

# معیارهای تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد در عقود مشارکتی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۳/۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۹/۰۳

فرشته ملاکریمی \*

محمدعلی راغبی \*\*

## چکیده

یکی از شرایط صحت شروط ضمن عقد، عدم مخالفت با مقتضای عقد است. مقتضای عقد محور اصلی انشای متعاقدين است و شامل مقومات عقد و آنچه که به مدلول مطابقی عقد بازگشت دارد و مضمون حقیقی را تشکیل می‌دهد، می‌شود. پرسش اصلی مقاله این است که چه معیارهایی برای تشخیص شروط مخالف مقتضای عقد وجود دارد و آیا در قراردادهای بانکی به این ضابطه در رابطه با درج شروط ضمن عقد توجه می‌شود؟ مقاله با روش توصیفی و تحلیل محتوا و با استفاده از منابع فقه امامیه، این فرضیه را بررسی می‌نماید که «بر اساس مهم‌ترین معیار تشخیص شروط مخالف مقتضای عقد که مخالفت با قصد جدی است، برخی از شروط ضمن عقد در قراردادهای بانکی دارای اشکال است». نتایج پژوهش گویای آن است که در رابطه با موافقت یا مخالفت شروط ضمنی در قراردادهای مشارکتی بانک مرکزی ج.ا.ا. دو رویکرد فقهی وجود دارد. بر اساس رویکرد نخست این شروط از جمله ماده ۱۱ قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی، ماده ۸ قرارداد مضاربه و مجموعه شروط مندرج در عقود مشارکتی، با از بین بردن مضمون و مفهوم حقیقی قرارداد، وقوع عرفی آن را مخدوش می‌نماید؛ به نحوی که دیگر عرف این عقود را مشارکتی نمی‌داند؛ لذا این شروط خلاف مقتضای عقد محسوب می‌شوند؛ اما رویکرد فقهی مقابل از صحت این شروط و موافقت آن با مقتضای عقود مشارکتی دفاع می‌کند هر چند درج این شروط را منافی کارکرد و اهداف واقعی عقود مشارکتی می‌داند و از این جهت به آن اشکال وارد می‌کند.

واژگان کلیدی: شرط خلاف مقتضای عقد، مقومات عقد، قصد جدی، عقود مشارکتی.

طبقه‌بندی JEL: N45.K12.G24

\* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم و پژوهشگر پژوهشکده پولی و بانکی بانک

مرکزی ج.ا.ا.  
Email: f.mollakarimi@gmail.com

\*\* عضو هیئت علمی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم (نویسنده مسئول).

Email: Ma-raghebi@qom.ac.ir

## مقدمه

با توجه به اینکه از یک سو تشخیص مقتضای عقود به ویژه عقود بانکی اثر فراوانی بر مسائل اقتصادی و به ویژه طراحی قراردادهای بانکی دارد و از سوی دیگر طراحان قراردادهای بانکی با استفاده از ظرفیت شروط ضمن عقد، نسخه جدیدی از عقود را طراحی می‌کنند که با تعریف و محتوای اصلی عقود سازگاری ندارد، ضروری است که به مسئله شروط خلاف مقتضای عقد توجه ویژه شود. در همین راستا این پژوهش در صدد است ضمن تعریف و تبیین معنای مقتضای عقد، معیارهای تشخیص شروط مخالف مقتضای عقد و همچنین دامنه شمول این شروط و ادله بطلان آن را معرفی نماید و در ادامه مصادیقی از شروط خلاف مقتضای عقد را در قراردادهای مشارکتی بانکی مورد تحقیق و بررسی قرار دهد.

در منابع فقهی برای صحت و نفوذ شرط، شرایطی در نظر گرفته شده است؛ از جمله اینکه شرط با مقتضای قرارداد منافات و مخالفت نداشته باشد. شرطی که با مقتضای قرارداد منافات دارد، ناصحیح شمرده می‌شود. با توجه به اینکه عدم مخالفت شرط مقتضای عقد در همه ابواب فقهی جاری است و اختصاص به قرارداد خاصی مثل بیع ندارد، می‌توان آن را در زمره قواعد فقهی محسوب کرد. این قاعده فقهی در رابطه با شرط در ضمن عقد مطرح است؛ زیرا شروط ابتدایی عقدی ندارند تا بحث مخالفت شرط با مقتضای آن مطرح شود؛ بنابراین این بحث در مورد مخالفت مطلق شرط با مقتضای عقد نیست بلکه قهراً در مورد شرط ضمن عقد است. مراد از شرط ضمن عقد نیز شامل همه شروطی است که صراحتاً در ضمن عقد درج شود یا قبل از عقد ذکر شود؛ به نحوی که عقد بر مبنای آن منعقد گردد.

مطابق همه دیدگاه‌های موجود فقهی منظور از شرط مخالف مقتضای عقد، شرطی است که با مطلق عقد در تنافی است؛ اما اگر شرط مخالف مقتضای اطلاق عقد یا به تعبیر دیگر مخالف عقد مطلق بود، این شرط صحیح و نافذ محسوب می‌شود. به عنوان مثال ملکیت عین محصول، مطلق بیع و ملکیت منفعت محصول، مطلق اجاره است. حال اگر شرط ضمن عقد با ملکیت مخالف بود، نافذ نیست اعم از اینکه با مدلول مطابقی، تضمینی و التزامی این عقود مخالف باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۴۵)؛ ولی گاهی عقد مطلق

اقتضای خاصی دارد. در چنین فرضی اگر شرطی برخلاف این اطلاق صورت گیرد، صحیح است؛ چون مخالف مقتضای بیع نیست، بلکه مخالف اطلاق آن است؛ به عنوان مثال اگر بیع را به صورت مطلق و بدون شرطی منعقد کردند این عقد منصرف به بیع نقد است (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص ۲۴۷).

بنابراین شروطی که با آثار و مقتضیاتی که خارج از مدلول مطابقی و ناشی از اطلاق عقد است تنافی دارد، در زمره شروط مخالف مقتضای عقد قرار نمی‌گیرد. گنجاندن چنین شروطی در ضمن عقد صحیح است و در این رابطه هیچ اختلاف نظر فقهی وجود ندارد. اختلاف نظرهای موجود در رابطه با تشخیص مصادیق است؛ یعنی فقها در رابطه با اینکه فلان شرط جزء شروط مخالف مقتضای ذات عقد به حساب می‌آید یا از نوع شروط مخالف اطلاق عقد است با یکدیگر اختلاف نظر دارند.

## پیشینه تحقیق

فقیهان متقدم و معاصر در کتب قواعد فقهی و سایر منابع فقهی در رابطه با شرایط صحت شروط از جمله عدم مخالفت شرط با مقتضای عقد بحث کرده‌اند. برخی از محققین نیز به صورتی ویژه به نوشتن کتبی با موضوع شرط و شرایط صحت آن پرداخته‌اند از جمله سیدمحمدتقی خویی که در کتابی با عنوان الشروط و الالتزامات الابتدائية فی العقود به صورت گسترده به بحث شرط ضمن قرارداد پرداخته است.

