

## شریعت اسلامی و قانون حاکم بر قراردادهای تجاری: تراژدی حقوقی یا تعامل نظام های حقوقی

تاریخ دریافت ۹۴/۳/۴ - تاریخ پذیرش ۹۴/۹/۲۳ سیدمصطفی میرمحمدی<sup>۱</sup>

### چکیده

در دهه های اخیر مطالعه ی ظرفیت های حقوق اسلام در تجارت بین الملل و بررسی تطبیقی کدهای رفتاری و اخلاقی تجاری مورد توجه قرار گرفته است. طرح دو قضیه ی «شامل بانک بحرین علیه شرکت داروسازی بکسیمکو» و «موسوی علیه شرکت بین المللی با مسئولیت محدود آر- ای بین المللی» در مراجع قضایی انگلیس با ارجاع به شریعت سبب طرح این سؤال شده است که چگونه می توان حقوق اسلام را به عنوان قانون حاکم در قلمروهای تجاری و رسیدگی به اختلافات تجاری و مالی برگزید؟ مقاله حاضر با مرور برخی از اصول و قواعد عام تجارت بین الملل در اسلام نظیر اصل رضایت و آزادی تجارت و محدودیت های آن، و حمایت از بازرگانان، به تحلیل قرارداد تجاری میان مسلمانان و فلورانس در سال ۱۴۸۸ و دعوی شامل بانک بحرین و انتخاب شریعت اسلامی به عنوان قانون حاکم می پردازد. مقاله با رویکردی تطبیقی به تبیین قواعد و کدهای اخلاقی و حقوقی تجاری در آموزه های اسلام و مفاهیم مشابه آن در دیگر نظام های حقوقی پرداخته است. برآیند این مطالعه آن است که در سطح داخلی مؤسسات حقوق تطبیقی در کشورهای اسلامی و در سطح بین الملل بایسته است مراجعی مانند مجمع فقه اسلامی وابسته به سازمان همکاری اسلامی، اصول و قواعد تجاری اسلامی را به عنوان قواعد نمونه معرفی کنند. با این رهیافت انتخاب شریعت و حقوق اسلام به عنوان قانون حاکم تسهیل خواهد شد که خود گام مؤثری در تعامل میان نظام های حقوقی غرب و اسلام در قلمرو تجارت خواهد بود.

**واژگان کلیدی:** تجارت بین الملل، قراردادهای تجاری، قانون حاکم، حقوق اسلام، کدهای اخلاقی تجاری.





## مقدمه

نظام‌های بزرگ حقوقی در طول تاریخ رسوم و قواعد خاصی در تجارت خوراک، پوشاک و سلاح با دیگران داشته‌اند. فقهای مذاهب مختلف اسلامی نیز در کتب خود ذیل عناوین «کتاب التجاره» و یا «کتاب المتاجر» به تفصیل از آداب و قواعد تجارت سخن گفته‌اند و به ابعاد حقوقی و اخلاقی آن پرداخته‌اند. اما آنچه در متون فقهی بیشتر مورد بحث قرار گرفته است، ابعاد داخلی تجارت در چارچوب روابط مسلمانان با یکدیگر است و به ابعاد فراملی و بین‌الدولی آن و نیز بین دولت‌ها و اشخاص خصوصی و شرکت‌های بین‌المللی کمتر پرداخته شده است.

میان تجارت در گذشته و امروز تفاوت‌های بسیاری وجود دارد که بایسته‌های پژوهش تطبیقی میان فقه و حقوق را آشکار کرده است. نخست آنکه بسیاری از دولت‌ها به طور مستقیم و یا غیرمستقیم بر صادرات و واردات کالاها نظارت دارند. آنها از یک سو با اعمال تخفیف مالیات، تشویق صادرات و گاه سیاست دامپینگ (صادرات یک کالا با قیمت کمتر از هزینه‌های تمام شده در داخل) در جستجوی راه‌های افزایش صادرات هستند، و از سوی دیگر با اعمال سیاست‌های اقتصاد مقاومتی و ریاضتی، بر واردات نظارت می‌کنند. گرچه رویکردهای نظارتی و کنترل واردات و صادرات در دولت‌های دارای اقتصاد آزاد در مقایسه با اقتصادهای دولتی و نیمه دولتی تفاوت دارد.

به رغم اینکه در گذشته تجارت در تأمین نیازهای اساسی از قبیل خوراک، پوشاک و سلاح‌های بسیط منحصر بود، امروزه پدیده‌هایی مانند تجارت مواد اولیه، صنایع، اطلاعات، تسلیحات، تجارت الکترونیک و نیز نقش رو به افزایش نظام‌های بانکی در عملیات تجاری، سبب تحول روابط اقتصادی و تجاری شده است و صلح و امنیت داخلی و بین‌المللی را نیز تحت تأثیر قرار داده است.



شکاف اقتصادی میان کشورها، که از آن به فاصله‌ی میان شمال و جنوب تعبیر می‌شود، چالشی جدی بر سر راه حقوق بین‌الملل اقتصادی و تجاری است. کنفرانس ملل متحد برای توسعه و تجارت،<sup>۱</sup> گروه ۷۷، نظم نوین اقتصادی بین‌المللی<sup>۲</sup> در عداد تلاش‌هایی برای کاستن از این فاصله و شکاف بوده‌اند. (ابوالوفا، ۲۰۰۱: ۲۶۲ و ۲۳۵-۲۳۹) تلاش‌های مزبور ضمن دلالت بر رقابت دو نظام سرمایه‌داری و سوسیالیسم در دوران جنگ سرد، از دهه‌های پایانی قرن گذشته به ویژه با ظهور انقلاب اسلامی در ایران به تدریج تقاضا برای حضور نظام حقوقی اسلام در سیاست، اقتصاد و تجارت بین‌الملل را تقویت نمود. حضور فزاینده‌ی مسلمانان در غرب و سرمایه‌گذاری دولت‌های غربی در کشورهای اسلامی و نیز گسترش معاملات تجاری و مالی اسلامی در قلمرو دولت‌های غربی به انتخاب حقوق اسلام به عنوان قانون حاکم در برخی قراردادهای تجاری انجامید. در این راستا این پرسش مطرح شد که چگونه می‌توان با تحولات رخ داده در تجارت‌های فراملی و بین‌المللی، حقوق اسلام (شریعت) را در کنار سایر نظام‌های حقوقی به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای تجاری و حل و فصل اختلافات انتخاب کرد. داوری‌های موسوم به «شامل بانک بحرین علیه بکسیمکو» و «موسوی علیه شرکت آر-ای بین‌المللی» فرصتی برای بحث از ظرفیت‌های حقوق اسلام در تجارت‌های فراملی را فراهم آورد.

از این رو در مقاله‌ی حاضر، نخست با اشاره به اهمیت و محدودیت‌های تجارت در اسلام، به معرفی و تحلیل برخی از قراردادهای تجاری می‌پردازیم که در آن حقوق اسلام به عنوان قانون حاکم انتخاب شده است. در ادامه با تبیین برخی از ابعاد حقوقی و اخلاقی تجارت در اسلام، امکان و راه‌های تعامل این نظام با دیگر نظام‌های حقوقی معاصر در قلمرو تجارت فرامرزی و بین‌المللی بررسی خواهد شد.

## ۱. قلمروهای تجارت در حقوق اسلام

فقها و حقوق‌دانان مسلمان با استناد به تعدادی از آیات قرآن و سنت پیامبر اعظم (صلی





الله علیه و آله و سلم) به احصای نمونه‌ها و اصولی پرداخته‌اند که نظام حقوقی اسلام در قلمرو تجارت در عرصه‌ی داخلی و بین‌المللی پذیرفته و به آن توصیه کرده است. بر پایه‌ی این دو منبع و در تاریخ فعالیت تجاری مسلمانان، اصول و قواعدی کلی نظیر «منفعت متقابل»، «رفتار متقابل» و «جلب منفعت و دفع ضرر» را می‌توان اصول عام تجارت داخلی و بین‌المللی به شمار آورد. (ابوالوفا، ۲۰۰۱: ۲۴۲-۲۴۸ و ۲۵۰-۲۵۱) پیامبر اسلام (صلی الله علیه و آله و سلم) خود در سال‌های جوانی به قصد تجارت دو بار به شام مسافرت نمود که همین دلیل روشنی بر جواز مسافرت به سرزمین‌های غیراسلامی به قصد تجارت با غیرمسلمانان است. گرچه این مسافرت پیش از نبوت بوده است ولی پس از نبوت نیز سخنی در رد آن نفرموده و از این مسافرت‌ها نیز منع نشده است. (ابن‌العربی، بی‌تا: ۶۴۷؛ قرطبی، ۱۹۸۵: ۱۳) همین امر گواه روشنی بر اصل آزادی تجارت در اسلام است.

