

تجارت مشروع از دیدگاه حقوق اسلامی

مریم ابن تراب^۱

چکیده

موضوع اقتصاد و کسب درآمد از مباحث بسیار مهم در جهان کنونی است به گونه ای که یکی از قدرتمندترین سلاح‌ها در جنگ سرد به شمار می‌رود. داد و ستد گرچه از ایام قدیم بین انسان‌ها رواج داشته است، لیکن در هر زمانی بر اساس چگونگی روابط بین افراد جامعه و پیشرفت در زمینه‌های مختلف علمی، چهره جدیدی به خود گرفته است. به عنوان مثال تجارت الکترونیک گونه جدیدی از آن در جامعه کنونی است. یکی از مسائل مطرح در جوامع اسلامی تطبیق اعمال تجاری روز با احکام شرع مقدس اسلام است، و پاسخ به این پرسش که: آیا کسب درآمد به روش‌های نوپیدا مشروع است؟ پژوهش پیش رو به هدف بیان ویژگی‌های تجارت مشروع صورت گرفته است، تا تمایز کسب‌های مشروع از غیر آن مشخص گردد. با بررسی کتب فقهی و قانونی این نتایج حاصل شد: نخست آن که بر اساس قاعده تسلیط اسلام مالکیت خصوصی را محترم می‌شمارد، و هر مالکی حق هرگونه تصرف در اموال خویش را دارد مگر مواردی که به دلیلی ممنوع اعلام شده باشد. دیگر آن که هدف آموزه‌های حقوقی دین مبین اسلام در مورد تجارت بیان نوع خاصی از تجارت و کسب درآمد میان مسلمین نیست، بلکه شاخصه‌های مشروعیت به عنوان شروطی برای طرفین قرارداد و مورد قرارداد ذکر شده است، تا از اختلافات و زیان‌های احتمالی در جامعه اسلامی پیشگیری شود، از این رو عقود غیرمعین نیز مورد پذیرش قرار گرفته‌اند. هم‌چنین شروط جایزی که مورد نظر طرفین عقد است. از سوی دیگر پای بندی به تعهدات و قراردادهای اصلی مسلم از حقوق اسلامی است، و قراردادهای تنها در شرایط ویژه و بر مبنای خواست طرفین و یا بنا بر حفظ مصالح فردی و اجتماعی قابل فسخ هستند.

واژگان کلیدی: اقتصاد اسلامی، تجارت، شروط قرارداد، نفی سبیل، غرر، لاضرر، لزوم معاملات

^۱. عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال ebnetorab@gmail.com

مقدمه

انسان برای رفع نیازهای مادی و معنوی خویش ناگزیر از کسب درآمد و داد و ستد با افراد اجتماع است. در فقه و حقوق اسلامی نیز تجارت یکی از اسباب تملک به حساب می آید (مکی، ۱۴۱۲: ۹۳؛ ماده ۱۴۰ قانون مدنی). موضوع رونق اقتصادی، ایجاد شغل و بدست آوردن هر چه بیشتر بازار داد و ستد و کسب درآمد بیشتر از موضوعات بسیار مهم در جهان کنونی است، که موجب افزایش توان کشورها در زمینه های مختلف سیاسی، اجتماعی، فرهنگی و... می شود. با این که تجارت و کسب مال از اموری است که بشر از گذشته های دور به آن اقدام کرده است، لیکن می تواند به گونه ای نادرست صورت گیرد و موجب تضییع حقوق فردی و اجتماعی انسان ها شود. از این رو در هر سیستم حقوقی بخشی به تدوین قواعد و قوانین مربوط به امور اقتصادی و تجاری در زمینه های خرد و کلان اختصاص یافته است. این مهم در شرایط اجتماعی کنونی که بازار کسب و کار به پهنه جهانی گسترش یافته بیش از پیش باید مورد توجه قرار گیرد. در حقوق اسلامی نیز این موضوع مورد توجه قرار گرفته است. در کتب فقهی احکامی زیر عنوان های مکاسب، متاجر و بیع و اجاره در باب موضوع تجارت بیان شده است، گرچه شکل معاملات در زمان های مختلف چهره های نو پیدا می کنند، لیکن می توان از کلیات مورد بحث در این زمینه حکم و قانون مسائل جدید را بدست آورد. به ویژه آن که اگر هم چون بعضی از حقوقدانان پذیریم: «مسائل مربوط به تجارت و معاملات، در اصل از مسائلی هستند که مردم قبل از اسلام هم با آن مواجه بوده اند و اسلام وجهه موسس در این امور را ندارد، بلکه شارع مقدس هم از آن جا که یکی از عقلاست و بلکه رییس عقلاست با این موضوع رو به رو بوده است. از این رو تنها در مواردی که اشتباهی در این گونه روابط بین مردم رواج داشته است به منظور اصلاح امر تجارت و معامله، آن را زیر عنوانی مانند ربا، احتکار و... مشمول حکم حرمت قرار داده است تا تجارتی سالم بین مردم برقرار باشد. بنابراین شارع مقدس تنها امضا کننده سیره عقلاست» (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۳: ۱۸۶/۲).

با توجه به فعالیت های اقتصادی جدید هم چون کسب درآمد از طریق عضویت در شرکت های هرمی و... دریافت گونه های درست تجارت میان اشخاص حقیقی و حقوقی از اهمیت ویژه ای برخوردار است. با این که در کتاب های فقهی و حقوقی مسائل خاص در امر تجارت بیان شده اند لیکن می توان ملاک های درستی و نادرستی را از آن ها استنباط کرد، و به مسائل نو پیدا پاسخ درست و درخور داد. در ماده ۱۴۰ قانون مدنی اسباب تملک بیان شده که عبارت است از: «احیای اراضی موات و حیازت اشیای مباحه، عقود و تعهدات، اخذ به شفعه و ارث» هر یک از این موارد به طور مبسوط در این قانون تبیین شده است. در پژوهش پیش رو با توجه به احکام و قوانین فقه و حقوق موضوعه قواعد کلی حاکم بر قراردادهای مشروع هم چنین شروط درستی آن ها مورد بررسی قرار خواهد گرفت. بسیاری از این احکام در کتب فقهی و حقوقی در

باب بیع بیان شده است و بیشتر بر جنبه های ثبوتی داد و ستد توجه دارد، و البته قواعد مربوط به آن در تمامی عقود و تعهدات از جمله اجاره جریان دارد.

مفهوم تجارت

تجارت در لغت به معنای خرید و فروش است (بندریگی، ۱۳۷۱: ۴۴). در اصطلاح فقه تجارت یکی از راه های کسب درآمد به شمار می آید. در کتب فقهی این بحث زیر عنوان «متاجر» منعقد شده است (الجبعی العاملی، ۱۳۷۳: ۱/ ۲۷۰). هم چنین عنوان این مبحث در بعضی از کتاب ها «مکاسب» است. چنان که مرحوم شیخ انصاری نام کتاب خود را «کتاب المکاسب» گذاشته اند. در اصطلاح حقوقی تجارت عبارت است از: معامله به قصد انتفاع به گونه ای که از نظر عرفی نیز نام تجارت بر آن صدق کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۱۳۸). از جنبه اقتصادی، تجارت تنها به عملیاتی که برای به جریان انداختن و توزیع ثروت انجام می گیرد، اطلاق می شود، و هر کدام از کلمات فلاح، صنعت و تجارت مفهوم ویژه ای دارند (ستوده تهرانی، ۱۳۸۵: ۱۵/ ۱).

تجارت از دیدگاه حقوقی مجموع قواعدی است که بر روابط بازرگانان و اعمال تجارتهای حکومت می کند (کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، ۱۳۸۵: ۹۰). بر اساس ماده ۱ قانون تجارت تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجارتهای قرار بدهد، و پس از آن در ماده ۲ معاملات تجارتهای تعریف شده اند، بعضی از مواردی که در این قانون نام برده شده است در قانون مدنی و در کتب فقهی زیر عناوینی غیر از بیع یا داد و ستد مورد بررسی قرار گرفته است، به عنوان مثال تصدی به حمل و نقل از راه خشکی یا آب یا هوا، زیر مجموعه عقد اجاره قرار دارد، از سوی دیگر اموری هستند که از دید قانون تجارت، زیر مجموعه قوانین تجارت نیستند مانند معاملات غیر منقول که در ماده ۴ این قانون تاکید شده: «به هیچ وجه تجاری نیستند». آن چه در این قانون مورد توجه قرار گرفته است بیشتر ناظر به جنبه اثباتی عملیات تجاری است، هم چنین اعمال تجاری شخصیت های حقوقی و شرکت ها در این قانون مورد بررسی قرار گرفته است، و مقررات حاکم بر شرکت های تجاری حجم وسیعی از کل مقررات تجاری را تشکیل می دهد (اسکینی، ۱۳۸۵: ۱/ ۶).

اقسام تجارت از جهت حکم تکلیفی شرعی

موضوع تجارت از نظر حکم شرعی به حرام و مکروه و مباح تقسیم می شود.

تجارت حرام

موارد تجارت حرام که در کتب فقهی از آن ها نام برده شده عبارت است از:

۱- معامله اعیان نجس مانند شراب.

۲- تجارت هایی که به خاطر قصد از آن، حرام هستند، مانند خرید و فروش آلات لهو و بت و صلیب، و وسایل قمار، نیز فروش سلاح به دشمنان دین از تجارت های حرام شمرده شده است.

۳- خرید و فروش آنچه قابل انتفاع نیست، مانند مارماهی یا نوعی ماهی بدون فلس.

۴- آن چه به خودی خود حرام است. کسب درآمد از طریق بعضی از اعمال از موارد مکاسب حرام شمرده شده است مانند کمک به ظالمین در ظلم، نوحه سرایی به گفتار نادرست، غش در مورد معامله به صورت مخفی.

۵- کسب درآمد از طریق انجام اموری که بر افراد واجب است، مانند کفن و دفن میت، اجرت گرفتن برای اذان گوئی (محقق حلی، ۱۳۷۰: ۲/۲۶۳ تا ۲۶۵).

حکم حرمت هر یک از موارد مذکور جنبه عقلایی دارد، و بدیهی است چنانچه هر یک از امور نام برده شده از عناوین فوق خارج شوند، حکم دیگری خواهند داشت، مانند فضولات حیوانات در صورتی که دارای منفعت باشند. در این صورت هیچ اشکالی در جواز فروش آن ها نیست (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۲/۳۴۵). از دیدگاه قانونی نیز معاملات نامشروع مورد توجه قرار گرفته اند، چنانچه در ماده ۶۵۴ قانون مدنی ذکر گردیده است: «قمار و گروپندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است.» و از سوی دیگر قانونگذار در ماده ۲۱۷ مقرر داشته است: «در معامله لازم نیست که جهت آن تصریح شود ولی اگر تصریح شده باشد باید مشروع باشد و الا معامله باطل است.» منظور از «جهت» انگیزه ای است که ذهن را به سوی خود می کشد و باعث طلب می شود، هدفی که به خاطر آن شخص به کار ارادی دست می زند و معامله را انجام می دهد (کاتوزیان، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ۱۳۸۵: ۲/۲۱۵).

