

 <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0> doi 10.22034/marefateeqtesadi.2025.5001337 dor 20.1001.1.20422322.1403.16.1.8.3

Comparative Study of the Condition Contrary to the Requirements of the Contract in Interest-Free Banking Contracts

 **Habibollah Lotfi**  / PhD in Economics, Imam Khomeini Education and Research Institute
hal.lotfi@gmail.com

Mahmoud Mokhtarband / Assistant Professor of Economics, Faculty of Economics and Political Science, Shahid Beheshti University
m_mokhtarband@sbu.ac.ir

Gholamali Masuminia / Assistant Professor of Economics and Islamic Banking, Faculty of Economics, Kharazmi University
masuminia@khu.ac.ir

Received: 2025/05/10 - **Accepted:** 2025/09/09

Abstract

A condition is a kind of obligation and commitment in contracts such as sale. According to the consensus of jurists, a condition that is contrary to the requirements of the contract is void. From the perspective of famous jurists, this condition invalidates the contract. Several criteria have been stated to determine the requirements, effects, and inseparable necessities of the contract, but a comprehensive criterion for determining the requirements of the contract has not been stated. The present study, using a descriptive-analytical method by examining jurisprudential and legal sources, discovers the criteria for determining the requirements of the contract and its effects and inseparable necessities, and evaluates uniform banking contracts based on them. Based on the findings of the study, "the non-conformity of the condition with the customary occurrence of the content of the contract" is the most important criterion for determining a condition that is contrary to the requirements of the contract. Given the existence of examples of non-conformity with customary occurrence and non-conformity with religious occurrence, "the non-conformity of the condition with the customary, religious, and legal occurrence of the contract and the drafting of the contracting parties" can provide a more precise criterion for this issue. The research findings show that several articles of banking contracts in the country's interest-free banking are contrary to the requirements of the contract.

Keywords: Requirements of the contract, Condition, Law, Custom, Sharia.

JEL classification: G21, G23.

بررسی تطبیقی شرط مخالف مقتضای عقد در قراردادهای بانکداری بدون ربا

hal.lotfi@gmail.com

m_mokhtarband@sbu.ac.ir

masuminia@khu.ac.ir

✉ حبیب‌اله لطفی / id / دکتری اقتصاد مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی *

محمود مختار بند / استادیار گروه اقتصاد دانشکده اقتصاد و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی

غلامعلی معصومی‌نیا / دانشیار گروه اقتصاد و بانکداری اسلامی دانشکده اقتصاد دانشگاه خوارزمی

دریافت: ۱۴۰۴/۰۲/۲۰ - پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۸

چکیده

شرط، نوعی الزام و التزام در عقود مانند بیع است. به اتفاق فقها شرط خلاف مقتضای عقد باطل است. مشهور فقها چنین شرطی را باطل‌کننده عقد نیز می‌دانند. برای تشخیص مقتضای آثار و لوازم جداناپذیر عقد، معیارهای متعددی بیان شده است، ولی معیاری جامع برای تشخیص مقتضای عقد بیان نشده شده است. تحقیق حاضر با روش توصیفی - تحلیلی با بررسی منابع فقهی و حقوقی، معیارهای تشخیص مقتضای عقد و آثار و لوازم جداناپذیر آن را کشف می‌کند و قراردادهای یکنواخت بانکی را بر اساس آنها ارزیابی می‌کند. بر اساس یافته‌های تحقیق، «عدم تنافی شرط با وقوع عرفی مضمون عقد»، مهم‌ترین معیار تشخیص شرط خلاف مقتضای عقد است. با توجه به وجود مصادیق عدم تنافی با وقوع عرفی و تنافی با وقوع شرعی، «عدم تنافی شرط با وقوع عرفی، شرعی و قانونی عقد و انشای متعاقبین»، می‌تواند معیار دقیق‌تری برای این موضوع ارائه دهد. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد مواد متعددی از قراردادهای بانکی در بانکداری بدون ربا کشور مخالف مقتضای عقد هستند.

کلیدواژه‌ها: مقتضای عقد، شرط، قانون، عرف، شرع.

طبقه‌بندی JEL: G21, G23

مقدمه

تخلف از مقتضای عقد به اتفاق فقها جایز نیست. فقها در مبحث شروط صحت شرط، در دلیل بطلان شرط خلاف مقتضای عقد اختلاف دارند، اما در بطلان و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد اتفاق دارند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۴۵). علاوه بر مضمون اصلی عقد مانند نقل و انتقال ملکیت در بیع، آثار و لوازم تخلف‌ناپذیری در عقود وجود دارد که در زمره مقتضیات عقد قرار می‌گیرد. اینکه کدامیک از آثار و لوازم در زمره مقتضای عقد قرار می‌گیرد بین فقها و حقوق‌دانان اختلاف است.

مسئله مهم ارزیابی معیارهای تشخیص مقتضای عقود است. برخی فقها معتقدند از این جهت که عرف سازنده قالب‌هایی است که مردم در آن دادوستد می‌کنند، پس با همین معیار باید موضوع و اثر اساسی عقد را معین نمود (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۴۹؛ بروجردی عبده، ۱۳۹۷، ص ۱۴۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۱۳). برخی دیگر، تنها معیار تشخیص را قانون یا شرع مقدس می‌دانند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ص ۲۸۸). دسته سوم، معیار تشخیص را صرفاً اراده متعاقدين می‌دانند (غروی نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۲)؛ چنانچه ماده ۱۰ قانون مدنی نیز بر جایگاه اراده طرفین در تعیین مقتضای عقد تصریح دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است». این ماده بر نقش اراده در محتوای عقود تأکید دارد، اما پیچیدگی‌های اجتماعی و دخالت روزافزون دولت جهت برقراری نظم عمومی و همچنین توجه به مقاصد و اهداف شریعت، اصل آزادی قراردادی را بسیار محدود می‌سازد؛ در نتیجه با گسترش نیازهای مبادلاتی و احتیاج به قانون مدون در زمینه معاملات نباید از لوازم قانونی عقد غفلت نمود؛ همچنین نباید نگاه صرفاً فقهی و قانونی به عقود و قراردادهای بانکی سبب غفلت از وقوع عرفی و کارکرد عقود گردد. تحقیق حاضر تجمیع این معیارها را می‌پذیرد و از این طریق به بیان مفهوم و مصادیق شروط مخالف مقتضای عقد در قراردادهای بانکی می‌پردازد.

پیشینه پژوهش

فقها از جمله صاحب جواهر، علامه حلی، محقق ثانی و شیخ انصاری در تألیفات فقهی خویش ذیل مبحث «شروط صحت شرط»، مبحث مقتضای عقد و معیارهای آن را مطرح کرده‌اند. مقالات متعددی در این زمینه نگاشته شده است. مقاله «معیارهای تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد در عقود مشارکتی» (ملاکریمی و راغبی، ۱۳۹۷)، معیارهای تشخیص شرط خلاف مقتضای عقد را صرفاً در عقود مشارکتی بررسی نموده است. این مقاله معیار تشخیص شروط مذکور را عرف می‌داند. لکن باید توجه داشت نمی‌توان معیار تشخیص شرط را یکسره به عرف واگذار نمود؛ چراکه شارع می‌تواند عنصری را در زمره مقتضای عقد قرار دهد؛ همچنین نقش قانون را نمی‌توان نادیده گرفت. از طرفی اراده طرفین نیز در اضافه نمودن عناصری به ماهیت عقد تعیین‌کننده است. مقاله «شرط خلاف مقتضای عقد» (مقصودی و دیگران، ۱۳۹۹)، سه معیار برای تشخیص مقتضای عقد برمی‌شمارد که شامل شناخت از روش ارکان و

اجزاء، شناخت از طریق آثار و شناخت از طریق عناصر عمومی و اختصاصی عقود، قانون و عوارض لازم ماهیت هستند، و سرانجام نظر سوم را برمی‌گزیند. این مقاله هرچند قدم روبه‌جلو برداشته و قانون را در زمره معیارهای تشخیص مقتضای عقد ذکر نموده، اما جایگاه عرف و اراده طرفین در تشخیص مقتضای عقد مبهم است. مقاله «سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا» (کریمی و مرادی، ۱۳۹۴)، به بررسی شروط ناعادلانه در قراردادهای بانکی پرداخته و بطلان چنین شروطی به دلیل مخالفت آن با مقتضای عقد را بررسی می‌کند. این مقاله بدون پرداختن به معیار تشخیص مقتضای عقد صرفاً جنبه «ناعادلانه بودن و سوءاستفاده بانک از موقعیت برتر» را بررسی می‌کند. مقاله «تحلیل فقهی - حقوقی برخی از مواد قرارداد مشارکت مدنی» (مصباحی مقدم و نعمتی، ۱۳۹۷)، بدون اینکه به جزئیات معیار تشخیص مقتضای عقد بپردازد، از بین رفتن ماهیت عقد مشارکت و تحمیلی بودن شروط را مایه بطلان و مبطل بودن شروط دانسته است.

