

بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۲/۱۴ تاریخ تأیید: ۱۳۹۴/۴/۹

محمدنقی نظرپور**
فرشته ملاکریمی***

چکیده

قرارداد مشارکت مدنی یکی از پرکاربردترین روش‌های تخصیص منابع بانکی است. به کارگیری این شیوه در بانکداری اسلامی به رعایت ضوابط و موازین فقهی در مرحله انعقاد و اجرای قرارداد مشروط است. با توجه به مشکل‌هایی که در قراردادهای بسته‌شده بین بانک و مشتریان وجود داشت، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در سال ۱۳۹۲، قرارداد مشارکت مدنی را به صورت قراردادی یکسان تنظیم و جهت اجرا برای تمام بانک‌ها ابلاغ کرد.

پرسش اصلی مقاله این است که آیا قرارداد مشارکت مدنی تنظیم‌شده به وسیله بانک مرکزی با قواعد عمومی و اختصاصی معامله‌ها تطابق دارد یا خیر؟ مقاله به روش وصفی و تحلیل محتوا و با استفاده از منابع فقه امامیه به دنبال اثبات این فرضیه است که اگرچه در تدوین قرارداد مشارکت مدنی، در رعایت قواعد فقهی کوشش شده است اما همچنان اشکال‌های جدی دارد که بی‌توجهی به آن مشروعیت قرارداد را مخدوش کرده و بازبینی دوباره این قرارداد را در جهت احراز مشروعیت آن گوشزد می‌کند. نتیجه‌های به دست آمده از آن حکایت دارد که مخالفت با مقتضای عقد، اکل مال بالباطل و ربوی بودن شرط تضمین سود در ماده یازده برخی از اشکال‌های جدی قرارداد است که می‌توان با ارائه راهکارهایی برطرف کرد.

واژگان کلیدی: مشارکت مدنی، قواعد فقهی معامله‌ها، قاعده شرط، قاعده انصاف.

طبقه‌بندی JEL: G24, K12, N45

* مقاله پیش رو برگرفته از طرح پژوهشی کاربرد قواعد فقهی در قراردادهای بانکی است که در پژوهشکده پولی و بانکی و با همکاری نویسندگان مقاله و حجج اسلام سیدعباس موسویان، مجید رضایی و محمدرضا یوسفی انجام گرفته است.

Email: nazarpur@mofidu.ac.ir.

** دانشیار گروه اقتصاد دانشگاه مفید.

Email: f.mollakarimi@gmail.com.

*** پژوهشگر پژوهشکده پولی و بانکی.

مقدمه

یکی از مسائل قابل توجه درباره استنباط احکام معامله‌ها و نیز طراحی قراردادها و ابزارهای مالی مبتنی بر شریعت مقدس، آشنایی و چگونگی تطابق معامله‌ها یا عدم مخالفت با قواعد فقهی است. در فقه اسلامی برخی از قواعد فقهی به حوزه معامله‌ها مربوط می‌شود؛ به گونه‌ای که فقیه با ملاحظه این قواعد و تأمل در آنها درباره صحت یا بطلان یک قرارداد اظهار نظر کرده و حکم صادر می‌کند.

بر این اساس بررسی میزان انطباق قراردادهای بانکی با قواعد فقهی یکی از گام‌های مهم در جهت اجرای واقعی بانکداری اسلامی بوده و ضروری است قراردادهای بانکی را بر اساس قواعد و احکام عمومی باب معامله‌ها مورد سنجش قرار داد. قواعد و احکام عمومی باب معامله‌ها تحت عنوان کلی قواعد فقهی قرار می‌گیرد. هدف از پژوهش پیش رو بررسی نقادانه قرارداد مشارکت مدنی از دید قواعد فقهی و ارائه توصیه‌های سیاستی برای حل اشکال‌ها و نقص‌های موجود است.

پرسش اصلی مقاله این است که آیا قرارداد مشارکت مدنی تنظیم‌شده به وسیله بانک مرکزی جمهوری اسلامی با ضوابط اختصاصی و قواعد کلی معامله‌ها تطابق دارد یا خیر؟ مقاله پیش رو درصدد است با روش وصفی و تحلیل محتوا و با استفاده از منابع فقه امامیه، فرضیه زیر را بررسی کند که اگرچه در تدوین قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی در رعایت قواعد فقهی کوشش شده است اما همچنان اشکال‌های جدی دارد که بی‌توجهی به آن مشروعیت قرارداد را مخدوش می‌کند. این پژوهش در راستای اهداف علمی و پژوهشی فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی / محمدتقی نظرپور و فرشته ملاکریمی

ساختار مقاله به این ترتیب است که ابتدا پیشینه تحقیق بیان شده؛ سپس با تعریف مشارکت مدنی به تعریف قواعد فقهی دارای کاربرد در قرارداد می‌پردازد و ماده‌های قرارداد را از دید این قواعد تحلیل و نقد می‌کند و در پایان نتیجه‌گیری و پیشنهادها مطرح می‌شود.

پیشینه تحقیق

با توجه به اهتمام فقیهان به قواعد فقهی در استنباط حکم، کوشش آنان بر این بوده که مسائل فقهی را تحت قواعد کلی درآورند و شعاع هر قاعده‌ای را مشخص کنند. آنان از

دیرباز در این باره کتاب‌های فقهی را نگاشته‌اند که از مهم‌ترین آنها می‌توان به القواعد و الفوائد (شهید اول، متوفای ۷۸۶ق)، عوائد الأیام (احمدبن محمد نراقی، متوفای ۱۲۴۴ق) و عناوین الاصول (سید عبدالفتاح مراغی، متوفای ۱۲۵۰ق) اشاره کرد. از میان فقیهان معاصر نیز برخی کتاب‌های قواعد فقهی را به زبان عربی و فارسی نگاشته‌اند. در سال‌های اخیر محققان هم در این حوزه به نگارش مقاله‌های کاربردی اقدام کرده‌اند.

علی‌دوست (۱۳۸۲) در مقاله «قاعده نفی غرر در معاملات» با روش تحلیلی به این نتیجه می‌رسد که گرچه حدیث مشهور «نهی النبی عن بیع الغرر»، و قاعده «نفی بیع غرری» از حیث سند قابل اعتماد است، از جهت دلالت می‌توان در آن مناقشه کرد.

رضایی (۱۳۸۴) در مقاله «آثار برخی قواعد فقهی بر بازار کار» بیان می‌کند که در حوزه بازار کار در کنار قواعد فقهی مرسوم مانند اتلاف، ایتمان، احسان، المؤمنون عند شروطهم و عسر و حرج، طرح قواعد جدید مانند اسراف، اضطرار، عدم انحصار، آزادی و عدم اکراه، تعاون، حجیت بازار مسلمانان و حق اولویت به صورت احتمال و کارکردهای آن، زمینه گسترش بررسی عمیق‌تر برای کشف قواعد جدید را فراهم خواهد ساخت.

رضایی‌راد (۱۳۸۹) در مقاله گستره کارامدی قاعده فقهی لاضرر به بررسی دیدگاه‌های گوناگون درباره تفسیر مفاد قاعده لاضرر می‌پردازد و بر اساس هر یک از این دیدگاه‌ها گستره کاربرد این قاعده را تبیین می‌کند.

تسخیری (۱۳۹۲)، در مقاله «دلیل نفی غرر و میزان اثرگذاری آن بر معاملات» ضمن تعریف عرفی «غرر» و تبیین معنای اصطلاحی و فقهی آن، در نظر گرفتن درجه‌های قابل قبول و غیرقابل قبول غرر و نیز توجه به اثر آن بر عقدها و ایقاعات شناخته شده و قراردادهای جدیدی مانند بیمه، بیمه مجدد و بلیت بخت‌آزمایی را لازم می‌داند.

پژوهش پیش رو می‌کوشد تا به صورت کاربردی قواعد فقهی مورد استفاده در قرارداد مشارکت مدنی را تبیین کرده؛ سپس به صورت مصداقی موارد کاربرد آن را تعیین، تحلیل و نقد کند. وجه امتیاز پژوهش پیش رو آن است که به طور کامل نگاه کاربردی به قواعد فقهی دارد.

تعریف قرارداد مشارکت مدنی

در آمیختن سهم‌الشرکه نقدی یا غیرنقدی شریک با سهم‌الشرکه نقدی یا غیرنقدی بانک به صورت مشاع برای انجام کاری معین درباره فعالیت‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی به مدت محدود به قصد انتفاع بر حسب قرارداد را مشارکت مدنی گویند.

اشخاصی که بخواهند برای تأسیس یا توسعه فعالیت‌های تولیدی، بازرگانی یا خدماتی خود یا ادامه این‌گونه فعالیت‌ها با بانک مشارکت مدنی کنند باید افزون بر اطلاعات هویتی اطلاعاتی مانند موضوع مشارکت، میزان سرمایه مورد نیاز، حداکثر مدت مشارکت، پیش‌بینی خرید، هزینه و فروش، سهم سود پیشنهادی متقاضی، وثیقه‌ای که برای ضمانت حسن اجرای کار به بانک می‌سپارد را در اختیار بانک بگذارد. بانک با بررسی اطلاعات و تعیین میزان کل سرمایه مورد نیاز مشارکت مدنی، سهم بانک و شریک، نسبت سود شریک و بانک با رعایت تمام ضوابطی که در این امر برای بانک‌ها معین شده است، در صورت وجود توجیه کافی اقتصادی با آوردن شرایطی در ضمن قرارداد یا بدون شرط با درخواست مشتری، موافقت و به انعقاد قرارداد اقدام می‌کند.

