

مطالعه تطبیقی تعاطی (انعقاد عقد از طریق فعل) در فقه و حقوق افغانستان

سید عباس موسوی^۱ / برهان عبدالمصور^۲

* نوع مقاله: پژوهشی / تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۱۰/۰۷ / تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۱۲/۱۰

کدمقاله: JHVMN-۲۵۰۱-۱۲۵۸

چکیده

تعاطی، مبادله کالا و ثمن توسط طرفین عقد بدون اعلام لفظی اراده از طریق فعل که حاکی از رضایت طرفین باشد، است. در فقه نسبت به جواز و عدم جواز تعاطی اختلاف نظر وجود دارد. در حالی که گروهی از فقها که لفظ را در بیان اراده مهم می‌دانند، تعاطی را نا جایز، گروهی دیگر نسبت به اموال دارای ارزش اندک جایز می‌دانند. نظر ارجح این است که از آنجا که اساس عقود را اراده مبتنی بر رضا افراد تشکیل می‌دهد، لذا تعاطی تا زمانی که برخلاف قواعد حقوقی نباشد بدون توجه به ارزش کالا، صحیح می‌باشد. بین فقهای که قائل به جواز تعاطی می‌باشند، در موردی اینکه عمل تسلیمی بدلین هم‌زمان باید باشد یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. نظر ارجح در فقه احناف این است که تسلیمی بدلین باید در مجلس واحد واقع شود تا عقد از طریق تعاطی منعقد شده بتواند. قانون مدنی افغانستان نیز در ماده ۵۰۹ خود، نهاد حقوقی تعاطی را پذیرفته و نسبت به تسلیمی بدلین، از نظر ارجح در فقه احناف پیروی نموده است.

واژگان کلیدی: اراده، اظهار اراده، بیان ضمنی اراده، تعاطی، عقد.

^۱. استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه البیرونی، کاپیسا، افغانستان. (نویسنده مسئول)

sayedabbasmosavi۸۳۲۴@gmail.com

^۲. دانشجوی کارشناسی ارشد، دانشگاه ننگرهار، افغانستان. Mosawerburhan۲@gmail.com



مقدمه

با توجه به اینکه عقد بر اساس اظهار اراده متقابل و مطابق طرفین منعقد می‌شود، عنصر اساسی تشکیل عقود را اراده مبتنی بر رضای طرفین تشکیل می‌دهد. از آنجا که رضا امر باطنی است، برای اینکه دیگران از وجود آن آگاهی حاصل نمایند، باید در عالم خارج بیان یا ابراز شود. در فقه اصل این است که برای انعقاد عقد، بیان اراده (ایجاب و قبول) باید از طریق لفظ اظهار شود. اما لفظ تنها طریق بیان اراده نیست. از نظر فقها و حقوقدانان در کنار اظهار اراده از طریق لفظ، بیان اراده از طرق دیگری چون؛ نوشته، اشارات، بعضاً سکوت و فعل (تعاطی) نیز صورت گرفته می‌تواند.

در این شکی نیست که از گذشته تا به امروز، مردم برخی از قراردادها را از طریق مبادله با فعل و بدون اینکه اراده خود را از طریق لفظ و به‌طور شفاهی بیان نمایند، منعقد می‌کنند. در فقه و نظام حقوقی افغانستان به این شیوه‌ای از انعقاد قرارداد اصطلاح "تعاطی" و "دادوستد" بکار برده شده است. امروزه با توجه و تجمع جمعیت در مراکز شهرها که ناشی از افزایش جمعیت می‌باشد و فزونی تولیدات و افزایش استانداردها که سبب گسترش فروشگاه‌ها، بازارها و مشاغل بزرگ شده، انعقاد قرارداد از طریق تعاطی بسیار متداول شده که از نظر زمانی و اقتصادی سهولت‌های چشم‌گیری را فراهم نموده است. مثال‌های فراوانی در زندگی روزمره در این زمینه وجود دارد. همه‌روزه از فروشگاه، مارکیت، نانوائی و غیره مکان‌ها کالایی را که قیمت آن را می‌دانیم و یا قیمت آن روی خودش یا بالای قفسه که در آن کالا قرار گرفته است نوشته‌شده و یا کالای را که قیمت آن را قبلاً از فروشنده پرسیده و بعداً اقدام به خریداری آن می‌کنیم، معامله خرید را صرفاً با پرداخت قیمت کالا مذکور بدون اینکه لفظی را به‌عنوان ایجاب و یا قبول بیان نمایم، صرفاً با فعل (گرفتن کالا و پرداخت قیمت آن) انجام می‌دهیم. یا هنگامی که از وسایل حمل‌ونقل عمومی استفاده می‌کنیم، با قرار دادن بلیت در مکان مربوطه و یا اسکن کارت حمل‌ونقل عمومی بدون اینکه لفظی را بکار ببریم قرارداد را منعقد می‌نمایم. در این تحقیق موضوعاتی از قبیل؛ اینکه تعاطی به‌عنوان طریقه انعقاد عقود در فقه جایز بوده یا خیر و در نظام حقوقی افغانستان مورد قبول واقع شده است یا خیر؟ اگر در هنگام انعقاد عقد یکی از طرفین لفظ بکار ببرد و دیگری فعل، چنین عملی تعاطی محسوب می‌شود یا خیر؟ و اینکه مبیع یا ثمن در حین عقد و دیگری بعداً تسلیم شود شامل تعاطی می‌شود یا خیر؟ مورد بررسی قرار می‌گیرد. از آنجا که نظام حقوقی افغانستان مقتبس از فقه حنفی نظام حقوقی اسلام می‌باشد، مطالعه تطبیقی تحقیق موجود نیز نسبت به فقه احناف و نظام حقوقی افغانستان می‌باشد. در این تحقیق با

توجه به اینکه عقد بیع به عنوان مهم ترین عقد بوده و بسیاری از احکام آن قابل اجرا در سایر عقود می باشد، تعاطی نسبت به آن مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱- تعریف و مفهوم تعاطی

