

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه پیام نور
مرکز قم

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

عنوان:

بررسی فقهی حقوقی نحوه انعقاد بیع الکترونیک

استاد راهنما:

جناب آقای دکتر میثم موسی پور

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر حسین اسماعیلی

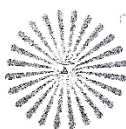
نگارنده:

صالح باغخانی پور

شهریور ۱۳۹۸



جمهوری اسلامی ایران
وزارت علوم، تحقیقات و فناوری



دانشگاه سوادکوه
استان قم

تاریخ: ۱۳۹۸/۶/۲۳
شماره: ۹۴۹۵۲۲۱۳۰
پیوست:

صورتجلسه دفاع از پایان نامه دوره کارشناسی ارشد

آقای / خانم : صالح باغخانی پور

دانشجوی رشته : الهیات / فقه و مبانی حقوق

به شماره دانشجویی ۹۴۹۵۲۲۱۳۰

بررسی فقهی و حقوقی نحوه انعقاد بیع الکترونیک

جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد نامبرده با حضور هیأت داوران در مورخ ۱۳۹۸/۶/۲۳ ساعت ۱۰

در محل مرکز قم برگزار و پس از ارزیابی پایان نامه مذکور به شرح زیر ارزیابی گردید.

نمره دفاع بر مبنای ۱۸	نمره دستاورد پژوهشی*	نمره نهایی	
۱۸ / —	—	۱۸ / —	به عدد
هشتاد و یک	—	۱۸ / —	به حروف
	درجه ارزشیابی		

امضا	کد استادی	محل خدمت	مرتبه دانشگاهی	نام و نام خانوادگی	هیأت داوران
	۴۱۵۶۴۲	دانشگاه سوادکوه	استادیار	دکتر میثم موسی پور	استاد راهنما
	۴۵۱۲۷۷	دانشگاه سوادکوه	استادیار	دکتر حسین اسماعیلی	استاد مشاور
	۴۰۶۵۵			دکتر رضا علی کرمی	استاد داور
			کارشناس	علی عروجی	نماینده تحصیلات تکمیلی

قم، میدان جهاد،
میدان امامزاده سید علی،
خیابان ۶۰ متری
شهدای پست.

سندوق پستی: ۳۷۱۸۵-۳۱۱

تلفن: ۷۷۸۸۲۴۵-۹

دورنگار: ۷۷۸۰۱۳۸

نمره نامبرده بر اساس بخشنامه ها و دستورالعمل های مربوط به دستاوردهای پژوهشی مستخرج مجامع و در تاریخ ۱۳۹۸/۶/۲۳ نهایی شده است.
نام و امضای کارشناس پژوهشی مرکز
نمره دستاورد پژوهشی برابر دستورالعمل مربوط در مهلت مقرر پس از دفاع تعیین شده و توسط کارشناس پژوهشی محاسبه و نمره نهایی اعلام می گردد.

تعهد نامه اصالت پایان نامه

اینجانب صالح باغخانی پور دانش آموخته مقطع دکتری / کارشناسی ارشد ناپیوسته تخصصی در رشته فقه و مبانی حقوق که در تاریخ ۱۳۹۸/۰۶/۲۳ از رساله/پایان نامه خود تحت عنوان بررسی فقهی حقوقی نحوه انعقاد بیع الکترونیک با کسب نمره ۱۸ دفاع نموده‌ام، بدین وسیله متعهد می‌شوم.

۱) این رساله/ پایان نامه حاصل تحقیق و پروژه انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاورهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه، کتاب، مقاله و...) استفاده نموده‌ام، مطابق ضوابط و رویه موجود، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوط ذکر و درج کرده‌ام.

۲) این رساله/پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه‌ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است.

۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل، قصد استفاده و هرگونه بهره‌برداری اعم از چاپ مقاله، کتاب، ثبت اختراع و... از این پایان نامه/رساله را داشته باشم، با ذکر نام استادان راهنما و مشاور و درج نام دانشگاه پیام نور اقدام خواهم کرد.

۴) چنانچه در هر مقطع زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود، عواقب حقوقی ناشی از آن را می‌پذیرم و همچنین دانشگاه پیام نور مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار کند و در صورت ابطال مدرک تحصیلی‌ام هیچ‌گونه ادعایی نخواهم داشت.

نام و نام خانوادگی:

تاریخ و امضاء

تقدیم به

خداوند سبحان را سپاسگذارم که به بنده حقیر توفیق انجام این پایان نامه را عنایت فرمود. از جناب آقای دکتر موسی پور و جناب آقای دکتر اسماعیلی که در دوران نگارش این پایان نامه مرا حمایت کرده‌اند تقدیر و تشکر می‌نمایم و این پایان نامه را تقدیم میکنم به همسر عزیزم که در تمام مراحل زندگی پشتیبان من بوده است.