در قرارداد مشارکت مدنی می‌توان شرایطی را در ضمن قرارداد گنجانده، بانک می‌تواند با آوردن شرطی، حق نظارت بر کیفیت جذب سرمایه و برگشت آن در طول قرارداد را برای بانک محفوظ بدارد. در پایان هر سال مالی یا در پایان قرارداد سود حاصل از شرکت به تناسب سرمایه بین بانک و شریک تقسیم می‌شود.

مشارکت مدنی بانکی همان قرارداد شرکت است که در متن‌های فقهی از آن به شرکت اموال یا شرکه‌العنان تعبیر می‌شود و مطابق ماده ۵۷۱ (ق.م) عبارت است از «اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی‌ای واحد به صورت اشاعه». مشارکت مدنی از جمله عقود جایز بوده و طرفین هرگاه بخواهند می‌توانند آن را فسخ کنند. همچنین به موت، سفاهت و جنون هر یک از طرفین منحل خواهد شد. در این عقد تمام شرایط صحت عقد، مانند عقل، بلوغ، اختیار و نبود حجر به واسطه سفه و ورشکستگی لازم است.

ارکان عقد

ارکان عقد به صورت زیر است:

الف) هر یک از شریکان باید مالی را به عنوان آورده خود در این اجتماع بگذارد و این مال طبق نظر جمیع فقیهان و قانون مدنی باید عین خارجی باشد؛ یعنی موضوع شرکت باید حق مالکیت باشد نه آنکه دین، خدمات یا اعتبار باشد.

ب) اموال شرکت باید به طور مشاع به ملکیت همه شریکان درآید؛ به طور مثال، اگر شریکی ماشین‌های صنعتی و دیگری زمین و سومی مقداری پول در میان گذارد باید تراضی بر این مبنا باشد که با شرکت، هر شریک سهم مشاعی از ماشین‌ها و زمین و پول را دارا شود؛ وگرنه عقد شرکت تحقق پیدا نمی‌کند.

ج) سودزیان به تناسب سهم شریکان در مال مشاع تقسیم شود؛ اما در برابر کار بیشتری که یکی از شریکان انجام می‌دهد، می‌توان برای وی سهم بیشتری از سود در نظر گرفت؛ اما اگر بخواهند برای یکی از شریکان بدون هیچ کاری سهم بیشتری قائل شوند، بسیاری از فقیهان و قانون مدنی آن را مردود دانسته‌اند (ماده ۵۷۵ ق.م).

تعریف قواعد فقهی

قواعد فقه، گزاره‌های خبری بسیار کلی هستند که سرچشمه استنباط قوانین محدودتر می‌شوند و به یک مورد ویژه اختصاص ندارند؛ بلکه مبنای قوانین گوناگون و متعدد قرار می‌گیرند (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ص ۲). به بیانی، قواعد فقه، نهادها و بنیادهای کلی فقهی هستند که با توجه به کلیت و شمول خود، فقیه در موارد گوناگون از آنها استفاده می‌کند (همان).

قواعد فقهی به کار رفته در قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی

قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی که در مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۶ به تصویب شورای پول و اعتبار رسیده از حیث قواعد فقهی قابل نقد و بررسی است. در نوشتار پیش رو بر آن هستیم قواعد فقهی به کار رفته در قرارداد مشارکت مدنی را تبیین کنیم. شایان ذکر است ترتیب قواعد بر اساس میزان کاربرد و اهمیت آن در قرارداد مشارکت می‌باشد.

قاعده شرط

در ضمن عقدهای گوناگون می‌توان شرط‌هایی قرار داد که عمل به آن در صورتی که شرایط صحت شرط را داشته باشد، واجب است. شرط در معنای اصطلاحی خود عبارت از عهد و التزام است. در حقیقت شرط به تعهدی گفته می‌شود که در ضمن عقد دیگری قرار گیرد.

شرط در معنای مصدری و حدیثی یعنی ملتزم کردن و ملتزم شدن به امری است؛ چنان‌که گویند بر وی شرط کرد یعنی وی را ملتزم کرد و برایش شرط کرد یعنی به نفع وی شخصی را ملتزم کرد (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۲۷/ انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۲۶). معنای شرط در حقوق و قانون مدنی نیز به معنای پیش‌گفته بسیار نزدیک است و بیشتر در دو معنا استعمال می‌شود: الف) امری که ساختمان اصلی یا اثر یکی از اعمال یا وقایع حقوقی وابسته به آن است. ب) توافقی که بر حسب طبیعت خاص خود یا مفاد تراضی دو طرف، از توابع عقد دیگری قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۲۹۶). کسی که شرط بر عهده وی قرار داده شده، مشروط‌علیه و کسی که شرط به نفع وی مقرر شده است، مشروط‌له خوانده می‌شوند.

مدارک قاعده

الف) قرآن کریم: آیه شریفه «... أوفوا بالعقود». به سبب این آیه وفا به تمام عقدها واجب است. آیه‌های مربوط به وفای به عهد مانند: «... و الموفون بعهدهم إذا عاهدوا...»: مؤمنان کسانی هستند که به عهد خود وفا می‌کنند (بقره: ۱۷۷).

ب) روایت‌های اخبار و روایت‌های متعددی مضمون «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» را نقل کرده‌اند که به برخی از آنها اشاره می‌شود:

۱. عبد‌الله بن سنان از امام صادق علیه السلام نقل کرده است که فرمود: «هر کس مخالف کتاب خدا شرط کند، مجاز نیست که انجام دادن آن را بخواهد و کسی که به آن ملتزم شده نیز لازم نیست به آن وفا کند. مسلمانان تا زمانی به وفای به شروط ملتزم هستند که آن شرط‌ها موافق کتاب خداوند متعال صلوات الله علیهم باشد» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۲، ص ۳۵۳).

۲. موثقه اسحاق بن عمار از امام صادق علیه السلام که در آن امام علیه السلام از پدرشان نقل کرده است: علی علیه السلام گفته است هر کس برای زوجه‌اش شرطی کند باید به آن وفا کند؛ زیرا «المسلمون عند شروطهم»

ألا شرطا حرم حلالا او احل حراما» (همان).

۳. روایت علی بن رئاب از امام موسی بن جعفر علیه السلام که در آن امام علیه السلام به عبارت «المسلمون عند شروطهم» اشاره کرده است (همان، ج ۱۵، ص ۴۹).

شرایط صحت شرط

شرایط صحت شرط به صورت زیر است:

۱. قرار داشتن در ضمن عقد: اگر شرط در ضمن قرارداد لازم گنجانده نشود؛ بلکه به صورت ابتدایی باشد، بنابر نظر مشهور فقیهان عمل به آن واجب نیست.

۲. مقذور بودن: مشروط علیه یا کسی که متعهد به انجام شرطی می شود باید قدرت و توان لازم بر شرطی که بر عهده گرفته را داشته باشد. تمام فقیهان مقذور بودن مورد شرط را معتبر می دانند و اگر در حین قرارداد شرطی مطرح شود که مقذور مشروط علیه نیست، آن را محکوم به بطلان می دانند.

۱۴۳

۳. معقول بودن: شرط باید در بردارنده غرض عقلایی باشد. اگر در قرارداد شرطی شود که هیچ غرض و فایده ی عقلایی نداشته باشد، باطل و بی اثر است.

۴. معلوم بودن: شرط باید معلوم باشد و در صورت مجهول بودن باطل است.

۵. عدم مخالفت با شرع: این امر به صورت مسلّم میان همه فقیهان پذیرفته شده است که نباید مورد تعهد مخالفتی با دستورهای شارع مقدس داشته باشد؛ مثل اینکه در عقد قرض شرط شود که قرض گیرنده باید مقدار اضافه ای به قرض دهنده بپردازد. این شرط به جهت ربوی بودن غیرمشروع و باطل است.

۶. عدم مخالفت با مقتضای عقد: مخالفت با مقتضای عقد به دو صورت است:

الف) مخالفت گاه با مفاد قرارداد است مانند اینکه در قراردادی چون بیع شرط شود که مشتری مالک مبیع نشود؛ این شرط باطل و بی اثر خواهد بود.

ب) مخالفت با مقتضای عقد گاه به این صورت است که شرط مورد نظر با آثار عرفی یا شرعی یک قرارداد در منافات است؛ به طور مثال، انتقال یا استفاده از مبیع جزء آثار عرفی قرارداد بیع است که اگر خلاف آن شرط شود، این شرط به علت مخالفت با مقتضای عقد باطل است.

موارد کاربرد قاعده در قرارداد مشارکت مدنی

در ماده ۶ قرارداد، شریک ضمن عقد خارج لازم، حق رجوع و فسخ قرارداد را از خود سلب و ساقط کرده است. سلب حق فسخ به صورت شرط و در ذیل قاعده شرط آمده است؛ اما این شرط باید ضمن عقد خارج لازم بیاید تا نافذ شود. نکته قابل ملاحظه در این ماده این است که عقد خارج لازم باید به صورت واقعی منعقد شود در غیر این صورت فاقد اعتبار است.

در ماده یازده آمده است: «... شریک ملزم و متعهد شد که سهم‌الشرکه متعلقه بانک/ مؤسسه اعتباری به همراه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرروزیان وارده به بانک/ مؤسسه اعتباری را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت کند».

این صلح که به صورت شرط ضمن عقد است، اشکال‌های زیر را دارد:

الف) شرط خلاف مقتضای عقد شرکت است و ماهیت قرارداد مشارکت را زیر پرسش می‌برد؛ چرا که اقتضای عقد شرکت، مشارکت در سودوزیان است. این صلح اگر شریک را در فرض زیان‌ده بودن موضوع مشارکت به پرداخت سود ملزم کند، به طور حتم اشکال دارد. این مسئله در حقیقت نوعی تضمین سود محقق نشده است و الزام شریک به پرداخت آن از جهت شرعی اشکال دارد. به عبارت دیگر اجبار شریک به پرداخت سود در فرض عدم سود و ضررده بودن فعالیت صحیح نیست.

