitimacy of such transactions, provided they meet specific conditions. The argument for the validity of Mutatis is grounded in several Islamic legal principles, including the Qur'an, Sunnah, and consensus (*ijma*), as well as the rule of lifting hardship (*qa'idah rafa' al-haraj*) (Ansari, n.d.). As a result, the concept of Mutatis has found broader acceptance in modern legal systems, where both verbal and non-verbal expressions of consent are considered sufficient to validate a contract, as long as mutual intent is clear (Meshkini).

Despite the evolving consensus on the validity of Mutatis in commercial dealings, significant disagreement remains concerning its application in marriage contracts. Shahid Thani, along with most Islamic jurists, has argued against the validity of non-verbal contracts in the context of marriage, citing consensus (*ijma*) on the matter (Shahid al-Thani, 1993). The Civil Code of Iran has incorporated this perspective, mandating verbal expressions of offer and acceptance in marriage contracts to ensure clarity of intent. This requirement reflects broader concerns in Islamic law about the potential for misunderstanding in such deeply personal and consequential contracts (Najafi).

In commercial transactions, however, the role of Mutatis has expanded considerably. The legal discourse surrounding Mutatis emphasizes that, while verbal offer and acceptance are the norm, non-verbal exchanges can also fulfill the essential criteria of a contract. In such cases, the transfer of ownership and the mutual consent of both parties are sufficient to establish the legitimacy of the transaction. Jurists who advocate for the permissibility of Mutatis base their arguments on the principle that the exchange of goods or services, even without verbalizing the terms, constitutes a valid contract as long as the mutual consent of both parties is evident (Khomeini, 1995, 2000).

From a jurisprudential perspective, Mutatis transactions are seen as a pragmatic solution that aligns with Islamic principles while addressing the realities of modern economic life. This view is further supported by jurists such as Shahid Thani, who noted that while Mutatis may not have been favored by earlier scholars, contemporary jurists recognize its necessity in many commercial settings. The gradual acceptance of Mutatis in commercial law reflects the broader adaptability of Islamic jurisprudence, which seeks to balance traditional legal principles with the practical needs of society (Ansari).

The contemporary debate surrounding Mutatis highlights the tension between maintaining traditional legal standards and adapting to modern economic practices. While the requirement for verbal contracts remains intact in certain areas, such as marriage, the increasing prevalence of non-verbal agreements in commercial transactions demonstrates a growing recognition of their practical utility. This shift is indicative of the flexibility within Islamic law to accommodate changing societal norms while upholding the principles of justice and fairness. As such, Mutatis transactions have become an integral part of Islamic legal discourse, reflecting the dynamic nature of jurisprudential interpretation in response to evolving societal needs (Bahr al-Ulum, 1983; Najafi).

In conclusion, Mutatis transactions represent a crucial aspect of Islamic contract law, particularly in commercial dealings. The gradual acceptance of non-verbal contracts in these contexts underscores the adaptability of Islamic jurisprudence to modern economic realities. However, the continued prohibition of Mutatis in marriage contracts reflects the enduring importance of clarity and verbal consent in personal and familial matters. By examining the historical and contemporary perspectives on Mutatis, this paper contributes to a deeper understanding of the role of non-verbal contracts in Islamic law and their implications for both individuals and society at large.

References

- Ansari, M. *Al-Makasib* (Vol. 6 & 13). Dar al-Kitab Institute.
- Bahr al-Ulum, S. M. (1983). *Bulghat al-Fiqhiyya* (Vol. 2). Maktabat al-Sadiq.
- Bahrani, Y. (1993). *Al-Hada'iq al-Nadhira* (Vol. 20 & 22). Dar al-Dhara'.
- Emami, H. (1996). *Civil Law* (Vol. 1 & 2). Islamia Bookstore.
- Fadhil Lankarani, M. J. (2007). *Advanced Fiqh Lectures (Sale, Makasib)*.
- Gharawi Na'ini, M. A. (2004). *Al-Bay' (Al-Tanqih fi Sharh al-Makasib, Notes by Abu al-Qasim al-Khoei)*. Institute for Reviving Imam Khoei's Works.
- Harandi, M. F. (2010). *Translation and Commentary on Al-Makasib (Kitab al-Bay')* (Vol. 5). Bustan-e-Ketab Institute.
- Hilli, H. Y. b. M. a.-A. *Tahrir al-Ahkam*. Al al-Bayt.
- Hosseini Maraghi, M. A. a.-F. (2004). *Al-'Anawin* (Vol. 2). Islamic Publishing Institute (affiliated with the Society of Teachers of Qom).
- Ibn Qudamah, A. A. (1983). *Al-Mughni*. Beirut.
- Isfahani, S. M. H. (1997). *Hashiyat al-Makasib*. Seminary of Qom.
- Khomeini, S. R. (1995). *Al-Bay'* (Vol. 1). Islamic Publishing Institute affiliated with the Society of Teachers of Qom.
- Khomeini, S. R. (2000). *Kitab al-Bay'* (Vol. 1). Isma'ilian Publishing Institute.
- Majlisi, M. B. (1983). *Bihar al-Anwar* (Vol. 2 & 100). Dar Ihya al-Turath al-Arabi.
- Makarem Shirazi, N. (1993). *Anwar al-Fiqhah*. Imam Amir al-Mu'minin School.
- Meshkini, M. A. *Fiqh Terms, Book of Nikah*.
- Muhaqqiq Karaki, A. H. (1991). *Jami' al-Maqasid* (Vol. 4 & 5). Al al-Bayt Institute for Reviving the Heritage.
- Muqaddas Ardabili, A. (1991). *Majma' al-Fa'ida wa al-Burhan (Sharh al-Irshad al-Adhhan)*. Islamic Publishing Institute.
- Najafi Khwansari, M. M. (1979). *Muniyat al-Talib, Notes by the Late Mohammad Hossein Gharawi Na'ini*. Murtadawiyya.
- Najafi, M. H. *Jawahir al-Kalam*. Dar al-Ihya al-Turath al-Arabi.
- Qadiri, M. H. (1997). *Kitab al-Bay'*.
- Shahid al-Thani, Z. a.-D. (1993). *Masalik al-Afham fi Sharh Shara'i' al-Islam*. Al-Ma'arif al-Islamiyya Institute.
- Sharabini al-Khatib, M. (1973). *Mughni al-Muhtaj ila Ma'rifat Alfaz al-Minhaj*. Egypt.
- Shawkani, M. A. b. M., & Inayah, A. I. (1999). *Irshad al-Fuhul*. Beirut.
- Suyuti, A. R. b. A. B., & Isma'il, M. H. (1999). *Al-Ashbah wa al-Naza'ir fi Qawa'id wa Furu' Fiqh al-Shafi'iyah*. Beirut.
- Tohidi Tabrizi, M. A. (1994). *Misbah al-Fiqhah fi al-Mu'amalat (Notes on Ayatollah Khoei's Lectures)* (Vol. 2). Ansariyan Institute.
- Tusi, A. J. M. b. H. b. A. (1986). *Tahdhib al-Ahkam*. Dar al-Kutub al-Islamiyya.
- Zia'i, M. A. (2002). Sale by Mutual Consent and the Effect of Custom in Its Validation. *Articles and Reviews*, 71.