اصل مذکور ریشه در آیات متعدد قرآن دارد (الغافری، ۲۰۱۲: ۸۶۰)؛ بر اساس آیه «یا اَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَیْنَکُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» تجارت بر پایه‌ی اراده و رضایت یک قاعده‌ی کلی فقهی است که به دلیل ریشه‌ی قرآنی به تفصیل از آن بحث شده و از محدودیت‌ها و ممنوعیت‌های تجاری نیز سخن به میان آمده است. به بیان فقهی اصل در تجارت بر اباحه و حلیت است و موارد منع و حرمت در آن استثنا است. (الغافری، ۲۰۱۲: ۸۵۹) تجارت برخی کالاها مانند شراب و خوک میان مسلمانان ممنوع و حرام است، به علاوه فروش آن دسته از تسلیحات که علیه مسلمانان به کار گرفته شود و یا موجب تقویت دشمنان شود نیز ممنوع است. (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۷-۱۴۹؛ نجفی، ۱۳۶۵: ۲۸؛ خویی، ۱۹۹۲: ۲۴۳-۲۴۸) با رعایت این دو شرط اصل در تجارت بر آزادی و رضایت است و محدودیت‌ها تابع قراردادهای مورد توافق طرفین است.<sup>۲</sup>



۱. سوره مبارکه نساء / آیه شریفه (۲۹).

۲. این مفهوم مشابه مفاد ماده یک اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تنظیم شده از سوی (یونیدورا) است که می‌گوید «طرفین آزاد هستند که قراردادی را منعقد و محتوای آن را تعیین کنند» (Freedom of contract) The parties are free to enter into a contract and to determine its content (UNIDROIT, 2010).

## ۱-۱. فلسفه محدودیت‌های تجاری

پر واضح است همه‌ی نظام‌های حقوقی درجه‌ای از محدودیت‌های تجاری را می‌پذیرند. در فقه اسلامی عنوان «مکاسب محرمه» بیانگر قلمرو ممنوعیت‌ها و محدودیت‌های ناظر بر تجارت و کسب و کار است. منع تجارت تسلیحات با غیرمسلمانان در شمار این محدودیت‌ها است. چنانچه این تجارت به تقویت و تسلط غیرمسلمانان بر مسلمانان بیانجامد و یا سبب ادامه‌ی جنگ و خونریزی شود، ممنوع خواهد بود. این قرائت از محدودیت تجاری در اسلام جنبه‌ی بشردوستانه داشته و نشان می‌دهد تعدادی از فقها در وهله‌ی نخست تحریم تجارت سلاح را گامی در جلوگیری از جنگ و حفظ صلح می‌دانستند. از این همین رو برخی خرید و فروش سلاح را در زمان برپایی جنگ حرام ولی در زمان صلح جایز دانسته‌اند. (حلی، ۱۴۱۹: ۱۸۴-۱۸۵)

ملاک ممنوعیت و محدودیت در تجارت در اینجا تقویت توان نظامی دشمن است؛ بنابراین اسلحه به تنهایی خصوصیت ندارد بلکه هر آنچه به تقویت و توانمندی دشمن علیه مسلمانان بیانجامد با محدودیت تجاری همراه خواهد بود. (ابوالوفا، ۲۰۰۱: ۲۸۸-۲۹۴) امروزه تجارت سلاح دگرگون شده و سلاح‌های بسیط و متعارف گذشته جای خود را به سلاح‌های پیشرفته داده است. با وجود این تولید و تجارت سلاح در انحصار دولت‌های قدرتمند غربی است و دولت‌های اسلامی یا در فهرست مشتریان<sup>۱</sup> و یا تحریم تسلیحاتی آنها قرار دارند.

بنا بر فلسفه‌ی انسانی و اخلاقی بودن محدودیت‌های تجاری در اسلام محدودیت‌ها نه تنها مانعی در مسیر گسترش تجارت در سطح بین‌المللی نبوده است بلکه بازرگانان مسلمان از طریق تجارت اسلام را نیز معرفی و گسترش می‌داده‌اند. «محمصانی» در دروس حقوق بین‌الملل آکادمی لاهه، بر این نکته تصریح دارد نظام‌های بزرگ حقوقی از طریق تبادل

۱. مطابق گزارش مارس ۲۰۱۵ انستیتو پژوهش صلح بین‌المللی استکهلم سوئد، پنج کشور بزرگ صادرکننده سلاح در جهان عبارتند از آمریکا، روسیه، چین، آلمان و فرانسه؛ و پنج کشور بزرگ واردکننده سلاح عبارتند از؛ هند، عربستان سعودی، چین، امارات متحده عربی و پاکستان. رک:

Pieter D. Wezeman and Siemon T. Wezeman: Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI) Fact Sheet march 2015, P.1 and 4.





تجاری با حقوق یکدیگر آشنا شدند. دین اسلام نیز از طریق تجار در بستر روابط تجاری در بسیاری از مناطق توسعه یافت. وی در باره تجارت بین‌المللی در اسلام می‌گوید:

«مبادلات تجاری تأثیر زیادی بر گسترش دین اسلام و تمدن عرب داشت. از طریق این مبادلات کالاها و عقاید از شرق به غرب صادر می‌شدند. حقوق تجارت اسلامی همچنین تأثیر خود را بر تجارت غرب بر جای گذاشت. برات‌ها و انتقال دیون (حواله‌ها) در میان مسلمانان شناخته شده بود و از اوایل قرن هشتم میلادی در میان آنها رایج بود و چهار قرن بعد از راه ایتالیا و در جریان جنگ‌های صلیبی و از طریق اسپانیا، به اروپایان معرفی شد. واژه فرانسوی «aval» که به معنای ظهرنویسی برات توسط ضامن است، از کلمه عربی «حواله» گرفته شده است. همچنین واژه‌ی فرانسوی «avaries» از کلمه عربی «عوار» گرفته شده است. این‌ها نمونه‌هایی است که سهم اسلام در تجارت و صلح بین‌الملل را نشان می‌دهد.» (Mahmassani, 1966: 71-72)

«کریستوفر ویرامانتری» که از سال ۱۹۹۱ قاضی دیوان بین‌المللی دادگستری بود در اثر خود به نام «فقه اسلامی: چشم انداز بین‌المللی» در خصوص تأثیر تبادل تجاری میان مسلمانان و دولت‌های اروپایی می‌گوید:

«قرن‌ها میان مسلمانان و مسیحیان هر دو وضعیت صلح و جنگ وجود داشت. به ویژه جنگ‌های صلیبی که سرانجام توسط صلاح‌الدین ایوبی پایان یافت، نشان داد در میان طرفین اصولی از حقوق بین‌الملل وجود دارد. روابط صلح‌آمیز میان این دو از طریق قراردادهای تجاری نیز به نوبه‌ی خود در توسعه‌ی حقوق تجارت بین‌الملل سهیم بوده است.» (Weeramantry, 1988: 149)

هم اکنون نیز سهم نظام‌های حقوقی در گسترش تجارت یا تحدید آن نمی‌توان انکار کرد. پژوهش‌های اخیر نشان می‌دهد نقش نظام‌های بزرگ حقوقی کامن‌لا، رومی ژرمنی و اسلام در توسعه‌ی روابط تجاری در گذشته بسیار پر رنگ‌تر از امروز بوده است، اما امروزه سهم سیستم‌های حقوق داخلی با نقش فزاینده‌ی نهادهای داوری بین‌المللی و یکنواخت‌سازی قراردادهای فروش بین‌المللی رو به کاهش است. هدف مؤسسه بین‌المللی



یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی<sup>۱</sup> از استانداردسازی اصول قراردادهای تجاری نیز تقلیل  
تأثیر حضور سیستم‌های حقوقی داخلی به نفع تجارت بین الملل است. (Powell E. J. and  
(Rickard, 2010: 351-353 and 337&356

بر این اساس حضور مؤسسات مطالعاتی ذی‌ربط در کنفرانس‌های مقدماتی تدوین  
مقررات بین‌المللی یا انتخاب شریعت و قواعد اسلامی به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای  
تجاری فرصت‌هایی برای نشان دادن ظرفیت‌های حقوقی و اخلاقی این نظام به شمار می-  
آیند. در ادامه به مورد اخیر خواهیم پرداخت.