ب) این شرط به دلیل‌های زیر خلاف کتاب و سنت است:

۱. این ماده شبیه اکل مال بالباطل هم دارد. در فرضی که سود در کار نیست و شریک به پرداخت سود مجبور می‌شود، مصداق اکل مال بالباطل است.
۲. صلح ربوی نیز از دیگر شبهه‌های این ماده است؛ چرا که قرارداد را از تعریف مشارکت خارج کرده است و شریک ملزم شده در برابر تسهیلات اعطایی سود بدهد چه در حقیقت سود کرده باشد یا ضرر. این سود اضافه بر رأس‌المال و ربا است.
۳. اجبار شریک به پذیرش چنین شرطی به ویژه نسبت به پرداخت سود، تحمیل شرط بر مشتری است.

این ماده باید اصلاح و بانک شرط تضمین سود در فرض عدم سود را حذف کند.

در ماده سیزده بند چهار «وجه التزام تأخیر تأدیه دین» با هدف بازدارندگی شرط شده است. این ماده مجرای قاعده شروط است. تعهد پیش‌گفته در قالب عقد خارج لازم بر شریک الزام‌آور است؛ البته درباره صحت چنین شرطی به علت شبهه ربوی بودن بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد.

در ماده شانزده قرارداد شریک و ضامن/ ضامن‌ها طی عقد خارج لازم به طور غیر قابل رجوع به بانک اجازه و اختیار می‌دهد که مطالبه‌های خود را پس از سررسید و در صورت عدم پرداخت از موجودی حساب‌ها، اموال و اسناد آنان نزد بانک یا دیگر بانک‌ها رأساً و بدون نیاز به حکم قضایی برداشت کرده و به حساب بدهی شریک منظور گرداند. این اجازه در این ماده به معنای وکالت است. مفهوم عبارت «غیر قابل رجوع» نیز به وکالت بلاعزل اشاره دارد. در حقیقت این وکالت بلاعزل است در ضمن یک عقد خارج لازم. نکته قابل بحث در اینجا صحت وکالت بلاعزل است و اینکه آیا این وکالت قابل عزل هست یا نه؟ از آنجایی که این وکالت به صورت شرط است و در ذیل قاعده شروط قرار می‌گیرد، باید صحت این شرط احراز شود. به نظر می‌رسد با توجه به اینکه وکالت مفهومی اعتباری است، استمرار وکالت به فرض موکل منوط است. اگر موکل، وکیل را وکیل خود فرض نکند، به طور طبیعی وکالت فسخ می‌شود حتی اگر در ضمن عقد خارج لازم باشد. در ماده بیست به منظور تضمین حسن انجام تعهدهای ناشی از این قرارداد شرط وثیقه گنجانده شده که باید بررسی شود که آیا این شرط مطابق ضوابط رهن است یا وثیقه؟ به نظر می‌رسد این شرط مصداق وثیقه است و گرفتن وثیقه‌های بانکی در قالب عقد رهن با اشکال روبه‌رو است؛ زیرا مطابق احکام عقد رهن، هنگام انعقاد قرارداد باید دینی وجود داشته باشد تا برای تضمین آن مالی به وثیقه داده شود. در حقیقت وجود دین شرط صحت عقد رهن است؛ چون در صورت عدم وجود دین، عقد رهن فاقد مبنا و هدف می‌شود. حال با این وجود آیا می‌توان در قرارداد مشارکت که رابطه بین طرفین قرارداد به صورت بدهکار و طلبکار نیست، رهن دریافت کرد؟ پاسخ این است که در قرارداد مشارکت به تناسب موضوع آن، رابطه بانک با متقاضی تسهیلات به صورت رابطه شریک با شریک تعریف می‌شود. حال با توجه به رابطه طرفین معامله در این قرارداد نمی‌توان از متقاضی تسهیلات رهن دریافت کرد. به دیگر بیان دریافت رهن در عقد مشارکت اشکال دارد؛ چرا

که در این قرارداد ممکن است هیچ وقت یا دست کم تا سررسید دینی پدید نیاید و شریک مدیون بانک نشود (موسویان، ۱۳۸۷، ص ۱۲۳-۱۲۲)؛ البته بانک می تواند در قرارداد مشارکت جهت اطمینان از بازپرداخت تسهیلات و به منظور حسن اجرای تعهدها، تأمین و وثیقه کافی بگیرد؛ اما تأمین پیش گفته نباید در قالب عقد رهن صورت گیرد؛ چرا که شریک در مشارکت در اصل بدهکار بانک شمرده نمی شود تا عقد رهن که عقدی به تبع دین است، قابلیت تحقق داشته باشد (خاوری، ۱۳۸۲، ص ۲۴۶).

نکته شایان توجه اینکه وثیقه اعم از رهن است؛ زیرا عقد رهن درباره اشتغال ذمه متقاضی مطرح می شود اما در وثیقه نیازی به اشتغال ذمه متقاضی تسهیلات و وجود دین پیش از عقد نیست؛ بلکه بابت حسن اجرای تعهدها و انجام آن می توان از متقاضی وثیقه گرفت. ویژگی دیگر وثیقه این است که تسلیم مورد وثیقه و قبض آن به وسیله ذی نفع، شرط صحت عقد پیش گفته نیست. مال مورد وثیقه نیز می تواند اعم از عین و دین باشد؛ به طور مثال، سهام شرکتها، اوراق بهادار و اوراق قرضه نیز می تواند به توثیق درآید.

بر اساس این توضیحات می توان در عقدهای مشارکتی و نیز جایی که مال مورد وثیقه از اعیان نیست، خارج از قالب قرارداد رهن و به عنوان وثیقه، تضمین از متقاضی گرفت. با توضیحات پیشین روشن می شود که شرط مندرج در ماده بیست مطابق قاعده شروط، صحت شرعی دارد و مخالفتی با احکام شرع و قانون مدنی ندارد.

در ماده ۲۱ شرط شده که شریک هزینه بیمه اموال مورد وثیقه و نیز اموال موضوع عملیات ناشی از این قرارداد را پرداخت کند. این شرط نسبت به وثیقه طبیعی و بدون اشکال است؛ اما نسبت به موضوع مشارکت از عدم قصد بانک برای مشارکت حاکی است. افزون بر این نوعی تحمیل بر مشتری است؛ چون هزینه بیمه یکی از اقلام مشارکت است. پیشنهاد می شود هزینه بیمه موضوع مشارکت بین بانک و مشتری تقسیم شود.

قاعده عدل و انصاف

قاعده عدل و انصاف از قواعد اساسی شریعت است. این قرارداد در بابهای گوناگون فقهی جریان دارد. در حقیقت نظام حقوقی شیعه و اسلام به عدالت و رفتار منصفانه توجه شده و عدالت به عنوان یک اصل فرادینی و معیار کلی حاکم بر تمام مبادلهها معرفی شده

است. عدالت روح احکام الاهی است و تمام مبادله‌ها و معامله‌ها باید بر مبنای آن صورت گیرد (نوری کرمانی، ۱۳۶۱، ص ۲۶۶). در فقه اسلام موارد عدیده‌ای دیده می‌شود که نسبت به تعهدهای ناشی از عقود، عدل و انصاف رعایت شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۴، ص ۹۹). در آثار بسیاری از فقیهان مانند شیخ/انصاری^۱، تمسک به این قاعده به اندازه‌ای پررنگ است که گویی منبع پنجم استنباط احکام است (اسکینی، ۱۳۶۵، ص ۱۰).

اقتضای این قاعده این است که طرفین قراردادهای اسلامی مکلف هستند در پدیدساختن و اجرای قرارداد بر اساس عدل و انصاف رفتار کنند و قراردادی عادلانه را منعقد کنند تا وسیله اتلاف و تضییع حقوق دیگران فراهم نشود. بر همین اساس نقض عدالت و درج شروط غیرمنصفانه در قرارداد نیز از مصداق‌های ضرر رساندن به افراد شمرده می‌شود. شرط‌های غیرمنصفانه یا تحمیلی به شرط‌هایی گفته می‌شود که یکی از دو طرف با سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی یا تخصص خویش به طرف دیگر تحمیل کند. این شرط‌ها کم‌وبیش به طور غیرمنطقی به نفع یک از طرفین قرارداد است (کریمی، ۱۳۶۲، ص ۷۰).

غیرمنصفانه بودن شرط‌ها در حالتی اتفاق می‌افتد که در مرحله انعقاد و در فرایند تشکیل قرارداد، نوعی نابرابری در وضعیت طرفین وجود داشته باشد و همین امر به ظالمانه و اجحافی شدن قرارداد یا بخشی از آن به زیان یک طرف می‌انجامد. در حقیقت در این‌گونه شرط‌ها بر معیارهایی مانند ظالمانه بودن و سوءاستفاده یا یک‌طرفه بودن تأکید شده است. عامل‌هایی مانند چگونگی انعقاد قرارداد، شرایط و قدرت چانه‌زنی طرفین در غیرمنصفانه شدن قرارداد نقش دارد (ساردوئی‌نسب، ۱۳۹۰، ص ۴۵). به طور قطع این شرط‌ها به حکم قاعده عدل و انصاف جواز و صحت شرعی ندارد.

مدارک قاعده

مدارک قاعده عبارت هستند از:

الف) قرآن کریم: «قل امر ربی بالقسط...»: بگو پروردگرم به قسط فرمان داده است (اعراف: ۲۹). «یا ایها الذین آمنوا کونوا قوامین بالقسط»: ای ایمان آورندگان به قسط و عدالت قیام کنید (نساء: ۱۳۵).

