

## هزینه‌های مبادله، قواعد مفروض و مقررات‌گذاری بر قراردادهای در اسلام

### (مقدمه‌ای بر تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای در اسلام)

محمدجواد شریف‌زاده\*

تاریخ دریافت: ۸۹/۱۱/۱۸

الیاس نادران\*\*

تاریخ پذیرش: ۹۰/۰۱/۲۳

#### چکیده

مقاله حاضر می‌کوشد به این سؤال مهم پاسخ دهد که حقوق قراردادهای در اسلام چه تاثیری بر هزینه‌های مبادله داشت؟ رویکرد اولی که در پاسخ به این سؤال دنبال شده است رویکرد تاریخی است. در این رویکرد وضعیت حقوق قراردادهای در شمال شبه جزیره عربی در روزگار پیش و پس از ظهور اسلام مقایسه شده است. رویکرد دوم مقاله رویکردی تحلیلی است. در این رویکرد نقش تعالیم حقوقی اسلام در پر کردن شکاف‌های موجود در قراردادهای ناقص تبیین شده است. بدین منظور نشان داده‌ایم که چگونه بخش مهمی از قواعد فقه و ضوابط حاکم بر عقود معین می‌توانست کارکرد «قواعد مفروض» را به انجام برساند. به علاوه در بخش دیگری از مقاله به تفصیل نقش آموزه‌های حقوقی اسلام در مقررات‌گذاری بر قراردادهای توضیح داده شده است. بر این اساس ممنوعیت برخی روش‌های مبادله رایج در عصر جاهلی را می‌توان از مصادیق مقررات‌گذاری اسلام بر قراردادهای به شمار آورد. به هر تقدیر رویکردهای مذکور نشان می‌دهد که با تکیه بر شواهد تاریخی و حقوقی موجود نمی‌توان این فرضیه را که «تعالیم حقوقی اسلام در حوزه حقوق قراردادهای هزینه‌های مبادله را کاهش نمی‌داد» پذیرفت.

#### واژگان کلیدی

حقوق و اقتصاد، هزینه‌های مبادله، حقوق قراردادهای در اسلام، قواعد مفروض، مقررات‌گذاری بر قراردادهای، تاریخ شبه جزیره عربستان

## مقدمه

چنانکه می‌دانیم طرح مفهوم هزینه‌های مبادله بیش از هر کس مدیون اقتصاددان سرشناس قرن بیستم، رونالد کوز<sup>۱</sup> است که توانست این مفهوم را نخستین بار در سال ۱۹۳۷ در مقاله‌ای با عنوان «ماهیت بنگاه» به دانش اقتصاد معرفی کند (Coase, 1937). جایگاه کوز در معرفی مفهوم هزینه‌های مبادله به این مقاله محدود نشد، زیرا وی توانست با نگارش مقاله «مسأله هزینه اجتماعی» که در سال ۱۹۶۰ منتشر شد سهمی بزرگتر در این عرصه ایفا کند. کوز در این مقاله نشان داد اگر هزینه‌های مبادله مساوی صفر باشد مشکل آثار جانبی<sup>۲</sup> را می‌توان از طریق مبادله آزادانه در بازار حل کرد (Coase, 1960). اگر چه کوز، به گفته خود، هیچ‌گاه قصد نداشت اندیشه‌اش را در قالب یک قضیه دقیق و تحلیلی بیان کند، اما یافته‌های او، علیرغم خواسته‌اش، در همان دهه ۱۹۶۰ تعمیم داده شد و در قالب آنچه امروزه قضیه کوز<sup>۳</sup> خوانده می‌شود صورت‌بندی شد (Coase, 1988, p.157).

یکی از برداشت‌های شناخته شده از قضیه کوز برداشتی است که داگلاس نورث در آثار خود به کار برده است. بر اساس این برداشت اگر چه در جهان فرضی نئوکلاسیک‌ها که هزینه‌های مبادله مساوی صفر است سازوکار بازار فارغ از ترتیبات نهادی، که قواعد بازی را تعریف می‌کنند، می‌تواند کارایی را برقرار نماید، اما در جهان واقعی که هزینه‌های مبادله مثبت است نهادها (از جمله قواعد و مقررات حقوقی) بر تخصیص منابع تأثیر می‌گذارند. بدین ترتیب قضیه کوز ارتباط هزینه‌های مبادله و قواعد حقوقی را روشن می‌سازد (نورث، ۱۳۷۷). امروزه اقتصاددانان به پیروی از کوز<sup>۴</sup> مفهوم هزینه‌های مبادله را متناسب با مراحل گوناگون هر قرارداد تعریف می‌نمایند و هزینه‌های مبادله را شامل هزینه‌های مرتبط با مراحل مختلف قرارداد شامل هزینه‌های جستجو، هزینه‌های چانه‌زنی و هزینه‌های اعمال قرارداد می‌دانند. به عبارت دیگر از این دیدگاه هزینه‌های مبادله را می‌توان به سه بخش تفکیک کرد: ۱. هزینه‌های مکان‌یابی و جذب طرف‌های تجاری بالقوه؛ ۲. هزینه‌های انعقاد قرارداد و اجرای آن؛ ۳. هزینه‌های نظارت و اعمال قرارداد (Cooter and Ulen, 2000: 88; Klaes, 2008: 364).

در مقاله حاضر می‌کوشیم به این سؤال مهم پاسخ دهیم که «حقوق قراردادهای در اسلام چه تاثیری بر هزینه‌های مبادله داشت؟» بدین منظور فرضیه‌ای منفی را مطرح می‌کنیم که در آن ادعا شده است «آموزه‌های حقوقی اسلام در حوزه حقوق قراردادهای موجب کاهش هزینه‌های مبادله نمی‌شد» و آنگاه سعی می‌کنیم با تکیه بر شواهد تاریخی و حقوقی این فرضیه را رد نماییم. بر این اساس ابتدا در بخش ۲ مبانی نظری تحلیل اقتصادی حقوق قراردادهای را بیان خواهیم کرد. آنگاه در بخش ۳ به موضوع مهم حقوق قراردادهای در روزگار پیش از ظهور اسلام در شمال شبه جزیره عربی اشاره کرده و نشان می‌دهیم که این سرزمین در روزگار مذکور فاقد قانون قراردادهای در معنای دقیق آن بوده است. در بخش ۴ به اختصار نشان می‌دهیم که بخش مهمی از تعالیم حقوقی اسلام در حوزه قراردادهای را می‌توان از مصادیق قواعد مفروض<sup>۵</sup> به شمار آورد. پس از آن در بخش ۵ به موضوع مهم مقررات‌گذاری بر قراردادهای در اسلام اشاره می‌کنیم. در بخش ۶ به آن دسته از روش‌های مبادله رایج در عصر جاهلی اشاره می‌کنیم که پیامبر اسلام (ص) آن‌ها را ممنوع کرد و مسلمانان را از مبادله در آن قالب‌ها باز داشت. چنانکه نشان خواهیم داد اقدام پیامبر اسلام (ص) در تحریم اینگونه روش‌های مبادله را می‌توان از مصادیق مقررات‌گذاری بر کاستی‌های اطلاعاتی موجود در قراردادهای به شمار آورد. بخش ۷ نیز به جمع‌بندی و نتیجه‌گیری اختصاص خواهد داشت.

## ۱. مبانی نظری

در این بخش به این سؤال مقدماتی پاسخ خواهیم داد که اساساً حقوق قراردادهای از چه راه یا راه‌هایی می‌تواند به کاهش هزینه‌های مبادله بیانجامد. این پرسش از آنرو مهم تلقی می‌شود که ممکن است برخی گمان کنند وضع قواعد و مقررات حقوقی به معنای مقید نمودن و محدود ساختن طرفین مبادله است و چنین امری به خودی خود می‌تواند هزینه‌های مبادله را افزایش دهد. اگر چه این استدلال در بادی امر چندان نادرست جلوه نمی‌کند، اما تنها هنگامی می‌توان آنرا پذیرفت که فرض کنیم قرارداد موردنظر کامل<sup>۶</sup> باشد. به عبارت دیگر آنچه موجب می‌شود قوانین و مقررات معطوف به قراردادهای بتوانند به کاهش هزینه‌های مبادله کمک کنند پدیده‌ای است که امروزه با نام ناقص

بودن قراردادهای از آن یاد می‌شود. چنانکه می‌دانیم شایسته است در هنگام انعقاد قرارداد طرفین حقوق و وظایف متقابل را در همه حالاتی که احتمال وقوع آن در زمان اجرای قرارداد وجود دارد مشخص نمایند. برای مثال طرفین مبادله باید بدانند که اگر مبیع، قبل از قبض آن توسط خریدار تلف شود زیان بر عهده چه کسی است و آیا فروشنده ملزم به جبران خسارت خریدار خواهد بود یا نه. بدیهی است اگر مواردی از این دست در هنگام انعقاد قرارداد مشخص نباشد زمینه‌های نزاع و درگیری در میان دو طرف فراهم خواهد شد. از طرف دیگر روشن است که احصای همه حالات و اتفاقات محتمل و توافق درباره حقوق و وظایف متقابل طرفین در هر یک از این حالات اگر ناممکن نباشد، حداقل نیازمند مذاکرات و چانه‌زنی‌های طولانی است. به همین دلیل نیز در بسیاری از قراردادهای طرفین از مذاکره بر سر تک تک این حالتها انصراف می‌دهند و از انجام آن چشم‌پوشی می‌کنند. اقتصاددانان معاصر چنین قراردادهایی را قراردادهای ناقص<sup>۸</sup> می‌نامند (Cooter and Ulen, 2000).