تجارت مکروه

داد و ستد های مکروه بر سه قسم هستند:

۱- آنچه معامله آن اغلب موارد به عمل حرام یا مکروه می انجامد. مانند فروش کفن.

۲- مشاغلی که پست شمرده می شوند، مانند تحریک حیوانات برای جفتگیری.

۳- معاملاتی که در آن ها شبهه راه می یابد مانند معامله با کودکان یا اشخاص لایابالی (محقق حلی، ۱۳۷۰: ۲/۲۶۵).

در این موارد مذکور نیز با تحول موضوع، حکم نیز متحول می شود. هم چنان که با تغییر موضوع معاملات جایز امکان تغییر حکم در آن ها وجود دارد.

تجارت مباح

داد و ستد در غیر از موارد حرام و مکروه، مباح هستند.

تجارت مشروع

تمامی تجارت هایی که از نظر موضوع، مباح هستند، جایز و مشروع به حساب می آیند، و تنها کسب هایی که مورد حکم حرمت قرار گرفته اند از این مجموعه خارج هستند، که البته نام تجارت را نمی توان بر آن گذاشت. مانند کسب درآمد از طریق ربا یا قمار. چنانچه در ماده ۶۵۴ قانون مدنی نیز ذکر گردیده است: «قمار و گرویندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است.» در معاملات مشروع نیز جمع شرایط درستی معامله برای درست و مشروع اعلام کردن آن نیاز است. احکام و شرایط انعقاد درست قراردادهای مشروع زیر عنوان «بیع» در کتب فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار می گیرد.

تجارت مشروع از دیدگاه قرآن کریم

سوره مبارک نسا آیه شریف ۲۸، شرایط تجارت مشروع را بیان می کند: «یا ایها الذین آمنوا لا تاکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض منکم و لا تقتلوا انفسکم ان الله کان بکم رحیماً» ای کسانی که ایمان آورده اید اموالتان را بین خود به باطل نخورید (تصرف نکنید) مگر آن که با داد و ستدی باشد که با تراضی خودتان واقع شده باشد و همدیگر را نکشید، همانا خداوند نسبت به شما مهربان است. فقیهان بزرگوار این آیه شریف را مشتمل بر احکامی می دانند: منظور از «اکل» تصرف است، که شامل تصرفات حقیقی و حقوقی می شود. و منظور از قید «بینکم» معاملاتی است که در آن ها تصرف در اموال یکدیگر و به عبارت دیگر تبادل اموال صورت می گیرد، و معنای «ب» در «الباطل» به سبب باطل است (گرجی، ۱۳۸۰: ۷۷). بنابراین در آیه شریف نهی شده از هر تصرفی که به سبب باطل صورت می گیرد، و تمام مواردی را که در شرع مجاز نیست دربرمی گیرد، مانند غصب، سرقت، خیانت (السیوری، ۱۳۶۹: ۳۳/۲).

هم چنین از این آیه شریف به دست می آید که تمامی تصرفاتی که به سبب تجارت از روی رضایت خاطر طرفین باشد مباح است. بنابراین ظاهر آیه دلیل است بر این که عقد بیع و نظایر آن به شرط رضایت طرفین موجب صحت تصرف در مال است (مدیر شانه چی، ۱۳۸۰: ۱۶۸). از دیگر سو رضایتی که مورد نظر در آیه شریف است رضایت افرادی است که از

دیدگاه شرعی اهلیت معامله را داشته باشند بنابراین رضایت کودک، سفیه، مجنون و مفلس اعتباری ندارد (السیوری، ۱۳۶۹: ۳۴/۲). مقصود از واژه «تجارت» که در آیه شریف آمده است معاملاتی است که صلاحیت سود بردن، در آن ها هست، چه با قصد سود بردن انجام شوند چه بون این قصد (گرچی، ۱۳۸۰: ۷۸). هم چنین از این واژه استفاده می شود که جواز تصرف می بایست مبتنی بر عقدی از عقود معتبر باشد. بنابراین وجود رضایت طرفین بدون عقد قرارداد برای تملک کافی نیست (السیوری، ۱۳۶۹: ۳۴/۲).

در مورد منظور از جمله «لا تقتلوا انفسکم» احتمالاتی داده شده است، صاحب کنز العرفان این احتمال را نیکو می داند که: به سبب ارتکاب گناه در تصرفات باطل اموال خود را به هلاکت نیافکنید (السیوری، ۱۳۶۹: ۳۵/۲). البته در این مورد می توان گفت فعالیت های ناسالم اقتصادی به گونه ای می تواند موجب هلاک افراد اجتماع شود، و در چرخه اقتصادی در یک جامعه نتیجه نادرستی رفتار فرد به خود او بازمی گردد. در مورد جمله «ان الله کان بکم رحیما» گفته شده: منظور این است که این احکام و مقررات از مهربانی خداوند سرچشمه می گیرد. زیرا خداوند می خواهد شما را به آن چه مصلحتتان اقتضا می کند هدایت کند و از آن چه مفسده شما در آن است بازدارد (گرچی، ۱۳۸۰: ۷۸).

شروط لازم برای انعقاد تجارت مشروع

تجارت مشروع در قالب هر عقدی که باشد، خواه بیع و خواه غیر آن برای ایجاد و درستی نیاز به جمع شرایطی دارد. کسب درآمد یا تجارت منحصر به بیع نیست، لیکن در کتب فقهی شرایط عمومی قراردادها از جمله شرایط متعاقدین و اختیارات در مبحث بیع از کتاب متاجر بیان شده است، از دیدگاه قانونی قسمت دوم قانون مدنی به بیان قوانین کلی عقود و معاملات اختصاص یافته است لیکن مبحث اختیارات در فصل اول از باب سوم در بیع قانونگذاری گردیده است. این موضوع شاید به این دلیل باشد که بیع یا داد و ستد متداول ترین شیوه کسب است و پس از کتاب متاجر یا مکاسب ویژگی های عقود دیگر زیر عنوان خاص خود مثل اجاره، ضمان، وکالت و... به طور جداگانه بیان شده است. از این رو برای بدست آوردن شرایط تجارت مشروع باید مبحث بیع مورد بررسی قرار گیرد.

وجود اهلیت در طرفین قرارداد، شرط لازم برای انعقاد قرارداد

اهلیت صلاحیتی است که شخص برای دارا شدن یا اجرای حق و تکلیف دارد. این صلاحیت دو چهره دارد:

۱- اهلیت تمتع، به معنای اهلیت دارا شدن حق، یا استعدادی که به موجب آن شخص از حقوق خصوصی بهره مند می شود و می تواند صاحب حق و تکلیف باشد.

۲- اهلیت استیفا، به معنای اهلیت اجرای حق، یا صلاحیتی است که شخص به حکم قانون درباره اعمال حق خویش می یابد. بعضی از حقوقدانان اصطلاح اهلیت تصرف را برای این مورد مناسب تر می دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، حقوق مدنی قراردادها: ۲/۲).

برای ایجاد قرارداد بیع یا هر معامله دیگری لازم است طرفین قرارداد باید اهلیت تصرف داشته باشند. ایشان باید بالغ، عاقل و رشید باشند، هم چنین تصرف آن ها در مال مورد معامله صحیح باشد (الجبعی العاملی، ۱۳۷۳: ۱/۲۷۶). بنابراین معامله فرد نابالغ درست نیست، البته گفته شده خرید و فروش چیز های مختصر درست است در صورتی که فرد نابالغ ممیز باشد، و سیره عقلا آن معامله را صحیح بدانند (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۲/۳۹۹). صغیر ممیز کودکی است که توان درک تفاوت میان ضرر و منفعت را فی الجمله دارد، و عقد بیع را از عقد اجاره تمیز می دهد، و هم چنین معامله سود آور و معامله دارای خسران را می شناسد (مغنیه، ۱۳۷۷: ۶۳۱). بعضی از فقیهان رشد معاملی را شرط صحت معامله کودک ممیز دانسته اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۳: ۲/۲۱). بنابراین آن چه بیان شد اعمال حقوقی صغیر غیر ممیز به طور کلی باطل است زیرا او فاقد قدرت تشخیص است (صفایی، ۱۳۸۷: ۱/۸۲).

برای کسب اهلیت معاملی رسیدن به سن بلوغ کافی نیست بلکه فرد باید رشید هم باشد. واژه رشد در قانون مدنی تعریف نشده است. ولی از مفاد ماده ۱۲۰۸ که مفهوم «غیررشید» را بیان می کند، می توان گفت: رشد چهره ای از عقل است که شخص را از تباه کردن اموال خود بازمی دارد و به اصلاح آن هدایت می کند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، حقوق مدنی قراردادها: ۲/۲۶). کودک سالم به طور معمول همراه با بلوغ جسمانی رشد عقلی نیز پیدا می کند لیکن در تمام افراد این گونه نیست، از این رو قانونگذار در تبصره ۲ ماده ۱۲۱۰ مقرر داشته است: «اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد.» هم چنین معامله مجنون درست نیست. مجنون کسی است که قوه عقل و درک ندارد و به اختلال کامل دماغ مبتلاست (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۶: ۲۵۰). دلیل نادرستی معاملات فرد صغیر، سفیه و مجنون حمایت از ایشان است زیرا آن ها به علت کمی سن یا ضعف یا اختلال قوای روحی، نمی توانند امور مالی خود را اداره کنند و نیاز به کمک دیگران دارند، از این رو در شرع و قانون شخص دیگری برای اداره امور آنان در نظر گرفته شده است (صفایی، ۱۳۸۷: ۱/۸۸).

هدف از وجود شرط اهلیت

به منظور حمایت از مالکیت خصوصی و حفظ اموال افراد، از دیدگاه حقوقی بعضی از افراد شایستگی تصرف در اموال خویش و انعقاد معامله را ندارند. در اصطلاح حقوقی به این افراد محجور گفته می شود. حجر در لغت به معنای منع، و در

اصطلاح فقهی محجور کسی است که از تصرف در اموالش ممنوع باشد (محقق حلی، ۱۳۷۰: ۲ / ۳۵۱). در اصطلاح حقوقی حجر به معنای نداشتن صلاحیت در دارا شدن حق یا حقوق معین و نیز نداشتن صلاحیت برای اعمال حقی است که شخص دارای آن است. اولی را «عدم اهلیت تمتع» و دومی را «عدم اهلیت استیفا» می گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۲۱۰).

