

هماهنگ سازی حقوق قراردادها و بازرگانی در جهان اسلام

دکتر ابراهیم شعاریان

دانشیار گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز
(e_shoarian@tabrizu.ac.ir)

چکیده

حدود یک و نیم میلیارد نفر از جمعیت جهان را مسلمانان تشکیل می‌دهند. نگاهی به منطقه جغرافیایی محل استقرار آنان نشان می‌دهد که اکثریت قریب به اتفاق آنان چه در آسیا و خاورمیانه و چه افریقا بسیار به هم نزدیکند، اما چنین قرابت مذهبی و جغرافیایی چه فایده و اثری از لحاظ حقوقی داشته است؟

می‌دانیم که نزدیکی جغرافیایی، فرهنگی و اجتماعی و اقتصادی در هماهنگ‌سازی حقوق کشورها نقش عمده ای ایفا می‌کند، نمونه بارز آن در تدوین اصول واحد حقوقی در شعب مختلف این رشته در نظامهای مختلف حقوقی است. تنظیم اصول واحد راجع به قراردادها در اروپا نمونه‌ای از این اقدام است. تصویب قانون یکنواخت بازرگانی در ایالات متحده امریکا و تنظیم اصول یکنواخت و هماهنگ راجع به قراردادها در میان کشورهای افریقایی نیز نشانه چنین نگرشی است. هماهنگ‌سازی حقوق قراردادها در مناطق مختلف جهان، مزایای بسیاری از جمله توسعه اقتصادی، بازرگانی، فرهنگی و اجتماعی را بدنبال دارد، با این حال اکثر هماهنگ‌سازیه‌ها در این خصوص، بدون توجه به نقش مذهب در آن جوامع صورت گرفته است.

با این حال اقدام مشابهی در میان کشورهای مسلمان و جهان اسلام ملاحظه و حتی مطرح نیز نشده است. بسیاری از قواعد حاکم بر قراردادها در کشورهای اسلامی دارای حکمی مشابه است. منع اکل مال به باطل، حرمت رباخواری، الزام آور بودن قراردادها، لزوم وفای به شرط و بطلان معامله غرری و بسیاری دیگر از قواعد حقوقی از جمله این مشترکات است. اگر بتوان در جغرافیای جهان اسلام چنین ایده‌ای را مطرح نمود، بی تردید مورد استقبال قرار خواهد گرفت و در غیر این صورت بایستی نظاره‌گر وحدت حقوقی در سایر نظامهای حقوقی بود. اگر چه از طرح اولیه بحث تا حصول نتیجه، فاصله‌ای دراز پیش روست، اما مزیت نسبی چنین اقدامی در جهان اسلام غیر قابل انکار است و هماهنگ‌سازی حقوق به ویژه در حوزه قراردادها سبب تسهیل تجارت و بازرگانی از یک سو و توسعه سیستم حقوقی اسلام از سوی دیگر خواهد بود.

واژگان کلیدی

جهان اسلام، هماهنگ سازی، حقوق، قراردادها، نظام حقوقی اسلام

مقاله حاضر از سویی با قواعد حقوقی - مذهبی و از سوی دیگر با جغرافیای معینی (جهان اسلام) در ارتباط است. در نگاه اول، ممکن است تصور شود که مذهب و جغرافیا، نکته مشترک چندانی ندارند، در اکثر مطالعات دینی و مذهبی، نقش جغرافیا مورد توجه قرار نمی‌گیرد و بر عکس در اکثر مطالعات جغرافیایی نیز نقش مذهب مورد نظر نیست، اما همانگونه که برخی^۱ بیان داشته‌اند، در مواردی توسعه مذهب به دلیل گسترش و آثار جمعیتی ساکن در منطقه خاصی بوده و از یک عامل جغرافیایی ریشه گرفته است.

ارتباط میان حقوق و مذهب از یک سو و جغرافیای اسلام از سوی دیگر به نحوی که در ادامه بحث خواهیم دید، روشن و مبرهن است، اما در این مقاله آنچه به عنوان یک موضوع خاص مورد ارزیابی قرار می‌گیرد، هماهنگ‌سازی قواعد حقوق بازرگانی و معاملات در اسلام و میان کشورهای اسلامی است.

امروزه با توجه به گسترش روزافزون روابط اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی در عرصه بین‌المللی و همچنین گسترش تجارت بین‌الملل، یکسان‌سازی و هماهنگ‌سازی حقوق، به عنوان یکی از موضوعات مهم و اساسی مد نظر قرار گرفته است.

با در نظر گرفتن اینکه عوامل متعددی در ایجاد حقوق یا قواعد حقوقی موثر است، لذا، هماهنگ‌سازی یا یکسان‌سازی همیشه با مانع جدی روبروست. موانع عمده چنین اقدامی، عبارتند از فرهنگ، اقتصاد، موقعیت جغرافیایی، زبان و مذهب.

با در نظر گرفتن عوامل یاد شده، هریک از کشورها، حقوق داخلی و مستقل خود را دارا می‌باشند و یکسان‌سازی کامل در زمینه حقوق متصور نیست.

اما برخی از حقوقدانان معتقدند که یکسان‌سازی حقوق به ویژه در حوزه قراردادهای و معاملات ضروری و حتی اجتناب ناپذیر است، زیرا بیشترین روابط بین‌المللی ناشی از توسعه قراردادهای بین‌المللی است و در قراردادهای بین‌المللی نیز بیش از یک قانون نمی‌تواند بر قرارداد حاکم باشد و لذا اختلاف قوانین و مقررات کشورها در زمینه قراردادهای و اصول مربوط به آن سبب می‌شود که طرفین قرارداد در انعقاد قرارداد دچار مشکل و اختلاف سلیقه شوند و امر توسعه در تجارت بین‌المللی با مانع مواجه شود.