ناقص بودن یک قرارداد به معنای آن است که حقوق و وظایف متقابل طرفین در بسیاری از حالات محتمل مورد توافق قرار نگرفته و بالطبع بطور صریح در قرارداد ذکر نشده است. ذکر نشدن این دسته از حقوق و وظایف به معنای وجود شکاف<sup>۹</sup> در قرارداد است. اگر به وجود شکاف‌هایی از این دست که در بسیاری از قراردادهای شایع است توجه کافی داشته باشیم، می‌توانیم به خوبی به کارکردهای بالقوه یک نظام حقوقی پی ببریم. یکی از مهمترین کارکردهایی که یک نظام حقوقی از طریق قانون قراردادهای به انجام می‌رساند پر کردن این شکافها از طریق تعریف قواعد مفروض است. بنا به تعریف، قواعد مفروض شامل قواعدی است که حقوق و وظایف متقابل طرفین قرارداد را در وضعیت‌های احتمالی که معمولاً در قراردادهای ذکر نمی‌شود تعیین می‌نماید (Craswell, 2000, p.1). این دسته از قواعد، معیارهایی را برای حل اختلاف‌های طرفین در شرایطی که قرارداد درباره حقوق و وظایف متقابل آنان ساکت است فراهم می‌آورد. نکته دیگری که اهمیت تعریف حقوق قراردادهای را مشخص می‌کند لزوم مقررات گذاری بر قراردادهای است. چنانکه گفتیم یکی از کارکردهای قانون قراردادهای تعریف قواعد مفروض و در نتیجه اعمال حقوق و وظایفی است که در قراردادهای بطور صریح

ذکر نمی‌شود، اما اعمال آن‌ها به دلایل گوناگون لازم است. در مقابل، کارکرد دیگر قانون قراردادهای عدم اعمال برخی از مواد و شروطی است که ممکن است به صراحت در متن قرارداد ذکر شده باشد اما قانون به دلایل خاصی از اعمال آن خودداری می‌کند. خودداری قانون از اعمال برخی مفاد قرارداد و یا تغییر آن نوعی مقررات‌گذاری بر قرارداد به شمار می‌آید (Rubin, 2000). کوتر و اولن کاستی‌های موجود در قراردادهای به دو دسته کلی تقسیم کرده‌اند. به زعم آنان اولین دسته از کاستی‌هایی که ممکن است در قراردادهای بروز کند به «رفتار غیر معقول» باز می‌گردد. چنین رفتارهایی معمولاً از افرادی صادر می‌شود که به دلایل گوناگون مانند صغر سن و یا جنون توانایی بروز دادن رفتار معقول را ندارند. دومین دسته از کاستی‌هایی که ممکن است در یک قرارداد ظهور کند به بالا بودن هزینه‌های مبادله ارتباط دارد. دسته مهمی از این کاستی‌ها به فقدان یا عدم تقارن اطلاعات میان طرفین قرارداد باز می‌گردد. قانون قراردادهای در مواردی مانند عدم افشای اطلاعات، اعلام اطلاعات نادرست (فریب) و ... مقرراتی را وضع می‌کند که طرف‌های درگیر می‌توانند با مراجعه به محاکم خواستار اعمال این مقررات و تحدید یا ابطال قرارداد شوند. بدین ترتیب یکی دیگر از کارکردهای مهم قانون قراردادهای مقررات‌گذاری بر قراردادهای است (Cooter and Ulen, 2000).

بدین ترتیب در جهانی که هزینه‌های مبادله مخالف صفر است تعریف حقوق قراردادهای رغم محدودیت‌هایی که ممکن است بر مبادله‌کنندگان تحمیل نماید، می‌تواند به کاهش هزینه‌های مبادله منجر شود. قانون قراردادهای می‌تواند با طراحی قواعد مفروض، حقوق و وظایف متقابل طرفین قرارداد را در حالت‌هایی که معمولاً در متن آن ذکر نمی‌شود تعیین نماید. بر این اساس افراد می‌توانند به هنگام انعقاد قرارداد این دسته از حقوق و وظایف را مفروض بدانند و چانه‌زنی‌های خود را به مسایل معدودی همچون تعیین ارزش بسته‌های مالکیت یا همان تعیین قیمت محدود سازند. بدین‌سان روشن بودن قواعد مفروض می‌تواند کمک قابل توجهی به کاهش هزینه‌های انعقاد و اجرای قرارداد بنماید. مقررات‌گذاری بر کاستی‌های موجود در قراردادهای از جمله کاستی‌های اطلاعاتی نیز می‌تواند زمینه ایجاد تنش میان طرف‌های مبادله‌کننده را کاهش دهد و به تقلیل هزینه‌های نظارت و اعمال قرارداد کمک نماید. بدین‌سان با روشن

شدن قواعد مفروض و مقررات‌گذاری بر قراردادهای افراد از تحمل بخش مهمی از هزینه‌های مبادله (شامل هزینه‌های انعقاد و اجرای قرارداد و هزینه‌های نظارت و اعمال آن) معاف خواهند شد و این امر به نوبه خود کمک شایانی به تسهیل مبادلات و در نتیجه ارتقای کارایی در اقتصاد خواهد کرد.

## ۲. حقوق قراردادهای در شمال شبه جزیره عربستان پیش از ظهور اسلام

در قرن‌های پیش از ظهور اسلام در «جنوب شبه جزیره عربی» قوانین تجاری مشخصی وجود داشت. برای مثال بر اساس اسناد موجود یکی از پادشاهان یمن به نام «شمس یهرعش» قوانینی را ابلاغ کرده بود که ضوابط حاکم بر خرید و فروش را برای اهالی سبأ، مأرب و سایر سرزمین‌های تحت سلطه‌اش مشخص می‌کرد. بر اساس این قوانین که در حدود سال ۳۰۰ میلادی ابلاغ شده بود وظایف فروشنده و خریدار و نیز حقوق آنان از جمله حق خیار که مدت آن یک ماه بود، تعیین می‌شد (علی، ۱۹۷۰م، ج ۵، صص ۶۱۵-۶۱۴). البته چنانکه مشهور است در دهه‌های منتهی به ظهور اسلام، قدرت پادشاهان یمن افول کرده بود و بالطبع قوانین این سرزمین نفوذ چندانی در میان ساکنان دیگر سرزمین‌های شبه جزیره عربی نداشت (ابن هشام، ۱۳۷۵، صص ۴۶-۴۳؛ یعقوبی، ۱۳۷۴، ج ۱، صص ۲۴۴-۲۴۳).

در مقابل، چنانکه از شواهد تاریخی بر می‌آید «شمال شبه جزیره عربی»<sup>۱</sup> در روزگار پیش از ظهور اسلام فاقد قوانین مشخصی بود که انعقاد و اجرای قراردادها بر مبنای آن صورت پذیرد. فقدان چنین قوانینی نیز بالطبع معلول شرایط اقتصادی، اجتماعی و سیاسی شمال شبه جزیره بود. بسیاری از مردم این سرزمین در قالب قبایلی زندگی می‌کردند که همواره در پی آب و چراگاه در حرکت بودند و بدین سان گاه فرسنگ‌ها از هم فاصله داشتند. در چنین شرایطی تعاملات اقتصادی و اجتماعی هر فرد محدود به مبادله با سایر اعضای قبیله‌اش بود. بدین ترتیب مبادلات اعراب بیابانگرد بیشتر جنبه خویشاوندی داشت و از همین رو نیاز چندانی به تعریف قانون قراردادهای در معنای دقیق آن احساس نمی‌شد. در میان شهرنشینان نیز اگر چه مبادلات پیچیده‌تر و

گسترده‌تری رواج داشت، اما از دولتی که قوانین دقیقی را تعریف کند و بر اجرای آن نظارت داشته باشد خبری نبود (علی، ۱۹۷۰م، ج ۵، صص ۴۷۲-۴۶۹).