حقوقدانان حجر را از جهتی به دو دسته تقسیم کرده اند:

حجر حمایتی: در حجر حمایتی حمایت از محجور مورد نظر قانونگذار است، حجر صغیر، مجنون و سفیه حجر حمایتی به شمار می رود، زیرا این اشخاص به سبب اختلال یا نقص قوای دماغی نمی توانند امور خود را چنان که باید اداره کنند. بدین جهت قانونگذار با برقراری حجر و پیش بینی نهادهایی برای اداره امور این اشخاص به حمایت از آنان اقدام کرده است.

حجر سوّ ظنی: حجر بر تاجر ورشکسته حجر سوّ ظنی است، زیرا منظور از آن حفظ حقوق بستانکاران و چلوگیری از تصرفات مالی مضر به حال آنان است (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۶: ۱۸۹). بعضی از فقیهان نیز به این تقسیم بندی اشاره کرده اند (النجفی، ۴/۲۶).

قصد، عنصر اساسی ایجاد ملکیت و تعهد

قصد ایجاد تعهد و معامله از سوی کسانی که اهلیت انعقاد عقد را دارند، از شرایط اساسی ایجاد یک قرارداد است (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۲ / ۲۷۱)، به این صورت که طرفین معامله مدلول الفاظی را که بر زبان می آورند قصد کرده باشند و بدون آن عقدی منعقد نمی شود، این شرطی است که اختلاف نظری در وجود آن نیست. بنابراین عقد قرارداد کسی که الفاظ را به طور اشتباه به کار می برد، هم چنین کسی که شوخی می کند، منعقد نمی شود (انصاری، ۱۳۷۴: ۱ / ۳۴۵). از دیدگاه حقوقی نیز گفته شده: طرفین معامله باید دارای قصد و رضایت باشند، یعنی باید در محیطی آزاد تصمیم بگیرند و مفاد عقد را در ذهن خود به وجود آورند، و آن را به گونه ای اعلام دارند (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱ / ۳۳).

لزوم ابراز قصد از سوی طرفین معامله

قصد یک امر درونی است و برای آن که دیگران از آن اطلاع یابند باید به وسیله ای ابراز شود. بعضی از فقیهان یگانه راه ابراز آن را بیان صیغه عقد دانسته اند، چنانکه در تعریف بیع آن را به الفاظی که به انتقال ملکیت از مالکی به مالک دیگر دلالت دارد در مقابل عوض معلوم، معرفی کرده اند (محقق حلی، ۱۳۷۰: ۲ / ۲۶۷). یا ایجاب و قبولی که دلالت بر انتقال ملکیت در برابر عوض معلوم دارد (مکی، ۱۴۱۲: ۹۳). بعضی از فقیهان بزرگوار به نیاز ایجاب و قبول در عقد بیع تاکید کرده اند (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۲ / ۲۶۳). البته در این مورد گفته اند: «نظر قوی تر آن است که بیع در چیزهای کوچک و بزرگ، با

معاطات واقع می شود. و «معاطات» عبارت است از تسلیم نمودن عین به قصد این که با عوض به ملکیت درآید (همان، ۲/ ۳۶۷). بعضی از فقیهان بزرگوار بیع را به مبادله مال به مال تعریف کرده اند. البته در این جا معنای عام مال که شامل منافع هم می شود، منظور نیست (شیخ انصاری، ۱۳۷۴: ۱/ ۲۳۶). در این مورد بیع خصوصیتی ندارد، بنابراین هر عقد دیگری نیز بدون ذکر صیغه درست است و تنها نکاح از این مورد استثنا شده است. در اصطلاح حقوقی نیز بر اساس ماده ۳۳۸ قانون مدنی مقرر شده است: «بیع عبارت است از تملیک عین معلوم به عوض معلوم»، و سپس در ماده ۳۳۹ بیان می کند که: «پس از توافق با بیع و مشتری در مبیع و قیمت آن عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود.» و در ذیل این ماده قانونگذار مقرر می دارد: «ممکن است بیع به داد و ستد نیز واقع گردد.» بنابراین در مواردی که قیمت کالایی معین است و خریدار از اوصاف مبیع اطلاع دارد، ممکن است بدون هیچ گفت و گویی مبیع با پول مبادله شود. مانند فروش به وسیله ماشین های خودکار (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۱/ ۳۴).

نقش اختیار در قراردادها

اختیار در قرارداد در سه مورد مطرح می شود: نخست اختیار در انعقاد قرارداد، دیگر اختیار در قرار دادن شرایط درست مورد تمایل طرفین عقد در ضمن عقد یا قبل و یا پس از انعقاد قرارداد، سوم اختیار در بر هم زدن معامله در مواردی که حق این کار را دارند.

اختیار، شرط طرفین عقد در انعقاد آن

اختیار از شرایطی است که طرفین تعهد باید داشته باشند (محقق حلی، ۱۳۷۰: ۲/ ۲۷۶). این نظر مشهور بین فقیهان است، و گاهی به آن رضایت گفته می شود، گاهی نیز کراهت به عنوان مانع ایجاد قرارداد مطرح شده است (الخمینی، ۱۳۷۶: ۱/ ۳۲۳) منظور از اختیار در این جا اختیار آن است که فرد در ایجاد قرارداد استقلال داشته باشد با وجود این قید عقد مکره درست نیست زیرا وقوع عقد با اراده مکره و اختیار او نیست بلکه به سبب الزام شخص اکراه کننده است (الهمدانی، ۱۴۲۰: ۱۶۰). لیکن گفته شده: مقصود از اختیار در این جا عبارت است از رضا و طیب نفس عاقد (گرگی، ۱۳۷۸: ۱/ ۲۱).

مفهوم مقابل اختیار، اکراه

واژه اکراه در شرع مقدس تعریف نشده است و برای دریافت معنای آن باید به عرف مراجعه شود. نزد عرف اکراه به سبب خوف ضرر بر جان و مال و آبرو به وجود می آید، و بعضی از فقیهان ابراز داشته اند که خوف نسبت به افراد مختلف و جایگاه اجتماعی ایشان متفاوت است (مغنیه، ۱۳۷۹: ۳/ ۷۰). بنابراین اکراه در جایی تحقق می یابد که شخص برای دفع ضرر

از خویش یا وابستگان خود از سوی دیگری اکراه شود به گونه ای که استقلال در تصرف را از دست بدهد، و دیگر از روی رضایت معامله را انجام ندهد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۳: ۳۷/۲). در ماده ۲۰۲ قانون مدنی اکراه تعریف شده است: «اکراه به اعمالی حاصل می شود که موثر در شخص با شعوری بوده و او را نسبت به جان یا مال یا آبروی خود تهدید کند به نحوی که به طور معمول قابل تحمل نباشد. در مورد اعمال اکراه آمیز سن و شخصیت و اخلاق و مرد یا زن بودن شخص باید در نظر گرفته شود.»

اثر اکراه طرفین تعهد در درستی معامله

بنا بر نظر فقیهان چنانچه فرد اکراه شده نسبت به عقد راضی شود، عقد صحیح است (مکی، ۱۴۱۲: ۹۳). قانونگذار نیز در ماده ۲۰۹ قانون مدنی عدم نفوذ عقد را در صورت اکراه بیان می کند. ممکن است این نظر مطرح شود که شخص اکراه شده چگونه قصد انشا و ایجاد معامله را می کند؟ و بدون قصد، معامله ای ایجاد نمی شود نه این که معامله ایجاد شود اما غیر نافذ باشد. زیرا مرجع قصد اراده معامله ای است که مطلوب فرد است. در پاسخ به این اشکال گفته شده: شخص اکراه شده پس از توجه به تهدید دیگری خود را بین دو محذور می بیند، و موردی را که محذور کمتری دارد اختیار می کند، و این جهت از اختیار به اراده ایجاد عقد تعلق می گیرد (العراقی، ۱۴۱۳: ۲۶/۵). بدیهی است بعضی از کارهایی را که انسان انجام می دهد از امور مکروه است، و انسان به خاطر دفع آلام دیگر و جلب مصالح عالی تر در برابر آن صبر پیشه می کند، و این طیب نفسی است که بعضی از آن نام می برند گرچه از نظر عرف طیب نفس به شمار نیاید (الخمینی، ۱۳۷۶: ۳۲۴/۲). از این رو گفته شده اکراه تنها مانع شرعی تاثیر اثر مقتضی عقد است و اگر از بین برود مقتضی عمل می کند (النجفی، ۱۳۶۸: ۲۶۵/۲۲).

اثر اکراه در جایی است که اکراه به حق نباشد. اکراه به حق در موردی است که اختیار فرد در معامله نقشی ندارد مانند اکراه محتکر از سوی حاکم بر فروش مواد غذایی در زمان خشکسالی، یا فروش اموال مرد بدون رضایت او به دلیل پرداخت نفقه همسر، یا فروش اموال مدیون به منظور ادای دین (مغنیه، ۱۳۷۹: ۷۰/۳).

شرایط تحقق اکراه

فقیهان در تحقق اکراه سه شرط را معتبر دانسته اند:

- ۱- اکراه کننده در صورت مخالفت با امر خود فرد را تهدید کند.
- ۲- فرد اکراه شده ظن پیدا کند که اکراه کننده در صورت مخالفت به تهدید خود عمل خواهد کرد. روشن است که چنین ظنی در صورتی ایجاد می شود که اکراه کننده قدرت انجام تهدید خود را داشته باشد.

۳- امری که اکراه کننده به آن وعده داده به حال اکراه شونده مضر باشد. مضر به جان، مال یا آبرو. بدون وجود این شرایط از دیدگاه عرف اکراه تحقق نمی یابد (الهمدانی، ۱۴۲۰: ۱۶۰).

اختیار در انتخاب نوع معامله

عقود خاصی در فقه و قانون مدنی تعریف شده اند که به آن ها عقود معین گفته می شود. افراد افزون بر عقود که معرفی شده است، اختیار آن را دارند که قرارداد دیگری بر طبق خواست و رضایت خود منعقد نمایند. به این قراردادها عقد غیر معین گفته می شود. این عقود از دیدگاه حقوق اسلامی مشروع است و تمامی آثار صحت بر آن ها بار می شود، مشروط به این که:

۱- دارای شرایط اساسی صحت معامله باشد.

۲- مخالف صریح قانون نباشد.

۳- بر خلاف اخلاق حسنه نباشد.

۴- مخالف نظو عمومی نباشد (امامی، ۱۳۸۶: ۵۴/۴).

ماده ۱۰ و ۹۷۵ قانون مدنی ناظر بر صحت عقود غیر معین با وجود شرایط مذکور است.

چهره دیگری از اختیار در قراردادها

اختیار دیگری طرفین عقد، قرار دادن هر شرط درست و جایز در قرارداد است.