به منظور تسهیل روند تجارت در سطح جهانی یا منطقه‌ای، در مناطق مختلف جغرافیایی جهان شاهد یکسان‌سازی حقوق و قواعد راجع به قراردادهای هستیم که نمونه‌های آن را به اجمال مورد بررسی قرار خواهیم داد. از جمله در منطقه اروپا میان کشورهای اروپایی یا در ایالات متحده آمریکا و حتی در آفریقا چنین اقداماتی صورت گرفته است.

با آنکه در کشورهای اسلامی که تا حدود زیادی از نظر جغرافیایی به هم نزدیک بوده و مسلمانان بیشماری در منطقه جغرافیایی آسیا، خاورمیانه و آفریقا زندگی می‌کنند، و همچنین با در نظر گرفتن اینکه، نقش اسلام در ایجاد حقوق کشورهای اسلامی بسیار مهم و غیرقابل انکار است، لذا به نظر می‌رسد که ضروری است تا در جهان اسلام نیز اصول و

۱- Chris park, Religion and Geography, chapter ۱۷ in Hinnells, J. (ed), Routledge Companion to the Study of Religion, London, ۲۰۰۴, p.۱.

قواعد یکنواختی راجع به قراردادهای تنظیم و تدوین شود تا حداقل در روابط تجاری میان کشورهای اسلامی و مسلمانان، طرفین بتوانند در صورت تمایل اصول و قواعد یکنواختی را بر قرارداد خود حاکم سازند.

لازم به توضیح است که امروزه علاوه بر حقوق داخلی، قواعد فراملی نیز می‌توانند به عنوان قواعد قابل اعمال برای حل اختلاف قراردادهای بین‌المللی مورد توافق طرفین قرار گیرند و در قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران نیز چنین امری پیش‌بینی شده است و برخی از حقوقدانان نیز چنین شیوه‌ای را مورد تأیید قرار داده‌اند.^۱

از نظر مقررات بین‌المللی راه برای انتخاب شریعت اسلام به عنوان قانون فراملی باز است و در ماده ۳ مقررات قابل اعمال بر تعهدات قراردادی در اروپا که توسط اتحادیه اروپا تنظیم گردیده است، امکان رجوع به قواعد غیر دولتی وجود دارد و طرفین می‌توانند شریعت اسلام یا قانون ماهوی یک کشور اسلامی را انتخاب نمایند.^۲

اگر امروزه میان دو نظام حقوقی متفاوت یعنی کامن لا و رومی-ژرمنی تعاملاتی به ویژه در خصوص یکسان‌سازی حقوق قراردادهای مشاهده می‌شود^۳، به طریق اولی می‌توان چنین هماهنگ‌سازی را در میان کشورهای اسلامی مورد توجه و مطالعه قرار داد.

باید افزود که اساساً بحث یکسان‌سازی حقوق بازرگانی و قراردادهای در جهان اسلام یک مزیت نسبی در مقایسه با سایر ادیان تلقی می‌شود، چرا که بر خلاف اسلام، در مسیحیت، احکام مختلف حقوقی و فقهی در زمینه مسائل گوناگون، آنگونه که فقه‌های اسلام به آن پرداخته‌اند، وجود ندارد و به عنوان مثال حقوق بازرگانی و اموال از جمله مباحث تفصیلی اسلام است، اما در مذاهب دیگر چنین نظام منسجمی ملاحظه نمی‌شود.^۴

در این مقاله سعی شده است تا اصل موضوع و اهمیت یکسان‌سازی و هماهنگ‌سازی حقوق بازرگانی قراردادهای در جهان اسلام و از نقطه نظر حقوق بازرگانی بین‌المللی و نیز مزایای آن مورد توجه قرار گیرد. باید توجه داشت که منظور از حقوق بازرگانی در این مقاله، به معنای اصطلاحی حقوق تجارت که شامل مباحث شرکتها و اسناد تجاری است، نمی‌باشد. اصولاً حقوق بازرگانی دو مفهوم متفاوت دارد. در کامن لا، این اصطلاح فقط برای قراردادهای بازرگانی به کار می‌رود در حالی که در سیستم حقوق نوشته مانند حقوق فرانسه، این اصطلاح برای شرکتها و مشارکتها و اعمال تجاری نیز توسعه یافته است^۵ و مفهوم حقوق بازرگانی در این مقاله، قراردادهای بازرگانی و معاملات میان اشخاص می‌باشد.

۲- قلمرو هماهنگ‌سازی حقوق قراردادهای و بازرگانی

مباحث قراردادهای و معاملات، امروز در دو بخش مجزا مورد مطالعه قرار می‌گیرد. در بخش اول کلیات یا قواعد عمومی مورد نظر بوده و در بخش دوم هر یک از عقود معین مانند بیع و اجاره و نظایر آن مورد تجزیه و تحلیل واقع می‌شود.

۱- جهت مطالعه بیشتر و بررسی آرای حقوقدانان رک: ابراهیم شعاریان و ابراهیم ترابی، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران، چاپ اول، تبریز، نشر فروزش، ص ۵۶ به بعد.

۲- Klaus Peter Follak, Analysis: Shari'ah Clauses in Financial Contracts, Thomson Reuters, January ۱۵, ۲۰۱۰, p. ۱-۶.

۳- برخی از مفاهیم کامن لا (مانند قاعده تقلیل خسارت) وارد قلمرو نظام حقوق رومی ژرمنی شده است و برخی از مفاهیم نظام رومی ژرمنی (مانند اصل حسن نیت) نیز وارد قلمرو نظام کامن لا گردیده است.

۴- Nicholas HD Foster, Islamic Commercial Law: An Overview, InDret, ۴/۲۰۰۶, p. ۳.