البته فقدان قانون قراردادهای در شمال شبه جزیره عربی به معنای آن نبود که ساکنان این سرزمین به کلی با حقوق قراردادهای ناآشنا باشند. جغرافیای طبیعی و سیاسی شمال شبه جزیره عربی ساکنان آنرا به تجارت و دامپروری تشویق می‌کرد. در برخی مناطق این سرزمین همچون یثرب نیز که آب و هوای مناسب‌تری داشتند کشاورزی رواج داشت (میکل، ۱۳۸۱ق، ج ۱، ص ۳۶). بدین ترتیب انتظار می‌رفت که در میان این قوم روش‌هایی برای انجام مبادلات تجاری و نیز گسترش محصولات کشاورزی وجود داشته باشد. به علاوه عرب مبادلات قابل توجهی نیز با اقوام و ملت‌های قدرتمند آن روزگار داشت و طبیعی بود که انجام این مبادلات بدون آشنایی با قوانین و مقررات تجاری آن سرزمین‌ها میسر نباشد (ابن حبیب، بی‌تا، ص ۱۶۲). بدین‌سان با توجه به سابقه وجود قوانین تجاری در جنوب شبه جزیره عربی و نیز در کشورهای همچون روم، طبیعی بود که عرب با قواعد و قوانین تجارت و مبادله کمابیش آشنایی داشته باشد. نیز بدیهی بود این آشنایی در میان شهرنشینان بیشتر باشد. از همین رو برخی قبایل اصول و قواعدی را پذیرفته بودند که در میان اعضایشان کمابیش اجرا می‌شد، اما این قواعد از قبیله‌ای به قبیله دیگر و از شهری به شهر دیگر تفاوت می‌کرد (علی، ۱۹۷۰م، ج ۷، ص ۳۱۲).

نکته مهم دیگری که بیان آن ضروری است رواج برخی شیوه‌های مبادله در میان عرب بود که امروزه از نگاه ما نامتعارف و غیر قابل قبول به نظر می‌آید. اینگونه مبادلات که در بخش ۶ به تفصیل معرفی خواهند شد عمدتاً با سوء استفاده از ناآگاهی طرف مقابل و مشکلات جدی اطلاعاتی همراه بود. برای مثال یکی از مبادلات مذکور تصریه نام داشت که با فریب طرف مقابل انجام می‌گرفت. نیز در مبادلاتی که در قالب معاومه، مزابنه و محافله انجام می‌شد مبیع مجهول بود و بدین ترتیب سود و زیان خریدار به شانس و اقبال وی بستگی داشت. منابذه، ملامسه و القاء الحجاره نیز بیشتر از آنکه به بیع شباهت داشته باشد به قمار شبیه بود؛ البته با این تفاوت که خریداران در بسیاری از اوقات ناچار بودند تن به انجام اینگونه مبادلات دهند (افغانی، ۱۹۶۰م،

صص ۴۸-۴۹). جالب آنکه رفتارهای غیر منطقی و پناه بردن به فال و قمار اختصاص به مبادلات تجاری عرب جاهلی نداشت. چنین رفتارهایی چنان در میان آنان رواج داشت که یعقوبی بخشی از کتاب تاریخش را بدان اختصاص داده است. به گفته یعقوبی ساکنان سرزمین عرب در همه کارهای خویش به فال و قمار متوسل می‌شدند و برای آنان سفر و حضر و ازدواجی پیش نمی‌آمد مگر آنکه به ازلام (تیرهای فال و قمار) رجوع می‌کردند (یعقوبی، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۳۳۸).

با ظهور اسلام نظام اجتماعی، سیاسی و حقوقی شمال شبه جزیره عربی دستخوش تحولی شگرف شد و قواعد نوینی بر تعاملات اقتصادی آن حاکم گشت. بخش مهمی از تعالیم آیین جدید به بازتعریف قواعد و مقررات حاکم بر مبادلات تجاری و سایر قراردادها و تعاملات انسانی اختصاص داشت. مراجعه‌ای کوتاه به منابع فقهی به وضوح نقش مهم حقوق قراردادها را در مجموعه تعالیم حقوقی اسلام نشان می‌دهد. چنانکه از این منابع بر می‌آید بخش مهمی از تعالیم اسلام به بیان قواعد و مقررات حاکم بر مبادلات تجاری اختصاص دارد. محقق حلی که از برجسته‌ترین فقهای شیعه است، مسایل مطرح در فقه اسلامی را به چهار بخش شامل عبادات، عقود، ایقاعات و احکام تقسیم کرده است. بخش عقود که شامل قواعد و مقررات ناظر بر قراردادها است عناوین مهمی همچون بیع، رهن، حجر، ضمان، صلح، شرکت، مضاربه، مزارعه و مساقات، ودیعه، عاریه، اجاره، وکالت، وقف و صدقات، سکنی و تحبیس، هبه، سبق و رمایه، وصیت و نکاح را در بر می‌گیرد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق.). چنانکه پیداست بخش مهمی از این عقود ماهیت اقتصادی دارد و بیانگر ضوابط حاکم بر مبادله اموال است. نگاهی کوتاه به عناوین و سرفصل‌های کتب فقهی پیش از محقق حلی (برای مثال بنگرید: طوسی، ۱۳۸۷ق؛ مفید، ۱۴۱۳ق؛ صدوق، ۱۴۱۵ق.) و پس از وی (برای مثال بنگرید: علامه حلی، ۱۴۱۳ق؛ شهید اول، ۱۴۱۰ق.) نیز اهمیت حقوق قراردادها را در فقه اسلامی نشان می‌دهد. به هر تقدیر فارغ از جزییات این نظام حقوقی، انتظار بر آن بود که برپایی آن بتواند با نظام‌مند نمودن انعقاد و اجرای قراردادها در شمال شبه جزیره عربی، یعنی سرزمینی که از اساس فاقد قانون قراردادها بود، نقش مهمی در کاهش هزینه‌های مبادله ایفا نماید.



### ۳. قواعد مفروض در تعالیم حقوقی اسلام

اکنون شایسته است به این سؤال پاسخ دهیم که آیا در تعالیم حقوقی اسلام نیز می‌توان رد پایی از قواعد مفروض پیدا کرد. به عبارت دیگر این سؤال قابل طرح است که آیا اسلام تمهیدی برای پر کردن شکاف‌های موجود در قراردادهای ناقص در نظر گرفته بود. طبیعی است که اجتماع مسلمانان نیز مانند هر اجتماع دیگری با پدیده ناقص بودن قراردادها دست به گریبان بود و انتظار می‌رفت که تعالیم اسلام در عرصه حقوق قراردادهای چاره‌ای برای آن بیاندیشد. در چنین شرایطی طبیعی بود که وجود قواعد مفروض به کاهش هزینه‌های مبادله و تشویق افراد به انجام مبادلات داوطلبانه کمک شایانی بنماید.

نگاهی کوتاه به منظومه تعالیم حقوقی اسلام نشان می‌دهد که آنچه را فقهای مسلمان «قواعد فقه» خوانده‌اند بخش مهمی از کارکردهای قواعد مفروض را به انجام می‌رسانیده است. چنانکه گفتیم قواعد مفروض به قواعدی اطلاق می‌شود که حقوق و وظایف متقابل طرفین قرارداد را در مواردی که در متن قرارداد تصریح نشده است مشخص می‌نماید. به عبارت دیگر قواعد مفروض به دادگاه‌ها اجازه می‌دهد تا طرفین قرارداد را به انجام اقداماتی که به صراحت در متن قرارداد ذکر نشده است ملزم یا از انجام برخی اقدامات معاف نمایند. آنچه در میان فقهای مسلمان به قواعد فقه مشهور است کارکردی شبیه قواعد مفروض دارد و می‌تواند با پر کردن شکاف‌های موجود در قراردادهای، بر مشکلات ناشی از ناقص بودن قرارداد غالب آید. برای درک روشن‌تر این موضوع کافی است به برخی از قواعد مشهور فقهی همچون قاعده ضمان ید و قاعده عدم ضمان امین که در بسیاری از قراردادهای کاربرد دارد اشاره کنیم. یکی از حالات مهمی که ممکن است در زمان اجرای قراردادهای زمان‌دار نظیر اجاره، عاریه و ودیعه روی دهد امکان تلف شدن مال مورد مبادله است. به علاوه ممکن است طرفین قرارداد به هر دلیل چنین حالتی را در متن قرارداد نادیده گرفته و قرارداد را در آن مورد مسکوت گذارده باشند. بدین ترتیب می‌توان ادعا کرد که قرارداد مذکور در این مورد ناقص است و بنابراین قانون قراردادهای می‌تواند نقش مهمی در پر کردن شکاف مربوط

به حقوق و وظایف ناشی از تلف شدن مال مورد مبادله داشته باشد. در چنین شرایطی قاعده‌های ضمان ید و عدم ضمان امین می‌توانند به پر شدن شکاف موجود در قرارداد کمک شایانی بنمایند. بر اساس این قواعد آن کس که مال دیگری در دست وی تلف شده است ضامن جبران خسارت وارد شده به مالک است؛ مگر آن که خسارت‌زننده بر اساس قوانین اسلامی امین به شمار آید و در هنگام تلف شدن مال تعدی و تفریط نکرده باشد (فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، صص ۴۴-۲۹ و صص ۱۶۵-۸۳؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق.، ج ۲، صص ۲۸۰-۲۲۹؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق.، ج ۲، صص ۲۲-۷).