ب) روایت‌ها: پیامبر اکرم ﷺ فرمود: «عدل ساعه خیر من عباده سبعین سنه قیام لیلها و صیام نهارها»: یک ساعت به عدالت رفتار کردن بهتر است از هفتاد سال عبادت یا شب‌زنده‌داری در تمام شب‌های آن و روزه‌داری در تمام روزهای آن (محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ج ۱۱، ص ۳۱۷). در جای دیگری حضرت می‌فرماید: «اضمنوا لی ست خصال اضمن لکم الجنة: ... و انصفوا الناس من انفسکم ...»: شما شش صفت را برای من متعهد شوید تا بهشت را برای شما تعهد کنم ...، با مردم به انصاف رفتار کنید (عابدینی مطلق، [بی تا]، ص ۲۹۴).

ج) عقل: دلیل عقلی بر وجود عدالت به منزله قاعده‌ای عمومی در فقه و حقوق اسلام است که بدیهی‌ترین موضوعی که حُسن عقلی دارد، عدل و انصاف است، همان‌گونه که بدیهی‌ترین موضوعی که بنابر حکم عقل، تقبیح و مذمت می‌شود، ظلم و جور است. به عبارت دیگر عدالت در ذات نیکو و پسندیده است و عقل حکم به حُسن آن می‌کند؛ در نتیجه شرع نیز آن را در تمام موارد لازم و واجب می‌شمارد؛ اما ظلم در ذات قبیح و ناپسند است و عقل حکم به قبح آن می‌کند؛ در نتیجه شرع نیز در تمام موارد آن را حرام و غیرمجاز می‌شمارد (محامد، ۱۳۸۵، ص ۲۴۱).

د) اجماع: در پذیرش عدالت بین عالمان اسلام هیچ‌گونه اختلافی وجود ندارد.

موارد کاربرد قاعده در قرارداد مشارکت مدنی

برخی از مواد و تبصره‌های قرارداد تحکم بر مشتری است؛ به این معنا که تشخیص و ادعای بانک برای شریک معتبر و لازم‌الاجرا دانسته شده است؛ مانند تبصره پنج که مطابق آن تشخیص بانک درباره مصرف‌شدن سهم‌الشرکه شریک در جهت اجرای طرح موضوع مشارکت یا واریز آن به حساب مشترک مشارکت به صورت یک طرفه به شریک تحمیل شده و این برخلاف اصل آزادی اراده در قراردادها و نیز اصل عدل و انصاف است.

در سطر آخر ماده هشت آمده است: «افزایش هزینه‌ها تأثیری در میزان سهم‌الشرکه مندرج در این قرارداد نداشته باشد». واضح است که چنین شرط نوعی تحمیل بر شریک است. نفی این نوع تحمیل در قراردادهای بانکی را می‌توان تحت قاعده‌ای جدید به عنوان

قاعده اضطرار سازمان‌دهی کرد. مطابق این قاعده شرایط قرارداد نباید به گونه‌ای باشد که اکثریت مشتریان را به عنوان یکی از طرفین قرارداد در حالت اضطرار قرار دهد. برای رفع این اضطرار باید این ماده این‌گونه تنظیم می‌شد که اگر شریک بدون موافقت و رضایت بانک کاری کند، بر عهده شریک است و بانک نسبت به آن مسئولیتی ندارد؛ اما اگر هزینه‌های موضوع مشارکت بدون قصور شریک افزایش یابد نمی‌توان آن را به شریک تحمیل کرد.

در ماده سیزده بند یک، در صورت درخواست بانک برای واگذاری حصه قابل فروش خود، شریک به خرید سهم‌الشرکه بانک یا فروش آن به شخص ثالث البته با هماهنگی و نظارت بانک ملزم شده است. همچنین شریک ملزم شده طبق جدول محاسباتی که از سوی بانک به رؤیت شریک می‌رسد با بانک تسویه حساب کند. واضح است که متعهد کردن شریک به چنین شرطی به طور قطع تحمیل بر مشتری است؛ بنابراین نباید وی مجبور به خرید سهم‌الشرکه بانک شود و باید در این مسئله مختار باشد.

در بند سه ماده سیزده شریک ملزم شده در صورت عدم ایفای تعهدهای خویش، جریمه پرداخت کند. موضوع این شرط وجه التزام نسبت به ایفای تعهدها و تخلف از مفاد قرارداد است؛ بنابراین با توجه به اینکه در اینجا دین مطرح نیست، فقیهان با چنین شرطی مخالفتی نکرده‌اند. در اینجا احراز تخلف و قصور مشتری به تشخیص بانک منوط شده است. این مسئله نوعی تحمیل بر مشتری است؛ چرا که ابتدا باید شرایط و دلایل وی برای تخلف بررسی شود که از مشکل‌های مالی و تغییر شرایط اقتصادی ناشی نباشد. مبلغ جریمه نیز بر مشتری تحمیل شده است. در این باره پدیدساختن نهاد مستقل و تخصصی قیمت‌گذاری در جهت جلوگیری از تحمیل بر مشتری ضروری است. این نهاد در موارد اختلافی نیز به تشخیص و تقویم قیمت می‌پردازد.

در ماده هفده تصریح شده است: «دفاتر و صورت‌حساب‌های بانک در هر مورد معتبر و غیرقابل اعتراض است و تشخیص تخلف از مقررات یا هر یک از شرایط و تعهدها این قرارداد با بانک بوده و تعبیر و تفسیر بانک مورد قبول شریک است». نیز آمده است: «شریک حق هرگونه ایراد و اعتراض را نسبت به مندرجات آن، محاسبه‌ها و اقدام‌های اجرایی بانک و اجرای ثبت را تا استیفای کامل حقوق بانک و ایفای تعهدها و دیون

موضوع قرارداد از خود سلب و اسقاط کرد». این ماده به طور کامل تحمیل بر مشتری است و به نظر می‌رسد این تحمیل بر عموم گیرندگان تسهیلات منصفانه و عادلانه نباشد. مشتری باید نسبت به اشتباه‌های احتمالی که ممکن است در محاسبه‌ها و اقدام‌های اجرایی رخ دهد، حق اعتراض داشته باشد. احراز تخلف مشتری نیز باید به وسیله نهادی غیر از بانک صورت گیرد.

ماده ۲۳ بند چهار مربوط به وثیقه است. مقتضای وثیقه این است که اگر مورد وثیقه به فروش برسد اول حق ذی‌حق ادا شود؛ اما در این ماده، شرط شده که اگر مورد وثیقه به فروش رسید، مشتری باید بدهی خود را ادا کند. به نظر می‌رسد این مسئله خلاف عدل و انصاف و تحمیل بر مشتری است؛ چرا که مشتری باید بین تأدیه بدهی و جایگزین کردن وثیقه جدید مخیر باشد.

در این ماده همچنین شرط شده که بانک وصی و وکیل مالک یا مالکان وثیقه تا در صورت فوت آنان از محل تمام یا قسمتی از وثیقه‌ها، مطالبه‌های خود را وصول کند. برای رفع مشکل این ماده، مشتری باید بین تأدیه بدهی و جایگزین کردن وثیقه جدید مخیر باشد. اشکال موجود این است که وکالت و وصایت معلق به فوت مالک یا مالکان شده این در حالی است که منجز بودن از شرایط صحت عقد می‌باشد. باید عبارت این‌گونه نوشته می‌شد: «بانک وکیل و وصی مالک یا مالکان است که اگر آنان فوت کردند، اقدام‌هایی را انجام دهد». اشکال وکالت بلاعزل در اینجا نیز مطرح است.

نکته دیگر این است که در این ماده آمده است: «توجه به این است: هرگاه بهای ملک، در صندوق ثبت یا دادگستری سپرده شده باشد، بانک یا مؤسسه اعتباری حق دریافت وجوه سپرده را به میزان هزینه‌های متعلقه و مطالبه‌های خود خواهد داشت. در صورتی که وجوه وصول نشده یا موارد وثیقه موضوع این بند، تکافوی مطالبه‌های بانک را نکند، شریک متعهد شد تمام بدهی‌های خود را بنا به تشخیص بانک یا مؤسسه اعتباری به بانک یا مؤسسه اعتباری فوری بپردازد.

به نظر می‌رسد تأدیه بدهی نسبت به دیون حال شده می‌تواند از محل وجوه برداشت صورت گیرد اما نسبت به دیون حال نشده به جهت مخالفت با انصاف صحیح نیست؛

بنابراین مشتری باید دیون حال نشده را مطابق جدول زمانی تعیین شده در ابتدای قرارداد بپردازد یا اینکه بانک نسبت به دیون حال نشده مطالبه وثیقه جدید کند.

قاعده نفی غرر

فقیهان با استناد به روایت نبوی - «نهی النبی عن بیع الغرر» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۱۷، ص ۴۴۸) معامله‌ای را که در آن غرر وجود داشته باشد - محکوم به بطلان دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۱۸۵ / موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۳، ص ۲۹۵ / موسوی خویی، ۱۳۷۸، ص ۲۵۹). غرر در لغت به معنای خطر، خدعه، غفلت و جهلت است (احمد بن فارس، ۱۴۰۴ق، ج ۴، ص ۳۸۱ / ابن منظور، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۱۲ / راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص ۶۰۳). با توجه به معنای واژه غرر یعنی خطر به نظر می‌رسد در هر موردی که در اثر جهل به کسی زیانی رسد و مسبب این جهل تدلیس دیگری باشد، مغرورکننده ضامن است (موسویان، ۱۳۹۰، ص ۱۲۷)؛ بنابراین خطر عدم وجود عوضین، خطر عدم قدرت بر تسلیم عوضین، خطر عدم اطلاع از ارزش عوضین و خطر عدم اطلاع از ویژگی‌ها و شرایط معامله باعث غرر و در نتیجه بطلان قرارداد می‌شود.