محققان معاصر نیز در این زمینه مقالاتی با محوریت قاعده شرط تألیف کرده‌اند. از جمله سیدمحمد مهدی قبولی درافشان و سیدمحمد هادی قبولی درافشان مقاله‌ای با عنوان «بررسی لزوم یا عدم لزوم شرایط اساسی صحت قراردادها در مورد شروط ضمن عقد» در فصلنامه دانش حقوق مدنی در سال ۱۳۹۱ تألیف کرده‌اند. ایشان در این مقاله از لزوم رعایت شرایط اصلی صحت قراردادها در بحث شروط ضمن عقد سخن گفته‌اند. عباس کریمی و یاسر مرادی نیز پژوهشی با عنوان «سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا» در فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی در سال ۱۳۹۴ منتشر کرده‌اند. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد که در قراردادهای مشارکتی در زمینه تقسیم سود و زیان، لازم بودن

عقد در عین جواز آن برای بانک و الزام مشتری به خرید سهم‌الشرکه بانک، شروط تحمیلی درج شده است. این در حالی است که حتی اتحادیه اروپا نیز وضع چنین شروطی علیه مشتریان را تجویز نمی‌کند. محمدنقی نظریور و فرشته ملاکریمی نیز با نگاهی کاربردی به تألیف مقاله‌ای با عنوان «کاربرد قاعده شرط در قراردادهای بانکی» در فصلنامه اقتصاد اسلامی در سال ۱۳۹۶ پرداخته‌اند. نتایج این پژوهش گویای آن است که شروطی مانند وجه‌التزام، وکالت بلاعزل، جبران ضرر مضاربه دارای اشکال شرعی است؛ افزون بر این شروطی مانند تعیین هزینه‌های بیمه، خسارت‌های احتمالی، اسقاط اختیار غبن به صورت تحمیلی و یک‌طرفه در جهت تضمین منافع بانک مقرر شده‌اند که تجمیع آن، قرارداد را از حالت منصفانه خارج نموده و متقاضی تسهیلات را در شرایط اضطرار قرار می‌دهد.

در همین راستا پژوهش حاضر نیز می‌کوشد به صورت متمرکز به بحث شرط خلاف مقتضای عقد پردازد و سپس به صورت کاربردی چالش‌برانگیزترین مصادیق این را در قراردادهای مشارکتی بانکی بررسی نماید؛ وجه امتیاز این پژوهش نسبت به پژوهش‌های پیشین علاوه بر نگاه کاربردی به این قاعده فقهی این است که در این مقاله تلاش شده است معیار تشخیص شرط مخالف مقتضای عقد که از نظر فقها امری دشوار است، معرفی شود و در نهایت عقود مشارکتی از جمله مشارکت مدنی و مضاربه از این منظر مورد ارزیابی قرار گیرد؛ همچنین در رابطه با موافقت یا مخالفت شروط ضمنی در عقود مشارکتی دیدگاه‌های فقهی مختلفی از سوی صاحب‌نظران فقهی مطرح شده است که در این پژوهش برای نخستین بار به طرح و بررسی این دیدگاه‌ها در قالب یک مسئله علمی پرداخته می‌شود.

## تعریف و تبیین مقتضای عقد

«مقتضا» در لغت آن است که هرگاه مانعی به آن برنخورد، نتیجه‌ای در پی داشته باشد. در مورد عقد هم اثر حاصله از عقد را مقتضای عقد می‌نامیم به عنوان نمونه عقدی که مخالف کتاب و سنت (مانع) نباشد، مقتضی تأثیرگذاری تام است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۳۹۲) در رابطه با معنای اصطلاحی مقتضای عقد دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد که در این پژوهش به ذکر مهم‌ترین آن بسنده می‌شود.

دیدگاه نخست اینکه مقتضای ذات عقد همه اموری است که عقد بدون آنها تحقق نمی‌یابد و با انتفای آن آثار، معنی لغوی، عرفی و شرعی عقد هم منتفی می‌شود. این آثار به خودی خود بر عقد مترتب می‌شود و نیازی به جعل شارع ندارد؛ به عنوان مثال انتقال عوضین مقتضای ذات عقد بیع است و در صورت عدم انتقال مبیع به مشتری یا ثمن به بایع، معنای عرفی و لغوی و همچنین معنای شرعی عقد محقق نمی‌شود؛ اما گاهی مقتضا، مقتضای ذات عقد نیست بلکه قانونگذار و شارع آن آثار را به عنوان مقتضای عقد جعل کرده است و عقد را به عنوان مقتضی آن اثر قرار داده است؛ مانند خیار مجلس برای بیع یا وجوب نفقه در عقد نکاح.

این دو قسم نیز به دو نوع تقسیم می‌شود. اول مقتضیات بلاواسطه‌ای که بر عقد مترتب می‌شود و آثار بدون واسطه عقد محسوب می‌شوند. دوم مقتضیاتی که با یک یا چند واسطه بر عقد مترتب می‌شود؛ مانند تسلط مشتری بر مبیع که به واسطه انتقال مبیع، بر عقد بیع مترتب می‌شود. وجه تفاوت قسم اول و دوم در این است که در قسم اول عقد بدون آثار ذاتی عقد محقق نمی‌شود اما در قسم دوم امکان تحقق عقد بدون آن آثار وجود دارد؛ ولی جعل قانون‌گذار موجب ضرورت ترتب آن آثار بر عقد شده است؛ اما قسم سوم امور خارجی است که به خودی خود بر عقد مترتب نمی‌شود و از آثار ذاتی عقد نیست؛ مانند اموری همچون شرط عدم تزویج در نکاح که با جعل شارع به عقد ملحق می‌شود. این قسم خارج از تعریف مقتضای عقد است (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۵۱).

مطابق دیدگاه دوم مقتضا و آثار مترتب بر عقد به سه قسم تقسیم می‌شود: قسم نخست آثار ذات عقد می‌باشد به گونه‌ای که جداکردن عقد از آن اثر مستلزم این است که عقد از مدلول خود جدا شود و از اساس بی‌اثر شود. در واقع این نوع از آثار عقد بازگشت به مدلول مطابقی عقد دارد؛ مانند اینکه بایع کالایی را بفروشد مشروط به اینکه مشتری مالک نشود یا در آن کالا تصرفی نکند. قسم دوم آثاری است که مقتضای اطلاق عقد هستند؛ مانند تسلیم و تسلّم و نقدبودن ثمن. قسم سوم آثاری است که از نوع احکام مجعول شارع برای متعاقدين یا یکی از آنها می‌باشد؛ مانند خیارات. این دو قسم خارج از محل بحث یعنی شروط مخالف مقتضای عقد است (حسنی، [بی‌تا]، ص ۴۱۵).