اختیار در قرار دادن شرط یا شروطی برای عقد

طرفین معامله این اختیار را دارند هر شرط صحیحی را که مورد توافق طرف مقابل باشد در قرارداد بگنجانند (الجبعی العاملی، ۱۳۷۳: ۳۳۱/۱).

مفهوم شرط

شرط در اصطلاح فقه عبارت است از التزام در ضمن بیع و مانند آن یا قرار در ضمن بیع و مانند آن (موسوی خمینی ۱۳۷۹، البیع: ۲۴۹/۵)

در اصطلاح حقوقی شرط در دو معنی به کار می رود:

۱- شرط امری است محتمل الوقوع در آینده که طرفین عقد یا ایقاع کننده حدوث اثر حقوقی یا ایقاع را کلا یا بعضا متوقف بر حدوث آن امر محتمل الوقوع نمایند (ماده ۲۳۲ قانون مدنی به بعد).

۲- وصفی است که یکی از طرفین عقد وجود آن را در مورد معامله تعهد کرده باشد، بدون اینکه آن وصف، محتمل الوقوع در آینده باشد (جعفری لنگرودی ۱۳۸۳: ۳۸۰)

هم چنین در مورد بحث گفته شده: «شرط عبارت است از تعهد فرعی که در ضمن یک قرارداد مندرج می شود». (شهیدی ۱۳۸۶: ۷۹) بنابراین شرط تعهدی است که ضمن تعهد دیگر درج می گردد و بخشی از مورد معامله اصلی می شود (امامی ۱۳۸۶: ۱/۲۷۵). به کسی که شرط به نفع اوست، مشروط له، و به کسی که متعهد به انجام شرط است، مشروط علیه گفته می شود.

رابطه شرط با عقد

وجود شرط متفرع بر معامله اصلی است، و در صورتی که معامله اصلی باطل باشد شرط ضمن آن نیز باطل است، اما بطلان شرط موجب بطلان معامله نخواهد بود، زیرا وجود حقوقی معامله مزبور منوط به وجود حقوقی شرط نیست (امامی، ۱۳۸۶: ۲۷۶/۱).

شروط صحت شرط

شرط در صورتی ثمربخش و الزام آور است که دارای شرایط درستی باشد. این شرایط عبارتند از:

۱- برای مشروط علیه یعنی کسی که متعهد به انجام شرط است، مقدور باشد.

۲- در شرع مقدس جایز باشد.

۳- دارای غرض عقلایی قابل اعتنا باشد.

۴- مخالف مقتضای عقد نباشد.

۵- مجهول نباشد.

۶- مستلزم محال نباشد (النجفی الخوانساری، ۱۴۱۸: ۳/۱۹۲ تا ۲۳۱).

اقسام شروط وابسته به عقد

شروط مربوط به عقد را می توان به دو دسته تقسیم کرد: آنها که در ضمن عقد ذکر شده اند، و آنها که مذکور در ضمن عقد نیستند. گروه دوم نیز به دو قسم تقسیم می شوند: شروط ابتدایی یا تبانی و شروط ضمنی.

شروط تبانی یا بنایی

در تعریف شرط بنایی گفته شده: تعهداتی است که در مذاکرات پیش از عقد به صورت مذاکره مقدماتی عقد بین متعاقدين مورد بحث واقع شده و در متن عقد اسمی از آن برده نشده است (جعفری لنگرودی ۱۳۸۳: ۳۸۱). بنابراین شرط تبانی شرطی است که به هنگام ایجاب و قبول، هرچند به اشاره نامی از آن برده نمی شود، لیکن پیش از عقد طرفین نسبت به آن توافق کرده و سپس عقد را با بنای ذهنی نسبت به آن انشا می کنند. این گونه شرط در عبارات قرارداد انعکاس ندارد، اما فرض این است که به هنگام انشا، عقد با لحاظ شرط در اراده طرفین وارد می شود، و مورد توجه خاص مشروط له قرار می گیرد، هرچند به صورت تبانی باشد (شهیدی ۱۳۸۶: ۴۰/۴). از دیدگاه فقهی، حضرت امام (ره) این گونه شرط را معتبر و لازم الاجرا می دانند، البته در صورتی که شرط به گونه ای در قیمت مورد معامله یا هدف از معامله موثر باشد (موسوی خمینی ۱۳۷۹: البیع، ۵/ ۳۳۰). ایشان در باب بیع فرموده اند: «جایگاه شرط به منزله اوصاف و قیود مبیع به شمار می آید، و چنانچه از نظر عرف عقد بر مقید واقع شده باشد، آن شرط و قید لازم الاجرا خواهد بود، زیرا یکی از قرائن تبانی قبل از عقد است.» (موسوی خمینی ۱۳۷۹: ۳۰۵/۵)

از نظر حقوقدانان نیز شرط تبانی صحیح و دارای اعتبار شناخته می شود (شهیدی، ۱۳۸۶: ۴۲/۴). ایشان ملاک اعتبار شرط تبانی را وابسته بودن آن به اراده طرفین دانسته اند (شهیدی ۱۳۸۶: ۵۰). شرط تبانی یا بنایی تنها در دو ماده ۱۱۲۸ و ۱۱۱۳ قانون مدنی ذکر شده است، ماده ۱۱۱۳ در مورد عقد منقطع است: «در عقد انقطاع زن حق نفقه ندارد مگر اینکه شرط شده یا آنکه عقد مبنی بر آن جاری شده باشد.» گفته شده: علت ذکر انحصاری شرط بنایی در عقد نکاح پیشینه فقهی آن است، که این شرط را در این عقد مورد بررسی قرار داده اند (شهیدی، ۱۳۸۵: ۳۴۰/۲). با این وجود حکم مربوط به این شرط در سایر عقود و موضوع های آن، از همان ملاک برخوردار است، و عقد نکاح نسبت به این حکم خصوصیتی ندارد، بنابراین شرط تبانی را باید در سایر عقود نیز معتبر دانست (شهیدی ۱۳۸۶: ۴۶/۴، ۴۷).

شرط ضمنی

در پاره ای موارد با این که در گفت و گوهای طرفین نامی از وصف خاصی برده نمی شود، عادات و رسوم اجتماعی چنان است که عقد بر مبنای وجود آن وصف منعقد می شود، و سکوت طرف عقد به دلیل اعتماد به ظاهر دیگری است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۹۱/۱). منظور از شرط ضمنی توافق غیر مصرح طرف های عقد به پیوند آن با عقد است، بدون این که توافق مزبور با عبارت یا اشاره ای بیان و اظهار گردد (شهیدی، ۱۳۸۵: ۳۳۸/۲). زیرا یکی از وسایل تفسیر قرارداد، عرف است. مدلول و موضوع عرف به عنوان امر مانوس جامعه یا گروه خاص به طور صریح در عقد وارد نمی شود، بلکه به صورت ضمنی در اراده مشترک طرف های عقد منعکس می گردد. در حقیقت آن چه بر موضوع عرف دلالت می کند، لفظ مبادله شده نیست، بلکه آشنایی و گرایش ذهنی حاصل از بازتاب روش مستمر جامعه ایشان است (شهیدی ۱۳۸۵: ۳۰۱ / ۲). البته همه موارد معهود در عرف را نباید از مصادیق شرط ضمنی دانست، زیرا شرط ماهیتی است وابسته به عقد و مورد آن خارج از موضوع عقد و تابع آن است، در صورتی که بسیاری از موارد معهود عرفی، ممکن است داخل در عقد و از اجزای مورد معامله باشد، که در این صورت این موارد را نمی توان به عنوان شرط ضمنی عقد تلقی کرد (شهیدی، ۱۳۸۶: ۵۲).

مبنای اعتبار شروط ضمنی

مبنای اعتبار شرط ضمنی در اصل ناشی از انتساب مفاد شرط به اراده طرفین است نه از قانون به طور مستقیم (شهیدی ۱۳۸۶: ۵۳). اراده طرفین نیز بر مبنای عرف شکل می گیرد، زیرا انشا کنندگان قرارداد که معمولاً آشنا با روش معاملاتی مانوس جامعه یا گروه خاص خود هستند (یا باید باشند). به هنگام تشکیل قرارداد، آن روش مانوس را به طور ضمنی در نظر می گیرند، و در صورتی که بخواهند روش مزبور را کنار بگذارند، در زمان انشای قرارداد یا قبل از آن باید بدان تصریح کنند. بنابراین با سکوت خود، و با فرض آشنایی نسبت به روش مزبور، آن روش را در روابط حقوقی مورد پذیرش قرار می دهند (شهیدی ۱۳۸۵: ۳۰۱/۲). در قانون مدنی ایران در مورد رابطه بین مفاد ضمنی و مفاد بنایی عقد، مطلب صریحی مقرر نگردیده است، تنها در مواد ۱۱۲۸ و ۱۱۱۳ از آن نام برده شده است، لیکن در بند ۷ از ماده ۱۳ آیین دادرسی مدنی مقرر شده است: «مطالبه وفای به شرط و عهود راجعه به معاملات و قراردادها اعم از این که در ضمن معامله و قرارداد تصریح شده و یا بنای متعاملین بر آن بوده و یا عادات و عرفا معامله مبنی بر آن باشد، مشروط بر این که مورد مطالبه قابل ارزیابی نباشد و الا نصاب دادگاه بخش معتبر خواهد بود.» از مقررات مذکور اعتبار مفاد بنایی و شرط ضمنی عقد با تکیه بر وحدت ملاک بین عقد نکاح و سایر عقود و نیز اطلاق ماده ۱۳ آیین دادرسی مدنی بدست می آید (شهیدی، ۱۳۸۵: ۳۴۰ / ۲).

شروط ضمن عقد

منظور از شرط ضمن عقد، شرطی است که اتصال آن به عقد مورد توافق طرف های عقد قرار گیرد، خواه همراه ایجاب و قبول به آن تصریح شده باشد، و بین دو انشا درج شده باشد، یا اینکه بدون ذکر در عقد، طرفین بر آن توافق ذهنی داشته باشند (شهیدی، ۱۳۸۵: ۳۳۸/۲) شروط ضمن عقد در حقیقت استقلالی ندارند، بلکه در مرحله پیدایش تابع قرارداد اصلی هستند. بنابراین شروط مذکور خارج از ارکان عقد اصلی است، و در واقع به منزله ی یک زایده حقوقی است که از قرارداد اصلی کسب اعتبار می کند (شهیدی، ۱۳۸۶: ۸۰)، با این حال بر اساس قاعده «العقود تابعه للقصود» و اصل حاکمیت اراده در قراردادها همه آثار و حقوق و تعهدات ناشی از آن جز آثار ذات قرارداد با رعایت شرایط قانونی، وابسته به اراده انشا کنندگان آن است (شهیدی، ۱۳۸۵: ۲۹۴/۲).