فهرست مطالب

۱	چکیده:
۲	مقدمه
۲	بیان مساله.....
۲	ضرورت تحقیق.....
۲	اهداف تحقیق.....
۲	هدف اصلی:
۲	اهداف فرعی:
۳	فرضیه های تحقیق:
۳	سوال های تحقیق:
۳	سوال اصلی:
۳	سوال فرعی:
۳	پیشینه تحقیق.....
۳	فصل های تحقیق.....
۴	روش تحقیق.....
۵	فصل اول: مفاهیم و کلیات بیع الکترونیک.....
۶	مبحث اول: مفاهیم.....
۶	گفتار اول: بیع و تجارت
۶	الف: معنای لغوی بیع
۶	ب: معنای اصطلاحی بیع
۷	ج: معاطات
۷	د: تجارت
۹	۳. ۱. قرآن.....
۱۱	گفتار دوم : بیع الکترونیک
۱۱	الف: مفهوم بیع الکترونیک
۱۳	ب: بیان اصطلاحات بیع الکترونیکی
۱۶	ج: انواع بیع الکترونیک
۱۸	د: روش های اجرای بیع الکترونیک
۲۵	مبحث دوم: کلیات

گفتار اول: نسبت بیع و تجارت	۲۵
گفتار دوم: جایگاه بیع الکترونیک	۲۶
گفتار سوم: تاریخچه بیع الکترونیکی	۲۷
الف: خواستگاه اولیه اینترنت	۲۷
ب: جریان ورود اینترنت در تجارت	۲۷
گفتار چهارم: بستر بیع الکترونیکی	۲۸
گفتار پنجم: قلمرو تجارت الکترونیکی	۲۹
گفتار ششم: ویژگی های بیع الکترونیک	۳۰
الف: عدم حضور فیزیکی طرفین در انعقاد بیع الکترونیکی (از راه دور)	۳۰
ب: اجرای الکترونیکی ایجاب و قبول	۳۱
ج: انعقاد بیع به نحو خودکار	۳۱
د: وجود زیر ساخت های متفاوت	۳۱
هـ: حذف اسناد کاغذی	۳۲
و: پرداخت الکترونیکی	۳۲
ط: جنبه بین المللی بیع الکترونیکی	۳۲
ز: الحاقی بودن برخی بیع های الکترونیکی	۳۳
ک: جنبه تجاری داشتن بیع الکترونیکی	۳۳
ی: ابزار اثباتی نوین در بیع الکترونیکی	۳۴
ع: وجود حق فسخ ویژه	۳۴

فصل دوم: بررسی فقهی نحوه انعقاد بیع الکترونیکی

مبحث اول: ضوابط کلی عقد بیع	۳۶
گفتار اول: شرایط مربوط به نحوه انعقاد بیع	۳۶
الف: ایجاب و قبول	۳۶
ب: تطابق ایجاب و قبول	۳۷
ج: قصد و انشاء	۳۸
د: عدم وجوب تقدیم ایجاب بر قبول	۳۹
هـ: موالات بین ایجاب و قبول	۴۰
و: زبان و الفاظ انعقاد بیع	۴۲
ز: اظهار اراده	۴۳
ک: تنجز ایجاب و قبول	۴۳
گفتار دوم: شرایط متعاملین	۴۴

الف: بلوغ	۴۴
ب: عقل	۴۵
ج: رشد	۴۶
د: مالک یا ماذون بودن از طرف مالک	۴۷
هـ: اختیار و قصد	۴۸
گفتار سوم: شرایط مورد معامله	۴۸
الف: مالیت	۴۸
ب: دارای منفعت عقلایی	۴۹
ج: دارای منفعت مشروع	۴۹
د: معین بودن مورد معامله	۵۰
هـ: معین بودن شرایط و اوصاف معامله	۵۰
و: قدرت بر تسلیم	۵۱
ز: مشروع بودن جهت معامله	۵۲
مبحث دوم: تطبیق ضوابط عقد بیع با بیع الکترو نیک	۵۳
گفتار اول: تطبیق ضوابط نحوه انعقاد بیع الکترو نیک	۵۳
الف: تطبیق ایجاب و قبول	۵۳
۲: انطباق ایجاب و قبول	
ب: تطبیق عدم وجوب تقدیم ایجاب بر قبول	۵۹
ج: تطبیق موالات بین ایجاب و قبول	۶۰
د: تطبیق زبان و الفاظ انعقاد بیع	۶۱
هـ: تطبیق اظهار اراده	۶۲
گفتار دوم: تطبیق ضوابط متعاملین در نحوه انعقاد بیع الکترو نیک	۶۳
الف: تطبیق بلوغ	۶۳
ب: تطبیق عقل	۶۳
ج: تطبیق رشد	۶۴
د: تطبیق مالک بودن	۶۵
هـ: تطبیق اختیار و قصد	۶۵
گفتار سوم: تطبیق ضوابط مورد معامله در نحوه انعقاد بیع الکترو نیک	۶۵
الف: تطبیق مالیت	۶۶
ب: تطبیق منفعت عقلایی داشتن	۶۶
ج: تطبیق منفعت مشروع داشتن	۶۶

