



رساله دکتری در رشته الهیات و معارف اسلامی - فقه و مبانی حقوق اسلامی

عنوان:

تعمیم بیع و آثار آن به مصادیق جدید

استاد راهنما:

دکتر امیرحمزه سالارزائی

استاد مشاور:

دکتر نادر مختاری افرکتی

تحقیق و نگارش:

سمیه نوری

(این رساله از حمایت مالی معاونت پژوهشی دانشگاه سیستان و بلوچستان بهره مند شده است)

مهر ۱۳۹۹

تعهدنامه اصالت اثر

اینجانب سمیه نوری تعهد می‌کنم که مطالب مندرج در این رساله حاصل کار پژوهشی اینجانب است و به دستاوردهای پژوهشی دیگران که در این نوشته از آن استفاده شده است مطابق مقررات ارجاع گردیده است. این رساله پیش از این احراز هیچ مدرک هم سطح یا بالاتر ارائه نشده است. کلیه حقوق مادی و معنوی این اثر متعلق به دانشگاه سیستان و بلوچستان می‌باشد.

نام و نام خانوادگی دانشجو: سمیه نوری

امضاء

تقدیم به:

تقدیم به قطب عالم امکان، عالم علوم بیکران، قائم آل محمد (عج الله تعالی فرجه شریف)، باشد که غنای دفتر تهی از معرفت و دانشم، به نام مقدسشان روشن گردد.

سپاسگزاری

سپاس و ستایش خدای را که در بارش بی‌امانِ نعمت‌ها و بخشش بی‌انتهای الطافش، زبان حمد و نعمت سپاس را به آدمیان عطا فرمود.

سپاس خدای را که نور شناختش را به قلب ما تابانید و شکرش را بر وجودمان الهام فرمود. دروازه بی‌پایان دانش به ربوبیتش را بر ما گشود و ما را به وادی پر فیض توحید خالصانه‌اش راهبری نمود و از هلاک در ورطه انکار و شک بازمان داشت.

پس از حمد و ثنای الهی، بر مبنای «من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق» بر خود لازم می‌دانم که از اساتید محترم، جناب آقای دکتر امیرحمزه سالارزائی و جناب آقای دکتر نادر مختاری افرکتی که در تحریر این مجموعه از ارشادات و راهنمایی‌های ارزشمندشان بهره‌مند گردیدم کمال تشکر و قدردانی را داشته باشم.

چکیده

تحقیق و مطالعه از سایتهای مختلف و حتی آگهی‌های منتشر شده در سطح معابر عمومی، از وقوع معاملاتی حکایت دارد که از آنها بیشتر تحت عنوان «پدیده» یاد می‌شود. خرید و فروش چک، سفته، ارز، وام، تسهیلات بانکی، حساب بانکی، تخمک و ژن از این قبیل مصادیق است. مستحده بودن موارد مورد نظر، ضرورت شفافیت‌سازی تعمیم بیع و آثار آن به این قسم از معاملات را اقتضا می‌کند. این پژوهش که به روش توصیفی-تحلیلی صورت پذیرفته، با تحلیل و بررسی جوانب فقهی حقوقی مسأله، چنین ارزیابی می‌کند که معامله شخر با طلبکار در ازاء پرداخت مبلغی پایینتر از مبلغ اسمی چک و یا سفته، علاوه بر اینکه می‌تواند به شکل عقد صلح صورت گیرد، انعقاد آن در قالب عقد بیع، از جهت اینکه مشمول حکم تنزیل و بیع دین می‌گردد، امکانپذیر است. با توجه به معیار تفکیک بیع از معاوضه، معاملاتی که در بازار فارکس انجام می‌گیرد، نمی‌تواند در قالب معاوضه مطرح باشد؛ چرا که اطلاق بیع و یا معاوضه، تابع قصد طرفین بوده و علاوه بر قصد طرفین، مکانیزم این بازار، بیع بودن این معاملات را تأیید می‌کند. تعمیم بیع به خرید و فروش حق امتیاز وام و تسهیلات بانکی و همینطور حساب بانکی به دلیل اینکه در شمار حقوق قابل انتقال به غیر نمی‌باشند، امکانپذیر نبوده و خرید و فروش آنها در مغایرت با قوانین و دستورالعمل‌های بانکی قرار دارد و چه بسا اگر از قابلیت انتقال به غیر برخوردار بودند، معامله بر آنها می‌توانست در بستر قوانین بانکداری و مطابق مقررات صورت گیرد. این در حالی است که قوانین بانکی، این قبیل معاملات را غیرقانونی قلمداد می‌کند. علاوه بر امور یاد شده، انتقال ژن و تخمک به لحاظ مالیتی که دارند، در قالب عقد بیع تحقق‌پذیر می‌باشد، اما بیع تخمک به دلیل آثار مترتب بر آن، محل شک و تردید واقع می‌شود. نیز مستفاد از اثبات تعمیم بیع به غیر اعیان، تبیین مورد معامله در مواد ۲۱۴ و ۳۳۸ قانون مدنی، با ابهاماتی روبرو است، لذا از آنجایی که هر مالی اعم از عین، منفعت و حق می‌تواند مورد خرید و فروش واقع شود، این تحقیق، تعاریف ارائه شده در ضمن مواد مذکور را ناتمام می‌داند.