۵- Ibid., p. ۴.

بدون تردید باید از بخش اول شروع به هماهنگ‌سازی نمود. زیرا بدون ایجاد مقررات یکنواخت در کلیات و قواعد عمومی، نمی‌توان به حیطه عقود معین وارد شد. در نمونه‌های یکسان‌سازی حقوق قراردادهای در سایر نقاط جهان به نحوی که متعاقباً ملاحظه خواهیم کرد، تلاشهای یکسان‌سازی از قواعد عمومی قراردادهای آغاز شده است.^۱

در ارتباط با قواعد عمومی قراردادهای موضوعاتی مانند اصل آزادی قراردادهای و مقررات کلی، انعقاد قرارداد، اعتبار قرارداد، تفسیر قرارداد، شروط قراردادی، فسخ قرارداد، اجرای قرارداد، آثار قرارداد و ضمانت اجرای ناشی از نقض آن و اختتام قرارداد می‌تواند مورد توجه و بررسی قرار گرفته و سپس اصول همانگ و یکسانی استخراج گردد.

در زمینه عقود معین نیز موارد مهم مانند بیع، اجاره، رهن، معاوضه، قرارداد حمل و نقل، قراردادهای بانکی و مالی، مضاربه و مرابحه و عقد ضمان می‌تواند موضوع هماهنگ‌سازی قرار گیرد.

۳- تاثیر متقابل تجارت و اسلام بر یکدیگر

یکی از عوامل مهم گسترش سریع اسلام مجموعه کاروانیان تجاری بوده‌اند که از مسیرهای خاومیان تا آسیای مرکزی و تا شمال آسیا به چین و حتی صحرای بزرگ آفریقا تا سودان عزیمت می‌کردند و بسیاری از این تجار مبلغان موثری برای اسلام بودند. این گسترش از مناطق عربی آغاز شد و گسترش آن در مکان‌های مانند مالزی و اندونزی و آفریقای جنوبی ادامه یافت و به هر جا که می‌رسید، بر خلاف دیگر مذاهب (مانند هندو) مخاطبان خود را جذب می‌کرد.^۲

در طول سالهای اخیر اسلام گسترش خود را مجدداً در اروپا آغاز کرده است و البته نه با تهاجم نظامی، بلکه بوسیله مهاجرت مسلمانان محروم از شمال آفریقا، خاورمیانه و جنوب آسیا.^۳

در مورد تعداد مسلمانان مقیم اروپا آمار دقیقی در دست نیست، اما بیش از ۵۰ میلیون نفر را شامل می‌شود که البته طی ۱۰۰ سال اخیر رشد قابل توجهی داشته است و اکثر آنها در سه کشور فرانسه، آلمان و بریتانیا ساکن هستند. مسلمانان دومین گروه جمعیتی را در کشورهای تازه استقلال یافته شوروی سابق تشکیل می‌دهند.^۴

بنابراین می‌توان گفت که اگر در گذشته، بازرگانی و تجارت، سهم عمده‌ای در توسعه اسلام داشته است، امروزه نیز با توجه به گسترش معاملات تجاری و بازرگانی بین‌المللی می‌توان گفت که هماهنگ‌سازی حقوق بازرگانی در قلمرو اسلام می‌تواند به امر داد و ستد و بازرگانی کمک نماید و سرمایه‌گذاری را رونق بخشد. پس تأثیر تجارت در اسلام و اسلام تجارت، متقابل فرض می‌شود.

۴- نمونه‌های یکسان‌سازی حقوق قراردادهای و بازرگانی در جهان

۴-۱- کشورهای اروپایی

۱- با آنکه هماهنگ‌سازی در بخش قواعد عمومی قراردادهای در اولویت است، ولی به معنای آن نیست که در عقود معین نمی‌توان چنین ایده‌ای را دنبال نمود. در چهارچوب طرح مشترک مرجع (DCFR) که در حقیقت طرح اولیه قانون مدنی اروپا محسوب می‌شود علاوه بر قواعد عمومی قراردادهای، برای هر یک از عقود معین نیز قواعد هماهنگی تدوین شده است.

۲- Chris Park, op. cit., P. ۱۶.

۳- Ibid.

۴- Ibid

کشورهای عضو اتحادیه اروپا که در یک منطقه محدود جغرافیایی مستقر هستند، دارای مذهب، فرهنگ و آداب و رسوم متفاوت می‌باشند و سیاستهای اقتصادی آنها به خصوص در گذشته و هنگامی که تقسیم‌بندی واقعی منطقه اروپایی به بلوک شرق و بلوک غرب وجود داشت، تفاوت فاحش داشته است.

اما اکنون با توجه به تشکیل اتحادیه اروپا متشکل از ۲۷ کشور اروپایی، کشورهای یاد شده ناگزیر گردیده‌اند به منظور تسهیل تجارت و بازرگانی میان اتباع کشورهای خود، اصول و قواعد یکنواختی را برای قراردادهای تدوین نمایند و به عنوان یک سند بین‌المللی با عنوان اصول حقوق قراردادهای اروپا^۱ به جامعه حقوقی ارائه نمایند. در اصول یاد شده، قواعد کلی برای انعقاد قرارداد و شرایط معامله و اجرا و آثار عدم اجرای قرارداد تنظیم گردیده و جالب توجه است که در تدوین اصول مورد نظر، از حقوق اکثر کشورهای اروپایی استفاده شده است. حتی در برخی موارد که کشورهای اروپایی تابع نظامهای متفاوت مانند کامن‌لا یا حقوق رومی-ژرمنی بوده‌اند^۲، اصول ویژه هر یک از دو نظام مذکور در هر جا که منطقی و صحیح تشخیص داده شده است به عنوان یکی از قواعد کلی اصول حقوق قراردادهای اروپا مطرح و شناسایی و تدوین گردیده است.^۳

بنابراین کشورهای اروپایی در حال حاضر در منطقه جغرافیایی خود، با هماهنگ‌سازی و یکسان‌سازی سعی می‌کنند با تکیه بر وحدت حقوقی، قدرت اقتصادی و تجاری خود را افزایش دهند که همین امر به افزایش قدرت سیاسی نیز می‌تواند منجر شود.