در تحقق غرور شرط‌هایی لازم است:

۱. زیان دیده جاهل به واقع باشد.
۲. جهل انگیزه اتلاف یا استیلاء باشد.
۳. بین کار مغرورکننده و این پندار نادرست رابطه علیت وجود داشته باشد.
۴. مغرورکننده مقصر باشد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۱۱ / نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۹۴).

مدارک قاعده

مدارک قاعده به صورت زیر هستند:

الف) بنای عقلا: عرف متداول بین عقلای عالم این است که هرگاه به خاطر گفتار یا کردار دیگری گول خورده و متحمل خسارتی بشوند، به فریب‌دهنده مراجعه کرده و جبران خسارت را از وی مطالبه می‌کنند؛ بنابراین بنای عقلا یکی از دلایل قاعده «غرر» است (طاهری، ۱۴۱۸ق، ج ۲، ص ۲۹۴).

ب) روایت‌ها: درباره قاعده نفی غرر افزون بر روایت نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر»، روایت‌های دیگری در باب‌های گوناگون فقه مانند تدلیس زوجه وارد شده است. هر چند

در این روایت‌ها عنوان «غرور» به کار نرفته اما از نظر معنا و مفهوم طوری است که فقیهان از آن به عنوان مدرک قاعده «غرور» استفاده می‌کنند.

موارد کاربرد قاعده در قرارداد

در ماده دو، موضوع قرارداد، طرح نامیده شده است. به نظر می‌رسد استفاده از واژه طرح در این ماده صحیح نیست؛ چرا که قرارداد مشارکت مدنی برای احداث، توسعه، فعالیت اقتصادی و تأمین سرمایه در گردش کاربرد دارد و واژه طرح برخی از مصداق‌های مشارکت مانند تأمین سرمایه در گردش را شامل نمی‌شود؛ بنابراین پیشنهاد می‌شود جهت شفافیت بیشتر عبارت «موضوع مشارکت» جایگزین واژه طرح شود تا مشارکت در تأمین سرمایه در گردش را نیز شامل شود.

در ماده سه سرمایه کل و سهم‌الشرکه به صورت دقیق مشخص شده است تا قرارداد را از غرری شدن مصون دارد. در ماده چهار تصریح شده است: «بانک/ مؤسسه اعتباری و شریک موافقت کردند که بانک/ مؤسسه اعتباری سهم‌الشرکه خود را به حساب مشترک نزد بانک/ مؤسسه اعتباری واریز کند». با توجه به اینکه ممکن است آورده شریک غیرنقدی باشد، آن وقت واریز آن به شخص وجهی ندارد؛ بنابراین برای شفافیت و غرری‌نشدن، موارد غیرنقدی نیز باید تصریح، تقویم و اندازه‌گیری شود.

در ماده دوازده آمده است در پایان مدت قرارداد پس از وضع و کسر هزینه‌های مشارکت از درآمد حاصله، سود با نسبت مشخص بین شریکان (بانک و شریک) تقسیم می‌شود. مشخص کردن درصد سود بانک و شریک باعث شفافیت کامل و رفع غرر شده است. در این ماده همچنین آمده در صورتی که موضوع مشارکت به فروش نرود، شریک شخص باید آن را به قیمت روز یا قیمت مورد موافقت بانک/ مؤسسه اعتباری بخرد. به نظر می‌رسد اگر قیمت فقط به وسیله بانک تعیین شود نوعی تحمیل بر مشتری است و بر مبنای قاعده تحمیل اشکال دارد. پیشنهاد می‌شود «قیمت مورد موافقت بانک» تبدیل به عبارت «مورد توافق طرفین» تبدیل شود.

در ماده نوزده تصریح شده بانک می‌تواند از هر طریق جهت وصول مطالبه‌های خود اقدام کند و اقدام اولیه بانک/ مؤسسه اعتباری مانع از اقدام‌های بعدی به طریق یا طرق

دیگر جهت وصول مطالبه‌ها خود نخواهد بود. دامنه عبارت «از هر طریق» وسیع است؛ بنابراین باید این‌گونه نوشته می‌شد که: «بانک می‌تواند از راه‌های یادشده جهت وصول مطالبه‌های خود اقدام کند». عبارت «طریق یا طرق دیگر» نیز در ادامه این ماده، فاقد شفافیت بوده و ابهام دارد؛ بنابراین در این ماده باید روش‌های دیگر که متفاوت از اقدام قضایی است، تصریح شود.

در ماده بیست، به منظور تضمین حسن انجام تعهدها ناشی از این قرارداد، استقرار وثیقه به نفع بانک شرط شده و نیز آمده است: «قبض و اقباض درباره حسب مورد مندرج در این ماده به عمل آمد و مورد وثیقه دوباره به طور صحیح و سالم تحویل مالک یا مالکان داده شد». این عبارت نارسا و مبهم است و شفافیت لازم را ندارد؛ چون معنای گوناگونی از آن برداشت می‌شود. یک معنا این است که وثیقه پس از قبض از راه ثبت به مالک یا مالکان برگردانده می‌شود و بانک وظیفه نگهداری آن را عهده‌دار نمی‌شود. معنای دیگر آن است که آنچه که در رهن بانک قرار می‌گیرد، قابل معامله نیست. به منظور رفع ابهام موجود، معنای دقیق این ماده باید مشخص شود.

قاعده «کل قرض جر منفعه فهو ربا»

یکی از قواعد مهم و اصلی در معامله‌ها قاعده «کل قرض جر منفعه فهو ربا» که دلالت صریح و قطعی بر حرمت و نهی ربا در معامله‌های اسلامی دارد. ربا اشترای زیاد در عقد قرض است؛ البته در دیگر عقود نیز امکان تحقق ربا وجود دارد. توضیح اینکه هنگامی که معامله مدت‌دار و برای تأدیه دین سررسید معینی مقرر شده باشد اگر مدیون در هنگام سررسید بازپرداخت به موقع بدهی را به تعویق انداخت، بدهی تبدیل به دین و قرض می‌شود و اگر داین در برابر افزایش بدهی و دریافت زیاد به وی مهلت داد، مرتکب ربا شده است. فقیهان این نوع ربا را که به ربای جاهلی مشهور است حرام می‌دانند و آن را یکی از انواع ربای قرضی می‌شمارند؛ البته به این مطلب تصریح نکرده‌اند.

مدارک قاعده

روشنی حکم ربا و مستندبودن آن به قرآن کریم، سنت، اجماع و اتفاق مسلمانان به قدری واضح است که جای هیچ بحث و گفت‌وگویی نمی‌ماند؛ به طوری که در طول تاریخ هیچ کس در آن تردید نکرده است. امام خمینی علیه السلام در این باره می‌نویسد: «حرمت ربا به وسیله قرآن کریم و سنت و اجماع مسلمانان ثابت است؛ بلکه بعید نیست که حرمت آن از ضروریات دین باشد» (موسوی خمینی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۵۳۶).

کاربرد قاعده در قرارداد مشارکت

همان‌گونه از نظر گذشت در ماده یازده شرط شده شریک سهم‌الشرکه متعلقه بانک / مؤسسه اعتباری افزون بر سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک / مؤسسه اعتباری را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت کند.

این صلح که به صورت شرط ضمن عقد می‌باشد با شبهه ربوی بودن روبه‌رو است؛ چرا که قرارداد را از تعریف مشارکت خارج کرده است و شریک ملزم شده در برابر تسهیلات اعطایی سود بدهد؛ چه در واقعیت سود کرده باشد یا ضرر. این سود اضافه بر رأس‌المال و رباست؛ بنابراین این ماده باید اصلاح شود و بانک شرط تضمین سود در فرض عدم سود را حذف کند.

در ماده سیزده «وجه التزام تأخیر تأدیه دین» شرط شده است. این ماده افزون بر قاعده شروط، مجرای قاعده نفی ربا نیز است؛ چرا که با توجه به نظر برخی از فقیهان موافق با دریافت جریمه تأخیر در صورت برخورداری مشتری از تمکن مالی و نیز مطابق مصوبه شورای نگهبان این شرط مشروع است و مخالفتی با کتاب و سنت ندارد؛ البته در برابر موافقان اشتراط جریمه تأخیر، گروهی از فقیهان قرار دارند که دریافت جریمه از مشتریان بدحساب بر اساس مبنای شرط کیفری مالی یا وجه التزام را به جهت ربوی بودن قابل اشکال می‌دانند؛ زیرا دریافت زیاده بر مبلغ اصلی دین اگر در قرارداد قرض باشد، شرط انتفاع شمرده می‌شود و اگر در دیگر عقدها باشد، مصداق ربای جاهلی است. ربای جاهلی طبق تعریفی که در متون دینی و تاریخی به دست ما رسیده، عبارت از این است که وقتی کسی به دیگری بدهی داشت و سررسید آن بدهی فرا می‌رسید، طلبکار نزد بدهکار

می‌رفت و می‌گفت: «تعطی او تریبی؟»: آیا بدهی‌ات را تسویه می‌کنی یا آن را زیاد می‌کنی؟. مطابق این تعریف اگر قصد بانک امهال مشتری در برابر افزایش مبلغ بدهی باشد، وقوع در ورطه ربا امری حتمی است.

از نظر نگارندگان گرچه در برخی از تحقیق‌ها محققان کوشیدند مبانی گرفتن وجه التزام تأخیر تأدیه را به صورتی مستدل تبیین کنند؛ اما تعداد قابل توجهی از فقهایان معاصر همچنان بر این باورند که گرفتن جریمه تأخیر تأدیه، ربا شمرده می‌شود.