کلمات کلیدی: بیع، ماده ۲۱۴ قانون مدنی، ماده ۳۳۸ قانون مدنی، خرید و فروش چک و سفته، خرید و فروش ارز، خرید و فروش وام و تسهیلات بانکی، مصادیق جدید.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	فصل اول: کلیات تحقیق.....
۲	۱-۱- مقدمه
۳	۱-۲- بیان مسأله
۴	۱-۳- پیشینه تحقیق
۵	۱-۴- ضرورت و اهداف انجام تحقیق
۵	۱-۵- سوالات تحقیق
۶	۱-۶- فرضیات تحقیق
۶	۱-۷- روش تحقیق
۶	۱-۸- ساختار تحقیق
۷	فصل دوم: مفاهیم و مبانی نظری تحقیق.....
۸	۱-۲- مفهوم‌شناسی
۸	۱-۲-۱- عقد
۹	۱-۲-۲- فارکس
۱۰	۱-۲-۳- قمار
۱۲	۱-۲-۴- مال
۱۵	۱-۲-۴-۱- عناصر مالیت
۱۷	۱-۲-۴-۲- معیار مالیت
۲۰	۱-۲-۵- تقسیم بندی اموال
۲۰	۱-۲-۵-۱- اموال مادی و غیر مادی
۲۲	۱-۲-۵-۲- اموال ذاتی و اعتباری
۲۲	۱-۲-۶- حقّ
۲۳	۱-۲-۶-۱- تقسیم‌بندی حقوق
۲۳	۱-۲-۶-۱-۱- حقّ مالی
۲۴	۱-۲-۶-۱-۲- حقّ غیر مالی
۲۵	۱-۲-۷- بیع
۲۷	۱-۲-۷-۱- مورد معامله در عقد بیع
۲۸	۱-۲-۷-۱-۱- دیدگاه قائلین به اعم بودن مورد معامله
۳۱	۱-۲-۷-۱-۲- دیدگاه قائلین به اختصاص مورد معامله به عین
۳۴	۱-۲-۸- آثار بیع
۳۶	فصل سوم: مصادیق جدید بیع در باب اعیان
۳۷	بخش اول: خرید و فروش چک و سفته
۳۸	۱-۳- پیشگفتار

۳۹ ۳-۱-۲- انطباق معامله شرحر با معیارهای معاملاتی
۳۹ ۳-۱-۲-۱- جریان معامله شرحر با عقد صلح
۴۰ ۳-۱-۲-۲- جریان معامله شرحر با عقد بیع
۴۳ ۳-۱-۳- حکم خریداری سفته و چک به مبلغ کمتر
۴۳ ۳-۱-۳-۱- دیدگاه اول
۴۳ ۳-۱-۳-۲- دیدگاه دوم
۴۳ ۳-۱-۳-۳- دیدگاه سوم
۴۴ ۳-۱-۳-۴- دیدگاه چهارم
۴۴ ۳-۱-۴- محل اشکال در فروش سفته و چک
۴۵ ۳-۱-۴-۱- دیدگاه اول
۴۶ ۳-۱-۴-۲- دیدگاه دوم
۴۷ ۳-۱-۵- موضوع ربا
۴۹ ۳-۱-۶- راهکار ربوی نشدن فروش سفته و چک از دیدگاه فقها
۵۰ ۳-۱-۷- عدم جریان ربای قرضی
۵۱ ۳-۱-۸- عدم جریان ربای معاملی
۵۱ ۳-۱-۹- شیوه‌های رفتاری شرحر در وصول مطالبات
۵۳ ۳-۱-۱۰- جمع بندی
۵۴	بخش دوم: خرید و فروش ارز
۵۵ ۳-۲-۱- پیشگفتار
۵۵ ۳-۲-۲- تفکیک بیع از معاوضه
۵۷ ۳-۲-۳- انطباق معاملات فارکس با عقود بیع و معاوضه
۵۹ ۳-۲-۴- شبهات وارده بر بازار فارکس
۵۹ ۳-۲-۴-۱- شبهه ربوی بودن
۶۰ ۳-۲-۴-۲- شبهه قمار بودن
۶۲ ۳-۲-۵- وجه استدلال به قاعده غرور در بازار فارکس
۶۴ ۳-۲-۶- جمع بندی
۶۶	فصل چهارم: مصادیق جدید بیع در باب حقوق
۶۷	بخش اول: خرید و فروش وام و تسهیلات بانکی
۶۸ ۴-۱-۱- پیشگفتار
۶۹ ۴-۱-۲- وجه تمایز تسهیلات از وام
۷۰ ۴-۱-۳- نقش وام و تسهیلات بانکی بر رشد اقتصادی
۷۳ ۴-۱-۴- حکم معامله بر وام و تسهیلات بانکی از دیدگاه فقها
۷۳ ۴-۱-۴-۱- دیدگاه نخست
۷۳ ۴-۱-۴-۲- دیدگاه دوم
۷۳ ۴-۱-۴-۳- دیدگاه سوم
۷۳ ۴-۱-۵- حکم معامله بر وام و تسهیلات بانکی در قانون ایران
۷۴ ۴-۱-۶- انطباق حق امتیاز وام و تسهیلات بانکی با اقسام حقوق