۴-۲- ایالات متحده امریکا

سیستم حقوقی امریکا ترکیبی از سطح فدرال و ایالتی^۴ است و قوانین متعددی در این کشور تصویب شده است، لیکن همه قوانین بایستی بر مبنای قانون اساسی وضع شود.

مطابق قانون اساسی ایالات متحده امریکا قوانین و مقرراتی که در ایالات‌های مختلف تصویب می‌شود نمی‌تواند مغایر قانون اساسی باشد با این حال در بسیاری از زمینه‌های حقوقی مانند قراردادهای، قوانین خانواده و مجازات‌ها، قواعد پذیرفته شده در ایالات‌های مختلف، متعدد و متنوع بوده و یکسان نمی‌باشد.^۵

با این حال در این کشور نیز به منظور تسهیل امر تجارت و بازرگانی در این کشور قانونی یکنواخت تحت عنوان قانون یکنواخت بازرگانی^۶ تدوین شده است که در حال حاضر همه ایالت‌های ۵۰ گانه امریکا به آن ملحق شده و آن را پذیرفته‌اند. تصویب چنین قانونی در ایالات متعدد سبب تسهیل و رونق تجارت شده است.^۱

۱- The Principles of European Contract Law (PECL)

۲- برخی از کشورهای اروپایی مانند فرانسه، آلمان، ایتالیا و سوئیس تابع سیستم حقوقی رومی - ژرمنی هستند که در آن منبع اولیه قواعد حقوقی قانون به شمار می‌رود، در حالی که برخی دیگر از کشورها مانند انگلیس و ایرلند و اسکاتلند تابع نظام حقوقی کامن‌لا بوده و منبع اول ایجاد قواعد حقوقی، آرای قضایی است. البته باید توجه داشت که به مرور زمان فاصله این دو نظام حقوقی کاهش یافته است. برای مطالعه بیشتر ر.ک:

Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds), The Oxford Handbook of Comparative Law, UK, ۲۰۰۶.

۳- Ole Lando and Hugh Beale (eds), Principles of European Contract Law, Parts I and II (۲۰۰۰) and Part III (۲۰۰۳), Kluwer Law International, Netherlands.

۴- Federal and State Level.

۵- Alan B. Morrison (ed), Fundamentals of American Law, Oxford Pub, UK, ۱۹۹۶, p. ۲۷ et. Seq.

۶- Uniform Commercial Code (UCC).

۴-۳- کشورهای آفریقایی

سازمان یکسان‌سازی حقوق بازرگانی در آفریقا^۱، با ایده گسترش و رونق کسب و کار و تجارت و سرمایه‌گذاری در منطقه آفریقا، نسبت به طراحی قانون یکنواخت مربوط به حقوق قراردادهای^۲ اقدام نموده است.

در این اقدام موسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی^۳ در خواست سازمان مزبور را قبول نموده و دولت سوئیس نیز حمایت مالی پروژه را عهده‌دار شده است^۴ و سپس جلسات متعددی در کشورهای آفریقایی به همراه کنوانسیون‌ها و ارائه گزارش کار برپا شده است.

اکثر کشورهای آفریقایی، قواعد حقوقی و قوانین خود را از کشورهای اروپایی به عنوان مستعمره به میراث برده‌اند. به عنوان نمونه، گینه بیسائو حقوق پرتغال را به میراث برده است و در کنگو نیز حقوق بلژیک و در برخی دیگر از کشورها حقوق فرانسه و به عنوان یک نمونه منحصر به فرد، کامرون از هر دو سیستم فرانسه و انگلیس حقوق خود را اخذ نموده است.^۵

تعداد کمی از کشورها، حقوق قراردادهای و تعهدات جدید برای خود تصویب نموده‌اند مانند سنگال، مالی و همه آنها دارای ویژگی‌های مخصوص خود هستند ولی اکثراً از سنت فرانسوی تبعیت نموده‌اند.

در ۱۷ اکتبر ۱۹۹۳، کشور آفریقایی معاهده‌ای را به منظور ایجاد سازمان هماهنگ‌سازی حقوق بازرگانی در آفریقا امضاء نمودند و در حال حاضر با اضافه شدن دو کشور، طرفهای معاهده به ۱۶ کشور رسیده است. اقدام به یکسان‌سازی حقوق توسط سازمان مذکور در حوزه‌های مختلف مانند حقوق بازرگانی، شرکت‌های تجاری و گروه‌های اقتصادی خاتمه یافته و توسط کشورها در طی سالهای ۱۹۹۷ و ۱۹۹۸ و ۲۰۱۰ و ۲۰۱۱ پذیرفته شده و اجرا می‌شود و در سایر بخش‌ها مانند قوانین ورشکستگی نیز قواعد یکسان از اول ژانویه ۱۹۹۱ قابل اجراست.^۶

بنابراین ملاحظه می‌شود که ۱۶ کشور آفریقایی با تنظیم قواعد و اصول یکنواخت و یکسان برای امر بازرگانی، در صدد برآمده‌اند تا تجارت و سرمایه‌گذاری در کشورهای آفریقایی را رشد داده و تسهیل نمایند.^۷

۱- The American Law Institute, Uniform Commercial Code, official text and comments, USA, Thomson West Pub, ۲۰۱۰.