تمایز مقاله حاضر با مطالعات گذشته این است که معیار تشخیص مقتضای عقد را مجموعه‌ای مرکب از وقوع عرفی، شرعی یا قانونی عقد معرفی می‌کند و نوع قراردادهای مشارکتی و مبادله‌ای بانکی را از این حیث مورد تحلیل قرار داده است.

آنچه امروزه در اکثر قراردادهای بانکی مشاهده می‌گردد، از بین بردن مقتضای عقد بدون مغایرت ظاهری با کتاب و سنت است. گاهی در عقود بانکی، ضمن عقد خارج لازم شروط یا عقود را با عقد ترکیب می‌نماید و بدون مغایرت ظاهری با کتاب و سنت کارکرد و ماهیت عقد به کلی تغییر می‌یابد. فقها و حقوق‌دانانی که عدم مغایرت ظاهری شروط با کتاب و سنت را ملاک دانسته‌اند، به سادگی مجوز چنین عقود را صادر می‌کنند. برخی نیز شرط خلاف مقتضای عقد را مورد توجه قرار داده‌اند، اما شرط خلاف کتاب و سنت را به کلی مباین با آن می‌دانند؛ درحالی‌که گاهی شارع عنصری را در زمره مقتضای عقد قرار می‌دهد؛ لذا در صورتی که شرط خلاف کتاب و سنت موجب اخلاف در ماهیت عقد گردد، مبطل عقد نیز است. قانون مدنی نیز صرفاً شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهول را در زمره شروط باطل و مبطل قرار می‌دهد (ماده ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی) که باید تجدید نظر شود. با بررسی قراردادهای یکنواخت مشارکتی و مبادله‌ای بانکداری بدون ربا نتیجه می‌گیریم مواد متعددی موجب از بین رفتن مفاد و ماهیت اصلی عقد می‌گردد.

۱. مفهوم مقتضای عقد

مقتضا، یعنی امری که در صورت وجود شرط و عدم مانع، وجود معلول را افاضه می‌کند (المروج الجزایری، ۱۴۳۱ق، ج ۷، ص ۱۳۱). گرچه برخی از فقها مقتضا را فقط به معنای ذات و ماهیت عقد می‌گیرند، ولی غالب فقها مقتضای عقد را فراتر از ذات دانسته؛ به گونه‌ای که آثار لاینفک عقد را نیز دربر می‌گیرد. طبیعی است اگر مقتضای عقد را ذات عقد بدانیم، شرط خلاف آن - مانند شرط عدم تملیک در بیع - باطل و مبطل است. تشخیص مصادیق آن نیز به این دلیل که ماهیت عقد طبق قاعده «العقود تابعة للقصد» بدیهی است، اما اگر مقتضا را فراتر از ذات عقد بدانیم، تمییز آثار

لاینفک (مقتضای مطلق عقد) و آثار جدانپذیر عقد دشوار خواهد بود. منظور ما از مقتضای عقد، مقتضای مطلق عقد اعم از ذات عقد و آثار لاینفک آن است. اگر شرطی (شرط عدم ملکیت در عقد بیع) با مطلق عقد تنافی داشته باشد، قرار دادن شرط در ضمن عقد (اعم از مطلق یا مقید) باطل است، اما اگر شرط با عقد مطلق تنافی داشته باشد، در صورتی که عقد اطلاق داشته باشد، شرط با عقد منافات دارد، اما با عقد مقید منافاتی ندارد؛ مثلاً نسبه بودن ثمن با عقد مطلق منافات دارد، اما اگر شرط نسبه بودن ثمن شود دیگر منافاتی بین عقد مشروط و شرط وجود ندارد. تعریف مطلوب از مقتضای عقد عبارت است از: «آنچه طبق عرف، شرع و قانون در زمره مضمون حقیقی عقد، لوازم و آثار لاینفک عقد شناخته می‌شود و یا مطابق اراده و انگیزه متعاقدين مقصود اصلی عقد قرار می‌گیرد».

۲. باطل و مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد

به اتفاق فقها شرط خلاف مقتضای عقد باطل است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶ ص ۴۵). همچنین کم‌وبیش مورد اتفاق است که مقتضای عقد چنان به ماهیت عقد وابسته است که اگر به وسیله شرط یا از طریق دیگری گرفته شود، عقد نیز از دست می‌رود و در دید عرف یا قانون موضوعی برای آن باقی نمی‌ماند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶ ص ۹۰؛ محمدی، ۱۳۹۱، ج ۹، ص ۳۲۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۱۷۵). در صورتی که شرط موجب اختلال در اصل عقد گردد؛ به گونه‌ای که قصد عقد ممکن نباشد یا عقد غرری شود و یا موجب اکل مال به باطل شود، عقد باطل می‌گردد. برخی دلیل مبطل بودن شرط خلاف مقتضای عقد را تنافی شرط با مفاد عقد معرفی کرده‌اند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶ ص ۹۰؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۷۹). در مواردی که شارع اثری را در زمره عناصر اصلی عقد قرار می‌دهد، عرف به تنهایی تنافی را درک نمی‌کند، اما با مراجعه به شرع و تخطئه عرف توسط شارع، در این موارد نیز مانند مقوم عرفی حکم به تنافی می‌دهد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۳۱). شیخ انصاری مخالفت با کتاب و سنت را نیز به عنوان دلیل بر بطلان شرط خلاف مقتضای عقد ذکر می‌کند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶ ص ۹۰). اما در مبحث شرط خلاف مقتضای عقد برخی از آثار صرف نظر از جعل شارع، مقتضای ذات عقد است؛ از این رو دلیل مذکور اخص از مدعاست. برخی از فقها دلیل بطلان شرط مذکور را عدم امکان قصد جدی هم‌زمان عقد و شرط می‌دانند (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۵۴). لکن در بحث شروط صحت شرط، تعلق قصد به عقد مفروغ عنه است؛ هر چند با تصور تنافی، قصد جدی نیز معقول نیست (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۷۹)، و در صورتی که تناقض بدیهی باشد (شرط عدم تملیک در بیع) مطلقاً انشایی صادر نمی‌شود. عامل اصلی بطلان شرط، تنافی بین شرط و مضمون، آثار، لوازم و اهداف اصلی و جدانپذیر عقد می‌باشد. لازم به ذکر است در صورتی که قصد عقد مشروع دیگری شود که منافات با شرط ندارد، ممکن است عقد صحیح واقع شود، مگر اینکه لفظ خاصی را در عقود معتبر بدانیم (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۴۲).

۳. مقتضای عقد و معیار تشخیص آن

در تشخیص برخی مصادیق مقتضای مطلق عقد مانند انتقال منفعت در اجاره تردیدی نیست، اما برخی مصادیق مانند

عدم ضمان عین مستأجره در عقد اجاره و ضمانت خسارت بر سرمایه مضاربه مورد اختلاف شدید فقهاست. محقق ثانی با کمال تبخّر در فقه در موارد اختلافی ملاک تشخیص را نظر فقیه دانسته‌اند. شیخ انصاری معیار را اطلاق یا عدم اطلاق دلیل شرعی و اجماع ذکر می‌کند؛ در صورتی که اجماع و نص اثری را به صورت مطلق بر عقد مترتب کند، مقتضای مطلق عقد است و شرط خلاف آن جایز نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۴۸). برخی معیار تشخیص مقتضای عقد را عرف پنداشتند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۵۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۱۳؛ بروجرودی عبده، ۱۳۹۷، ص ۱۴۴-۱۴۵). برخی معتقدند ماهیت عقد بدون یاری «قصد مشترک» کشف نمی‌شود. «مقتضای عقد» مضمون و مدلول مطابقی عقد و آثار مستقیم انشاست که طرفین معامله به طور صریح و یا «اولاً و بالذات» انشا کرده‌اند (غروی نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۱۲). تهاافت جدی بین آرای مختلف وجود ندارد، اکتفا به یک معیار واحد ناشی از عدم تعیین دقیق مقتضای عقد و عدم دخالت عناصر مختلف در مقتضای عقد است. با توجه به عناصر مختلف تشکیل دهنده مقتضای عقد باید از معیارهای مختلف در تشخیص آن بهره جست.