اصطلاح "تعاطی" اصطلاح است که فقهای احناف برای انعقاد عقد از طریق فعل بکار می برند، در حالی که فقهای مذاهب شافعی، حنبلی و مالکی اصطلاح "معاطات" را برای این شکل از انعقاد عقود بکار برده است. بعضی از فقهای احناف برای این نوع از عقود از اصطلاحاتی "بیع تراضی" (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۵) و یا "بیع معاوضه" (کاسانی، ۱۴۱۸، ج ۶، ص ۵۳۰) نیز استفاده نموده است. قانون مدنی افغانستان به تابعیت از فقه حنفی، انعقاد عقد از طریق تعاطی را مورد پذیر قرار داده و به انعقاد عقد از طریق فعل، اصطلاح "تعاطی" و هم "دادوستد" را بکار برده است.^۱

اصطلاح تعاطی ریشه در کلمه عطا / عطا دارد (Mustafa Koç, ۲۰۱۴) به معنی با دست گرفتن (Apaydın, ۲۰۰۰, p. ۳۹۰)، دست دراز کردن برای گرفتن (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۴)، دادن و گرفتن و دادن (Yerlikaya, ۲۰۲۲, p. ۶)، دادن به یکدیگر و غیره آمده است (Mustafa Koç, ۲۰۱۴). در اصطلاح فقهای احناف، تعاطی عبارت است از مبادله کالا و ثمن از طریق فعلی که حاکی از رضایت طرفین به عقد است، بدون اظهار اراده به طور شفاهی (ابن نجیم، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۴۵۲, Döndüren, ۲۰۰۵, p. ۳۰, Apaydın, ۲۰۰۰, p. ۳۹۰). به این معنی که؛ اگر مبیع و ثمن معلوم نباشد ابتدا طرفین بر آن توافق می کنند، اگر مبیع و ثمن معلوم باشد و یا توسط طرفین معلوم و معین شود، طرفین با اقدام به انجام فعل تسلیم و تسلیم مبتنی بر رضا، بدون اینکه لفظی را به عنوان ایجاب و قبول بیان نمایند، عقد را منعقد می نمایند (ابن نجیم، ۱۹۹۷، ج ۵، ص ۴۵۲, Apaydın, ۲۰۰۰, p. ۳۹۰ / ماده ۱۷۵ مجله الا حکام عدلیه). در نتیجه، اگر مشتری کالایی را از مارکیت برداشته و بهای آن را بپردازد، بدون اینکه اظهار اراده شفاهی بین مشتری و بایع مطرح شود، عقد از طریق تعاطی منعقد شده است (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۵). استفاده از وسایل حمل و نقل عمومی مانند هواپیما، تراموای و اتوبوس و پرداخت اجرت با سوار شدن بدون اینکه بیان اراده با لفظ صورت گیرد، عقود است که از طریق تعاطی منعقد می شود (Yerlikaya, ۲۰۲۲, p. ۷). امروزه که قیمت محصولات با برچسب و

۱. مواد ۷۴۸، ۱۱۷۹ و ۵۰۹ قانون مدنی افغانستان.



غیره تعیین و بیان می‌شود، عقود نسبت به اموال و خدمات که بدل آن معلوم است می‌تواند بدون بکارگیری از الفاظ، از طریق تعاطی منعقد شود (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۱۰).

بر اساس این تعریف، برای اینکه عقد از طریق تعاطی واقع شود لازم است تا هر دو طرف عقد بدون بکار بردن لفظ با فعل عقد را منعقد نمایند. در غیر آن صورت از نظر فقهای احناف عقد از طریق تعاطی نه بلکه از طریق لفظ واقع خواهد شد (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۵). بررسی بیع تعاطی در تفکر فقهای احناف و نظام حقوقی افغانستان مبتنی بر دو توجیه حقوقی می‌باشد. از یک طرف در عقد بیع اصل بر این است که مبادله بدلین مبتنی بر تراضی طرفین می‌باشد و از طرف دیگر، در عقود تملیکی از جمله بیع، هدف اصلی، انتقال ملکیت بدلین می‌باشد. در تعاطی نیز، طرفین اراده‌های خود را به‌طور لفظی بیان نمی‌کنند اما هدف طرفین انتقال ملکیت بدلین به طرف دیگر می‌باشد. به عبارت دیگر، هدف طرفین از تعاطی انجام عمل خرید و فروش می‌باشد (Yerlikaya, ۲۰۲۲, p. ۶)؛ بنابراین، هنگامی که هر دو امر فوق باهم در نظر گرفته شود، بیع تعاطی نیز مانند عقد بیع از طریق اظهار اراده واقع شده و از لحاظ حقوقی دارای وصف بیع می‌باشد (کاسانی، ۱۴۱۸، ج ۶، ص ۵۳۳).

۲- مشروعیت عقد تعاطی

با توجه به اینکه هم در فقه و هم در نظام حقوقی افغانستان، عقد مبتنی بر رضایت متقابل طرفین بوده و رضایت نیز امری باطنی می‌باشد، لذا برای اینکه بر آن اثر حقوقی بارشده بتواند باید در عالم خارج بیان و اظهار شود (ابن نجیم، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۳۴۰/ ابو زهره، ۱۹۷۷، ص ۲۱۸). در نتیجه برای انجام اعمال حقوقی لازم است که اراده هم تشکیل و هم اظهار شود. به این دو مرحله، اراده باطنی یا حقیقی و اراده ظاهری گفته می‌شود. برای انجام اعمال حقوقی، اراده باطنی از طریق لفظ، نوشته، اشاره و غیره در عالم خارج انعکاس پیدا می‌کند (Apaydin, ۲۰۰۰, p. ۳۸۷). اعمال حقوقی دو یا چندجانبه از طریق اظهار دو اراده متقابل و موافق همدیگر تحت عناوین ایجاب و قبول که با اصطلاح صیغه عقد یاد می‌شوند، وجود حقوقی پیدا می‌کنند (Apaydin, ۲۰۰۰, p. ۳۸۷). اساس انعقاد عقد را اراده بیان شده توسط الفاظ تشکیل می‌دهد؛ زیرا الفاظ دارای دلالت واضح برای انعقاد عقد می‌باشد (ابو زهره، ۱۹۷۷، ص ۲۱۳)؛ اما الفاظ در انعقاد عقود موضوعیت ندارد (زرقا، ۱۹۶۸، ج ۱، صص ۳۳۵-۳۱۸/ سنهوری، ۱۹۹۸، ج ۱، صص ۸۳-۱۳۴, Apaydin, ۲۰۰۰, p. ۳۸۹)، لذا افراد از هر طریق اعم از الفاظ، نوشته، اشاره، فعل و غیره می‌توانند اراده باطنی خود را در عالم خارج بیان نمایند (Özdemir, ۲۰۰۸, p. ۱۲۹).

قانون مدنی افغانستان نیز هرچند در فقره اول ماده ۵۰۲ خود، اصل را بر انعقاد عقود از طریق الفاظ دانسته و الفاظ مخصوص عقد را به عنوان شرط انعقاد عقد بیان داشته است (چنانچه این فقره صراحت دارد "۱) شرط انعقاد عقد عبارت است از وجود عاقدین، الفاظ مخصوص عقد و موضوعیکه عقد بر آن وارد می‌گردد"، اما در ماده ۵۰۹ خود، به صراحت موضوعیت لفظ در انعقاد عقد را رد نموده و انعقاد عقد از طریق نوشته، اشاره و فعل یا تعاطی را مورد پذیرش قرار داده است. این ماده صراحت دارد "اظهار اراده توسط گفتار، نوشته یا اشاراتی که عرفاً متداول باشد، صورت می‌گیرد. همچنان اظهار اراده به دادوستد که بر حقیقت یک عقد صراحتاً دلالت نماید، صورت گرفته می‌تواند".

فقه‌های اسلامی، گذشته از اختلاف نظر در جزئیات، بر این امر اتفاق نظر دارند که عقود که با اعلان لفظی اراده منعقد می‌شود معتبر است. اما نسبت به تعاطی که انعقاد عقد از طریق فعل می‌باشد؛ اینکه تعاطی جایگزین اظهار لفظی اراده شده می‌تواند یا خیر و انعقاد عقد از این طریق معتبر می‌باشد یا خیر و نسبت به کدام اموال امکان انجام عقد از طریق تعاطی وجود دارد، بین فقها اختلاف نظر وجود داشته. این نظریات به طور کلی به سه دسته ذیل تقسیم می‌شود:

۱. بر اساس نظریه منسوب به فقه‌های متقدم شافعی (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۸)، شرط انعقاد عقد عبارت از بیان لفظی اراده‌ها که از طریق ایجاب و قبول صورت می‌گیرد، است؛ زیرا عنصر اساسی در انعقاد عقد رضا می‌باشد که امری باطنی بوده و ضرورت به اظهار آن در دنیا خارج است (ابو زهره، ۱۹۷۷، صص ۲۱۳، ۲۱۴ / رفیعی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۱۰). برای مطلع شدن از اموری باطنی انسان‌ها، بیان لفظی آن‌ها در عالم خارج لازم است. در نتیجه حکم منوط به بیان لفظی اراده شده است (Apaydin, ۲۰۰۰, p. ۳۸۷). فعل، مانندی اشارات لال جز در مواردی خاص نظیری حالاتی چون؛ عجز از بیان لفظی اراده، عجز از کتابت در مواقع ضروری و یا موارد خاص که عرف فعل را برای بیان اراده قبول نموده است، در دیگر حالات نمی‌تواند جایگزین بیان لفظی اراده باشد (ابو زهره، ۱۹۷۷، صص ۲۱۳، ۲۱۴ / رفیعی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۱۰). در بیع که از طریق تعاطی واقع می‌شود، بیان لفظی اراده وجود ندارد؛ زیرا تعاطی مبادله فعلی است و برخلاف لفظ، فعل دلالت بر رضایت باطنی انسان‌ها ندارد. از آنجاکه مقاصد افراد از فعلشان متفاوت هستند، وجود معانی متفاوتی بر فعل قابل تصور است. به همین دلیل حتی اگر فرضی مبنی بر تمایل طرفین به انعقاد قرارداد وجود داشته باشد، بدون توجه به ارزش کالا انعقاد عقد بیع از طریق تعاطی جایز نمی‌باشد. در نتیجه معامله‌ای که از طریق تعاطی واقع شود، بیع گفته نمی‌شود. عقد بیع مانندی عقد نکاح با لفظ منعقد می‌شود (ابو زهره، ۱۹۷۷، صص ۲۱۳، ۲۱۴ / رفیعی، ۱۴۱۷، ج ۴، ص ۱۰).

۲. گرچه اصل در عقود انعقاد با لفظ است، اما در صورت وجود قرینه‌هایی که حاکی از رضایت و اظهارکننده اراده است، فعل می‌تواند جایگزین اعلام لفظی اراده شود (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۸). لذا انعقاد عقد به وسیله فعل (تعاطی) که به طور معمول به عنوان بیان اراده مطرح شده می‌تواند، قابل پذیرش می‌باشد (ابو زهره، ۱۹۷۷، ص ۲۱۴). عقود چون؛ گرفتن نان از نانوائی با پرداخت پول آن بدون بکارگیری لفظ، دادن لباس به خشکه شوی، سوارشدن وسایل حمل و نقل عمومی درحالی که بدون استفاده از لفظ اقدام به پرداخت اجرت آن‌ها شود نمونه‌های از پذیرش انعقاد عقد از طریق تعاطی می‌باشد. اگر اذن تعاطی در انعقاد چنین معاملات داده نشود، مردم به مشقت خواهد افتاد (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۸).

از نظر این گروه، تعاطی صرفاً نسبت به اموال دارای ارزش اندک و پائین صورت گرفته می‌تواند. نسبت به اموال که دارای ارزش بالا می‌باشد، نه ضرورت است که عقد آن را از طریق تعاطی بپذیریم و نه در عرف چنین امری مطرح می‌باشد (ابو زهره، ۱۹۷۷، ص ۲۱۴). بر اساس این دیدگاه، اساس تشکیل عقود را بیان لفظی تشکیل می‌دهد و چون فعل در حکم بیان لفظی بوده و بجای آن پذیرفته شده است لذا، عقد تعاطی یک عقد حقیقی نه بلکه عقد حکمی است (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۹).

۳. بر اساس نظریه این گروه، هدف طرفین انعقاد عقد است و هر وسیله‌ای مانندی لفظ، فعل و غیره‌ای که زمینه وقوع آن هدف را فراهم کرده بتواند، عقد با آن منعقد شده می‌تواند (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۹). ابن قدام (متوفی ۱۲۲۳/۶۲۰) در این باره چنین می‌گوید: خداوند متعال خرید و فروش را حلال کرده ولی کیفیت آن را بیان نکرده است. بنابراین همان‌طور که در موضوعات چون؛ قبض، احراز، ختم مجلس عقد و غیره به عرف مراجعه می‌شود، در این موضوع نیز باید به عرف مراجعه صورت گیرد. اگر در انعقاد عقد ایجاب و قبول یا لفظ را شرط بدانیم، انسان‌ها به مشقت مواجه شده و بسیار از عقود فاسد و استفاده از اموال حرام می‌شود. عرف نیز چنین شرطی را مطرح ننموده است. زیرا آنچه مهم است تبارز رضایت متقابل است که معمولاً توسط لفظ واقع می‌شود اما لفظ طروقی نیست. در نتیجه هر فعل یا اشاره‌ای که مبیین اراده باطنی و رضای طرفین باشد را نیز باید به عنوان وسیله تبارز اراده دانست، حتی اگر در آن لفظ بکار برده نشده باشد (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۹). لذا چه بر اساس عرف و چه بر اساس فقه و حقوق، منعی راجع به انعقاد عقد از طریق تعاطی وجود نداشته (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۹) و ارزش مالی مال موضوع عقد نیز در انعقاد عقد از طریق تعاطی اثر ندارد (ابو زهره، ۱۹۷۷، صص ۲۱۴، ۲۱۵).

بر اساس نظریه سوم که رویکرد ارجح می‌باشد، آیات و روایات به این نکته اشاره می‌کنند که عقود با تراضی طرفین منعقد می‌شود مشروط بر اینکه خلاف شرع نباشد (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۱۰). اصولاً دین نسبت به قراردادها چه قبل از اسلام و در دوران جاهلیت و چه بعد از اسلام، مداخله نکرده و اصل آزادی قراردادی دارای گستره و وسعت زیاد می‌باشد (ابو زهره، ۱۹۷۷، صص ۲۳۳-۲۳۵/ زرقا، ۱۹۶۸، ج ۱، صص ۴۶۲-۴۶۹/ سنه‌وری، ۱۹۹۸، ج ۱، ص ۸۱/ Kahraman, ۲۰۰۵, p. ۲۵۲, ۲۵۳). در چارچوب اصل آزادی قراردادی است که افراد، در انعقاد قرارداد، انتخاب طرف مقابل قرارداد، شکل قرارداد، تنظیم محتوای قرارداد و منحل نمودن قرارداد آزادی دارند (زرقا، ۱۹۶۸، ج ۱، صص ۴۶۴، ۴۶۳/ Bardakoğlu, ۱۹۸۳, p. ۱۰). این آزادی نه تنها مستلزم مشروع تلقی شدن عقد تعاطی است، بلکه به طرفین امکان می‌دهد تا محتوای تعاطی را به‌دلخواه خود تعیین کنند (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۱۰). قانون مدنی افغانستان نیز به تبعیت از فقه احناف نهاد حقوقی تعاطی یا انعقاد عقد از طریق فعل را به‌صراحت موردپذیرش قرار داده است. بر اساس قسمت اخیر ماده ۵۰۹ قانون مدنی که بیان می‌دارد "... همچنان اظهار اراده به دادوستدی که برحقیقت یک عقد صراحتاً دلالت نماید، صورت گرفته می‌تواند"، انعقاد عقد از طریق تعاطی مشروط بر اینکه فعل مذکور دلالت به انعقاد عقد موردنظر نماید، موردپذیرش قرار گرفته است.

۳- شرایط انعقاد عقد از طریق تعاطی

برای اینکه بیع از طریق تعاطی محقق شود، ابتدا باید موضوع عقد موجود و معلوم باشد. ثمن نیز معلوم و یا قبل از تعاطی توسط طرفین تعیین شود (Ali Haydar, ۲۰۱۶, p. ۲۴۱). به‌عنوان شرط معلوم بودن کالا، اخذ مال توسط مشتری است به‌نحوی که بایع بتواند ببیند و یا اینکه حتی اگر نتواند ببیند اما از اخذ آن توسط مشتری آگاه شده و با وی مخالفت نکند (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۱۰). قانون مدنی افغانستان نیز در ماده ۵۸۲ خود، یکی از شرایط موضوع عقد را معلوم و معین بود آن دانسته است. چنانچه این ماده صراحت دارد "موضوع وجبیه باید طوری معین و معلوم باشد که مانع جهالت فاحش گردد. اگر جهالت موضوع وجبیه منجر بمنازعه گردد، عقد فاسد پنداشته می‌شود". لذا، هرگاه جهل نسبت به بدلین در عقود که از طریق لفظ واقع می‌شود منجر به فساد شود، در تعاطی که فعل تسلیم و تسلیم ناظر به بدلین بوده و با تسلیم و تسلیم بدلین عقد واقع می‌شود، جهل به هر یک از عوضین به‌طور اولی منجر به فساد عقد خواهد شد.

رضایت طرفین به انعقاد عقد از طریق تعاطی نیز شرط تعاطی است. لذا اگر یکی از طرفین نسبت به انعقاد عقد از طریق تعاطی راضی نباشد، عقد منعقدشده نمی‌تواند (ابن نجیم، ۱۴۱۸، ج ۵، صص ۴۵۴، ۴۵۳/ابن نجیم، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۳۴۰). اخذ مال توسط مشتری درحالی‌که بایع آن را پس بگیرد و یا با لفظ بیان دارد "نمی‌فروشم"، نشان دهنده عدم وقوع عقد تعاطی است (Ali Haydar, ۲۰۱۶, p. ۲۴۶). از آنجا که تعاطی مبین رضای ضمنی است، در نتیجه اگر بیان صریح خلاف آن باشد، بیان خلاف تقدم دارد (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ج ۱، صص ۱۱۵، ۱۱۴).