قاعده استیمان

مفاد اجمالی قاعده این است که چنان‌که شخصی بر مال دیگری - با شرایط خاصی که بعد خواهیم گفت - استیلا یابد تا زمانی که تعدی یا تفریط نکند، ید امانی دارد و ضامن نیست. منظور از عدم ضمان آن است که اگر مال مورد تصرف، تلف شود، مثل یا قیمت از شخص امین قابل مطالبه نیست؛ البته مراد از تلف، تلفی است که بدون تعدی و تفریط انجام گیرد و چنان‌که با تعدی و تفریط باشد از مصداق‌های این قاعده خارج و داخل در دایره قاعده اتلاف یا تسبیب خواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۹۱). ید امانی انواع گوناگون دارد که عبارت هستند از: ید محسن، ید مستأجر، ید مستعیر، ید مستودع، ید وکیل، ید شریک، ید مضارب و به طور کلی ید تمام متصرفانی که از ناحیه مالک یا شرع در اموال غیر اجازه تصرف دارند از مصداق‌های ید امانی و مشمول قاعده استیمان است.

مدارک قاعده

مدارک قاعده به صورت زیر است:

الف) قرآن کریم: آیه معروف «ما علی المحسنین من سبیل ...»: بر نیکوکاران عالم از هیچ راه حرج و زحمتی نیست (توبه: ۹۱) دلیل بر عدم مسئولیت امین است؛ زیرا امین حکم محسن و نیکوکار را دارد. امین چه از طرف شارع و چه از طرف مالک، برای نفع صاحب مال اقدام می‌کند و هر گونه ضمان بر عهده وی نوعی زحمت و حرج است که در آیه شریفه و قاعده معروف این زحمت و حرج نفی شده است.

ب) روایت‌ها: برخی از روایت‌ها که مستند قاعده استیمان در نظر گرفته شده‌اند عبارت

هستند از:

۱. از امیر مؤمنان حضرت علی علیه السلام نقل شده است: «لیس علی المؤمن ضمان»: بر شخص امین ضمان نیست (محدث نوری، ۱۴۰۸ق، ص ۱۶).
۲. ابن بن عثمان از حضرت امام باقر علیه السلام پرسید: آیا اگر مال در دست کسی که با آن کار می کند تلف شود، ضامن است. امام علیه السلام فرمود: «لیس علیه غرم بعد ان یکون الرجل امیناً»: با توجه به اینکه آن شخص امین بوده بر وی پرداخت خسارت لازم نمی آید (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۳۹).

موارد کاربرد قاعده در قرارداد

در بند دو ماده سیزده آمده است: «شریک مسئول جبران ضرر و زیان بانک و عواقب ناشی از تأخیر در اجرای موضوع مشارکت خواهد بود». به نظر می رسد جبران ضرر از سوی شریک در صورتی ضمان آور است که به شریک منتسب باشد. در حقیقت مطابق قاعده استیمان شریک در صورت عدم تعدی و تفریط، ضامن نیست و باید قصور شریک در تأخیر در اجرای موضوع مشارکت احراز شود تا وی نسبت به جبران ضررهای حاصله ضامن باشد.

قاعده «ضمان ما لم یجب»

«ضمان ما لم یجب» به معنای «ضمان مالم یقع» است؛ یعنی ضامن شدن تعهدی که هنوز پدید نیامده است؛ چرا که وجوب در لغت به معنای وقوع است. عنوان «ضمان ما لم یجب» در نصوص شرع دیده نشده و در مقررات جاری کشور نیز وجود ندارد، فقط اصطلاح فقیهان است که بسیاری از مسائل مشابه را تحت این عنوان گردآوری و حل کرده اند. فقیهان درباره بطلان «ضمان ما لم یجب» تردیدی ندارند؛ اما در مصداق های چنین ضمانی بین فقیهان اختلاف است؛ زیرا در شرایط تحقق ضمان «ما لم یجب» اختلاف نظر وجود دارد. در مجموع درباره این قاعده سه دیدگاه در بین فقیهان مطرح است:

۱. برخی چون دکتر جعفری لنگرودی بر این باورند که باید پیش از عقد ضمان، اشتغال ذمه وجود داشته باشد؛ یعنی باید هم سبب تعهد و هم خود تعهد وجود داشته باشد؛ وگرنه عقد ضمان باطل خواهد بود. ذمه در معنای لغوی و اصطلاحی خود عبارت است از محل التزام، عهد و پیمان. مطابق این دیدگاه موضوع ذمه باید کلیت داشته باشد؛ مانند تعهد به

دادن مقداری پول (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۱۷۰).

۲. فقیهانی چون علامه حلی^ع، میرزای قمی^ع و شهید اول^ع باور دارند که پیش از عقد ضمان باید؛ اولاً، سبب تعهد مضمون عنه موجود باشد؛ ثانیاً، خود تعهد نیز موجود باشد، اما لازم نیست تعهد مضمون عنه کلی باشد؛ بلکه ممکن است کلی یا جزئی باشد، بر همین اساس این گروه ضمان را در تعهدهای جزئی نیز جاری می‌دانند و آن را مصداق «ضمان ما لم یجب» نمی‌دانند (علامه حلی، [بی تا]، ج ۱۴، ص ۳۱۱-۳۱۳ / میرزای قمی، ۱۴۱۳، ص ۸۴-۸۵ / شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۳۶۴).

مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی^ع باور دارد که در عقد ضمان باید سبب تعهد ضمان پیش از عقد ضمان پدید آمده باشد، خواه خود تعهد هم تحقق پیدا کرده باشد و خواه موضوع تعهد مضمون عنه، کلیت داشته باشد خواه نه. ماده ۶۹۱ (ق. م) این نظر را پذیرفته است و مقرر می‌کند: «ضمان دینی که هنوز سبب آن پدید نیامده است، باطل است»؛ یعنی ضمان ما لم یجب در جایی صادق است که هنوز سبب تعهد هم تحقق پیدا نکرده باشد (یزدی طباطبایی، ۱۴۲۸، ج ۲، ص ۷۷۴). طبق این نظر تحقق سبب تعهد برای صحت ضمان کافی است و نیازی به وقوع و تحقق خود تعهد یا کلیت آن نیست.

در مجموع می‌توان نتیجه گرفت که «ضمان ما لم یجب» باطل است و اختلاف نظر فقیهان فقط در مصداق‌های آن است؛ چنان‌که سه مورد پیش‌گفته طبق نظر سوم صحیح بود و طبق دو نظر پیش باطل.

مدارک قاعده

از آنجایی که این قاعده فقهی از عقد ضمان و شرایط صحت و تحقق آن سرچشمه گرفته است، در اثبات آن باید به سراغ ادله فقهی عقد ضمان رفت. این ادله عبارت هستند از:

الف) قرآن کریم: آیه «و لمن جاء به حمل بعیر و انا به زعیم» (یوسف: ۷۲) ظهور در این دارد که ضامن و متعهد به مال، ملتزم به انجام‌دادن تعهد خود است.

«سلهم أیهم بذلک زعیم» (قلم: ۴۰) هر چند این آیه در قالب جمله استفهامی است؛ اما دلالت بر التزام ضامن به تعهد خود و نیز لزوم وفا به آنچه که ملتزم شده دارد.

ب) روایت‌ها: پیامبر اکرم^ص در خطبه مربوط به فتح مکه فرموده است: «العاریه مؤداة

و ...»: عاریه ادا شده است (ابن ابی‌جمهور، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۲۵۲).

موارد کاربرد قاعده در قرارداد

در قرارداد مشارکت مدنی ماده پانزده به مسئله ضمان پرداخته است. چگونگی نگاه به این ماده از دیدگاه قواعد فقهی به این صورت است که اصل کلی برای صحت عقد ضمان این است که وجود دین در حین عقد ضمان ضروری می‌باشد. حال با توجه به اینکه موضوع ضمان بانکی در تعهد است و تا سررسید، دینی پدید نمی‌آید، ممکن است گرفتن ضامن مصداق قاعده «ضمان لم یجب» و در نتیجه باطل شود. به بیان دیگر قاعده «ضمان لم یجب» به این معناست که ضمان دینی که هنوز سبب آن پدید نیامده است، باطل می‌باشد. در عقدهای بانکی هنوز قرارداد منعقد نشده و دین تحقق پیدا نکرده تا ضمان صحیح باشد؛ به‌ویژه درباره عقد مشارکت که موضوع آن تعهد است و شاید تا پایان طرح دینی پدید نیاید. برای رفع این اشکال باید عقد ضمان و دایره شمول آن را به خوبی تبیین کرد. عقد ضمان عبارت است از این که شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بر عهده بگیرد. حال باید دید آیا می‌توان دایره عقد ضمان را از معنای مصطلح فقهی آن توسعه داد؛ به طوری که مصداق‌های جدید آن را نیز در برگیرد؟

اکثریت فقیهان شیعه باور دارند که اثر ضمان، نقل ذمه است؛ یعنی وقتی شخصی ضامن دیگری می‌شود، در حقیقت می‌پذیرد که به جای وی مدیون باشد و طلبکار دیگر مزاحم مدیون اصلی نشود (نقل ذمه به ذمه) (جزیری، ۱۹۴۱ق، ج ۳، ص ۲۶۹). بر اساس این دیدگاه اگر ضمان به طور صحیح پدید آید آثار زیر بر آن مترتب می‌شود:

۱. حق و طلب طلبکار و تعهدی که بر عهده بدهکار به نفع طلبکار است، به عهده ضامن منتقل می‌شود.
۲. بدهکار اصلی نسبت به بدهی که به نفع طلبکار بر عهده داشت، بری‌الذمه می‌شود.
۳. شخص طلبکار حق رجوع به بدهکار اصلی را ندارد و حق مطالبه وی از بدهکار اصلی ساقط می‌شود.
۴. رابطه حقوقی بین طلبکار و بدهکار اصلی از بین می‌رود.
۵. رابطه حقوقی بین طلبکار و ضامن برقرار می‌شود.