#### ۱-۲. قراردادهای تجاری، قانون حاکم و حقوق اسلام

نمونه‌های زیادی از قراردادهای تجاری بین‌المللی که در آن بر حقوق اسلام به عنوان  
حقوق قابل اعمال و قانون حاکم تصریح شده باشد، در دست نیست. به نظر می‌رسد توافق  
تجاری بین‌المللی میان مسلمانان و اروپاییان در اواخر قرن پانزدهم که میان سلطان قایتبای  
از ممالیک مصر و فلورانس در سال ۱۴۸۸ منعقد شد، نمونه‌ای قابل مطالعه است. مطابق  
قرارداد برخی از امتیازات اعطایی به فلورانس چنین است:

- ۱ - هر تاجر فلورانسی که عوارض معمول گمرکی خود را پرداخت می‌کند از عدم  
تعرض شخصی و عدم تعرض به مال التجاره و دارایی‌ها و کشتی‌های متعلق به خود  
برخوردار خواهد بود.
- ۲ - لازم است در هر خرید و فروش میان بازرگانان ما و فلورانس گواهانی حضور  
داشته باشند.
- ۳ - در صورت بروز اختلاف بین تاجر فلورانس و مسلمان، چنانچه هر دو مایل به  
رسیدگی نزد سلطان باشند لازم است در این باره هماهنگی و تسهیل به عمل آید.
- ۴ - در صورت فوت بازرگان مسیحی عرف معمول در فروش مال‌التجاره‌ی تاجر  
متوفی با نظارت کنسول دولت متبوع به عمل خواهد آمد.





۵ - چنانچه کشتی‌هایی از مسلمانان به دزدی دریایی علیه کشتی‌های مسیحیان مبادرت کنند آن کشتی‌ها مصادره و مرتکبان نزد سلطان برای مجازات فرستاده می‌شوند. (ابوالوفا، ۲۰۰۱: ۲۶۴؛ Wansbrough, 1965, 39-79)

این قرارداد تجاری به خوبی نشان می‌دهد حمایت از شخص تاجر و اموال او، نظام حل و فصل تجاری بر پایه‌ی رضایت متقابل، عرف تجاری<sup>۱</sup> و نیز نوعی صلاحیت جهانی برای محاکمه‌ی دزدان دریایی در جهت تأمین امنیت راه‌های دریایی در اواخر قرن پانزدهم میان مسلمانان و اروپاییان شناخته شده بود. ماده (۴۴) از مجله الاحکام العدلیه که بر اساس فقه حنفی تنظیم شده است بر شناسایی عرف تجاری تصریح دارد و مقرر می‌دارد: «المعروف بین التجار کالمشروط بینهم» (علی حیدر، ۲۰۰۳: ۵۱) این قاعده همان شناسایی عرف در درجه‌ی نخست و سپس عرف معمول تجاری است. (See: Akaddaf, 2001: 29-30)

«مارسل بوازار» حقوق‌دان سویسی قرارداد تجاری میان ممالیک مصر و فلورانس را این‌گونه توصیف می‌کند:

«... این معاهده پس از سه سال مذاکره، به دستور سلطان در مناطق تحت حاکمیت خود در مصر و شام یک سند بین‌المللی دو جانبه و متقابل شناخته شده که میان طرفین لازم‌الاجرا است. علاوه بر ابعاد حمایتی این معاهده از بازرگانان و تضمین حقوق ایشان، جزییات بسیاری نیز در آن آمده است، از قبیل میزان عوارض گمرکی (۱۴ درصد)، مخارج اداری، برقراری پست کنسولی میان بازرگانان، چگونگی تنظیم اسناد اعتباری. این توافق حتی امکان داوری میان فلورانسی‌ها با دیگر ملت‌ها و اقوام را توسط سلطان در سرزمین ممالیک و در دریاها پیش‌بینی کرده بود. اگر چه این معاهده متضمن برخی از اصول حقوقی مورد قبول اروپاییان است ولی این سند در ارتباط نزدیک با حقوق و سنت اسلامی است و به عنوان نمونه در موادی از آن، مانند مواد (۶) و (۸) به شریعت و مواد (۱۸) و (۲۰) به حقوق شریعت ارجاع شده است» (Boisard, 1980: 433)





این مطالعه‌ی تاریخی نشان می‌دهد در اواخر قرن پانزدهم در قراردادهای تجاری بین مسلمانان و اروپاییان به شریعت و مقررات آن به عنوان قانون حاکم ارجاع می‌شده است. هرچند با غلبه‌ی نظام‌های اروپایی و قوت گرفتن نظام‌های سکولار، درج قواعد اسلامی به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای تجاری کنار گذاشته شد اما در دهه‌های اخیر مراجعه به شریعت و حقوق اسلامی در موافقتنامه‌های تجاری مورد توجه قرار گرفته است، و مواردی از آن در مراجع قضایی نظام سکولار مشاهده می‌شود که در ادامه با نمونه‌هایی از این دعاوی آشنا خواهیم شد.

### ۱-۳. شریعت و قانون حاکم در اختلاف شامل بانک بحرین

از جمله اختلافات تجاری که در آن شریعت اسلام به عنوان قانون حاکم انتخاب شده است اختلاف میان «شامل بانک بحرین علیه شرکت داروسازی بکسیمکو و دیگران»<sup>۱</sup> است که در دادگاه‌های انگلیس اقامه شد. شامل بانک بحرین به عنوان یک بانک اسلامی طی قرارداد مرابحه با شرکت بنگلادشی اقدام به سرمایه‌گذاری مشترک نمود. در این توافقنامه مقرر شد شرکت بکسیمکو از طرف بانک کالای مورد نظر خود را خریداری کند و به قیمتی بالاتر به خودش بفروشد و مابه‌التفاوت قیمت خرید که از سوی بانک پرداخت شد و قیمت بعدی که حسب توافق شرکت پرداخت خواهد کرد، سود بانک به حساب آید. این توافق به منظور اجتناب از ربا که در اسلام حرام است انجام گرفت. البته تعیین قیمت بعدی تابع نرخ بازار و توافق جداگانه‌ی دیگر بود. چنانچه شرکت در تاریخ مقرر مبالغ بانک را نپردازد باید خسارت وارده به بانک را مطابق نرخ بازار پرداخت کند. در خصوص قانون حاکم بر اختلاف چنین مقرر شده بود:

«با رعایت اصول مورد احترام شریعت، حقوق انگلیس بر این قرارداد حاکم بوده و تفسیر خواهد شد.»<sup>۲</sup>

با قصور در پرداخت بدهی‌ها از سوی شرکت بکسیمکو، شامل بانک در دادگاه انگلیس اقامه دعوا کرد. خواندگان مدعی شدند این روش بانک یک ربای پنهان است که



1. Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others, 2014  
2. "Subject to the principles of the Glorious Shari'a, this Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England." Case No: A3/2003/1952, Para.1



از نظر شریعت اسلام باطل و غیر قابل اجرا است. (Zahid Anowar and Hasani Mohd, 2013: 27-28; Colon, 2011: 414)

دادگاه بدوی از قبول شریعت به عنوان قانون حاکم در کنار قانون انگلیس خودداری کرد. از نظر دادگاه اینکه در قرارداد به قانون شریعت و قانون انگلیس هر دو ارجاع شده است به این معنا نیست که قانون شریعت، قانون حاکم است زیرا قانون شریعت قانون کشور خاصی نیست. در نتیجه دادگاه با استناد به کنوانسیون ۱۹۸۰ رم در باره‌ی قانون حاکم بر تعهدات قراردادی<sup>۱</sup> که مطابق مواد (۱)۱ و (۱)۳ آن، قانون حاکم، قانون یک کشور است، قانون انگلیس را به عنوان قانون حاکم بر اختلاف انتخاب کرد. از نظر دادگاه واژه‌ی شریعت محترم<sup>۲</sup> موضوع توافق مفهومی دارای اصول حقوقی و دینی است. طرفین توافق نباید از دادگاه‌های انگلیس انتظار داشته باشند آن دسته از اصول شریعت را اعمال کند که تا حدودی چالش برانگیز هستند. از سویی «شامل بانک» مدعی بود او بانکی اسلامی است و طرف‌های قرارداد می‌دانند که رعایت اصول اسلامی مورد نظر این بانک است. بنابراین آنچه چالش برانگیز می‌نماید ربا است و نه مباحه که در اسلام پذیرفته شده است. (Chuah, 2006: 141&146-147)

تحلیل‌های گوناگونی از قضیه شامل بانک و درج واژه شریعت در این اختلاف به عمل آمده است:

### ۱-۳-۱. تحلیل اول

در یک تحلیل دادگاه استیناف انگلیس با ارایه تفسیری مضیق از کنوانسیون رم و اتخاذ موضعی افراطی به نفع قانون خود به اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم و نیز به اصول و قواعد شریعت که یکی از نظام‌های حقوقی کهن و پیشگام در جهان است، بی-احترامی کرده است. این ناشی از غرور قدیمی برتر بینی نظام حقوقی انگلیس است که در قسمتی از رأی نیز انعکاس یافته است، آنجا که ادعا می‌کند: «حقوق انگلیس حقوقی است که عموماً به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای بانکی و تجاری در سطح بین‌المللی پذیرفته