اما دیدگاه سوم قسم نخست مقتضای عقد را به معنای مدلول و مضمون حقیقی عقد می‌داند؛ به نحوی که قوام عقد به آن وابسته است. در واقع این قسم شامل ارکان و مقوماتی است که در تحقق ماهیت عقد دخیل هستند؛ مانند ایجاب و قبول یا داشتن قصد. قسم دوم به معنی لوازم و احکام عقد است. این قسم تابع قسم اول یعنی مقتضیات عقد است (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۵۳/خویی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۴۸/خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۷۹). برخی قائل به عرفی بودن آثار و لوازمی مانند تصرف در مبیع یا ثمن هستند و حق تصرف و سلطنت را از آثار و لوازم عرفی مترتب بر ملکیت می‌دانند (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۶۴). بر مبنای دیدگاه چهارم نیز عقد به عنوان یک امر اعتباری که به وسیله انشای طرفین در فضای اعتبار ایجاد می‌شود، دارای چهار نوع آثار و احکام است. قسم نخست مقتضا و اثر اولی است که بر عقد مترتب می‌شود؛ به عنوان مثال اولین اثری که بایع در عقد بیع ایجاد می‌کند و بر قصد او مترتب می‌شود، تبادل دو مال است یا در عقد اجاره تبادل منفعت است یا در عقد عاریه تبادل انتفاع است. قسم دوم آثاری است که به تبع آثار اولی بر عقد مترتب می‌شود؛ مانند تسلیم مبیع و ثمن در بیع که مورد انشای طرفین است؛ ولی تابع محور اصلی عقد یعنی ملکیت است. قسم سوم که جزء لوازم معامله است و مورد انشاء نیست، لازم عرفی است؛ مانند سلطه متابعین بر ثمن و مبیع که جزء لوازم عرفی بیع است. قسم چهارم در فضای شریعت است که شارع مقدس یا همین لوازم عرفی را امضا کرده یا اینکه یک سلسله احکام خاص را مقرر می‌کند نظیر خیار مجلس و حیوان. این اختیارات احکام شرعی است که شارع مقدس ایجاد کرده است.

طبق این مبنا قسم اول به منزله جنس و فصل عقد است و به عنوان مقوم محور اصلی انشاء واقع می‌شود. قسم دوم نیز تسلیم و تسلّم است؛ یعنی کسی که عهده‌دار تملیک شد و تملیک کالا را انشاء کرد، عهده‌دار تسلیم کالا هم هست؛ بنابراین در فضای عقد دو مطلب انشاء شده که یکی تبادل ملکین و دیگری تبادل تسلیم و تسلّم است. این دو قسم جزء منشآت عاقد است که در محور عقد پدید آمده‌اند؛ اما قسم سوم و چهارم در حوزه انشای طرفین نیست؛ لذا شروطی که به این دو قسم بازمی‌گردد، خارج از محل بحث هستند (جوادی آملی، ۱۳۹۱).

وجه مشترک دیدگاه‌های فوق این است که مقتضای عقد محور اصلی انشای متعاقدین است و شامل مقومات عقد و آنچه که به مدلول مطابقی عقد بازگشت دارد و مضمون حقیقی را تشکیل می‌دهد، می‌شود. البته در رابطه با آنکه کدام یک از آثار و لوازم دیگر عقد به مقتضای عقد ملحق می‌شود، اختلاف نظر اندکی وجود دارد؛ اگرچه همه فقهای قائل به این هستند که اینکه آثار شرعی عقد خارج از مقتضیات آن است.

### معیار تشخیص مخالفت شرط با مقتضای عقد

یکی از نکات قابل بحث در این پژوهش، تبیین ملاک و معیاری است که بر اساس آن شروط مخالف مقتضای عقد تشخیص داده شود. در منابع فقهی ملاک‌هایی معرفی شده است به این منظور که تشخیص چنین شروطی تسهیل شود.

برخی از فقها معیار مخالفت با مقتضای عقود را عدمی بودن شروط دانسته‌اند. به عنوان مثال شروطی همچون عدم تصرف مطلق مشتری در عقد بیع یا مستأجر در عقد اجاره با مقتضای این عقود منافات دارد؛ چراکه اثر این عقود یعنی ملکیت مقتضی تسلط بر آن مال است و چنین شرطی از ایجاد چنین اثری ممانعت می‌کند. اشتراط عدم تصرف خاص نیز مخالف مقتضای عقد است؛ مثل اینکه بایع کالایی را بفروشد، مشروط به اینکه مشتری آن را هبه یا وقف نکند یا آن را نفروشد؛ اما مطابق این دیدگاه شروط ایجابی منافاتی با مقتضای عقد ندارد؛ یعنی اگر انجام یک تصرف خاص مثل هبه کردن در ضمن عقد بیع شرط شود، این شرط صحیح است؛ چراکه این شرط مؤکد مقتضای عقد است و مشتری به دلیل برخورداری از ملکیت و سلطه بر مال می‌تواند آن را هبه کند (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۳۰۶-۳۰۷)

معیار دیگری که در این رابطه ارائه شده است، مخالفت شروط با محتوا و مضمون عقد به عنوان امر لئی و معنوی است؛ بنابراین تفاوتی نمی‌کند که شرط عدمی یا ایجابی باشد. در واقع منافات با مقتضای عقود، امر لفظی نیست که با اختلاف تعبیر و الفاظ تغییر کند. آنچه مهم است حفظ محتوا و مضمون عقد است و شرط ضمن عقد نباید این محتوا را مخدوش سازد. از همین رو اگر در ضمن عقد بیع، عدم بیع شرط شود، با محتوای بیع یعنی ایجاد ملکیت و سلطنت منافات دارد؛ همان‌گونه که اگر وقف مبیع توسط مشتری

شرط شود؛ چنین شرطی هم مانع ایجاد سایر تصرفات غیر از وقف است و به دلیل ایجاد محدودیت در تصرفات و تسلط مشتری، مخالف مقتضای عقد به حساب می‌آید. لازم است ذکر گردد که مخالفت شروط ایجابی با مقتضای عقد آشکارتر است؛ زیرا در شروط عدمی مثل عدم بیع مشروطاً علیه فقط ملزم به ترک فروش مبیع خاصی شده است و در انجام سایر تصرفات مثل وقف و هبه آزاد است اما در شروط ایجابی از سایر تصرفات منع شده و فقط ملزم به نوع خاصی از تصرف شده است (همان).

مخالفت با مدلول مطابقی عقد نیز یکی دیگر از معیارهای قابل اعتنا در تشخیص مخالفت شرط با مقتضای عقود است. اگر آثار و مقتضیاتی که بازگشت به مدلول مطابقی عقد دارد، توسط یکی از متعاقدین به وسیله شرط منتفی شود، چنین شرطی در تنافی و تناقض با مدلول مطابقی قرار می‌گیرد و منجر به بطلان عقد و شرط می‌شود؛ زیرا عقد مقصود به ذات است و شرط تابع آن است. بر اساس این نظریه منافات شروط ضمن عقد با آثار و مقتضیاتی که به واسطه اطلاق عقد ثابت می‌شود همچون آثاری که به مقتضای عرفی یا جعل شرعی بر عقد مترتب می‌شوند، بدون اشکال است؛ زیرا این شروط مخالف آثاری است که از مدلول مطابقی عقد به دست نمی‌آید؛ بنابراین مستلزم جدایی عقد از آثار اصلی خود نیز نمی‌باشد (حسنی، [بی تا]، ص ۴۱۸).

