

نظریه «استغلال» در حقوق کشورهای عربی و سنجش آن با نهادهای مشابه در فقه اسلامی

مهدی مفتخری

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی مشهد

دکتر مجتبی زاهدیان

استادیار دانشگاه آزاد اسلامی مشهد

Zahedian.mojtaba@yahoo.com

دکتر سید محمد مهدی قبولی درافشان

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

چکیده:

در کتب حقوقی معاصر ممالک عربی نظریه‌ای تحت عنوان «استغلال» در ذیل مباحث ارکان عقد و در رکن نخست آن یعنی «تراضی» و در عیوب تراضی ذکر می‌گردد. در این نوشته‌ها مصادیق عیوب اراده را در جهل، غلط، تدلیس، اکراه و استغلال منحصر می‌کنند. مراد آنان از استغلال در باب معاملات آن است که اراده‌ی فرد به هنگام معامله آن‌چنان معیوب باشد که طرف دیگر، از آن سوء استفاده و بهره‌برداری کند، اعم از آن که این ضعف از یک حالت درونی ناشی شده باشد مانند سلطه‌ی پدر بر فرزند، یا زوج بر زوجه یا کارفرما بر کارگر، یا به واسطه یک سبب مادی باشد مانند نیاز به پول. به هر حال، این ضعف یا عیب در اراده، عقد را از تکافوء و هم‌وزنی خارج می‌سازد و بر این اساس، تناسبی میان التزامات طرف قوی و ضعیف وجود نخواهد داشت. در حقوق کشورهای عربی تدابیر خاصی برای استغلال پیش‌بینی شده است ولی در فقه و به تبع، حقوق ما گر چه مفاهیمی نزدیک به استغلال وجود دارد ولی جای چنین نهادی خالی است. به نظر می‌رسد بتوان از ادله‌ی خاص مانند بیع نجش، تلقی رکبان، بیع استرسال و قواعد عمومی مانند قاعده عدالت، انصاف، و قاعده ممنوعیت اجحاف برای تأسیس این نهاد در فقه و حقوق ما بهره برد.

کلید واژگان: نظریه استغلال؛ شروط تعسفی؛ بیع مضطر؛ غبن در قرارداد؛ نجش؛ بیع استرسال.

۱- تبیین مسئله:

تعامل فقهی و حقوقی مذاهب اسلامی و ممالک مسلمان در گرو تحقق فهم مشترک و زبان مفاهمه است. امروزه در ادبیات حقوقی معاصر عربی (به ویژه کشورهای مسلمان) مفاهیمی پا به عرصه گذاشته‌اند که در نظام فقهی و حقوقی ما چندان آشنا نیستند. شناخت و تحلیل این مفاهیم، می‌تواند به غنای اندیشه‌ی فقهی و حقوقی ما کمک شایانی کند. مفاهیمی چون نظریه استغلال، شرط تعسفی (غیر منصفانه)، عقد اذعان (الحاقی) و شرط آحادیه‌ی الجانب از این جمله‌اند که تبیین دقیق معنای هر یک نیازمند نوشتاری جدا است. وجه اشتراک همه این مفاهیم، فقدان تعادل قراردادی و اجحاف به طرف ضعیف قرارداد است.

یکی از این مفاهیم، «استغلال» است که حدود نیم قرن است در کتب حقوقی حقوق‌دانان بزرگ عرب، به مثابه یک نظریه به کار گرفته می‌شود. این نوشتار، ضمن چپستی‌شناسی استغلال به مثابه‌ی یک نظریه یا قاعده حقوقی، آن را در سنجه‌ی فقه اسلامی محک می‌زند تا از این رهگذر، در جهت امکان‌سنجی ایجاد نهادی مشابه در فقه و حقوق اسلامی گامی برداشته شود. در حقوق کشورهای عربی مقالات متعددی درباره استغلال به رشته تحریر درآمده (بورکبه، نظریه الغبن بین الشریعه و القانون، ۱۴۰۴/شوری، احمد سالم، بحث الاستغلال، ۱۹۵۴) و در حقوق ایران نیز در برخی مقالات به صورت جزئی اشاره به مفهوم استغلال شده است (رحیمی، حبیب الله، مبانی نظریه اعتبار عقد احتمالی، ۱۳۹۳/قافی، حسین، ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحاقی، ۱۳۸۳) لکن طرح موضوع به عنوان نظریه و تبیین احکام و آثار آن به صورت تطبیقی و کارکرد آن در فقه و حقوق ایران واکاوی نشده است.

نوآوری مقاله:

همان گونه که در سطرهای بالا اشاره شد، ماهیت نظریه استغلال، شروط و آثار آن و همچنین نسبت‌سنجی آن با نهادهای مشابه، در حوزه ادبیات حقوقی کشورمان امری کاملاً بدیع است و حتی یک مقاله در این خصوص نگاشته نشده است و تنها در چند مقاله اشاراتی به اصل آن شده است.

مفهوم استغلال در لغت

استغلال در لغت از ماده‌ی «غَلَّه» یعنی دانه‌های خوراکی نظیر گندم و جو گرفته شده و به معنای طلب محصول کردن است (واسطی زبیدی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۵، ص ۵۵۳) و در همین معنا در کتب فقهی پیشینیان به کار رفته است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، تذکره الفقهاء، ۱۳/۲۹۱). شهید صدر بیشترین استفاده را از این واژه در کتاب گران سنگ اقتصادنا انجام داده است و آن را معادل «بهره‌برداری» به طور کلی به کار گرفته است (صدر، ص ۲۴۴) و گاهی که آن را در معنای «استفاده ناصحیح» به کار برده، همراه فعل بوده است مانند «سوء بهره‌بردای کرد» (همان، ۶۴۳). بر این اساس، بار معنایی استغلال در لغت، مثبت است. در کتب فقهی اهل سنت نیز وضع بر همین منوال است یعنی استغلال به معنای بهره‌برداری و به کارگیری به کار رفته است مانند بهره‌برداری از زمین یا بنده و ... (ابن نجیم، ۳۷۱/۱۴). حتی در شروح مجله الاحکام که قانون مدنی عثمانی بوده است و نسبتاً معاصر به شمار می‌آید، استغلال به همین معنا به کار رفته است. بله در جایی از آن از «بیع استغلال» نام برده شده که نوعی از «بیع وفاء» است (ماده ۱۱۹). بیع وفاء آن است که بایع مالی را به دیگری می‌فروشد و شرط می‌کند هر گاه ثمن را پس داد، او هم مبیع را برگرداند. اما بیع استغلال به این صورت است که بایع بر مشتری شرط می‌کند که مبیع را از او اجاره نماید یعنی در حقیقت، مرکب از بیع وفاء و عقد اجاره است. در قوانین مدون کشورهای عربی نیز غالباً استغلال به همین معنای بهره‌برداری و استعمال آمده است. به عنوان نمونه در موادی از قانون مدنی کشور مصر (۸۲، ۱۱۵، ۶۱۱).

مفهوم استغلال در اصطلاح حقوق معاصر عربی

اما استغلال در دایره المعارف‌های قانونی و حقوقی ممالک عربی معاصر مانند مصر و الجزایر، دارای مفهومی منفی و به معنای بهره‌کشی، به کارگیری ناعادلانه و برخوردارگی غیر منصفانه است. دقیقاً همانند واژه‌ی «استثمار» که در لغت به معنای جمع‌آوری میوه است ولی در فرهنگ لغات سیاسی در مفهوم بهره‌کشی ناعادلانه از یک ملت به کار می‌رود. به نظر می‌رسد این معنا با یک حذف و اضافه توأم بوده است به این صورت که نخست گفته می‌شده: در بهره‌برداری و استفاده، سوء استفاده کرد. مثلاً در ماده ۱۱۰۶، ق.م.مصر در مبحث رهن چنین آمده است: «بستانکار در حق اداری مال مرهون، سوء استفاده کند» سپس در اثر کثرت استعمال، واژه‌ی «استغلال» به تنهایی به معنای سوء استفاده از حق و بهره‌برداری ظالمانه و ناعادلانه از حق، به کار رفته است.

در ماده ۱۲۹ ق.م. مصر چنین آمده که «چنانچه تعهدات یکی از متعاقدان با سود و منافی که این طرف در قرارداد با تعهداتی که طرف دیگر به دست آورده، اصلاً برابر و متعادل نباشد و معلوم گردد که طرف متضرر، قرارداد را در نتیجه سوء استفاده (استغلال) از بی تدبیری و تمایل بسیار او (به قرارداد) منعقد کرده است، قاضی می‌تواند بنا به درخواست طرف متعاهد مغبون، عقد را باطل کند یا تعهدات او را کاهش دهد» (فرج الصده، ص ۲۲۸).

در کتب حقوقی معاصر ممالک عربی غالباً بحث «استغلال» در ذیل مباحث ارکان عقد و در رکن نخست آن یعنی «تراضی» و در عیوب تراضی ذکر می‌گردد. در این نوشته‌ها مصادیق عیوب اراده را در جهل، غلط، تدلیس، اکراه و استغلال منحصر می‌کنند. سنه‌وری اولین مدخل بحث خود را در مورد استغلال، با عنوان استغلال و غبن می‌آغازد (الوسیط، ص ۳۵۵). مراد از استغلال در باب معاملات آن است که اراده‌ی فرد به هنگام معامله معیوب باشد به این صورت که یکی از متعاملان در حالت ضعف قرار دارد، اعم از آن که این ضعف از یک حالت درونی ناشی شده باشد مانند سلطه‌ی پدر بر فرزند، یا زوج بر زوجه یا کارفرما بر کارگر، یا به واسطه یک سبب مادی باشد مانند نیاز به پول. به هر حال، این ضعف یا عیب در اراده، عقد را از تکافؤ و توازن خارج می‌سازد و بر این اساس، تناسبی میان التزامات طرف قوی و ضعیف وجود نخواهد داشت.