- د: تطبیق معین بودن مورد معامله ۶۷
- ه: تطبیق مبهم نبودن شرایط معامله ۶۷
- و: تطبیق قدرت بر تسلیم ۶۸
- ز: تطبیق مشروع بودن جهت معامله ۶۹
- مبحث سوم: حکم انعقاد بیع الکترونیکی ۶۹
- گفتار اول: حکم عدم رعایت شرایط بیع الکترونیکی ۶۹
- الف: حکم انعقاد بیع بدون لفظ در بیع الکترونیکی ۷۰
- ب: ارتباط حکم معاطات با بیع بدون لفظ در بیع الکترونیکی ۷۰
- گفتار دوم: اصل رضایی بودن بیع و تاثیر آن بر انعقاد بیع الکترونیکی ۷۲
- الف: تراضی طرفین به عنوان عنصر سازنده در تشکیل بیع ۷۲
- ب: جواز بیان اراده به وسیله سامانه الکترونیکی ۷۲

فصل سوم: بررسی حقوقی نحوه انعقاد بیع الکترونیکی ۷۴

- مبحث اول: ارکان انعقاد بیع الکترونیکی ۷۵
- گفتار اول: جواز بیع بین غایبین ۷۵
- گفتار دوم: ایجاب و قبول الکترونیکی ۷۶
- الف: ایجاب و قبول بدون لفظ در بیع الکترونیکی ۷۶
- ب: ایجاب الکترونیکی ۷۸
- ج: قبول الکترونیکی ۸۸
- د: تطابق ایجاب و قبول ۹۷
- مبحث دوم: اسناد بیع الکترونیکی ۹۹
- گفتار اول: جایگاه اسناد الکترونیکی ۹۹
- الف: ارزش فنی اسناد بیع الکترونیکی ۹۹
- ب: ارزش حقوقی اسناد بیع الکترونیکی ۱۰۱
- گفتار دوم: امضاء الکترونیکی ۱۰۲
- الف: تایید داده پیام و ارزش اثباتی آن ۱۰۳
- ب: تعریف امضای الکترونیکی ۱۰۴
- ج: انواع امضای الکترونیکی ۱۰۵
- د: ارزش اثباتی امضای الکترونیکی ۱۰۸
- ه: اصل اعتبار امضاها الکترونیکی ۱۰۸
- و: ارزش اثباتی امضای الکترونیکی عادی و مطمئن ۱۰۸
- گفتار سوم: انطباق اسناد الکترونیکی با اصل ۱۰۹

۱۰۹.....	تعریف و ضرورت وجود اصل
۱۱۰.....	نتیجه گیری
۱۱۳.....	فهرست منابع و مآخذ

چکیده:

این پایان نامه با عنوان نحوه انعقاد بیع الکترونیک تدوین یافته است. معمولاً جمعیت و نیازهای جوامع انسانی رو به گسترش است، ظرفیت‌ها و سامانه‌ها در عرصه زندگی توسعه پیدا کرده است. این امور باعث شده بیع سنتی جایش را به بیع الکترونیک بدهد. سرعت، دقت، قابلیت دسترسی، امنیت، صرفه جویی در زمان و هزینه، کارآمدی از ویژگیهای بارز این سامانه الکترونیکی می باشد. از سوی دیگر شاخص‌ها و وجود گزاره‌های فقهی و مدیریت فراگیر فقه اسلامی در مسیر بیع و تجارت جوامع بشری پرسش‌هایی را در این زمینه به وجود آورده است؛ مساله اصلی در این پایان نامه عبارت است از «نحوه انعقاد بیع الکترونیک چگونه است؟» با توجه به این پرسش اصلی چند مساله فرعی طی چند فصل در این پایان نامه با روش کتابخانه‌ای پاسخ داده شده است.