معیار دیگری نیز توسط شیخ انصاری معرفی شده است مبنی بر اینکه شرط نباید با اثری که عقد، علت تامه آن است، مخالفت داشته باشد. توضیح اینکه اگر عقد علت تامه یک اثری بود، با هیچ شرطی نمی‌شود این اثر را از آن عقد گرفت؛ زیرا عقد علت تامه این اثر است و با ثبوت علت تامه، تخلف معلول از علت حتی در فضای اعتبار نیز محال است. در واقع اگر در فضای اعتبار، فقدان این اثر شرط شود، امری محال است و اصلاً قابلیت انشاء ندارد. حتی اگر بر اثر غفلت فرد انشاکننده، امکان انشاء و اعتبار وجود داشته باشد، چنین انشائی اثر فقهی ندارد؛ بنابراین در هر جایی که عقد سبب و علت تامه اثر و حکمی باشد، شرط سقوط آن حکم و عدم ثبوت آن اثر مخالف مقتضای عقد است. در واقع این اثر ملازم عقد است و هرگز از عقد جدا نمی‌شود. البته اثبات این مسئله که فلان عقد علت تامه فلان اثر است، کار آسانی نیست و باید به ظاهر ادله رجوع شود. اگر ظاهر دلیل اطلاق بود یعنی این عقد به طور مطلق و در هر زمان و مکانی موضوع اثر و حکم خاصی است،



آن حکم با هیچ شرطی قابل زوال نیست؛ اما اگر عقد علت تامه حکم نبود بلکه مقتضی یک حکم بود، در چنین مواردی شرط، مانع محسوب می‌شود. معنای اقتضا آن است که اگر مانعی در کار نباشد با وجود مقتضی و عدم مانع، آن اثر بر این مقتضی مترتب می‌شود. در اینجا شرط مانع به شمار می‌آید؛ لذا از ایجاد مقتضا ممانعت می‌نماید (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۴۴). طبق این دیدگاه به دلیل تعارض و استحاله ذاتی عقد و شرط باید به تساقط عقد و شرط و در نهایت بطلان آن دو قائل شد.

مرحوم آخوند به این دیدگاه اشکال کرده‌اند مبنی بر اینکه تمسک به عدم قابلیت انشاء و استحاله ذاتی در اثبات بطلان شرط خلاف مقتضای عقد به شرط هفتم از شرایط صحت شرط یعنی محال‌نبودن شرط، بازگشت می‌کند؛ زیرا در چنین شرطی نه تنها متعاملین قدرت بر عمل و وفای به عقد و شرط را ندارند بلکه از قدرت انشاء در مقام جد نیز برخوردار نیستند؛ لذا نمی‌توان در حین انشای تملیک، عدم تملیک را انشاء کرد؛ به عبارت دیگر اگر عقد مقتضی نقل و انتقال بود و شرط مخالف نقل و انتقال بود، انشای عقد محال است. در چنین فرضی شرط عدم مخالفت با مقتضای عقد تکرار شرط هفتم تلقی می‌شود و نیازی به بحث از آن به صورت مستقل نیست (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶ق، ص ۲۴۲).

در پاسخ به این اشکال باید گفت مرحوم شیخ برای پرهیز از این تکرار قائل به تفصیل شده‌اند. ایشان مسئله تساقط را مربوط به فرضی می‌دانند که فرد به دلیل غفلت یا دلایل دیگری، عقد را همراه با شرط قصد کرده است. در این صورت انشاء محال نیست چون این شخص در اثر غفلت و بدون توجه به ناهماهنگی شرط با اصل عقد، چنین شرطی را در عقد گنجانده است. بر همین اساس تحقق انشاء و به تبع، وقوع عقد از سوی فرد غافل ممکن است؛ لکن در مرحله عمل، وفای به آن دو محال می‌باشد. در واقع استحاله مربوط به مرحله وفای به شرط است نه مرحله انشاء؛ لذا این اشکال بر مرحوم شیخ وارد نیست (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۳۵).

اما معتبرترین و قوی‌ترین معیار فقهی، مخالفت با قصد جدی است. قاعده فقهی تبعیت عقد از قصد با فحوای خود مؤید این معیار است. بر این اساس اگر مفاد شروط به گونه‌ای باشد که همه آثار مترتب بر عقد را سلب نماید، به صورت جدی‌تری در تنافی با مقتضای عقد قرار می‌گیرد؛ زیرا خالی‌بودن عقد از جمیع آثارش مستلزم لغویت عقد است و اماره‌ای

است بر اینکه عقد به صورت جدی و به قصد انشاء از سوی متعاقدين صورت نگرفته است. مطابق این دیدگاه مقتضای عقد به معنای مضمون حقیقی و مدلول واقعی عقد است که قوام عقد به آن وابسته است و همچنین شامل آثار عرفی مترتب بر عقد نیز می‌شود به گونه‌ای که از نظر عرف، عقد قابلیت جدایی از این آثار را ندارد؛ بنابراین مرجع تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد، عرف است. حال اگر در رجوع به عرف مشخص شود که شرط مخالف آثار و مقتضیاتی است که از مدلول مطابقی عقد استنباط می‌شود، قطعاً فاسد است. علت بطلان هم عدم تعلق قصد جدی و قصد انشاء نسبت به عقد و شرط با هم است، خواه شرط متنافی مقومات عقد باشد، خواه مخالف آثار و لوازم عرفی غیر قابل انفکاک عقد باشد. در واقع تعلق قصد به عقد با وجود چنین شرطی معقول نیست؛ چراکه اجتماع و تحقق دو امر متنافی در واقع محال است؛ لذا عقد و شرط با یکدیگر تنافی وجودی و استحاله وقوعی دارند؛ به عبارت دیگر اجتماع این دو امر متنافی ثبوتاً محال است. این تنافی مانع از تحقق قصد جدی است چه شرط به صورت ابتدایی و چه به صورت ضمنی باشد. مسئله غفلت و توجه متعاملین نیز در فساد چنین شرطی تأثیری ندارد؛ زیرا با توجه به وجود مانع ذاتی برای اجتماع عقد و شرط، اگر فرد از وجود چنین مانعی آگاه باشد، قصد دو امر متنافی برای او ممکن نیست و لذا عدم امکان قصد در کنار استحاله وقوعی موجب فساد شرط می‌شود؛ اما فردی که از تنافی بین عقد و شرط آگاه نبوده، در فرض غفلت می‌تواند این دو را با هم قصد کند و تحقق قصد از سوی چنین فردی معقول است اما اشکال استحاله وقوعی دو امر متنافی همچنان پابرجاست و همین اشکال موجب فساد شرط می‌گردد؛ بنابراین نتیجه هر دو فرض غفلت و توجه، فساد شرط است (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۵۳/خویی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۴۸).

امام خمینی علیه السلام به این دیدگاه اشکالی وارد کرده است مبنی بر اینکه معقول نبودن تعلق قصد به عقد با وجود شرط معیار صحیحی برای سنجش و تشخیص شروط مخالف مقتضای عقد نمی‌باشد. ایشان معتقدند اینکه شروط مخالف مقتضای عقد را شامل شروطی بدانیم که با ماهیت و مقومات عقد و آثار عرفی مترتب بر آن تعارض دارد، خارج از محل بحث است؛ زیرا چنین شروطی اصلاً قابلیت تحقق ندارند تا بحث از شرایط صحت آن معقول باشد؛ اما آنچه داخل در محل بحث است، مقتضای عقد به معنای نقل انشائی است

که نقل حقیقی اعتباری را نیز به دنبال دارد. به عنوان مثال نقل انشائی در عقد بیع بدین معناست که متعاقدین انتقال مبیع به مشتری و ثمن به بایع را انشاء کنند. به دنبال چنین انشائی، ملکیت به عنوان امر اعتباری برای طرفین جعل می‌شود؛ بنابراین مراد از شروط مخالف مقتضای عقد شروطی است که با نقل انشائی در عقود مختلف تعارض دارد. علت فساد این شروط که در عالم خارج نیز از سوی بسیاری از مردم محقق می‌شود، این است که بین مضمون عقد و شرط، منافات وجود دارد و وقوع آن دو معقول نیست، نه اینکه تعلق قصد به آن معقول نباشد. در واقع بطلان چنین شرطی به دلیل تنافی ذاتی بین عقد و شرط و استحاله اجتماع آنهاست، خواه شرط به صورت ابتدایی، خواه به صورت ضمنی باشد (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۷۹-۲۸۲).