1 . The Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, 1980

2 . Glorious Sharia

شده است و با داشتن حقوق شناخته شده و توسعه یافته در این موضوع است که طرح شبهات و یا مناقشات مبتنی بر اصول مذهبی و فلسفی در آن ممکن نیست». ( Zahid Anwar and Hasani Mohd Ali, 2013: 34)

گرچه این تحلیل مستنبط از یکی از بندهای رأی دادگاه استیناف توسط قاضی پوتر است، ولی همین قاضی در ادامه‌ی این بند بر این نظر است چنانچه دادگاه‌های انگلیس علاوه بر قانون انگلیس به قوانین دیگر ارجاع دهند، از کارشناسان بهره می‌گیرند. بنابراین قاضی تلاش می‌کند تا نشان دهد به اصول شریعت در این گونه اختلافات از طریق کارشناسان مراجعه خواهد شد.<sup>۱</sup>

### ۱-۳-۲. تحلیل دوم

نویسنده مقاله «رویارویی میان نظام‌های حقوقی: دعاوی اخیر در ارتباط با حقوق تجارت اسلامی در دادگاه‌های سکولار» ضمن بررسی دعاوی شامل بانک و موارد مشابه آن، دو پرسش مطرح می‌کند:

۱- آیا شریعت با تجارت در مفهوم نوین جهانی ناسازگار است؟ وی این استنباط قاضی دادگاه استیناف انگلیس که شریعت نه حقوق بلکه دین است را قرائتی نادرست از اوضاع می‌داند؛ زیرا اگر چه پیوند میان شریعت و دین تنگاتنگ است و همه‌ی زمینه‌ها را پوشش داده و با آنچه در رژیم‌های حقوقی غرب وجود دارد کاملاً متفاوت است، اما در قرون اخیر ترجمه و برگردان آن به زبان حقوقی از سوی حقوق‌دانان انجام گرفته است؛ و پیش از آن از مفهوم «معاملات» در ادبیات دینی (که شامل قواعد تجارت، خانواده و مجازات‌ها است) استفاده می‌شده است. مطالعه‌ی تطبیقی بسیاری میان ادبیات حقوقی غرب و حقوق و فقه اسلامی از سوی افراد و مراکز پژوهشی مختلف از سال ۱۹۶۱ به این سو انجام گرفته است. بنابراین با وجود مؤسسات فراوان پژوهشی و تحقیقات اسلامی در غرب و در کشورهای اسلامی و مؤسسات علمی وابسته به سازمان همکاری اسلامی نظیر مجمع فقه





اسلامی بهانه‌ی نامشخص بودن شریعت در خصوص تجارت و قواعد مالی قابل قبول نیست. (Foster, 2006: 5-6)

در واقع به نظر این نویسنده شریعت مفهومی عام است که با خود حقوق هم دارد ولی حقوق در غرب تنها حقوق است و این نکته بر قاضی دادگاه استیناف روشن نبوده است

۲- آیا میان تفکر حقوقی غرب و شریعت تعارض وجود دارد؟ به دیگر سخن آیا دادگاه‌های غربی محل مناسبی برای اجرای شریعت نیستند؟ به رغم اینکه وانمود می‌شود میان شریعت و یافته‌های حقوق غرب تعارض وجود دارد و دادگاه استیناف در این قضیه نامشخص بودن شریعت را مستمسکی برای کنار گذاشتن آن قرار داد، اما حقوق انگلیس از انعطاف کافی برای سازگاری میان دو نظام حقوقی برخوردار است. روند برخی از دعاوی موجود در دادگاه‌های سکولار با روش‌های غربی، گویای آن است که شریعت غالب نبوده و مورد توجه قضات غربی نیست ولی این بدان معنا نیست که اختلاف میان شریعت و نظام‌های غربی در حوزه‌ی مبادلات مالی و تجاری ذاتی بوده و غیر قابل حل باشد. این پایان ماجرا نیست و دهه‌های آینده نیز عرصه‌ی پژوهش‌های حقوقی مهم میان شریعت و حقوق سکولار باز خواهد ماند. (Foster, 2006: 6-9)

این تحلیل با رویکردی سازگار در جستجوی یافتن تعامل دو نظام کامن‌لا و حقوق اسلام است. به نظر نویسنده‌ی فوق حتی دادگاه‌های سکولار نیز می‌توانند فرصت و محلی برای ظرفیت‌های شریعت فراهم آورند.

### ۱-۳-۳. تحلیل سوم

با وجود آن که در قضیه‌ی «شامل بانک» دادگاه انگلیس شریعت را به این دلیل که قانون یک کشور نیست کنار گذاشت، اما در اختلاف «موسوی علیه شرکت آر-ای بین-المللی» که طرفین بر داوری یک مجتهد شیعی توافق کردند، در دادگاه عالی انگلیس پذیرفته شد. دادگاه براساس ماده ۴۶(۱) قانون داوری ۱۹۹۶ حاکمیت شریعت را بر این اختلاف به نفع خواهان تأیید کرد. در واقع در این قضیه دادگاه مقررات و اصول غیر کشوری را چنانچه طرفین اختلاف بپذیرند، منطبق با مفاد ماده ۴۶(۱) دانست. بر همین اساس دادگاه موافقت‌نامه داوری مبتنی بر انتخاب فقه شیعه به عنوان قانون حاکم بر



اختلاف را معتبر دانسته و حکم داوری را قابل اجرا دانست.<sup>۱</sup> با مقایسه‌ی آنچه دادگاه‌های انگلیس در این دو دعوا اتخاذ کردند بهتر است طرفین در قراردادها روشی را برگزینند که در اختلاف «موسوی علیه آر-ای بین‌المللی» انتخاب شد. این روش از آن رو بهتر است که در نهایت داور اختلاف یک متخصص شریعت است و قانون داوری انگلیس نیز بر اساس ماده ۴۶(۱) توسل به این نوع داوری را می‌پذیرد. دادگاه حکم داوری یک مجتهد را که بر اساس فقه شیعه صادر شد در ماهیت دعوی پذیرفت و بر اساس قانون داوری ۱۹۹۶ اجرای آن را بدون اشکال دانست. مطابق این رأی افراد می‌توانند مقررات مذهبی و یا قانون غیر کشور مانند اصول یونیدورا و آنستیرال را به عنوان قانون حاکم انتخاب کنند. (Abdul Rahman: 1-3) مطابق این تحلیل در صورت استفاده از کارشناسان اسلامی در رسیدگی‌ها یا انتخاب آنها به عنوان داور گام مهمی در تعامل و سازگاری میان نظام‌های حقوقی برداشته خواهد شد.

### ۱-۳-۴. تحلیل چهارم

یافته‌های دادگاه استیناف انگلیس در پرونده‌ی «شامل بانک»، «تراژدی حقوق در انتخاب قانون حاکم» است که به این شرح می‌باشند:

۱ - دادگاه با استناد به کنوانسیون رم و با این استدلال که تنها یک قانون بر قرارداد حاکم است از توسل به قانون حاکم مختلط و ترکیبی، قانون انگلیس و اصول کلی اسلامی، خودداری کرده است.

۲ - از نظر دادگاه ارجاع به شریعت در یک اختلاف قراردادی چیزی بیش از بیان یک اراده و قصد غیرالزامی نیست. چنین نتیجه‌ای با این مقدمات به دست آمده است که اولاً کنوانسیون رم اساساً در نظر ندارد تا قانونی غیر از قانون یک کشور، مانند شریعت، قانون حاکم باشد. ثانیاً بر فرض این که طرفین قصد داشته باشند بخش‌هایی از شریعت را دخالت دهند، صراحت ندارد که چنین اصولی باید اعمال شود. ثالثاً اگرچه حقوق دانان

۱. برای آشنایی با رأی و خلاصه‌ی آن بنگرید به:

Musawi v. R.E. International (UK) Ltd and others, Case No: HC05C00497, Neutral Citation Number: [2007] EWHC 2981 (Ch) available at: <http://www.bailii.org/> and <http://www.unilex.info/>





مسلمان در اجرای شریعت اختلاف دارند ولی قصد طرفین اختلاف بر پذیرش تصمیم دادگاه سکولار انگلیس در باره اصول حقوقی اسلامی هم بعید است. (Colon, 2011: 424-425)