ابتدائاً ضمن بررسی شرایط عقد بیع و شرایط متعاملین و شرایط مورد معامله، به مساله حکم انعقاد بیع الکترونیکی بدون لفظ پرداخته شد، که در مورد آن با توجه به روایات سه قول عمده وجود داشت؛ با رویکرد شرط دانستن لفظ در ایجاب و قبول، حکم بیع الکترونیکی باطل خواهد بود. با قول به عدم شرطیت لفظ در ایجاب و قبول، حکم بیع الکترونیکی صحیح خواهد بود. قول سوم قول به تفصیل خواهد بود. قول به شرطیت لفظ در ایجاب و قبول مشکل فقهی در بیع الکترونیکی ایجاد کرده است. با بررسی‌های انجام شده از طریق جمع عرفی ادله و استفاده از اطلاعات ادله موجود شرطیت الفاظ در ایجاب و قبول مخدوش گردید. متون حقوق موضوعه پیام الکترونیکی را معادل کتابت معرفی کرده است و از این طریق صحت حکم تجارت الکترونیکی را ثابت کرده است.

در مساله موالات بین ایجاب و قبول فوریت به عنوان شرط مطرح شده است. این شرط در ایجاب و قبول بیع الکترونیک که از راه دور انجام می شود، صحت شرعی آن را مخدوش می کند. پس از بررسی مربوطه فوریت بین ایجاب و قبول به منزله شرط به اثبات نرسیده است، تنها نوع ارتباط میان آنان محرز گردید. در فصل بعد ضمن بررسی انواع بیع الکترونیکی به ضوابط و خصوصیات آن نیز پرداخته شد، که از آن جمله به حذف اسناد کاغذی، الکترونیکی شدن بیع، وجود حق فسخ ویژه اشاره کرد؛ و در ادامه به تبیین ارکان انعقاد بیع الکترونیک پرداخته شد؛ که جواز بیع بین غایبین و اصل رضایی بودن بیع از آن جمله می باشد. در انتها با اشاره به روش‌های کاربردی اجرای بیع الکترونیک، که مبتنی بر چندین روش می باشد به اشتراکات و تمایزات بیع الکترونیک با سایر عقود تجاری پرداخته شد.

کلید واژه: نحوه انعقاد، بیع، الکترونیک

مقدمه

جهت تحلیل و بررسی فقهی حقوقی نحوه انعقاد بیع الکترونیک که عنوان پایان نامه را تشکیل می دهد نیاز است به مسائل مقدماتی مرتبط با این پایان نامه پرداخته شود تا زوایای شناخت موضوع و پرسش های اصلی و فرعی آن بیشتر روشن گردد.

بیان مساله

رایانه و اینترنت تحولات عظیم فناوری محسوب می شود و رابطه مستقیمی با زندگی انسان ها دارد به گونه ای که استفاده از آن جزء لاینفک زندگی بشر می باشد. امروزه باگسترش و گستردگی اینترنت از آن در بسیاری از مسائل اقتصادی تجاری استفاده می گردد به گونه ای که دنیای اینترنت تولید، عرضه، فروش، خدمات و مصرف کالاها را سخت تحت تاثیر خود قرار داده است چنانکه عدم استفاده از بیع الکترونیک به معنای از دست رفتن فرصت ها می باشد. صرفه جویی در وقت و کاهش هزینه ها از فواید بیع الکترونیک به شمار می آید که باعث محبوبیت آن در بین تجار و مصرف کنندگان شده است و همین امر باعث شده است که بیع الکترونیک جایگزین بیع سنتی شود. بیع الکترونیک که در فضای مجازی رواج پیدا کرده است به معنای ارسال جمیع داده های الکترونیکی به عنوان بایع (ایجاب) به مخاطب خود که مشتری (قبول) می باشد و مشتری با تایید الکترونیکی بیع را لازم می گرداند؛ البته روشن است که با توجه به جدید بودن بیع الکترونیک در منابع فقهی مطلبی در این خصوص وجود ندارد اما با توجه به پویایی فقه شیعه و استفاده از ابواب ایجاب و قبول و بیع از راه دور می توان بحث را پیش برد و به اثبات رساند.

ضرورت تحقیق

از آنجا که موضوع نحوه انعقاد بیع الکترونیک جدید بوده لذا خود این نو ظهور بودن دلالت بر ضرورت تحقیق در این مساله دارد. در ضمن اینکه در عصر جدید بیع الکترونیک جزء جدا نشدنی زندگی مردم می باشد زیرا که در مصرف هزینه های جاری و مهمتر از آن مصرف وقت صرفه جویی می کند؛ واز آنجا که این نوع معامله در اینترنت شیوع پیدا کرده است لازم است تحقیقی صورت پذیرد تا تطبیق آن بر موازین فقهی و شرعی و حقوقی مورد بررسی قرار گیرد و از آنجا که منابع کمی در این زمینه وجود دارد و همچنین کار مدونی در این مورد بخصوص صورت نگرفته است ضرورت احساس می شود تا تحقیقی صورت پذیرد.

اهداف تحقیق

هدف اصلی:

تبیین و تحلیل و بررسی فقهی و حقوقی نحوه انعقاد بیع الکترونیک می باشد.