۳-۱. مضمون اصلی عقد

یکی از عناصر مقتضای عقد، مفاد اصلی و مقصود مستقیم متعاقدين است (غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۶۴). هرگونه شرط یا قیدی که موجب از بین رفتن مضمون و جوهر اصلی عقد گردد، باطل و مبطل عقد می‌باشد. این دسته از مقتضیات (مانند مالکیت در بیع یا منفعت در اجاره) بدیهی بوده، بلکه همان اثر اصلی مقصود از عقود است (فرحانی، ۱۳۹۴). اما گاهی (مانند بیع به شرط هبه) شرط مستقیماً با مفاد عقد تنافی ندارد، بلکه نتیجه شرط با مفاد عقد تنافی دارد. تحلیل مخالفت این دسته از شروط به دقت بیشتری نیاز دارد.

۳-۲. وقوع عرفی عقد

گاهی غرض عرفی عقد (مانند تسلیم مبیع در بیع) از بین می‌رود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۸۲). اگر مطلق این آثار در عقد از بین برود، عقد عرفی که قصد شده واقع نشده و آنچه واقع شده غیر از عقد عرفی است. عقد بدون غرض نوعی لغو است و مشمول ادله امضا نمی‌شود، خواه تمام آثار از بین برود یا اینکه آثاری که سایر آثار در مقابل آن ناچیز باشد (غروی نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۱۳). شرط خلاف این لوازم نیز به دلیل تناقض باطل است؛ مانند شرط عدم تسلیم مبیع در عقد بیع که فروشنده می‌گوید فروختم، اما خریدار را از تسلط بر عین محروم می‌نماید که لازمه آن عدم تملیک است و مخالف قاعده سلطنت است (خوئی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۴۸)، یا شرط عدم انتقال دائمی مبیع شود یا شرط شود هروقت بخواهد بتواند عقد را فسخ نماید.

اگر تحقق عرفی عقد خدشه‌دار نشود و صرفاً برخی آثار غیراساسی عقد منتفی شود، نمی‌توان به دلیل تناقض برای بطلان عقد استدلال کرد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۱۳؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۴۵) امام خمینی^ع نیز با استناد به تنافی بین شرط و وقوع عرفی عقد، شرطی که تحقق عرفی یا ملزومات آن را مخدوش سازد، باطل و

خلاف مقتضای عقد می‌داند. محقق اصفهانی بطلان عقد را گاهی مستند به مقتضای عقد می‌داند مانند سلطنت بر تصرفات و گاهی مستند به مقتضی (به کسر ضاد) عقد و اغراض نوعی عقد می‌دانند. وی هم شرط عدم انحاء تصرفات و هم شرط مخالف غرض نوعی را مبطل عقد می‌داند (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۵۸).

کارایی استقلالی عرف به عنوان منبع استخراج حکم را قبول نداریم، اما کارایی ابزاری عرف مورد پذیرش فقهاست (علیدوست، ۱۳۹۷، ص ۱۳۶) «عرف»، یعنی فهم یا بنا یا داوری مستمر و ارادی مردم که صورت قانون مشروع نزد آنان به خود نگرفته باشد (علیدوست، ۱۳۹۷، ص ۱۳۱). اکثر فقهای که بین مقتضای ذات و شرعی عقد تفکیک قائل شده‌اند، عرف را معیار تشخیص مقتضای عقد پنداشتند (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۵۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۱۳؛ بروجردی عبده، ۱۳۹۷، ص ۱۴۴-۱۴۵). از این جهت که سازنده قالب‌هایی که مردم درون آن دادوستد می‌کنند عرف است، پس با همین معیار بایستی موضوع و اثر اساسی عقد را تعیین کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۱۷۶).

۳-۳. لوازم و آثار شرعی یا قانونی عقد

گاهی شارع آثار و لوازمی را در زمره مقتضیات عقد قرار می‌دهد. با از بین رفتن این آثار و لوازم، مفاد و ارکان اصلی عقد از بین بروند، تشخیص این آثار از آثار جدایی‌پذیر عقد مسئله دشواری است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۴۵)؛ مانند قبض در رهن که به حکم شرع مقدس اسلام، شرط صحت عقد است؛ لذا شرط عدم قبض در عقد رهن، صحت عقد را خدشه‌دار می‌سازد؛ همچنین قوانین امری ج.ا.ا که ریشه در شریعت و عرف جامعه دارد (مانند ثبت ملک در دفاتر اسناد که شرط خلاف آن موجب عدم تحقق مالکیت رسمی می‌گردد) (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۱۸۵، ماده ۲۲ ق.ث). هرچند این دسته در زمره مقتضیات ذاتی عقد نباشد، اما از این جهت که تحقق شرعی و قانونی عقد مترتب بر این آثار است، به مصادیق مقتضای عقد ملحق می‌گردند.

برخی فقها معتقدند برای تشخیص مصادیق مقتضای مطلق عقد باید تک‌تک آثار عقد به لحاظ شرعی بررسی شود و در صورتی که اجماع بر مقتضای عقد نباشد و یا فی نفسه واضح و روشن نباشد، باید به نظر فقیه مراجعه کرد (کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۴۱۷). درواقع تعیین مقتضای عقد با توجه به عرف و شرع را از شئون فقیه می‌دانند (علیدوست، ۱۳۸۵). برخلاف این دسته برخی دیگر معتقدند که بحث از اینکه کدام شرط خلاف مقتضای عقد است، به شأن فقیه ارتباطی پیدا نمی‌کند (خوئی، ۱۴۱۲ق، ص ۷، ج ۳۴۱). شیخ انصاری معتقدند باید دلیل اثر عقد را بررسی کرد که آیا تقییدبردار است یا نه؟ اگر تقییدبردار نبود مشخص می‌گردد که شرط خلاف آن اثر، خلاف مقتضای عقد است. اگر شک کردیم اصل این است که آن اثر مقتضای جداناپذیر عقد نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۴۵). وی هیچ تفاوتی بین شرط نامشروع و شرط خلاف مقتضای عقد نگذاشته است. شرط نامشروع صرف‌نظر از رابطه آن با موضوع عقد شرطی خلاف شرع است که در زمره شرط نامشروع قرار می‌گیرد، اما شرط خلاف مقتضای عقد با توجه به تنافی بین وقوع شرعی عقد و شرط، باطل و مبطل است.

از این جهت که گاهی شارع و قانون‌گذار لوازم و آثاری را در زمره عناصر اصلی عقد قرار می‌دهد؛ در نتیجه یکی از روش‌های تشخیص مقتضای عقد در کنار سایر روش‌ها تطابق عقد با شرع و قانون است.

۳-۴. اهداف نهایی و انگیزه اصلی عقد

این دسته مقتضیات عقد در ارتباط با انگیزه معامله است. برخی فقها محتوای عقد را صرفاً مدلول مطابقی انشای متعاقبین تفسیر نموده‌اند (غروی نائینی، ۱۳۷۳ق، ج ۲، ص ۱۱۳). مرحوم نائینی انشای خاص دو طرف بر مبنای داوری عرف را معیار می‌داند. به‌طور مثال انگیزه اصلی در اجاره ساختمانی که مستأجر بنا دارد برای احداث بیمارستان استفاده کند، انتفاع غیرمستقیم مستأجر است و یا انگیزه اصلی فرد تاجر در معامله، امکان خریدوفروش مبیع است؛ از این رو شرط مباشرت در مثال اول یا عدم بیع در مثال دوم، خلاف مقتضای عقد است. عقود برای رسیدن به اغراض عقلایی است و با فقدان اغراض عقلایی عقود سفهی می‌شوند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۸۲؛ غروی اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص ۱۱۵۷). این بخش از مفاد عقد به‌واسطه قصد مشترک، انشا و اعلام‌های طرفین شناخته می‌شود. با توجه به تحلیل عناصر تشکیل‌دهنده «مقتضای عقد» شامل مضمون اصلی عقد، وقوع عرفی عقد، لوازم و آثار جدانپذیر شرعی و قانونی و انشای متعاقبین، می‌توان دریافت که تطبیق عرفی، شرعی، قانونی و اعلام‌های متعاقبین توأمان معیارهای تعیین‌کننده مقتضای عقد محسوب می‌شوند. گرچه مینا و مقاصد اصلی تمامی الزامات قراردادی در منابع شرعی و قانونی تبلور یافته است، لکن با عنایت به امضایی بودن اکثر عقود، نقش عرف در کشف اراده طرفین و تعیین مقتضای عقد از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است. از طرفی در عصر حاضر که اصل آزادی قراردادهای خصوصی (ماده ۱۰ قانون مدنی) به‌عنوان قاعده‌ای مسلط پذیرفته شده و فقها با به رسمیت شناختن «تعهد ابتدایی» از چارچوب محدودکننده عقود معین فراتر رفته‌اند، تصریحات قراردادی طرفین به‌عنوان معیاری تعیین‌کننده در تشخیص مقتضای عقد از اهمیت فزاینده‌ای برخوردار گردیده است (علی‌آبادی، ۱۳۸۲).