نقد وارد بر این یافته‌ها آن است که گویا در چنین مواردی قصد طرفین بر انتخاب دو قانون حاکم به معنای تقابل دو نظام حقوقی با یکدیگر است، در حالی که چنین نبوده و آنها با این نیت که این دو یکدیگر را تکمیل کنند، به عنوان قانون حاکم در نظر گرفته‌اند. با این فرض قضات دادگاه به مثابه‌ی نگهبانانی هستند که باید به هر دو طرف اجازه دهند تا متخصصان خود را در دادگاه حاضر کنند یا اجازه دهند ابعاد اختلاف برای کارشناسان منتخب طرفین معلوم شده و نظرات آنان دریافت شود. کوتاه سخن آن که استدلال دادگاه انگلیس در این باره شتاب‌زده بود و تصمیم اتخاذ شده مغایر قصد طرفین بوده و با مقاصد تجاری اسلامی نیز ناسازگار است. در تعیین تعهدات طرفین لازم است قصد و فهم طرفین از مفهوم قرارداد مورد نظر قرار گیرد. گویا از نظر دادگاه عبارت «با توجه به شریعت محترم» در شرط ناظر بر قانون حاکم زاید به نظر آمده است! (Colon, 2011: 411&426)

### ۱-۳-۵. تحلیل پنجم

در اغلب نظام‌های حقوقی اصل عام آزادی اراده‌ی طرفین پذیرفته شده است. از آنجا که این اصل یک حق تلقی می‌شود که مورد توافق طرفین قرار گرفته است اثر الزام آور دارد. (جولیان و دیگران، ۱۳۹۲: ۴۲۶) در فرضی که طرفین قانون حاکم را به صراحت انتخاب کرده باشند قصد ایشان روشن و شناسایی آن آسان خواهد بود اما پیچیدگی در موارد انتخاب ضمنی است. در این گونه موارد هیأت داوری ممکن است قرآینی مانند اعمال طرفین، واقعیات پرونده و زبان مورد استفاده در اسناد قراردادی را دخالت دهد. (جولیان و دیگران، ۱۳۹۲: ۴۲۷)

یکی از راه‌حل‌های سازگار با منطق حقوقی در فرضی که دو نظام حقوقی به عنوان قانون حاکم انتخاب شوند این است که از میان این دو قانونی انتخاب شود که با موضوع دعوا مناسبت و ارتباط نزدیک‌تری دارد. (جولیان و دیگران، ۱۳۹۲: ۴۴۶) اما اگر این راه‌حل را در فرض انتخاب دو قانون حاکم نیز راه‌گشا بدانیم، کنار گذاشتن شریعت، به



بهبانهای نامشخص بودن، با این نقد روبرو می‌شود که چگونه می‌توان قانون سکولار انگلیس را برای موضوع اختلاف که «مراجه» است قانون مناسب دانست. ایضاً ابعاد و مفهوم «مراجه» که یک نهاد مالی اسلامی است توسط حقوق‌دانان و اقتصاددانان آشنا با قواعد فقهی اسلامی ممکن خواهد بود. راه حلی که تناسب بیشتری با الزام آور بودن حق آزادی اراده‌ی طرفین داشت ولی گویا دادگاه انگلیس تمایلی به ورود در این راه حل ترکیبی نداشت.

دو قضیه «شامل بانک» و «موسوی علیه آر-ای» در دادگاه‌های انگلیس و نقدها و تحلیل‌های مربوط به آن زمینه‌ی بحث و پژوهش پیرامون آینده‌ی توجه به شرط شریعت به عنوان قانون حاکم بر قراردادهای تجاری را در دادگاه‌های اروپایی و آمریکایی تقویت کرد.

اکنون فعالیت‌های تجاری اسلامی منحصر در کشورهای اسلامی نیست و دامنه‌ی این فعالیت‌ها گسترده است. انگلیس از نظر دارایی‌های تجاری اسلامی در ردیف نهم قرار دارد و نزدیک نوزده مؤسسه‌ی بانکی و سرمایه‌گذاری اسلامی در ایالات متحده وجود دارد. پدیده‌ی بانکداری اسلامی در کشورهای دارای نظام کامن‌لا و رومی ژرمنی به دو جهت در حال رشد است؛ از یک سو این بخش برای سرمایه‌گذاران سودآور است و از سوی دیگر مطالبات جمعیت فزاینده‌ی مسلمان در کشورهای با نظام رومی ژرمنی و کامن‌لا بر محور شریعت افزایش یافته است که زمینه‌ای برای مطالعه‌ی جدی موضوعات ناظر بر تعارض قوانین است، به ویژه در جایی که شریعت به عنوان قانون حاکم انتخاب شود. (Colon, 2011: 412-413)

به هر روی، قضایایی وجود دارد که نشان می‌دهد دادگاه‌های آمریکا و داوران اروپایی مایلند به حقوق اسلام مراجعه کنند. هرچند تصمیم اتخاذ شده در قضیه شامل بانک موافق قصد طرفین و مقاصد مالی اسلامی نبوده است ولی ورود دادگاه‌های غربی در اختلافات ناشی از یک قرارداد مالی اسلامی نامعقول نخواهد بود. (Colon, 2011: 411 & 428-430)

برخی از دادگاه‌ها تحت تأثیر تئوری چند از حقوق‌دانان اروپایی در برابر شریعت به نفع قوانین ملی خود، مقاومت می‌کنند. آنها با تکیه بر مبانی و اصول کلی کامن‌لا و با این





استدلال که مطابق کنوانسیون رم تنها قانون یک کشور قانون حاکم است، قواعد شریعت را کنار می‌گذارند. (Colon, 2011: 424)

این دیدگاه‌ها در جای خود نشان می‌دهد توجه به قواعد شریعت بیش از پیش اهمیت یافته است. از این رو پس از تجربه‌ی «شامل بانک» و «موسوی علیه آر-ای» مؤسسات مشاوره‌ی داوری در امریکا و انگلیس تأسیس شده است. مشاوران این مؤسسات کارشناسان کامن‌لا، رومی ژرمنی و مذاهب اسلامی هستند. به عنوان مثال شورای داوری مسلمانان انگلیس برای مساعدت به مسلمانان در دعاوی مربوط به احوال شخصیه و اختلافات تجاری تشکیل شده است. این دیوان از متخصصان کامن‌لا و حقوق اسلام در حل و فصل اختلاف‌ها استفاده می‌کند و موفقیت‌هایی نیز داشته است. حتی مراجعه‌ی غیرمسلمانان به این مؤسسه در سال ۲۰۰۹ با افزایش ۱۵ درصدی همراه بوده است. (Colon, 2011: 422-423)

تحلیل‌ها و نقدهای بیان شده نشان می‌دهد جهانی شدن مستلزم یک فضای تجاری بین-المللی است که در آن تعامل نظام‌های بزرگ حقوقی تقویت شود و باید ابعاد سازگار حقوق اسلامی و حقوق قراردادی تجاری شناسایی و در یکدیگر ادغام شوند. دادگاه‌ها در کشورهای غیر اسلامی به تدریج با قراردادهای تجاری روبرو خواهند بود که در آنها بر رعایت اصول اسلامی تأکید می‌شود. چالش پیش روی حقوق‌دانان و فقها در حوزه‌ی تجارت این است که تعریف و راهکارهایی ارائه کنند تا اصول و قواعد اسلامی مربوط به تجارت در دادگاه‌ها و مراجع داوری قابل استناد بوده و در پرتو آن آرای مؤثری صادر شوند.

حقوق‌دانان آشنا با انتظارات بازرگانان مسلمان باید در تنظیم قراردادهای متضمن قانون حاکم و دیگر شروط مشابه، مطالعه و بررسی بیشتری به عمل آورند تا گستره‌ی رسیدگی به این قراردادها در مراجع قضایی و داوری دولت‌های غربی روشن شوند. دادگاه انگلیس آن سند تجاری و حقوقی را که مبهم و نامعلوم بداند اجرا نخواهد کرد چه با اسلام سازگار باشد یا نباشد؟ بنابراین تنظیم‌کنندگان این گونه قراردادها باید با تمرکز بر درج روشن





انتظارات طرفین به نحو پیشگیرانه راه را برای مبادلات تجاری موفق هموار کنند. (Chuah, 2006: 169)

تجربه‌ی شامل بانک و موارد مشابه نشان می‌دهد دولت‌ها و یا مؤسسات اسلامی چنانچه مایل باشند قواعد اسلامی به عنوان قانون حاکم مطرح نظر قرار گیرند، لازم است مطالعات حقوق تطبیقی را بر اساس دستاوردهای نوین حقوق بین‌الملل تجاری و تطبیق آن بر شریعت مورد توجه جدی قرار دهند. اسناد بین‌المللی مانند اصول یونیدورا و آنسیترا ل نمونه‌هایی هستند که با تلاش مؤسسات تطبیقی تنظیم شده‌اند و با استقبال بسیاری از کشورها و نهادهای ذی‌ربط روبرو شده‌اند. از این رو بایسته است حقوق دانان اسلامی متونی مشابه و منطبق با فقه را در بانک‌داری و تجارت تنظیم کنند تا در حل و فصل اختلاف به کار آیند. تنظیم این نوع متون برای حقوق دانان و قضات غیرمسلمان به مراتب راه‌گشا تر و عملی‌تر از ارجاع به کلیات شریعت و یا جستجو در جزییات و فروع مذاهب مختلف فقهی خواهد بود.