۷۶ امکان‌سنجی انتقال وام و تسهیلات بانکی
۷۹ آثار معامله بر وام و تسهیلات بانکی
۷۹ آثار اقتصادی
۸۳ آثار اجتماعی
۸۴ جمع‌بندی
۸۶	بخش دوم: خرید و فروش حساب بانکی
۸۷ پیشگفتار
۸۸ امکان‌سنجی تعمیم بیع به خرید و فروش حساب بانکی
۸۹ راهکارهای کشف حساب‌های فروخته شده
۸۹ رصد گردش حساب‌ها
۹۱ رهگیری و گزارش محرمانه تراکنش‌های مشکوک
۹۲ ایجاد محدودیت در تراکنش‌های بانکی
۹۶ ارائه اسناد مثبت و الزام به درج بابت در تراکنش‌ها
۹۸ تحلیل کیفی خرید و فروش حساب بانکی
۹۸ خرید حساب بانکی
۹۹ خرید حساب بانکی به منظور إخفای درآمد مشروع
۱۰۰ خرید حساب بانکی به منظور إخفای درآمد نامشروع
۱۰۱ فروش حساب بانکی
۱۰۱ تحلیل اقدام فروشنده حساب به عنوان معاونت در جرم
۱۰۲ تحلیل اقدام فروشنده حساب به عنوان مشارکت در جرم
۱۰۳ جمع بندی
۱۰۵	بخش سوم: خرید و فروش ژن و تخمک
۱۰۶ پیشگفتار
۱۰۷ کارکرد ژن در بدن
۱۰۷ کارکرد تخمک در بدن
۱۰۷ حق و یا حکم بودن انتفاع انسان از اعضا و اجزا
۱۰۹ کیفیت تسلط انسان بر اعضا و اجزا
۱۰۹ دیدگاه فقها
۱۱۱ تحلیل دیدگاه‌ها
۱۱۳ اثر إعراض از اعضا و اجزای بدن
۱۱۵ امکان‌سنجی معامله بر ژن و تخمک
۱۱۵ تحقیق در جنبه مالیت ژن و تخمک
۱۱۹ حکم تکلیفی باروری با تخمک غیرهمسر
۱۱۹ دیدگاه مشروعیت باروری با تخمک غیرهمسر
۱۲۲ دیدگاه عدم مشروعیت باروری با تخمک غیرهمسر
۱۲۷ جمع بندی
۱۲۹	فصل پنجم: نتایج و پیشنهادات

فصل اول

کلیات تحقیق

تردیدی نیست که پیشرفت جامعه انسانی، همواره با نیازهایی توأم می‌باشد که تأمین برخی از این نیازها در سایه داد و ستد صورت می‌پذیرد. به تعبیری می‌توان چنین گفت که ظهور معاملات با اشکالی متفاوت معلول نیازمندیهای جدید و نوظهور است. خرید و فروش تسهیلات بانکی، خرید و فروش چک، سفته و ارز و خرید و فروش حساب بانکی از جمله مصادیقی است که ریشه در اعصار گذشته نداشته و در سالهای اخیر نمود یافته است. خاستگاه و علت شکل‌گیری هر یک از فعالیت‌های یاد شده، نیازمندی‌هایی است که انسان به تنهایی قادر به مرتفع نمودن آن نبوده و در تلاش است با تحقق معامله با غیر، به مطلوب خویش دست یابد. بدیهی است که داد و ستدهای مورد بحث که با عنوان بیع از آنها یاد می‌شود، می‌طلبند که از حیث انطباق با معیارها و ملاکهای عقد بیع مورد سنجش و بررسی قرار گیرند. عقد بیع متشکل از دو رکن «مبیع» و «ثمن» است. در خصوص اینکه چه چیزی می‌تواند موضوع بیع قرار گیرد، از سوی فقها و قانون‌مدنی تعاریفی مطرح می‌باشد. برخی از فقها بیع را به مبادله مال با مال تعریف کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۱ ه. ق، ۹/۶). مطابق مفاد ماده ۲۱۴ قانون مدنی «مورد معامله باید مال یا عملی باشد که هر یک از متعاملین تعهد تسلیم یا ایفای آن را می‌کند». این در حالی است که قانون مدنی در ماده ۳۳۸ بیع را چنین تعریف کرده است: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». ماده مذکور گویای این مطلب است که در عقد بیع، آنچه در مقابل عوض به تملک دیگری در می‌آید، عین است. به عبارت واضحتر مطابق این ماده، تنها عین است که می‌تواند مورد خرید و فروش واقع شود، مقصود از عین هر چیزی است که محسوس و مادی باشد و بتواند به طور مستقل مورد خرید و فروش واقع شود (طاهری، ۱۴۱۸ ه. ق، ۲۱/۴)؛ نظیر زمین و ماشین. حال با امعان نظر به تعاریف یاد شده از بیع و در نظر گرفتن تأکید قانونگذار بر مورد معامله قرار گرفتن عین، مال و یا عمل، این سؤال مطرح می‌گردد که با توجه به اینکه مورد معامله در مصادیقی چون خرید و فروش تسهیلات بانکی و خرید و فروش ژن و تخمک نمود پیدا می‌کند، آیا بیع مصطلح، مصادیق جدید فوق‌الذکر را شامل می‌گردد، یا اینکه قائل به این نظریه شد که مفهوم بیع در ضمن مواد قانون مدنی می‌بایستی مورد تبیین و بازنگری قرار گیرد تا بتواند به مصادیق جدید تعمیم یابد. بدیهی است که مطالعه و موشکافی موارد یاد شده در دیدگاه فقها و قوانین مربوطه با نگاهی نقادانه، وضوح و تبیین مسائل پیچیده‌ای را به همراه دارد. از همین‌روست که رساله‌ی حاضر بر آن است تا با پرهیز از مباحث تئوریک و جلوگیری از تکرار مباحث، با فصل‌بندی متناسب با مقتضای موضوع، بصورت کاملاً پژوهشی آنگونه که شایسته‌ی تحقیق در رساله‌ی دکتری می‌باشد، مصادیق جدید را از جهت بیع