متأسفانه فقهای مسلمان درباره تعریف قواعد فقه و دایره شمول آن و بالطبع درباره تقسیم‌بندی این قواعد اجماع نظر ندارند و همین امر نیز بحث درباره این قواعد و تحلیل کارکرد آن‌ها را دشوار می‌سازد (برای آگاهی از اختلاف نظر فقها در مورد قواعد فقه بنگرید: فاضل لنکرانی، ۱۳۸۳، صص ۲۵-۸؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق.، ج ۱، صص ۲۸-۱۷). به رغم همه این تفاوت‌ها شکی نیست که بخش مهمی از قواعد فقه به بیان قواعد حاکم بر قراردادهای اختصاص دارد. برای مثال شهید اول در کتاب شهیر «القواعد و الفوائد» بیش از ۳۶ قاعده فقهی را ذیل عنوان قواعد قراردادهای ذکر و به بحث و بررسی آن‌ها اقدام کرده است (شهید اول، ۱۴۰۰ق.، ج ۲، صص ۲۸۲-۲۳۵). علاوه بر قواعدی که اختصاص به حقوق قراردادهای دارند دسته دیگری از قواعد فقهی که در ابواب مختلف فقه مانند عبادات و معاملات کاربرد دارند نیز می‌توانند نقش مهمی در پر کردن شکاف‌های موجود در قراردادهای ناقص داشته باشند. بنا بر بعضی اقوال، قواعدی مانند قاعده لاضرر، لاجرح و اصالة الصحة از اینگونه قواعد فقهی بشمار می‌آیند (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق.، ج ۱، ص ۲۶). به هر تقدیر صرف‌نظر از اختلافاتی که در تعریف قواعد فقه در میان حقوق‌دانان مسلمان وجود دارد آنچه می‌تواند مبنای شناخت قواعد مفروض قرار گیرد کارکردی است که برای این عقود بر شمردیم. بدین ترتیب با توجه به تعریف فوق علاوه بر قواعد فقه، هر ضابطه حقوقی دیگری نیز که بتواند در پر کردن شکاف‌های موجود در قراردادهای ناقص نقش داشته باشد از قواعد مفروض به شمار می‌آید.

اکنون اگر نگاهی دوباره به تعریف قواعد مفروض بیفکنیم می‌توانیم «عقود معین» پذیرفته شده در فقه اسلامی را نیز در عداد قواعد مفروض به شمار آوریم. چنانکه اشاره رفت بخش بسیار مهمی از کتاب‌های فقهی دانشمندان مسلمان به بیان عقود معین از جمله عقد بیع، اجاره، مضاربه، مزارعه و مساقات اختصاص دارد. این عقود را از آن جهت می‌توان در عداد قواعد مفروض به شمار آورد که چارچوب‌های روشن و مشخصی را برای انجام مبادلات گوناگون فراهم می‌آورند. انعقاد قراردادهای در چارچوب عقود معین به معنای پذیرش ضوابط و دستورالعمل‌های مشخصی است که تعالیم حقوقی اسلام برای انجام اینگونه مبادلات تعیین کرده است. روشن است که چنین ضوابط و دستورالعمل‌هایی می‌توانند نقش مهمی در پر کردن شکاف‌های موجود در قراردادهای داشته باشند. از طرف دیگر می‌توان ادعا کرد که پذیرش این عقود و انعقاد قرارداد در قالب یکی از آنها طرفین مبادله را از احصای تک تک حالت‌های محتمل بی‌نیاز می‌سازد؛ به عبارت دیگر طرفین قرارداد می‌توانند با مفروض گرفتن ضوابط و دستورالعمل‌های مذکور، از تحمل بخش مهمی از هزینه‌های مبادله معاف شوند.

برای مثال یکی از مشهورترین عقود معین که در فقه اسلامی اهمیتی فراوان دارد عقد بیع است. انعقاد قرارداد در چارچوب عقد بیع طرفین را از تعیین بسیاری از حالت‌های ممکن و چانه‌زنی بر سر حقوق و وظایفشان در این حالات بی‌نیاز می‌سازد. برای مثال تعالیم حقوقی اسلام ضوابط قبض مبیع و تسلیم ثمن در عقد بیع را مشخص کرده و تکلیف بسیاری از حوادثی را که در این فاصله ممکن است اتفاق بیافتد تعیین نموده است. یکی از این اتفاقات احتمال تلف شدن مبیع، پس از انعقاد قرارداد و پیش از تحویل مبیع به خریدار است. بر اساس فقه اسلامی هرگاه مبیع در چنین شرایطی تلف شود خسارت وارده متوجه فروشنده خواهد بود. به عبارت دیگر اگر چه به محض انعقاد قرارداد مالکیت کالای فروخته شده متعلق به مشتری است، اما اگر کالا پیش از تحویل به مشتری در نزد فروشنده تلف شود فروشنده موظف است خسارت مذکور را بپذیرد و از عهده تعهدی که به خریدار دارد برآید (محقق داماد، ۱۳۸۳ق، ص ۱۷۹؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۴۵۹).

#### ۴. مقررات‌گذاری بر قراردادهای در اسلام

در این بخش از مقاله و بخش آتی به اختصار مسأله مهم مقررات‌گذاری بر قراردادهای را بررسی خواهیم کرد. هدف از مقررات‌گذاری بر قراردادهای غلبه بر برخی کاستی‌هایی است که ممکن است در قراردادهای بروز کند و مشکلاتی را متوجه طرفین قرارداد نماید. در چنین شرایطی معمولاً قانون از اعمال برخی مفاد قرارداد خودداری می‌کند و یا دست کم فرد زیان‌دیده را به شکل ویژه مورد حمایت قرار می‌دهد. همانطور که گفتیم بخش مهمی از کاستی‌هایی که ممکن است در قراردادهای ظهور کند ناشی از برخی کاستی‌های اطلاعاتی است. چنانکه می‌دانیم عدم تقارن اطلاعات امری طبیعی است و نمی‌توان از طرفین یک مبادله انتظار داشت که همه اطلاعات خویش را در اختیار طرف مقابل قرار دهند؛ زیرا حتی اگر انجام چنین کاری امکان‌پذیر باشد دست کم در بسیاری موارد پرهزینه و طاقت فرساست. با این حال همواره این احتمال وجود دارد که برخی افراد از عدم تقارن اطلاعات سوء استفاده کنند و زیان‌هایی را از این طریق به طرف مقابل وارد سازند. بدیهی است اگر قانون قراردادهای در چنین شرایطی ساکت باشد و از فرد زیان‌دیده حمایت نکند، نااطمینانی‌های موجود در اقتصاد افزایش خواهد یافت و بدین‌سان موجب بالا رفتن هزینه‌های مبادله خواهد شد. بر این اساس انتظار می‌رود قانون قراردادهای با وضع مقررات مناسب از بروز چنین شرایطی جلوگیری کند و امکان سوء استفاده از کاستی‌های اطلاعاتی را به حداقل برساند (Schwartz & Wilde, 1979).

پیش از آنکه بحث درباره مقررات‌گذاری بر کاستی‌های اطلاعاتی را آغاز کنیم شایسته است توضیحاتی را درباره نقش اطلاعات در تعیین هزینه‌های مربوط به انجام هر مبادله بیان نماییم. روشن است که اگر اطلاعات طرفین مبادله در هنگام انعقاد قرارداد کامل باشد هزینه‌های مبادله بشدت کاهش خواهد یافت و به سوی صفر میل خواهد کرد. با این حال نباید فراموش کنیم که وجود نااطمینانی و ناقص بودن اطلاعات از ویژگی‌های اساسی جهان واقعی است و به همین دلیل نیز نباید انتظار داشت که انعقاد و اجرای قراردادهای با اطلاعات کامل همراه باشد. روشن است که حتی اگر طرفین در هنگام انعقاد قرارداد اطلاعاتی کامل درباره خصوصیات کالاهای مورد مبادله

داشته باشند باز هم نمی‌توانند با اطمینان رفتار طرف مقابل را در زمان اجرای قرارداد پیش‌بینی نمایند.