از آنجا که قواعد اخلاقی و حقوقی تجاری در اسلام به مثابه‌ی اصولی راهنما در شناسایی ظرفیت‌های فقه اسلامی است بنابراین در ادامه به معرفی برخی از آنها خواهیم پرداخت.

## ۲. مطالعه تطبیقی اصول حقوقی و اخلاقی تجارت در اسلام و غرب

در دهه‌های اخیر در اروپا و غرب تنظیم قواعد رفتاری و اخلاقی<sup>۱</sup> برای برخی مشاغل و حرفه‌ها گسترش یافته است و تلاش برای تنظیم کدهای رفتاری و اخلاقی در تجارت از سوی اتاق‌های بازرگانی بیشتر شده است.<sup>۲</sup> از جمله علل توجه به قواعد مزبور آن است که قواعد سخت حقوقی به تنهایی قادر به پاسخگویی به زندگی آرمانی بشری نیستند و لازم



1. Code of conduct or Code of Ethics

۲. برای آشنایی با اصول کلی و استانداردهای پذیرفته شده در مبادلات تجاری بین‌المللی تنظیم شده از سوی اتاق‌های بازرگانی امریکا و روسیه، ر.ک:

Basic Guidelines for Codes of Business Conduct, Available At: [http:// ita.doc.gov /goodgovernance/adobe/bem\\_appendices/appendix\\_b.pdf](http://ita.doc.gov/goodgovernance/adobe/bem_appendices/appendix_b.pdf)



است با قواعد اخلاقی تعدیل شوند.

ارتباط میان قواعد اخلاقی و حقوقی در اسلام بسیار آشکار است. این سخن پیامبر اعظم (صلی الله علیه و آله و سلم) «إنما بعثت لاتمم مکارم الاخلاق» و یا «إنما بعثت لاتمم حسن الاخلاق» (هندی، ۱۹۸۹: ۱۶) گواه بر ارتباط استوار قواعد اخلاقی و رفتاری در آموزه‌های اسلام است. به طور مشخص قواعد اخلاقی تجاری در اسلام تحت عنوان «آداب التجاره» بررسی شده است. اساساً حقوق تجارت در اسلام ترکیبی از قواعد اخلاقی و حقوقی است و تفکیک میان این دو دشوار است.

از نقطه نظر تطبیقی و تفاوت‌های زبان‌شناختی، اصطلاح «حقوق تجارت» در نظام کامن‌لا ناظر بر مبادلات بوده و شامل مشارکت‌ها و کمپانی‌های تجاری نمی‌شود ولی در حقوق رومی ژرمنی شامل هر دو است. فارغ از طبقه‌بندی این دو نظام حقوقی برخی کشورها نیز به مرزبندی رسمی میان حقوق تجاری و غیرتجاری پرداخته‌اند و برخی چنین مرزبندی‌ای را به رسمیت نمی‌شناسند.

در حقوق اسلام تفاوت میان شرکت‌ها و نهادها و مؤسسات تجاری اهمیت ندارد و حقوق تجاری از غیرتجاری را باید در سه عنوان معاملات، اخلاق و عبادات جستجو کرد. چه رعایت یک اصل اخلاقی در خانه متفاوت از رعایت آن در محل کار نخواهد بود. بر این اساس برای تبیین حقوق تجارت در اسلام باید همه‌ی آن بخش‌هایی از شریعت اسلام که مرتبط با تبادل کالا و خدمات است، مطالعه شود. (Foster, 2006: 4-5) می‌توان این رابطه را در فقه التجاره اسلامی در دو قلمرو آداب التجاره و پاره‌ای از قواعد عمومی و کلی نشان داد.

## ۲-۱. حمایت از تجارت و بازرگانان با هدف صلح و امنیت

حضرت امیرالمؤمنین امام علی (علیه‌السلام) در نامه به مالک اشتر، بازرگانان را یکی از طبقات تأثیرگذار هفت‌گانه در جامعه معرفی می‌کند و بر نقش آنها در نظم جامعه تأکید می‌ورزند. این گروه با سرمایه‌ی خود و با قبول خطر و دشواری‌ها، کالاها و اجناس مورد نیاز را از مسیرهای مختلف دریایی و زمینی منتقل می‌کنند. در این نامه آنها منشأ صلح و آرامش توصیف شده‌اند که «فانهم سلم»؛ زیرا برقراری و توسعه‌ی روابط تجاری میان دو



ملت به برقراری و استمرار صلح میان آنها کمک خواهد کرد. به دیگر سخن تجارت وسیله‌ی تعمیق روابط دوستانه است و سهم تاجران در صلح و امنیت بسیار است. (عبد، ۱۴۱۲: ۹۹-۱۰۰) از همین رو برخی از فقها بر مصونیت و عدم تعرض به تجار حتی در زمان جنگ تصریح دارند. اگرچه این دسته در اقلیت هستند اما این برداشت گویای آن است که باید میان نظامیان و آنان که در جنگ مشارکت ندارند و واسطه‌ی صلح هستند تمایز بدهیم. (Mahmassani, 1966: 102) بازرگانان عموماً افرادی هستند که از وجود فضای صلح‌آمیز جانبداری می‌کنند زیرا در این شرایط سود می‌برند و به تقویت و حفظ صلح نیز کمک می‌کنند.

برخی از فقها دو گروه بازرگانان و سفیران را کنار هم قرار داده و تصریح کرده‌اند این دو همواره در اسلام از حمایت و عدم تعرض برخوردار بوده‌اند (ابوالوفا، ۲۰۰۱: ۲۷۰-۲۷۲). در یک نظر فقهی هرگاه تاجر غیرمسلمانی (حربی) به قصد تجارت و به تصور اینکه مصونیت دارد، وارد سرزمین‌های اسلامی شود از مصونیت برخوردار خواهد بود و به هنگام خروج باید او را تا جایی امن راهنمایی کرد. (حلی، ۱۴۱۹: ۹ و ۱۰۵) بدیهی است حمایت و مصونیت تجار در هیچ نظام حقوقی مطلق نیست و به این منظور باید از فعالیت‌های غیرتجاری دور مانده و مقررات دولت اسلامی را رعایت کنند. همان گونه که هر تاجری باید مقررات دولتی که در سرزمین آن به فعالیت اقتصادی و تجاری می‌پردازد را محترم دارد.

## ۲-۲. اصل حسن نیت در اجرای قرارداد و قاعده غرور

در بسیاری از قوانین داخلی و نیز اسناد تجاری بین‌المللی اصل حسن نیت<sup>۱</sup> در اجرای قرارداد آمده است که اساساً نشان تأثیر پذیری حقوق از اخلاق است. ماده (۲) منشور ملل متحد بر آن تصریح نموده و دیوان بین‌المللی دادگستری به مناسبت‌های مختلف این اصل حقوق بین‌الملل را متذکر شده است. (ضیایی بیگدلی، ۱۳۸۳: ۱۹۱) مفهوم ماده (۲۶) قانون معاهدات ۱۹۶۹ وین که طرفین «...باید معاهده را با حسن نیت به اجرا در آورند» از اصول





کلی مقبول ملت‌های متمدن است که در حقوق اسلام نیز بر آن تأکید شده است. اصطلاح لاتینی «Bona fide» مرادف حسن نیت است که به معنای داشتن رفتار صادقانه و بدون تقلب و فریب است. (Garner, 2004: 227) این مفهوم از حسن نیت نزدیک‌ترین مفهوم به معنای «قاعده غرور» در ادبیات فقهی است که در بسیاری از ابواب معاملات از جمله تجارت جاری است. مطابق این قاعده چنانچه مشتری بر اساس رفتار فریب‌آمیز فروشنده زیان ببیند به فروشنده جهت جبران مراجعه خواهد کرد. (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۳۱۰-۳۱۴؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۰: ۲۸۳-۲۸۴؛ مصطفوی، ۱۴۱۷: ۱۷۷) بنابراین مفهوم بند اول ماده (۷-۱) اصول قراردادهای تجاری یونیدورا که مقرر می‌دارد «در تجارت بین‌المللی هر طرف قرارداد باید با حسن نیت و رفتار منصفانه اقدام نماید»<sup>۱</sup> در آموزه‌های اسلام نیز ریشه‌دار است. آنجا که آیات آغازین سوره مطففین کم‌فروشان را توبیخ می‌کند «ویل للمطففین» و از تقلب و نیرنگ بر حذر می‌دارد، در واقع بر حسن نیت و رفتار منصفانه تأکید نموده است.