بودن سنجیده و تعمیم یا عدم تعمیم بیع و آثار آن را به مصادیق یاد شده و امثال آنها مورد بحث و بررسی قرار دهد.

۱-۲- بیان مسأله

خرید و فروش ارز در بازار بین‌المللی فارکس، فعالیتی اینترنتی در فضای مجازی است که در طی آن، به صورت همزمان، ارزی در مقابل ارزی دیگر خرید و فروش می‌شود (پاک مرام و یزدانی، ۱۳۹۰، ۱۳۲). بخلاف دیگر بازارها، این بازار با فعالیت ۲۴ ساعته، با گردش مالی ۱/۵ تریلیون دلار (۳۰ برابر حجم معاملات روزانه بازار سهام و اوراق قرضه و خزانه‌داری آمریکا) در روز همراه است. با توجه به فعالیت فارکس در داخل و خارج از کشور و با مدنظر قراردادن این مطلب که فعالیت فارکس داخلی تحت نظارت بانک مرکزی قرار دارد، فعالیت در فارکس بین‌المللی در تاریخ ۱۳۹۰/۱/۱۶ از طرف سازمان بورس اوراق بهادار، غیرقانونی اعلام گردید. در بیان تشریح علت ممنوعیت یاد شده، شماری از فقهای معاصر شبهاتی تحت عنوان شبهه قمار بودن فارکس و شبهه ربوی بودن آن را مطرح می‌کنند. علاوه بر شبهات یاد شده، با توجه به اینکه فعالیت در این بازار به لحاظ ماهوی نیز محل تردید و بحث است، بی‌شک تبیین این فعالیت از جهت اینکه مشمول کدامیک از عناوین عقد بیع و یا معاوضه قرار می‌گیرد، برطرف کننده سایر ابهامات ناظر بر این بازار خواهد بود. مصداقی دیگر از فعالیت‌های نوظهور به واگذاری چک و سفته که به منزله سند بدهکاری است مربوط می‌شود، این واگذاری زمینه مشاغلی چون پدیده شرخری را فراهم آورده است که از دیدگاه برخی مصداقی از مصالحه است، بدین معنی که طلبکار با مصالحه با شخص ثالث در ازاء مبلغی معین، مبلغ چک و یا سفته را به وی واگذار می‌کند. حال آنکه از اطلاق خرید و فروش چک و سفته، بیشتر عقد بیع متبادر به ذهن است نه عقد صلح. انتقال حق امتیاز تسهیلات بانکی از سوی دارنده آن، مصداق شایع دیگری است که با شناخت ماهوی این پدیده، پاسخ به امکان-سنجی آن به لحاظ بیع بودن روشن می‌گردد. خرید و فروش حساب بانکی در ازاء دریافت مبلغی خاص نیز یک نحوه از معامله است که اخیراً رواج یافته؛ انعقاد هر یک از این معاملات چندان محرز است که طبیعتاً با کمترین تحقیق از سایتهای اینترنتی مختلف و حتی در قالب انتشار آگهی در معابر عمومی قابل دستیابی است. طبق آنچه گذشت، تعمیم و یا عدم تعمیم بیع، که در سایه شناخت مطالعه ماهوی هر یک از موارد یاد شده حاصل می‌شود مسأله‌ای است که نوشتار حاضر در پی آن است. بی‌شک کارآمدی و شفافیت فعالیت‌های مورد بحث، پیامد مثبت این نوشتار خواهد بود.

۳-۱- پیشینه تحقیق

براساس بررسی‌های انجام شده، در ارتباط با مسأله موردنظر این تحقیق، آثاری به رشته تحریر درآمده که از جمله آنها می‌توان به موارد زیر اشاره نمود:

شیخ انصاری در کتاب «المکاسب» جلد ۳، کوشش کرده‌اند که اثبات کنند مستفاد از فهم عرفی، تملیک عین به مال است و همین عین بودن مضمول عنوان بیع قرار می‌گیرد. دکتر کاتوزیان در کتاب حقوق مدنی، عقود معین، جلد ۱، بر این نظرند که بهتر است عقد بیع به تملیک مال یا انتقال ملکیت در مقابل عوض اطلاق گردد خواه آن مال اعم از حق باشد و یا عین. امام خمینی در کتاب البیع، جلد ۱، بیع غیر اعیان را در نزد عرف و عقلا امری متعارف و متداول برشمره‌اند و معتقدند در مواردی که منافع و حقوق مورد خرید و فروش قرار می‌گیرند، هم بیع عرفی و هم بیع لغوی صدق می‌کند.