۱- L'organisation pour L'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA).

۲- OHADA Uniform Act on Contract Law Preliminary Draft.

۳- Unidroit

۴- www.unidroit.org

۵- Le destin du code civil en Afrique, in Le code civil ۱۸۰۴-۲۰۰۴, Livre du bicentenaire (Paris), ۲۰۰۴, ۵۱۵ et seq.

۶- Renaud Beauchard and Mahutodji Jimmy Vital Kodo, Can OHADA Increase Legal Certainty in Africa?, Legal Vice Presidency, The World Bank Working Paper series, ۲۰۱۱, available at: <http://siteresources.worldbank.org>

۷- برای مطالعه بیشتر در این زمینه رک به:

Thouvenot, Sebastien, The Importance of Assessing OHADA, International Business Law Journal, Vol. ۲۰۰۸ Issue ۶(۲۰۰۸), pp.۷۳۹.۷۴۲.

Sayegh, Joseph Issa, La Vente Commerciale eu Droit OHADA: Apports et Emprunts, European Journal of Law Reform, Vol. ۱۳, Issues ۳-۴ (۲۰۱۱), pp. ۳۴۴-۳۵۹.

۵- ضرورت یکسان‌سازی حقوق قراردادها و بازرگانی در جهان اسلام

کلیه اقداماتی که در راستای یکسان‌سازی حقوق تجارت و بازرگانی که قبلاً مورد اشاره قرار گرفت، بدون توجه به نقش مذهب صورت گرفته است و فقط قرار گرفتن کشورها در یک منطقه جغرافیایی و نزدیک به هم سبب شده است که تا به منظور تسهیل امر داد و ستد و بازرگانی و سرمایه‌گذاری چنین اقداماتی صورت گیرد. اما اگر در یکسان‌سازی حقوق بازرگانی، مذهب نیز به عنوان یک عنصر دخالت نماید، بدیهی است که علاوه بر مزایای اقتصادی و سرمایه‌گذاری می‌تواند مزایای دیگری نیز داشته باشد. در این بخش می‌توان موضوع را در چندین تقسیم‌بندی فرعی مورد بررسی قرار داد.

۵-۱- نقش مذهب و یکسان‌سازی حقوق قراردادها و بازرگانی

در اکثر قریب به اتفاق کشورهای اسلامی، قوانین و مقررات راجع به تجارت و بازرگانی اصولاً از احکام شریعت اسلام تبعیت می‌کند و بسیاری از مفاهیم و قواعد شناخته در حقوق اسلام، به عنوان بخشی از حقوق کشورهای اسلامی تلقی می‌شود.

به موجب اصل ۴ قانون اساسی، کلیه قوانین و مقررات بایستی بر پایه شرع انوراسلام باشد و تشخیص این امر به عهده فقهای شورای نگهبان است.

البته لازم به توضیح است که اکثر کشورهای اسلامی دارای سیستم مختلط یا ترکیبی هستند، یعنی هم از حقوق اسلام و هم از نظام حقوقی دیگری (مانند حقوق نوشته یا کامن لا) برای تکمیل و متمیم نظام حقوقی خود بهره‌مند شده‌اند. به عنوان مثال حقوق ایران ترکیبی از نظام حقوق اسلام و نظام حقوق رومی-ژرمنی^۱ است و حتی در مواردی نادری تحت تأثیر نظام کامن لا^۲ قرار گرفته است و البته با تصویب قوانین متعددی پس از انقلاب، گرایش به تدوین مقررات بر اساس حقوق اسلام افزایش یافته است.^۳

در بسیاری از کشورهای اسلامی، وضعیت مشابهی وجود دارد و قوه قانونگذاری حق ندارد قوانینی را که مغایر^۴ با اصول و احکام شریعت است، وضع و تصویب کند.

Dickerson, Claire Moore, Harmonizing Business Laws in African: OHADA Calls the Tune, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. ۴۴, Issuo ۱ (۲۰۰۵), pp. ۱۷-۷۳.

۱- به نظام حقوقی اطلاق می‌شود که منبع اولیه قواعد حقوقی، قانونگذاری است.

۲- به نظام حقوقی اطلاق می‌شود که منبع اولیه در آن قواعد ساخته قضاوت (از طریق آرای قضایی) است.

۳- قانون مجازات اسلامی نمونه‌ای از این موارد است. با تصویب قانون مزبور در سال ۱۳۶۱، سیستم حقوق کیفری تحت تأثیر ابواب فقهی حدود، قصاص، دیات و تعزیرات قرار گرفت. البته در قانون مجازات اسلامی، مفاهیم متعددی نیز وجود دارد که از سیستم حقوق کیفری عرفی اتخاذ شده است.

۴- منظور از عدم مغایرت قوانین مصوب پارلمان با احکام شریعت، لزوماً به معنای مطابقت با احکام شریعت نیست. در قانون اسلامی، نیز شورای نگهبان وظیفه تشخیص عدم مغایرت با احکام شرعی را به عهده دارد نه وظیفه مطابقت آن را.

بنابراین، در کشورهای اسلامی می‌توان به یک نقطه مشترک دست یافت و آن اینکه قوانین مصوب مجلس بایستی از احکام اسلامی تبعیت کند و در خصوص احکام راجع به قراردادها و بازرگانی نیز می‌توان از این نکته مشترک که سبب تسهیل در امر یکسان‌سازی است، استفاده و بهره‌برداری نمود. از این‌رو تنظیم قواعد یکنواخت برای تسهیل تجارت و سرمایه‌گذاری در جهان اسلام می‌تواند مورد توجه قرار گیرد.