اهداف فرعی:

۱- تبیین بیع الکترونیک

۲- تبیین شرایط انعقاد بیع الکترونیک در فقه و حقوق موضوعه

۳- زمان بیع الکترونیک

۴- مکان بیع الکترونیک

۵- بررسی تطبیقی بیع الکترونیک با فقه و حقوق

فرضیه های تحقیق:

نحوه انعقاد بیع الکترونیک تفاوت هایی با ایجاب و قبول در بیع غیر الکترونیک دارد اما می توان همان مبانی بیع غیر الکترونیک را با بیع الکترونیک تطبیق داد.

سوال های تحقیق:

سوال اصلی:

نحوه انعقاد بیع الکترونیک از نظر فقه و حقوق چگونه است؟

سوال فرعی:

دعوت به ایجاب در بیع الکترونیک چگونه است؟

پیشینه تحقیق

تجارت الکترونیک در جهان معاصر از حدود سال ۱۹۵۰ میلادی آغاز شد که مصرف کنندگان توانستند پول خود را از طریق ماشین های خود پرداز دریافت کنند. در سالهای آغازین دهه ۹۰ شرکت های بزرگ دست به ایجاد شبکه های رایانه ای برای مبادله اطلاعات تجاری زدند. این روش مبادله الکترونیکی داده ها نامیده شد. در آن سالها لفظ بیع الکترونیک مترادف با مبادله الکترونیکی داده ها بود. در مباحث بیع الکترونیک یا تجارت الکترونیک پایان نامه های گوناگونی نوشته شده است. اما باید گفت در خصوص موضوع نحوه انعقاد بیع الکترونیک با محوریت فقه و حقوق کتاب یا پایان نامه ای وجود ندارد یا اگر موجود باشد فقط بخشی از پایان نامه خود را به آن اختصاص داده اند.

فصل های تحقیق

فصل اول کلیات و مفاهیم

فصل دوم بررسی فقهی نحوه انعقاد بیع الکترونیک

فصل سوم بررسی حقوقی نحوه انعقاد بیع الکترونیک

روش تحقیق

این تحقیق به صورت تحلیلی، توسعه ای و توصیفی انجام خواهد گرفت و گرد آوری مطالب به صورت کتابخانه ای صورت می پذیرد، چون این تحقیق نیازی به بحث آماری ندارد تا بررسی میدانی صورت پذیرد. در این تحقیق از منابع فقهی و حقوقی استفاده شده است.

فصل اول:

مفاهیم و کلیات بیع الکترونیک

مبحث اول: مفاهیم

در هر پژوهش، مفاهیم جزء حساس ترین و مهم ترین عناصر پژوهش است؛ زیرا پژوهش در قالب همین واژگان اصلی بیان شده؛ عدم وضوح یکی از علل اصلی اختلاف در برداشت می باشد؛ به همین دلیل مفاهیم بکار برده شده در یک پژوهش باید به طور روشن، واضح و دقیق تعریف شود. بابت روشن شدن مطالب فقهی و حقوقی بیع الکترونیکی لازم است مفاهیم و کلیات ذیل بررسی گردد. یکی از دلایل گستردگی مفاهیم این رساله این است که موضوع و عنوان آن از چند مولفه ترکیب یافته است، یعنی از مفاهیم فقهی، حقوقی. این بخش به معرفی مفاهیم فوق می پردازد.

برای روشن سازی مفهوم "بیع الکترونیکی" توجه به مفهوم "بیع" و "الکترونیک" و مراد از آن در پژوهش حاضر ضروری است؛ از این رو، این مفاهیم مورد بررسی دقیق قرار گرفته. معرفی مفاهیم جز ماهیت فلسفی و فقهی و حقوقی رساله محسوب نمی شود.

گفتار اول: بیع و تجارت

از آنجایی که مهمترین و متداول ترین نوع تجارت "بیع" می باشد و مقصود از تجارت الکترونیک در پژوهش حاضر، بیع الکترونیک است، این مفهوم نیز مورد بررسی قرار می گیرد.

الف: معنای لغوی بیع

"بیع" در لغت به معنای خرید و فروش و داد و ستد بوده^۱ و به معنای شراء هم بکار رفته است.^۲

ب: معنای اصطلاحی بیع

در اصطلاح فقهی، "بیع" عبارت از ایجاب و قبول رضایت مندانه ای است که بر نقل ملک در مقابل عوض معلوم و متعین دلالت کند.^۳

تعریف دوم بیع: ایجاب و قبول از دو طرف کامل (بالغ، عاقل، مختار، دارای قصد و اراده) است که با رضایت طرفین عین در قبال عوض متعین و معلوم به طرف دیگر منتقل می شود.^۴ ماده ۳۳۸ قانون مدنی در مقام ارائه تعریف از عقد بیع مقرر داشته است: بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم.