در زمینه مقاله نویسی، مقاله «مفهوم بیع در فقه اسلامی»، اثر سید کاظم حائری، نشریه فقه اهل بیت علیهم السلام، بهار ۱۳۹۰، دوره ۱۷، شماره ۶۵، از صفحه‌ی ۴۲ تا ۵۵، قابل اشاره است. نویسنده در اثر ذکر شده با تکیه بر مبحث بیع از کتاب مکاسب شیخ انصاری، به تحلیل دیدگاه شیخ پرداخته، در ادامه با ذکر دیدگاه شهید صدر در تمییز میان بیع و مبادله و نیز با اشاره به آراء عبدالرزاق سنهوری، به بررسی مقایسه‌ای تعریف بیع در فقه اسلامی و حقوق وضعی پرداخته است.

مقاله «حق موضوع بیع» نوشته دکتر رضا ولویون، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال ۱۳۸۲، شماره ۹، از صفحه‌ی ۷۳ تا ۸۴، اثر دیگر در این زمینه به شمار می‌رود که نویسنده در ضمن آن به این نتیجه رسیده است که تعریف بیع در قانون مدنی بایستی وسعت یابد، چراکه در حقوق کشورهایی مانند فرانسه، طلب نیز می‌تواند مورد خرید و فروش واقع شود.

«تبیین ماهیت فقهی و حقوقی امتیاز وام و تسهیلات بانکی» نوشته محسن مقدم و دکتر محمدرضا غلامپور، مجله فقه و تاریخ تمدن، سال چهاردهم، شماره ۵۵، سال ۱۳۹۷، از صفحه‌ی ۱۲۴ تا ۱۵۳، مقاله‌ای دیگر در این زمینه است که نویسندگان با تحقیق از موضوع مذکور، به مالیت داشتن امتیاز وام و تسهیلات بانکی و امکان خرید و فروش آن نظر داده‌اند.

با در نظر گرفتن مباحث مطروحه، پژوهش حاضر از جوانب بدیعی برخوردار می‌باشد؛ زیرا علاوه بر تحلیل و بررسی مفهوم بیع از نظر فقها و حقوقدانان درصدد است تا با دستیابی به مفهومی جامع از بیع، بسته به تنوع روابط مالی و گسترش آن، مصادیقی جدید از خرید و فروش را که امروزه به طور قابل توجهی رو به

رشد است بصورت مسأله‌محور با عقد بیع سنجیده و تعمیم یا عدم تعمیم بیع و آثار آن را به این مصادیق مورد بحث و بررسی قرار دهد. از آنجایی که تاکنون پژوهشی یافت نشده که بتواند مصادیق جدید از خرید و فروش را با نگاهی به مفهوم بیع، مورد نقد و بررسی قرار داده و تعمیم و یا عدم تعمیم بیع و آثار آن را بر این قسم از معاملات ارزیابی کند. لذا این خلأ پژوهشی آشکار، به رساله حاضر مجال بررسی و تحلیل می‌دهد.

۴-۱- ضرورت و اهداف انجام تحقیق

با در نظر گرفتن این مطلب که عقد بیع متشکل از ارکان مورد معامله، بایع و مشتری است، امروزه به تبع پیدایش نیازهای نوپدید جامعه، هر یک از اموری چون حق امتیاز تسهیلات بانکی، مبلغ چک وسفته، ارز و حساب بانکی می‌تواند موضوع معاملاتی باشد که اشخاصی تحت عناوین خریدار و فروشنده به انجام آن مبادرت می‌ورزند. اینکه آیا موارد یاد شده و نظائر آن قابلیت بیع را داراست یا خیر، پرسشی است که پاسخ‌دهی به آن، هدف از این رساله می‌باشد. شکل‌گیری و اطلاع‌رسانی در خصوص فعالیت‌های یاد شده، بویژه در بستر فضای مجازی به حدی است که در نگاه نخست، قانونی و حتی شرعی بودن این معاملات را به تصویر می‌کشد، حال آنکه هر پدیده نوظهوری پیش از اینکه مورد ابتلا آحاد جامعه قرار گیرد ضروری است که با معیارها و ملاکهای قانونی و شرعی سنجیده شود. از همین رو تحقیق و موشکافی از معاملات فوق‌الذکر و موارد مشابه، به لحاظ تعمیم و یا عدم بیع بر آنها که به شفافیت‌سازی اینگونه فعالیت‌های نوظهور منجر می‌شود، ضرورت این تحقیق را می‌رساند.