۵-۲- قواعد مشترک

قواعد مشترک بسیاری در زمینه حقوق بازرگانی و معاملات در کشورهای اسلامی جاری است که اصولاً از شریعت اسلام اتخاذ شده است. از جمله موارد مهمی که می‌توان به آن اشاره نمود حرمت ربا و معاملات ربوی است.^۱ در این خصوص به عنوان یکی از احکام اصلی در معاملات، منع ربا می‌تواند مورد توجه می‌باشد که برگرفته از آیه «و احل الله البيع و حرم الربا»^۲ می‌باشد.

لزوم وفای به عقد و قرارداد، که در آیه اول از سوره مائده^۳ مورد حکم شارع مقدس قرار گرفته در میان کشورهای اسلامی به عنوان قاعده اولیه در معاملات شناخته می‌شود.

از نمونه‌های دیگری از قواعد و اصول مسلم حقوقی بوده و در قراردادها کاربرد دارد، لزوم توجه به اراده باطنی در تشخیص ماهیت معاملات و قصد واقعی طرفین است که در اسلام با عنوان العقود تابعه للقصد و انما الاعمال بالبینات^۴ بیان شده است. این اصل در ماده ۲ مجله الاحکام العدلیه^۵ مورد اشاره قرار گرفته و با عبارت «الامور بمقاصدها» مورد تصریح واقع شده است.^۶

استناد به عرف در قراردادها که امروزه از وسعت و قلمرو بسیار زیادی برخوردار است و همه نظامهای حقوقی آن را پذیرفته‌اند، در ماده ۴۷ مجله الاحکام العدلیه با عبارت «المعروف عرفاً کالمشروط شرطاً» بیان شده است.

یکی دیگر از مواردی که در اسلام مورد اتفاق نظر است، بطلان معامله غری است. غرر^۷ در حقوق اسلام نهی شده است، اما در خصوص معنا و مصادیق آن نظریات متفاوتی از سوی فقها ابراز شده است که می‌تواند یکی از موضوعات بحث یکسان‌سازی در قراردادها در نظر گرفته شود.

بررسی منابع فقهی در مذاهب اسلامی اعم از امامیه و عامه نشان می‌دهد که موارد بیشماری از قواعد و اصول راجع به قراردادها وجود دارد که در میان کشورهای اسلامی قابل یکسان‌سازی است

بنابراین سؤال اساسی این است که چرا تاکنون در جهان اسلام، حقوقدانان مسلمان، هرگز چنین طرحی را نیاندیشه‌اند؟^۸

۱- البته لازم به توضیح است که در خصوص ربا، با توجه به کاهش ارزش و قدرت خرید پول، ضرورت دارد که نظریات فقهی معاصر نیز مورد توجه و عنایت قرار گیرد.

۲- سوره بقره، آیه ۲۷۵.

۳- «یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود...»

۴- انما لكل امرء ما نوى

۵- اولین قانون مدنی بدون بر اساس حقوق اسلامی (حنفی) در دولت عثمانی.

۶- در ماده ۳ جمله الاحکام العدلیه نیز اشاره شده است که: «العبرة فی العقود للمقاصد و المعانی لا للالفاظ و المبانی...»

۷- Risk-Hazard

۸- تا جایی که نگارنده بررسی نموده است، چنین طرحی تاکنون در هیچ یک از کشورهای اسلامی ارائه نشده است.

بنظر می‌رسد که می‌توان با استفاده از روش‌ها و راهکارهایی که متعاقباً ارائه خواهد شد، بتوان به اصول و قواعد منسجمی در حوزه قراردادهای در سطح جهان اسلام دست یافت و بتدریج آن را توسعه داد. بدون تردید چنین اصولی که می‌تواند به عنوان مثال تحت عنوان «اصول حقوق قراردادهای در اسلام»^۱ معرفی شود از قرآن و سنت الهام خواهد گرفت.

۶- هماهنگی با سایر نظامها و تسهیل در الحاق به کنوانسیون‌های بین‌المللی

بسیاری از حقوقدانان معاصر معتقدند که حوزه قراردادهای، مهمترین بخشی از حقوق است که می‌تواند موضوع هماهنگ‌سازی قرار گیرد. در سالهای اخیر تلاشهای بسیاری صورت گرفته است تا میان نظامهای حقوقی کامن‌لا و رومی-ژرمنی، اختلاف نظرها به حداقل کاهش یابد و به نحوی که در اسناد بین‌المللی شاهد هستیم، توفیق زیادی در این امر حاصل شده و هماهنگی میان نظامهای حقوقی رو به گسترش است.

سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا اساساً ضرورتی برای نزدیکی یا هماهنگی نظام حقوقی اسلام با سایر نظامهای حقوقی وجود دارد؟ و اگر چنین نیازی وجود دارد تا چه اندازه چنین امکانی متصور است؟ در ابتدا باید گفت که تسهیل تجارت و سرمایه‌گذاری ایجاب می‌کند که نظام حقوقی اسلام نیز تا آنجایی که مقدور است با نظامهای حقوقی دیگر، در مسیری یکنواخت حرکت نماید و البته این به معنای کنار گذاشتن اصول اولیه و پذیرفته شده در اسلام (مانند ربا) نمی‌باشد. بخش بزرگی از تجارت جهان در اختیار کشورهای اسلامی که دارای منابع عظیم نفت و گاز هستند می‌باشد و بنابراین هماهنگ‌سازی به نفع کشورهای مسلمان نیز خواهد بود. امروزه برخی از کشورهای اسلامی نظیر مصر، لبنان، عراق و ترکیه به کنوانسیون بیع بین‌المللی^۲ ملحق شده‌اند و همانگونه که می‌دانیم، این کنوانسیون تلفیقی از قواعد حقوقی شناخته شده در هر دو نظام رومی-ژرمنی و کامن‌لا می‌باشد.