در جهان واقع بسیاری از مبادلات در حالی انجام می‌گیرد که اطلاعات طرفین مبادله درباره ابعاد گوناگون قرارداد نامتقارن است. اقتصاددانان اطلاعات مرتبط با هر مبادله را به دو دسته شامل اطلاعات خصوصی و اطلاعات عمومی تقسیم می‌کنند. اطلاعات عمومی به آن بخش از اطلاعات موجود گفته می‌شود که طرفین مبادله بطور یکسان به آن دسترسی دارند. در مقابل به آن بخش از اطلاعات که تنها در اختیار یکی از طرفین مبادله قرار دارد و طرف دیگر از آن بی‌خبر است اطلاعات خصوصی اطلاق می‌شود (Cooter & Ulen, 2000). نکته مهمی که توجه به آن ضروری است آن است که اطلاعات خصوصی نه تنها لزوماً با کارایی تعارض ندارد بلکه در اغلب اوقات مشوق انجام مبادله است و افراد می‌توانند از طریق مذاکره و چانه‌زنی‌های خصوصی بر مشکلات بالقوه ناشی از عدم تقارن اطلاعات فایز آیند. برای مثال فرض کنید یک فرد دانش دقیقی در مورد چگونگی بهره‌برداری بهتر از یک زمین کشاورزی دارد. بدیهی است اگر فرد مذکور بتواند کنترل این زمین را به دست گیرد تولید محصول و در نتیجه کارایی تخصیصی افزایش خواهد یافت. در چنین شرایطی فرد می‌تواند با مالک زمین وارد مذاکره شود و زمین را از وی خریداری کند و یا دست کم آنرا اجاره نماید و یا با وی قرارداد مشارکت در تولید منعقد کند. چنانکه روشن است در چنین مواردی عدم تقارن اطلاعات نه تنها آسیبی به طرفین مبادله وارد نمی‌نماید بلکه می‌تواند منجر به تشویق مبادله و افزایش کارایی در یک اقتصاد شود. به همین دلیل نیز قانون در بسیاری از موارد، قراردادهایی را که با عدم تقارن اطلاعات همراه باشند به رسمیت می‌شناسد و آنها را اعمال می‌نماید.

مقررات‌گذاری بر کاستی‌های اطلاعاتی موجود در قراردادهای هنگامی ضرورت پیدا می‌کند که یکی از طرفین قرارداد از عدم تقارن اطلاعات سوء استفاده کند و از اطلاعات خصوصی خویش برای بازتوزیع غیر منصفانه ثروت به نفع خود استفاده نماید. چنانکه می‌دانیم بسیاری از قراردادهای علاوه بر آنکه باعث افزایش تولید و ارتقای کارایی می‌شوند بر بازتوزیع ثروت نیز مؤثرند و می‌توانند توزیع ثروت را تحت تاثیر

خویش قرار دهند. با این حال گاه یک قرارداد بگونه‌ای رقم می‌خورد که بازتوزیع ثروت را بگونه‌ای غیر منصفانه به نفع یکی از طرفین تغییر می‌دهد. تقلب یا تدلیس از جمله اموری است که می‌تواند منجر به پیدایش چنین وضعیتی شود. بنا به تعریف تقلب هنگامی واقع می‌شود که یکی از طرفین اطلاعاتی را که خلاف واقع است در اختیار طرف مقابل قرار دهد (Rubin, 1991; Craswell, 1991; Lott, 1996). در این حالت تعالیم حقوقی اسلام بر اساس قاعده فقهی «المغرور یرجع الی من غاره» طرف متقلب را مسئول جبران خساراتی می‌داند که به طرف مقابل وارد ساخته است (درباره مفاد این قاعده بنگرید: محقق داماد، ۱۳۸۳ق.، ص ۱۶۲).

به علاوه بر اساس تعالیم حقوقی اسلام هرگاه قرارداد بگونه‌ای باشد که موجب بازتوزیع غیر منصفانه ثروت به نفع یکی از طرفین قرارداد شود طرف مقابل مجاز است با استفاده از حق خیار، قرارداد مذکور را بطور یک جانبه فسخ نماید (شهید اول، ۱۴۱۰ق.، ص ۱۲۰). بطور کلی بخش مهمی از آنچه در فقه اسلامی با نام خیار است شناخته می‌شود، ارتباط نزدیکی با کاستی‌های اطلاعاتی موجود در قراردادها دارد. برای مثال یکی از خیارها پذیرفته شده در اسلام خیار تدلیس است. تدلیس زمانی اتفاق می‌افتد که یکی از طرفین قرارداد با هدف بازتوزیع ثروت به نفع خویش طرف مقابل را فریب دهد. در چنین حالتی فرد مقابل می‌تواند قرارداد را به صورت یک جانبه فسخ نماید (شهید اول، ۱۴۱۷ق.، ج ۳، صص ۲۷۸-۲۷۶). یکی دیگر از خیارها که ارتباط روشنی با کاستی‌های اطلاعاتی دارد خیار غبن است. منظور از غبن آن است که فرد بر اثر ناآگاهی یا فریب، کالایی را به قیمتی متفاوت از قیمت رایج در بازار خریداری نماید. در این صورت اگر تفاوت قیمت به حدی باشد که عرفاً غیر قابل اغماض تلقی شود، فرد زیان‌دیده می‌تواند از حق خیار استفاده و قرارداد را فسخ نماید (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق.، ج ۳، صص ۶۶۴-۶۶۳). بدین ترتیب اگر چه مقررات حقوقی اسلام چنین قراردادهایی را صحیح می‌شمارد، اما به طرف زیان‌دیده این حق را می‌دهد تا در صورت عدم رضایت، قرارداد را بطور یکجانبه فسخ نماید.

دلیل دیگری که مقررات‌گذاری بر قراردادها را توجیه می‌کند فقدان یا کمبود اطلاعات عمومی در مورد دارایی‌های مورد مبادله است. چنانکه گفتیم اطلاعات عمومی

به آن بخش از اطلاعات مربوط به قرارداد اطلاق می‌شود که طرفین مبادله بطور یکسان به آن دسترسی دارند. بر این اساس فقدان اطلاعات عمومی درباره دارایی مورد مبادله در شرایطی اتفاق خواهد افتاد که یکی از طرفین یا هر دو نسبت به کالای مورد مبادله یا ویژگی‌ها و صفات محوری آن دچار جهل باشند (Schwartz, & Wilde, 1979). وجود جهل در چنین حالتی به معنای فقدان اطلاعات عمومی یا کمبود مفرط آن در زمان انعقاد قرارداد است. البته این مورد نیز مانند مورد قبل می‌تواند به انتقال غیر منصفانه ثروت به یکی از طرفین منجر شود، اما تفاوت در آنجاست که در این مورد، گاه هیچ یک از طرفین از نحوه توزیع ثروت پس از انجام مبادله اطلاع ندارد و تنها از روی بخت‌آزمایی تن به مبادله می‌دهد. برای مثال یکی از روش‌های مبادله رایج در میان عرب جاهلی بیع الحصة نام داشت. در این روش، فروشنده گله‌ای از گوسفندان را حاضر می‌کرد و به خریدار می‌گفت سنگریزه‌ای را در دست گیر و به سوی گوسفندان پرتاب کن. آن‌گاه بی آنکه ارزش هر گوسفند مشخص باشد به او می‌گفت سنگریزه به هر گوسفندی که برخورد کرد در مقابل فلان مبلغ به تو تعلق خواهد داشت (علی، ۱۹۷۰م، ج ۷، صص ۳۸۸-۳۸۷). طبیعی است که نظام‌های حقوقی رغبت چندانی به شناسایی و اعمال چنین قراردادهایی نداشته باشند. یکی از دلایل این امر آن است که مجهول بودن کالا یا خدمات مورد مبادله می‌تواند زمینه‌ساز بروز نزاع و اختلاف باشد و بالطبع هزینه‌های نظارت و اعمال قرارداد را افزایش دهد. به همین دلیل انتظار بر آن است که قانون قراردادهای طرفین مبادله را موظف کند بخشی از اطلاعات خصوصی خویش را که برای رفع جهالت نسبت به دارایی‌های مورد مبادله ضروری است، به اشتراک بگذارند و بدین ترتیب آنرا به اطلاعات عمومی تبدیل سازند.

یکی از شرایط اساسی صحت قراردادهای در تعالیم حقوقی اسلام معلوم بودن دارایی‌های مورد مبادله است. بر این اساس اگر در هنگام انعقاد قرارداد مقدار، جنس و ویژگی‌های محوری دارایی‌های مورد مبادله مجهول باشد، قرارداد صحیح نخواهد بود (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۱). برخی از فقهای مسلمان جهل را موجب غرر دانسته و بر همین مبنا جهل را از اسباب ابطال قرارداد به شمار آورده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۲۶۴). چنانکه می‌دانیم یکی از موضوعات مهم مطرح در حقوق

اسلامی قاعده «نفی غرر» است. اگر چه مفاد و دلالت‌های این قاعده همواره در میان فقهای مسلمان مورد مناقشه بوده است، اما فقهای مسلمان با تکیه بر این قاعده انجام بسیاری از مبادلات را نامشروع شمرده و حکم به ابطال اینگونه مبادلات داده‌اند.<sup>۱۱</sup> برای مثال شیخ طوسی در کتاب شهیر المبسوط باب مستقلی را به بیع الغرر اختصاص داده و در ذیل آن انجام بسیاری از مبادلاتی را که غرری محسوب شده‌اند باطل شمرده است (طوسی، ۱۳۸۷ق.، ج ۲، صص ۱۶۰-۱۵۵)<sup>۱۲</sup>. صاحب کتاب دعائم الاسلام نیز از امام صادق(ع) نقل کرده است که پیامبر(ص) مسلمانان را از بیع غرری منع فرمود. نویسنده مذکور بیع غرری را شامل هر بیعی دانسته است که در آن دارایی مورد مبادله برای طرفین یا یکی از آنان مجهول باشد (تمیمی مغربی، ۱۳۸۵ق.، ج ۲، ص ۲۱). به هر تقدیر انعقاد قرارداد در حالتی که هویت مبیع مجهول است، باطل است. در چنین حالتی حتی اگر مشتری مبیع را قبض کند ضامن خواهد بود و باید آنرا به فروشنده بازگرداند. زیرا بر اساس قاعده فقهی «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» هرگاه قراردادی در صورت صحت ضامن‌آور باشد انعقاد آن قرارداد در صورت فساد نیز ضامن‌آور خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق.، ج ۳، ص ۲۶۵؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق.، ج ۲، صص ۱۲۸-۱۰۱).