این اشکال از سوی مرحوم آقای خوئی با ذکر دلایلی پاسخ داده شده است. دلیل نخست اینکه امام خمینی<sup>ره</sup> در نظر گرفتن ماهیت و مقومات عقد به عنوان تعریف مقتضای عقد را خارج از محل بحث می‌داند؛ اما خودشان نقل انشائی را که جزء ماهیت و مقومات عقد است به عنوان مقتضای عقد در نظر می‌گیرند، با چنین تعریفی ایشان قائل به چیزی شده‌اند که آن را انکار کرده‌اند. دلیل دوم اینکه امام خمینی<sup>ره</sup> علت بطلان را تنافی بین عقد و شرط و معقول نبودن وقوع آن دو با هم در نظر گرفتند و به نحوی اعتراف به عدم تحقق شرط منافی در واقع و نفس الامر کرده‌اند؛ این در حالی است که ایشان شروطی را قابل بحث دانستند که بتوان بعد از فرض امکان تحقق و وقوع آن، از صحت و فساد آن سخن گفت؛ بنابراین ایشان به استحاله وقوعی که انکار کرده بودند، ملتزم شدند و حتی یک کلام هم از کلام سایر فقها مبنی بر عدم معقولیت تعلق قصد به عقد فراتر نرفته‌اند (خوئی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۵۰).

## ادله مخالفت شرط با مقتضای عقد

### ۱. اجماع

یکی از دلایل اثبات بطلان شرط مخالف مقتضای عقد، اجماع است. البته تمسک به اجماع به عنوان دلیل عرضی صحیح نیست؛ چراکه برای بطلان چنین شرطی مانع ذاتی یعنی عدم

تحقق قصد انشاء و استحاله وقوعی بین عقد و شرط وجود دارد؛ بنابراین اجماع به دلیل مدرکی بودن از حجیت لازم برخوردار نمی‌باشد البته مؤید مسئله هست (همان، ص ۱۴۹).

## ۲. استحاله ذاتی عمل به عقد و شرط

اگر شرط مخالف مقتضای عقد نافذ و قابل اعتنا باشد، مستلزم تنافی آن با مضمون عقد و تخلف عقد از مقتضای خود و در نتیجه لغو و بی‌اثر شدن آن است. در واقع وقوع شرط و عقد با هم به عنوان دو امر متنافی استحاله وقوعی دارند؛ به عنوان مثال اگر مطلق عقدی مقتضی یک اثری بود؛ نظیر ملکیت که اثر بیع است و شرط منافی و مخالف این مقتضا بود، وفای به این عقد مستلزم محال است؛ زیرا جمع متنافیین است. بر اساس یک مبنا اگر به دلیل تعارض قائل به تساقط شد، عقد و شرط هر دو باطل هستند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۴۴/ اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۵۶)؛ اما بر اساس مبنای دیگری اگر قائل به ترجیح یعنی عمل به یکی و ترک دیگری شد، نیاز به مرجح است. با توجه به اینکه عقد اصل و متبوع است و شرط فرع و تابع است، باید جانب عقد را ترجیح دهیم و شرط را رها کنیم. در نتیجه شرط باطل می‌شود و عقد صحیح می‌شود. بر اساس هر دو مبنا چنین شرطی قطعاً فاسد است یعنی یا هر دو فاسدند یا خصوص شرط فاسد است (جوادی آملی، ۱۳۹۱).

## ۳. تعارض بین ادله وفای به شرط و ادله صحت عقد

اگر شرط مخالف مقتضای عقد دارای اثر باشد، بین عمومات وفای به شرط و ادله صحت عقد همچون اوفوا بالعقود، تعارض به وجود می‌آید. وقتی تعارض رخ دهد باید سراغ اصل برویم. اصل فساد عقد است و منظور از فساد عدم ترتب اثر بر عقد است (خویی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۴۹).

## ۴. عدم شمولیت ادله امضای عقود

برخی برای اثبات فساد شرط مخالف مقتضای عقد این‌گونه استدلال کرده‌اند که ادله امضای عقود شامل چنین شرطی نمی‌شود؛ اما این استدلال هم قابل قبول به نظر نمی‌رسد؛ چراکه این ادله متأخر از تحقق شرط است و با توجه به استحاله ذاتی وقوع عقد و شرط دلیلی برای تعلیل به این ادله در فرضی که اصلاً شرط محقق نمی‌شود، وجود ندارد. در

واقع بحث از شمولیت یا عدم شمولیت ادله وقتی معقول است که شرط محقق شده باشد. درحالی که تحقق شرط منتفی است (همان).

## ۵. مخالفت با کتاب و سنت

عمل به چنین شرطی مخالف کتاب و سنت است؛ زیرا اطلاقات ادله کتاب و سنت می‌گوید باید به مقتضای مطلق عقد اعم از مطابقی، تضمینی و التزامی وفا شود؛ بنابراین اگر شرطی مخالف مقتضای عقد بود، این شرط مخالف با کتاب و سنت نیز است (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۴۴) بر همین اساس برخی اشکال کرده‌اند که ذکر عدم مخالفت شرط با عقد بحث تکراری و شرط زائدی است. پاسخ اینکه بحث از شرط خلاف مقتضای عقد به صورت مستقل به این دلیل است که مواردی وجود دارد که شرطی مخالف با مقتضای عقد است ولی مخالف با کتاب و سنت نیست. بله اگر هیچ موردی یافت نشد که مخالف عقد باشد اما مخالف کتاب و سنت نباشد، اشکال تکراری و زائد بودن وارد است.

## دامنه شروط خلاف مقتضای عقد

با توجه به اینکه در تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد، معتبرترین معیار مخالفت با قصد جدی دانسته شد، در رابطه با تحدید دایره شروط خلاف مقتضای عقد باید قائل شد که این شروط شامل هر آنچه که از نظر عرف با مضمون عقد مخالفت و تعارض داشته باشد، می‌شود. بر همین اساس نه تنها بین مضمون شرط با مضمون عقد نباید از حیث دلالت مطابقی تنافی وجود داشته باشد، بلکه حتی نباید بین شرط و وقوع عرفی بیع هم تعارضی وجود باشد. توضیح اینکه اگر شرط با مقتضا و اثر اولی که بر عقد مترتب می‌شود، مخالفت داشته باشد و همچنین مخالف آثاری باشد که به تبع آثار اولی بر عقد مترتب می‌شود، باطل محسوب می‌شود. البته در رابطه با آثاری مانند تسلیم مبیع و ثمن در بیع که مورد انشای طرفین است ولی تابع محور اصلی عقد یعنی ملکیت است باید گفت که اگر با بیع کالایی را فروخت که نه خودش می‌تواند تسلیم بکند نه طرف می‌تواند تسلیم داشته باشد، این شرط مخالف مقتضای عقد است؛ اما اگر با بیع شرط عدم تسلیم کرد در فضایی که تسلیم مقدور فروشنده نبود، مثلاً کالا در کشور دیگری بود اما خود خریدار می‌توانست به آن کشور برود و کالا را تحویل بگیرد، دلیلی بر بطلان شرط نیست (جوادی آملی، ۱۳۹۱).