در مورد هماهنگ‌سازی حقوق اسلام با سایر نظامهای حقوقی، برخی^۳ اظهار نظر نموده‌اند که چنین امکانی وجود ندارد، زیرا حقوق اسلام یک حقوق الهی است و نمی‌تواند در یک جایگاه برابر با حقوق ساخته بشر مورد مقایسه قرار گیرد، اما در پاسخ^۴ گفته شده است که فقه اسلام در مواردی که متکی به آرای فقهی و نظریات و تفاسیر فقهاست، بر اساس اصل ضرورت و بکارگیری صحیح متدلوژی فقهی، می‌تواند با سایر نظامهای حقوقی، هماهنگ شود.

باید خاطر نشان ساخت که چنین هماهنگی می‌تواند در مطالعات بین‌المللی، امتیازات نظام اسلامی را در میان سایر نظامهای حقوقی آشکارتر سازد.^۵

به عنوان مثال برخی از نویسندگان غربی^۱، تصور نموده‌اند که در اسلام اصل آزادی قراردادهای، مورد شناسایی قرار نگرفته است، و حال آنکه اگر به سابقه عقد صلح در حقوق اسلام توجه شود، می‌توان پی برد که در شریعت اسلام از

۱- The Principles of Islamic Contract Law

۱- United Nations Convention on International Sale of Goods (CISG - ۱۹۸۰).

۲- Abdul Gani Patail, op. cit., loc. cit.

۳- Ibid.

۵- به عنوان نمونه موضوع اجرای پیش از موعد قرارداد که امروزه به عنوان یکی از مفاهیم جدید در اسناد بین‌المللی مطرح شده است، در حقوق اسلامی سابقه‌ای طولانی دارد و موارد بشماري از این نمونه‌ها وجود دارد.

ابتدا اصل آزادی معامله با عنوان عقد صلح به رسمیت شناخته شده است و به نحوی که میان فقها شهرت دارد هر صلحی که برامر مشروعی تعلق پذیرد، نافذ و معتبر است.^۲

از نتایج مهم دیگر ایجاد هماهنگی میان حقوق اسلام در سایر نظامهای حقوقی همانگونه که بیان شد، ایجاد بستر و زمینه مناسب برای الحاق کشورهای اسلامی به کنوانسیون بیع بین المللی کالا یا سایر کنوانسیونهای بین المللی است.^۳

برای نیل به چنین هدفی یعنی ایجاد هماهنگی بیشتر با سایر نظامهای حقوقی، ایجاد هماهنگی در بطن نظام اسلامی یعنی میان مذاهب مختلف ضروری است و فقط با ایجاد هماهنگی در این خصوص بستر لازم برای توسعه حقوق اسلام و هماهنگی آن با نظامهای دیگر فراهم می شود.^۴

۸- راهکارهای نیل به اصول یکنواخت

در این ارتباط می توان از تجربیات سایر اقداماتی که در گذشته در یکسان سازی حقوق قراردادها صورت گرفته است. استفاده نمود. تشکیل سازمانی مستقل و فراملی که بتواند حقوقدانان و فقهای متخصص در زمینه قراردادها و بازرگانی را در کشورهای اسلامی شناسایی نموده و گردهم آورد از ضرورت های اولیه است.

چنین سازمانی، می تواند به بخش های مختلف فرعی تقسیم گردیده و در هر یک از شاخه های مختلف قراردادها و بازرگانی از دانش و تخصص علمای فقه و حقوق بهره مند شود.

برای برپایی یک چنین سازمانی، بی تردید حمایت مالی لازم است و با توجه به منابع مالی موجود در کشورهای اسلامی، چنین امری به سهولت امکان پذیر است.

تشکیل سمینارها و کنفرانس های دوره ای و ارائه پیشنهادات ناشی از کارکرد هر گروه کاری و اتخاذ تصمیم نهایی در خصوص هر یک از اصول پیشنهادی در زمینه حقوق قراردادها می تواند نتیجه بخش باشد. در این میان توجه خاص به اساتید دانشگاهها که در حوزه حقوق اسلام و حقوق قراردادها و همچنین حقوق تطبیقی از تجربه کافی برخوردارند، ضروری است.

همچنین ضرورت دارد که در وهله اول، تمامی نقاط مشترک در حوزه قراردادها، از قوانین مدنی کشورهای اسلامی استخراج شود و سپس با شناسایی موارد اختلاف نسبت به رفع آنها تا حد امکان تلاش شود.

نتیجه گیری

مطالعه حاضر نشان می دهد که هماهنگ سازی در قلمرو حقوق قراردادها امری ضروری تلقی می شود و برای توسعه تجارت و سرمایه گذاری اجتناب اناپذیر است. به همین دلیل در نقاط مختلف جهان اقدامات مهم و مؤثری از سالها قبل آغاز شده است و بسیاری از این اقدامات نتیجه بخش بوده و سهم عمده ای در رونق سرمایه گذاری داشته است.

در ارتباط با یکسان سازی حقوق قراردادها و بازرگانی در جهان اسلام، مع الأسف اقدامات خاصی انجام نشده و قواعد به صورت مدون تدوین نشده است. به همین دلیل بر خلاف سایر قاعد فرا ملی، اجرای شریعت اسلام در برخی

۵- Joseph Schacht, An Introduction to Islamic Law, ۲d ed, Clarendon Press, Oxford, VK, ۱۹۸۲, P. ۱۴۴.

۶- الصلح جائز بین المسلمین الا صلحا حرم حلالاً او احل حراماً.

۷- Nicholas HD Foster, op. cit., p. ۹.

۸- Abdul Hamid, op. cit., loc. cit.