### ۲-۳. قاعده لاضرر و منع اعمال نفوذ ناروا

از جمله قواعد تحت تأثیر موازین اخلاقی، منع اعمال نفوذ ناروا<sup>۲</sup> است. مطابق این قاعده موقعیت برتر یکی از طرفین قرارداد نمی‌تواند علیه طرف دیگر به کار گرفته شود. در نتیجه قراردادهای تجاری میان اشخاصی مانند وکیل و موکل، بیمار و پزشک، مقام مذهبی و پیروان آن مذهب و سایر کسانی که در روابط بین آنها بیم اعمال نفوذ از سوی یک طرف بر دیگری می‌رود، در صورت سوء استفاده ناصحیح است. در حقوق اسلام نیز در پرتو قاعده «لاضرر» قراردادهایی که در آنها یک طرف با سوءاستفاده از نفوذ خود آن را منعقد کند، قابل ابطال است. این مفهوم در قوانین برخی از کشورهای اسلامی، مانند ماده (۱۵۹) قانون مدنی کویت و ماده (۱۲۴۰) قانون مدنی ایران دیده می‌شود. (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۱: ۶۴-۶۵)



1. ARTICLE 1.7 : (Good faith and fair dealing) (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.  
2. Undue influence



## ۲-۴. منع اکل مال به باطل و دارا شدن ناعادلانه

عنوان برجسته دیگری که در حقوق اسلام در حوزه تجارت و اموال وجود دارد «منع اکل مال به باطل» است، که در آیه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ»<sup>۱</sup> ریشه دارد. این عنوان عام شامل همه‌ی طرق نامشروع تحصیل درآمد می-شود و براساس آن تحصیل مال از راه‌هایی مانند خیانت در امانت، رشوه، غصب، انعقاد قراردادهای مخالف با اخلاق و نظم عمومی ممنوع و حرام است. این آیه در فقه اسلامی به عنوان یک اصل اساسی و راهنما منشأ عمیق‌ترین مباحث در حقوق تجارت اسلامی است. (حسینی مراغی، ۱۴۱۸: ۳۷۱)

شاید بتوان قاعده منع «داراشدن غیر عادلانه» در ادبیات انگلیسی<sup>۲</sup> و عنوان «اثراء بلا سبب» در ادبیات حقوق عربی را نزدیک‌ترین مفهوم به «اکل مال به باطل» دانست. در اجرای این قاعده، اصل (۴۹) قانون اساسی مقرر می‌دارد دولت موظف است ثروت‌های ناشی از ربا، غصب، رشوه، اختلاس، سرقت، قمار و سوءاستفاده از مقاطعه کاری‌ها و معاملات دولتی را به فروش رسانده و به صاحبان حق مسترد دارد و چنانچه صاحبان آنها شناخته نشوند به بیت‌المال بازگرداند. (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۱: ۶۵)

## ۲-۵. کدهای اخلاقی و آداب تجاری

در ادبیات روایی و فقهی «آداب التجاره» عنوان عامی است که ذیل آن رفتارهای ممکن در عملیات تجاری و خرید و فروش بررسی شده و حکم مستحب یا مکروه آن بیان می‌شود. این رفتارها متنوع و بسیار است. (حرالعالمی، ۱۳۷۲: ۱۷ و ۳۸۱-۴۴۷؛ عاملی، ۱۹۸۳: ۲۸۵-۳۰۱؛ نجفی، ۱۳۶۵: ۲۲ و ۴۴۹ به بعد)

به منظور مطالعه تطبیقی و یافتن مفاهیم مشابه در سایر نظام‌های حقوقی به برخی از مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود:

۱- آگاهی از مسایل تجاری با هدف گرفتار نشدن در ربا و زیاده خواهی. (حر عاملی، ۱۳۷۲: ۳۸۱-۳۸۲) این سخن حضرت امام علی (علیه‌السلام) «یا معشر التجار! الفقه ثم المتجر». (حر عاملی، ۱۳۷۲: ۳۸۱) متضمن این رهنمود است اگر تاجر پیش از ورود در





عملیات تجاری به مقررات آگاه باشد میان منافع خود و مصرف کنندگان توازن برقرار خواهد کرد.

۲- رعایت مساوات و اصل عدم تبعیض (التسویه بین المعاملین فی الانصاف). هدف اصل اخلاقی و حقوقی اخیر این است که موقعیت‌های اجتماعی و سیاسی یک طرف معامله تأثیری در افزایش و یا کاهش مبلغ مورد معامله نگذارد. (عاملی، ۱۹۸۳: ۳ و ۲۸۶؛ حر عاملی، ۱۳۷۲: ۳۹۸)

۳- کراهت ورود زود هنگام به بازار و خروج دیر هنگام از آن. مقصود از این حکم کاستن از آز و طمع، توجه به سلامت روحی، اعطای فرصت به دیگران برای کسب درآمد و دور ماندن از تهمت سرقت است. (حر عاملی، ۱۳۷۲: ۴۶۸؛ عاملی، ۱۹۸۳: ۲۹۳؛ میرمحمدصادقی، ۱۳۹۱: ۵۳)

۴- کراهت سوگند به هنگام فروش و یا خرید. منظور از اصل حاضر این است که مذهب و خداوند را ابزاری برای خرید و یا فروش قرار ندهند. در واقع هدف احتراز از ابزار قرار دادن باورهای دینی برای درآمدزایی است. (حر عاملی، ۱۳۷۲: ۴۱۹-۴۲۱؛ عاملی، ۱۹۸۳: ۲۹۰)

۵- کراهت معامله با افرادی که اموال مشکوک دارند (عاملی، ۱۹۸۳: ۲۹۴) در این آموزه نوعی مقابله با پولشویی<sup>۱</sup> وجود دارد.

۷- احتراز از پیش‌دستی در معامله با کاروان‌های تجاری (ترک التلقی للربان). (عاملی، ۱۹۸۳: ۲۹۷) پیش‌دستی در خرید و فروش با کاروان‌های تجاری که در آستانه‌ی ورود به یک منطقه هستند از نظر فقهی مکروه و برخی آن را حرام دانسته‌اند. (غافری؛ ۲۰۱۲: ۸۶۱) از آنجا که این رفتار می‌تواند نوعی انحصار ایجاد کند از معامله با کسی که از طریق پیش‌دستی از کاروان متاعی خریده است، نهی شده است.

۸- احتراز از تعریف کالای خود و بدگفتن از کالای طرف مقابل. رفتار مزبور ناپسند و مکروه است (عاملی، ۱۹۸۳: ۲۹۲-۲۹۱) و هدف آن مقابله با تقلب، تبلیغات کاذب، رقابت نادرست و در مقابل حمایت از کالاهای با کیفیت است.

۹- پذیرش پیشنهاد فسخ قرارداد به کسی که پشیمان شده است (استحباب اقاله النادم). (حر عاملی، ۱۳۷۲: ۳۸۶-۳۸۵) این اعلان که کالا «پس از فروش پس گرفته می‌شود»،



نشانگر توجه به «مشرتی مداری» است که گاه در منشورهای اخلاقی کسب و کار وجود دارد. (میرمحمدصادقی، ۱۳۹: ۵۵)

۱۰- استحباب دعا و یاد خداوند متعال در هنگام تجارت (نجفی، ۱۳۶۵: ۴۲۵-۴۵۳) این رهنمود باعث بیدار نگه داشتن وجدان مذهبی و رعایت توصیه‌ها و موازین اخلاقی و انسان‌دوستی در کسب و کار است.

موارد فوق نمونه‌هایی از کدهای رفتاری و اخلاقی تجاری در فقه اسلامی است. اگرچه رعایت بیشتر آنها الزامی نیست ولی بازتاب اصول راهنمای اخلاقی و حقوقی در قلمرو تجارت است.

### نتیجه‌گیری

جمعیت فزاینده مسلمانان در جوامع غربی و برآمدن دولت‌های اسلامی و نهادهای مالی اسلامی به تدریج بر تقاضای حضور حقوق اسلام در قراردادهای تجاری افزوده است. هر چند انتخاب شریعت و حقوق انگلیس به عنوان قانون حاکم در قضیه «شامل بانک» و کنار گذاشتن شریعت از سوی دادگاه استیناف انگلیس با نقد و تحلیل‌های متفاوتی روبرو شده است ولی به نوبه‌ی خود نشان داد برخی از جوامع اسلامی مایلند با عناوین و نهادهای مالی اسلامی در تجارت حضور یابند.

از تصمیم دادگاه استیناف انگلیس به کنار گذاشتن شریعت و انتخاب قانون خود به عنوان قانون حاکم بر قرارداد به «تراژدی حقوق در انتخاب قانون حاکم»، «ترجیح مغرورانه حقوق انگلیس»، «رویارویی نظام‌های حقوقی سکولار و مذهبی» و نیز «فرصتی برای تعامل دو نظام کامن‌لا و حقوق اسلام» تعبیر شده است. این تعبیر نشان می‌دهد زمان مطالعه‌ی جدی ظرفیت‌های حقوق اسلام و شناسایی و معرفی آن در ادبیات و قالب‌های شناخته شده حقوق بین‌الملل فرار رسیده است.