^۱ - [البیع اعطاء المثلث و اخذ الثمن] حسین بن محمد راغب اصفهانی - المفردات فی غریب القرآن - ج ۱ -

ص ۱۵۵

^۲ - [البیع: العرب تقول: بعث شیء بمعنی اشتريته و لا تبع بمعنی لا تشر] خلیل ابن احمد فراهیدی - کتاب العین

- ج ۲ - ص ۲۶۵

^۳ - علی بن حسین موسوی شریف مرتضی - رسائل شریف مرتضی - ج ۲ - ص ۲۶۵

^۴ - شهید اول - دروس ج ۱ ص ۱۹۱

ج: معاطات

شیخ انصاری رحمه الله علیه می فرماید :

"اعلم ان المعاطاه علی ما فسرہ الجماعه : ای يعطی کل من اثین عوضا عما یاخذہ من الآخر"^۱
معاطات بنا به تفسیر جماعتی این است که هر کدام از دو شخص عوضی در مقابل آنچه از دیگری می گیرد عطا کند . سپس می فرماید: " ثم ان المعروف بین علمائنا فی حکمها : انها مفیده لباحه التصرف ، و یحصل الملك بتلف الاحدی العینین."^۲

معروف بین علمای ما این است که معاطات مفید اباحه تصرف است و ملک پس از تلف یکی از دو عین حاصل می شود. اما بعضی از فقها فرمودند :

" ولا یعتبر لفظ فی تحقق البیع و تکفی المعاطاه ، والملك حاصل بها لازم ."^۳
در به وجود آمدن بیع لفظ خاصی معتبر نیست و معاطات هم از اسباب بیع است و مفید ملک است .

د: تجارت

"تجارت" در لغت و فقه و حقوق در معانی مشابه به کار رفته است که به قرار زیر می باشد:

۱: معنای لغوی تجارت

واژه "تجارت" مصدر و به قولی اسم مصدر است که در اصل، دلالت بر حرفه بازرگانی دارد. تجارت در لغت به معنای خرید و فروش و نیز خریدن کالا به انگیزه فروختن آن با بهای بیشتر^۴، همچنین به کار گیری سرمایه به منظور سود بردن، آمده است.^۵

در واقع ، تجارت عبارت است از : بازرگانی، خرید و فروش کالا برای بدست آوردن سود، آنچه که با آن تجارت کنند.^۶

۱ - شیخ انصاری - مکاسب - ج ۳ - ص ۲۳

۲ - همان - ص ۲۴

۳ - باقر ایروانی - دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی - ج ۲ - ص ۱۳

۴ - محمد بن مکرم - ابن منظور - لسان العرب ج ۴ - ص ۸۹

۵ - التجاره : التصرف فی راس المال طلبا للربح - حسین بن محمد - راغب اصفهانی - المفردات فی غریب القران

- ص ۶۲

تجاره رابحه : یریح فیها - اسماعیل بن حماد - جوهری - صحاح اللغه - ج ۱ - ص ۳۶۳

۶ - رضا مهیار - فرهنگ ابجدی - ص ۲۰۸

۲: معنای فقهی تجارت

"تجارت" در اصطلاح فقها به معنای خرید و فروش مطلق، خرید کالا برای فروش به بهای بیشتر، داد و ستد به قصد سود بردن است.^۱ از این عنوان در باب هایی نظیر تجارت، زکات، اجاره، مضاربه و مزارعه بحث شده است.