به هر تقدیر وجود طیف وسیعی از مقررات ناظر بر کاستی‌های اطلاعاتی در قراردادهای می‌توانست نقش مهمی در کاهش نااطمینانی‌های موجود در اقتصاد داشته باشد و از این طریق به کاهش هزینه‌های مبادله کمک بنماید. در بخش بعد به تفصیل برخی از روش‌های مبادله رایج در عصر جاهلی را که در اسلام ممنوع شد بررسی کرده و نشان می‌دهیم ممنوعیت مذکور را می‌توان از مصادیق مقررات‌گذاری بر کاستی‌های اطلاعاتی موجود در قراردادهای به شمار آورد.

#### ۵. ممنوعیت برخی روش‌های مبادله رایج در عصر جاهلی

یکی دیگر از شواهد مهمی که کارکرد نظام حقوق قراردادهای در اسلام را در کاهش هزینه‌های مبادله نشان می‌دهد، نوع برخورد اسلام در قبال برخی روش‌های مبادله رایج در عصر جاهلی است. چنانکه از گزارش‌های تاریخی بر می‌آید اسلام برخی روش‌های مبادله رایج در میان ساکنان شمال شبه جزیره عربی را ممنوع ساخت. برخی تاریخ



نگاران معاصر همچون دکتر جواد علی و سعید افغانی کوشیده‌اند شواهد تاریخی مربوط به این موضوع را جمع‌آوری نمایند. آنگونه که از گزارش این افراد بر می‌آید ساکنان شبه جزیره عربی در مبادلات خویش از روش‌هایی همچون بیع الحصاه، منابذه، ملامسه، حبل‌الجبلة، تصریر، تلقی رکبان و بیع الحاضر للبادی استفاده می‌کردند (افغانی، ۱۹۶۰م.، صص ۵۷-۴۶؛ علی، ۱۹۷۰م.، ج ۷، صص ۳۹۹-۳۸۷). البته برخی از روش‌ها به زمان و مکان خاص اختصاص داشت. برای مثال به گفته ابن حیب بیع الحصاه در بازارهای دومة‌الجندل و شحر رایج بود و ملامسه در بازار مشقر رواج داشت (ابن حیب، بی‌تا، صص ۲۶۸-۲۶۳). همچنین چنانکه زمخشری در تفسیر کشاف نقل کرده است تجارت اهل مدینه با کم‌فروشی همراه بود و روش‌های مبادله‌ای چون منابذه و ملامسه در میانشان رواج داشت؛ به همین سبب خداوند آیات نخستین سوره مطففین را نازل کرد و آنان را از کم‌فروشی نهی فرمود (زمخشری، ۱۹۶۶م.، ج ۴، ص ۲۲۹). به هر حال مراجعه به منابع و مآخذ گوناگون تردیدی در رواج شیوه‌های مذکور در میان عرب جاهلی باقی نمی‌گذارد. چنانکه در ادامه نشان خواهیم داد بخش مهمی از این روش‌ها آمیخته با کاستی‌های اطلاعاتی شدید بود و در نتیجه ممنوعیت مبادله در قالب این روش‌ها از مصادیق مقررات‌گذاری بر قراردادهای بر شمار می‌آمد. شاید مهمترین دلیلی که این استدلال را تقویت می‌کند آن باشد که فقها عمده این موارد را ذیل عنوان بیع غرری مورد بحث قرار داده‌اند (تمیمی مغربی، ۱۳۸۵ق.، ج ۲، صص ۲۳-۲۱؛ طوسی، ۱۳۸۷ق.، ج ۲، صص ۱۶۰-۱۵۵).

اولین روش از روش‌های مبادله رایج در عصر جاهلی که در این بخش به آن اشاره خواهیم کرد روشی بود که با پرتاب سنگ انجام می‌گرفت و به بیع الحصاه معروف بود. به گفته شیخ طوسی بیع الحصاه به این صورت بود که فروشنده به خریدار اعلام می‌کرد من این زمین را تا هر کجا که سنگ تو به آن اصابت کند در مقابل فلان مبلغ به تو فروختم. این روش در فروش سایر کالاها همچون پارچه نیز کاربرد داشت. در این مورد نیز فروشنده به خریدار می‌گفت سنگریزه‌ای را به دست بگیر و پرتاب کن، زیرا من پارچه‌ای را که سنگریزه به آن اصابت کند به فلان مبلغ به تو فروختم. شیخ طوسی اینگونه قراردادهای را به سبب جهلی که نسبت به مبیع در آن وجود دارد مردود شمرده

است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۵۹). نویسندگان معاصر با مراجعه به کتب لغت و تاریخ، مصادیق دیگری را نیز برای این بیع شمرده‌اند که تقریباً در همه آن‌ها مبیع مجهول بوده است (افغانی، ۱۹۶۰م، ص ۴۶؛ علی، ۱۹۷۰م، ج ۷، صص ۳۸۸-۳۸۷). به هر تقدیر پیامبر(ص) عرب را از انجام مبادله در قالبی که بیع الحصة خوانده می‌شد نهی فرمودند (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰۰، ص ۸۰؛ ابی داوود، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۱۹؛ مسلم، بی تا، ج ۵، ص ۳).

روش دوم منابذه نام داشت. منابذه در لغت به معنای به معنای پرتاب کردن یک شیء با استفاده از دست بود (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۵۱۱). چنانکه شیخ طوسی گفته است منابذه آن بود که شخص پارچه‌ای را بی آنکه دیده باشد می‌خرد و فروشنده به او می‌گفت هنگامی که پارچه را به سوی تو انداختم، پارچه در مقابل فلان مبلغ از آن تو است و بیع قطعی خواهد بود. بدین سان خریدار حق نداشت که پس از دیدن پارچه و آگاهی از طول و عرض و سایر اوصاف آن معامله را فسخ کند. شیخ این مورد را نیز به سبب مجهول بودن مبیع از مصادیق بیع غرری شمرده و انجام آنرا به این دلیل و نیز به سبب نهی پیامبر(ص) ناصحیح دانسته است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۵۸). اهل لغت حالت‌های دیگری را نیز برای منابذه نقل کرده‌اند که در آن موارد نیز جهل به مبیع به چشم می‌آید (ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۵۱۲؛ طریحی، ۱۴۱۶ق، ج ۳، ص ۱۹۰). برخی نیز منابذه و بیع الحصة را یک بیع شمرده و بالطبع یک حکم برای هر دو نقل کرده‌اند (تمیمی مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، ص ۲۲). در جوامع حدیثی مسلمانان اعم از شیعیان و اهل سنت نیز احادیثی نقل شده است که نشان می‌دهد پیامبر اکرم(ص) از منابذه نهی کرده است (مجلسی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰۰، ص ۸۰؛ ابی داوود، ۱۴۱۰ق، ج ۲، صص ۱۱۹-۱۲۰؛ مسلم، بی تا، ج ۵، ص ۲).

روش سومی که عرب جاهلی در مبادلات خویش به کار می‌برد ملامسه نام داشت. ملامسه آن بود که فروشنده پارچه‌ای را که پیچیده بود و بالطبع طول و عرض و اوصاف آن مشخص نبود به خریدار می‌فروخت و به وی می‌گفت به محض آنکه پارچه را لمس کنی پارچه در مقابل فلان قیمت به تو تعلق خواه داشت. در این مورد نیز خریدار حق نداشت پس از آگاهی از مشخصات حقیقی پارچه، بیع را فسخ کند. شیخ

طوسی حدیثی را از ابوسعید خدری، از اصحاب بزرگ رسول خدا(ص)، نقل کرده است که پیامبر(ص) از منابذه و ملامسه نهی فرموده است. شیخ طوسی و علامه حلی با تکیه بر این حدیث و نیز با توجه به آنکه مبیع در ملامسه مجهول است حکم به عدم صحت آن داده و این حکم را اجماعی شمرده‌اند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۱۵۸؛ علامه حلی، بی تا، ج ۱۰، ص ۶۹). علمای حدیث برجسته اهل سنت نیز در کتاب‌های خویش روایاتی را نقل کرده‌اند که بر اساس آن پیامبر اکرم(ص) مسلمانان را از مبادله در قالب منابذه و ملامسه نهی فرموده‌اند (ابی داوود، ۱۴۱۰ق، ج ۲، صص ۱۱۹-۱۲۰؛ مسلم، بی تا، ج ۵، ص ۲).