اما مشهور فقیهان عامه بر این باورند که اثر ضمان، ضمّ ذمه است؛ یعنی طلبکار می‌تواند از همه کسانی که ذمه‌شان مشغول است، تمام طلب خود را دریافت کند؛ بلکه هر

کدام از این ذمه‌ها بدل دیگران است؛ به گونه‌ای که اگر یکی از متعهدان وفا کند، عهده دیگران نیز بری می‌شود (همان، ص ۲۲۰). مطابق دو دیدگاه پیش‌گفته ضمان مربوط به دین و بدهی است؛ اما به نظر می‌رسد می‌توان اثرهای دیگری هم برای ضمان در نظر گرفت که عبارت هستند از: الف) ضمان تعهد انجام کار؛ ب) ضمانت حُسن انجام کار. اثر ضمان اگر تعهد انجام کار باشد توسعه مصداق است و اگر ضمانت حُسن انجام کار باشد، توسعه مفهومی است و به عنوان یک عقد مستحدث تلقی می‌شود. به نظر می‌رسد اگر ضمان را از معنای مصطلح فقهی آن توسعه دهیم به گونه‌ای که به بدهی و دین منحصر نشود و تعهد را نیز در بر بگیرد، اشکال مربوط به قاعده «ضمان ما لم یجب» نیز مرتفع می‌شود؛ چرا که این قاعده درباره بطلان ضمانت دین و بدهی است که سبب آن پدید نیامده است؛ اما آنچه که درباره عقد ضمان بانکی معتبر می‌باشد، ضمانت حُسن انجام کار است. درباره عقد مشارکت هم به طریق اولی قاعده «ضمان ما لم یجب» مصداق پیدا نمی‌کند؛ چرا که ضمان در این قرارداد از نوع ضمانت در بدهی نیست و ممکن است تا پایان طرح اصلاً بدهی پدید نیاید؛ بلکه ضمانت حُسن انجام کار برای شریک است که پرداخت در سررسید را به خوبی انجام دهد و به دیگر تعهدهایش نیز عمل کند.

ممکن است اشکال دیگری به این صورت وارد شود که در عقدهای مشارکتی بانک و مشتری هر دو شریک هستند و مشتری هم حق دارد از بانک ضمانت بگیرد. پاسخ این اشکال این است که در عقد مشارکت چون بانک مدیریت و اداره طرح و موضوع مشارکت را به شریک وامی‌گذارد، برای اطمینان از ایفای صحیح و به موقع تعهدها می‌تواند از شریک ضامن بگیرد. این ضمانت حُسن انجام کار است و به معنای ضمان دین نیست؛ چون در عقد مشارکت شریکان بدهکار یکدیگر نیستند.

قاعده قصد

این قاعده در مفهوم خود دلالت دارد بر اینکه عقد از لحاظ ترتیب آثار، احکام و تشخیص نوع و ماهیت توافق، مبتنی بر قصد طرفین قرارداد است. این قاعده در کتاب‌ها و منابع فقهی دو معنا دارد:

الف) این قاعده به این معناست که قرارداد نمی‌تواند بدون قصد تحقق پیدا کند. چنان‌که

فقیهان در بحث شرایط عقدها به این مطلب تصریح کرده و قصد را به عنوان شرط برای تحقق قصد مطرح کرده‌اند و از آن نتیجه گرفتند که عقد غافل، خواب (نائم)، فراموش‌کار (ناسی)، فرد خاطی، فردی که قصد شوخی دارد و مستی که قصد ندارد، باطل است؛ بنابراین مراد از اینکه عقد قرارداد فقط با نیت یا قصد تحقق می‌یابد، اشاره به آن است که طرف عقد در تمام بخش‌های آن باید قصدش را داشته باشد و مفهوم ملازم آن، عدم تحقق عقد قرارداد بدون وجود قصد است (نجفی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، ص ۲۶۵/ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۲۹).

ب) این قاعده به این معناست که آثار خاص هر قراردادی از قصد خاص آن تبعیت می‌کند. آثاری مانند تملیک، تعهد، لزوم، جواز و ... تابع قصد خاص است. عقد با هر قصدی آثار خاصی دارد و تفاوت این آثار با تفاوت در چگونگی قصد آشکار می‌شود (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۵۹/ مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۸).

طبق این قاعده وقتی شخصی پولی را به بانکدار می‌دهد اگر قصدش انعقاد قرارداد ودیعه باشد، اثر این قصد این است که بانکدار مجاز به تصرف در مال ودعی نیست و نمی‌تواند در آن هیچ تصرفی انجام دهد؛ اما اگر مراجعه‌کننده به بانک پول خود را به قصد عقد قرض در اختیار بانکدار قرار دهد، در اینجا اثر تملیک بر این قصد مترتب بوده و بانک مالک مال مورد نظر شده و با مالک شدن حق و جواز هر تصرفی را داراست؛ بنابراین با تفاوت در قصد است که آثار و احکام قراردادها از هم متمایز می‌شود.

مدارک قاعده

مقصود از مدارک قاعده دلایلی هستند که بر اعتبار و حجیت قاعده فقهی دلالت دارند. این ادله عبارت هستند از:

الف) روایت‌ها: «الاعمال بالنیات» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹ق، ج ۶، ص ۵). نظر فقیهان بر آن است که این امر ویژه عبادات نیست و شامل معامله‌ها نیز می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ص ۳۷۱).
 ب) اجماع: نخستین دلیلی که به وسیله فقیهان برای قاعده پیش گفته در کتاب‌های فقهی ذکر شده، اجماع است. با توجه به این که فقیهان در اثبات این قاعده به دلایلی از قرآن کریم و روایت‌ها استناد کرده‌اند، این اجماع مدرکی شمرده می‌شود و فاقد اعتبار است؛ بنابراین باید به ادله دیگری تمسک جست (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ص ۱۴۲-۱۴۱/ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ص ۳۷۱).

ج) **عقل:** رکن بودن قصد از برای عقد به حکم عقل قابل اثبات است. چگونگی استدلال به این ترتیب است که امور اعتباری چنان‌که از نام آن بر می‌آید، معلول فرض و اعتبار است؛ به طور مثال، دلالت چراغ قرمز بر توقف در قوانین راهنمایی و رانندگی، یک حکم وضعی و اعتباری است؛ یعنی قانون‌گذار از رنگ قرمز، توقف و عدم عبور را اعتبار کرده است. عقدها هم به تبع دیگر اعمال حقوقی، در زمره امور اعتباری قرار دارند و به فرض و قصد متقوم هستند (موسوی خویی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۲۴۲/ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۷، ص ۶۱/ موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۴، ص ۴۱)؛ بنابراین با توجه به اعتباری بودن عقدها اگر قصد منتفی شود، به تبع عقد نیز منتفی می‌شود؛ چرا که عقد از امور اعتباری است و با نفی قصد، عقد نیز منتفی می‌شود؛ بنابراین قصد رکن اصلی عقد شمرده می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ص ۳۷۳).

موارد کاربرد قاعده قصد در قرارداد مشارکت مدنی

در ماده هفت تصریح شده است: «اداره امور شرکت مدنی با رعایت مفاد قرارداد حاضر و قوانین جاری، تبرعاً به عهده شریک و با نظارت بانک/ مؤسسه اعتباری است».

این مسئله که اداره شرکت را بر عهده شریک بگذاریم، صحیح است؛ اما اینکه وی را به بر عهده گرفتن این مسئولیت به صورت تبرعی مجبور کنیم، اشکال دارد؛ بنابراین لازم است برای شریک حق عاملیت در نظر گرفته شود و آن را به عنوان هزینه مدیریت جزء هزینه‌های مشارکت شمرده. اجبار شریک به انجام چنین کاری به صورت تبرعی حاکی از عدم قصد واقعی برای تحقق مشارکت است و بر خلاف قاعده قصد است؛ البته این قاعده در مجموعه این قرارداد نیز کاربرد دارد؛ به این صورت که بسیاری از شرطهایی که در ضمن عقد گنجانده شده، کوشش دارد سود بانک را تضمین کند و وی را از پذیرفتن سهم خود در ضرروزیان و نیز خسارت‌های احتمالی معاف کند. به طور قطع مجموعه این شرطها در کنار هم از عدم قصد مشارکت حاکی است؛ چرا که ماهیت و مقتضای قرارداد شرکت، مشارکت در سود زیان است؛ بنابراین اگر یکی از طرفین دیگری را به پرداخت سود در فرض عدم سود یا جبران تمام خسارت‌ها ملزم کند، قرارداد را از ناحیه قصد دچار مشکل می‌کند. برای رفع این اشکال بانک باید با حذف شرطهای یک‌طرفه و

پذیرفتن سهم خود در ضرر و زیان و نیز خسارت‌های احتمالی نشان دهد که قصد حقیقی برای مشارکت دارد.

توصیه‌های سیاستی

قرارداد مشارکت مدنی نقطه‌های ضعف قابل توجهی از دید قواعد فقهی دارد. افزون بر این به علت عدم دسترسی به اطلاعات مورد نیاز، رفتار بانک از آن حاکی است که به مشتری اعتماد ندارد. مجموع این مشکل‌ها نشان می‌دهد در بستر کنونی نظام بانکی این قرارداد به درستی قابل اجرا نیست. در این باره می‌توان پیشنهادهایی ارائه کرد:

۱. به منظور اجرای صحیح و شرعی قرارداد مشارکت می‌توان این قرارداد را فقط در بانک‌های تخصصی و حتی شعبه‌های تخصصی اجرا کرد. در حقیقت این بانک‌ها موظف هستند با استفاده از شیوه‌های تأمین مالی بلندمدت مانند مشارکت مدنی، تأمین مالی احداث و توسعه طرح‌ها و پروژه‌ها و فعالیت‌های اقتصادی در بخش‌های تخصصی را به عهده گیرند. وجود تیم کارشناسی متخصص و ارزیابی دقیق و صحیحی که از طرح و بازدهی آن به عمل می‌آید به اجرای حقیقی قرارداد مشارکت می‌انجامد. در این باره تدوین قرارداد تیپ برای شعبه‌های تخصصی نیز مؤثر خواهد بود و نسبت به تنظیم قرارداد تیپ برای تمام بانک‌ها اثرهای مثبت‌تری دارد.