از محاکم خارجی با تردید روبرو شده است. برای رفع چنین نقیصه ای و انتقال مباحث قراردادهای از مرحله نظر به مرحله عمل، ضرورت دارد که قواعد قراردادهای به صورت منسجم و مدون تدوین شود تا علاوه بر تسهیل اعمال و اجرای اینگونه قواعد در روابط میان طرفین در قراردادهای بین المللی، بتوان چنین قواعدی را در سطح جهانی معرفی نمود. نظام حقوق اسلام در کنار دو نظام حقوقی دیگر یعنی کامن لا و رومی ژرمنی، به عنوان مهمترین نظامهای حقوقی معاصر شناخته می شود و شایسته نیست که به رغم وجود منابع مهم و غنی در حوزه قراردادهای، نتوان قواعد هماهنگ و مدونی را ارائه نمود. چینی اقدامی می تواند به معرفی بیشتر حقوق اسلام منتج گردد.

فهرست منابع

۱- فارسی

سهنوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، ج ۱، بیروت، ۱۹۷۴.
شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، *اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران*، چاپ اول، تبریز، نشر فروزش.
موسوی بجنوردی، سید محمد، *نقش حسن نیت در عقود و قراردادهای در فقه و حقوق*، مجله حقوق و علوم سیاسی، بهار ۱۳۸۶، ش ۲.
یزدی، سید محمد کاظم، *سؤال و جواب*، به اهتمام دکتر سید مصطفی محقق داماد، چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.

۲- لاتین

Abdelhady, Hdeel, *Islamic Law in Secular Courts (Again): Teachable Moments from the Journy*, ۲۰۱۱, available at: <http://ssrn.com/abstract=۱۸۳۵۷۶۵>
Adamu, Basheer Aliyu, *Practical Approach to Harmonisation of Shari'ah and Civil Law, A Critical Analysis of Nigerian Experience*, (Paper), Presented at International Conference on Harmonisation of shari'ah and Civil Law, ۲۰-۳۰ June, ۲۰۰۵, IIUM, Malaysia, Available at: <http://iium.academia.edu>
Beauchard, Renaud and Vital Kodo, Mahutodji Jimmy, *Can OHADA Increase Legal Certainty in Africa?*, Legal Vice Presidency, The World Bank Working Paper series, ۲۰۱۱, available at: <http://siteresources.worldbank.org>
Colon, Julio C., *Choice of Law and Islamic Finance*, Texas International Law Journal, Vol.۴۶:۴۱۱(۲۰۱۱).

- Dickerson, Claire Moore, *Harmonizing Business Laws in African: OHADA Calls the Tune*, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. ٤٤, Issue ١ (٢٠٠٥).
- Follak, Klaus Peter, *Analysis: Shari'ah Clauses in Financial Contracts*, Thomson Reuters, January ١٥, ٢٠١٠.
- Foster, Nicholas HD, *Islamic Commercial Law: An Overview*, InDret, ٤/٢٠٠٦.
- Hill, Enid, *Al-Sanhuri and Islamic Law: The place and significance of Islamic Law in the life and work of Abd al-Razzag Ahmadn Al-Sanhuri, Egyptian Jurist and Scholar*, ١٨٩٥-١٩٧١, Arab Law Quarterly, Vol. ٣, (may ١٩٨٨).
- Lando, Ole and Beale, Hugh (eds), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II (٢٠٠٠) and Part III (٢٠٠٣), Kluwer Law International, Netherlands.
- Melkomian, Gayaneh Melkom, *Choice of Non-State Law in the International Commercial Contracts*, International Business Law, CMPL.٦٠٤, Research Essay.
- Mohamad, Abdul Hamid, *Harmonisation of Shari'ah and Common Law in Malaysia*, ٢ed International Seminar on Shari'ah and Common Law, ٦ March, ٢٠٠٧.
- Morrison, Alan B. (ed), *Fundamentals of American Law*, Oxford Pub, UK, ١٩٩٦.
- MPIL staff members, *On the Relation between Islamic Law and Constitutional Law in Selected Countries*, ١st ed, Max Planck Materials, ٢٠١٠.
- park, Chris, *Religion and Geography*, chapter ١٧ in Hinnells, J. (ed), Routledge Companion to the Study of Religion, London, ٢٠٠٤.
- Patail, Abdul Gani, *Harmonisation of civil laws and shari'ah; Effective Strategies for Implementations*, ٣rd International conference on Harmonisation of Civil Law and Shari'ah, ٤th December ٢٠٠٧, Malaysia available at; www.agc.gov.my
- Reimann, Mathias and Zimmermann, Reinhard (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, UK, ٢٠٠٦.
- Sayegh, Joseph Issa, *La Vente Commerciale eu Droit OHADA: Apports et Emprunts*, European Journal of Law Reform, Vol. ١٣, Issues ٣-٤ (٢٠١١).
- Schacht, Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, ٢d ed, Clarendon Press, Oxford, VK, ١٩٨٢.
- The American Law Institute, *Uniform Commercial Code*, official text and comments, USA, Thomson West Pub, ٢٠١٠.
- Thouvenot, Sebastien, *The Importance of Assessing OHADA*, International Business Law Journal, Vol. ٢٠٠٨ Issue ٦(٢٠٠٨).

Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UPICC)
Uniform Commercial Code (UCC).
United Nations Convention on International Sale of Goods (CISG -۱۹۸۰).

۴- دعاوی

Jivarj v. Hashwani [۲۰۰۹] All E.R. (D) ۲۷۲ (Jun).

Musawi v. R.E. International (UK) Ltd., [۲۰۰۷] All E.R. (D) ۲۲۲ (Dec).

Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co. Ltd., ۲۰ I.L.R. ۵۳۴ (۱۹۵۳).

Shamil Bank of Bahrain EC. v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others. [۲۰۰۴] All
E.R. (D) ۲۸۰ (Jan).