گاهی ممکن است شرط با لوازم عرفی معامله که مورد انشاء نیست، مخالف باشد؛ مانند اینکه فروشنده کالایی را به خریدار می‌فروشد و تسلیم هم صورت می‌گیرد اما شرط می‌کند که خریدار کالا را نفروشد یا صلح نکند یا وقف نکند. این نوع شروط دارای دو قسم است. قسم نخست اینکه یا مطلق آثار عقد سلب شود؛ یعنی کالایی فروخته شود به این شرط که خریدار به کسی نفروشد، صلح نکند، اجاره ندهد، بیع نکند یا هبه نکند. چنین کاری گرچه به محال بر نمی‌گردد ولی اولاً با فضای عرف هماهنگ نیست ثانیاً مورد امضای شرع نیست. این شرط مخالف کتاب و سنت محسوب و باطل می‌شود. در واقع سلب جمیع آثار به منزله نفی سنت است. عقدی که نزد عرف هیچ اثری ندارد کالعدم است حتی اگر غرض عقلایی هم در بین باشد؛ چراکه عقود از امضائات عرفی‌اند و زمانی که عرف آن را نمی‌پذیرد در فضای شریعت هم امضا نمی‌شود. اگر چیزی ره‌آورد خود شارع باشد سعه و ضیق‌اش به شریعت وابسته است؛ اما اگر چیزی متعلق به فضای عرف بود، شارع همان را امضا کرده در نتیجه سعه و ضیق آن نیز به دست فهم عرف است. قسم دوم اینکه بعضی از انحای تصرف تحت شرط قرار بگیرد؛ مانند اینکه در بیع شرط شود خریدار در فاصله زمانی مشخصی کالا را به دیگری نفروشد اما سایر آثار مثل اجاره جایز است. چنین شرطی مشروع نیست و فقط مخالف اطلاق عقد است (همان).

اما اگر شروطی در ضمن عقد درج شود که با آثار شرعی معامله در تناقض باشد مانند عدم خیار مجلس در بیع هم مخالف مقتضای عقد است هم مخالف کتاب و سنت است. البته منوط به اینکه اصل ثبوت و وجود خیار با چنین شرطی منتفی شود یعنی متبایعین اصل وجود خیار در بیع را نفی نمایند؛ اما اگر اصل ثبوت و وجود خیار را بپذیرند اما سقوط آن را شرط کنند، نه مخالف مقتضای عقد و نه مخالف کتاب و سنت است؛ بلکه مؤکد آن است (همان).

### شناسایی شروط خلاف مقتضای عقد در قراردادهای بانکی

با توجه به اینکه طراحان قراردادهای بانکی در تدوین و تنظیم قراردادهای مشارکتی از ظرفیت شروط ضمن عقد بیش از سایر قراردادها استفاده می‌نمایند، ضروری است که به مسئله شروط خلاف مقتضای عقد در این عقود توجه ویژه شود.

## ۱. مخالفت ماده ۱۲ با مقتضای قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی

یکی از چالش‌برانگیزترین شروط ضمنی در قراردادهای بانکی از حیث مخالفت با مقتضای عقد مربوط به ماده ۱۱ فرم قرارداد یکنواخت مشارکت مدنی بانک مرکزی است. در این ماده آمده است: «... شریک ملزم و متعهد شد که سهم‌الشرکه متعلقه بانک/ مؤسسه اعتباری به همراه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک/ مؤسسه اعتباری را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت کند».

در رابطه با صحت و فساد این ماده از نظر مطابقت با مقتضای قرارداد مشارکت مدنی دو دیدگاه مطرح است. بر اساس دیدگاه نخست این ماده که شرط ضمن عقد محسوب می‌شود؛ زیرا چنین شرطی در تنافی با مضمون حقیقی عقد مشارکت مدنی، قصد جدی متعاملین و وقوع عرفی قرارداد است؛ چراکه اقتضای عقد شرکت، مشارکت در سود و زیان است. چنین صلحی که شریک را در فرض زیان‌ده‌بودن موضوع مشارکت به پرداخت سود ملزم می‌کند، در حقیقت نوعی تضمین سود است و الزام شریک به پرداخت آن از جهت مخالفت با مقتضای قرارداد مشارکت اشکال دارد (نظریور، ۱۳۹۴، ص ۱۴۴).

بر اساس معیارهای معرفی شده برای تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد، این شرط با محتوا و مضمون عقد شرکت منافات دارد؛ چراکه مضمون و حقیقت این قرارداد، مشارکت واقعی در سود و زیان محقق شده است و تسهیم سود و زیان آن نیز به نسبت سهم هر یک از شرکا صورت می‌گیرد؛ به عبارت دیگر مقتضای عقد شرکت مشارکت در سود و زیان بر اساس سهم هر یک از شرکا است. اینکه سود و زیان به سهم هر یک از شرکا وابسته شده است، اماره‌ای است بر اینکه سود باید به صورت واقعی از سهم‌الشرکه شرکا منتج شود، به نحوی که ناشی از فعالیت اقتصادی حقیقی باشد و با به‌کارگرفتن سهم‌الشرکه افراد به سود واقعی دست یابد؛ بنابراین اینکه یکی از شرکا درحالی که فعالیت اقتصادی مشترک به هیچ سود واقعی منجر نشده است، به میزان سود محقق نشده از اموال خود به شریکش تبرع نماید، با مضمون عقد شرکت و مدلول مطابقی آن در تناقض است.

از طرفی آنچه که متعاقدین در عقد شرکت باید قصد نمایند تا این عقد به صورت حقیقی منعقد شود، مشارکت در سود و زیان است. حال آنکه مضمون این شرط با قصد جدی متعاقدین نیز در تنافی است. اگر مراد جدی شرکا مشارکت واقعی است قطعاً نباید

چنین شرطی را در متن عقد قرار دهند و سودی را که حتی در خارج محقق نشده است، تضمین نمایند. این شرط حاکی از آن است که متعاقدين به صورت واقعی قرارداد مشارکت مدنی را قصد نموده‌اند و از ابتدا در پوشش قرارداد مشارکت به دنبال قرض‌دادن و سود معین‌گرفتن بوده‌اند؛ بنابراین از منظر آن فقهای که معیار تشخیص شروط مخالف مقتضای عقد را مخالفت با قصد جدی می‌دانستند نیز این شرط در تنافی با عقد قرار دارد؛ یعنی نمی‌توان هم مشارکت در سود و زیان را قصد کرد و هم ملتزم به پرداخت سود محقق‌نشده در قالب صلح و تبرع شد. بین مضمون مشارکت و مضمون این شرط تنافی واقعی وجود دارد و اجتماع دو امر منافی، محال است. از طرفی دایره مقتضای عقد غیر از مضمون عقد از حیث دلالت مطابقی، شامل وقوع عرفی آن نیز می‌شود؛ یعنی اگر شرط به‌گونه‌ای باشد که فهم عرفی از قرارداد مشارکت مدنی را مخدوش نماید، این شرط نیز خلاف مقتضای عقد است؛ زیرا از نظر عرف قرارداد مشارکت وسیله‌ای برای رسیدن به این غرض عقلایی است که شرکا به نسبت سهم‌الشرکه خود در سود و زیان ناشی از یک فعالیت اقتصادی واقعی شریک شوند. حال چنین شرطی آن غرض عقلایی را تأمین نمی‌کند. در واقع از نظر عرف بین مشارکت حقیقی و معقول و بین این شرط تنافی وجود دارد و قطعاً چنین شرطی با قصد جدی متعاملین در تناقض است. اگر شرکا قصد جدی برای انشای مشارکت دارند، وجهی برای گنجاندن چنین شروطی وجود ندارد.