۴. شرط خلاف مقتضای عقد در قراردادهای یکنواخت بانکی

در نظام بانکداری بدون ربا، قراردادهای یکنواخت بانکی به دلایل مختلف، با چالش تنافی شروط قراردادی با «مقتضای مطلق عقد» مواجه بوده‌اند. در ادامه شروط مخالف مقتضای عقد در قراردادهای مشارکتی و مبادله‌ای تحلیل و بررسی می‌شود.

۴-۱. قراردادهای مشارکتی

قراردادهای مشارکتی یکی از ممیزه‌های بانکداری اسلامی از بانکداری متعارف است. چنانچه از عنوان آن مشخص است بر پایه مشارکت در سود و زیان بنا شده‌اند و شامل مضاربه، انواع مشارکت مدنی و حقوقی، مزارعه و مساقات می‌باشند. عقود مشارکتی دارای سه مشخصه مهم ریسک‌پذیری صاحب سرمایه، امین بودن عامل و متغیر بودن سود (عدم ضمانت سود) می‌باشند (شاکری شمسی، ۱۳۹۵، ص ۱۰۵). در عقود مشارکتی سود طبق نسبتی که در قرارداد

بیان شده تقسیم می‌گردد، و متعاقدين به نسبت سهم سرمایه یا سرمایه و کار متحمل زیان می‌گردند. در ادامه به شرط خلاف مقتضای عقد در عقود مشارکتی پرکاربرد بخش بانکی، یعنی مضاربه و مشارکت مدنی می‌پردازیم.

۱-۱-۴. قرارداد مضاربه

ماده ۸ قرارداد مضاربه: «در صورتی که نتیجه عملیات مضاربه منجر به زیان شود، عامل با امضای این قرارداد و ضمن عقد خارج لازم دیگری متعهد گردید اصل سرمایه متعلقه را به حساب بانک منظور نماید».

بنابر قاعده فقهی استیمن، عامل در عقد مضاربه امین است و ید او امانی است و تنها در صورتی که مرتکب تعدی یا تفریط شده باشد نسبت به خسارت وارده ضامن است، اما در این ماده با استفاده از ظرفیت قاعده شرط، عامل متعهد شده حتی در فرض عدم تعدی و تفریط، سرمایه را در برابر هرگونه خسارت احتمالی جبران نماید. مشهور فقیهان در رابطه با ضمان عامل در قرارداد مضاربه بر این باورند که عامل امین است و شرط ضمان او خلاف مقتضای قرارداد است (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۳۱؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۵۴؛ عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۴، ص ۳۴۳). شرط ضمانت با ادله و قاعده‌ای که بر عدم ضمانت امین دلالت می‌کند، تناقض دارد. ماده ۵۵۸ قانون مدنی نیز این مسئله را تأیید می‌نماید. برخی فقها از جمله آیت‌الله مکارم شیرازی، آیت‌الله خوئی و امام خمینی^ع، اقوی عدم جواز چنین شرطی می‌دانند، لکن شرط جبران خسارت از مال عامل را صحیح می‌دانند (مکارم شیرازی و دیگران، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۵۵۸). در قرارداد بانکی برای حل مشکل ضمانت امین و عدم سرایت جهالت شرط جبران خسارت به عقد، شرط ضمن عقد خارج لازم گردیده است، اما قاعده فقهی استیمن بر عدم ضمانت و عدم لزوم تدارک امین دلالت دارد؛ لذا در عدم جواز ضمانت امین، بین شرط فعل و شرط نتیجه تفاوتی نیست. علاوه بر این مخالف اطلاق روایاتی است که دلالت بر تحمل خسارت توسط مالک دارد. صحیح حلی از امام صادق^ع که فرمود: «الْمَالُ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةً لَهُ مِنَ الرَّبْحِ وَلَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوُضِيْعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۸۸)؛ مالی که با آن مضاربه انجام می‌دهند، برای عامل سهمی از سود آن است و چیزی از زیان به عهده او نیست، مگر اینکه برخلاف دستور صاحب مال عمل کند. با توجه به سیاق روایت، امام^ع یک قاعده کلی و به صورت مطلق بیان می‌فرمایند. در روایت دیگری امیرالمؤمنین^ع می‌فرمایند: «مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ الْمَالِ وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ شَيْءٌ» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ص ۱۸۸؛ کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۵۰)؛ هرکس با تاجر شرط ضمان سرمایه کند، فقط سرمایه خود را می‌تواند پس بگیرد و از سود سهمی ندارد. اگر مراد در روایت قرض بود حتماً از لفظ قرض استفاده می‌شد. ظاهر روایت این است که در این صورت مضاربه تبدیل به قرض می‌گردد. در روایاتی از ترکیب مضاربه یا مشارکت با قرض از محضر امام^ع سؤال می‌شود که ایشان اجازه استفاده از چنین ترکیبی می‌دهند (حر عاملی، ج ۱۳، ص ۱۸۴)؛ درحالی که اگر ضمانت عامل با شرط جایز بود، چنین سؤالی مطرح نمی‌شد؛ از این رو اگر به هر طریقی خسارت را بر عهده عامل بگذاریم؛ به گونه‌ای که مالک متحمل زیان نگردد، مخالف غرض شارع است (مالک، ۱۳۳۸،

ص ۹۹). برخی فقها مانند مرحوم بروجردی شرط جبران خسارت از مال عامل را غیر عقلایی می‌داند (مصباحی مقدم، ۱۴۰۱). در نتیجه چنین شرطی وقوع شرعی و ماهیت عقد مضاربه خدشه‌دار می‌گردد.

در ماده ۱۰ قرارداد مضاربه جهت تضمین سود بانکی در صورت عدم پرداخت وجوه در سررسید مقرر، دستورالعمل محاسباتی سود قطعی را ارائه می‌دهد. رویه‌های عملی نشان می‌دهد بانک به دنبال تضمین تحقق واقعی عقد نیست. آنچه برای بانک اهمیت دارد سود تضمین شده است (منشادی، ۱۴۰۰)؛ در حالی که هدف اصلی مضاربه اشاعه سود و زبان برای طرفین قرارداد و تحقق واقعی عقد است. ماده ۱۲ قرارداد بیان می‌کند: «در صورت تخلف از موضوع قرارداد طبق دستورالعمل محاسباتی مبلغ مشخصی جریمه به بانک پرداخت کند». در این نوع شروط اگرچه ظاهراً از محتوای عقود جلوگیری شده است، اما در واقع بانک به رویه دریافت چنین سود قطعی رضایت داده است. به همین دلیل در برخی کشورهای اسلامی، جریمه به بانک پرداخت نمی‌شود، بلکه در جهت امور خیریه مصرف می‌گردد.

۲-۱-۴. قرارداد مشارکت

ماده ۱۱ قرارداد مشارکت مدنی بیان می‌کند:

شریک متعهد گردید که در پایان دوره مشارکت، سهم‌الشرکه متعلقه بانک به علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت به حساب بانک منظور گردد. در غیر این صورت (باید) سهم‌الشرکه متعلقه بانک به علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک را صلحاً و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت نماید.