روش دیگری که در مبادلات عرب رواج داشت حبل الحبله بود. به گفته علامه حلی در کتاب شهیر تذکره الفقهاء دو معنا برای این روش ذکر شده است. برخی حبل الحبله را به معنای خرید جنین داخل شکم شتر دانسته‌اند. بدیهی است از آنجا که اوصاف و ویژگی‌های جنین پیش از تولد نامعلوم است، مبیع در حبل الحبله مجهول خواهد بود و بر همین اساس می‌توان حکم به ممنوعیت آن داد. معنای دیگر حبل الحبله آن است که شخص کالایی را به صورت مؤجل (زمان‌دار) خریداری کند و پرداخت قیمت آنرا تا زمان تولد جنین شتری معلوم به تعویق بیندازد. چنانکه روشن است در این مورد اجل مجهول است. فقهای مسلمان حبل الحبله را در هر دو معنای آن باطل شمرده‌اند (علامه حلی، بی تا، ج ۱۰، ص ۶۹). حبل الحبله را نه تنها می‌توان از مصادیق بیع غرری به شمار آورد، بلکه این بیع بطور مستقیم با نهی پیامبر(ص) روبرو شده است (ابی داوود، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۲۰؛ مسلم، بی تا، ج ۵، ص ۳).

چنانکه روشن است در مبادلاتی که بر اساس این روش‌ها انجام می‌گرفت طرفین مبادله یا دست کم یکی از آنان شناخت روشنی از ماهیت مبیع نداشتند. برای مثال در بیع الحصاة هیچ یک از طرفین به درستی نمی‌دانست که سنگریزه خریدار چه مسافتی از زمین را خواهد پیمود و یا به کدام پارچه اصابت خواهد کرد. به عبارت دیگر اینگونه مبادلات با فقدان اطلاعات عمومی درباره هویت مبیع همراه بود. چنانکه در بخش پیش گفتیم مبادلاتی که در غیاب اطلاعات عمومی لازم درباره هویت مبیع انجام می‌گیرد، می‌تواند به بروز نزاع و اختلاف منجر شود و از این طریق هزینه‌های مبادله را افزایش

دهد. گزارشی که نویسنده کتاب دعائم الاسلام به نقل از امام صادق(ع) آورده است این استدلال را تأیید می‌کند. بر اساس این گزارش در روزگار رسول خدا(ص) خرید و فروش میوه قبل از آشکار شدن سلامت و صلاح آن رواج داشت. گاه پس از انجام بیع آفتی در درخت پدید می‌آمد که میوه را نابود می‌کرد. نتیجه چنین امری ایجاد اختلاف بین خریدار و فروشنده و مراجعه آنان به رسول خدا(ص) برای داوری بود. به گفته امام صادق(ع) این منازعات چنان در میان عرب گسترش یافت که رسول خدا(ص) آنان را از اینگونه مبادلات نهی فرمودند (تمیمی مغربی، ۱۳۸۵ق، ج ۲، صص ۲۵-۲۴).

علاوه بر روش‌هایی که در سطور فوق به آن‌ها اشاره رفت در میان عرب مبادلاتی رواج داشت که در آن از اطلاعات خصوصی برای بازتوزیع غیر منصفانه ثروت به نفع یکی از طرفین مبادله سوء استفاده می‌شد. یکی از این روش‌ها که می‌توان آنرا از مصادیق بارز تدلیس و تقلب به شمار آورد تصریه بود. تصریه عبارت از آن بود که مالک برای آنکه بتواند حیوانی را به قیمت بالاتری بفروشد چند روز از دوشیدن آن خودداری می‌کرد تا شیر در پستان حیوان جمع شود و خریدار به خطا گمان برد که حیوان مورد مبادله حیوانی پر شیر است. فقهای مسلمان انجام چنین عملی را حرام و موجب خیار دانسته‌اند. به عبارت دیگر تعالیم حقوقی اسلام به خریدار اجازه می‌دهد تا در صورت آگاهی از وقوع چنین امری قرارداد را بطور یکجانبه فسخ نماید (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، صص ۱۰۳-۱۰۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۵۰۱). تحریم این مبادله ریشه در احادیثی دارد که بیانگر دستور پیامبر اکرم(ص) بر خودداری مسلمانان از تصریه است (ابی داوود، ۱۴۱۰ق، ج ۲، صص ۱۳۳-۱۳۲؛ ابن ماجه، بی‌تا، ج ۲، ص ۷۵۳؛ مسلم، بی‌تا، ج ۵، صص ۶-۷).

به هر تقدیر از آنچه در این بخش گفته شد می‌توان نتیجه گرفت که بخش مهمی از روش‌های مبادله عصر جاهلی که با نهی اسلام مواجه شد کاستی‌های اطلاعاتی قابل توجه به همراه داشت. چنانکه گفتیم در مبادلاتی همچون بیع الحصاة، منابذه، ملامسه و حبل الحبله میبع مجهول بود و همین امر می‌توانست موجب نزاع و اختلاف شود. بدون شک انجام مبادله در چنین قالب‌هایی نمی‌توانست هزینه‌های مبادله را کاهش دهد. به

عکس، چنین مبادلاتی هزینه‌هایی از جنس هزینه‌های نظارت و اعمال قرارداد را افزایش می‌داد و موجب افزایش مراجعه به محاکم و دادگاه‌ها می‌شد.

### جمع‌بندی

در این مقاله در پی آن بودیم که بدانیم تعالیم اسلام در عرصه حقوق قراردادهای چه تاثیری بر هزینه‌های مبادله داشت. چنانکه دیدیم تا هنگامی که هزینه‌های مبادله مساوی صفر است، افراد می‌توانند قراردادهایی کامل منعقد نمایند؛ بدین معنا که حقوق و وظایف طرفین مبادله در همه حالات محتمل الوقوع را در متن قرارداد تصریح نمایند. طبیعی است که در چنین حالتی نیازی به قانون قراردادهای وجود نخواهد داشت و حتی بیم آن می‌رود که وضع قانون با اعمال محدودیت‌های بی‌مورد موجب افزایش هزینه مبادله شود. اما چنانکه روشن است در جهان واقعی که نااطمینانی جزء لاینفک آن است، هزینه‌های مبادله مخالف صفر است و به همین دلیل بسیاری از قراردادهای ناقص خواهند بود. همانگونه که گفته شد تعیین قواعد مفروض و مقررات‌گذاری بر قراردادهای از جمله روش‌هایی است که حقوق قراردادهای از خلال آن می‌تواند به کاهش هزینه‌های مبادله کمک نماید.

در مقاله حاضر کوشیدیم با تکیه بر شواهد تاریخی و فقهی نقش تعالیم حقوقی اسلام را در کاهش هزینه‌های مبادله روشن نماییم. چنانکه از شواهد تاریخی بر می‌آید سرزمین‌های واقع در شمال شبه جزیره عربی در روزگار پیش از ظهور اسلام فاقد نظام حقوقی روشن و مشخصی بود که حقوق قراردادهای را تعریف نماید. با ظهور اسلام در شمال شبه جزیره عربی این وضعیت تغییر یافت. اسلام بر پایه تعالیمی که ریشه در وحی و آموزه‌های آسمانی داشت نظام حقوقی جدیدی را تأسیس کرد و آنرا پایه اداره اجتماع و دولت قرار داد. بدیهی بود تأسیس یک نظام حقوقی جدید در سرزمینی که از اساس فاقد نظام حقوق قراردادهای بود می‌توانست نقش مهمی در کاهش هزینه‌های مبادله داشته باشد.

در بخش مربوط به شواهد فقهی و حقوقی نیز دیدیم که بسیاری از موازین وضع شده در تعالیم حقوقی اسلام از جمله قواعد فقهی و عقود معین، بیانگر حقوق و