عناصر استغلال:

غالب قوانین موضوعه، استغلال را همراه غبن، به عنوان یکی از عیوب اراده در نظر گرفته‌اند مانند ماده ۱۲۹ قانون مدنی مصر، ماده ۱۲۵ قانون مدنی عراق، ماده ۱۳۸ قانون موجبات و عقود لبنان و ماده ۱۵۹ قانون مدنی کویت. قانون اخیر الذکر، حالات استغلال را در پنج امر بر می‌شمارد که ذکر این حالات، بر سبیل تمثیل است نه انحصار زیرا حالات استغلال بسیار بیشتر از این موارد است. از این رو، شایسته‌تر است که موضوع تحت عنوان «نظریه استغلال» مطرح شود تا معیارهای عامی برای تحقق استغلال، تعیین شود و نیازی به برشماری یک‌یک آنها نباشد (مظفر، صص ۱۵۰-۱۵۱).

از منظر قانونی استغلال زمانی مخل به اراده است که واجد دو عنصر اساسی باشد: عنصر مادی و عنصر روانی (نفسی).

نخست) عنصر مادی: این عنصر از حالت غبنی که ناشی از حالت استغلال است حکایت می‌کند همان حالتی که گفته شد با فقدان تعادل آشکار میان التزامات ناشی از عقد، تجلی می‌یابد. بنا بر این، چنانچه در این قرارداد، اختلالی خفیف یا غبنی اندک حاصل شود، استغلال محقق نشده است.

باید توجه داشت که اندیشه استغلال با وصف مذکور تنها در عقود معاوضی که امکان وجود تغابن در یک طرف ممکن است، تحقق می‌یابد، بر خلاف عقود احتمالی که اساساً بر غبن محتمل، بنا گردیده‌اند مانند قرارداد بیمه که یکی از دو طرف عقد، ناگزیر باید آن را تحمل نماید. همچنین استغلال در عقود تبرعی نیز امکان‌پذیر نیست زیرا در این عقود، متبرع در برابر چیزی که می‌دهد، چیزی نمی‌ستاند و به همین سبب، در قوانینی فوق نامی از آنها نیامده است. البته قانون کویت و مواد ۲۱۳ و ۲۱۴ قانون موجبات و عقود لبنان، استغلال غبنی را در برخی از عقود تبرع نیز ممکن شمرده‌اند، مانند این که شخصی از علاقه دیگری نسبت به خودش، برای صرف نظر کردن از بعضی حقوقش سوء استفاده کند. ماده ۱۶۰ قانون مدنی کویت چنین مقرر می‌دارد: در عقود تبرعی (مانند هبه) که ناشی از استغلال (سوء استفاده) است، قاضی به درخواست متبرع، حق دارد عقد را فسخ کند یا برحسب اوضاع و احوال از وجه هدایی کم نماید.

ب) عنصر روانی (نفسی): این عنصر با سوء استفاده کردن یکی از طرفین عقد از نقاط ضعفی که بر طرف دیگر مستولی شده است، تحقق می‌یابد. ضعفی که سبب می‌شود، شخص مستغل او را بر انعقاد قرارداد به صورت غیر عادلانه، وادار کند (مظفر، ص ۱۵۱).

شروط استغلال:

از مجموعه قوانین کشورهای عربی چنین بر می‌آید که برای تحقق استغلال، سه شرط لازم است:

الف) اختلال تعادل و توازن میان دریافت‌ها و پرداخت‌های مبتنی بر قرارداد و یا فقدان کامل تعادل به هنگام عدم وجود مقابل.

ماده ۱۲۹/۱ قانون مدنی مصر و لیبی، ماده ۳۰/۱ قانون مدنی سوریه و ماده ۱۲۶/۱ قانون تجارت کویت که اشاره به عدم تعادل التزامات طرفین می‌کند. یا ماده ۲۱۴ موجبات و عقود لبنان که مقرر می‌دارد: اگر غبن فاحش و خلاف عادت باشد یا ماده ۱۲۵ قانون مدنی عراق که مقرر می‌دارد: اگر به یکی از متعاقدان غبن فاحشی برسد ... یا ماده ۱۱۵ قانون مدنی سودان که می‌گوید: هر گاه التزامات متعاقدان نامتوازن باشد ... (فرج الصده، صص ۲۹۳-۲۹۷).

نکته مهم آن است که اختلاف تعادل تنها از جنبه مادی نیست بلکه ارزش شخصی آن از منظر متعاقد اهمیت دارد. مثلاً قطعه زمینی که در بازار دو هزار واحد پولی ارزش دارد اما در نظر عاقد به سه هزار واحد می‌ارزد چرا که با ملک او هم‌جوار است. مقتضای محاسبه قیمت شخصی (نه سوقی) آن است که بر اساس آن، تفاوت دریافت و پرداخت متقابل، سنجیده شود و بدین جهت است که موضوع، به بررسی و نظر قاضی وابسته می‌گردد. بار اثبات این اختلال هم بر دوش عاقد مغبون است. هر شرطی که بهبود بر دوش متعاقد تحمیل می‌شود، حتی اگر این بار متضمن انجامی نباشد که باید به طرف مقابل داده شود، باید در محدوده ارزیابی قرار گیرد. مثلاً چنانچه شخصی قطعه‌ای زمین بخرد و در عقد ملتزم شود در آن بنایی نسازد، این التزام هم باید در اندازه‌گیری منفعتی که به او باز می‌گردد به حساب آید. در حقیقت، خریدار با التزام به این شرط، زمین را به قیمت بیشتری خریداری کرده است. چنین اختلالی ممکن است در همه انواع تصرفات رخ دهد، هر چند غالباً در عقود معاوضی اتاق می‌افتد چرا که در این عقود، عدم تعادل میان دریافت و پرداخت، بیشتر نمایان است.

همانطور که ممکن است اختلال در «عقود احتمالی» پدید آید (ماده ۱۲۴ موجبات و عقود لبنان) زیرا علی‌رغم این که عقود احتمالی، مبتنی بر احتمال سود و زیان بیان نهاده شده‌اند، اما این سبب عدم جریان استغلال در آنها نمی‌شود. البته این در جایی است که میان احتمال سود با زیان، فاصله‌ی فراوانی باشد مانند عقد بیع ملکی با ارزش بالا در قبال

حقوقی مادام العمر برای پیرمردی مریض که جز مدت کوتاهی از او انتظار زنده ماندن نمی‌رود. اختلال تعادل در تبرعات نیز واقع می‌شود اعم از این که عقد باشند یا تصرفات انفرادی مانند وصیت. مواد ۱۲۹/۳ مصر و لیبی، ۱۳۰/۳ سوریه و ۱۲۶ کویت، به طور ضمنی بر جریان استغلال در تبرعات، دلالت دارند.

ب) وجود سوء استفاده از ضعف خاص در عاقد مغبون

قوانین کشورهای عربی از جهت حالت‌های وضعی که مورد سوء استفاده در عاقد مغبون می‌گردد، با هم تفاوت دارند. نخست قوانین مصر، سوریه، لیبی و کویت قرار دارند. در این قوانین، استغلال زمانی تحقق می‌یابد که از ضعف مغبون به صورت بی پروا یا هوس لجام‌گسیخته، بهره‌برداری شود (مواد ۱۲۹ مصر، ۱۳۰ سوریه، ۱۲۶ کویت و ۱۲۹ لیبی). در حقیقت، غابن از نیاز، بی احتیاطی، بی تجربگی یا ناآگاهی مغبون سوء استفاده کرده باشد به گونه‌ای که از هر قرینه‌ای روشن شود که رضایتش از روی اختیار کافی صادر نشده است. ولی برخی شرط کرده‌اند که بی پروایی و بی توجهی مغبون باید آشکار باشد. دوم قانون لبنان است که در ماده ۲۱۴ نسبت به قوانین گروه نخست، قدری در مفهوم استغلال توسعه قائل شده است ولی نسبت به قانون عراق، اضیق است. در این ماده آمده است: چنانچه طرف بهره‌بردار با قصد استثمار فردی تنگ‌دست، بی خیال یا نا آگاه اقدام به قرارداد کند ... سوم قانون عراق است که همانند قوانین مصر و لیبی است با این تفاوت که «ضعف ادراک» را به صفات مغبون افزوده است.

ج) سببیت استغلال

به این معنا که استغلال و سوء استفاده طرف قوی، باعث شده تا او در برابر طرف ضعیف اقدام به معامله کند (فرج الصده، صص ۲۸۶-۳۰۸).

سازو کارهای مواجهه با استغلال در حقوق عربی معاصر

در قوانین کشورهای عربی، در مواجهه با استغلال اختلاف نظر وجود دارد. سه رهیافت کلی در این زمینه به چشم می‌خورد: نخست ابطال عقد یا کاستن میزان تعهد، دوم ابطال عقد و سوم بر طرف ساختن معقول غبن در عقود معاوضی.

الف- ابطال عقد/شرط یا انقاص (کاستن میزان تعهد طرف ضعیف)

در قوانین کشورهای مصر، سوریه، لیبی و سودان، شاهد این رویکرد هستیم. بر این اساس، عاقد مغبون می‌تواند ابطال عقد را مطالبه کند و قاضی نیز در صورتی که در یابد که اراده مغبون تا آن اندازه دچار ضعف شده است که وادار به معامله گردیده است، می‌تواند این درخواست را اجابت نماید همانطور که می‌تواند در صورتی که در یابد اراده‌ی مغبون در حدی نبوده که سبب ابطال قرارداد شود، حکم به کاستن تعهدات مغبون دهد. اما بر اساس قوانین مصر (ماده ۱۲۹)، سوریه (ماده ۱۳۰) و لیبی (۱۲۹)، طرف مغبون در عقود معاوضی چنانچه قاضی آن را کافی بداند، می‌تواند دعوای ابطال اقامه کند. اما در قانون سودان (ماده ۱۱۵) طرف مغبون در همه حال (عقود معاوضی و تبرعی) می‌تواند دعوای ابطال اقامه نماید (فرج الصده، صص ۳۱۰-۳۱۱). معظم قوانین جدید به این موضوع تصریح کرده‌اند اگر چه که قانون عراق حق مغبون را در عقود معاوضی در درخواست معقول رفع غبن، منحصر کرده است و در عقود تبرعی به درخواست نقض آن ویژه ساخته است (ماده ۱۲۵). اما قانون موجبات لبنان حق مغبون در عقود معاوضی را تنها به درخواست ابطال قرارداد ناشی از استغلال، منحصر کرده است (المظفر، ص ۱۵۲). همچنین علی رغم این که قانون مصر قاضی را از تسلط پیرامون فسخ منع کرده است، در برخی مواد قانون مصر فسخ قرارداد بر اساس تعسف، پیش‌بینی شده است

(فرج الصده، صص ۳۱۰-۳۱۲). نظریه استغلال مندرج در ماده ۹۰ قانون مدنی الجزائر، یکی از ابزارهای حمایت از یکی از طرفین قرارداد به شمار می‌رود زیرا به فرد مورد سوء استفاده قرار گرفته حق بطلان عقد را می‌دهد و قاضی در قبول مطالبه وی یا کاهش تعهدات او، اختیار دارد. عقود استهلاک (قراداد مصرف) معمولاً در معرض سوء استفاده طرف حرفه‌ای است و حمایت از مصرف‌کننده به دلیل دشواری اثبات عنصر روانی غالباً دشوار است، زیرا او نمی‌تواند ثابت کند که طرف مقابل در اکثر موارد از بی‌پروایی و اشتیاق افسارگسیخته‌اش سوء استفاده کرده است. بنا بر این، اگر یک شرط تعسفی توسط حرفه‌ای در قرارداد گنجانده شود، فرض چنین گرفته می‌شود که نتیجه سوء نیت او است.

ب- عاقد مغبون می‌تواند به جای درخواست ابطال قرارداد، دعوای کاستن از تعهدات گزارف خویش اقامه کند. گاهی او درخواست ابطال می‌کند ولی قاضی اکتفای بر کاستن از تعهدات او را ترجیح می‌دهد. به هر حال، قاضی می‌تواند تعهدات مغبون را تا اندازه‌ای که غبن فاحش او مرتفع گردد بکاهد و این به معنای کم کردن مقدار مبیع در حد برابری با ثمن نیست. باید توجه داشت که بر عکس آنچه در بحث ابطال پیشی گرفت، چنانچه مغبون درخواست کاستن دهد، قاضی نمی‌تواند حکم به ابطال قرارداد کند زیرا بر خلاف قواعد باب مرافعات رفتار نموده است. همینطور که قاضی حق ندارد به جای کاستن از تعهدات مغبون، بر میزان تعهدات طرف قوی، بیفزاید مانند این که بر مبلغ ثمن اضافه کند. باید توجه داشت که انقاص و کاستن نیز همانند ابطال، در تبرعات نیز جریان می‌یابد و قاضی می‌تواند تعهدات متبرع مغبون را تا حدی که صلاح می‌داند بکاهد. اما قانون لبنان میان استغلال و عیوب دیگر اراده تفاوتی قائل نشده و در همه موارد، ابطال عقد را در نظر گرفته است (غانم، ص ۱۴۴). و لکن ماده ۱۲۵ قانون مدنی عراق میان تصرف معاوضی و تبرعی فرق گذارده است (فرج الصده، ص ۳۱۳).

اما در عقود اذعان، آنان که در عقد بودن این عقود به سبب فقدان اراده آزاد تردید دارند، بر بطلان این گونه قراردادهای تأکید می‌ورزند اما کسانی که این عقود را مشروع و برخوردار از ماهیت عقدی می‌دانند، تنها در موارد سوء استفاده، قاضی را مسئول تعدیل این قراردادهای معرفی می‌کنند. ماده ۱۴۹ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: قاضی می‌تواند این شروط را تعدیل یا طرف ضعیف را نسبت به آنها غیر ملتزم نماید و این کار باید بر اساس مقتضای عدالت و انصاف صورت پذیرد و هر توافقی بر خلاف آن، باطل است (المظفر، صص ۲۴۳-۲۴۴). ماده ۱۰۰ قانون مدنی جدید مصر مقرر می‌دارد: «قبول در عقود اذعان با مجرد پذیرش شروطی که موجب گذارده است، محقق می‌شود و مناقشه‌ای پذیرفته نمی‌گردد». در قوانین مربوط به بیمه در ممالک عربی که از عقود اذعان (الحاقی) به شمار می‌رود، موادی جهت حمایت از طرف ضعیف، پیش بینی شده است. مانند: ماده ۶۲۲ قانون مدنی الجزائر، ماده ۷۵۰ قانون مدنی مصر، ماده ۹۷۳ قانون موجبات و عقود لبنان، ماده ۳۵ از قانون بیمه مغرب (دربال، ص ۲۸۰-۲۸۴).

ج- در ماده ۱۲۵ قانون مدنی عراق، در صورتی که قرارداد معاوضی باشد، طرف مغبون می‌تواند در حد معقولی درخواست رفع غبن دهد. او می‌تواند از التزامات خود بکاهد یا افزایش تعهدات طرف غابن را بنماید. قاضی نیز با نظر به شرایط دعوا، خواسته مغبون را اجابت می‌کند. اما اگر معامله تبرعی بوده باشد، مغبون فقط می‌تواند نقض آن را مطالبه کند (فرج الصده، صص ۳۱۳-۳۱۴).

نسبت استغلال با نهادهای مشابه

مفهوم استغلال با تعدادی از مفاهیم تازه در فقه و حقوق کشورهای عربی قرابت دارد. همه این مفاهیم به نوعی بر «فقدان توازن و تعادل قراردادی» دلالت دارند.

۱-۲ نسبت استغلال با غبن:

غبن یک مشکل اجتماعی است که قانون تا کنون نتوانسته به شکل رضایتمندی آن را حل کند. این مشکل با امور اقتصادی و اجتماعی متغیری مرتبط است. هر گاه مذهب فردگرایی و اراده فردی قدرت داشته است، قانون جایگاهی برای غبن در نظر نگرفته است و هر زمان که مذهب فردی و اقتدار اراده به ضعف گراییده است، قانون برای منع غبن ورود کرده است. نظریه ماتریالیستی غبن به نظریه روان‌شناختی استغلال تبدیل شده است که توسط اکثر قوانین مدرن پذیرفته شده است. و تفاوت این دو نظریه را می‌توان در دو چیز خلاصه کرد: اول اینکه در نظریه اول به ارزش یک چیز با دید مادی نگریده می‌شود نه نگاه شخصی. آنچه اهمیت دارد ارزش خود آن چیز است و این ارزش طبق قوانین اقتصادی تعیین می‌شود که مهم‌ترین آن‌ها قانون عرضه و تقاضا است. در مورد نظریه دیگر، آنچه اهمیت دارد ارزش شخصی است که از نظر طرف قرارداد ارزش آن چیز است، زیرا ممکن است چیز کم ارزش به خودی خود از نظر کسانی که می‌خواهند به آن دست یابند به دلیل ملاحظات عالی باشد که مربوط به شرایط شخصی آنان است. بر نظریه مادی قیمت این چنین مترتب می‌شود که اگر تعادل در عقد از نظر قیمت، مختل شود، غبن محقق شده است حتی اگر تعادل از نظر قیمت شخصی، مختل نشده باشد چرا که گاهی یکی از متعاقدان با این که قیمت را می‌داند ولی بدون آن که مضطر یا فریب‌خورده باشد، آن را به ثمن بالاتر می‌خرد زیرا قیمت شخصی آن شیء، برابر ثمنی است که او بذل می‌کند. اینجا بر اساس نظریه مادی، او مغبون واقع شده است. بنا بر این، طبق نظریه مادی، غبن یک عیب مستقل و قائم به ذاتش است. در حقیقت، این عیب در عقد واقع می‌شود نه در رضا. اما بر اساس نظریه شخصی برای قیمت شیء، چیزی که مترتب می‌شود آن است که نباید در معامله غبنی وجود داشته باشد مگر هنگامی که متعاقد راضی باشد که ثمنی بسیار بیشتر از این قیمت شخصی بپردازد و چنین چیزی اتفاق نمی‌افتد مگر آن که متعاقد دچار غلط، تدلیس یا اکراه واقع شده باشد. بنا بر این، غبن در نظریه شخصی، عیبی مستقل و قائم به ذات در عقد نیست بلکه مظهري از عیوب رضا به شمار می‌آید. گرچه مفهوم غبن در فقه اسلامی پر پیشینه است اما غبنی که در استغلال مورد نظر است دقیقاً به معنای غبن اصطلاحی و یا غبن حادث نیست. به نظر می‌رسد از منظر اندیشمندان حقوق عربی، میان استغلال و غبن تفاوت وجود دارد. مراد آنان از غبن، عدم تعادل است میان آن چه که عاقد می‌گیرد و می‌دهد. بر این اساس، غبن یک نمود مادی محض دارد بر خلاف استغلال که منظور از آن، سوء استفاده یکی از متعاقدان از ضعف ذهنی و روحی دیگری است. معمولاً قاعده آن است که غبن همیشه سبب ابطال عقد نمی‌گردد ولیکن استغلال چون از عیوب اراده است؛ موجب ابطال عقد می‌شود. سنهوری نیز بر این نکته تأکید می‌ورزد: «باید دانست که میان استغلال و غبن تفاوت است. غبن، نمود مادی و فیزیکی استغلال است. غبن را می‌توان عدم تعادل بین آنچه طرف قرارداد می‌دهد و آنچه می‌گیرد تعریف کرد. از این تعریف می‌توان نتیجه گرفت که: اولاً غبن را فقط در قراردادهای معاوضی غیر احتمالی می‌توان تصور کرد. در مورد عقود معاوضی احتمالی^۱ و عقود تبرعی،

^۱. این اصطلاح در دستورالعمل ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا تحت عنوان *significant imbalance* استعمال شده است و در حقوق فرانسه معادل آن عبارت *desequilibre significatif* به کار می‌رود که دارای پیچیدگی مفهومی خاصی است و به معنای نابرابری معنادار یا اساسی یا عدم تعادل قابل توجه ترجمه شده است.

^۲. عقود احتمالی در مقابل عقود محدود قرار دارند و مراد از عقد احتمالی در حقوق عربی عقدی است که در هنگام عقد، به صورت منضبط و مشخص، مقدار قیمت، سود و زیان معلوم نیست و بر امری که در آینده اتفاق می‌افتد، معلق است و همین سبب می‌شود تا میزان التزام طرفین عقد یا یک طرف، قابل افزایش یا کاهش باشد مانند عقد بیمه عمر (سنهوری، نظریه العقد، ج ۱، ص ۱۴۴؛ المظفر، ص ۵۱).

غبین متصور نیست، زیرا اولی ذاتاً مستلزم ورود غبن و ضرر به یکی از متعاهدین است و دومی به این دلیل است که چنانچه یکی از متعاهدان چیزی بدهد ولی در برابرش چیزی نستاند، سخنی در عدم تعادل میان آنچه می‌دهد و می‌ستاند نخواهد بود. ثانیاً غبن در زمان اتمام قرارداد برآورد می‌شود، بنابراین، تعادل در این زمان سنجیده می‌شود و پس از آن هیچ اعتباری به تغییر قیمت‌ها نیست. ثالثاً احتراز کامل از غبن، ممکن نیست بنا بر این، باید در برابر غبن جزئی مدارا و در غبن فاحش درنگ کرد» (سنه‌وری، الوسیط، ج ۶، ص ۱۲۲). ماده ۱۲۵ قانون مدنی عراق چنین مقرر می‌دارد: «چنانچه یکی از متعاهدان از سر نیاز، بی احتیاطی، هوی و هوس، بی تجربه‌ای یا ضعف آگاهی مورد بهره‌برداری دیگری قرار گیرد و بدین سبب زیان فاحشی به او رسد، تا یک سال از هنگام عقد، می‌تواند در حد معقولی درخواست رفع زیان کند. اما اگر تصرف او تبرعی بوده است، در این مدت حق فسخ معامله را دارد» (فرج الصده، ص ۲۹۶). این قانون بر ورود استغلال در عقود تبرعی، تصریح دارد (همان، ص ۲۹۷) همان طور که ماده ۱۱۵ قانون سودان نیز چنین است طرفی که مورد بهره‌برداری قرار گرفته است در همه حالات (یعنی عقود معاوضی و تبرعی) می‌تواند در صورتی که قاضی آن را برای رفع غبن کافی ببیند، درخواست ابطال عقد بدهد (همان، ص ۳۰۶). همچنین در قانون مصر، سودان و لیبی طرف مورد سوء استفاده قرار گرفته در عقود معاوضی می‌تواند در صورتی که قاضی آن را برای رفع غبن کافی بداند، درخواست ابطال معامله را بدهد ولی این به معنای تعادل میان ثمن و قیمت مبیع نیست بلکه مقصود آن است که زیادی در ثمن برای از بین بردن غبن فاحش کفایت می‌کند. در ماده ۱۳۸ قانون مدنی آلمان، به طور مطلق حکم به بطلان این معامله شده و قانون لبنان نیز از این حکم تبعیت کرده است. اما در سویس، فرانسه و ایتالیا، میان ابطال و ازش، قائل به تخییر شده است و قوانین مصر، سودان، لیبی و سوریه آن را برگزیده‌اند. (الصده، ص ۲۸۷-۳۱۵؛ الحکیم، ص ۴۵۵ - ۴۷۹؛ سلطان، ص ۸۴ - ۸۶؛ فرج، العدوی، ص ۹۴). در قانون جدید مصر، نظریه نفسی در استغلال پذیرفته شده و در ماده ۱۲۹ آمده است: «چنانچه تعهدات یکی از متعاهدان با سود و منافعی که این طرف در قرارداد با تعهداتی که طرف دیگر به دست آورده، اصلاً برابر و متعادل نباشد و معلوم گردد که طرف متضرر، قرارداد را در نتیجه سوء استفاده (استغلال) از بی تدبیری و تمایل بسیار او منعقد کرده است، قاضی می‌تواند بنا به درخواست طرف متعاهد مغبون، عقد را باطل کند یا تعهدات او را کاهش دهد. البته در حقوق معاصر، منع و ردع غبن گسترش یافته و آن را در همه عقود جریان می‌دهد (سنه‌وری، نظریه العقد، ج ۱، ص ۴۴۷-۴۴۹). ملاحظه می‌شود که در ماده فوق‌الذکر به «سوء استفاده کرد» تعبیر شده است یعنی سوء استفاده از وضعیت خاص طرف دیگر قرارداد.

۲-۲- نسبت استغلال با شروط تعسفی

واژه «تعسّف» در لغت عرب به معنای بی‌راه‌روی، انجام کاری بدون تدبیر و راهنمایی و طی کردن مسیری بدون هدف و غرض آمده است. عسوف یعنی ظالم (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ۳۳۹/۱؛ جوهری، ۱۴۱۰ق، ۱۴۰۳/۴) و عسّف به معنای ظلم هم آمده است (ابن اثیر، ۱۳۶۴، ۲۵۳/۳). گاهی در متون کهن فقهی کهن اهل سنت طلاق تعسفی به معنای طلاق است که بدون هیچ سبب مشروعی و از روی ظلم انجام شود (محمد براج، ۲۰۰۶م، صص ۱۱۵-۱۱۷).

معنایی که از این کلمه اراده می‌شود، مرادف «ناعادلانه»، «غیر منصفانه»، «ظالمانه»، است. تنها برخی قوانین مانند بند پنجم ماده سه قانون فعالیت‌های تجاری الجزایر، به تعریف آن پرداخته‌اند (عواطف، ۲۰۱۸م، ص ۱۵). با مراجعه به همین ماده متوجه می‌شویم که قانون‌گذار شرطی را تعسفی می‌انگارد که یک طرف عقد، فعال اقتصادی یا تاجری حرفه‌ای (محترف/مهنی) است و طرف دیگر یک مصرف‌کننده (مستهلک) است. بنا بر این، برای تحقق شرط تعسفی،

۱. معنای «شرط» روشن است؛ جعل شیء در ضمن جعل دیگر، اما نه به نحو تعلیق یا تقيید بلکه به صورت ظرف و مظروف یا تعلیق شیئی بر شیء دیگر (محقق داماد، ۱۳۹۸، ص ۷۶)

وجود سه عنصر لازم است: ۱) در قراردادهای استهلاک (مصرف) باشد. ۲) مکتوب (سفارش، فاکتور، ضمانت نامه، رسید تحویل، اوراق قرضه یا هر سند دیگری) باشد. ۳) هدف یا نتیجه‌ی آنعدم تعادل قابل توجه حقوق و تعهدات طرفین باشد (عواطف، ۲۰۱۸م، ص ۱۵؛ بودالی، ۲۰۰۶م، ص ۲۴۰).

اما برخی از حقوق دانان عرب شرط تعسفی را تعریف کرده‌اند:

۱) شرطی است که از پیش توسط طرف حرفه‌ای (محترف) نگاشته شده و به او امتیازی محدود به او عطا کرده به گونه‌ای که منجر به عدم تعادل در حقوق و تعهدات طرفین قرارداد گردیده است (سی الطیب، ص ۹۵). آنچه در این تعریف به چشم می‌خورد این است که شرط تعسفی را به عقود مصرف (عقود الاستهلاک) مرتبط ساخته است.

۲) شرطی از پیش تعیین شده است که طرف حرفه‌ای قرارداد بر مصرف‌کننده با استفاده از نفوذ اقتصادی خود به نحوی که منجر به کسب امتیازی فاحش و منجر به عدم تعادل قراردادی شود اعمال می‌کند و نقش مصرف‌کننده در آن، محدود به پذیرش یا رد است. البته این امتیاز فاحش ممکن است به موضوع عقد یا یکی از آثار آن مرتبط باشد (الرفاعی، ص ۲۱۵). آنچه در این تعریف به آن اشاره می‌شود این است که همان دو معیار امتیاز فاحش و فقدان تعادل قراردادی را به طور هم‌زمان تکرار می‌کند. که از این تعریف چنین بر می‌آید که شروط تعسفی را در عقود اذعان، منحصر می‌کند (سی الطیب، ص ۹۷).

۳) نظر دیگری از شرط تعسفی وجود دارد که آن را با نگاه به شیوه تحمیل (فرض) آن تعریف می‌کند به این صورت که هر شرطی که در عقد یا ملحقات آن مندرج گردد و به سبب آن اضرائی به مصالح مصرف‌کننده‌ای که مورد حمایت قانون است ولی از خُبرویت و آگاهی کافی برخوردار نیست، وارد آید و توازن عقدی به سود طرف حرفه‌ای بر هم بخورد، شرط تعسفی است (ابو عمرو، ص ۱۷۱).

روشن است که در قراردادهایی که شروط تعسفی وجود دارد، مفهوم استغلال نیز رخ می‌نماید. در حقیقت، فرد قوی در معامله با قرار دادن شرط تعسفی، در صدد استغلال و بهره‌جویی ظالمانه از طرف ضعیف بر آمده است.

۳-۲ نسبت استغلال با عقود اذعان

به نظر می‌رسد یکی از مظاهر بارز استغلال، عقود اذعان (الحاقی) هستند. اذعان در لغت به معنای انقیاد، تسلیم و اقرار کردن است (فراهیدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۱۰۰؛ ابن منظور، ۱۴۱۵ق، ج ۱۳، ص ۱۷۲). اما در اصطلاح حقوق عربی معاصر، عقد اذعان به عقدی گفته می‌شود که قبول از سوی قابل، تنها اذعان و پذیرش چیزی است که موجب آن را املا می‌کند. این گونه عقد در شرکت‌های بیمه، قرارداد ترافیک، شرکت‌های گاز و آب و پُست و ... جریان دارد. به این عقد در فرانسه عقد انضمام گفته می‌شود (جواهری، ۱۴۲۵ق، ص ۱۴۹). ماده ۱۰۰ قانون مدنی جدید مصر مقرر می‌دارد: «قبول در عقود اذعان با مجرد پذیرش شروطی که موجب گذارده است، محقق می‌شود و مناقشه‌ای پذیرفته نمی‌گردد» (سنهوری، بی تا، ۲۲۹/۱).

امکان‌سنجی مواجهه با استغلال از طریق مبانی فقهی

همان گونه که در طلّیعه سخن گفته شد، در ادبیات فقهی سنتی (اعم از شیعه و سنی) هیچ جا از «استغلال»، نظریه یا قاعده استغلال به معنای امروزی آن اثری دیده نمی‌شود. اما می‌توان مبانی آن را در قواعد و اصول کلی دیگر پی جُست. «علی رغم این که گاهی گفته می‌شود استغلال به مثابه عیبی از عیوب اراده در اصل، یک دیدگاه حقوقی نوپدید است که ریشه، تحول و وضع احکامش همه در سایه قانون وضعی معاصر است، لکن می‌توانیم اصول و پایه‌های

آن را در فقه اسلامی بیابیم البته نه به مثابه یک نظریه عمومی بلکه از خلال بعضی تطبیقات و صور جزئی آن مانند تلقی رکبان، بیع مضطر، استرسال و امثال آنها» (مظفر، ص ۱۵۲). البته فقه اسلامی دارای چنین ظرفیتی هست که با گردآوری و انباشت صور خاص، قاعده و حتی نظریه‌ای عمومی را در باب استغلال پی‌ریزی کرد.

روشن است چنانچه قرارداد، مصداق غبن فاحش، تدلیس یا غرر باشد، حکم آن از منظر فقه اسلامی معلوم است. اما سخن جایی است که قرارداد، مصداق هیچ یک از این عناوین نیست و فرد ضعیف صرفاً به سبب میل شدید، نیاز و امثال آنها اقدام به رضایت و انجام معامله کرده است. دقیقاً همین جا است که مفهوم «استغلال» و بهره‌جویی از سوی طرف قوی معنادار می‌شود.

اصل عدالت و انصاف:

یکی از قواعدی که در کتب قواعد آمده است «قاعده عدل و انصاف» است. مفاد قاعده انصاف که گاهی عدل و انصاف نیز خوانده می‌شود، آن است که حقوق و اموال مشتبه به طور منصفه میان مدعیان توزیع گردد مانند این که مالی میان این که از آن زید است یا عمرو، مشتبه شده و علم اجمالی وجود دارد که مال متعلق به یکی از آن دو است ولی اماره‌ای بر تعیین وجود ندارد. در چنین مواردی مال میان دو نفر تقسیم و تنصیف می‌گردد. مدرک این قاعده افزون بر جمع بین حقین^۱، روایات بسیاری است که در ابواب مختلف وارد شده است.^۱ البته نباید قاعده انصاف را با قاعده‌ای که اخیراً به قاعده عدالت اشتباه یافته است اشتباه کرد.^۲ ظاهراً مراد دانشیان حقوق ممالک عربی معنای دوم قاعده عدالت است. در برخی قوانین و شروح آنها در کشورهای عربی به صورت صریح یا ضمنی برای بطلان یا لزوم تعدیل این گونه عقود ذکر شده است، مقتضای اصل عدالت و انصاف است. بودالی در تعریف شرط تعسفی یادآور می‌شود که طرف قوی در زمان انعقاد قرارداد می‌توانسته با مراجعه به اوضاع و احوال و موضوع قرارداد و شرایط دو طرف با توجه به آنچه مقتضای عدالت است، عمل کند (بودالی، ص ۷۷). ماده ۱۱۰ قانون مدنی الجزائر نیز «عدالت عقدی» را به مثابه‌ی معیاری برای ارزیابی تحقق تعسف در صورت بروز نزاع میان طرفین در عقود اذعانی که دارای شروط تعسفی هستند، در نظر گرفته است. سنه‌وری هم بر این باور است که شروط تعسفی چونان که یک قانون تفسیر می‌شود باید به بوته تفسیر گذارده شوند و در اجرای آنها الزامات عدالت و حسن نیت لحاظ شود (سنه‌وری، الوسیط، ص ۲۳۰). در ماده ۱۴۹ قانون جدید مصر در خصوص شروط تعسفی مقرر می‌دارد: قاضی می‌تواند این شروط را تعدیل یا طرف ضعیف را نسبت به آنها غیر ملتزم نماید و این کار باید بر اساس مقتضای عدالت و انصاف صورت پذیرد و هر توافقی بر خلاف آن، باطل است (سنه‌وری، الوسیط، ص ۲۳۲-۲۳۵). عموم و اطلاق این مواد، ابزار نیرومندی در دست قضات مصری جهت حمایت مصرف‌کننده در برابر شروط تعسفی‌ای است که از سوی شرکت‌های انحصاری بر او اعمال می‌شوند. چنانچه قاضی شرطی تعسفی را در قرارداد اذعانی مشاهده کند، می‌تواند آن را به گونه‌ای که اثر تعسف را از بین ببرد، تعدیل نماید و یا اساساً آن را العا کند و طرف ضعیف را غیر ملتزم سازد و قانون، حد و مرزی جز رعایت عدالت را برای او ترسیم نکرده است. در ماده ۱۴۸ قانون مدنی مصر آمده است: عقد تنها بر آنچه در آن ذکر شده است، متعاقدان را الزام نمی‌کند بلکه هر آنچه که از مستلزمات عقد است را نیز بر اساس قانون، عرف و عدالت، به طبیعت التزام، در بر می‌گیرد. در ماده ۶۸۶ ق.م مصر نیز مقرر شده است: قاضی حق دارد برای تعیین قلمرو عقد، به قواعد عدالت متوسل

۱. اخذ به یکی از دو طرف تنازع، ترجیح بلا مرجح است و با انصاف و عدالت ناسازگار است. ترک دو طرف نیز بی‌وجه و سبب هدر رفتن حقوق است، بنا بر این، مقتضای جمع بیان دو طرف شبهه، تنصیف است.

۲. برای اطلاع بیشتر در خصوص قاعده عدالت، بنگرید: «عدالت به مثابه قاعده فقهی»، نقد و نظر، شماره ۳ و ۲، ۱۳۷۶.

گردد. همان گونه که ملاحظه می‌شود، مبنای رعایت تعدیل در شروط تعسفی توسط شارحان قانون، به مبنای «عدالت» مستند شده است. علت آن است که به طور صریح در نصوص دینی، نامی از شروط تعسفی برده نشده است. آن چه در باره «شرط» آمده یا لزوم مطابقت آن با کتاب و سنت^۱ (ابن زهره، ص ۲۱۵؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ج ۷، ص ۴۶۸؛ حر عاملی، ج ۱۲، ص ۳۵۳) است یا لزوم متابعت شروط. البته می‌توان با توجیهاتی، سازوکار مقابله با شرط تعسفی (غیر منصفانه) را به کتاب و سنت هم باز گرداند همان طور که شارحان قانون مصر این توجیه را معمول داشتند و این شرط را به مفهوم عدالت باز گرداندند.

بیع نجش:

نجش به نون مفتوح و جیم ساکن یا مفتوح به معنای رم دادن صید است و همچنین در بیع زمانی که شخص حاجتی به مبیع ندارد، در قیمت آن بیفزاید تا قیمتش افزایش یابد و دیگری آن را با قیمت بالا بخرد (جوهری، ج ۳، ص ۱۰۲۱). علامه می‌نویسد: «نجش حرام است و آن عبارت است از این که کسی که رغبتی در کالا ندارد، بر قیمت آن بیفزاید با قصد این که قیمت کالا افزایش یابد» (منتهی، ج ۲، ص ۱۰۰۴). شهید نیز همین گونه معنا کرده است (الدروس، ج ۳، ص ۱۸۷). محقق خوئی دو معنا برای نجش ذکر کرده‌اند. یکی همان که از علامه و شهید نقل شد و دیگری آن که کالای دیگری را مذمت کند تا دیگری در آن رغبت نکند و بتواند آن را به قیمت کمتر بخرد (مصباح الفقاهه، ج ۱، ص ۶۶۰).

اما در مورد حکم «نجش» اقوال متفاوتی ابراز گردیده است.^۲ دسته‌ای بر این باورند که نجش از سوی بایع، سبب بطلان بیع است و چنانچه از دیگری است، باید خسارات وارده را به مشتری بپردازد (ابن جنید، به نقل از علامه، مختلف الشیعه، ج ۵، ص ۴). ابن براج معتقد است چون نجش، یک نوع تدلیس است، مستلزم خیار است (شهید، ج ۳، ص ۱۷۸). شیخ در خلاف گفته چون نجش موجب عیب است، خیار محقق می‌گردد (به نقل از علامه، مختلف، ج ۵، ص ۴۵). شیخ در مبسوط معتقد است چنانچه نجش بدون تبانی و یا امر بایع صورت گرفته باشد موجب خیار نیست و اگر با تبانی و امر بایع انجام گرفته باشد در این صورت دو قول است: قول اول اینکه به جهت تدلیس، متضرر خیار دارد و قول دوم این که خیار ندارد، ولی قول اول اقوی است (طوسی، مبسوط، ج ۲، ص ۱۶۰). علامه حلی بر این باور است که اگر نجش متضمن غبنی بر مشتری باشد بر اساس خیار غبن مشتری حق فسخ دارد ولی اگر متضمن ضرری بر مشتری نباشد حق فسخ ندارد (مختلف، ج ۴، ص ۴۵). بر اساس این نظر نجش تنها در صورتی ضمانت اجرای حقوقی دارد که غبن صورت گرفته باشد و آن هم تنها به علت خیار غبن موجود در این معامله، نه به علت حرمتی که در نجش وجود دارد. شهید اول در دروس (ج ۳، ص ۱۷۸)، محقق نراقی در مستند الشیعه (ج ۱۴، ص ۴۳) و محقق سیستانی در منهاج الصالحین نجش را حرام می‌دانند. محقق سیستانی در کتاب منهاج الصالحین تاکید حتی اگر نجش موجب تغیر نباشد هم حرام است هر چند تبانی بین ناچش و بایع هم نباشد (ج ۲، ص ۱۲). اما گروهی از معاصران معتقدند چنانچه نجش متضمن حرام دیگری مانند کذب یا فریب مؤمن باشد حرام است ولی نجش بما هو نجش حرمتی ندارد (خوئی، مصباح، ج ۱، ص ۶۶۲؛ روحانی، ج ۱۴، ص ۴۶۶). به نظر می‌رسد قول به حرمت از طرفدار بیشتری در میان فقیهان برخوردار است و اصولاً کذب و فریب در ذات و مفهوم نجش داخل است. شیخ انصاری پس از تفسیر لغوی نجش، می‌نویسد:

۱. الشرط جائز بین المسلمین ما لم یمنع منه کتاب ولا سنّة؛ المسلمون عند شروطهم إلا کلّ شرط خالف کتاب الله عز و جل فلا یجوز؛ فإنّ المسلمین عند شروطهم إلا شرطاً حرمَ حلالاً أو أحلَّ حراماً

۲. شافعیه قائل به حق خیار در بیع نجش نیستند (شریعی، ج ۲، ص ۳۷).

نجش حرام است (انصاری، ج ۲، ص ۵۹). اما صاحب جواهر در مورد نجش می‌نویسد: بیع نجش صحیح و لازم است مگر توأم با غبن فاحش باشد اگر چه که نفس آن به سبب نهی و لعن فاعلش، حرام است.

تحلیل: اما آیا می‌توان از حرمت نجش و حکم به بطلان معامله نجشی، حرمت استغلال و بطلان آن را استنتاج نمود؟ در پاسخ باید گفت، با تنقیح مناط قطعی، امکان سریان حکم نجش به بیع استغلال وجود دارد. روشن است که ممنوعیت ناجش و منجوش عنه، به جهت اضرار و پایمال کردن حق مشتری است زیرا او به سبب اغفال که از توطی بایع و ناجش حاصل شده است، رغبتی بیش از حد لازم در خرید کالای مورد نظر پیدا می‌کند و از این رهگذر دچار خسارت و غبن می‌گردد. مشکلی که در استناد به نهاد نجش وجود دارد، عدم اتفاق فقیهان در حکم آن است. همان گونه که گفته آمد شیخ جواهری تحریم نجش و بطلان معامله نجشی را به دون دلیل انگاشت. اما روشن است که حتی اگر نتوانیم اجماعی بر حرمت نجش گرد آوریم، اما با قواعد عمومی فقه معاملات و دلیل عقل و سیره عقلا، می‌توان چنین عملی را ممنوع اعلام کرد و از این رهگذر، در مصادیق استغلال نیز حکم به ممنوعیت داد. بر اساس نظریه استغلال نیز چنانچه فرد قوی، از ضعف طرف مقابل سوء استفاده کند و او را در یک قرارداد ناعادلانه مغبون سازد، فرد ضعیف حق مطالبه و اعاده حق خود را خواهد داشت.

تلقی رُکبان:

مرا از تلقی رُکبان آن است که کسی با قصد سوء استفاده از نا آگاهی افرادی که برای خرید به سوی شهری عازم هستند، به پیشواز آنان رفته و کالای خود را به قیمت بیشتر به آنها بفروشد.^۱ صاحب جواهر در خصوص تلقی رُکبان می‌نویسد: «تلقی رُکبان بنا بر مشهور بلکه مجمع علیه اصحاب امامیه، مکروه است. رُکبان کسانی هستند که برای خرید، عازم شهری شده‌اند. بر این اساس، نهی‌هایی که در این خصوص وارد شده است، حمل بر کراهت می‌شوند. علت این حمل بر کراهت به جهت قصور سند آنها از حمل بر حرمت است خصوصاً که با فتوای مشهور نیز نا سازگار هستند (ج ۲۲ - ص ۴۷۰ - ۴۷۴). بر این اساس، حکم تلقی رُکبان دارای چند شرط است: اول قصد فروش به رُکبان؛ دوم تحقق مسمای خروج از بلد؛ سوم اعتبار مادون چهار فرسخ؛ چهارم جهل رُکبان به قیمت بلد؛ پنجم تلقی به جهت بیع یا شرا باشد نه عقود دیگر مانند اجاره و صلح. صاحب جواهر حکمت این حکم را تنها مراعات حال رُکبان نمی‌داند بلکه اعم از حال آنان و مردم بلد می‌شمارد زیرا در این گونه معاملات سود فقط عائد بایع می‌شود و رُکبان و مردم شهر همه متضرر می‌گردند (صاحب جواهر، همان).

تحلیل: اما در تطبیق موضوع تلقی رُکبان بر بیع استغلال باید گفت «بیعی که از طریق تلقی رُکبان جاری می‌شود، مقصود نیست مگر به لحاظ استغلال حالت وضعی که در طرف معامله وجود دارد مانند ضعف ادراکی، جهل و عدم خبرویت نسبت به بازار و امثال آن؛ و از همین جنبه است که به باور ما حکم تلقی رُکبان به اندیشه استغلال نزدیک‌تر از اندیشه تدلیس است. البته عقد در چنین صورتی باطل یا قابل ابطال تلقی نمی‌شود مگر غبن فاحشی از آن ناشی گردد. ماده (۴۰۸) مجله الاحکام الشرعیة مقرر می‌دارد: خیار غبن برای رُکبان زمانی حاصل می‌آید که شخص حاضر (محلّی) با غبن فاحشی بخرد یا بفروشد» (مظفر، ص ۱۵۳).

بیع حاضر لباد:

^۱ حنابله از اهل سنت در تلقی رُکبان، نجش و استرسال، به طرف مغبون حق فسخ می‌دهند که البته در غیر نجش، قول شافعیه نیز هست (الزحیلی، ج ۵، ص ۲۰۴).

یکی دیگری از منهیاتی که در روایات وارد شده است، بیع حاضر برای بادی است. مستند آن روایاتی است بدین مضمون که: لا بیع حاضر لباد (حر عاملی، ج ۱۷، ص ۴۴۴)، مراد آن است که شخص شهری نباید وکیل روستایی در فروش مالش شود. از این رو برخی به: لا یتوکل حاضر لباد، تعبیر کرده‌اند (شهید ثانی، ج ۳، ص ۲۹۶). ابن ادریس حلی از این که برخی به طور مطلق فروش مال بادی را از سوی شهری، ممنوع کرده‌اند اظهار شگفتی می‌کند و آن را نادرست می‌داند. او بر این باور است که مراد آن است که شهری به عنوان سمسار یا وکیل، مال روستایی را به فروش رساند و در این کار از روی تحکم و تغلیب و اکراه رفتار نماید (ابن ادریس، ج ۲، ص ۲۳۶). او معتقد است چنین بیعی علی رغم حرمت، صحیح است (همان). شهید ثانی حمل بر تحریم را در صورت صحت حدیث، نیکو می‌شمارد و گرنه کراهت را به جهت تسامح در ادله سنن، اولی می‌داند (همان).

تحلیل: از نهی چنین بیعی می‌توان در موضوع استغلال بهره گرفت. روشن است که ممنوعیت (الزامی یا غیر الزامی) فروش مال روستایی توسط شهری، ملاکی جز جلوگیری از سوء استفاده‌های احتمالی نمی‌تواند داشته باشد چه آن که شهری به سبب آگاهی از قیمت، کمیت و کیفیت کالاها، از غلبه و سلطنت بیشتری نسبت به روستایی فاقد خبرویت برخوردار است.

بیع اضطرار:

اضطرار از ریشه «ض ر» است و به معنای ناچار و درمانده بودن و محتاج و مجبور بودن به کار رفته است (ابن منظور، ۱۴۰۸، ج ۸، ص ۴۵). از منظر اصطلاحی، اضطرار حالتی است که فرد بر اثر فشارهای ناشی از آن حالت، وادار به انجام رفتاری خاص می‌گردد. اضطرار بر خلاف «اکراه» ناشی از تهدیدات خارجی نیست و بیشتر مبتنی بر اوضاع و احوال درونی است که باعث می‌شود شخص علی رغم میلش دست به انجام عملی بزند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۵، ج ۱، ص ۸۱). اضطرار ممکن است در پی تهدید و اکراه حاصل شود. «یکی از اقسام اضطرار جایی است که فردی دیگری را وادار به پرداخت مبلغی نماید و آن شخص راهی جز فروش ملکش پیش رو نداشته باشد. این معامله، به سبب اضطرار شخص واقع شده است (طباطبایی، ۱۴۲۳، ج ۲، ص ۴۲) هر چند نراقی این قسم از اضطرار را داخل در اکراه می‌داند (نراقی، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۲۷). فقیهان معامله مضطر را صحیح می‌دانند. امام خمینی در تفاوت‌گذاری میان اکراه و اضطرار در حدیث رفع می‌نویسد: «نسبت میان این دو به لحاظ مفهوم، تباین است زیرا اکراهی که صفت اکراه‌کننده است، فعلی از افعال اوست ولی اضطرار صفتی از صفات مضطر است و مفهوماً ربطی به هم ندارند همان گونه که بر مورد واحد نیز انطباق نمی‌یابند، اعم از این که اضطرار از اکراه مکره ناشی شده باشد یا به حسب نیازهای او تحقق یافته باشد... و اضطراری که از حوائج شخص ناشی شده باشد، موجب بطلان معاملات او نمی‌گردد زیرا دلیل اضطرار از آن، انصراف دارد چرا که منع معاملات او سبب تضییق و حرج او می‌شود در حالی که حدیث رفع برای توسعه و امتنان وارد شده است. بنا بر این، بطلان معاملات مضطر مطلقاً ارتباطی به اضطرار ندارد مگر در بعضی موارد خاص (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۹۲).

تحلیل: شاید بتوان بیع مضطر را نزدیک‌ترین مفهوم به استغلال دانست زیرا همان گونه که در تعریف استغلال گفته شد، طرف قوی به سبب نقطه ضعفی که در طرف ضعیف وجود دارد، قرارداد یا شروطی ناعادلانه را بر او تحمیل می‌کند و او نیز مجبور به پذیرش است، خواه این شرایط خاص، درونی باشد و یا از بیرون به او تحمیل شده باشد. «از مفاهیمی که بر اندیشه استغلال قابل تطبیق است، مسئله بیع مضطر است چرا که مضطری که کالای خویش را با قیمتی بسیار پایین نسبت به قیمت حقیقی آن می‌فروشد، در فشار نیاز دست به این کار می‌زند که خود یکی از حالات استغلال

است» (مظفر، ص ۱۵۳). چیزی که در کلام فقیهان مشهود است عدم اشاره به سوء استفاده از معاملات مضطر است، مفهومی که در بیع استغلال، بنیادی است.

بیع استرسال:

استرسال در لغت به معنای رها کردن و بلند کردن مو، و اعتماد کردن به دیگری در آنچه می‌گوید آمده است (طریحی، ج ۵، ص ۳۸۳) و در اصطلاح فقهی سوء استفاده از اعتماد فرد و فریفتن او در معامله است. در برخی روایات از استرسال به معنای فریب دادن کسی که در معامله به او اعتماد کرده است نهی شده است. اسحاق بن عمار از امام صادق (ع) نقل می‌کند که: غبن المسترسل سُحت، یعنی فریب دادن فردی که در معامله به تو اعتماد کرده است حرام است (حر عاملی، ج ۱۸، ص ۳۱). در روایت دیگری به جای سحت، حرام آمده است (ابن فهد حلی، ج ۲، ص ۳۷۹) و در حدیث دیگری چنین وارد شده است: لا تغبن المسترسل فان غبنه لا یحل، یعنی کسی را که به تو اطمینان کرده است فریب نده زیرا فریفتن او حلال نیست (کلینی، ج ۵، ص ۱۷۱). بعضی فقیهان از نهی وارد شده در این روایات، حرمت را استفاده کرده‌اند و بیع را در صورتی که عین غبن و خدیعه باشد، باطل دانسته‌اند (نراقی، مستند الشیعه، ج ۱۴، ص ۳۹۶) در حالی که برخی نیز کراهت را استنباط نموده‌اند (صاحب جواهر، ج ۲۳، ص ۴۱).

تحلیل: با دقت در کلمات فقیهان امامی روشن می‌شود که آنها بیع استرسال را در ذیل مبحث خیار غبن در معامله مطرح کرده‌اند ولی به نظر می‌رسد بتوان باب ویژه‌ای برای آن گشود همان گونه که در حقوق عربی معاصر، موضوع استرسال از غبن متمایز شده است. دکتر محمود مظفر در این خصوص می‌نویسد: «همچنین مسئله بیع استرسال را می‌توان بر نظریه استغلال تطبیق نمود زیرا این نوع از بیعها در اساس خود بر عدم خبرویت و درایت طرف مستغل، بنیان نهاده شده است. مقصود از بیع استرسال آن است که فردی که آگاهی و خبرویتی نسبت به وضعیت بازار ندارد، کالایش را به طرفی که کاملاً آگاه است بر اساس قیمت بازار عرضه کند و طرف آگاه با دروغ فروشنده‌ای را که ناآگاه به قیمت است و ادار به فروش کالایش کند. این جا دروغ خریدار به عنوان تدلیس، یک نوع استغلال به شمار می‌آید زیرا طرف طرف ناآگاه، مورد سوء استفاده قرار گرفته است و شرعاً خیار رد دارد. ماده (۴۰۹) از مجله الاحکام الشرعیه چنین تصریح می‌کند: خیار غبن برای شخص مسترسلی که قیمت را نمی‌داند و از چانه‌زنی سر در نمی‌آورد ثابت است خواه فروشنده باشد خواه خریدار» (مظفر، صص ۱۵۳-۱۵۴).

نتایج تحقیق:

چند مطلب از آنچه گفته شد قابل استفاده است:

- ۱- واژه‌ی «استغلال» به معنای امروزی آن در هیچ یک از کتب رایج فقهی شیعه و سنی، مطرح نشده است. اگر جایی هم دیده شود، به معنای «طلب غله کردن»، «بهره‌برداری» و امثال معانی لغوی آن است.
- ۲- این واژه در ادبیات حقوقی معاصر جهان عرب در معنای سلبی و منفی به کار گرفته شده است و برابر نهاد آن، سوء استفاده، بهره‌کشی و موقعیت غیر عادلانه در قرارداد است.
- ۳- استغلال در معنای یادشده، یکی از سازوکارهای تعدیل در نظام قضایی کشورهای چینی مصر به شمار می‌آید.

۱. مالکیه از اهل سنت هر سه بیع تلقی رکبان، نجش و استرسال را در عین حرمت، صحیح می‌دانند و در بیع نجش، برای مشتری حق خیار فسخ قائل هستند (دریدیر، ج ۳، ص ۶۷).

- ۴- با دقت در قوانین این کشورها مانند ماده ۱۲۹ ق.م.مصر می‌توان دریافت که «استغلال» به مثابه‌ی یکی از موانع نفوذ قرارداد نیز پذیرفته شده است (یعنی تنها در مرحله دادرسی کاربرد ندارد).
- ۵- باید توجه کرد که میان نظریه «استغلال» با نظریه «الحوادث الطارئة» تفاوت وجود دارد. زیرا در موضوع استغلال، تنها عدم توازن تعهدات کافی نبوده و علاوه بر آن می‌بایست این عدم توازن به واسطه‌ی سوء استفاده غابن از عدم بصیرت مغبون، نشأت گرفته باشد.
- ۶- در ادبیات حقوقی مذکور، میان غبن و استغلال تمایز وجود دارد. غبن جنبه‌ی مادی استغلال است. به دیگر بیان، عدم تعادل عوضین اگر از منظر روانی و ناآگاهی مغبون ملاحظه گردد، استغلال نام می‌گیرد و اگر از منظر خارجی و مادی مورد توجه واقع شود، غبن تسمیت می‌یابد.
- ۷- نظریه غبن در فقه اسلامی و به ویژه فقه شیعه کاملاً شناخته شده است. غبن در لغت به معنای خدیعه است ولی در اصطلاح فقهی به معنای تملیک مال به بیشتر از قیمتش در صورت جهل طرف دیگر است. به تملیک‌کننده غابن و به طرف دیگر مغبون گفته می‌شود. غبن موجب تحقق خیار غبن برای مغبون می‌گردد. اما باید یادآور شد که نظریه استغلال در حقوقی عربی معاصر دقیقاً منطبق بر نظریه غبن نیست. مهم‌ترین تفاوت آن در آگاهی مغبون به غبنش در نظریه استغلال است.
- ۸- فقه اسلامی با توسل به مفاهیمی چون: قاعده عدالت و انصاف، ممنوعیت اجحاف، بیع نجش، بیع اضطرار، بیه استرسال و امثال آنها می‌تواند در مواجهه و قانون‌گذاری مناسب با پدیده «استغلال» در قراردادهای گامی سودمند و اساسی بردارد.

فهرست منابع:

۱. قرآن کریم؛ ترجمه ناصر مکارم شیرازی.
۲. آزع، اسماعیل، آرمیده، موسی، علامه‌ای، عبد الله، «بررسی و مقایسه انصاف و عدالت در حقوق»، فصلنامه تازه‌های حقوقی، مجله حقوقی، بهار ۱۳۹۵، ص ۱ تا ۱۲.
۳. ابن اثیر، مبارک بن محمد، *النهاية في غريب الحديث*، چاپ چهارم، قم، مؤسسه اسماعیلیان للطباعة و النشر، ۱۳۶۴.
۴. ابن ادریس، ابو جعفر محمد بن منصور، *السرائر*، چاپ دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۵. ابن جنید اسکافی، محمد بن احمد، *فتاوی ابن جنید*، تصحیح علی پناه اشتهاردی، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۶ق.
۶. ابن زهره، حمزة بن علی، *تُغْنِيَةُ النُّزُوعِ فِي عِلْمِي الفروع و الأصول*، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، ۱۴۱۷ق.
۷. ابن فهد حلّی، احمد بن محمد، *المهذب البارع في شرح المختصر النافع*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۸. ابن منظور، جمال الدین بن مکرم، *لسان العرب*، قم، نشر ادب حوزه، ۱۴۰۵ق.
۹. ابن نجیم مصری، زین الدین بن ابراهیم، *البحر الرائق شرح كنز الدقائق*، دار الکتب الاسلامی، بی تا.

١٠. أوبكر الصديق، منى، *الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات*، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٣م.
١١. ارسطو، *اخلاق نيكوماخس*، ترجمه محمد حسن لطفى، تهران، طرح نو، چاپ دوم، ١٣٨٥.
١٢. افلاطون، *جمهور*، ترجمه فؤاد روحانى، تهران، شركت انتشارات علمى و فرهنگى، چاپ چهاردهم، ١٣٩٣.
١٣. اسماعيل حماد، محمد ظاهر الدرّة، *الإستغلال فى القانون المدنى الأردنى: دراسة مقارنة مع القانون المدنى العراقى*، اردن، كلية القانون، ٢٠١٥م.
١٤. انصارى، مرتضى، *المكاسب*، چاپ اول، قم، مجمع الفكر الاسلامى، ١٤١٥ق.
١٥. ابو عمرو، مصطفى احمد، *موجز احكام قانون حماية المستهلك*، الطبعة الاولى، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١م.
١٦. بودالى محمد، *حماية المستهلك فى القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسى)*، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ٢٠٠٦.
١٧. پانيچ، لئو، *مانيفيست پس از ١٥٠ سال*، تهران، انتشارات آگاه، ١٣٨٠.
١٨. الجروشى، محمد سليمان، *نظرية العقد و الخيارات فى الفقه الاسلامى المقارن*، چاپ اول، منشورات جامعة قان يونس، بنغازى، ٢٢٠٣م.
١٩. الجريدة الرسمية، *قانون حماية المستهلك*، المملكة المغربية، رباط، عدد ٥٩٣٢، ابريل ٢٠١١م.
٢٠. جواهرى، حسن، «*عقود الادعان*»، فقه اهل بيت (ع)، شماره ٣٤، ١٤٢٥ق، از ١٤٩٩ تا ١٨٢٢.
٢١. جوهرى، اسماعيل بن حماد، *تاج اللغة و صحاح العربية*، بيروت، دار العلم للملايين، چاپ اول، ١٤١٠ق.
٢٢. حر عاملى، محمد بن الحسن، *تفصيل وسائل الشيعه الى تحصيل مسائل الشريعة*، چاپ اسلاميه، چاپ پنجم، ١٤٠٣ق.
٢٣. حشيشة شعبان، الفة، *عقود الاستغلال تحت التسمية الأصلية: دراسة مقارنة، الهيئة الوطنية للمحامين، تونس*، ٢٠١١م.
٢٤. الحكيم، دكتور عبد المجيد، *الكافى فى شرح القانون المدنى الأردنى والعراقى واليمنى فى الالتزامات والحقوق الشخصية*، عمان، الشركة الجديدة للطباعة، ١٩٩٣م.
٢٥. حماد عبد، موفق، *الحماية المدنية للمستهلك فى التجارة الالكترونية*، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، منشورات الزين الحقوقية، بغداد، ٢٠١١م.
٢٦. حمد الله، حمد الله محمد، *حماية المستهلك فى مواجهة الشروط التعسفية فى عقود الاستهلاك دراسة مقارنة*، دار الفكر العربى، القاهرة، مصر، ١٩٩٧م.

٢٧. خالد ممدوح، إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٨م.
٢٨. خطيب شربيني، محمد، *معنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج*، بيروت، دار الذخائر، ١٩٩٠م.
٢٩. خليل بن احمد فراهيدى، ابو عبد الرحمن، *كتاب العين*، چاپ دوم، مؤسسه دار الهجرة، ١٤٠٩ق.
٣٠. خميني، سيد روح الله، *كتاب البيع*، قم، مؤسسه نشر و تنظيم آثار امام خميني(ره)، ١٣٧٩.
٣١. خوئي، سيد ابوالقاسم، *مصباح الفقاهة*، به قلم محمد علي توحيدى، قم، مكتبه داورى، بى تا.
٣٢. الديان، ديبان، *كتاب المعاملات المالية أصالة ومعاصرة*، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض - المملكة العربية السعودية الطبعة: الثانية، ١٤٣٢ق.
٣٣. دربال، آمال، «*حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في عقد التأمين، دراسة مقارنة*»، نشرية الدراسات، الجزائر، ٢٠١٦م، ص ٢٧٩ الى ٢٨٧.
٣٤. دريدر، ابوالبركات احمد بن محمد عدوى، *الشرح الكبير*، المكتبة الشاملة الكبرى.
٣٥. روحانى، سيد محمد حسيني، *منهاج الصالحين*، چاپ دوم، قم، مكتبه الفين، ١٤١٤ق.
٣٦. زحيلي، وهبة، *الفقه الاسلامى وادلتها*، چاپ چهارم، دمشق، دار الفكر، بى تا.
٣٧. سلطان، انور، *مصادر الالتزام فى القانون المدنى الأردنى*، عمّان (اردن)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ٢٠٠٧م.
٣٨. السنهورى، احمد عبد الرزاق، *نظرية العقد*، چاپ اول، تهران، خرسندى، ١٣٩١.
٣٩. _____، *الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد*، بيروت، دار احياء التراث العربى.
٤٠. سى الطيب، محمد امين، *الشروط التعسفية فى عقود الاستهلاك*، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير فى القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة ابى بكر بلقايد تلمسان، ٢٠٠٨م.
٤١. سيستانى، سيد على، *منهاج الصالحين*، چاپ اول، قم، مكتب آيت الله العظمى سيستانى، ١٤١٤ق.
٤٢. الشرنباصى، رمضان على السيد، *حماية المستهلك*، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية- مصر، ٢٠٠٩م.
٤٣. شهيد اول، محمد بن مكى، *الدروس الشرعية*، قم، مؤسسه نشر اسلامى، بى تا.
٤٤. شهيد ثانى، على بن جبعى عاملى، *الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية*، چاپ اول، قم، انتشارات داورى، ١٤١٠ق.
٤٥. صاحب جواهر، محمد حسن نجفى، *جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام*، تهران، دار الكتب الاسلامية، چاپ دوم، ١٣٦٣.
٤٦. الصدر، السيد محمد باقر ١٤٢٥ق، *اقتصادنا*، مكتب الإعلام الإسلامى - فرع خراسان الثانية|قم، مؤسسه بوستان كتاب قم، مركز النشر التابع لمكتب الإعلام الإسلامى.

٤٧. طباطبائي، سيد علي، *رياض المسائل في بيان احكام الشرع بالدلائل*، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤١٢ق.
٤٨. طريحي، فخر الدين، *مجمع البحرين*، چاپ دوم، قم، مكتب نشر الثقافة الاسلاميه، ١٤٠٨ق.
٤٩. طوسي، محمد بن الحسن، *تهذيب الاحكام*، تهران، دار الكتب الاسلاميه، چاپ چهارم، ١٣٦٥.
٥٠. _____، *المبسوط في فقه الاماميه*، تهران، مكتبة مرتضويه، ١٣٨٧ق.
٥١. عبد الباقي، عبد الفتاح، *نظريه العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي*، موسوعة القانون المدني المصري، مصر، ١٩٨٤م.
٥٢. العزيمي البكري، محمد، *موسوعة الفقه والقضاء والتشريع، في القانون المدني الجديد*، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، قاهره، دار محمود للنشر والتوزيع، بي تا.
٥٣. العلامة الحلبي، الحسن بن يوسف، *تذكرة الفقهاء*، مؤسسه آل البيت(ع)، ١٤١٤ق.
٥٤. _____، *منتهى المطلب*، چاپ اول، مشهد، مركز پژوهش های آستان قدس، ١٤١٢ق.
٥٥. عواطف، محي الدين، «*أحكام الشروط التعسفية حماية للمستهلك وإعادة للتوازن العقدي*»، مجلة القانون العام الجزيري والمقارن، المجلد الرابع، العدد الأول، جانفي ٢٠١٨م.
٥٦. غانم، اسماعيل، *النظريه العامه للالتزامات، مصادر الالتزام*، مكتبة عبد الله وهبه، بي تا.
٥٧. فارابي، ابو نصر، *آراء مدينه فاضله*، تهران، شوراى على فرهنگ و هنر، ١٣٥٤.
٥٨. فراهيدى، ابو عبد الرحمن، *كتاب العين*، چاپ دهم، قم، دار الهجرة، ١٤٠٩ق.
٥٩. فرج العدوي، توفيق حسن، *النظريه العامه للالتزام*، چاپ دوم، بيروت، منشورات حليبه الحقوقيه، ٢٠٠٢م.
٦٠. فرج الصده، عبد المنعم، *مصادر الالتزام*، دار النهضه العربيه، ١٩٩٤م.
٦١. _____، *نظريه العقد في قوانين البلاد العربيه*، دار النهضه العربيه للطباعة و النشر، بيروت، ١٩٧٤م.
٦٢. القانون المدني العراقي.
٦٣. القانون المدني المصري.
٦٤. كاپلستون، فردريك، *تاريخ فلسفه*، ترجمه سيد جلال الدين مينوى، تهران، شركت انتشارات علمي فرهنگي، چاپ چهارم، ١٣٨٠.
٦٥. كاتوزيان، ناصر، *قواعد عمومي قراردادها*، جلد پنجم، چاپ سوم، گنج دانش، ١٣٩٩.
٦٦. كرفه محمد، خليفه، «*ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفيه بعقود الاذعان من اجل حمايه واسعه للمستهلك*»، مجلة الدراسات القانونيه المقارنه، العدد الرابع، ٢٠١٧م.

۶۷. کلینی، محمد بن یعقوب، *الكافی*، چاپ سوم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۸۸ق.
۶۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *الفارق*، گنج دانش، تهران، چاپ سوم، ۱۳۹۵.
۶۹. لینده، عبد الله، *المستهلك والمهني مفهومان متباينان*، ملتقى وطنی حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، ۱۳ و ۱۴ افريل، ۲۰۰۸، معهد العلوم القانونیه والاداریه، المركز الجامعی بالوادى الجزائر، منشورات معهد العلوم القانونیه والاداریه بالمركز الجامعی بالوادى-الجزائر، ۲۰۰۸م.
۷۰. مجله الاحكام الشرعیه،
۷۱. المحاقری، اسماعیل محمد، «*الحماية القانونية لعدیم الخبیره من الشروط التعسفیة دراسة فقهیة قضائیة مقارنة*»، نشریه الحقوق، اسنہ الثلاثون، ذو الحجہ ۱۴۲۷، العدد ۴، از ص ۲۳۸ تا ۳۸۲.
۷۲. محقق داماد و همکاران، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، جلد اول، انتشارات سمت، چاپ دهم، ۱۳۹۸.
۷۳. محقق داماد، سید مصطفی، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، ج ۱، مرکز نشر علوم انسانی، چاپ پنجم، ۱۳۹۸.
۷۴. محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۸ق.
۷۵. محمد برآج، جمعه، «*الطلاق التعسفی و مدى مطابقته لاحکام الشرعیة*»، نشریه الثقافه الاسلامیه، شماره ۶، ۲۰۰۶م.
۷۶. محمد الرفاعی، احمد، *الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدی*، دار النهضه، مصر، ۱۹۹۴م.
۷۷. مطهری، مرتضی، *عدل الهی*، تهران، انتشارات حکمت، ۱۳۵۷.
۷۸. مظفر، محمود، *نظریه العقد: دراسة قانونیة مقارنة باحکام الشریة الاسلامیة*، دار حافظ للنشر و التوزیع، جدہ، ۱۴۲۲ق.
۷۹. معاشو، خالد، *دور القاضی فی حماية المستهلك من الشروط التعسفیة*، شهادة ماجستير، کلیه الحقوق و العلوم السیاسیة، الجمهوریة الجزائریة، السنه الجامعیة، ۲۰۱۵-۲۰۱۶م.
۸۰. مکارم شیرازی، ناصر، تفسیر نهج البلاغه، <https://makarem.ir/main.aspx?lid=0&typeinfo=13&catid=0&pageindex=38&mid=82483>
۸۱. مهریزی، مهدی، «*عدالت به مثابه قاعده فقهی*»، نقد و نظر، شماره ۳ و ۲، ۱۳۷۶.
۸۲. نراقی، ملا احمد، *مستند الشیعه فی احکام الشریة*، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۵ق.
۸۳. نوری، میرزا حسین، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، چاپ اول، بیروت، مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۰۸ق.
۸۴. واسطی زبیدی، محب الدین سید مرتضی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، بیروت، دار الفکر للطباعه و النشر، ۱۴۱۴ق.

نسخه پیش انتشار