۲. پدیدساختن مؤسسه‌های امین پیشنهاد دیگری در جهت اجرای صحیح قرارداد مشارکت است. بانک‌ها منابعی را که تحت عنوان سپرده سرمایه‌گذاری عام تجهیز کرده‌اند، از راه عقد وکالت، در اختیار این مؤسسه‌ها قرار می‌دهند و آنها نیز از محل این منابع قسمتی از سرمایه مورد نیاز بنگاه‌های اقتصادی را به صورت مشارکت مدنی یا حقوقی تأمین می‌کنند و به تناسب در سود شرکت شریک شوند. از مهم‌ترین وظیفه‌های این مؤسسه‌ها، ارزیابی اقتصادی پروژه‌های پیشنهادی، اعتبارسنجی، نظارت مستمر بر اجرای صحیح قرارداد، تضمین بازپرداخت مطالبه‌های بانک - غیر از سهم‌الشرکه، دریافت وثیقه‌ها و تضمین‌ها از گیرندگان تسهیلات است. این مؤسسه باید سود (یا زیان) طرفین را فقط پس از اتمام موضوع قرارداد به طور دقیق تعیین کند. وجود این مؤسسه‌ها ضمن جلوگیری از اخلال در نظام پرداخت سود به کاهش مخاطره‌های اخلاقی و پوشش ریسک‌های موجود در این قرارداد می‌انجامد.

۳. مجموع شرط‌های ضمن عقد در عقد مشارکت نشان می‌دهد که قصد بانک دست‌یابی به

سود ثابت است؛ بنابراین پیشنهاد می‌شود نظام بانکی از به کارگیری عقود مشارکتی صرف نظر کند و از روش‌های دیگر با نرخ سود معین مانند قرارداد استصناع استفاده کند. بانک می‌تواند در قالب قرارداد استصناع، سفارش ساخت کالا یا پروژه‌ای را در برابر مبلغی معین می‌پذیرد؛ سپس ساخت آن کالا یا پروژه را در برابر مبلغی دیگری به پیمانکار یا سازنده سفارش می‌دهد. در این صورت تفاوت مبلغ این دو قرارداد سود بانک را تشکیل می‌دهد. افزون بر این می‌توان استفاده از روش‌هایی مانند مشارکت تناقصی که مرکب از دو قرارداد مشارکت و اجاره است، استفاده کرد. مشارکت تناقصی قرارداد شرکتی است که به سبب آن طرفین ضمن قرارداد توافق می‌کنند یکی از شریکان به تدریج سهم‌الشرکه شریک دیگر را تملک کند؛ پس از انعقاد مشارکت، بانک سهم خود در دارایی را به شریک اجاره می‌دهد و مشتری سهم‌الشرکه بانک را به صورت مرحله‌ای و به تدریج خریداری تا زمانی که دارایی به صورت کامل مورد تملک مشتری قرار گیرد. مبلغ‌های نرخ‌های اجاره بین مشتری و بانک مطابق سهم‌الشرکه آنها در زمان‌های گوناگون تقسیم می‌شود. نرخ اجاره‌بها همان سود ثابت مورد نظر بانک است.

۱۶۳

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

۱. در قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی، قواعد فقهی گوناگونی مانند قاعده قصد، شروط، عدل و انصاف، نفی غرر، استیمان، ضمان ما لم یجب و کل قرض جر منفعه فهو ربا مطرح است.
۲. بررسی قرارداد مشارکت از دید قواعد فقهی نشان می‌دهد اگرچه قانون‌گذار در تدوین قرارداد به این مسئله اهتمام داشته اما همچنان اشکال‌هایی وجود دارد که مشروعیت قرارداد را متزلزل می‌کند.
۳. در ماده یازده، شرط تضمین سود با اشکال‌هایی مانند مخالفت با مقتضای عقد، اکل مال بالباطل و ربوی بودن روبه‌رو است. رفع این اشکال‌ها به حذف چنین شرطی منوط است.
۴. یک‌طرفه بودن قرارداد به جهت تحمیلی بودن بسیاری از شرط‌ها و وکالت بلاعزل از دیگر اشکال‌های موجود در قرارداد است.

۵. درج بسیاری از شرط‌های ضمن عقد از آن حاکی است که بانک به لوازم و شرایط اجرای قرارداد مشارکت متعهد نیست و قصد و انگیزه واقعی برای اجرای قرارداد ندارد؛ بنابراین می‌کوشد مشارکت را در واقعیت، تبدیل به قراردادهای مبادله‌ای سازد.
۶. با توجه به اشکال‌های قرارداد مشارکت می‌توان از روش‌های پیشنهادی مانند پدیدساختن بانک‌ها و شعبه‌های تخصصی، پدیدساختن مؤسسه‌های امین و به کارگیری از روش‌های جایگزین مانند و مشارکت تناقصی و استصناع استفاده کرد.

منابع و مأخذ

۱. ابن ابی‌جمهور، محمد؛ عوالی اللثالی؛ چ ۱، قم: دار سیدالشهداء للنشر، ۱۴۰۵ق.
۲. ابن فارس، احمد؛ معجم مقاییس‌اللغة؛ چ ۱، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.
۳. ابن منظور، محمدبن مکرم؛ لسان العرب؛ چ ۳، بیروت: دار صادر، ۱۴۱۴ق.
۴. اسکینی، ربیعاً؛ «منابع حقوق بیع تجارت بین‌المللی»؛ مجله حقوقی، ش ۷، ۱۳۶۵.
۵. انصاری، شیخ مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ چ ۱، قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری رحمته‌الله، ۱۴۱۵ق.
۶. جزیری، عبدالرحمن و سیدمحمد یاسر مازح؛ الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم‌السلام؛ بیروت: دار الثقلین، ۱۴۱۹ق.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات؛ تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۵۴.
۸. _____؛ دوره حقوق مدنی ضمان عقدی؛ تهران: گنج دانش، ۱۳۸۶.
۹. حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل الشیعة؛ قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام، ۱۴۰۹ق.
۱۰. حلی، حسن بن یوسف؛ تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام، [بی تا].
۱۱. خاوری، محمودرضا؛ حقوق بانکی؛ چ ۴، تهران: مؤسسه عالی بانکداری ایران، ۱۳۸۲.
۱۲. راغب اصفهانی، حسین؛ مفردات ألفاظ القرآن؛ لبنان: دار العلم، ۱۴۱۲ق.

۱۳. ساردوئی نسب، محمد و سیدجعفر کاظم پور؛ «مولفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد»؛ مجله حقوقی دادگستری، س ۷۵، ش ۷۵، ۱۳۹۰.
۱۴. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی؛ الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۲ق.
۱۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ العروة الوثقی؛ ج ۲، بیروت: مؤسسه‌ی الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ق.
۱۶. عابدینی مطلق، کاظم؛ مجموعه کبیر؛ قم: توسعه قلم، [بی تا].
۱۷. کاتوزیان، ناصر؛ اعمال حقوقی؛ ج ۱۲، تهران: انتشارات سهامی انتشار، ۱۳۸۶.
۱۸. کریمی، سیدعباس؛ «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»؛ مجله پژوهش‌های حقوقی، س ۱، ش ۱، ۱۳۶۲.
۱۹. کلینی، محمدبن یعقوب؛ الکافی؛ ج ۵، ج ۴، تهران: دار الکتب الإسلامیه، ۱۴۰۷ق.
۲۰. محامد، علی؛ «بررسی قاده عدل و انصاف و آثار آن»؛ فصلنامه دانشگاه قم، س ۸، ش ۲، ۱۳۸۵.
۲۱. محدث نوری، میرزا حسین؛ مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل؛ ج ۱۴، ج ۱، بیروت: مؤسسه آل‌البتیت علیه السلام، ۱۴۰۸ق.
۲۲. محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه؛ ج ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۲۳. مراغی، سیدمیر عبدالفتاح؛ العناوین الفقهية؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۴. مکارم شیرازی، ناصر؛ القواعد الفقهية؛ ج ۳، قم: مدرسه امام امیر المؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ق.
۲۵. موسوی بجنوردی، سیدحسن؛ القواعد الفقهية؛ قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
۲۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله؛ تحریر الوسیله؛ قم: مؤسسه دارالعلم، [بی تا].
۲۷. _____؛ کتاب البیع؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۳۷۹.
۲۸. موسوی خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة (المکاسب)؛ قم: انصاریان، ۱۳۷۸.
۲۹. موسوی خویی، سیدمحمدتقی؛ الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود؛ بیروت: دار المؤرخ العربی، ۱۴۱۴ق.

۳۰. موسویان، سیدعباس؛ ابزارهای مالی اسلامی (صکوک)؛ چ ۴، تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۱۳۹۰.

۳۱. موسویان، سیدعباس و سیدمحمد فیروزآبادی؛ بانکداری در آئینه شریعت؛ قم: وثوق، ۱۳۸۷.

۳۲. میرزای قمی، ابوالقاسم؛ جامع الشتات؛ تهران: مؤسسه کیهان، ۱۴۱۳ق.

۳۳. نراقی، احمد؛ عوائد الأیام؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.

۳۴. نوری کرمانی، محمدمیر؛ موضوع‌شناسی ربا؛ قم: بوستان قم، ۱۳۸۱.