۵-۱- سوالات تحقیق

سؤال اصلی

تعمیم بیع و آثار آن به مصادیق جدید در چه صورتی امکانپذیر است؟

سؤالات فرعی

۱- انتقال چک و سفته از سوی طلبکار به شرخر، مشمول کدامیک از عناوین بیع و یا مصالحه واقع می‌-

شود؟

۲- فعالیت در بازار بین‌المللی فارکس مصداقی از بیع است و یا معاوضه؟

۳- تعمیم بیع و آثار آن به خرید و فروش اموری چون وام و تسهیلات بانکی، حساب بانکی، ژن و تخمک

بر چه نحوی است؟

۱-۶- فرضیات تحقیق

- ۱- تعمیم بیع و آثار آن به مصادیق جدید در صورت تعدیل مفهوم بیع امکانپذیر است.
- ۲- انتقال چک و سفته از سوی طلبکار به شرخر، می‌تواند تحت هر یک از عناوین بیع و یا مصالحه صورت پذیرد.
- ۳- بازار بین‌المللی فارکس، مشمول عنوان بیع و آثار آن می‌گردد.
- ۴- بخلاف عدم تعمیم بیع و آثار آن به خرید و فروش وام و تسهیلات بانکی و حساب بانکی، بیع و آثار آن به خرید و فروش ژن و تخمک تعمیم داده می‌شود.

۱-۷- روش تحقیق

این تحقیق به روش توصیفی - تحلیلی، با مراجعه به مواد قانونی، منابع کتابخانه‌ای و استفاده از نرم‌افزارهای مرتبط با موضوع، نخست، داده‌های موردنیاز را جمع‌آوری و فیش‌برداری نموده، سپس به دسته‌بندی، تنظیم، تبیین و تحلیل آنها می‌پردازد و در نهایت نتیجه‌گیری لازم را به عمل خواهد آورد.

۱-۸- ساختار تحقیق

ضمن بیان کلیات در فصل اول، فصل دوم به مفاهیم و مبانی نظری تحقیق اختصاص داشته، فصل سوم، تحت عنوان مصادیق جدید بیع در باب اعیان، به دو بخش خرید و فروش چک و سفته و خرید و فروش ارز تقسیم بندی می‌گردد. در فصل چهارم به مصادیقی جدید از معاملات در باب حقوق، در طی سه بخش، تحت عنوان خرید و فروش وام و تسهیلات بانکی، خرید و فروش حساب بانکی و خرید و فروش ژن و تخمک پرداخته می‌شود و در نهایت نتیجه‌گیری لازم صورت می‌پذیرد.

فصل دوم

مفاهیم و مبانی نظری تحقیق

۲-۱- مفهوم‌شناسی

۲-۱-۱- عقد

عقد در لغت به معنای گره زدن و بستن (قرشی، ۱۴۱۲ ه.ق، ۲۴/۵) و نقیض واژه حَلَّ به معنای گشودن است (ابن منظور، ۱۴۱۴ ه.ق، ۲۹۶/۳؛ نووی، ۱۹۹۶ م، ۲۱۰/۳). علاوه بر اندیشمندان اهل لغت، فقهایمانند صاحب جواهر، در خصوص معنی لغوی عقد، آن را دارای معنایی برخلاف گشودن می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق، ۳/۲۲). جمع عقد، عقود است، «العقود» که جمع محلی به الف و لام می‌باشد، در جمیع عقود ظهور دارد، اعم از عقد بیع، عقد نکاح، پیمانها و تکالیف الهی (قرشی، همان، ۲۵/۵).

به نقل از زرکشی و جرجانی، عقد، ربط اجزاء تصرف به وسیله ایجاب و قبول است (عبدالرحمان، بی‌تا، ۵۱۹/۲).

با دقت نظر در کتب لغت، تردیدی باقی نمی‌ماند که لغویون، عقد را به معنای عهد موثق، محکم و مشدد می‌دانند. در مقام تشبیه قابل تصور است که حقیقت عقد، ایجاد همان گرهی است که در ریسمان و امثال آن حاصل می‌شود و در زبان فارسی از آن به «گره بستن و گره زدن» تعبیر آورده می‌شود. استعمال این واژه در داد و ستدهای اعتباری، معلول وجود رابطه میان دو قرار، دو پیمان و دو سوگند است. بنابراین، تحقق رابطه مابین یک پیمان با پیمانی دیگر و یک قرار با قرار دیگر، مصداق عقد و مشمول ادله آن خواهد بود (جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ۲۱۱/۱۱).

در اصطلاح، عقد عبارت است از التزام و تعهدی که مورد توافق نهایی واقع شود و حقوقی عینی یا احکامی وضعی بر آن مترتب گردد (جمعی از مؤلفان، بی‌تا، ۷۰/۱۰؛ ابن منظور، همان، ۲۹۶/۳). وجه تمایز عقد و عهد آن است که عقد، مبتنی بر معنی استحکام و وثاقت بوده و جز بوسیله دو طرف عقد انعقاد نمی‌یابد، حال آنکه عهد، می‌تواند قائم به طرفین نبوده و تعهدی یک طرفه باشد (مشکینی، بی‌تا، ۳۷۶). بر این اساس، صرف تعهد به انجام کاری که تملیک و تملک یا ضمان، یعنی حقی عینی از آن ناشی نمی‌شود، «عقد» یا «قرارداد» به شمار نمی‌آید، مانند جایی که دو فرد با یکدیگر توافق کنند که یکی هر روز به دیدن دیگری برود؛ چنین توافقی اگر چه یک نوع تعهد محسوب می‌شود، اما تحت عنوان عقد از آن نمی‌توان یاد کرد (جمعی از مؤلفان، همان، ۷۰/۱۰).