اما بر اساس دیدگاه دوم در رابطه با ماده ۱۱ قرارداد مشارکت مدنی، این ماده توافقی است که بین شریک و مشتری صورت گرفته است مبنی بر اینکه وقتی موضوع مشارکت به هیچ سودی منجر نشد، شریک به اندازه سود ابرازی در قرارداد، از اموال خود به صورت تبرعی و مجانی به بانک تملیک نماید. مطابق این ماده شریک به اختیار خود و با در نظر گرفتن دواعی و منافع خود ملتزم به چنین شرطی شده است و انعقاد قرارداد به این صورت را به نفع خود دیده است. مطابق این دیدگاه شورای محترم نگهبان در رابطه با این ماده یعنی تضمین سود در قرارداد مشارکت مدنی در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۵ شهریور ۱۳۹۶ اشاره می‌دارد که ماده ۱۱ فرم قرارداد مشارکت مدنی در قالب شرط ضمن عقد است که شریک به آنها متعهد شده است؛ فلذا خلاف موازین شرع تشخیص داده نشده است. این پاسخ منوط به این مسئله است که شریک با اختیار خود



چنین شرطی را پذیرفته است و بانک و مشتری درباره پرداخت سود انتظاری به بانک در قالب تملیک مجانی از اموال شریک مصالحه کرده‌اند. این مسئله اگرچه به صورت شرط ضمنی در قرارداد مشارکت آمده لکن در واقع توافق و قرارداد جداگانه‌ای است که در موازات قرارداد مشارکت منعقد شده است و التزام و تعهد به آن تنها به صورت در ضمن قرارداد مشارکت درج شده است. بر اساس این دیدگاه اساساً چنین توافق مستقلی به قرارداد مشارکت ملحق نمی‌شود تا بحث از موافقت یا مخالفت آن با مقتضای قرارداد مشارکت مطرح شود.

به نظر می‌رسد دیدگاه فوق صرف‌نظر از بحث موافق یا مخالف با مقتضا و ماهیت قرارداد مشارکت مدنی دارای اشکالی دیگری است. توضیح اینکه چنین شرطی کارکرد واقعی قرارداد مشارکت را تغییر می‌دهد و هدف واقعی از آنکه شراکت در سود و زیان و تسهیم ریسک‌های احتمالی ناشی از فعالیت‌های اقتصادی مشترک است را مخدوش می‌نماید. در واقع کارکرد اصلی این قرارداد این است که متعاقدین با استفاده از سرمایه مشترک به فعالیت اقتصادی تشویق شوند و سود واقعی به دست آمده را به نسبت توافق شده در ابتدای قرارداد تقسیم نمایند. به دست آمدن چنین سودی قطعی هم نیست و شرکا در این معامله چنین ریسکی را می‌پذیرند. این در حالی است که با درج ماده ۱۱ در قرارداد مشارکت مدنی و تضمین سود حتی در فرض عدم سود به نوعی مقطوع کردن سود و در نتیجه تبدیل کردن قرارداد مشارکت مدنی به عقود مبادله‌ای با نرخ سود قطعی است. قطعاً چنین تغییری در کارکرد مشارکت مدنی، امتیازات استفاده از چنین قراردادی را خدشه‌دار می‌سازد. در نتیجه معقول نیست که نظام بانکی با تغییرات این چنینی در قرارداد مشارکت آن را به شکل صوری اجرا نماید. بر همین اساس پیشنهاد می‌شود اگر بانک‌ها انگیزه کافی و بستر مناسب برای اجرای صحیح قرارداد مشارکت را ندارند، از ظرفیت عقود مبادله‌ای استفاده نمایند و با تغییر کاربری در عقود مختلف، خود را از امتیازات اجرای واقعی قراردادها محروم نسازند.

## ۲. شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه بانک مرکزی

مطابق ماده ۸ قرارداد مضاربه بانک مرکزی، 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. این ماده با ملاحظه قاعده استیمان تدوین شده است. بنا بر اقتضای قاعده استیمان، عامل در عقد مضاربه امین است و ید او امانی است و تنها در صورتی که مرتکب تعدی یا تفریط شده باشد نسبت به خسارات وارده ضامن می‌باشد؛ اما در این ماده با استفاده از ظرفیت قاعده شرط، عامل متعهد شده است حتی در فرض عدم تعدی و تفریط، سرمایه را در برابر هرگونه خسارات احتمالی تضمین نماید.

مشهور فقهایان در رابطه با ضمان عامل در قرارداد مضاربه بر این باورند که عامل امین است و شرط ضمان او خلاف مقتضای قرارداد است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۳۱ / محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۵۴ / عاملی، ۱۴۱۳ق، ج ۴، ص ۳۴۳) قطعاً مقتضای امین بودن عامل، عدم ضمانت اوست؛ به عبارت دیگر مقتضای امانی بودن ید عامل، عدم ضمان وی است و شرط ضمان با ادله‌ای که بر عدم ضمان امین دلالت می‌کند، تناقض دارد. افزون بر این، شرط ضمان عامل مخالف مقتضای ملکیت است که تحمل سود و زیان را در پی دارد. حقیقت ملکیت باعث می‌شود تا زیان و خسارت بر عهده مالک باشد و نمی‌توان این معنا را برای غیر مالک قرار داد؛ بنابراین شرط ضمان از جهت مخالفت با مقتضای ملکیت در قرارداد مضاربه نیز باطل است. این شرط همچنین باعث تبدیل قرارداد مضاربه به قرارداد قرض می‌شود؛ زیرا قرض، چیزی جز اعطای مال و تضمین خسارت نیست که همراه با وضع شرط ضمان عامل محقق می‌شود. در نهایت می‌توان مدعی شد این شرط به دلیل مخالفت با روح عدالت حاکم بر قراردادهای شرعی با مقتضای مضاربه منافات دارد؛ چراکه شرط ضمان عامل مضاربه نوعی درآمد بدون مخاطره برای صاحب سرمایه پدید می‌آورد. این در حالی است که سرمایه در اختیار فرد عامل است و وی به‌تنهایی ریسک سرمایه را به دوش می‌کشد. افزون بر آن عامل باید از درآمدی که حاصل تلاش و فعالیت اوست، سهم سود مالک را پرداخت نماید؛ بنابراین از آنجایی که در قرارداد مضاربه بار سنگین فعالیت اقتصادی به دوش عامل است، ضامن قراردادن وی موجب توزیع ناعادلانه ریسک و

بازده خواهد شد؛ به طوری که کل ریسک ناشی از فعالیت اقتصادی به عامل منتقل می‌شود. بر همین اساس می‌توان گفت در صورتی که عامل در قرارداد مضاربه ضامن واقع شود باید تمام سود این مضاربه تضمینی نیز متعلق به او باشد. در غیر این صورت شرط ضامن به دلیل ظالمانه و غیر منصفانه بودن با مقتضای قرارداد مضاربه در تعارض قرار دارد (علوی رضوی، ۱۳۸۸، ص ۱۶۴-۱۶۷).