درواقع، عنوان تجارت در کلمات فقها در هر سه معنا اشاره شده (خرید و فروش، خرید کالا با انگیزه فروش آن با بهای بیشتر، به کار گیری اصل سرمایه به منظور سود بردن) در تعریف لغوی به کار رفته، ولی معنای سوم، یعنی "معاوضه به قصد سود بردن موافق عرف و لغت و کلام مفسران و روایات دانسته شده است. برخی فقها آیه کریمه "الا ان تکون تجاره عن تراض منکم"^۲ را ناظر به معنای عام تجارت، یعنی مطلق کسب و معاوضه - که شامل انواع کسب ها و معاوضه ها نظیر اجاره، صلح و غیره آن می شود - دانسته اند.^۳ چنان که مراد از تجارت در مسئله تعلق زکات به مال التجاره در باب زکات، همین معنای عام است.^۴ با وجود این که برخی فقها قصد کسب و سود بردن را در تحقق تجارت لازم دانسته اند،^۵ ولی در مقابل، برخی دیگر آن را نپذیرفته و گفته اند: مراد فقها از تعریف تجارت در بحث زکات، تعریف و تحدید موضوع حکم شرعی است نه تعریف و تحدید خود تجارت.^۶ در هر حال، تجارت معنای عامی داشته و شامل بیع، اجاره، صلح و غیره میشود. در لغت (تجارت) به معنای داد و ستد ذکر شده است اما این که سود بردن نیز جزء دلالت لفظ آن باشد، قابل اثبات نیست؛ زیرا در بحث اصولی و فلسفی این بحث مطرح است که طبیعت موضوع لسیده از هرگونه قید است، اما سود بردن از ثمره عقلایی این داد و ستد می تواند قرار بگیرد. طبق این معنا تخصیص اکثر لازم خواهد آمد؛ زیرا در اغلب معاملات روزانه مردم سودی، بیشتر معاملات برای نیاز زندگی انجام می گیرد و نه به قصد سود بردن (تجارت) به معنای شغل داد و ستد اگر در نظر گرفته شود، در باب خمس و ادله آن مشکل پیش خواهد آمد؛ برخی افراد در طول مدت سال چند نوبت معدود معامله انجام می دهند و سود قابل ملاحظه ای می کنند، این سود از طریق مال التجاره شامل خمس نخواهد شد، پس قدر متیقن کلمه (تجارت) به معنای مطلق داد و ستد خواهد بود.

۳: تجارت از منظر قرآن و روایت

اسلام به دلایل متعدد اهمیت زیادی برای تجارت قائل شده که مساله معیشت و مسائل مرتبط با آن یکی از بهترین و پایدارترین مسائل بشری است. کسی نیست که به نوعی دغدغه معیشت را ندانسته باشد زیرا در سایه این تلاش سعادت دنیا و آخرت فرد و جامعه تامین می گردد. تجارت علاوه بر تامین مایحتاج زندگی عامل

۱ - محمد حسن نجفی - جواهر الکلام - ج ۲۲ - ص ۴

۲ - سوره نساء - آیه ۲۹

۳ - محمد حسن نجفی - جواهر الکلام - ج ۲۲ - ص ۴

۴ - همان - ص ۵

۵ - شهید اول - مسالک الافهام - ج ۳ - ص ۱۱۷

۶ - محمد حسن نجفی - جواهر الکلام - ج ۲۲ - ص ۶

مهم احساس شخصیت عزت استقلال و اعتماد بنفس است و از این گذشته یک وظیفه اجتماعی و مسئولیت اخلاقی می باشد که بهترین مشوق در این راستا سیره اولیای دین است. مرحوم کلینی^۱ و فیض کاشانی^۲ و محدث قمی^۳ و سایر نویسندگان در کتب اخلاقی و اجتماعی به این مطلب اشاراتی دارند.

۱.۳. قرآن می فرماید:

«یا ایها الذین آمنوا اذا نودی لصلاه من یوم الجمعه فاسعوا الی ذکر الله و ذروا البیع ذلکم خیر لکم ان کتمت تعلمون فاذا قضیت الصلاه فانتشروا فی الارض وابتغوا من فضل الله واذکروا الله کثیرا»^۴

نظام آفرینش و خلقت جهان هستی بر کار و تلاش استوار است و بقای زندگی انسانها و اجتماع به آن وابسته است و خداوند تمام مخلوقات خود را به ابزاری مجهز کرده است که برای کار مناسب و بقای آن لازم می باشد. آموزه های قرآن و حضرات معصومین (علیهم السلام) به کار و تلاش برای گذران زندگی کسب و سود آوری مال (بدون کنز) و ثروت تاکید می کند. و از طرف دیگر حفظ عزت مومن را در سوره منافقون لازم و ضروری کرده است. با توجه به قرآن می بینیم که واژه تجارت هشت بار در قرآن کریم مورد استفاده قرار گرفته است و با سه سیاق ذکر شده است. سیاق اول برای مبادلات مالی به کار رفته است مانند این سه آیه: «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض»^۵... «اذا تدایتم بدین الی اجل مسمی فاکتبه... الا ان تکون تجارَةً حاضرَةً»^۶ «و اذا راوا تجاره او لهوا انفصوا الیها و ترکوک قائما قل ما عند الله خیر من اللہ و من التجاره»^۷ سیاق دوم آن به امور معنوی و غیر مالی بکار رفته است مانند این سه آیه «اولئک الذین اشتروا الضلاله بالهدی فما ربحت تجارتهم»^۸ «ان الذین یتلون کتاب الله و اقامو صلاه و انفقوا مما رزقناهم سرا و علانیه یرجون تجاره لن تبور»^۹ «یا ایها الذین امنو هل ادلکم علی تجاره تنجیکم من عذاب الیم»^{۱۰} سیاق سوم آن این است که کلمه تجارت و بیع در یک عنوان مترادف ذکر شده است مانند این آیه «رجال لا تلهیهم تجاره ولا بیع عن ذکر الله و اقام الصلاه و ایتاء الزکاه»^{۱۱} نتیجه تعدد سیاق این است که کلمه تجارت در قرآن کریم به معنای لغوی آن (مطلق داد و ستد) مورد استفاده قرار گرفته و نه به معنای عرفی و حرفه تجارت. اگر این معنای مورد نظر