بنابر نظر حضرت امام خمینی (ره) بی شک حق مشروط له نسبت به مشروط علیه در خصوص تحقق شرط ثابت است، اما نه به خاطر فرمایش حضرت رسول (ص) که فرموده اند: «المؤمنون عند شروطهم» (شیخ طوسی، ۱۳۹۰: ۲۳۲/۳). زیرا «عند شرط» بودن مستلزم این نیست که شرط بر عهده او باشد، یا حقی ثابت بر او، و نه به خاطر این که شرط عمل مانند اجاره است، زیرا چنین چیزی قیاس مع الفارق است، و اعتبار اجاره با اعتبار شرط متفاوت است، بلکه به این خاطر است که استحقاق و ثبوت حق مشروط له نسبت به تعهد مشروط علیه یک امر عقلایی است که در مورد شروط عقلایی جریان دارد، و شارع مقدس امری مخالف نظر عقلا ندارد (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: البیع، ۳۲۷/۵) البته مقتضای خیار تخلف شرط، که عقلایی است بستگی به مواردی دارد که تخلف از آن ها موجب تخلف از اهداف طرف عقد شود (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: البیع، ۳۰۹/۵).

اقسام شروط ضمن عقد

شروط ضمن عقد به سه قسم تقسیم می شوند:

قسم اول شرط صفت است، به این صوت که در مبیع یا ثمن جزئی صفتی از اوصاف قید گردد. به عنوان مثال در بیع کتاب خاصی شرط شود که چاپ کشور خاصی باشد. این که مقصود، وجود قهری صفتی در مورد معامله باشد، در صورت تخلف، مشروط له حق خیار و فسخ معامله را دارد.

قسم دوم شرط فعل است که در آن شرط کننده مشروط علیه را به انجام یا عدم انجام عملی الزام می کند.

قسم سوم شرط نتیجه است که در آن بشرط می شود نتیجه عملی حقوقی واقع شود مانند ملکیت که نتیجه بیع است. در این قسم باید نتیجه از اموری باشد که به هر سببی از جمله شرط حاصل می شود و نیاز به سبب خاصی نداشته باشد. بنابراین

زوجیت نمی تواند به عنوان شرط نتیجه مطرح شود (گرجی، ۱۳۸۷: ۴۸ و ۵۰). ماده ۲۳۴ قانون مدنی نیز این موارد را بیان می کند.

نقش شروط در قراردادها

از دیدگاه فقهی در مورد شرط فعل، گفته شده: چنانچه مشروط علیه به شرطی که متعهد شده عمل نکند، مشروط علیه حق فسخ معامله را خواهد داشت (مکی، ۱۴۱۲: ۱۱۰). لیکن از نظر قانونی نخست الزام متعهد مطرح می شود چنانکه در ماده ۲۳۹ قانون مدنی مقرر شده است: «هر گاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.» لیکن در مورد شرط صفت از دیدگاه قانونی و بر اساس ماده ۲۳۵ قانون مدنی: «هر گاه شرطی که در ضمن عقد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت.» شرط نتیجه نیز به محض تحقق عقد محقق می شود، مگر آن که حصول نتیجه موقوف به سبب خاصی باشد (ماده ۲۳۶ قانون مدنی).

شروط عوضین در عقود معاوضی

عقود معاوضی که در آن ها انتقال ملکیت صورت می گیرد، از مصادیق بارز تجارت هستند. از این رو باید به طور کامل مورد بررسی قرار گیرند.

عقود معاوضی

عقد به معنای اعم عملی حقوقی است که دو طرف به تراضی آن را واقع می سازند، خواه در آن برای هر دو طرف یا یک طرف تعهد ایجاد شود (عقد عهدی) خواه اساساً تعهدی ایجاد نشود مانند عاریه و ودیعه. عقد معاوضی عقدی است که متضمن اخذ و عطا (داد و ستد) و الزام و التزام از طرفین باشد. گاهی عقود معاوضی به خصوص عقودی گفته می شود که در آن ها مال مبادله می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۴۶۶). قراردادهای معوض دارای علت خاصی هستند که در قراردادهای غیر معوض یافت نمی شود، و آن رسیدن به عوض است. یعنی علت تعهد هر یک از طرفین، تعهد طرف دیگر است به عنوان مثال چنان چه بیع که کامل ترین قرارداد معوض است، مورد توجه قرار گیرد، به دست می آید که بایع متعهد به تملیک میب می شود برای این که مشتری ثمن را به او تملیک نماید (امامی، ۱۳۸۶: ۱/ ۲۲۵). این دسته از عقود در پژوهش پیش رو مورد بررسی قرار می گیرند.

شرط مالیت داشتن عوضین در عقود معاوضی

یکی از شروط عوضین در عقود معاوضی این است که باید مالیت داشته باشند، به این معنی که هر یک از عوضین مال یا منفعت یا حقی باشد که از نظر عرف مال محسوب شود و دارای ارزش و قیمت باشد، هم چنین از دیدگاه شرعی انتفاع از آن جایز باشد، بنابراین شراب یا خوک مال به حساب نمی آیند و قابل معامله نیستند (مغنیه، ۱۳۷۹: ۳/۱۱۷). در صورتی که عوضین فاقد ارزش معاوضه باشند، نمی توانند مورد معامله واقع شوند، هم چنین است عمل یا ترک عملی که مالیت و ارزش معاوضه ندارد (امامی، ۱۳۸۶: ۱/۲۱۶). مفهوم سنتی مال عبارت از کالایی مادی است که مورد داد و ستد قرار می گیرد، و دارای ارزش است. لیکن در حقوق کنونی واژه «مال» مفهوم گسترده تری دارد و شامل ابتکارها و فعالیت ها نیز می شود. مانند حقوق معنوی چون حق اختراع و تألیف و سرقتی و نام تجاری، که از ارکان مهم دارایی به شمار می آیند، بدون این که پایه و مصداق مادی و محسوس داشته باشند (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱/۱۲۹).

شرط منفعت عقلایی داشتن عوضین

چیزی را که دارای منفعت عقلایی و مشروع نیست، از نظر حقوقی مال محسوب نمی شود. بنابراین موضوع تعهد باید در بازار داد و ستد ارزش داشته باشد. یعنی قابل مبادله و تقویم به پول باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱/۱۲۹). ماده ۲۱۵ قانون مدنی نیز ناظر بر همین موضوع است.

نقش قواعد فقهی در تجارت مشروع

قاعده فقهی عبارت است از یک حکم کلی فقهی که در ابواب مختلف فقه یا موضوعات متعدد به کار می رود (محمدی، ۱۳۸۲: ۱۴). بعضی از این قواعد در مبحث معاملات کاربرد دارند، که به تناسب پژوهش پیش رو مورد بررسی قرار می گیرد.

قاعده تسلیط

قاعده تسلیط از قواعد مسلم نزد فقهاست که به طور معمول در باب معاملات ذکر می شود. مضمون قاعده این است که هر مالکی بر مال خود تسلط دارد و به هر گونه که بخواهد می تواند در آن تصرف کند بنابراین مالک حق دارد مال خود را بفروشد، اجاره دهد، هدیه دهد یا تصرفات دیگر (ایروانی، ۱۴۲۰: ۲/۹۶). بنابراین مفاد قاعده تسلیط عبارت است از سلطه کامل مالک در ملک خود و منشأ این سلطه گاه به صورت یک سلسله آثار عرفی است که مورد تأیید و امضای شارع قرار گرفته است و گاه به صورت یک حکم تأسیسی از طرف شرع اعلام شده است (عمید زنجانی، ۱۳۸۶: ۱/۱۲۱).

بر اساس این قاعده مالکیت خصوصی در آیین اسلام از مسائل مسلم و ضروری به شمار می آید، و برای اثبات آن به ادله اربعه فقهی استناد شده است. از جمله از مفاد آیاتی چند از قرآن کریم استفاده می شود که از نظر اسلام شخص مالک

اموال خویش است و می تواند در آن چه از نظر قانونی به او تعلق دارد، و در قلمرو قانون تصرف کند (النسا/ ۲۹؛ البقره/ ۱۸۸ و ۲۷۹). از دیگر مستندات این قاعده حدیث نبوی معروف است: «ان الناس مسلطون علی اموالهم» همه مردم بر اموال خود تسلط دارند. بنابراین از این حدیث نبوی (ص) قاعده کلی تسلیط در مورد مالکان استفاده می شود، که از دو بخش تشکیل شده است:

نخست این که هر کس در مال خود هر نوع تصرفی می تواند بکند اعم از آن که این تصرف حقیقی باشد یا حقوقی به عنوان مثال اگر مال از خوردنی هاست آن را بخورد، یا بفروشد یا ببخشد، و تنها در مواردی نمی توان به این قاعده استناد کرد که تصرفی به دلیل خاص ممنوع شده باشد، مانند قمار، یا فروش عین مرهون. و بخش دیگر آن که هیچ کس حق ندارد در ما یملک دیگران بدون اذن ایشان تصرف کند (گرجی، ۱۳۸۷: ۱۶۹). بنابر آن چه بیان شد مالکیت خصوصی عبارت است از اختصاص مال به شخص به گونه ای که بتواند در محدوده شرع و قانون هر گونه بخواهد در آن تصرف کند (محمودی گلپایگانی، ۱۳۷۹: ۱۱۵).

موارد انطباق مواد قانونی با قاعده تسلیط

اصل ۴۶ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران با قاعده تسلیط انطباق دارد: «هر کس مالک حاصل کسب و کار مشروع خویش است و هیچ کس نمی تواند به عنوان مالکیت نسبت به کسب و کار خود امکان کسب و کار را از دیگری سلب کند.» هم چنین اصل ۴۷ قانون اساسی: «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد محترم است. ضوابط آن را قانون معین می کند.» موادی از قانون مدنی نیز منطبق بر این قاعده است، هم چون ماده ۳۰ قانون مدنی: «هر مالکی نسبت به ما یملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.» و نیز ماده ۳۱ قانون مدنی: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی توان بیرون کرد مگر به حکم قانون.» با توجه به این قاعده کلی فقهی و اصول قانون اساسی و موادی از قانون مدنی که دو مورد آن به عنوان نمونه ذکر شد، به دست می آید که مالکیت خصوصی که زمینه ساز فعالیت های تجاری است، در حقوق اسلامی محترم شمرده شده است.