ذکر این نکته لازم است که؛ به نظر می‌رسد که منظور از "رضایت طرفین" مفهوم رضا و تمایل صرف نه بلکه مفهوم اراده انعقاد عقد است؛ زیرا اساس اعمال حقوقی را توافق دو اراده تشکیل می‌دهد نه رضا (Apaydin, ۲۰۰۰, p. ۳۸۷). به عبارت دیگر، وجود اراده طرفین و مطابقت بینشان اساس تشکیل عقود می‌باشد نه تمایل و رضا. فقدان رضا سبب ایجاد حق فسخ-ابطال عقد برای شخص می‌شود نه اینکه عقد واقع نشود. علاوه بر این، از مثال فوق که بیان می‌دارد، فروشنده بگوید نمی‌فروشم، این مفهوم به دست می‌آید که فروشنده اراده عقد را ندارد و در این حالت به دلیل فقدان اراده طرف دیگر عقد (فقدان اراده بایع) عقد واقع نمی‌شود. قانون مدنی افغانستان نیز در فقره اول ماده ۵۰۲ خود که شرایط انعقاد عقد را بیان می‌دارد، از طرفین و الفاظ مخصوص عقد (صیغه عقد) به عنوان شروط انعقاد یاد می‌کند. از این دو شرط به دست می‌آید که شرط انعقاد عقد وجود و تطابق اراده طرفین عقد است نه رضا آن‌ها (Apaydin, ۲۰۰۰, p. ۳۸۷). البته اراده طرفین نیز باید مبتنی بر رضا باشد و گرنه عقد فاسد می‌شود (مواد ۵۵۴، ۵۶۰ و ۵۶۱ قانون مدنی افغانستان) و در نظام حقوقی افغانستان، عقد فاسد جایگاه متفاوت از عقد باطل دارد. در اصولا عقد فاسد محکوم به فسخ است و لذا طرفین مکلف به فسخ آن می‌باشد اما در بعضی از موارد قابلیت اصلاح و تبدیل شدن به عقد صحیح را دارد (مواد ۵۶۰، ۵۸۲، ۶۲۰ و مواد بعدی قانون مدنی افغانستان). قانون مدنی افغانستان نیز در ماده ۵۰۵ خود، رضا را شرط صحت عقد می‌داند نه انعقاد. این ماده صراحت دارد "شرط صحت عقد عبارت است از رضائیت عاقدین بدون اکراه و اجبار". در نتیجه در نظام حقوقی افغانستان نیز برای انعقاد عقد از طریق تعاطی، تراضی طرفین (وجود اراده طرفین و مطابقت بینشان) باید وجود داشته باشد و گرنه عقد واقع نمی‌شود (رسولی، ۱۳۹۸، ص ۸۷). اراده طرفین نیز باید مبتنی بر رضا طرفین باشد و گرنه عقد فاسد (مواد ۵۶۰، ۵۸۲، ۶۲۰ و مواد بعدی قانون مدنی افغانستان) و یا حداقل برای طرفی که اراده‌اش مبتنی بر رضا تشکیل نشده و یا رضایش وجود ندارد، حق فسخ عقد مطرح می‌شود (نظام‌الدین، ۱۳۹۳، ص ۳۳).

در تعاطی شرط است که عقد از طریق فعل واقع شود نه بیان الفاظ. هرچند از نظر فقهای شافعی، حنبلی و مالکی که تعاطی را جایز می‌دانند، تعاطی در حالتی که یکی از طرفین لفظ بکار ببرد و طرف دیگر فعل، واقع شده می‌تواند. از نظر فقهای احناف، تعاطی صرفاً زمانی مطرح شده می‌تواند که هردو طرف اراده خود را از طریق فعل بیان نمایند. لذا، هرگاه یکی از طرفین لفظی را بکار ببرد که دارای ماهیت ایجاب یا قبول باشد، عقد منعقد شده از طریق تعاطی نه بلکه از طریق لفظ تلقی می‌شود. مثلاً اگر بایع بگوید من مال خود را به این مقدار فروختم و مشتری بدون اظهار اراده به‌طور شفاهی کالا را بگیرد، باینکه قبول مشتری از طریق فعل محقق می‌شود، عقد منعقد شده به‌عنوان عقد بیعی که از طریق بیان لفظ واقع شده است قلمداد می‌شود (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۱۲). قانون مدنی افغانستان هرچند نسبت به این موضوع صراحت ندارد، اما با توجه به مقتبس بودن آن از فقه حنفی و اصطلاح "دادوستد" بکار گرفته شده در ماده ۵۰۲ این قانون، به نظر می‌رسد که شرط فعل بودن بیان اراده طرفین در حقوق افغانستان نیز شرط تعاطی است. لذا هرگاه یکی از طرفین لفظی بکار ببرد درحالی که طرف دیگر اراده خود را با فعل بیان نماید، عقد با لفظ منعقد شده تلقی می‌شود نه به‌عنوان عقد منعقد شده از طریق تعاطی.

۴- ایفا در عقود تعاطی

در مورد اینکه در عقد بیع که از طریق تعاطی منعقد می‌شود تحویل کالا و ثمن در زمان انعقاد قرارداد شرط است یا خیر و در صورتی که هنگام انعقاد قرارداد فقط یکی از بدلین تحویل داده شود و تحویل دیگری به تعویق افتد، اثری نسبت به حکم عقد دارد یا خیر؟ نظریات مختلف مطرح شده است. برخی فقهای احناف که خود به دو گروه تقسیم می‌شوند معتقدند، برای انعقاد عقد تعاطی تسلیم یکی از بدلین هم کافی است (ابن نجیم، ۱۴۱۸، ج ۵ ص ۴۵۲/ Ali Haydar, ۲۰۱۶, p. ۲۴۶). به نظر این گروه، بدون توجه به مبیع و ثمن بودن، تسلیم هر یک از بدلین برای انعقاد عقد تعاطی کافی است (ابن نجیم، ۱۴۱۸، ج ۵ ص ۴۵۲/ ابن نجیم، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۳۴۰)، درحالی که به نظری برخی دیگر، تسلیم مبیع هنگام عقد شرط انعقاد عقد تعاطی است (ابن نجیم، ۱۴۱۸، ج ۵ ص ۴۵۲). لذا طرفین صرفاً با تسلیم ثمن عقد تعاطی را منعقد کرده نمی‌توانند (ابن نجیم، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۳۴۰). زیرا در عقد بیع آنچه مهم است مبیع است نه ثمن (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۱۲)، درحالی که در معاوضه چون هریک از بدلین در حکم مبیع است (Benli, ۲۰۰۵, p. ۳۰۵)، لذا تسلیم هریک به تنهای می‌تواند شرط انعقاد عقد تعاطی را تکمیل نماید (ابن نجیم، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۳۴۰).

در مقابل برخی دیگری از فقهای احناف معتقدند که برای انعقاد و لازم الاجرا شدن عقد تعاطی، شرط است که بعد از فراهم شدن توافق روی بدلین (مبیع و ثمن) و انعقاد عقد، بدلین باهم و به یک بارگی تسلیم شود (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۱۲). بر اساس این نظر که در فقه احناف ارجح (ابن نجیم، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۳۴۰) نیز می باشد، تعاطی صرفاً با قبض بدلین در مجلس عقد واقع می شود نه قبض یکی از بدلین. زیرا در تعاطی فعل تسلیم و تسلیم طرفین جایگزین ایجاب و قبول می باشد. از آنجاکه در عقود که با بیان لفظ واقع می شود، بیان ایجاب در یک مجلس و بیان قبول در مجلس دیگر امکان پذیر نبوده و سبب انعقاد عقد شده نمی تواند، در بیع تعاطی نیز تسلیم یکی از بدلین در مجلس عقد و واگذاری تسلیم دیگری به بعد از ختم مجلس سبب می شود که عقد تعاطی منعقد نشود (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۱۳).

قانون مدنی افغانستان هرچند به تبعیت از فقه احناف تعاطی یا انعقاد عقد از طریق فعل را در قسمت اخیر ماده ۵۰۹ خود مشروط بر اینکه فعل مذکور دلالت به انعقاد عقد موردنظر نموده بتواند، موردپذیرش قرار داده است، اما در مورد اینکه تسلیم بدلین در مجلس عقد باید واقع شود یا خیر صراحتی ندارد. قانون مدنی افغانستان در کل در سه ماده انعقاد عقد از طریق فعل یا تعاطی را بیان نموده است. اولین مورد که اساس پذیرش و جواز تعاطی را تشکیل می دهد، قسمت اخیر ماده ۵۰۹ می باشد که در آن اصطلاح "دادوستد" بکار رفته است. چنانچه این ماده صراحت دارد: "اظهار اراده توسط گفتار، نوشته یا اشاراتی که عرفاً متداول باشد، صورت می گیرد. همچنان اظهار اراده به دادوستدی که بر حقیقت یک عقد صراحتاً دلالت نماید، صورت گرفته می تواند." دومین ماده، ماده ۷۴۸ قانون مدنی است در مورد اقاله از طریق تعاطی. در این ماده اصطلاح "تعاطی" بکار رفته و چنین صراحت دارد "تعاطی، قایم مقام ایجاب قبول بوده، اقاله با آن صحیح پنداشته می شود." مورد سوم هم انعقاد عقد هبه از طریق تعاطی در ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی است. در این ماده نیز اصطلاح "تعاطی" بکار رفته است و چنین صراحت دارد "هبه به تعاطی منعقد شده می تواند." به نظر می رسد که اصطلاح "دادوستد" که بجای کلمه "تعاطی" در ماده ۵۰۹ قانون مدنی توسط قانون گذار بکار رفته و اساس پذیرش نهاد تعاطی را تشکیل می دهد، امری کاملاً آگاهانه و خواسته شده می باشد. قانون گذار با بکار گیری کلمه "دادوستد" در حقیقت با پیروی از نظر اکثر فقهای احناف، درصدد بیان شرط قبض بدلین (هم مبیع و هم ثمن) در مجلس عقد بوده است. زیرا برخلاف کلمه تعاطی که بر اساس نظریات فقهای مختلف حتی با تسلیمی یکی از بدلین نیز واقع شده می تواند، متبادر از "دادوستد" قبض و اقباض بدلین در مجلس واحد (مجلس عقد) می باشد. در نتیجه این نظریه تقویت



می‌شود که مقنن با بکارگیری از کلمه "دادوستد" درصدد بیان شرط قبض بدلین در مجلس عقد برای انعقاد عقد از طریق تعاطی می‌باشد. عمل تسلیم و تسلمی که بعد از عقد باطل و یا فاسد واقع می‌شود تازمانی که مستقل از عقد فاسد و یا باطل نباشد، عقد تعاطی محسوب نمی‌شود (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۱۶). مثلاً اگر فروشنده و خریدار نسبت به ماهی بیع نمایند که هنوز صید نشده است و فروشنده بعد از عقد اقدام به صید و تسلیم مال و طرف مقابل نیز اقدام به پرداخت بدل نماید. چون این عمل تسلیم و تسلیم مبتنی بر عقد فاسد می‌باشد، عقد تعاطی محسوب شده نمی‌تواند. اما اگر طرفین عمل تسلیم و تسلیم را مستقل از عقد قبلی در نظر داشته باشد، به‌عنوان عقد جدید از طریق تعاطی مطرح خواهد شد (Ali Haydar, ۲۰۱۶, p. ۲۴۸, T۲۴۹).

۵- قلمرو موضوع عقد تعاطی

فقهایی که بیع منعقدشده از طریق تعاطی را معتبر می‌دانند متفق القول هستند که تعاطی نسبت به کالاهای کم‌ارزش، کوچک و ساده همواره قابل پذیرش است، اما در مورد صحت آن نسبت به کالاهای گران‌قیمت و اینکه ملاک تعیین آن چیست، اختلاف دارند. منظور از کالاهای ارزان‌قیمت؛ سبزه، نان، تخم‌مرغ، چهارمغز و کالاهای شبیه به آن‌ها است (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۱۷). بعضی از فقها درصدد دریافت معیار و ملاک برای تعیین ارزان بودن یا قیمت بودن کالا شده‌اند. یکی از ملاک‌های ارائه‌شده، بدل کالا است. کالاهای دارای بدل گران‌کالای باارزش بالا و کالای دارای قیمت پائین دارای ارزش اندک می‌باشد (ابن نجیم، ۱۴۱۸، ج ۵ ص ۴۵۳). معیار ارائه‌شده بعدی نیز نصاب سرقت است. کالاهای که ارزش آن نصاب جزای سرقت را تکمیل می‌کند کالای گران‌قیمت و کالای که نمی‌کند دارای ارزش پائین است (ابن نجیم، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۴۵۳). در مقابل این نظریات، رویکرد قابل قبول ارائه‌شده دیگر این است که بجای دیدن به ارزش کالا باید به معمول شدن عقد آن کالا از طریق تعاطی به عرف مراجعه شود، هرگاه تعاطی نسبت به کالای در عرف معمول شده باشد، تعاطی آن درست، در غیر آن، عقد آن کالا از طریق تعاطی صحیح نمی‌باشد (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۱۷). مانند بیع حیوانات از طریق تعاطی چون در عرف معمول نمی‌باشد، تعاطی آن صحیح نخواهد بود (رفیعی، ۱۴۱۷، ج ۴، صص ۱۰، ۱۱). اساس این تقسیم و دسته‌بندی کالاها را نیز این امر تشکیل می‌دهد که فعل که دلالت‌کننده رضا می‌باشد معادل بیان لفظی اراده است و یا در زمینه‌ای دلالت آن، در عرف و عادت آمارهای وجود دارد یا خیر؟ هنگامی که رضایت طرفین مبنا قرار گیرد و فعل از حیث اعلام اراده معادل اظهار اراده شفاهی تلقی شود یا عرف موجود باشد، عقد از طریق تعاطی نسبت به همه کالاها، اعم از کم‌ارزش یا دارای ارزش بالا منعقدشده می‌تواند (سنه‌وری، ۱۹۹۸، ج ۱، صص ۱۲۰، ۱۱۹).

طبق نظر ارجح در فقه احناف (ابن نجیم، ۱۴۱۸، ج ۵ ص ۴۵۳، Molla, ۲۰۱۸, p. ۱۹۴) که توسط اکثر فقهای احناف مطرح شده است، هر نوع کالا بدون توجه به ارزشش قابل معامله از طریق تعاطی می باشد (ابن نجیم، ۱۴۱۸، ج ۵ ص ۴۵۳). از نظر این فقها، از آنجاکه اساس عقود را بیان الفاظ نه بلکه معانی دلالت کننده بر رضا تشکیل می دهد، لذا مبتنی بر رضای متقابل، تعاطی نسبت به هر نوع کالاها بدون توجه به ارزش آن واقع شده می تواند (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۱۸). یکی دیگر از دلایل این گروهی از حنفیان در این مورد این است که طرح عمل تجارت در قرآن کریم (سوره نساء آیه ۲۹) که مبتنی بر رضایت طرفین دانسته شده است، به عنوان یک تعبیر کلی به کار می رود که شامل انواع کالاها بدون توجه به ارزش آنها می شود. از آنجایی که تعاطی نیز وسیله تجارت است، لذا هر نوع کالایی صرف نظر از ارزش آن می تواند مشمول قرارداد بیع از طریق تعاطی شود (کاسانی، ۱۴۱۸، ج ۶، صص ۵۳۲، ۵۳۱). به نظر دکتر سنه پوری، شرایط و چهارچوب عقد تعاطی در فقه حنفی به یکباره ترسیم نشد، بلکه به تدریج مطابق با سیره عرف توسعه یافت. به همین خاطر است که فقهای حنفی در ابتدا تعاطی را فقط نسبت به کالاهای کم ارزش جایز دانسته و برای اتمام عقد، تسلیم و تسلیم مال و ثمن را در ضمن عقد لازم می دانستند. بعداً به مرور زمان تعاطی نسبت به کالای دارای ارزش بالا نیز پذیرفته شد و عقد تعاطی را با تسلیمی یکی از بدلین در مجلس عقد نیز صحیح دانستند (سنه پوری، ۱۹۹۸، ج ۱، صص ۱۰۸-۱۲۰).

امروزه فقها بدون توجه به ارزش کالا، تعاطی نسبت به هر کالای را مجاز می دانند (زرقا، ۱۹۶۸، ج ۱، صص ۳۳۱، ۳۳۰). به نظر می رسد رویکرد ارجح مطابق با نظر اکثریت فقها (Dilek, ۲۰۲۱, p. ۲۰، ۲۰) این است که تا زمانی که کالا، خدمات یا منفعت و بدل به نحوی معلوم و مشخص باشد که موجب نزاع بین طرفین نشود، عقد به طریق تعاطی را مطلقاً جایز بدانیم، اعم از اینکه ارزش موضوع عقد کم باشد یا زیاد. قانون مدنی افغانستان راجع به قلمرو انعقاد عقد از طریق تعاطی صراحتی ندارد. اما با توجه اطلاق ماده ۵۰۲ قانون مدنی و عدم قید و محدودیت ارزشی موضوع معامله نسبت به انعقاد عقد از طریق لفظ، نوشته، اشاره و فعل؛ تعاطی نیز نسبت به همه کالا بدون توجه به ارزش آنها صورت گرفته می تواند. آنچه در تعاطی مهم است، مبتنی بر تراضی بودن آن و داشتن دلالت صریح به انعقاد عقد مورد نظر طرفین است.

نتیجه گیری

مسئله جواز یا عدم جواز انجام معامله از طریق تعاطی که در آن بدون اظهار لفظی اراده توسط طرفین، عقد به وسیله فعلی که به رضایت متقابل طرفین دلالت کند منعقد می شود، همچنان شرط تسلیم و عدم تسلیمی بدلین در مجلس واحد، سبب اختلاف نظر بین فقها شده است. فقها نسبت به معامله تعاطی اساساً بر دو نکته متمرکز است: الف. اینکه آیا فعل، جایگزین اظهار لفظی اراده در انعقاد عقد است یا خیر؟ به عبارت دیگر، نقش فعل در بیان اراده و تبیین موجودیت رضا قابل پذیرش است یا خیر؟ ب. نقش عرف و عادات در قبولی فعل به عنوان اظهار اراده در زندگی امروزه.

گروهی از فقها صرفاً به نکته اولی توجه داشته و از آنجا که انعقاد عقد را از طریق لفظ می پذیرند و فعل را جز در حالات ضرورت و خاص جایگزین لفظ نمی دانند، حکم به عدم جواز تعاطی نموده اند. گروهی دیگر با اینکه انعقاد عقد از طریق لفظ را مطرح کرده اند، اما می پذیرند که انعقاد عقد با فعل چون در عرف مرسوم است نسبت به اموال دارای ارزش اندک مشکلی ندارد. بر اساس نظر ارجح در فقه احناف که نگرشی سخت گیرانه نسبت به این موضوع ندارد معتقدند، تعاطی که مبتنی بر تراضی طرفین باشد در هر نوع مالی بدون توجه به ارزش آن، معتبر می باشد. این نگرش طبق اصل آزادی قراردادی و با توجه به شرایط فعلی که در آن انعقاد عقد از طریق تعاطی به طور گسترده تری مورد استفاده قرار می گیرد، قابل دفاع تر می باشد.

قانون مدنی افغانستان نیز با پیروی از فقه احناف، انعقاد عقد از طریق تعاطی را مورد پذیرش قرار داده و نسبت به قلمرو تعاطی از لحاظ ارزش کالای موضوع آن و همچنان شرط تسلیمی بدلین در مجلس واحد، از نظر ارجح در فقه پیروی نموده است. به این ترتیب، مستند به ماده ۵۰۹ قانون مدنی در نظام حقوقی افغانستان انعقاد عقد از طریق تعاطی نسبت به تمام کالا و خدمات بدون توجه به ارزش آن ها ممکن است، مشروط به اینکه، فعل طرفین مبین تراضی طرفین به انعقاد عقد از طریق تعاطی بوده باشد. چنانچه بخش اخیر ماده ۵۰۹ نیز صراحت دارد "اظهار اراده توسط گفتار، نوشته یا اشاراتی که عرفاً متداول باشد، صورت می گیرد. همچنان اظهار اراده به دادوستدی که بر حقیقت یک عقد صراحتاً دلالت نماید، صورت گرفته می تواند". متبادر از کلمه "دادوستد" مندرج این ماده نیز، با پیروی از نظر ارجح در فقه احناف، تسلیم و تسلیم بدلین در مجلس واحد می باشد.

منابع

- ۱- قرآن کریم.
- ۲- ابن نجیم، زین الدین، (۱۴۱۸)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ۵، دار الكتب الإسلامية، بيروت لبنان.
- ۳- ابن نجیم، سراج الدین، (۱۴۲۲)، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، ج ۳، دار الكتب الإسلامية، بيروت لبنان.
- ۴- ابو زهره، محمد، (۱۹۷۷)، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دارالفكر العربي.
- ۵- رسولی، عبدالحسین، (۱۳۹۸)، قواعد عمومی تعهدات، انتشارات فرهنگ، کابل.
- ۶- زرقا، مصطفى احمد، (۱۹۶۷-۱۹۶۸)، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، دارالفكر، دمشق.
- ۷- رفيعی، ابوالقاسم عبدالکریم، (۱۴۱۷)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان.
- ۸- سنهوري، عبدالرزاق احمد، (۱۹۹۸)، مصدر الحق في فقه الاسلاميه، ج ۱، قاهره.
- ۹- کاسانی، علاوالدين، (۱۴۱۸)، بدائع و صنائع في الترتيب الشرائع، ج ۶، دار الكتب الإسلامية، بيروت لبنان.
- ۱۰- نظام الدين، عبدالله، (۱۳۹۳)، حقوق و جايب، ج ۴، انتشارات سعیدی، کابل.
- ۱۱- حسنی محمد، (۱۴۳۳)، صیغه العقد في الفقه الإسلامي (۳)؛ <https://www.alukah.net>.
- ۱۲- مجله الاحکام عدليه.
- ۱۳- قانون مدنی افغانستان.



۱۴- Ali Haydar Efendi, Küçük, (۲۰۱۶), Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-ahkâm, Çvr: Raşit Gündoğdu Osman Erdem, İstanbul: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları

۱۵- Apaydın, H. Yunus, İrade Beyanı, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, ۳۸۷-۳۹۱/۲۲. İstanbul: TDV Yayınları, ۲۰۰۰

۱۶- Bardakoğlu, Ali, İslam Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı, Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, ۱, ۱۹۸۳

۱۷- Dilek, Uğur Bekir, İslâm Borçlar Hukukunda Fiilî Mübadele Yoluyla Akit Kurma: Teâtî (Muâtât) Akdi, İhya Uluslararası İslam Araştırmaları Dergisi, ۷, s. ۲۰۲۱ ۲

۱۸- Döndüren, Hamdi, Muâtât, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, ۳۲۹-۳۳۰/۳۰. İstanbul: TDV Yayınları, ۲۰۰۵

۱۹- Karaman, Hayreddin, Akid, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, ۲۵۱-۲۵۶/۲. Ankara: TDV Yayınları, ۱۹۸۹

۲۰- Molla Hüsrev, Dürerü'l-hükkâm şerhu Gururî'l-ahkâm. thk. İlyas Kaplan et-Türkî. Beyrût: Dârü Sâdır, ۲۰۱۸

۲۱- Mustafa Koç-Eyüp Tanrıverdi, el-Okyânûsü'l-basît fi tercemeti'l-Kâmûsi'l-muhît "atv" md; Mütercim Âsım Efendi, İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Başkanlığı, ۲۰۱۴

۲۲- Özdemir, Ahmet, Akitlerde İrade Beyanı, Çukurova Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi, ۸, s. ۲; ۲۰۰۸

۲۳- Benli, Ali, Trampa, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, ۳۰۵-۳۰۶/۴۱; İstanbul: TDV Yayınları, ۲۰۰۵

۲۴- Yerlikaya, Ünal, Hanefî Hukuk Düşüncesinde Bâtıl veya Fâsîd Satım Akdinden Sonra Gerçekleşen Teâtînin Hukuki Mahiyeti, tekirdag ilahiyat dergisi, s. ۲; ۲۰۲۲

A comparative study of contracting through verb in Afghan jurisprudence and law

Seyed Abbas Mousavi^۱ / Burhan Abdul Mosawer^۲

Article Number: JHVMN-۲۰۰۱-۱۲۰۸

Abstract

The act of transaction, the exchange of goods and price by the parties of the contract without verbal declaration of will through the act that indicates the consent of the parties. There exists a difference of opinion in jurisprudence regarding the permissibility or impermissibility of contracting through transaction. While some jurists, emphasizing the significance of explicit expression of intent, deem transaction impermissible, others consider it permissible in relation to goods of little value. The view adopted by the majority of jurists, particularly the Hanafi school, is that since the foundation of contracts is based on the consent of individuals, transaction is valid as long as it does not contravene legal principles, irrespective of the value of the goods involved. Among the jurists who advocate the permissibility of transaction, there is a divergence of opinion regarding whether the act of delivery should be simultaneous with the exchange of consideration or not. According to the opinion of the majority in the Hanafi school, the delivery of the exchanged goods must occur in a single gathering for the contract to be valid through transaction. The Civil Law of Afghanistan, in its Article ۵۰۹, acknowledges the legal institution of transaction and aligns with the majority view in the Hanafi school concerning the simultaneous delivery of exchanged goods for the contract to be valid through transaction.

Keywords: Intention, Expressing Intention, Implicit Expression of Intention, Transaction, Contract.

^۱. Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, Albiruni University, Kapisa, Afghanistan. (Corresponding Author) sayedabbasmosavi^{۸۳۲۴}@gmail.com

^۲. Master's student, Nangarhar University, Afghanistan. Mosawerburhan^۲@gmail.com