یکی از مقتضیات عقد مشارکت مدنی توزیع سود و زیان به نسبت سرمایه است. ماده ۵۷۵ قانون مدنی بیان می‌کند: «هریک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشد، مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد»، اما متأسفانه در قرارداد مشارکت مدنی به این ماده عمل نمی‌شود. در واقع با اصل آزادی قراردادی (اصل ۱۰ قانون اساسی) از ظهور این ماده قانونی دست کشیده‌اند؛ در حالی که نظم عمومی و عدالت اقتصادی حاکم بر اصل آزادی قراردادی است. البته در این موارد به دلیل سوءاستفاده بانک از موقعیت برتر خود اصل آزادی قراردادی معنا پیدا نمی‌کند. آزادی قراردادی، ایجاد نظم عمومی در پرتو احترام به آزادی شخصی و عدالت می‌باشد. اصل تناسب سود و زیان با سرمایه نه تنها از نظر قانونی الزامی است، بلکه بر اساس قاعده فقهی تبعیت نما از اصل، هریک از طرفین در معامله به میزان سرمایه‌ای که وارد کرده‌اند، در منافع و مخاطرات فعالیت اقتصادی شریک می‌باشند.

مجموعه‌ای از آیات و روایات ناظر به تقابل حق و تکلیف است؛ مانند آیه مبارکه «لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَهُنَّ» (بقره: ۲۲۸) و آیه مبارکه «عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ» (بقره: ۲۳۳) که دلالت بر تناظر حق و تکلیف بین زن و شوهر و وارث و مورث می‌باشد. مجموعه‌ای از قواعد فقه مالی؛ مانند «الخراج بالضمان»، «الغنم بالغرم»، «النعمة بقر النعمة»، «من ضمن ما لا فله ربحه»، «لا جبر و الضمان لا یجتمعان» وجود دارد. تمام این قواعد مؤید بر استحقاق سود در مقابل تحمل زیان است.

توزیع متوازن ریسک میان طرفین قرارداد، تضمین‌کننده تحقق عدالت در چارچوب عقود مشارکتی و مبادله‌ای است. در مقابل، عقود تبرعی نظیر صلح، بر پایه ارفاق و احسان استوارند و ماهیتاً فاقد عناصر چالشی و اختلاف‌برانگیز هستند. استفاده نابجای عقود تبرعی مانند صلح در قراردادهای یکنواخت که عموم مردم دقت خاصی در آن دارند، مؤیدی بر محتوایابی در این عقود می‌باشد. هرچند عقد صلح در کنار برخی عقود می‌تواند مکمل باشد، اما در قرارداد یکنواخت با ضمیمه کردن صلح، مفاد و محتوای عقود مشارکتی که مشارکت در سود و زیان باشد از بین می‌رود. تعهد بر پرداخت سود محقق‌نشده از اموال مشتری دلالت بر عدم قصد جدی مشارکت دارد؛ از این رو چنین شرطی کارکرد و هدف واقعی از شراکت در سود و زیان که تسهیم ریسک‌های احتمالی فعالیت‌های اقتصادی است را مخدوش می‌نماید.

۴-۲. قراردادهای مبادله‌ای

قراردادهای مبادله‌ای نوعی قرارداد هستند که بانک کالا یا خدمتی را به صورت اقساطی به مشتری می‌فروشد و سودی ثابت و مشخص دریافت می‌کند.

۴-۲-۱. قرارداد سلف

عقد سلف، پیش‌خرید نقدی کالاهای تولیدی فروشنده است که ثمن بلافاصله بعد از انعقاد قرارداد به صورت یکجا به حساب فروشنده واریز می‌شود و تملیک در تاریخ سررسید است. طبق ماده ۴ قرارداد، بانک حق اختیار فروش کالای موضوع این قرارداد را به فروشنده در سررسید تحویل به مبلغ معادل مبلغ مندرج در ماده ۲ به علاوه سود مقرر توسط شورای پول و اعتبار دارد.

قیمت اختیار فروش در سررسید، قیمت کالا (قیمت نقدی زمان معامله یا قیمت پیش‌بینی شده بانک) به اضافه سود معین شده توسط شورای پول و اعتبار مشخص شده است. با این سازوکار سود بانک در معامله سلف تضمین شده است. از طرفی انجام این معاملات در بانک فاقد سازوکار برای تحویل و نگهداری کالا و یا واسطه‌گری تأمین کالای مورد نیاز تولیدکنندگان است؛ از این رو چاره‌ای جز استفاده از حق اختیار فروش ندارد. قرارداد سلف بانکی به بیع‌العینه تشابه می‌یابد. «بیع‌العینه» به معنای خرید نقدی و فروش نسیه به فروشنده و به عکس برای تأمین نقدینگی است (نجفی خوانساری، ۱۴۱۸ق، ج ۳، ص ۲۳۱). در بیع‌العینه بیع دوم در بیع اول شرط شده است و غرض فروشنده از فروش و سپس خرید دارایی خود رسیدن به پول نقد است. اکثر فقهای شیعه در صورتی که در بیع‌العینه، معامله دوم در معامله اول شرط شده باشد، جایز نمی‌دانند (معصومی‌نیا، ۱۳۹۸). بیع‌العینه مجاز در روایات به این صورت بیان شده که: «خریدار در فروش یا عدم فروش معامله دوم اختیار داشته باشد و همچنین فروشنده نیز در خرید یا عدم خرید معامله دوم اختیار داشته باشد» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۸، ص ۴۲ و ۵۳). ظهور عرفی روایات این است که هر دو طرف باید کاملاً اختیار داشته باشند. از طرفی همان گونه که شرط اجبار دو طرف به بیع دوم موجب بطلان است، اندراج اختیار تبعی نیز سبب بطلان معامله می‌گردد؛ زیرا صرفاً فرد دارای حق خرید یا فروش، اختیار دارد و فرد مقابل

ملزم به قبول معامله می‌گردد. خرید کالا توسط بانک متوقف بر اجازه فروش به قیمت بیشتر در سررسید است؛ لذا ماده ۴ و ۵ موجب تشابه قرارداد عقد سلف با بیع‌العینه غیرمجاز و قرض ربوی می‌شود. همچنین کارکرد اقتصادی عقد سلف که پوشش عادلانه ریسک خریدار و فروشنده می‌باشد، از بین می‌رود. روایاتی که حکم به جواز بیع‌العینه (در صورتی که معامله دوم در معامله اول شرط شده باشد) می‌دهند خلاف عقل و حکمت است، و از آنجا که احکام تابع مصالح و مفاسد است و این معامله منجر به ربا می‌گردد، قابل پذیرش نیست. امام خمینی^۱ نیز از این جهت حیل ربا را تناقض در تشریع می‌داند و به عدم جواز حیل فتوا می‌دهد. در صورت پذیرش دلالت روایات مذکور، در موارد زیادی حکم تحریم ربا با آن همه شدت لغو می‌شود.

ضمن ماده ۱۰ قرارداد یکنواخت سلف بانکی شرط می‌شود در صورت انتقال ملکیت وثیقه توسط فروشنده (تسهیلات گیرنده)، وی ملزم به بازپرداخت مبلغ تسهیلات به‌اضافه سود عقود غیرمشارکتی است. برخی فقها دریافت مازاد از قیمت خرید در صورت فسخ را جایز نمی‌دانند (مفید، ۱۴۱۳ق، ج ۱، ص ۵۹۶؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۱، ص ۳۹۵). بنابر نظر برخی، اقوی رجوع به قیمت خرید و عدم الزام رجوع به قیمت روز می‌باشد (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۵۸۱). در برخی روایات رجوع به قیمت روز را در صورت رضایت طرفین جایز می‌داند، اما دسته‌ای دیگر از روایات به دلیل صدق آیه ربا «لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» (بقره: ۲۷۹) از رجوع به قیمت روز منع شده است (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۳۲). جهت جمع بین روایات جواز و عدم جواز، روایات اخیر حمل بر کراهت می‌شود. برخی از فقها که معتقد به جواز بیع به خود بایع قبل از سررسید می‌باشند، در صورتی که ثمن معامله دوم هم‌جنس ثمن معامله اول باشد، بنابر احتیاط واجب شرط آن را عدم زیاده از قیمت معامله اول می‌دانند (سیستانی، ۱۴۰۳ق، ج ۳، مسئله ۲۱۱).

از مجموع موارد ممنوعیت رجوع به قیمت روز در روایات، فتوای برخی فقها و احتیاط برخی در الزام به پرداخت قیمت روز و همچنین تعلیل روایت نهی به آیه ربا، نتیجه می‌گیریم شارع مقدس عزم جدی بر مسدود نمودن راهایی منتهی به ربا دارد؛ لذا توصیه می‌شود در بانکداری اسلامی از دریافت چنین زیاده‌ای خودداری شود، در غیر این صورت اگر زیاده بیشتر از قیمت روز باشد، احتمال ربوی بودن آن تقویت می‌گردد.