فقها، معتقدند که عقد صرفاً با لفظ تحقق می‌یابد؛ به استثنای عقد اُخرس؛ چرا که اشاره‌ی شخص اُخرس به جای لفظ، به علت عدم توانایی بر تکلم، پذیرفته می‌شود (نجفی، همان، ۲۵۱/۲۲). به تعبیر دیگر؛ فقها قرارداد

بدون وساطت لفظ، یعنی ایجاب و قبول لفظی را مصداق تراضی می‌دانند نه عقد، و اگر چنین تراضی با فعل انجام بگیرد، آن را معامله معاطاتی محسوب می‌کنند (طاهری، ۱۴۱۸ ه ق، ۳۴/۴).

معنایی از عقد که در قانون مدنی و حقوق فعلی مطرح است، غیر از عقد به معنای فوق‌الذکر می‌باشد؛ زیرا عقد در قانون مدنی، مساوی با مطلق قرارداد دانسته شده، اعم از اینکه قرارداد با لفظ حاصل شده باشد یا با غیرلفظ. قانون مدنی در ماده ۱۸۳ از عقد چنین تعبیر می‌کند: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». روشن است که در این تعریف، قانونگذار علاوه بر اینکه در ایجاد تعهد، هیچگونه نقشی را برای لفظ در نظر نگرفته، بلکه تعهد و قرارداد حاصل شده از هر طریق را عقد محسوب می‌کند، لذا از این جهت با عقد مصطلح در نزد فقها متمایز می‌گردد (همان، ۳۵/۴).

۲-۱-۲- فارکس

فارکس واژه‌ای لاتین برگرفته از دو کلمه «Foreign Exchange»، در لغت به معنای تبادل ارز خارجی است. از بازار فارکس با عناوینی دیگر نظیر: «Retail Forex»، «Spot fx»، «Spot»، «FX» نیز یاد می‌شود. معامله در این بازار بر مبنای خرید یک ارز و فروش ارزی دیگر در برابر آن، به طور همزمان است که مقادیری از این خرید و فروش به روابط بین‌المللی بر می‌گردد، از قبیل خرید و فروش کالا، خدمات دولت‌ها یا شرکت‌ها، هزینه سفر جهانگردان و مواردی نظیر آنها (یوسفی مقدم، ۱۳۹۲، ۲۵).

از آنجایی که این بازار به نحو غیرمتمرکز بوده و فاقد سازمان مرکزی برای تنظیم سفارشات است، تعیین حجم معاملات تجاری آن، امکانپذیر نیست و از همین رو بر فارکس، «بازار خارج از بورس» نیز اطلاق می‌شود (پاک مرام و یزدانی، ۱۳۹۰، ۱۳۲). شرکت در بازار فارکس صرفاً به منظور سفته‌بازی نیست و هریک از سرمایه‌گذاران و فعالان، با ایفای نقش خود، فراهم‌کننده تمامیت این بازار هستند. سرمایه‌گذاران در این بازار می‌توانند با بهره‌گیری از وام‌های از پیش تعیین‌شده، تا صد برابر موجودی خود، جهت سرمایه‌گذاری و معامله‌گری در این بازار اعتبار بگیرند، لذا می‌توانند با سرمایه‌ای اندک به انجام معاملات بزرگ اقدام نمایند.^۱

۱- ر. ک: آموزش تجارت در بازار جهانی ارز و بورس، تاریخ مشاهده: ۱۳۹۷/۲۰۹، قابل بازیابی در پیوند: <http://world-trade.blogfa.com/>

در بازار فارکس، تحلیل نوسانات قیمتی جفت‌ارزها، یعنی دو ارز متفاوت که در برابر یکدیگر معامله می‌شوند همانند دیگر بازارهای مالی، از طریق تحلیل‌های تکنیکال و بنیادی انجام می‌شود. برای تحلیل بنیادی هر یک از جفت ارزها، بایستی وضعیت اقتصادی و سیاسی هر دو ارز بررسی شود. به‌طور کلی، عوامل مؤثر بر قیمت و نوسان ارز عبارتند از تورم، نرخ بیکاری، سیاست‌های اقتصادی دولت و تراز تجاری آنها، سیاست‌های مالی و پولی بانک‌های مرکزی و حتی ریسک‌گریزی و ریسک‌پذیری معامله‌گران. در حقیقت نوسان و تغییر نرخ قیمت در بازار فارکس تحت تأثیر جدی عرضه و تقاضا قرار می‌گیرد و عوامل مذکور نظیر تورم، نرخ بیکاری و... صرفاً مؤلفه‌هایی هستند که بر تمایلات عرضه و تقاضاکنندگان تأثیرگذار می‌باشند. به عبارتی تمامی این مؤلفه‌ها، زمینه‌ساز تأثیر بر ارزش پول ملی کشورها می‌باشند (دلیلی و اسراری، ۱۳۸۳، ۲۵).

۲-۱-۳- قمار

در کتاب تاج العروس، واژه‌ی قمار با کسر قاف لحاظ شده (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ ه. ق، ۴۱۴/۷) و از آنجایی که مؤلف این کتاب، مکسور بودن قاف در واژه‌ی قمار را به گفته‌ی شماری از لغت‌دانان نسبت می‌دهند، محرز می‌گردد که خود ایشان قائل به این نظر نمی‌باشد.