۱ - مرحوم کلینی - الفروع من الکافی - ج ۵

۲ - مرحوم فیض کاشانی - المحججه البیضاء فی تهدیب الاحیاء - ج ۳ - ص ۱۴۰

۳ - شیخ عباس قمی - سفینه البحار و مدینه الحکم و الآثار - ج ۲ - ص ۶۷۸

۴ - سوره جمعه - آیه ۱۰

۵ - سوره نساء - آیه ۲۹

۶ - سوره بقره - آیه ۲۸۲

۷ - سوره جمعه - آیه ۱۱

۸ - سوره بقره - آیه ۱۶

۹ - سوره فاطر - آیه ۲۹

۱۰ - سوره الصف - آیه ۱۰

۱۱ - سوره نور - آیه ۳۷

می بود بایستی تنها در مصداق مبادلات مالی به کار گرفته می شد. سود بردن و حرفه بودن قید اضافی است و نیاز به اثبات دارد و نیز مخالف جریان اصل عملی است.

۲.۳. در روایات:

ضمن پرهیز دادن از انجام کارهای ناشایست مومنان شاغل را نیز محبوب خدا معرفی کرده و اجرشان را بالاتر از مجاهدان و رزمندگان شمرده است که امام باقر (علیه السلام) نتیجه آن را در روز قیامت چنین بیان فرموده اند:

«محمد بن یعقوب عن عده من اصحابنا عن احمد بن محمد بن عیسی عن ابن ابی عمر عن عبد الله ابن المغیره عن محمد بن الفضیل عن ابی حمزه عن ابی جعفر (علیه السلام) قال من طلب [الرزق فی] الدنیا استعفاً عن الناس و توسیعاً علی اهلہ و تعطفاً علی جاره لقی الله عز و جل یوم القیامه و وجهه مثل القمر لیلہ البدر.»^۱ هرکس دنیا را به جهت بی نیازی از مردم و آسایش و رفاه خانواده و کمک و رسیدگی به همسایه طلب کند روز قیامت در حالی به ملاقات خداوند نایل می گردد که صورتش همچون ماه شب چهارده نورانی است. در یک جمله اسلام هرگز کار کردن و تلاش برای تامین معاش را جدای از عبادت و پرستش نمی داند.

۴: معنای حقوقی تجارت

(تجارت، معاوضه مالی است؛ اما این معاوضه بایستی به عنوان حرفه و شغل تبدیل شده باشد. دوم انجام دادن امور تجاری به نام و حساب خود شخص ثبت رسمی شده باشد).^۲ پس اگر با تکرار امور تجاری امرار معاش شود در صدق عنوان تجارت کافی نیست. امر تجارت به صورت پنهان انجام گیرد، تجارت صدق نمی کند، کسی که منع قانونی دارد، مانند محجور بودن و... تجارت به فعالیت آن صدق نمی کند. طبق شرط دوم، فعالیت مدیر شرکت های تجاری، بنگاه های تجاری و کارکنان آنان، یا به اسم شخص ثالث فعالیت تجاری صورت گیرد، شامل مصداق تجارت نمی شود.

در نتیجه افراد که فعالیت داد و ستد را بدون تشریفات قانونی و بدون ثبت رسمی انجام می دهند، از منظر فقهی و عرفی تجارت به آن فعالیت صدق می کند. از نگاه فقهی مدیران شرکتهای تجاری تاجر هستند چون داد و ستد جزء شغل آنان محسوب می شود و منفعت محله نیز دارد؛ داد و ستد و محله بودن در معنای فقهی تجارت نهفته هستند. اما اشخاصی که محجور هستند ولو مشغول فعالیت تجاری هستند، از دید فقهی مشمول فعالیت تجاری نمی شوند، چون منع شرعی دارند، ولی از نگاه عرفی تاجر هستند. این بخش از ثمرات لغوی واژه تجارت است. با توجه به مطالب فوق تجارت شامل هدیه (غیر معاوضه ای) اباحه و... نمی شود؛ زیرا این معاملات ایقایی هستند و تجارت بر حسب معنای لغوی و اصطلاحی آن، جزء عقود به معنای تعهد دو طرفه محسوب می شود.

^۱ - مرحوم کلینی - الفروع من الکافی - ج ۵ - ص ۸۸

^۲ - فرشید فرحنا کیان - قانون تجارت - ص ۲۰