استفاده از داوران انفرادی و یا نهادهای داوری مرکب از حقوق‌دانان نظام کامن‌لا، رومی ژرمنی و حقوق اسلام و استفاده از کارشناسان آشنا به عقود مالی و تجاری اسلامی در عداد راه‌کارهایی هستند که برای حل و فصل آن دسته از اختلافاتی که قراردادهای آن عقود اسلامی بوده و یا در آنها حقوق اسلام به عنوان قانون حاکم انتخاب شده است به کار گرفته می‌شوند. در این راستا لازم است مراکز مطالعات حقوق تطبیقی اسلامی از جمله





مجمع فقه اسلامی وابسته به سازمان همکاری اسلامی، با تنظیم اسناد نمونه تجاری بین-المللی و نمونه داوری مسیری را برای نشان دادن ظرفیت‌های حقوق اسلام به عنوان یک نظام حقوقی هموار کنند.

کدهای رفتاری و اخلاقی تجاری که اکنون در غرب مورد توجه قرار گرفته در آموزه-های اسلامی ذیل عنوان «آداب التجاره» پیشینه‌ی طولانی دارد. عناوینی مانند «منع اکل مال به باطل»، «قاعده لاضرر»، «قاعده غرور» در حقوق اسلام مشابه مفاهیم «دارا شدن ناعادلانه»، «منع اعمال نفوذ ناروا» و «اصل حسن نیت» در نظام حقوقی غرب است. کدهای رفتاری و اخلاقی تجاری در دیگر نظام‌ها و آداب تجارت در اسلام قواعد اخلاقی انعطاف‌پذیری هستند که می‌توانند به قواعد حقوقی تبدیل شده و یا به مثابه‌ی اصولی راهنما برای طرفین قرارداد و یا داوران و کارشناسان به کار آیند.

پایان مقاله پژوهش حقوق اسلام و غیره

### منابع

۱. ابن عربی، محمد، بی‌تا، أحكام القرآن، تحقیق محمد عبدالقادر عطا، بیروت، دارالفکر للطباعة والنشر، بی‌جا.
۲. ابوالوفا، احمد، ۲۰۰۱م، الإعلام بقواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية فی شریعه الإسلام، قاهره، دارالنهضة العربیه، بی‌جا.
۳. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۵ق، مکاسب، قم، چاپخانه باقری، بی‌جا.
۴. جبعی عاملی [شهیدثانی]، زین‌الدین، ۱۹۸۳م، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، بیروت، دار احیاء التراث العربیه، بی‌جا.
۵. حر عاملی، شیخ محمد بن حسن، ۱۳۷۲ش، وسائل الشیعه، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، بی‌جا.
۶. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، ۱۴۱۸ق، العناوین الفقهیه، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، بی‌جا، ج ۲.
۷. حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۹ق، تذکره الفقهاء، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، بی‌جا.
۸. خویی، سید ابوالقاسم، ۱۹۹۲م، مصباح الفقاهه فی المعاملات، تقریر میرزا محمدعلی توحیدی، بیروت، دارالهادی، بی‌جا.





۹. دی-ام لیو، جولیان و ای-میستلیس، لوکاس و ام کرول، استفان، ۱۳۹۲ش، داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، ترجمه محمد حبیبی مجنده، قم، دانشگاه مفید، چ ۱.
۱۰. ضیایی بیگدلی، محمدرضا، ۱۳۸۳ش، طبقه‌بندی موضوعی تفصیلی آراء و نظریات مشورتی دیوان بین‌المللی دادگستری، پژوهش حقوق و سیاست، ش ۱۱.
۱۱. عبده، محمد، ۱۴۱۲ق، نهج البلاغه، قم، دارالذخائر، بی‌چا.
۱۲. علی، حیدر، ۲۰۰۳م، درر الاحکام شرح مجله الاحکام، ریاض، دار عالم الکتب، بی‌چا، ج ۱.
۱۳. غافری، جمیل، ۲۰۱۲م، التجاره الدولیه من منظور شرعی بین الحریه و الحمایه: أعمال ندوه تطور العلوم الفقہیہ: فقہ التوقع، وزاره الاوقاف و الشؤون الدینیہ، عمان، بی‌نا، بی‌چا.
۱۴. قرطبی، محمد، ۱۹۸۵م، الجامع لاحکام القرآن، تحقیق و تصحیح ابو إسحاق إبراهيم أطفیش، بیروت، دار إحياء التراث ال، بی‌چا.
۱۵. متقی هندی، علاء‌الدین، ۱۹۸۹م، کنز العمال فی سنن الاقوال و الافعال، بیروت، مؤسسه الرساله، بی‌چا.
۱۶. مصطفوی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۷ق، مائه قاعده فقہیہ، قم، مؤسسه النشر الإسلامی، بی‌چا.
۱۷. مکارم شیرازی، ناصر، ۱۴۱۰ق، القواعد الفقہیہ، قم، مدرسه الامام امیرالمؤمنین علیہ‌السلام، بی‌چا، ج ۲.
۱۸. میر محمد صادقی، حسین، ۱۳۹۱ش، بازتاب قواعد اخلاقی در قوانین راجع به کسب و کار در حقوق اسلام و ایران، حقوق تطبیقی دانشگاه مفید، ش ۱.
۱۹. نجفی، شیخ محمد حسن، ۱۳۶۵ش، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دارالکتب الإسلامیہ، بی‌چا، ج ۲۲.
20. Abdul Rahman, Abdullah, (2016), Shariah as the governing law of Islamic finance contracts in the UK: The impact of Rome I Regulation and the position in arbitration, Available at: <http://www.academia.edu>.
21. Akaddaf, Fatima, (2001), Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) to Arab Islamic Countries: Is the CISG Compatible with Islamic Law Principles? Pace International Law Review, No.13.
22. Basic Guidelines for Codes of Business Conduct: U.S. Department of Commerce & Russian Chamber of Commerce, (2016), Available at: [http://ita.doc.gov/goodgovernance/adobe/bem\\_appendices/appendix\\_b.pdf](http://ita.doc.gov/goodgovernance/adobe/bem_appendices/appendix_b.pdf).



23. Beximco Pharmaceuticals Ltd v Shamil Bank of Bahrain EC, (2004), APP.L.R. 01/28
24. Boisard Marcel A.. (1980). On the Probable Influence of Islam on Western Public and International Law, Courtesy: International Journal of Middle East Studies, Vol.11, No. 4.
25. Chuah, Jason C.T., (2006), Islamic Principles Governing International Trade Financing Instruments: A Study of the Morabaha in English Law, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol.27.Issue.1.
26. Colon. Julio C.. (2011), Choice of Law and Islamic Finance, Texas International Law Journal, VOL.46.
27. Foster, Nicholas HD,(2006), Encounters between legal systems: recent cases concerning Islamic commercial law in secular courts, Amicus Curiae, Issue 68.
28. ———, (2006), Islamic Commercial Law, An Overview, School of Law and School of Oriental and African Studies University of London.
29. Garner Bryan A., (2004), Black's Law Dictionary, West publishing, Ninth Edition.
30. Mahmassani, Sobhi,(1966), The principles of international law in the light of Islamic doctrine, Recueil des cours, Volume 117.
31. Musawi v. R.E. International (UK) Ltd and others,(2007), Case No: HC05C00497, Neutral Citation Number: EWHC 2981 (Ch) available at: <http://www.bailii.org/> and <http://www.unilex.info/>.
32. Powell E. J. & Rickard, Stephanie, (2010) International Trade and Domestic Legal Systems: Examining the Impact of Islamic Law, International Interactions, Vol.36.
33. Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others, (2014), Case No: A3/2003/1952, Available at: <http://www.bailii.org>.
34. Unidroit Principles of International Commercial Contracts, (2010), Available at: [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org).
35. Wansbrough, John, (1965), A Mamluk Commercial Treaty Concluded with the Republic of Florence, 894/1489IN S. M. Stem, ed., Documents from Islamic Chanceries, Oriental Studies III, Oxford: B. Cassirer.
36. Weeramantry, Christopher, (1988), Islamic Jurisprudence: An International Perspective, Macmillan Press, London.
37. Wezeman. Pieter D.& Siemon T.. Wezeman, (2015), Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI).
38. Zahid, Anowar & Hasani, Mohd Ali,(2013), Shari'ah as a Choice of Law in International Islamic Financial Contracts: Shamil Bank of Bahrain Case Revisited, US-China Law Review, Vol.10.