وظایف طرفین قرارداد در حالاتی بود که معمولاً از بیان آنها در متن قرارداد اجتناب می‌شد. بدین‌سان بخش مهمی از تعالیم مذکور را می‌توان از مصادیق قواعد مفروض به شمار آورد. به علاوه نظام حقوقی اسلام برای غلبه بر کاستی‌های موجود در قراردادها مقرراتی را وضع کرده بود. بخش مهمی از مقررات وضع شده در حقوق قراردادها به کاستی‌های اطلاعاتی موجود در آنها اختصاص داشت. چنانکه به تفصیل نشان دادیم در جهان واقع بسیاری از قراردادها به ناچار با اطلاعات ناقص و در نتیجه با کاستی‌های اطلاعاتی همراهند. با این حال قانون بسیاری از قراردادها را علیرغم وجود کاستی‌های مذکور به رسمیت می‌شناسد و مفاد آنها را اجرا می‌کند. آنچه معمولاً قانون‌گذار را از اعمال برخی قراردادها باز می‌دارد سوء استفاده یکی از طرفین قرارداد از اطلاعات خصوصی خود برای انتقال غیر منصفانه ثروت به نفع خویش است. چنانکه دیدیم اسلام فریب طرف مقابل را حرام کرده و این حق را به شخص فریب خورده داده بود تا قرارداد را به صورت یک جانبه فسخ نماید. یکی دیگر از عواملی که مانع صحت قراردادها در اسلام بود فقدان اطلاع از هویت و ویژگی‌های اساسی دارایی‌های مورد مبادله بود. بدیهی بود فقدان اطلاعات عمومی درباره دارایی‌های مورد مبادله می‌توانست در هنگام اجرای قرارداد به بروز اختلاف و نزاع منجر شود و از این طریق هزینه‌های نظارت و اعمال قرارداد را افزایش دهد. بر همین اساس اسلام مبادلاتی را که با جهل نسبت به مبیع همراه بود در شمار قراردادهای غرری به شمار آورد و آنها را باطل شمرد. به علاوه چنانکه دیدیم بخش مهمی از روش‌های مبادله رایج در عصر جاهلی همچون بیع الحصة، منابذه، ملامسه و جبل الحبله که در اسلام ممنوع شد در شمار قراردادهای غرری قرار می‌گرفت، زیرا ماهیت مبیع در اینگونه قراردادها مجهول است. روشن است که جهل نسبت به ماهیت و خصوصیات دارایی مورد مبادله می‌توانست زمینه ساز نزاع و اختلاف در میان مبادله‌کنندگان باشد و از این طریق به افزایش هزینه مبادله بیانجامد. به هر تقدیر با توجه به مجموع شواهد و مدارک تاریخی و فقهی مورد اشاره در متن مقاله نمی‌توانیم این فرضیه که «تعالیم حقوقی اسلام در حوزه حقوق قراردادها موجب کاهش هزینه‌های مبادله نمی‌شد» را قبول نماییم.

## یادداشت‌ها

1. Ronald Coase
2. externalities
3. Coase Theorem

۴. اگر چه کوز تعریف دقیقی از هزینه‌های مبادله به دست نداده بود، اما در مقاله ۱۹۶۰ از برخی مصادیق آن یاد کرده بود: «آنچه تا کنون گفتیم با این فرض بود که مبادلات بازاری را می‌توان بدون هزینه انجام داد. تردیدی نیست که این فرض کاملاً غیر واقعی است. برای انجام یک مبادله بازاری لازم است طرف‌های راغب به مبادله شناخته شوند، مردم از رغبت آنان به مبادله و شرایط پیشنهادی اطلاع یابند، مذاکرات و چانه‌زنی‌های ضروری انجام شود، قرارداد منعقد شود، بررسی‌های ضروری برای اطمینان از رعایت مفاد قرارداد انجام پذیرد و ...» (Coase, 1960, p.15). کاملاً روشن است که این مصادیق ارتباطی وثیق با مراحل سه گانه مرتبط با یک قرارداد دارند.

5. default rules
6. contract regulation
7. complete
8. incomplete contracts
9. gap

۱۰. ما در این پژوهش آنگاه که از جنوب شبه جزیره سخن می‌گوییم به یمن اشاره داریم و هرگاه از شمال نام می‌بریم تمام نقاط آنرا به استثنای یمن در نظر می‌گیریم. البته به دلایل خاص تاریخی بادیة الشام را خارج از محدوده شبه جزیره تلقی خواهیم کرد.

۱۱. برای مثال شمول قاعده غرر همواره یکی از موضوعات مورد مناقشه بوده است؛ زیرا برخی از فقها قاعده مذکور را مخصوص باب بیع می‌دانسته‌اند، در حالی که برخی دیگر آنرا شامل همه عقود به شمار می‌آورده‌اند. برای آگاهی از اینگونه مناقشات فقهی درباره قاعده غرر و دلالت‌های آن بنگرید: مراغی، بی‌تا، ج ۲، صص ۳۲۸-۳۰۹.

۱۲. اسامی بسیاری از فقهای شیعه را که به این قاعده استدلال کرده‌اند می‌توان در عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ج ۱، صص ۳۸۷-۳۸۶ یافت.

## کتابنامه

ابن حیب، ابو جعفر محمد (بی‌تا)، المحبر، تحقیق ایلزه لیختن شتیر، بیروت: دارالآفاق الجدیدة.

- ابن ماجه، محمد بن یزید (بی تا)، سنن، تحقیق محمد فؤاد عبدالباقی، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق.)، لسان العرب، بیروت: دار صادر، چ ۳.
- ابن هشام (۱۳۷۵)، زندگانی محمد(ص) پیامبر اسلام، ترجمه سید هاشم رسولی، تهران: انتشارات کتابچی، چ ۵.
- ابی داود، سلیمان بن اشعث سجستانی (۱۴۱۰ق.)، سنن، تحقیق سعید محمد اللحام، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع.
- افغانی، سعید (۱۹۶۰م.)، اسواق العرب فی الجاهلیة و الاسلام، دمشق: دارالفکر، الطبعة الثانية.
- بجنوردی، حسن بن آقا بزرگ موسوی (۱۴۱۹ق.)، القواعد الفقهیة، تحقیق مهدی مهریزی و محمد حسن درایتی، قم: نشر الهادی، چ ۱.
- تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد بن منصور (۱۳۸۵)، دعائم الإسلام، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چ ۲.
- زمنخسری، جار الله (۱۹۶۶م.)، الکشاف عن حقائق التنزیل و عیون الأقاویل، بی جا: شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده بمصر، عباس و محمد محمود الحلبي و شرکاهم.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی (۱۴۰۰ق.)، القواعد و الفوائد، تحقیق سید عبد الهادی حکیم، قم: کتابفروشی مفید، چ ۱.
- همو (۱۴۱۰ق.)، اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، تحقیق محمدتقی مروارید و علی اصغر مروارید، بیروت: دار التراث و الدار الإسلامیة.
- همو (۱۴۱۷ق.)، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۲.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی (۱۴۱۰ق.)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، تحقیق سیدمحمد کلاتر، قم: کتابفروشی داوری.
- صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۵ق.)، المتنع، تحقیق گروه پژوهش مؤسسه امام هادی(ع)، قم: مؤسسه امام هادی(ع)، چ ۱.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ق.)، قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، تحقیق گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چ ۱.



همو (بی‌تا)، تذکرة الفقهاء، تحقیق گروه پژوهش مؤسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام، الطبعة الحديثة، چ ۱.

علی، جواد (۱۹۷۰م)، المفصل فی تاریخ العرب قبل الاسلام، بیروت: دارالعلم للملایین. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۶)، قواعد فقه، تهران: سمت.

فاضل لنکرانی، محمد موحدی (۱۳۸۳)، القواعد الفقهیة، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع). مجلسی، مولی محمد باقر بن مولی محمد تقی (۱۴۰۳ق)، بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار علیهم‌السلام، تحقیق محمد مهدی السید حسن الموسوی الخراسانی، السید ابراهیم المیانجی و محمد الباقر البهبودی، بیروت: دار إحياء التراث العربی، چ ۳. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۳)، قواعد فقه: بخش مدنی (مالکیت - مسوولیت)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

مسلم، بن حجاج النیسابوری (بی‌تا)، الجامع الصحیح، بیروت: دار الفکر.

مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (۱۴۱۳ق)، المقنعة، قم: کنگره جهانی شیخ مفید، چ ۱. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق)، القواعد الفقهیة، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه‌السلام، چ ۳. میکل، آندره و لوران، هانری (۱۳۸۱)، اسلام و تمدن اسلامی ترجمه حسن فروغی، تهران: سمت.

نورث، داگلاس سی (۱۳۷۷)، نهادها، تغییرات نهادی و عملکرد اقتصادی، ترجمه محمدرضا معینی، تهران: انتشارات سازمان برنامه و بودجه.

یعقوبی، احمد بن اسحاق (۱۳۷۴)، تاریخ یعقوبی، ترجمه محمد ابراهیم آیتی، تهران: شرکت انتشارات علمی و فرهنگی.

Coase, R. (1937), "The Nature of the Firm", *Economica n.s.*, no.4.

Id. (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, no.3.

Id. (1988), *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago: University of Chicago Press.

Cooter, R. and T. Ulen (2000), *Law and Economics*, (3rd ed), New York: Harper Collins.

Craswell, R. (1991), "Regulating Deceptive Advertising: The Role of Cost-Benefit Analysis", *Southern California Law Review*, no.64.

Craswell, R. (2000), "Contract Law: General Theories", *Encyclopedia of Law and Economics*, vol.3.

Klaes, M. (2008), "History of Transaction Costs", in *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2nd edition, S. N. Durlauf and L.E. Blume, eds., New York: Palgrave Mcmillan, vol.8.

Lott, J. R., Jr (1996) "The Optimal Level of Fines to Prevent Fraud when Reputations Exist and Penalty Clauses are Unenforceable", *Managerial and Decision Economics*, no.17.

Rubin, P. H. (1991), "Economics and the Regulation of Deception", *Cato Journal*, no.11.

Id. (2000), "Information Regulation (Including Regulation of Advertising)", in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol.3.

Schwartz, A. and L. L. Wilde (1979), "Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis ?", *University of Pennsylvania Law Review*, no.127.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی