

مطالعات فقه و حقوق اسلامی
سال ۱۲ - شماره ۲۳ - پاییز و زمستان ۹۹
صفحات ۹۷ - ۱۲۲ (مقاله پژوهشی)

مشروعیت سنجی اشتراط قرارداد مشارکت مدنی به عاملیت تبرّعی

عبدالرضا رضائی* / طاهر علی محمدی** / کریم کوخایی زاده***

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۰۴ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۱۲

چکیده

یکی از قرارداد های مرسوم در نظام بانکداری ایران، قرارداد مشارکت مدنی، برگرفته از شرکت عنان در فقه امامیه است. بر اساس ماده ۷ قرارداد نمونه مشارکت مدنی بانک مرکزی مصوب ۱۳۹۲ اداره امور شرکت، تبرّعا بر عهده شریک با نظارت بانک و طبق اسناد مورد توافق گذاشته شده است. با توجه به این که در شرکت عنان و به تبع آن در قرارداد مشارکت مدنی، عامل، مستحقّ اجرت خواهد بود و از طرفی، تبرّعی بودن عامل در قرارداد مشارکت مدنی شرط شده و توسط بانک مورد اجرا قرار گرفته است، از اینرو، بررسی صحّت و مشروعیت چنین شرطی در ضمن قرارداد مذکور از اهمیت خاصی برخوردار است. در این تحقیق که به روش توصیفی تحلیلی انجام گرفته، ثابت شده است که شرط تبرّعی، به دلیل عدم پیش بینی استحقاق اجرت برای عامل، به عنوان شرطی تحمیلی و بدون رضایت شریک، شرطی خلاف مقتضای شرع و ذات عقد و در نتیجه، باطل است و سبب تبدیل و تغییر ماهیت قرارداد مشارکت مدنی به قرض ربوی خواهد شد.

کلیدواژه: قرارداد مشارکت مدنی، شرط تبرّعی، شرکت عنان، قرض ربوی.

* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه ایلام، ایلام، ایران

** دانشیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه ایلام، ایلام، ایران (نویسنده مسئول)

t.alimohamadi@ilam.ac.ir

*** استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه ایلام، ایلام، ایران

مقدمه

در نظام اسلامی ایران، بانک ها در راستای اجتناب از ربا، قراردادهایی در قالب عقود اسلامی تنظیم کرده اند که یکی از آنها، قرارداد مشارکت مدنی است. بر اساس ماده ۷ قرارداد نمونه بانک مرکزی جمهوری اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ چگونگی اداره این نوع قرارداد که بر اساس ماده ۱۸ تا ۲۲ آئین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (تصویب نامه شماره ۸۸۶۲۰ هیأت وزیران در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۱۴) میان بانک و مشتریان خود به عنوان طرفین شرکت منعقد می شود به شیوه عمل تبرّعی بر عهده عامل گذارده شده است. منظور از تبرّع در لغت، بذل مال یا منفعتی به دیگری به قصد احسان و بدون چشم‌داشت چیزی در قبال آن است (ابن عباد، ۱۴۱۴: ۳۴/۲) و در اصطلاح فقهی، تصرفاتی است که در مقابل عوض نباشد (شعرانی، ۱۴۱۹: ۳۹۹/۲). سپردن اداره شرکت به یکی از شرکا (عامل) ابهامی ندارد اما آن چه که جای سؤال دارد، انجام اداره امور داخلی شرکت به صورت مجّانی و تبرّعی توسط عامل است. اهمیت پژوهش حاضر که به بررسی شرط تبرّع در قرارداد مشارکت مدنی اختصاص دارد، در آن است که شرط مذکور از جهت احتمال مخالفت با شرع یا مقتضای عقد، ممکن است ادّعا شود که موجب تغییر ماهیت عقد یا ابطال آن می گردد و یا حداقل در فرض عدم ضرر به ماهیت عقد شرکت، نیازمند اصلاحاتی در این زمینه خواهد بود. از اینرو، سؤالاتی در اینباره وجود دارد که عبارت است از این که آیا شرط تبرّع عامل، صحیح است یا نه؟ و در صورت فساد، آیا به ماهیت عقد شرکت، ضرری می رساند یا خیر؟ با بررسی پیشینه موضوع، تحقیقی که به شرط تبرّع عامل در این قرارداد پرداخته باشد، یافت نشد؛ هرچند از زوایای دیگر پژوهش هایی درباره عقد مشارکت مدنی صورت گرفته است. مقاله «بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دیدگاه قواعد فقهی» از جمله آنها است که پیرامون قرارداد مشارکت مدنی از دیدگاه قواعد فقه، انجام گرفته و با وجود متزلزل دانستن

مشروعیت آن، چگونگی مدیریت داخلی شرکت به صورت عاملیت تبرّعی را بررسی نکرده است (نظرپور و ملا کریمی، ۱۳۹۴: ۱۶۳). در مقاله ای دیگر نیز با عنوان «سوء استفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه های دایرکتیو اتحادیه اروپا»، به طور کلی به مطالعه تطبیقی سوء استفاده از شروط قرارداد مشارکت مدنی با آموزه های دایرکتیو اتحادیه اروپا پرداخته شده است (کریمی و مرادی، ۱۳۹۴: ۳۹). بنابراین، تحقیق حاضر، پژوهشی جدید در این خصوص است که با روش توصیفی تحلیلی به دنبال پاسخ به پرسش های مذکور خواهد بود.

۱- مفهوم شرکت

به نظر می رسد جوهره اصلی قرارداد مشارکت مدنی همان عقد شرکت است. شرکت در لغت به معنای «مخلوط کردن» (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۴۴۸/۱۰؛ واسطی زبیدی، ۱۴۱۴: ۵۹۱/۱۳) و نیز تعلق یک چیز به دو یا چند نفر است (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۴۵۱). فقها در تعریف شرکت چنین گفته اند: «شرکت، اجتماع حقوق مالکان در یک چیز به گونه مشاع است» (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۲/۲۹۸؛ فاضل مقداد، ۱۳۸۴: ۲/۲۰۷، ابن برّاج، ۱۴۰۷: ۲/۵۴۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۴/۳۰۱؛ حائری طباطبائی، ۱۴۱۸: ۹/۳۱۶). قانون مدنی هم در ماده ۵۷۱ همین تعریف را پذیرفته است: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکان متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». بنابر ماده ۵۷۳ قانون مدنی گاه به موجب عقد شرکت، دو طرف توافق می کنند که اشیاء و اموالی را به صورت اشتراک فیما بین خود در آورده و از آنها بهره برداری کنند و بهره و خسارت را بین خود قسمت نمایند؛ خواه از این عقد یک شخصیت حقوقی پدید آید (شرکت تجاری) خواه نه (شرکت مدنی)، یعنی در جزء جزء مال، شریک هستند. مطابق نظر امام خمینی (ره) شرکت عقدی و جود دارد؛ به این معنا که میان دو نفر یا بیشتر، عقدی

مشروعیت سنجی اشتراط قرارداد مشارکت مدنی به عاملیت تبرّعی _____ ۱۰۰

بر روی مال مشترک صورت می گیرد تا معاملاتی روی آن انجام دهند (خمینی، ۱۴۲۱: ۱/۶۲۱).

۲- ماهیت قرارداد مشارکت مدنی

قرارداد مشارکت مدنی به لحاظ ماهیت، همان عقد شرکت است» (موسویان، ۱۳۹۳: ۳۶۳). از دیدگاه حقوقدانان، قرارداد مشارکت مدنی یکی از انواع قراردادهای بانکی است که برگرفته از یکی از انواع شرکت در فقه، به نام شرکت عنان می باشد و آن شرکتی است که دو یا چند نفر در اموال دارند و به موجب پیمانی طرز اداره و تجارت با آن را معین می کنند؛ خواه مال مشترک پول باشد یا کالا، مشروط بر این که در اثر امتزاج یا قرارداد، مالکیت هر کدام مشاع در سرمایه ها باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۲۱). شرکت عنان (اموال) در اصطلاح فقهی آن است که دو یا چند نفر به موجب امتزاج و یا عقد شرکت، در اموال با هم شریک شوند. برخی از فقها بر این باورند که این شرکت، فقط در اعیان صحیح است نه در دیون و منافع؛ مثلاً دو نفر که هر کدام از شخصی طلبی دارند، نمی توانند به وسیله عقد شرکت قرار بگذارند که آن چه از مدیون وصول می کنند میانشان مشترک باشد، گرچه از دیدگاه اینان می توان با عقد صلح آن را اصلاح کرد (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۶۹۷/۲). در کلام دیگران چنین قیدی دیده نمی شود (خمینی، ۱۴۱۳: ۱/۶۲۴). از نظر قانون مدنی مانعی ندارد که شرکت عقدی در هر نوع مالی به وجود آید؛ زیرا اشاعه در ملکیت می تواند بر مبنای عقد شرکت ایجاد شود و نیازی به امتزاج یا انعقاد صلح و یا عقد تملیکی دیگر نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۱).

در هر صورت، در ضمن قرارداد مشارکت مدنی، بانک طرف قرارداد، جهت مباشرت شریک در انجام امور اداری و حراست و پرداخت هزینه های نگهداری، تعمیر و غیره در مال شرکت، شرط عمل تبرّعی می کند. البته هدف اصلی بانک،

ایجاد عقد شرکت است؛ اما جهت حسن انجام کار، کسب سود بیشتر و بدون خطر، از شروط ضمنی استفاده می‌کند و شرط عمل تبرعی، یعنی شرط مباشرت شریک در اداره انحصاری و شخصی در مال موضوع شرکت، یکی از همین شروط است. بر اساس قوانین کلی حاکم بر شرکت در فرض تلف مال مشترک، تراضی و شرکت منحل می‌گردد. لذا ضرر و خسارت می‌بایست از هر دو طرف محاسبه گردد؛ اما بانک با درج شرط ضمنی در قرارداد و ایجاد مسئولیت مطلق بر شریک، پرداخت حاصله و حتی سود را بر عهده شریک می‌گذارد (درویش زاده، ۱۳۸۷: ۴۲۲).

در ماده ۷ نمونه قرارداد مشارکت مدنی که در یک هزار و یکصد و شصت و پنجمین جلسه مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۶ شورای پول و اعتبار به تصویب رسیده و از تاریخ شنبه ۱۳۹۲/۹/۲ توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران لازم الاجرا شده چنین آمده است: «اداره امور شرکت مدنی با رعایت مفاد قرارداد حاضر و قوانین جاری، تبرعاً به عهده شریک و با نظارت بانک/مؤسسه اعتباری می‌باشد و شریک متعهد و ملتزم گردید اجرای طرح را طبق اسناد، مدارک، مجوزهای لازم و قانونی مورد توافق از هر جهت رأساً و با نظارت بانک/مؤسسه اعتباری انجام دهد و از این جهت هیچگونه مسئولیتی متوجه بانک/مؤسسه اعتباری نمی‌باشد». این ماده، عمل عامل را به عنوان شرط ضمن عقد لحاظ کرده؛ زیرا در آن، واژه «متعهد و ملتزم گردید»، آمده است. شروط را به دو قسمت: مستقل و وابسته تقسیم می‌کنند: شرط مستقل و شرط وابسته. شرط مستقل، شرطی است که جزو مفاد اصلی عقد و دخیل در عوضین نیست و معمولاً در ضمن عقد می‌آید و موضوع آن با موضوع قرارداد تفاوت دارد؛ اما شرط وابسته، شرطی است که با سایر مفاد و ارکان عقد، گره خورده و به لحاظ ارتباط و

۱. شرط ضمن عقد عبارت است از التزام و التزام به چیزی ضمن عقد یا ربط و وابستگی میان عقد و تعهدی که در پی آن می‌آید (خمینی، ۱۴۲۱: ۳۰۷/۵-۳۰۸).

مشروعیت سنجی اشتراط قرارداد مشارکت مدنی به عاملیت تبرّعی _____ ۱۰۲

عجین شدن این شرط با موضوع و سائر شروط قرارداد، نمی توان به سادگی آن را نادیده گرفت و یا حذف نمود (تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴: ۲۲).

در اینجا این پرسش مطرح است که شرط عمل عامل از چه نوعی است؟ مستقل یا وابسته؟ و تأثیر هر کدام در ماهیت قرارداد مشارکت مدنی چگونه است؟ در اینجا دو احتمال متصور است: ۱- اگر عمل، به عنوان شرطی مستقل، در ضمن عقد لحاظ شده باشد در این صورت، این ماده یا بیانگر یک شرط فعل است؛ یعنی شریک (مشری) با رضایت خود پذیرفته است که تمام کارهای مربوط به شرکت را به صورت مجانی انجام دهد و اجرت عمل خود را بعد از دستیابی، به شریک (بانک)، هبه یا صلح کند. یا این که عمل تبرّعی از جنس تعهد به نتیجه است که در این صورت، نیازی به عقدی جدای از شرکت نخواهد بود. ۲- آن که عنصر عمل به عنوان شرط وابسته و جزو مفاد قرارداد و موضوع آن بوده که در تعیین بهای ثمن نهائی قرارداد دخیل باشد. به این معنا که اگر شریک، مدیریت عاملی شرکت را نپذیرد هزینه بالایی بابت پرداخت اجرت به شرکت به او تحمیل می شود. ثمره این بحث آن است که اگر شرط تبرّع را شرطی مستقل بدانیم، در صورت اثبات فاسد بودن، فساد آن به عقد سرایت نمی کند اما در صورت دوم که آن را شرطی وابسته به عقد و سائر شروط بدانیم، تأثیر فساد آن در بطلان عقد قابل بحث خواهد بود. در قراردادهای بانکی شروط ضمن عقد از نوع دوم است. بنابر این شرط عمل تبرّعی، جایگاه مهمی در تعیین مقتضا، صحّت و بطلان عقد شرکت دارد. در اینجا با توجه به اهمیت موضوع لازم است دلایل صحّت و بطلان شرط مذکور طرح و مورد نقد و بررسی قرار گیرند.

۳- دلایل عدم صحّت شرط تبرّع عامل

با بررسی قواعد و اصول مورد پذیرش در فقه امامیه می توان به دلایلی برای اثبات عدم صحّت آن استناد کرد که ضمن تبیین آنها، مورد نقد و بررسی قرار می گیرند:

۳-۱- مخالفت با مقتضای شرع

چنان که گفته شد، قرارداد مشارکت مدنی همان شرکت عنان است؛ بنابراین قاعدتاً می‌بایست تمامی شرایط شرکت عنان در آن لحاظ گردد. از جمله شرایط شرکت عنان آن است که سود و زیان متوجه هر دو شریک می‌شود و اگر یکی از دو شریک، عامل باشد، حق الاجاره به او تعلق می‌گیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۳۱۱/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۰۰/۲۶)؛ اما چنین شرطی در قرارداد مذکور رعایت نشده و هیچ حق الاجاره‌ای به شریک (عامل) تعلق نمی‌گیرد. بنابراین، چاره‌ای جز حکم به بطلان شرط مذکور نخواهد بود؛ چون برخلاف مقررات شرعی در معاملات انجام می‌شود. به نظر می‌رسد این دلیل یکی از مهمترین دلایل دال بر فساد شرط مذکور باشد؛ زیرا وقتی که مستفاد از ادله شرعی، چارچوب شرکت عنان مشخص شده، جایی برای دخل و تصرف در آن نمی‌ماند و نمی‌توان به بهانه عرفی بودن، حکم به صحت آن داد. حتی اگر این اصل پذیرفته شود که هر معامله رایج در میان مردم که شرع در باره آن سکوت کرده باشد، شرعاً بدون مشکل است در اینجا قابل استناد نیست؛ زیرا با توجه به قرار گرفتن آن در قالب شرکت عنان، مشمول شرایط تبیین شده آن توسط شرع می‌شود و نوبت به عرفی بودن آن نمی‌رسد.

۳-۲- مخالفت با مقتضای ذات عقد

یکی از شرائط صحت شرط ضمن عقد آن است که با مقتضای عقد مخالفت نداشته باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ۳۱۱/۴؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۴۴/۶). مقتضای عقد بر دو نوع است: ۱- مقتضای ذات عقد که عبارت از جوهر اصلی و اساسی که عقد، قائم بر آن است به طوری که هرگاه از عقد گرفته شود دیگر موضوعی باقی نمی‌ماند تا آثار و احکامی بر آن مترتب شود، به این معنا که سلب آن از عقد، مساوی با نفی و ابطال خود عقد است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۴۵/۲). ۲- مقتضای اطلاق عقد که به چیزی گفته می‌شود که عقد به وصف اطلاقش و خلوص از قید و شرط مقتضی و مستلزم آن است و هر زمان که مقید به وصف یا زمان یا مکان و غیر آنها نباشد، آن را اقتضاء

می کند؛ چه از آثاری باشد که عرفاً مترتب شده، مثل تسلیم و تسلّم در بیع و چه از حقوق مجعول از جانب شارع باشد (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۱/۲)؛ این نوع مقتضا امری است فرعی که هرگاه عقد به طور مطلق یعنی بدون قید و شرط واقع شود، اقتضای آن امر را دارد (امامی، ۱۳۷۴: ۲۸۰/۱). مقصود ما در اینجا قسم اول است که گاهی برخی شروط باعث تغییر ماهیت عقد می شوند. در اینباره گفته شده است: «شروط عدم مسئولیت بانک ها در قرارداد مشارکت مدنی، به نظر مشهور فقها از مصادیق شروط خلاف مقتضا و ماهیت عقد مشارکت می باشد» (مرادی و کریمی، ۱۳۹۶: ۱۳۵). برای درک آن که شرط تبرّع عامل، خلاف مقتضای عقد است یا نه؛ باید به دو نکته توجه کرد: ۱- در ذیل ماده ۷ نمونه قرارداد مشارکت مدنی، جهت تبیین شرط تبرّع عامل، بیان شده است که بانک هیچگونه مسئولیتی را در این زمینه نمی پذیرد؛ یعنی اداره شرکت به صورت تام به شریک (عامل)، سپرده می شود و بانک از خود سلب مسئولیت می کند. ۲- این شرط از نوع شروط وابسته است؛ بنابراین با توجه به پیوستگی شرط تبرّع عامل با مفاد عقد، باید شرط تبرّع عامل را در کنار سائر شروطی همچون ضمان عامل، ضمان جبران خسارت اصل و سود ابرازی و تأخیر تأدیه گذاشت که در این صورت، ماهیت عقد شرکت تغییر می یابد و به قرض تبدیل می شود؛ چرا که قرض طبق تعریف، تملیک مال بر وجه ضمان است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵/۳). انتقال ملکیت از قرض دهنده به قرض گیرنده سرچشمه ظلم در قرض ربوی است که موجب دریافت نوعی درآمد بدون زحمت و بی مخاطره از دسترنج قرض گیرنده برای قرض دهنده می شود (مطهری، ۱۳۷۱: ۱۷۲). در قرارداد مشارکت مدنی از طرفی، شرط ضمان عامل و از طرف دیگر، به موجب ماده ۷ نمونه قرارداد مشارکت مدنی، اداره امور شرکت و حق هر گونه تصمیم گیری و تصرف در مال، به عامل منتقل می شود. بر همین اساس، تمام سهام شرکت به حساب شخصی عامل (مستری) انتقال می - یابد و تنها خواسته بانک پرداخت اصل و سود ابرازی (بر اساس ماده ۱۱ همان فرم)

خواهد بود؛ بنابراین با در نظر گرفتن ماده ۷ و ۱۱ می توان نتیجه گرفت که عقد شرکت به دلیل سپرده شدن عاملیت تامّ به شریک و ضامن دانستن او، واقعاً به قرض (وام) تبدیل می شود. در حقیقت، تبرّعی بودن عمل عامل نیز محصول همین نگاه است؛ چراکه هیچ مالکی برای انجام کار برای خودش اجرتی مطالبه نمی کند. مؤید قرض بودن قرارداد آن است که در بند های الف و ب ماده ۱ فرم نمونه مصوب ۱۳۹۲ به جای واژه «شریک» از واژه «تسهیلات گیرنده» استفاده شده و در ماده ۱۹ آئین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، اصلاً هدف از مشارکت مدنی توسط بانک ها، اعطای تسهیلات به سپرده گزاران دانسته شده است. از اینرو، می توان چنین استنباط کرد که در قرارداد مشارکت مدنی، انتقال ملکیت به عامل اتفاق می افتد و بانک ها هیچگونه ریسک سرمایه را نمی پذیرند و علاوه بر اصل، حتی سود سرمایه را از تسهیلات گیرنده مطالبه می کنند. در هر صورت، بر این اساس، ماهیت واقعی این قرارداد، اعطای قرض است؛ پس اگر شرط تبرّعی، از جنس شروط وابسته محسوب شود و قرضی بودن قرارداد پذیرفته شود، به دلیل ربوی بودنش فاسد و باطل خواهد بود.

حال اگر شرط تبرّعی عامل، به عنوان شرطی مستقلّ و جدای از سائر شروط قلمداد گردد، در این صورت مخالفتی با ذات عقد پیدا نخواهد داشت؛ زیرا چنان که گفته شده، مقتضای شرکت و مالکیت مشاع، تبعیت سود و زیان از اصل سرمایه و میزان سهام هر یک از شرکاء است و عمل عامل چیزی خارج از مقتضای عقد خواهد بود (امامی، ۱۳۷۴: ۱۳۳/۲). بنا بر این فرض، ذات و جوهره عقد شرکت چیزی جز اعطای اذن و نیابت و شرط تبرّعی عامل نخواهد بود. از اینرو، چنین شرطی سبب بطلان قرارداد اصلی نخواهد شد و قرارداد مشارکت مدنی عقدی صحیح خواهد بود. ولی مشکل این فرض، خلاف ظاهر بودن آن است؛ زیرا از یک طرف، با فهم عرفی مخالفت دارد و از طرف دیگر، الزامی بودن این شرط در تمامی قراردادهای مشارکت مدنی در منافات

مشروعیت سنجی اشتراط قرارداد مشارکت مدنی به عاملیت تبرّعی _____ ۱۰۶

با استقلال آن است؛ به گونه ای که بسته شدن قرارداد مذکور بدون شرط مزبور امکان پذیر نیست.

۳-۳- سفتهی بودن شرط تبرّع عامل

یکی از شرائط صحّت شرط، آن است که شرط دارای غرض و فایده عقلایی درخور توجه باشد؛ خواه به لحاظ نوع شرط یا به لحاظ شرط کننده؛ بنابر این، شرط کردن چیزی که فایده ای ندارد یا فایده آن نزد عقلا اندک و غیر قابل اعتنا است، لغو و باطل است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰/۶-۲۱). انجام کار مجانی، بدون دریافت هیچ مزدی نزد عقلا کاری بیهوده تلقی می شود؛ چراکه معمولاً عقلا با نیت کسب و اکتساب اقدام به چنین اعمالی می کنند و شرط تبرّع عامل، از این جهت یک شرط سفتهی به حساب می آید. به عبارت دیگر، «مقتضای سیره عقلا آن است که در صورت تساوی اموال، سهم عامل بیشتر باشد؛ زیرا عقلا سهمی از سود را در مقابل عمل قرار می دهند» (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۵: ۱۱۵-۱۱۶) و شارع هم این عمل عقلا را منع نکرده بلکه آن را تأیید کرده است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۸۷/۳۵).

به نظر می رسد این دلیل تمام نیست، زیرا عقلا این نوع شرط و معامله را سفتهی نمی دانند؛ به دلیل آن که عامل هرچند مجانی بودن عاملیتش را پذیرفته اما صاحب این امتیاز و موقعیت شده که با شریکی معروف و معتبر شریک گشته است و از این جهت منتفع خواهد شد. افزون بر این، حتی اگر بتوان سفتهی بودن چنین شرطی را پذیرفت و حکم به بطلان آن شرط داد - چنان که برخی نویسندگان نیز اذعان کرده - اند - سفتهی بودن معامله یا شرط ضمن عقد برای بطلان آن کافی نیست، مگر این که کاشف از سفتهی بودن شارط یا عاقد باشد که در این صورت حکم معاملات سفتهها در مورد آن جاری خواهد شد (قبولی درافشان و محسنی، ۱۳۹۰: ۲۰۴) و از نظر عقلا، عاملی که شرط تبرّع را پذیرفته، سفته محسوب نمی شود تا معامله اش باطل گردد.

۳-۴- مخالفت با قاعده «تبعیت عقد از قصد»

«قصد» یکی از ارکان مهم قرارداد است که نحوه و شکل آن، بیانگر نوع عقد است. کاربرد قصد در فقه قراردادها، در قالب قاعده «تبعیت عقد از قصد» بیان شده است. این قاعده دلالت بر این دارد که هر قراردادی به لحاظ ترتیب آثار و تشخیص نوع و ماهیت توافق بر قصد طرفین استوار است. بدون شک، عقد اصطلاحی از موارد انشاء به شمار می آید و تحقق و قوام انشاء به قصد و اراده است؛ بنابراین هرگاه قصد نباشد، انشاء نخواهد بود وقتی انشاء محقق نشود عقد هم به وجود نخواهد آمد؛ نتیجه آن که اگر قصد نباشد عقد هم نخواهد بود (مصطفوی، ۱۴۱۲: ۱۸۰). مراد از این که عقد قرارداد تنها با نیت و قصد محقق می شود آن است که طرف قرارداد در تمام بخش های آن باید قصد داشته باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۲/۲۶۵). طبق ماده ۱۹۰ قانون مدنی نیز یکی از شروط صحت عقد، قصد طرفین و رضای آنان است. برای انجام عقد، هر یک از دو طرف باید اراده انعقاد آن را داشته باشند. اراده، مرکب از رضا و قصد است. قصد و رضا با یک سلسله اعمال درونی انجام می گیرد. این در حالی است که شرط تبرع، امری بر خلاف میل عامل و بدون رضایت قلبی او است. از ایرادات چنین قراردادهایی صوری بودن آنها است. در این خصوص گفته اند: «عدم اطلاع از نوع عقد، فاکتورسازی و عدم مشارکت واقعی بانک در عقود مشارکتی سبب صوری شدن عقود مذکور، هم در عمل و هم در ذهنیت مشتریان و کارکنان بانک شده است» (شهنازی و پناهی، ۱۳۹۴: ۱۷۵). نتیجه صوری بودن قرارداد مشارکت مدنی، یا بطلان است؛ زیرا «ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع»؛ یا باید به تبدیل شدن آن به قرض قائل شد. برخی از فقهای معاصر، در پاسخ به قراردادهایی که طی آن، بانک ها به اشخاص وام می پردازند و مفاد آن بر پایه شرائط اسلامی است و تنها وام دهنده از آن آگاهی دارد، و وام گیرنده آن را نخوانده امضا می کند، چنین گفته اند: «وام مذکور در فرض سؤال، قرض می شود و باید قصد بهره و ربا نکند، و مال زیادی را که بیش از اصل قرض است به بانک ببخشد» (تبریزی، ۱۳۸۵: ۴۹۰). بر این اساس، با تبدیل شدن قرارداد مشارکت مدنی به قرض، به علت عدم اطلاع عامل از این که در

مشروعیت سنجی اشتراط قرارداد مشارکت مدنی به عاملیت تبرّعی _____ ۱۰۸

چنین مواردی باید قصد بهره و ربا نکند و مال زیادی را به بانک ببخشد، نتیجه اش معامله ربوی (فرض ربوی) خواهد بود.

۵-۳- مخالفت با مقتضای قاعده احترام

شرط تبرّع عامل در قرارداد مشارکت مدنی به معنای نادیده گرفتن اجرت عمل عامل و در نتیجه، نقض اصل حرمت مال و عمل مؤمن است. مقصود از احترام مال مردم، مصوئیت اموال آنان از تصرف و تعدّی است؛ بدین معنا که اولاً، تعدی و تجاوز نسبت به آنها جایز نیست و ثانیاً، در فرض وقوع تعدّی و تجاوز، متجاوز، مسئول و ضامن است. این قاعده مستفاد از حدیث شریف «لایحلّ مال امرئ آلاً بطیب نفسه می باشد (حرّ عاملی، بی تا: ۴۹۹/۱۰؛ ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵: ۱۱۳/۲). سیره متشرعان هم بر حرمت تکلیفی تصرف بدون اذن در مال دیگران حکایت دارد (مصطفوی، ۱۴۱۲: ۲۵). فقها بر این باورند که هرکس به دستور دیگری عملی را انجام دهد که دارای اجرت است و عامل، قصد تبرّع نداشته باشد به اقتضای احترام عمل مسلم، باید اجرت کار او را پرداخت کند (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۹: ۱۱۲/۵؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۴: ۵۳۱). اگر تصرف و مزاحمت در اموال مردم حرام است این عمل حرام، مادام که توسط متصرف جبران و تدارک نشود، کماکان در حال ارتکاب محسوب می شود و به اصطلاح حقوق معاصر، «جرم مستمرّ» است، چون مزاحمت، تداوم دارد و رفع مزاحمت جز از طریق تدارک مال تصرف شده محقق نمی گردد؛ بنابراین حتی اگر مفادّ روایت، حکم تکلیفی باشد نیز لازمه آن، ضمان خواهد بود (اصفهانی، بی تا: ۷۹/۱). بر این اساس بها ندادن به کار عامل بدون رضایت او علاوه بر حرمت تکلیفی ضمان آور است. گرچه موضوع حرمت در حدیث مذکور، مال است اما از این جهت که عمل انسان، یکی از مصادیق مال به حساب می آید سرایت آن به عمل مسلمان بدون اشکال است؛ چنان که امروز به تمام عناصر گوناگون دارایی مانند زمین و اموال

منقول و مطالبات و حقوق مالی و حتی حق تألیف و اختراع و سرقتی نیز مال گفته می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۹).

استدلال به قاعده احترام در بحث شرط تبرع عامل در قرارداد مشارکت مدنی از جهاتی قابل نقد است: زیرا مطابق آن چه ذکر شد معنای احترام، جائز نبودن استیلا قهری بر مال دیگری است؛ در حالی که در موضوع بحث ما فرض بر این است که عامل، به میل خود و بدون هیچگونه اکراهی اقدام به پذیرش شرط تبرع در ضمن انعقاد قرارداد مشارکت مدنی نموده است؛ گرچه در تنظیم فرم قرارداد و گنجاندن شرط تبرع عامل، با مشتری (عامل) توافق قبلی صورت گرفته نشده؛ که از این جهت در زمره شرایط غیر منصفانه شمرده می شود؛ اما با این وجود، شریک (عامل) آن را به جهت دستیابی به منافع دیگر قرارداد، امضا کرده و به نوعی شرط را پذیرفته است؛ بنابراین موضوع اکراه و اجبار صدق نمی کند. از دیدگاه فقهی تنها در صورتی که دیگری کسی را مجبور به کاری کرده باشد، مجبور کننده باید از عهده بدل کار عامل برآید (خوئی، ۱۴۲۰: ۳۹۱).

۶-۳- غیر منصفانه بودن شرط تبرع

رعایت عدل و انصاف که آیاتی مثل: «قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ» (اعراف: ۲۹) و «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ» (نساء: ۱۳۵) بر آن دلالت دارد، مطلوب شارع است؛ در حالی که شرط تبرع عامل، غیر منصفانه، بلکه به تعبیر برخی از فقهای معاصر شرطی ظالمانه است.^۱ شرط غیر منصفانه، شرطی است که با حسن نیت در معاملات منافات داشته و نابرابری فاحش بین حقوق و تعهدات طرفین، به ضرر یکی به وجود آورده و در مذاکرات طرفین، مستقیماً جایی نداشته باشد» (تقی زاده و احمدی، ۱۳۹۴: ۲۱). اما

۱. قائل به قول، موسوی جزائری است که این مطلب را در درس خارج فقه خود، مطرح کرده است (موسوی جزائری، ۱۳۹۴/۸/۱۶؛ www.eshia.ir/feqh/archive/text/jazayeri/feqh/94/940816).

مشروعیت سنجی اشتراط قرارداد مشارکت مدنی به عاملیت تبرّعی _____ ۱۱۰

به نظر می رسد چنین اشکالی وارد نباشد؛ زیرا چنان که پیشتر اشاره شد از نظر عرف و عقلا بر قرارداد مشارکت مدنی میان عامل و بانک، نابرابری فاحش صدق نمی کند؛ زیرا عامل، امتیازاتی معنوی و مادی از شراکت با یک شریک دارای برند و اعتبار به دست می آورد؛ از اینرو، به لحاظ عرف و عقلا، مجانی بودن عمل عامل، سبب تبدیل قرارداد مشارکت مدنی به یک معامله نابرابر نمی شود. افزون بر این، چنان که برخی نویسندگان اذعان داشته اند نظر به پیوستگی شرط با سائر مفاد عقد، نباید تنها شرط غیر منصفانه وابسته را مدنظر قرارداد، بلکه ضرورت دارد تمام قرارداد را در تشخیص غیر منصفانه بودن یک شرط لحاظ داشت (تقی زاده و احمدی: ۲۲/۱۳۹۴). بنابراین، صرف غیر منصفانه قلمداد کردن شرط تبرّع عامل، در غیر منصفانه بودن قرارداد مشارکت مدنی کفایت نمی کند؛ هرچند سر منشأ غیر منصفانه بودن این قرارداد، همین شرط تبرّع باشد.

۴- دلایل صحت شرط تبرّع عامل

با توجه به نقد و بررسی دلایل عدم صحت شرط تبرّع، می توان گفت هرچند دلالت دلایلی چون سفهی بودن، مخالفت شرط تبرّع با قاعده احترام و غیر منصفانه بودن آن بر فساد شرط مذکور کامل نیست؛ اما شرط مذکور با مقتضای شرع و عقد مخالفت دارد و مورد قصد جدی عامل نیست؛ بنابراین شرط مذکور، شرطی صحیح نیست. در مقابل، ممکن است برای اثبات صحت آن به دلایلی استناد گردد که در ذیل تبیین و مورد نقد قرار می گیرند:

۴-۱- اصل پایبندی به قراردادها و نقد آن

اصل پایبندی به شروط قراردادهای خصوصی از اصول مورد اتفاق در بیشتر نظام - های حقوقی است (قنواتی، ۱۳۸۹: ۱۳۵) اما این مسأله در در فقه اختلافی است. برای اثبات مشروعیت قرارداد مشارکت مدنی با شرط عمل تبرّعی که پدیده ای نوظهور

است باید به سراغ عموماً رفت. در حقوق ایران، اصل آزادی اراده به عنوان اصلی مسلّم و پذیرفته شده تلقی می‌شود و لذا جز در مواردی که قانون، مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است اراده اشخاص، حاکم بر سرنوشت پیمان‌های ایشان است (کاتوزیان، ۱۳۷۲: ۱۴۴/۱). مهم‌ترین دلیل طرفداران اصل آزادی قراردادها در فقه، عموماً و اطلاعات آیات و روایات می‌باشد؛ زیرا این عموماً، افزون بر دلالت بر صحّت اصل قراردادها، بر صحّت تمامی اجزاء و شرائط آنها نیز دلالت می‌کند؛ چون شروط ضمن عقد، جزئی از عقد محسوب می‌شوند و تمامیت عقد با تمام اجزاء و شروط آن مشمول عموماً مذکور است، بنابراین به شرط به عنوان جزئی از عقد باید پایبند بود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۷۵/۲ و ۲۷۶). آیاتی مانند: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (مائده: ۱)؛ به پیمان‌ها (و قراردادها) وفا کنید»، «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (نساء: ۲۹) مگر این که تجارتی با رضایت شما انجام گیرد» و روایاتی مانند: «الناس مسلطون علی اموالهم» (ابن ابی جمهور، ۱۴۰۵: ۲۲۲/۱) و «المؤمنون عند شروطهم» (نوری، ۱۴۰۸: ۲۱۰/۱۳) منافاتی با نوظهور بودن قرارداد مشارکت مدنی ندارد؛ زیرا به عقیده برخی، این عموماً اختصاص به قراردادهای شناخته شده در زمان شارع ندارند و عناوین هم توفیقی نیستند (رضائی دوانی، ۱۳۹۴: ۱۰۹ و ۱۱۰).

در تبیین این استدلال می‌توان گفت آیه أوفوا بالعقود بر وجوب وفا به مقتضای هر عقد و قراردادی دلالت می‌کند؛ زیرا از یک طرف، «أوفوا» صیغه امر است و صیغه امر ظهور در وجوب دارد (آخوند خراسانی، ۱۴۱۲: ۷۰) و از طرف دیگر، منظور از وفاء در این آیه، عمل به مقتضای عقد است (نراقی، ۱۳۶۶: ۹؛ اردبیلی، ۱۴۲۱: ۵۸۰؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۶۵/۱). واژه «عقود» نیز جمع محلی به الف و لام و مفید عموم است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۷/۵-۱۸) و شامل هر عقدی می‌شود (آخوند خراسانی، ۱۴۱۲: ۲۱۷؛ مظفر، ۱۳۶۸: ۱۴۱/۱؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۶۵/۱). پس قرارداد مشارکت مدنی هم از مصادیق این آیه خواهد بود. آیه «تجاره عن تراض» هم گویای آن است که تجارت از روی رضایت صحیح است و قرارداد مشارکت مدنی نیز تجارتی از روی رضایت

است؛ بنابراین باید حکم به صحّت آن داد. مطابق حدیث سلطنت هم، مردم بر اموال خود تسلّط دارند و هرگونه تصرّفی در آن می توانند انجام دهند. حدیث شرط نیز مسلمانان را ملزم به پایبندی به شروطی که در ضمن عقد می بندند، کرده است؛ خواه واژه شرط در حدیث، اعم از شرط ابتدایی و ضمنی باشد چنان که برخی از فقها (قمی، ۱۳۷۱: ۶۰/۳؛ طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۲۴۵/۳؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۹/۲؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۸۱؛ حسینی حائری، ۱۴۲۱: ۲۷۱/۱) گفته اند و خواه محدود به شرط ضمنی باشد؛ پس باید به شرط تبرّع در ضمن قرارداد مشارکت مدنی پایبند بود.

نکته مهم در صحّت این استدلال در گرو روشن شدن این مبناست که آیا آیات و روایات وارده در مورد عقود، به عقود و قراردادهای رایج در عصر پیامبر(ص) اختصاص دارد که در آن صورت، هر معامله جدیدی تحت عنوان منع باقی می ماند، یا این که این آیات و روایات، اطلاقات امضایی برای دو عنوان عقد و بیع هستند که در این صورت، همه معاملات قدیم و جدید را در بر می گیرند؟ ظاهر آن است که مبنای دوم درست است، زیرا آیه بر فرض نزول در آخر عمر شریف پیامبر(ص)، در صدد بیان قانون کلی است که بشر در همه ادوار بتواند به آن استناد کند. همچنین امر در معنای حقیقی (بعث و برانگیختن بر انجام کار) استعمال شده و تأسیس و تأکید از قرائن فهمیده می شود، نه از لفظ امر (خمینی، ۱۴۱۵: ۷۳ و ۷۲). پس شکی نیست که آیه بر لزوم وفای به عقود دلالت می کند به طور مطلق؛ چه عقد بین مردم باشد یا بین آنها و خداوند متعال، و یا عقد شناخته شده و رایج در گذشته یا در این زمان ها باشد؛ فقط باید مصداق عقد و عهد عرفی باشد. تأیید مطلب به این است که روایات، آیه را به عهود الهی و عقود عرفی تفسیر کرده اند (مشهدی، ۱۴۱۰: ۳ و ۴؛ رضائی دوانی، ۱۳۹۵: ۱۱۳ و ۱۱۲). بنابراین هرگونه معامله ای تا وقتی که موضوعاً یا شرعاً یا شرطاً مورد نهی شارع قرار نگرفته، قراردادی بین متعاملین است که وفای به آن واجب خواهد بود. پس وفای به هر عقد عقلایی که بین دو نفر بسته شود واجب است، به

شرط آن که از جمله عقد های حرام مثل عقود ربوی و یا غرری و ... نباشد. خلاصه آن که هر معامله‌ای که حرام وضعی یا تکلیفی نباشد، واجب الوفاء است.

بر استدلال به عمومات می توان اشکالات ذیل را وارد ساخت:

الف- برخی فقها به آیه «أوفوا بالعقود» برای استفاده لزوم در عقود استناد کرده اند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۸/۵؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۶۵)؛ به این معنا که قاعده اولیه در عقود و قراردادهایی که عرف و عقلا در دادوستدهای اقتصادی انجام می دهند، لزوم است. روشن است که شارع مقدّس برخی از عقود جاری در میان مردم را به رسمیت نشناخته و یا با شرایطی خاصّ پذیرفته است. بنابراین، مقصود از لزوم عقود، آن عقودی است که شرعاً با جزئیات و شروط مصرّحه در روایات، صحیح هستند نه آن عقودی که در صحّت آنها و یا جزئیات و شروط آنها تردید باشد. حال اگر کسی بخواهد با استناد به عموم این آیه، صحّت تمام عقود و قراردادها را از جمله قرارداد مشارکت مدنی (بجز موارد قطعی تخصیص خورده) را ثابت کند، تمسّک به عامّ در شبهه مصداقیه خواهد بود که از نظر اصولیان صحیح نیست (مظفّر، ۱۳۶۸: ۱۴۸/۱)؛ زیرا مقصود آیه از عقود عقود مورد قبول شارع و عقودی است که مصداقیّت آنها برای عقود شرعی ثابت است. بنابراین، اگر با عموم آیه، اصل صحّت قرارداد مشکوک، از جمله قرارداد مشارکت مدنی بخواهد ثابت شود، اثبات مصداقیّت آن به وسیله خود آیه عامّ است که تمسّک به عامّ مخصّص در شبهه مصداقیه خواهد بود. شیخ انصاری این اشکال را در آخر کتاب بیع مطرح کرده و چنین پاسخ داده است که موضوع حلیّت و وجوب وفاء، بیع و عقد عرفی است، مگر عقودی که با دلیل شرعی از این دایره خارج باشند. بنابراین، شرعیّت یک چیز نزد عرف، راهی برای شناخت شرعیّت آن چیز نزد شرع است، مگر آن که دلیلی بر تخلف از این راه وجود داشته باشد، چنان که در بیع سنگ و خوک یا سایر محرّمات چنین است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۸۰).

اگر ادّعای شیخ نیز قبول شود و بتوان بدین وسیله، اشکال مذکور را پاسخ داد، ایراد دیگری متوجه استدلال به آیه مذکور برای وجوب وفای به عقودی مثل قرارداد

مشارکت مدنی خواهد شد و آن این است که همانگونه که خود شیخ انصاری و سایر فقها اذعان نموده اند این آیه شامل عقود ممنوعه از طرف شرع نخواهد شد. چنان که قبلاً گفته شد، این قرارداد از مصادیق شرکت عنان است و شرایط صحّت این نوع شرکت در فقه امامیه مضبوط است؛ بنابراین، وقتی که یکی از شرایط مهم شرکت عنان در چنین قراردادی وجود ندارد، نمی توان با عرفی خواندن آن، مشکل تمسّک به عامّ در شبهه مصداقیه را حلّ کرد. آن چه مسلّم است شارع همه عقود عرفی را بدون قید و شرط نپذیرفته و زمانی می توان ادعای شمول آیه نسبت به عقود عرفی کرد که هیچ شرط و شروطی در شریعت برای آن نشده باشد؛ در حالی که این موضوع درباره قرارداد مشارکت مدنی صدق نمی کند. حتی اگر نتوان به دلیل دارا نبودن یکی از شرایط، حکم به عدم مشروعیت معامله مذکور داد، حداقل شکّ در صحّت و مصداقیّت آن برای آیه «أوفوا بالعقود» وجود دارد و همین مقدار شکّ کافی است که شمول آیه نسبت به آن مورد تردید جدّی قرار بگیرد و نتوان با تمسّک به آن، مشروعیتش را اثبات کرد.

ب- بر مبنای برخی فقها که قائل به توقیفی بودن معاملات هستند تراضی مادامی که شرعیّت آن ثابت نشده، فایده ای ندارد و مراد از تجارت از روی رضا و رغبت، تجارتی است که شرعاً کسب درآمد از طریق آن ثابت شده باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۶/۲۹۶) و تجارت در چهارچوب قرارداد مذکور، شرعیّتش ثابت نیست. از دیدگاه برخی نویسندگان، مشکل تمسّک به اطلاق آیه تجاره از دو جهت ممکن است مطرح شود: اول این که آیه درصدد بیان شرائط، اجزاء و نحوه انعقاد معاملات نیست تا بتوان از عدم ذکر قید خاص، نتیجه اطلاق گرفت. به علاوه، چون شارع در قرآن در مقام بیان کلیات و مقاصد کلان خود بوده است، لذا اصل اطلاق گیری دچار مشکل خواهد شد (داورزنی و رضوی، ۱۳۹۳: ۸۹). افزون بر آن، فرض ما این است که حداقل در برخی از این نوع قراردادها، رضا و رغبتی نسبت به شرط تبرّع وجود ندارد؛ بنابراین

تجارت از روی رضایت نیست تا مشمول آیه شود. دیگر آن که قطعاً مقصود آیه مشروعیت هر نوع تجارتي از روی رغبت و رضا نیست؛ زیرا تجارت های مختلفی هست که با وجود رضایت طرفین، شارع بدان حکم بطلان داده است. بنابراین، هر نوع رضایتی ملاک نیست و اگر بخواهیم شرعیت قرارداد مشارکت مدنی را با آیه تجارت ثابت کنیم، مثل آیه قبل تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد شد.

ج- حدیث تسلیط هم مثبت مشروعیت شرط مذکور نیست؛ زیرا چنان که فقها گفته اند سلطنت بر مال، فرع بر اثبات مال و ملکیت است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۰/۵) در حالی که با وجود شک در صحت شرط تبرع، شک در اصل ملکیت حاصل می آید و نوبت به اجرای مفاد این حدیث نمی رسد. افزون بر این، حدیث سلطنت هم وضعیتی مثل دو آیه قبل دارد. با این که مطابق این حدیث، هر فردی بر اموال خودش سلطنت دارد، اما به طور قطع در مواردی چند، شرع این سلطنت را از برخی صاحبان اموال مثل صغار، مجانین، سفهاء و مفلسین گرفته و برخی معاملات مثل بیع کالی به کالی، معامله ربوی و غیر آن را باطل دانسته است. بنابراین عموم این حدیث تخصیص خورده است و در شمول آن نسبت به شرط تبرع توسط عامل و نفوذ آن شک داریم. اگر از دلایل بطلان این شرط صرف نظر کنیم دلیلی هم بر مشروعیتش نداریم و تمسک به این حدیث برای اثبات آن، تمسک به عام در شبهه مصداقیه است.

د- حدیث شرط نیز مثبت ادعای مذکور نیست؛ زیرا چنان که با صراحت در بخشی از حدیث آمده، شرایطی لازم الوفاء هستند که موافق با قرآن بوده و یا مخالفی با قرآن نداشته باشند و موافقت و عدم مخالفت شرط مذکور با قرآن معلوم نیست؛ پس نمی توان بدان ملتزم شد و اگر بخواهیم با خود این حدیث، موافقت و عدم مخالفت آن را با قرآن ثابت کنیم مثل عمومات قبل، تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد شد. گذشته از این، گروهی وفای به شرط را مطلقاً واجب دانسته اند؛ خواه ضمن عقد لازم باشد یا ضمن عقد جایز؛ با این تفاوت که فسخ و ابطال عقد جایز در هر زمان، توسط هر یک از دو طرف عقد جایز است، حتی اگر طرف مقابل راضی به آن نباشد.

بنابراین، تا زمانی که عقد فسخ نشده، شرط ضمن آن واجب الوفاء خواهد بود؛ لیکن با فسخ عقد، موضوعی برای شرط باقی نمی ماند تا وفای به آن واجب باشد (طباطبائی یزدی، ۱۳۷۸: ۱۰/۲ و ۱۱؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۳۳۰/۵). قول مقابل آن، عدم وجوب وفای به شرط ضمن عقد جایز است (طباطبائی، ۱۴۱۹: ۱۲۴/۲)؛ زیرا شرط ضمن عقد در لزوم و جواز، تابع عقد است. بنابراین، شرط ضمن عقد جایز همچون خود عقد جایز، حتی در صورت عدم فسخ عقد، لازم الوفاء نیست. این قول به ظاهر مشهور نسبت داده شده، بلکه بر آن ادّعی اجماع شده است (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴: ۱۲۲/۲). از آنجایی که عقد شرکت، به عقیده اکثر فقها^۱ عقدی جایز است (علامه حلی، ۱۴۱۸: ۳۲۷/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۳۱۵/۴؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۲۲/۸) و هر یک از دو طرف هر زمان بخواهند می توانند آن را بر هم زند شرط تبرّعی، لازم الوفاء نیست. با این وجود، در ماده ۷ این قرارداد، شرط تبرّعی عامل به صورت الزامی مطرح شده است در حالی که شرط لزوم بر خلاف ماهیت عقد شرکت است. بنابراین حدیث «المؤمنون عند شروطهم» شامل این نوع شروط نمی شود بلکه مطابق آن باید به شروطی که به تبع عقد، جایز یا لازمند وفادار بود و شرط تبرّعی هم از این قاعده مستثنی نیست؛ در حالی که بانک آن را به عنوان شرطی لازم در قرارداد مشارکت مدنی قرار داده است.

۲-۴- تصحیح شرط در قالب صلح

چنان که گذشت، واقعیت قرارداد مشارکت مدنی، اعطای تسهیلات به سپرده- گزاران است و به علت عدم اطلاع عامل، یا معامله ای صوری و بی ثمر است و یا در قالب قرض در می آید؛ چون در قرارداد مشارکت مدنی، انتقال ملکیت به عامل اتفاق می افتد و از آنجایی که بانک ها هیچگونه ریسک سرمایه را نمی پذیرند و علاوه بر اصل، حتی سود سرمایه را از تسهیلات گیرنده مطالبه می کنند گرفتار قرض ربوی می شوند. برای فرار از این مشکل و سایر اشکالات بوده که ماده ۱۱ فرم نمونه قرارداد، به

۱. برخی از فقها نیز قائل به لزوم عقد شرکت هستند (سبزواری، ۱۴۱۱: ۲۸/۲۰-۲۹).

صورت شرط صلح تنظیم شده است. در این ماده چنین آمده است: «شریک با امضای این قرارداد متعهد گردید، مدیریت منابع و مصارف موضوع مشارکت را به نحوی به انجام رساند که در پایان دوره مشارکت، سهم الشرکه متعلقه بانک/موسسه اعتباری به علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت، اعلامی از سوی شریک، مندرج در برگ درخواست تسهیلات مورخ به حساب بانک/موسسه اعتباری منظور گردد». بنابراین، قانونگذار خواسته است با استفاده از عقد صلح این مشکل را به نوعی حل کند؛ در حالی که اولاً، به دلیل تحمیلی بودنش، ماهیتی متفاوت از صلح دارد و ثانیاً، بر فرض پذیرش، تالی فاسد دارد؛ چراکه اگر با شرط صلح، امکان فرار از وقوع در ربا و سایر ایرادات باشد باید بتوان با همین شرط در ضمن عقود باطل و فاسد، همه آن عقود را تصحیح کرد. بر این مبنا، اصولاً معامله باطلی باقی نمی ماند و اکل مال به باطل در هیچ جا صدق نمی کند و اساس فقه و اصول حاکم بر آن فرو می ریزد.

نتیجه گیری

از مجموع مباحث مطروح شده در این تحقیق، نتایج ذیل به دست می آید:

الف- قرارداد مشارکت مدنی در واقع همان شرکت عنان است و به همین جهت می بایست همه ارکان و شرایط آن را دارا باشد؛ در حالی که چنین نیست و شرط تبرّع عامل بر خلاف شرایط مقرر در شرکت عنان، در قرارداد مذکور آمده است.

ب- به علت عدم آگاهی عامل در بسیاری مواقع از شرط تبرّع، قرارداد مذکور، از نظر عرف و عقلاً عقدی صوری است و به دلیل فقدان واقعی قصد تبرّع، شرط مذکور باطل خواهد بود و یا تبدیل به قرض ربوی می شود.

ج- هرچند سفهی بودن شرط تبرّع، مخالفت آن با قاعده احترام و غیر منصفانه بودنش قابل قبول نیست اما گذشته از صوری و غیر حقیقی بودن قرارداد مزبور، این شرط برخلاف مقتضای شرع و ذات عقد و در نتیجه باطل است.

د- اصل پایبندی به قراردادها که مستفاد از عمومات قرآنی و روایی است، در مورد قرارداد مشارکت مدنی و شرط تبرع، اجرا نشدنی است؛ زیرا در شمول عمومات نسبت به آن شک وجود دارد و تمسک به آن عمومات برای تصحیح این معامله، تمسک به عام در شبهه مصداقیه است.

ه- شرط مذکور را در قالب عقد صلح در آوردن و صحیح دانستن آن با اصول حاکم بر فقه سازگاری ندارد و در صورت پذیرش آن، مجموعه نظام فقهی ساری و جاری در معاملات به هم خواهد ریخت.

منابع

- قرآن کریم.

- ابن ابی جمهور، محمد (۱۴۰۵ق)، **عوالی اللّٰلی**، ج ۲ و ۱، قم: دار سید الشهداء.
- ابن برآج طرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۷ق)، **المهذب**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- ابن عباد، اسماعیل (۱۴۱۴ق)، **المحیط فی اللغه**، ج ۲، بیروت: عالم الكتاب.
- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ق)، **لسان العرب**، ج ۳، بیروت: دار الفکر.
- اردبیلی (مقدّس)، احمد بن محمد (۱۴۲۱ق)، **زبدہ البیان فی احکام القرآن**، تحقیق: رضا استادی و علی اکبر زمانی نژاد، قم: مؤمنین.
- اصفهانی، محمد حسین (بی تا)، **حاشیه بر مکاسب**، ج ۱، چاپ سنگی، بی جا.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۴)، **حقوق مدنی**، ج ۱ و ۲، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، **کتاب المکاسب**، ج ۳ و ۵ و ۶، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری (ره).
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (بی تا)، **فرائد الاصول**، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ایزانلو، محسن (۱۳۹۰)، **شروط محدود کننده و ساقط کننده مسئولیت در قراردادها**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۱۲ق)، **کفایه الاصول**، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- تبریزی، میرزا جواد (۱۳۸۵)، **استفتائات جدید**، قم: سرور.

۱۱۹ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۳ - پاییز و زمستان ۹۹

- تقی زاده، ابراهیم؛ احمدی، افشین (۱۳۹۴)، جایگاه شروط غیر منصفانه در حقوق ایران با نگاهی به ماده «۶» قانون تجارت الکترونیکی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۱۹، ۹-۴۲.

- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۴ق)، مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الإسلام، ج ۴، بیروت: مؤسسه البلاغ.

- حرّ عاملی، محمد بن حسن (بی تا)، تفصیل وسائل الشیعه الى تحصیل مسائل الشریعه، ج ۱۰، قم: مؤسسه آل البيت.

- حسینی حائری، کاظم (۱۴۲۱ق)، فقه العقود، ج ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی.

- حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حسینی واسطی زبیدی، محمد مرتضی (۱۴۱۴ق)، تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۳، بیروت: دار الفکر.

- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۸ق)، قواعد الأحكام، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- حلّی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم: اسماعیلیان.

- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۳۷۵)، استفتانات جدید، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۱۳ق)، تحریر الوسیله، ج ۱، قم: مطبوعات دار العلم.

- خمینی (امام)، سید روح الله (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۰ق)، المستند فی شرح العروه الوثقی، قم: مؤسسه احیاء آثار الامام الخوئی.

- داورزنی، حسین؛ رضوی، سید محمد (۱۳۹۳)، امکان سنجی تعمیم عقد مضاربه به تمام فعالیت های تجاری، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۱، ۹۴-۷۷.

- درویش زاده، محمد (۱۳۸۷)، گزیده ای از پایان نامه های علمی در زمینه حقوق مدنی، ج ۵، تهران: جاودانه.

- راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق)، مفردات الفاظ القرآن، لبنان: دار العلم.

- رضائی دوانی، مجید (۱۳۹۴)، فقه معاملات جدید (۲ و ۱)، ج ۲، قم: مرکز بین المللی ترجمه و نشر المصطفی.

مشروعیت سنجی اشتراط قرارداد مشارکت مدنی به عاملیت تبرّعی _____ ۱۲۰

- سبحانی تبریزی، جعفر (۱۳۸۸)، شرکت «اعمال» در فقه اسلامی، فقه آل البیت، ۵۸ و ۵۹، ۶۷-۹۳.

- سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۱ق)، مهذب الأحكام، قم: دار التفسیر.

- سیاح، احمد (۱۳۸۲)، فرهنگ بزرگ جامع نوین، تهران: اسلام.

- سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۲۵ق)، دلیل تحریر الوسیله، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

- سیوری حلّی (فاضل مقداد)، مقداد بن عبدالله سیوری (۱۳۸۴)، کنز العرفان فی فقه القرآن، ج ۲، تهران: المکتبه المرتضویّه لإحیاء الآثار الجعفریّه.

- شعرانی، ابوالحسن (۱۴۱۹ق)، تبصره المتعلّمین فی أحكام الدین، ج ۵، تهران: اسلامیّه.

- شهنازی، روح الله؛ پناهی، مجتبی (۱۳۹۴)، سنجش میزان صوری بودن قراردادهای تسهیلات بانکی، فصلنامه اقتصاد و بانکداری اسلامی، ۱۶، ۱۷۵-۲۰۲.

- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸ق)، حاشیه المکاسب، ج ۲ و ۳، تهران: دار المعارف الإسلامیه.

- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۴ق)، تکمله العروه الوثقی، ج ۲، قم: داوری.

- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۱۹ق)، العروه الوثقی فیما تعمّ به البلوی، ج ۲ و ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی (۱۴۱۹ق)، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، کتاب الخلاف، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۲)، الأحكام الواضحه، ج ۴، قم: مرکز فقه ائمه اطهار (ع).

- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۸ق)، القاموس المحيط، دمشق: مؤسسه النوری.

- قاسم زاده، سید مرتضی؛ قربانی جویباری، محمد (۱۳۹۷)، اثر بطلان عقد بر شرط مستقل (توجیه و تحلیل رویه قضائی)، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۲۲، ۱۱۵-۱۳۷.

- قبولی درافشان، سید محمد مهدی؛ قبولی درافشان، سید محمد هادی (۱۳۹۱)، بررسی لزوم یا عدم لزوم شرائط اساسی صحت قراردادها در مورد شروط ضمن عقد، دانش حقوق

مدنی، ۱۳۹۱/۱، ۲۷-۳۶.

- ۱۲۱ _____ مطالعات فقه و حقوق اسلامی - سال ۱۲ - شماره ۲۳ - پاییز و زمستان ۹۹
- قبولی درافشان، سید محمد مهدی؛ محسنی، سعید (۱۳۹۰)، **تأملی فقهی - حقوقی بر ماده ۵۷۵ قانون مدنی**، مطالعات اسلامی: فقه و اصول، ۸۷/۱، ۱۸۵-۲۱۶.
- قعی، ابوالقاسم (۱۳۷۱)، **جامع الشتات**، تهران: کیهان.
- فتواتی، جلیل (۱۳۸۹)، **اصل آزادی قراردادی: قراردادهای و شروط غیر عادلانه**، مطالعات اسلامی، ۸۵/۱، ۱۳۵-۱۵۷.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۲)، **قواعد عمومی قراردادهای**، ج ۱، چ ۲، تهران: مدرس.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، **اعمال حقوقی**، چ ۱۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، **حقوق مدنی**، ج ۱، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، **حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای**، ج ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کرکی (محقق)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۸، چ ۲، قم: آل البيت (ع).
- کریمی، عباس و مرادی، یاسر (۱۳۹۴)، **سوء استفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه های دایرکتیو اتحادیه اروپا**، فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، ۱، ۳۹-۷۰.
- مرادی، یاسر؛ کریمی، عباس (۱۳۹۶)، **مسئولیت بانک ها در عقود مشارکتی (مشارکت مدنی و مضاربه)**، فصلنامه اقتصاد و بانکداری اسلامی، ۱، ۱۳۵-۱۵۶.
- مشهدی، میرزا محمد (۱۴۱۰ق)، **تفسیر کنز الدقائق**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- مصطفوی، محمد کاظم (۱۴۱۲ق)، **القواعد**، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- مطهری (شهید)، مرتضی (۱۳۶۱)، **بررسی فقهی مسأله بیمه**، تهران: میقات.
- مطهری (شهید)، مرتضی (۱۳۷۱)، **مسأله ربا به ضمیمه بیمه**، چ ۴، تهران: صدرا.
- مظفر (علامه)، محمدرضا (۱۳۶۸)، **اصول الفقه**، ج ۱، چ ۳، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
- موسویان، سید عباس (۱۳۹۳)، **مقدمه ای بر بانکداری بدون ربا در ایران**، تهران: بانک کشاورزی.
- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳)، **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب**، تهران: المکتبه المحمدیه.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**، ج ۲۲ و ۲۶، چ ۷، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

مشروعیت سنجی اشتراط قرارداد مشارکت مدنی به عاملیت تبرّعی _____ ۱۲۲

- نراقی، ملا احمد (۱۳۶۶)، **عوائدالایام**، ج ۲، قم: مکتبه بصیرتی.

- نظریپور، محمدنقی؛ ملا کریمی، فرشته (۱۳۹۴)، **بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک**

مرکزی از دید قواعد فقهی، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، ۵۷، ۱۳۷-۱۶۶.

- نوری، میرزا حسین (۱۴۰۸)، **مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل**، ج ۱۳، بیروت: مؤسسه آل

البيت (ع).