شرطی از شروط عوضین بر اساس قاعده تسلیط

یکی از شروط عوضین در عقود معاوضی آن است که مالی که مورد معامله قرار می گیرد، حبس نباشد و رها باشد. یعنی در وقف یا رهن نباشد (مغنیه، ۱۳۷۹: ۱۱۷/۳). کسی که مالی را وقف کرده است، دیگر مالک آن به شمار نمی آید، و تسلطی بر آن ندارد تا بتواند آن را به دیگری تملیک کند. در مورد رهن نیز باید گفت گرچه راهن مالک عین مرهونه حساب لیکن بر اساس قراردادی که با مرتهن بسته است، تسلط خود را به طور اختیاری از آن مال تا زمانی که دین خود را به مرتهن تأدیه

کند از دست داده است. بنابراین هیچیک از راهن و مرتهن حق تصرف در مال مرهون را ندارند (موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۳/۲۷۱). از دیدگاه قانونی نیز قابل انتقال بودن مال از شروط عوضین شمرده شده است، زیرا امری را که قانون منع کرده از نظر حقوقی در حکم غیرممکن است. بنابراین اگر قراردادی نسبت به خرید و فروش مشترکات عمومی و اوقاف و اسلحه یا مواد مخدر منعقد شود، باطل است، و چنین چیزی از ماده ۳۴۸ قانون مدنی استفاده می شود (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱/۱۳۱).

قاعده غرر

غرر در لغت به معنای در معرض نابودی قرار دادن است (بندر ریگی، ۱۳۷۱: ۳۹۱). در اصطلاح فقهی غرر عبارت است از این که عوض و معوض در عقود معاوضی در معرض خطر باشد بدین معنی که احتمال نابودی آن ها از نظر عرف و به طور معمول قابل توجه باشد (النجفی، ۱۳۶۸، ۳۸۵/۲۲). از بیانات فقیهان به دست می آید که موارد غرر نزد ایشان موافق معنایی است که اهل لغت آن ها را ذکر کرده اند (الترقی، ۱۳۷۵: ۸۹). بنابراین چنان که حقوقدانان به آن اشاره کرده اند در سه مورد غرر به وجود می آید: عدم اطمینان به وجود مورد معامله، عدم اطمینان به قبض و اقباض مورد معامله و عدم اطمینان به کمیت و کیفیت و اوصاف لازم دیگر آن (محمدی، ۱۳۸۲: ۷۸). از این رو گفته شده: «لازم است ثمن معلوم باشد، و معلوم بودن به پیچ مورد محقق می شود: وجود، بیان جنس، وصف و مقدار، جهل به هریک از این موارد موجب فساد معامله می شود.» (کاشف الغطا، ۱۳۶۰، ۱/۲). در قانون مدنی نیز در ماده ۱۹۰ معین بودن مورد معامله و در ماده ۲۱۶ معلوم بودن آن ها شرط درستی معامله ذکر شده است.

کاربرد قاعده غرر در معاملات

بر اساس قاعده غرر دو شرط از شروط عوضین در عقود معاوضی بیان شده است.

شروط عوضین به منظور نفی غرر

به منظور درستی معامله و نفی غرر عوضین در عقود معاوضی باید از شرایطی برخوردار باشند.

علم به عوضین

فقیهان علم به مقدار و جنس و وصف عوضین را شرط درستی معامله دانسته اند. به خاطر جهالت و ثبوت غرر (الجبعی العاملی، ۱۳۷۳: ۱/۲۸۵، موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۳۸۵/۲). البته گفته شده: غرر مترادف با جهل نیست، بلکه در مواردی جهل هست اما غرر نیست. بسیاری از عقلا بر خرید چیزهایی که حقیقت آن ها مجهول است اقدام می کنند در حالی که این اقدام ضرر و خطر به شمار نمی آید (مغنیه، ۱۳۷۹: ۳/۱۷۷). از این رو گفته شده: بعید نیست که سنجش به کیل و وزن که به عنوان

شرط صحت معامله ذکر شده است به خاطر از بین رفتن غرر نباشد، بلکه به دلیل رفع جهالت باشد. هم چنان که بعضی از اخبار دلالت دارند بر این که جهالت نسبت به عوضین موجب اخلال در صحت معامله می شود (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۲۶). با این حال در مورد علم به عوضین یقینی را شرط دانسته اند که به سبب آن غرر منتفی شود، و اقدام بر مخاطره بر آن صدق نکند (مغویه، ۱۳۷۹: ۱۷۷/۳). از دیدگاه حقوقی نیز در پاره ای از قراردادها قانون علم اجمالی به موضوع تعهد را کافی می داند. چنان که در ماده ۲۱۶ قانون مدنی اعلام شده: «... لیکن باید دانست که این موارد جنبه استثنایی دارد و فقط جایی می تواند مورد قبول واقع شود که قانونگذار به صراحت علم اجمالی را کافی بداند. اسقرا نشان می دهد که در مواردی تسامح می شود که دوطرف نیز با هدف مسامحه قرارداد می بندند مانند ماده ۶۹۴ قانون مدنی که شناخت ضامن را لازم نمی داند) کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱/۱۳۲). چهره دیگر علم به عوضین، معین بودن آن هاست بدین معنی که موضوع معامله یکی از دو چیز معین نباشد (امامی، ۱۳۸۶: ۱/۲۲۰) در بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیز در مورد شرایط صحت معامله آمده است: «موضوع معین که مورد معامله باشد.»

قدرت بر تسلیم مورد معامله

عدم قدرت بر تسلیم مبیع از اموری است که موجب تحقق غرر و در نتیجه بطلان معامله می شود. در عقود معاوضی قصد و اراده طرفین بر این است که در مقابل آن چه می دهند چیزی به دست آورند. از این رو بر اساس بنای عقلا که در عقود و معاملات مورد توجه شرع و قانونگذار قرار دارد فرد معامله کننده باید قدرت بر تسلیم کالای مورد درخواست طرف مقابل را داشته باشد. مگر آن که از این موضوع اطلاع داشته باشد و یا خود قادر بر تحصیل آن کالا باشد (مکی، ۱۴۱۲: ۹۵). بنابراین مال در زمان وقوع عقد باید موجود باشد. البته این شرط اختصاص به تعهدی دارد که موضوع آن عین معین است، و ماده ۳۶۱ قانون مدنی به آن تصریح می کند: «اگر در بیع عین معین معلوم شود که مبیع وجود نداشته است بیع باطل است.» و چون این حکم مطابق قاعده به نظر می رسد، به حکم عقل نیز امر معدوم نمی تواند موضوع دین و انتقال قرار گیرد. پس باید مفاد این ماده را به سایر عقود نیز سرایت داد. البته چنان که بیان شد در تعهدی که موضوع آن کلی است، وجود مال مورد انتقال در زمان عقد ضرورت ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱/۱۳۰).

معیار نفی غرر

معیار نفی غرر مانند بسیاری از موارد دیگر تشخیص عرف است. به عنوان مثال برای دانستن کمیت از کیل و وزن و شمارش و متر کردن و سایر ابزار تعیین مقدار استفاده می شود، تعیین در موارد گوناگون متفاوت است، و معرفت هر چیز بر حسب خود آن است. هم چنین برای دانستن کیفیت یا اوصاف دیگر آزمایش می کنند، برای اطمینان به قبض و اقباض همین قدر

که عرف قبض و اقباض را محقق بدانند کافی است و همین طور در مورد اطمینان به وجود مورد معامله (محمدی، ۱۳۸۲: ۷۸).

قاعده لا ضرر

قاعده «لا ضرر» یکی از قواعد مهم و پر کاربرد است. فقیهان و حقوق دانان این قاعده را حاکم یا مقدم بر ادله اولیه دانسته اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷: ۱ / ۱۸۹؛ محمدی، ۱۳۸۲: ۱۶۵). نفی ضرر در احکام شرعی از اصول و قواعدی است که به وسیله اخبلر مستفیض ثابت شده است، و اصحاب نیز به آن عمل کرده اند (النراقی، ۱۳۷۵: ۵۳). بر این اساس چنان چه حکمی چه عبادی و چه غیر عبادی موجب ضرر برای مکلف باشد، برای او منتفی است. مدرک این قاعده احادیث مشهور نبوی است که فقیهان شیعه و اهل سنت به آن استناد کرده اند (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷: ۱۸۹/۱). با وجود اختلاف نظرهایی که در مفاد قاعده وجود دارد لیکن این معنا مورد قبول بیشتر فقیهان قرار گرفته است که مفاد قاعده لا ضرر، رفع حکمی است که منشأ ضرر باشد، اعم از حکم تکلیفی یا حکم وضعی. در حکم تکلیفی ضرر ناشی از خود حکم نیست، بلکه ضرر در مرحله امتثال ظهور پیدا می کند. لیکن در حکم وضعی خود حکم ممکن است منشأ ضرر باشد بدون آن که مکلف آن را اراده کرده باشد، مانند لزوم معامله ضرری (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷، ۲۰۰). ضرری که به واسطه آن حکم منتفی می شود، به مقداری است که از نظر عرف ضرر محسوب شود. البته ضرر در مورد اشخاص مختلف و اموال مختلف و مکان ها و زمان های مختلف، متفاوت است (النراقی، ۱۳۷۵: ۵۷).

فروع قاعده لا ضرر

قاعده لا ضرر در باب معاملات کاربردهای متعددی دارد. افزون بر آن مواردی حقوقی هستند که از فروع این قاعده محسوب می شوند، و در کتب فقهی و حقوقی مورد بررسی قرار گرفته اند. به عنوان مثال تعارض بین دوزر، تحمل ضرر غیر، تعارض قاعده لا ضرر با قاعده تسلیط، قابل ذکر هستند (محمدی، ۱۳۸۲: ۱۷۲ تا ۱۷۶).

قاعده نفی سبیل

قاعده نفی سبیل از قواعد مهم اسلامی است. به مقتضای این قاعده هر عقد و پیمانی اگر موجب علو و استیلائی کافر بر مسلمان شود، مورد نفی قرار گرفته است، و از نظر حقوق اسلامی اعتباری ندارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷: ۱ / ۲۶۶). مبنای این قاعده فقهی حقوقی آیه شریف قرآن کریم است: «... لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا» (نسا / ۱۴۰). خداوند هرگز برای کافران نسبت به اهل ایمان راه تسلط باز نخواهد نمود. بنابراین در عالم تشریح، هیچ گونه حکمی که موجب سلطه

کافر بر مسلمین باشد، تشریح نشده است. این حکم چه در باب عبادات و چه در باب معاملات و چه در سیاست، جعل نشده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷: ۱/ ۲۶۰). هم چنین روایاتی در این مورد وارد شده است. حضرت رسول اکرم (ص) فرموده اند: «... الاسلام یعلوا و لا یعلی علیه» اسلام دارای علو است، و چیزی نسبت به آن علو ندارد. بدین معنی که همواره در احکامی که برای مسلمان ها تشریح شده است علو و برتری مسلمین رعایت شده است، و کفار از ناحیه این احکام بر مسلمان ها علوی ندارند. البته اگر در مورد استناد قاعده نفی سبیل به این روایت شریف خدشه شود که معنای حدیث شریف آن است که اسلام علو دارد و هیچ دینی بر اسلام علو و برتری ندارد. می تون در پاسخ گفت که: اسلام عبارت است از مجموعه قوانین و احکام، وقتی گفته می شود اسلام علو و برتری دارد یعنی همان قوانین و احکام اعم از حقوق مدنی و جزایی و دیگر احکام موجب علو و برتری مسلمان بر کافر است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷: ۱/ ۲۶۴). زیرا پیامبر گرامی اسلام در مقام بیان قوانین و احکام اسلامی بوده اند، و در پی خبر دادن از یک امر خارجی نیستند بلکه در این حدیث شریف در مقام بیان یک قاعده کلی هستند (۲۶۵)

بنابراین در تمامی اموری که بین مسلمین و کفار واقع می شود از عقود، ایقاعات، پیمان ها و... در تمام این موارد اعم از روابط فردی و اجتماعی نباید کفار بر مسلمین سلطه و برتری پیدا کنند (مصطفوی، ۱۳۹۳: ۳۱۴). بنابراین خداوند متعال هیچ گونه حکمی تشریح نکرده است که موجب سلطنت کفار بر مسلمین شود، در نتیجه اگر میان کافر و مسلم عقدی منعقد شود که موجب سلطه کافر گردد، این عقد ارزش شرعی و قانونی ندارد (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷: ۱/ ۲۶۴).

بیان مواردی از کاربرد قاعده نفی سبیل در معاملات

در کتب فقهی مواردی ذکر شده است، که به استناد این قاعده آن معاملات باطل اعلام شده اند، و اعتباری ندارند. مانند فروش قرآن کریم به کافر، و انعقاد عقد قرارداد و کالت در صورتی که این وکالت علیه مسلمان باشد (السیوری، ۱۳۶۹: ۲/ ۴۴)، مواردی که ذکر شده از باب نمونه است و کاربرد قاعده نفی سبیل چنان که بیان شد محدود به آن ها نمی شود. بنابراین یکی از مواردی که به مشروع بودن یک معامله خدشه وارد می کند عدم هماهنگی با این قاعده است. به عنوان مثال فرد کافر نمی تواند نسبت به کودک مسلمان ولایت داشته باشد، و در نتیجه چنانچه با مال کودک معامله ای انجام دهد آن معامله وجهه شرعی و قانونی ندارد.

قاعده الزام

قاعده الزام یکی از قواعد مهم و معروف در حقوق اسلامی است، که در تمام نظام های حقوقی دنیا مورد قبول قرار گرفته است، و به عنوان یک اصل مسلم حقوقی پذیرفته شده است (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷: ۱/ ۵۲). بر اساس این قاعده طرفین

یک قرارداد باید پایبند و متعهد به آن باشند، مگر آن که از نظر قانون یا به واسطه توافق طرفین عقد امکان برهم زدن قرارداد وجود داشته باشد. این قاعده عقلایی از ادله شرعی نیز استنباط شده است. از جمله آن ها آیاتی از قرآن کریم است، هم چون آیه شریف ۱ از سوره مبارک مائده: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود» به این معنی که ای کسانی که ایمان آورده اید به قراردادهای خود پایبند و وفادار باشید. منظور از عقد در اینجا هر عهد و پیمانی است. هم چنین منظور از وفا، عمل بر طبق مقتضای عقد است (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۳: ۲ / ۱۸۱). اختلاف نظر هایی در بین فقها در مورد چگونگی دلالت این آیه شریف بر قاعده لزوم وجود دارد، بعضی از فقیهان به دلالت مطابقی و بعضی دیگر به دلالت تضمنی از این آیه شریف الزام به عقد را استنباط کرده اند (گرجی، ۱۳۸۷: ۱۵۱). آیه شریف دیگری که در این مورد به آن استناد شده است، آیه شریف ۲۹ از سوره مبارک نسا است: «لا تاكلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تكون تجاره عن تراض منکم» یعنی در اموال دیگران تصرف نکنید مگر این که با معامله از روی رضایت طرفین باشد. بر طبق این آیه شریف نخست این که هر گونه تصرف در اموال دیگران ممنوع است. دیگر آن که چنانچه مالی به سبب عقد فرارادای همراه با رضایت طرفین قرارداد صورت گرفت تصرف در آن مال جایز است زیرا دیگر تصرف در مال دیگری نیست بلکه با انعقاد عقد انتقال ملکیت صورت گرفته است. به عنوان مثال اگر دونفر باهم عقد بیعی را منعقد کنند، و مال را به یکدیگر منتقل کنند، پس از انعقاد بیع انتقال ملکیت تحقق می یابد و دیگر هر یک از آن ها مالکیت مالی را که پیش از بیع داشته است از دست می دهد، و آن مال از آن دیگری می شود. در این هنگام هر گونه تصرفی از سوی مالک پیشین مشمول عموم صدر آیه بوده و حرام است (محمدی، ۱۳۸۲: ۲۷۵).

روایاتی نیز به عنوان مستند این قاعده مطرح شده اند. هم چنین اصل استصحاب که به مقتضای آن حتی پس از فسخ اثر عقد باقی است و همین معنای لزوم عقد است (گرجی، ۱۳۸۷: ۴۲). بنای عقلایی یکی از دلیل های قوی برای این قاعده معرفی شده است. چنان که گفته شده: «بنای عقلا بر این است که هر عقدی را متعاقدین موجود می کنند پایبند به آن هستند و آن را فسخ نمی کنند و عمل نکردن به عقد را یکی از رذایل می دانند.» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۷: ۱ / ۶۰) هم چنین در این مورد گفته شده است: «در این که بنای عقلا فی الجمله بر لزوم عقد وجود دارد، و این یک امر عقلایی است، زیرا عقلا کسی را که از وعده و تعهد خود تخلف کند تقبیح می کنند، و ادعای افراد را نسبت به مالی که از ملکیت خود خارج کرده اند چه با عوض و چه بدون عوض زشت می دانند (الخمینی، ۱۳۷۶: ۱ / ۷۸). ماده ۲۱۹ و ۲۲۰ قانون مدنی بر مبنای این قاعده قانونگذاری شده است.

قلمرو قاعده لزوم

اصل لزوم در جایی اجرا می شود که حکم شرعی و قانونی در مورد یک عقد جواز نباشد. هم چنین به دلیلی اختیار فسخ عقد برای یک یا طرفین عقد ثابت نباشد.

عقد لازم و جایز

عقد از جهت تأثیر و عدم تأثیر فسخ در آن بر دو قسم لازم و جایز تقسیم می‌شود. عقد لازم عقدی است که انشای فسخ در انحلال آن اثر ندارد، و ترتیب آثار عقد حتی پس از انشای فسخ لازم است. بر خلاف عقد جایز که به سبب فسخ منحل و بدون اثر می‌شود (گرجی، ۱۳۸۷: ۳۹). در قانون مدنی نیز عقد لازم و جایز تعریف شده است بر طبق ماده ۱۸۵ قانون مدنی: «عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه.» هم چنین بر اساس ماده ۱۸۶ قانون مدنی: «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند.»

عدم انحلال در عقد لازم و انحلال در عقد جایز حکم طبیعت عقد است، یعنی عقد لازم قطع نظر از جهات خارجی، غیر قابل انحلال و به عکس عقد جایز قطع نظر از جهات خارجی قابل انحلال است. بنابراین لزوم عقد منافات ندارد با این که به جهتی از جهات، خارج از مقتضای طبیعت عقد قابل انحلال باشد، چنان که جواز عقد نیز منافات ندارد با این که به جهتی از جهات، خارج از مقتضای طبیعت عقد غیر قابل انحلال باشد. از این رو عقد لازم به تقابلی و یا به جعل خیار از طرف شارع و یا متعاقبین قابل فسخ باشد، و عقد جایز به سبب شرط در ضمن عقد غیر قابل فسخ و لازم الوفا گردد (گرجی، ۱۳۸۷: ۳۹). با توجه به آن چه بیان شد روشن است که بحث خیار در عقود لازم مطرح می‌شود.

موارد عدم جریان قاعده الزام

قاعده الزام چنان که بیان شد مستند به ادله عقلی و نقلی است، لیکن در مواردی به سبب همان ادله عقلی و نقلی، و به دلیل آن که پابندی به قاعده الزام در این موارد درست نیست، همچون جایی که طرفین عقد با رضایت و خواست خود قصد فسخ عقد را دارند، یا این که به دلیل عیبی که در مورد معامله وجود داشته یا مغبون شدن یکی از طرفین معامله پابندی به معامله، عاقلانه به نظر نمی‌رسد. در این موارد قاعده جریان ندارد، و از نظر شرعی و قانونی به یک طرف یا طرفین عقد اختیار فسخ عقد و برهم زدن معامله داده می‌شود.

اقاله

اقاله در اصطلاح حقوقی عبارت است از بهم زدن عقد لازم به تراضی طرفین معامله (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۶۸). به جهت این که رضایت هر دو طرف در آن شرط است، از آن به تفاسخ و تقابلی نیز تعبیر می‌شود (فیض، ۱۳۸۱: ۲۹۲). بعضی از فقیهان اقاله را تنها فسخ عقد می‌دانند (مکی، ۱۴۱۲: ۱۱۳). هم چنین گفته شده: «اقاله در تمام عقود جز نکاح جریان دارد»

موسوی خمینی، ۱۳۷۹: ۴۵۵/۲. در قانون مدنی اقاله تعریف نشده است لیکن موارد حقوقی آن در مواد ۲۸۳ تا ۲۸۹ قانون مدنی بیان گردیده است.

خيارات

خيار در لغت به معنی بر چیزی دل نهادن است، و «انت بالخيار» یعنی چیزی را که می خواهی اختيار کن. در اصطلاح حقوقی خيار عبارت است از ملك فسخ عقد، بدین معنی که صاحب حق خيار، مالك فسخ عقد باشد، و اختيار به هم زدن معامله، یاباقی گذاردن آن را داشته باشد (فیض، ۱۳۸۱: ۳۲۶). در قانون مدنی تعریفی از خيار ذکر نشده است، زیرا ماهیت آن تا اندازه ای بدیهی است. و در تعاریف به درك عرف تکیه می شود. خيار ممکن است ناشی از تراضی طرفین باشد مانند خيار شرط، یا ناشی از حکم قانون باشد مانند خيار مجلس (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۳: ۲۶۶).

خيار دارای اقسامی است که به طور معمول هفت قسم آن در کتب دانشمندان ذکر شده است (گرگی، ۱۳۸۷: ۵۹). شهید اول در کتاب لمعه از چهارده خيار نام برده اند (مکی، ۱۴۱۲: ۱۰۸)، شیخ انصاری (ره) هم چون محقق و علامه (ره) هفت خيار را ذکر کرده اند، و در این مورد گفته اند: «غیر از هفت قسم مذکور عنوان مستغنی نیاز نیست، زیرا احکامی مغایر ندارند.» (شیخ انصاری، ۱۳۷۴: ۲/ ۲۱۷ و ۲۱۸) این خيارات عبارتند از: خيار مجلس، حیوان، غبن، تأخیر، رويت، عیب، و شرط.

تعدد خيار به دلیل اختلاف در اسباب آن است. سبب های خيار متعدد هستند لیکن می توان آن ها را به سه قسم تقسیم کرد:

۱- سبب خيار امری است قائم به عقد که شارع و قانونگذار آن را جعل کرده اند، مانند خيار مجلس و حیوان.

۲- سبب خيار امری است مربوط به متعاقدين، و بر حسب توافق و قرارداد میان آن هاست، مانند خيار شرط.

۳- سبب خيار امری است که به یکی از عوضین مربوط می شود، هم چون خيار عیب، غبن و رويت (فیض، ۱۳۸۱: ۳۲۷).

خيارات محدود به مدت هستند و عقد لازمی وجود ندارد که خيار نامحدود در آن باشد. حکمت این مطلب آن است که مصلحتی که در بنیاد عقد لازم وجود دارد با خيار نامحدود قابل جمع نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۱۱۴). خيارات از امور عقلایی هستند، و شرع مقدس اسلام مؤسس آن ها نیست. بلکه از امور مورد ابتلای عقلای عالم است، و در تمامی نظام های حقوقی این امور پذیرفته شده اند. از این رو خاص دین اسلام نیست. بنابراین خيارات به طور کامل عقلایی هستند و نباید آن ها را تعبدی دانست. بلکه باید دید روش عقلا و سیره عرف چیست، و به همان اقتدا کرد. بنابراین در تمامی احکام خيارات باید به عرف رجوع کرد (موسوی بجنوردی، ۱۳۹۳: ۱۸۶/۲).

یافته های پژوهش

تجارت از امور اقتصادی بسیار ضروری و مهم در اجتماع بشری است. به همین دلیل از دیدگاه حقوق اسلامی مورد توجه قرار گرفته است، و احکام فقهی و قانونی در مورد آن وضع شده است، این قوانین تنها به هدف پیشگیری از بروز اختلاف میان افراد و ورود ضرر و زیان به ایشان وضع شده اند، و اراده افراد در امور تجاری تا جایی که موجب ضرر و زیان فردی و اجتماعی نشود، محترم شمرده شده است. به همین منظور اهلیت طرفین، قصد و اختیار ایشان در ایجاد عقد شرط درستی عقد محسوب می شود، و با وجود آن ها عقود غیرمعین نیز با وجود شرایط آن به رسمیت شناخته شده است. امکان قرار دادن هر شرط جایز و مورد نظر طرفین عقد چهره دیگری از آزادی اراده در قراردادهاست.

افزون بر این قواعدی در حقوق اسلامی برگرفته از ادله فقهی تدوین شده اند، که بر اساس آن ها قوانینی برای صحت معامله وضع شده است، نخست، که آن که بر طبق قاعده تسلیط هر مالکی در اموال خود حق هر گونه تصرفی را دارد، مگر مواردی که در قانون ذکر شده است هم چون موردی که قاعده نفی سیل بر آن دلالت دارد، و بر اساس آن هر گونه قرارداد که موجب ضرر بالقوه و بالفعل نسبت به مسلمین را ممنوع اعلام شده است. هم چنین بر اساس قاعده غرر شروطی برای عوضین ذکر شده است. این شروط عبارتند از این که عوضین باید معلوم باشند، و نیز طرف قرارداد قدرت بر تسلیم مورد معامله را داشته باشد. مالیت داشتن عوضین، و وجود منفعت عقلایی در آن ها، هم چنین طلق و رها بودن عوضین از شروط دیگر عوضین هستند، که در یک قرارداد درست باید موجود باشند. چنانچه قراردادی با وجود تمامی شروط صحت منعقد شود بر اساس قاعده الزام برای طرفین قرارداد الزام آور خواهد بود، و طرفین باید به آن پای بند باشند مگر بر اساس رضایت و توافق خود در به هم زدن معامله، و موارد خاصی که از قبل در ضمن عقد ذکر کرده باشند، یا به حکم قانون در باب اختیارات حق فسخ به ایشان داده شده باشد.

فهرست منابع

قرآن کریم

۱- آخوند خراسانی، محمد کاظم، ۱۴۰۶، حاشیه کتاب المکاسب، تصحیح و تعلیق سید مهدی شمس الدین، تهران: وزارت ارشاد اسلامی، چاپ اول

۲- آل کاشف الغطاء، محمد حسین، ۱۳۶۰، تحریر المجله، تهران: النجاح

۳- امامی، سید حسن، ۱۳۸۶، حقوق مدنی، تهران: اسلامیه، چاپ نوزدهم

- ۴- انصاری، مرتضی، ۱۳۷۴، کتاب المکاسب، قم: اسماعیلیان، چاپ دوم
- ۵- ایروانی، باقر، ۱۴۲۰، دروس تمهیدیه فی القواعد الفقهیه، قم: موسسه الفقه للطباعه و النشر، چاپ سوم
- ۶- بندرریگی، محمد، ۱۳۷۱، فرهنگ جدید عربی فارسی «ترجمه منجد الطلاب»، تهران: اسلامی، چاپ هشتم
- ۷- الجبعی العاملی، زین الدین، ۱۳۷۳، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، بی جا: مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ هشتم
- ۸- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۰، حقوق اموال، تهران: گنج دانش، چاپ پنجم
- ۹- -----، ۱۳۸۳، ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، چاپ چهاردهم
- ۱۰- حسینی نیک، سید عباس، ۱۳۸۳، قانون اساسی، تهران: مجد، چاپ دوازدهم
- ۱۱- الخمینی، سید مصطفی، ۱۳۷۶، کتاب البیع، تهران: عروج، چاپ اول
- ۱۲- ستوده تهرانی، حسن، ۱۳۸۵، حقوق تجارت، تهران: دادگستر، چاپ یازدهم
- ۱۳- السیوری، المقداد، ۱۳۶۹، کنز العرفان فی فقه القرآن، تهران: مرتضوی، چاپ چهارم
- ۱۴- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۵، حقوق مدنی اصول قراردادها و تعهدات، تهران: مجد، چاپ چهارم
- ۱۵- -----، ۱۳۸۶، حقوق مدنی شروط ضمن عقد، تهران: مجد، چاپ چهارم
- ۱۶- شیخ طوسی، ۱۴۹۰، الاستبصار، تصحیح شیخ محمد آخوندی، تهران: دار الکتب الاسلامیه
- ۱۷- صفایی، حسین، ۱۳۸۷، دوره مقدماتی حقوق مدنی اشخاص و اموال، تهران: میزان، چاپ هفتم
- ۱۸- صفایی، حسین، قاسم زاده، مرتضی، ۱۳۸۶، حقوق مدنی اشخاص و محجورین، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم اسلامی دانشگاه ها (سمت)، چاپ سیزدهم
- ۱۹- العراقی، ضیا الدین، تحقیق الشیخ محمد الحسون، ۱۴۱۳، شرح تبصره المتعلمین، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم

۲۰- عمید زنجانی، عباسعلی، ۱۳۸۶، قواعد فقه بخش حقوق خصوصی، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، چاپ اول

۲۱- فیض، علیرضا، ۱۳۸۱، مبادی فقه و اصول، تهران: دانشگاه تهران موسسه انتشارات و چاپ، چاپ سیزدهم

۲۲- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۷، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد- ایقاع، تهران: انتشار و بهمن برنا، چاپ پنجم

۲۳- -----، ۱۳۸۵، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: انتشار، چاپ چهل و هفتم

۲۴- -----، ۱۳۸۵، حقوق مدنی قراردادها، تهران: انتشار، چاپ هفتم

۲۵- -----، ۱۳۹۶، دوره مقدماتی حقوق مدنی درس هایی از عقود معین، تهران: گنج دانش، چاپ بیست و پنجم

۲۶- گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۷۸، مقالات حقوقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم

۲۷- -----، ۱۳۸۰، آیات الاحکام، تهران: میزان، چاپ اول

۲۸- -----، ۱۳۸۷، مبانی حقوق اسلامی، تهران: مجد، چاپ اول

۲۹- محقق حلی، جعفر، ۱۳۷۰، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: استقلال، چاپ سوم

۳۰- محمدی، ابوالحسن، ۱۳۸۳، قواعد فقه، تهران: میزان، چاپ ششم

۳۱- محمودی گلپایگانی، سید محمد، ۱۳۷۹، فقه اقتصاد اسلامی، تهران: گلستان، چاپ اول

۳۲- مدیر شانه چی، ۱۳۸۰، آیات الاحکام، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)، چاپ دوم

۳۳- مصطفوی، محمد کاظم، ۱۳۹۳، قواعد فقه، ترجمه عزیزالله فهیمی، تهران: میزان، چاپ دوم

۳۴- مغنیه، محمد جواد، ۱۳۷۷، الفقه علی المذاهب الخمسه، تهران: موسسه الصادق للطباعه و النشر، چاپ چهارم

۳۵- -----، ۱۳۷۹، فقه الامام جعفر الصادق علیه السلام، قم: انصاریان،

- ۳۶- مکی، محمد، ۱۴۱۲: اللمعه دمشقیه، قم: دار الفکر، چاپ دوم
- ۳۷- منصور، جهانگیر، ۱۳۸۷، قانون تجارت، تهران: دیدار، چاپ شصت و دوم
- ۳۸- -----، ۱۳۸۷، قانون مدنی، تهران: دیدار، چاپ چهل و سوم
- ۳۹- الموسوی البجنوردی، سید محمد حسن، ۱۳۷۷، القواعد الفقہیہ، تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسین درایتی، تهران: الهادی
- ۴۰- موسوی بجنوردی، سید محمد، ۱۳۸۷، قواعد فقہیہ، تهران: مجد، چاپ دوم
- ۴۱- -----، ۱۳۹۳، فقه مدنی، تهران: مجد، چاپ دوم
- ۴۲- موسوی خمینی، روح الله، ۱۳۷۹، ترجمه تحریر الوسیله، مترجم علی اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ هجدهم
- ۴۳- -----، ۱۳۷۹، البیع، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار الامام الخمینی، چاپ اول
- ۴۴- النجفی، محمد حسین، ۱۳۶۸، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، تهران: دارالکتب الاسلامیه، چاپ نهم
- ۴۵- النجفی الخوانساری، ۱۴۱۸، منیه الطالب فی شرح مکاسب، تقریرات میرزای نایینی، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم، چاپ اول
- ۴۶- النراقی، احمد، ۱۳۷۵، عوائد الایام، قم: مرکز النشر التابع لمکتب الاعلام الاسلامی، چاپ اول
- ۴۷- الهمدانی، آقا رضا، تحقیق محمد رضا الانصاری، ۱۴۲۰، حاشیه کتاب مکاسب، قم: ستاره، چاپ اول