سلف موازی

سلف موازی قراردادی است که به موازات سلف اول منعقد می‌شود؛ به این ترتیب که مشتری در سلف دیگر با قطع نظر از سلف اول، مبیعی که تشابه کامل با کالای پیش‌خرید شده دارد با سررسید متأخر از سررسید سلف اول می‌فروشد؛ لذا انحلال هریک موجب انحلال عقد دیگر نمی‌گردد، اما برای تحویل کالا خریدار اول می‌تواند در ضمن قرارداد فروش از طریق حواله و یا وکالت خریدارهای بعدی را به فروشنده نخست ارجاع دهد (رهپیک و کریمیان، ۱۳۹۵، ص ۷۵). فروش کالا در عقد سلف قبل از سررسید، به‌اتفاق فقهای شیعه و سنی باطل است. وقوع سلف موازی هرچند در مقام ثبوت بلاشکال است، اما در مقام اثبات آنچه با ارتکاز و ذهنیت عرف و متفاهم

معامله‌گران تطابق دارد و اتفاق می‌افتد بیع همان کالای اول است، نه اینکه صلح، هبه، معوض، فروش و کالتی همراه حواله و سلف مستقل کالا باشد؛ از این رو در خصوص ثبت حسابداری اوراق سلف نیز به این نکته اشاره می‌شود که با این اوراق عملاً خرید و فروش کالا بین عرضه‌کننده و تحویل‌گیرنده صورت می‌گیرد. ضمیمه کردن حواله، وکالت و صلح نیز مؤیدی بر عدم استقلال معامله دوم از معامله اول است. در صورتی که معاملات به هم وابسته باشند، مشکل عدم جواز بیع قبل از سررسید حل نمی‌گردد. همچنین در عقد سلف شرط است که کالا شرایط مثنی بودن؛ از جمله مالیت داشتن، عین بودن، ملک طلق بودن، قابلیت تحویل داشتن، معلوم بودن از نظر مقدار و جنس و اوصاف تأثیرگذار در قیمت را داشته باشد. آنچه قابلیت تسلیم دارد ذمه و تعهد خود فرد است که مالیت داشته و قابل واگذاری است، نه ذمه دیگری که قدرت تسلیم آن نداریم. لذا فروش مثنی در معاملات ثانویه به مبلغ بیشتر به معنای کسب سود از وجود ذهنی و در ذمه فرد دیگر است که اکل مال به باطل محسوب می‌شود؛ زیرا برای وجود ذهنی نمو و تنزل بی‌معناست. علاوه بر اینکه قبل از قبض تنزل ملکیت وجود دارد؛ زیرا در صورت تلف مبیع با توجه به قاعده فقهی «کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» اتلاف از مال بایع محسوب می‌گردد. چنانچه با انفساخ عقد، ضمان بایع محقق می‌شود نه رجوع به مثل یا قیمت باشد. این مسئله تأیید دیگری بر تنزل ملکیت است (معصومی‌نیا و طباطبایی‌نژاد، ۱۴۰۰). با فرض تنزل ملکیت بیع آن جایز نیست. همچنین اگر قصد جدی در معامله سلف باشد باید در صورت تخلف فروشنده اول، فروشنده دوم به تعهد خود عمل کند؛ در حالی که این امر با منطق بازار مالی سازگار نیست؛ لذا معامله فاقد قصد جدی است.

۲-۴. قرارداد جعاله

این عقد مانند سایر عقود دارای حقیقت شرعی نبوده و برای فهم حدود و ثغور آن باید به عرف مراجعه کرد. در عرف جاعل کسی است که با تعیین عوض، کار را به عهده عامل قرار می‌دهد و طبیعتاً بازدهی آن با توجه به متغیر بودن هزینه ثابت نیست. در جعالة بانکی بانک عامل است و اقتضا می‌کند با مراجعه مشتری به بانک و تعیین جعل، مسئولیت انجام کار را بر عهده بگیرد. در این حالت بازدهی و سود پروژه متغیر است، لکن طبق بند دوم ماده ۵ قرارداد، بانک می‌تواند مجدداً عملیات جعاله را به فرد سازنده یا شخص ثالث واگذار کند که این مسئله احتمال صوری‌سازی عقد جعاله را افزایش می‌دهد. بانک با جعالة موازی یا با عقد وکالت، عمل را واگذار می‌کند. در جعالة موازی با ضمیمه شدن جعالة دوم، بانک در قالب عقد جعاله مبلغی پرداخت می‌کند و جعاله را به فرد دیگر یا به خود فرد واگذار می‌کند که نتیجه آن پرداخت تسهیلات و دریافت سود ثابت در سررسید معین است؛ لذا به لحاظ عرفی عقد جعالة موازی پوششی برای قرض ربوی است. همچنین با توجه به کلمات برخی فقها جاعل نمی‌تواند عمل را به مبلغ کمتری به دیگری واگذار کند و درواقع روایاتی که دال بر عدم جواز اجاره به مبلغ بیشتر به دیگری است، به دلیل مناط واحد شامل جعاله نیز می‌گردد (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲۳، ص ۱۹۱).

در صورتی که بانک به واسطه عقد وکالت عملیات را واگذار کند با موانع بیشتری روبه‌روست. در تبصره ماده ۵ قرارداد جعاله جاعل را مسئول رفع هرگونه مانع می‌داند. طبق این ماده:

در صورت عدم رفع و معتنز بودن ادامه عملیات، جاعل موظف است علاوه بر عودت اصل مبلغ اعطایی مندرج در این ماده، متناسب با کار باقی‌مانده از موضوع جعاله، جعل بانک را متناسب با کار انجام‌شده پرداخت نماید. جاعل حق هرگونه ایراد و اعتراض نسبت به ناتمام ماندن عملیات جعاله و جعل بانک را از خود سلب و اسقاط نمود.

طبق این ماده بانک غیر از تأمین مالی و وام‌دهی مسئولیت دیگری ندارد؛ درحالی‌که با توجه به احتمال کمبود و فقدان برخی ابزارها و لوازم، شرایط قرارداد ممکن است تغییر کند و نمی‌توان یکسره اعلام کرد که عامل (بانک) هیچ مسئولیتی را نمی‌پذیرد. بانک صرفاً عملیات تأمین مالی انجام می‌دهد و به میزان سود مشخص‌شده توسط شورای پول و اعتبار بانک مرکزی جعل خود را دریافت می‌نماید. اگر بگوییم بانک تأمین مالی می‌کند تا مشتری به وکالت از بانک، عمل خویش را انجام دهد و به‌صورت اقساط با بهره‌بازگرداند، جعاله صوری می‌گردد. هرچند عنوان قرارداد عقد جعاله است، اما آنچه واقع‌شده غیر از عقد جعاله است و قصد و انشای جعاله نیز متمم نمی‌شود، بلکه متعاقدين قصد وام و قرض بانکی می‌کنند که در صورت دریافت زیاده، طبق ماده ۵۷۰ قانون مدنی حکم به بطلان آن شده است. در صورتی که بانک نظارت، مدیریت، تحمل ریسک و مشورت داشته باشد، می‌تواند در مقابل آن جعل دریافت کند و عقد صحیح است، اما با توجه به فقدان چنین سازوکاری در بانک، وقوع عرفی و شرعی عقد جعاله مخدوش است.

از طرف دیگر طبق ماده ۴ قرارداد یکنواخت بانک که در قرارداد عامل است، جعل را معین نموده است؛ درحالی‌که در جعاله تعیین جعل بر عهده جاعل است.

۳-۲-۴. قرارداد خرید دین

عقد خرید دین عقدی است که به موجب آن، دین مدت‌دار بدهکار به کمتر از مبلغ آن توسط مدیون یا شخص ثالث از طلبکار خریداری می‌شود.

طبق ماده ۲ قرارداد یکنواخت موضوع خرید دین: «... خرید نقدی سند / اسناد / اوراق تجاری از فروشنده به کمتر از مبلغ اسمی آن و با سررسید یکسان به تاریخ ... به مبلغ کل ...» می‌باشد.

خریدوفروش چک و سایر اسناد که امروزه در بانک‌ها رایج است، به این صورت است که بانک یا مردم اسناد بدهی را به میزان کمتر از مبلغ مندرج در آن معامله کرده و پول آن را نقداً می‌پردازد. از نظر فقها اگر طلبکار بخواهد دین مدت‌دار را به مبلغی کمتر و به نقد با بدهکار مصالحه کند، جایز است که به صلح حطیطه معروف است (بحرانی، بی‌تا، ج ۱۹، ص ۱۳۷-۱۳۸). این درحقیقت نوعی ابرای دین است که طلبکار انجام داده است و از حق خود با طیب نفس و بدون داشتن عوض می‌گذرد که در اصطلاح اسقاط حق می‌نامند. لذا به نظر می‌رسد خرید دین در صورتی که فرد ثالثی در میان نباشد اشکالی ندارد و در واقع مصالحه و ابرای دین محسوب می‌شود، اما اگر خریدار شخص ثالثی باشد که هیچ نقشی در معامله ندارد، در این صورت خریدوفروش چک مدت‌دار به مبلغ کمتر بین علما اختلاف است.

علت جواز و مشروعیت خرید دین در بین دو نفر، صرفاً مصالحه طرفین نیست، بلکه علاوه بر آن عمل حقوقی ابرای دین صورت گرفته است که این عمل در مورد شخص ثالث صادق نیست. فروش دین یا خرید دین به شخص ثالث یا توسط شخص ثالث به میزان کمتر بنابر فتوای مشهور جایز است. همچنین کسانی که قائل به جواز بیع خرید دین هستند، غالباً دریافت اصل دین در سررسید را جایز می‌دانند (اسدی حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۴۸۶؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵، ص ۱۸)، اما طبق فتوای حضرت امام ره ربا و حرام است (موسوی خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۱۷۵). شاید وجه حرمت این باشد که هرچند عقد به صورت بیع واقع می‌شود، اما حقیقت آن قرض ربوی است و خریدار در واقع پول کمتری می‌دهد تا پس از مدتی بیشتر از آن بگیرد (موسوی، ۱۳۸۱). دیدگاه مقابل این است که طرفین قصد بیع نموده‌اند و عقد بیع را انشا نموده‌اند؛ لذا حقیقت معامله بیع می‌شود و وقتی حقیقت معامله بیع شد پول و اسکناس هم مکمل و موزون نیستند، بلکه از معدودات هستند؛ لذا ربای معاوضی تحقق نمی‌یابد و اگرچه نتیجه ربای قرضی حاصل شود، لکن ما دائر مدار عناوین هستیم، مقصود متعاقدين بیع بوده و الفاظ بیع را استعمال کرده‌اند (موسوی، ۱۳۸۱). لکن اگر دائر مدار عناوین باشیم دیگر نمی‌توان بانکداری اسلامی را مبتنی بر عقود بنا کرد، و محتوا و کارکرد عقود کاملاً از بین می‌رود. در مواردی ممکن است تصور شود محتوای عقد برای فقیه مهم نیست؛ به طور مثال امام خمینی ره اجاره به شرط قرض را صحیح می‌دانند، اما قرض به شرط اجاره را صحیح نمی‌دانند؛ درحالی که ظاهراً محتوا و نتیجه عقد یکسان است (موسوی خمینی، ۱۳۶۹). به نظر می‌رسد در اجاره از این جهت که قرض شرط در معامله است، جنبه فرعی پیدا می‌کند، غرض اصلی متعاقدين، عقد اجاره است؛ لذا ماهیت عقد اجاره خدشه نمی‌گردد.

در مورد عقد خرید دین اختلافات زیادی وجود دارد که امکان ورود به همه مباحث نیست. برخی فقها مطلقاً بیع دین را باطل می‌دانند (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۵۵). برخی فقط خرید دین سابق را جایز می‌دانند (عاملی جبعی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۲۰). برخی فقط خرید دین توسط مدیون را جایز می‌دانند (خمینی، ۱۳۹۲، ج ۲، ص ۱۷۵). اکثریت فقها نیز خرید دین توسط فرد ثالث را جایز می‌دانند، و تنها در این صورت قرارداد خرید دین بانکی صحیح است. نکته‌ای که باید مورد توجه قرار گیرد این است که در نظام‌سازی باید عقود را به گونه‌ای طراحی نمود که عملکرد و غرض اصلی عقود از بین نرود و نتیجه عقود با قرض ربوی یکسان نباشد؛ به‌ویژه در صورتی که اصل در عقودی که شبه ربوی است، حرمت بدانیم. نظر مشهور بر حلیت خرید دین شرایطی دارد: اول اینکه بیع دین صحیح باشد؛ دوم اینکه مکمل و موزون نباشد؛ سوم اینکه در ربای معاملی قابلیت تقدیر معیار نباشد؛ چنانچه شهید مطهری فرمودند (مطهری، ۱۳۸۴، ص ۴)، بلکه معیار مکمل و موزون بودن مبیع باشد؛ چهارم اینکه طبق ماده ۳ و ۴ دستورالعمل اجرایی خرید دین، دین باید حقیقی باشد و ثمن معامله نیز باید نقدی باشد. صدور حکم قطعی در برخی گزاره‌های مذکور دشوار است. از طرفی پرداخت بدهی از سوی بانک که بازپرداخت آن نیز توسط طلبکار و گیرنده تسهیلات تضمین شده است، عملی نیست که استحقاق جنبه مالی بیش از مال پرداختی ایجاد کند، و ماهیت قرض ربوی دارد. لذا با

توجه به اینکه احکام اسلام دائر مدار مصالح و مفاسد هستند، به دلیل تشابه عملکرد چنین عقدی با قرض ربوی توصیه می‌شود از وقوع آن اجتناب شود.

ماده ۸ قرارداد که بیان می‌کند: «فروشنده متعهد گردید در صورت عدم پرداخت مبالغ مذکور در ماده (۷) این قرارداد، علاوه بر مبالغ یادشده، مبلغی تحت عنوان وجه التزام تأخیر تأدیه دین به بانک پرداخت نماید»، تمام مسئولیت را متوجه فروشنده دین می‌کند.

بانک با وجود موقعیت برتر هیچ ضرری را تحمل نمی‌کند؛ لذا فرد طلبکار را ضامن پرداخت بدهی می‌نماید. ماهیت عقد بیع اقتضا می‌کند با خرید دین، مدیون اصلی ضامن پرداخت است. همچنین در فقه امامیه ضمانت بر خلاف تسنن به معنای ضم ذمه به ذمه نیست، بلکه انتقال ذمه است و به عبارتی در ضمانت فقط یک نفر ضامن است، لکن در قرارداد بانکی با اخذ تعهد مستقل ذمه طلبکار نیز مشغول می‌گردد. هرچند این تعهد مستقل است، اما ترکیب آن با عقد خرید دین شبیه قرض ربوی می‌گردد. سه نوع تملیک وجود دارد: تملیک مطلق مانند هبه، تملیک در مقابل عوض مانند بیع و تملیک در مقابل تضمین قرض. شیخ انصاری در تعریف عقد قرض می‌فرماید: «عقد قرض تملیک به نحو تضمین است» (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۵). در قرارداد بانکی اگر مدیون اصلی دین را پرداخت نکند، بانک به طلبکار رجوع می‌کند که ماهیت قرض پیدا می‌کند. در نهایت اینکه در صورتی که خریدوفروش دین به‌ویژه خریدوفروش نسیه‌ای دین به میزان کمتر و بیشتر را بپذیریم، غالب موارد حرمت ربا قابل توجیه می‌شود. به همین دلیل برخی حقوق دانان معتقدند عقد خرید دین، بهترین راهکار برای توجیه شرعی وام‌ها و سپرده‌های بانکی است و لزومی به سایر عقود که دارای چالش فقهی هستند نداریم (قاسم‌زاده و فلاح‌نژاد، ۱۳۹۷).

نتیجه‌گیری

عناصر تشکیل‌دهنده مقتضای مطلق عقد شامل مضمون اصلی عقد، آثار و لوازم شرعی و قانونی لاینفک عقد، هدف اصلی متعاقدين است. با توجه به عناصر تشکیل‌دهنده مقتضای عقد، معیار تشخیص آن شامل فهم عرف، دلیل شرعی، خطابات امری قانون و اعلام‌های طرفین در عقد است. گاهی شارع و مقنن عنصری را در زمره مقتضیات عقد قرار می‌دهد که بدون آن عقد شرعاً و قانوناً محقق نمی‌گردد؛ لذا این عناصر در زمره مقتضیات عقد قرار می‌گیرد. در مورد معیار تشخیص مقتضای عقد نمی‌توان صرفاً به یک مورد از شرع، قانون، عرف و انشای متعاقدين بسنده کرد، بلکه هر کدام از این نهادها نقش تعیین‌کننده‌ای در تعیین مقتضای عقد ایفا می‌کنند.

نتیجه تحلیل انجام‌شده مواد متعددی از قراردادهای بانکی وقوع عرفی، شرعی و قانونی عقد را خدشه‌دار می‌سازند. در عقود مشارکتی و مبادله‌ای بانکی تمام مسئولیت سوددهی بر دوش مشتری است و بانک در هیچ حالتی زیان را نمی‌پذیرد. وقوع عرفی، شرعی و قانونی قرارداد مشارکت، اشاعه سود و زیان است؛ لذا شرط عدم خسران برای بانک، وقوع عرفی مشارکت را خدشه‌دار می‌سازد. در قراردادهای بانکی اصل سرمایه و سود بانکی طبق دستورالعمل

محاسباتی خاصی تضمین می‌شود. بانک ریسک‌پذیر نیست و قرارداد یکنواخت بانکی به گونه‌ای تدوین شده که هیچ‌گونه زبانی متوجه بانک نمی‌باشد. این مسئله موجب گردیده بانک هیچ‌گونه نظارت و انگیزه‌ای برای جلوگیری از محتوای و صورتی‌سازی عقود نداشته باشد.

در عقود مبادله‌ای نیز وضعیت مشابه عقود مشارکتی است. انگیزه اصلی در عقد سلف پوشش ریسک و معامله واقعی است، اما با وضع اختیار فروش و اختیار خرید برای طرفین این انگیزه از بین می‌رود. در عقد جعاله، هدف اصلی و وقوع عرفی جعاله انجام عملیات و پرداخت جعل می‌باشد، اما چهره واقعی جعاله بانکی، قرض ربوی است و بانک به عنوان عامل هیچ مسئولیتی را نمی‌پذیرد. در عقد خرید دین نیز، در صورتی که بانک در صورت عدم استیفای دین به طلبکار رجوع نماید، قرارداد چهره عقود ربوی پیدا می‌کند؛ لذا خرید دین توسط شخص ثالث و رجوع به طلبکار در صورت عدم استیفای دین، تفاوت ماهوی خرید دین و قرض ربوی را از بین می‌برد.



منابع

قرآن کریم.

- اسدی حلی، محمد بن علی (۱۴۰۸ق). *الوسیلة الى نيل الفضيلة*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). *حاشیه کتاب المکاسب*. قم: انوار الهدی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق). *المکاسب*. قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.
- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۶ق). *حاشیه المکاسب*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بحرانی، شیخ یوسف (بی تا). *حذائق الناظره*. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۹۷). *حقوق مدنی*. تهران: مجد.
- سیستانی، سیدعلی (۱۴۰۳). *توضیح المسائل جامع*. مشهد: دفتر آیت الله العظمی سیستانی.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴ق). *وسائل الشیعه*. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
- ابن ادریس حلی، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). *السرائر حاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضة البهیة فی شرح لمعة الدمشقیة*. قم: کتابفروشی داوری.
- محمدی، علی (۱۳۹۱). *شرح مکاسب*. قم: الامام الحسن بن علی علیه السلام.
- مصباحی مقدم، غلامرضا و نعمتی، محمدحسین (۱۳۹۷). *تحلیل فقهی - حقوقی برخی از مواد قرارداد مشارکت مدنی*. پژوهش نامه میان رشته ای فقهی، ۷(۱۳)، ۴۶-۲۵.
- مطهری، مرتضی (۱۳۸۴). *مسئله ربا و بانک*. تهران: صدرا.
- مقصودی، رضا و دیگران (۱۴۰۲). *شرط خلاف مقتضای عقد*. آموزه های فقه مدنی، ۲۷، ۳۱۷-۳۳۶.
- ملاکریمی، فرشته و راغبی، محمدعلی (۱۳۹۸). *معیارهای تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد در عقود مشارکتی*. اقتصاد اسلامی، ۱۹(۷۴)، ۱۱۳-۸۹.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۶۹ش). *استفتائات*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۷۰ش). *صحیفه نور*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۳۹۲ش). *تحریر الوسیله*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- موسوی خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۱ق). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام.
- خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۲ق). *مصباح الفقاهة (المکاسب)*. بیروت: دارالهادی.
- خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۴ق). *الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود*. بیروت: دارالمؤرخ العربی.
- رهپیک، حسن و کریمیان، محمدرضا (۱۳۹۵). *ماهیت و آثار سلف موازی*. دیدگاه های حقوق قضایی، ۷۵ و ۷۶، ۵۵-۸۰.
- شاکری شمسی، محمدجمال (۱۳۹۵). *بررسی ممیزه عقود مشارکتی در فقه معاملات اقتصادی*. پایان نامه کارشناسی ارشد اقتصاد. قم: مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی علیه السلام.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۰ق). *حاشیه المکاسب*. قم: اسماعیلیان.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۷ق). *عروة الوثقی*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی) (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۳ق). *قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام*. قم: جامعه مدرسین.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *التهدیب*. تهران: دارالکتب اسلامیة.

- علی آبادی، علی (۱۳۸۲). تحلیل مبنای بطلان شرط خلاف مقتضای عقد. مقالات و بررسی‌ها، ۳۶ (۷۳)، ۲۳-۴۰.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۷). فقه و عرف. قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۴). فقه و مقاصد شریعت. قم: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۵). تقریرات درس خارج فقه.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۹۵). فقه و حقوق قراردادهای. تهران: پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- عوض، احمد صفی‌الدین (۱۹۸۳). مقدمه فی الاقتصاد الاجزئی. الرياض: دار العلوم.
- غروی اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق). حاشیه‌ی مکاسب. قم: انوار الهدی.
- غروی نائینی، میرزاحمدحسین (۱۳۷۳ق). منیه الطالب فی حاشیه‌ی مکاسب. تهران: المكتبة المحمدیه.
- فرحانی، علی (۱۳۹۴). تقریرات درس خارج فقه. قم: حوزه علمیة قم.
- قاسم‌زاده، مرتضی، فلاح‌نژاد، فاطمه (۱۳۹۷). خرید دین در نظام بانکی ایران. دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۸۵، ۷۷-۹۶.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادهای). تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کریمی، عباس و مرادی، یاسر (۱۳۹۴). مطالعات مالی و بانکاری اسلامی، ۱۱ (۱)، ۳۹-۷۰.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- محمّدی خراسانی، علی (۱۳۸۵ق). تقریرات درس مکاسب. قم: علی بن حسن.
- المروج الجزائری، سیدمحمدجعفر (۱۴۳۱ق). منتهی الدرایه فی توضیح الکفایه. قم: الفقاهة.
- معصومی‌نیا، غلامعلی و طباطبائی‌نژاد، سیدصادق (۱۴۰۰). فروش مبیع قبل از سررسید در عقد سلف. جستارهای فقهی/اصولی، ۲۲، ۹۷-۱۳۱.
- معصومی‌نیا، غلامعلی (۱۳۹۸). بیع العینه: بررسی فقهی و کاربرد آن در اختیار معامله تبعی و اوراق تورق. معرفت اقتصاد اسلامی، ۱۰ (۲۰)، ۴۹-۶۵.
- مفید، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۳ق). المقنعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق). القواعد الفقہیہ. قم: مدرسه امیر المؤمنین علیه السلام.
- منشادی، محمددهقان (۱۴۰۰). چالش‌ها و موانع به‌کارگیری اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی ایران و راهبردهای اصلاح و رفع آنها. اقتصاد و بانکداری اسلامی، ۱۱ (۴۰)، ۷-۴۲.
- موسوی بخوردی، میرزاحسن (۱۳۷۷). القواعد الفقہیہ. قم: الهادی.
- موسوی، سیدباقر (۱۳۸۱). خرید و فروش دین (تنزیل). اقتصاد اسلامی، ۲ (۷)، ۷۵-۸۸.
- نجفی خوانساری، محمد (۱۴۱۸ق). منیه الطالب. قم: مؤسسه النشر اسلامی.
- نجفی، محمدحسن (صاحب الجواهر) (۲۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- نجفی، محمدحسین (کاشف الغطاء) (۱۳۵۹ق). تحریر المجله. نجف اشرف: المكتبة المرتضویه.
- نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق). عوائد الايام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.