صاحب کتاب مصباح المنیر، قمار به فتح قاف را مصدر باب مفاعله و به معنای غلبه و پیروزی، بدون اشتراط برد و باخت می‌داند (فیومی، بی‌تا، ۷۰۸۵/۲). در برخی دیگر از کتب لغت، به عدم این اشتراط تصریح شده است (طریحی، ۱۴۱۶ ه. ق، ۴۶۳/۳).

برخی دیگر از لغویون، همچون صاحب مصباح المنیر، عنوان قمار را از باب مفاعله می‌دانند، اما آن را منوط بر برد و باخت کرده‌اند (فیروزآبادی، بی‌تا، ۱۲۵۸/۲۲؛ لوپس، ۱۴۲۵ ه. ق، ۶۵۳).

در اصطلاح، محقق اردبیلی برای قمار مفهوم وسیعی را لحاظ کرده و آن را بدون برد و باخت قابل تحقق می‌داند، ایشان می‌گوید:

«القمار هو اللعب بالات المعده له کالنرد و الشطرنج؛ قمار عبارت است از بازی با وسایل ویژه قمار، مانند نرد و شطرنج» (محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ ه. ق، ۴/۸).

ظاهر عبارت شهیدثانی در مسالک‌الافهام نیز حاکی از آن است که برد و باخت در صدق قمار شرط نمی‌باشد. در این کتاب عبارتی مشابه با آنچه که از محقق اردبیلی نقل گردید آمده است:

«القمار و هو اللعب بالات المعده له کالنرد و الشطرنج؛ قمار عبارت است از بازی با وسایل ویژه برای قمار، مانند نرد و شطرنج» (عاملی (شهیدثانی)، ۱۴۱۳ ق، ۱۲۲/۳).

در مقابل قول فقهای قائل به عدم اشتراط برد و باخت، برخی دیگر از فقها در صدق مفهوم قمار، علاوه بر بازی با آلات ویژه قمار، وجود برد و باخت را شرط دانسته‌اند، از جمله صاحب جواهر که می‌گوید:

«بل قیل: ان اصل القمار الرهن علی اللعب بشی من آلاته کما هو ظاهر القاموس والنهایه او صریحهما و صریح مجمع البحرین؛ اصل قمار عبارت است از گرو نهادن بر بازی با وسایل قمار، همانگونه که ظاهر قاموس- اللغه و نهاییه، بلکه صریح این دو و صریح مجمع‌البحرین در این معنا است» (نجفی، ۱۴۰۴ ه ق، ۱۰۹/۲۲).

هر چند صاحب جواهر این مطلب را با کلمه (قیل) بیان کرده، اما نظر قطعی وی همین است؛ زیرا پس از بیان این نظر، باور آنان که در قمار برد و باخت را شرط نمی‌دانند را نپذیرفته و بازی بدون برد و باخت را به دلیل اصل و سیره قطعی و انصراف ادله حرمت به بازی از روی برد و باخت، حرام به شمار نمی‌آورد، از سوی دیگر هدف وی از ذکر کلمه (قیل)، رد این نظر است که پول بایستی از سوی بازی کننده پرداخت شود.

شیخ انصاری نیز در صدق مفهوم قمار گرو را شرط دانسته و می‌گوید:

«هو بکسر القاف کما عن بعض اهل اللغه الرهن علی اللعب بشی من الآلات المعروفه؛ قمار به کسر قاف عبارت است از گروگذاری در بازی با وسایل معروف قمار، همانگونه که برخی از اهل لغت گفته‌اند» (انصاری، ۱۴۱۱ ه ق، ۳۱۹/۲).

محقق نراقی از جمله فقهایی است که در صدق مفهوم قمار، برد و باخت را شرط می‌داند؛ اما نسبت به این که گرو باید تنها از سوی طرفین بازی باشد تردید دارد. ایشان چنین می‌نویسد:

«ثم الظاهر ان القمار یکون فی کل لعب جعل للغالب اجراء مطلقا او اذا کان بما اعد لذلك عند اللاعبین؛ ظاهراً قمار بر بازی صادق است که برای برنده اجری باشد مطلقاً، چه اجر از سوی بازیگران و برای آنها باشد یا نه، و یا زمانی که مزد از بازیگران و برای آنها باشد» (نراقی، ۱۴۱۵ ه ق، ۱۰۴/۱۴).

محقق کرکی در بیان مفهوم اصطلاحی قمار بر این عقیده است که اصل قمار عبارت است از گرو نهادن بر بازی با وسایل مختص به قمار و چه بسا بر بازی با آن وسایل، هرچند برد و باخت مطرح نباشد قمار اطلاق گردد (عاملی کرکی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴ ه ق، ۲۴/۴).

هر چند محقق کرکی در پایان عبارت اشاره می‌کند که گاهی قمار بر هر گونه بازی با آلات آن اطلاق می‌گردد، ولی آنچه از ظاهر عبارت ایشان استفاده می‌شود آن است که برد و باخت در مفهوم قمار، شرط است.

برخی از نویسندگان معاصر، در مقام داوری از دو دیدگاه مذکور، دیدگاه دوم را به واقع نزدیکتر دانسته و چنین استدلال کرده‌اند که اولاً، اغلب لغویون، در صدق مفهوم قمار، برد و باخت را شرط کرده‌اند و ادعای