علاوه بر دلایل مذکور، شرط ضامن عامل گویای این است که متعاملین قصد جدی برای انعقاد حقیقی مضاربه نداشته‌اند. در واقع گنجاندن چنین شرطی انصراف عرفی به قرض با بهره دارد. گویا طرفین معامله هرگونه مشارکتی را نادیده گرفته و تنها وجهی را به شرط زیاده رد و بدل کرده‌اند. بنا بر معیارهای تشخیص شروط مخالف مقتضای عقد، هر آنچه مخالف قصد جدی متعاملین باشد و همچنین محتوا و مضمون عقد را مخدوش نماید، به‌طور قطع شرط خلاف مقتضای عقد محسوب می‌شود.

البته دیدگاه دیگری نیز در رابطه با شرط ضامن عامل در قرارداد مضاربه مطرح شده است. مطابق این دیدگاه چنین شرطی مخالف مقتضای عقد مضاربه نیست؛ زیرا امین بودن عامل از احکام شرعی مضاربه است نه از مقتضای عرفی قرارداد مضاربه. مفاد عرفی مضاربه عبارت است از اینکه مالک، سرمایه در اختیار عامل قرار دهد تا عامل با آن تجارت کند تا سود را با هم تقسیم کنند اما اینکه ضرر بر عهده کیست جزء مفاد قرارداد مضاربه نیست. البته از آنجاکه بر طبق شریعت عامل امین قرار داده شده است، این شرط مخالف حکم شرع مبنی بر امین بودن عامل است؛ ثانیاً، آنچه در ماده ۸ قرارداد مضاربه آمده شرط جبران ضرر بانک است و این با اصل امین بودن عامل منافاتی ندارد؛ یعنی درعین حال که مفاد قرارداد اعلام می‌کند که ضرر بر عهده مالک است عامل به عنوان شرط فعل متعهد می‌شود که ضرر مالک را جبران کند؛ پس این شرط اصلاً مخالف امین بودن عامل نیست.

### ۳. مخالفت مجموعه شروط ضمن عقد با مقتضای عقود مشارکتی بانکی

یکی از مسائل قابل توجه در عقود مشارکتی این است مجموعه شروط ضمن عقد در تنافی با مضمون و مفهوم حقیقی عقد قرار دارد. در واقع چنانچه این شروط به‌صورت مجزا از جهت فقهی بررسی شود، بی‌اشکال باشد ولی در کنار سایر شروط، نتایجی را در پی بیاورد

که قرارداد را از ماهیت و کارکرد واقعی و ماهیت اولیه خود خارج سازد؛ در واقع مجموعه این شروط با ذات، ماهیت و اهداف قرارداد در تناقض است. حال با توجه به معیارهای معرفی شده در تشخیص شروط مخالف مقتضای عقد، به نظر می‌رسد تفاوتی بین اینکه یک شرط مقتضای عقد را مخدوش نماید یا اینکه مجموعه شروط در کنار هم چنین نتیجه‌ای در برداشته باشد، وجود ندارد. اگر مبنای مخالفت با مقتضای عقد حفظ محتوای عقد به عنوان امر لَبّی و معنوی باشد، مجموعه شروط نیز می‌تواند محتوای عقد را نیز بر هم بزند هر چند شروط به صورت مجزا مشکل فقهی نداشته باشند. اگر مجموعه شروط آثار شرعی و عرفی معامله را نفی کند، دیگر اثری از عقدی که مورد قصد و انشای متعاملین بوده است، باقی نمی‌ماند. در واقع آنچه که در عدم مخالفت شروط با مقتضای عقود موضوعیت دارد حفظ ماهیت و مقومات عقد است. حال اگر متعاقدين با گنجاندن شروط متعددی ماهیت قرارداد را تغییر دهند، اماره قابل اتکایی برای اثبات این مسئله است که گویا آنها از ابتدا قصد واقعی برای محقق شدن عقد در چارچوب صحیح خود را نداشته‌اند.

در قرارداد مشارکت مدنی علاوه بر ماده ۱۱ که در مورد تضمین سود در فرض عدم تحقق سود بود، در سطر آخر ماده هشت آمده است: «افزایش هزینه‌ها تأثیری در میزان سهم‌الشرکه مندرج در این قرارداد نداشته باشد». به نظر می‌رسد اگر بانک به دنبال اجرای حقیقی مشارکت بود باید به ضوابط قرارداد مشارکت ملتزم می‌شد و در فرضی که شریک در مسیر اجرای موضوع مشارکت هزینه‌ای متحمل می‌شد، بانک به همان میزان به سهم‌الشرکه او اضافه می‌کرد. همچنین در ماده دوازده آمده است 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 در یک مشارکت واقعی تعیین قیمت باید به صورت توافقی صورت گیرد یا اینکه بحث قیمت‌گذاری به یک نهاد مرضی‌الطرفین واگذار می‌شد که با حفظ منافع طرفین قیمت‌گذاری را به صورت منصفانه انجام دهد.

در ماده هفده تصریح شده است: «دفا تر و صورت حساب‌های بانک در هر مورد معتبر و غیر قابل اعتراض است و تشخیص تخلف از مقررات یا هر یک از شرایط و تعهدات این قرارداد با بانک بوده و تعبیر و تفسیر بانک مورد قبول شریک است»؛ همچنین 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». اگر بانک قصد واقعی از اجرای مشارکت داشته باشد باید برای مشتری نسبت به اشتباه‌های احتمالی که ممکن است در محاسبه‌ها و اقدام‌های اجرایی رخ دهد، حق اعتراض قائل شود. احراز تخلف مشتری نیز باید به وسیله نهادی غیر از بانک صورت گیرد.

در ماده ۲۱ نیز 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 حاکی از عدم قصد بانک برای مشارکت واقعی است.

۱۰۹

همان‌گونه‌که از نظر گذشت، مجموعه این شروط بُعد مشارکتی بودن قرارداد مشارکت را منتفی می‌کند. اگر در نظام بانکی کشور چنین مشارکت مدنی منعقد شود که مطلق آثار آن سلب شده باشد؛ اولاً، با فضای عرف هماهنگ نیست؛ ثانیاً، مورد امضای شرع نیست. در واقع سلب جمیع آثار این عقود به منزله نفی مشارکت است. عقدی را که نزد عرف هیچ نشانی از مشارکتی بودن ندارد، نمی‌توان مشارکت نامید، حتی اگر غرض عقلایی هم از انعقاد آن وجود داشته باشد؛ چراکه عقود از امضائات عرفی هستند و زمانی که عرف آن را نمی‌پذیرد در فضای شریعت هم امضا نمی‌شود؛ به عبارت دیگر اگر چیزی متعلق به فضای عرف باشد، شارع همان را امضا می‌کند در نتیجه سعه و ضیق آن نیز منوط به فهم عرف است. به نظر می‌رسد درج بسیاری از شروط ضمن قرارداد گویای آن است که بانک به لوازم و شرایط اجرای قرارداد مشارکت مدنی متعهد نیست و قصد و انگیزه واقعی برای اجرای قرارداد ندارد؛ بنابراین می‌کوشد قرارداد مشارکت مدنی را در واقعیت، تبدیل به قراردادهای مبادله‌ای سازد. در حقیقت مجموعه شروط ضمن عقد مقتضای قرارداد را که مشارکت در سود و زیان است، مخدوش می‌نماید.

اگر این توضیحات برای اثبات مخالفت مجموعه این شروط با مقتضای عقود مشارکتی کافی نباشد و نتوان عدم قصد واقعی بانک و مشتری از انعقاد عقود مشارکتی را از آن استنباط کرد، قطعاً می‌توان به این شروط از حیث مخالفت با اصل عدل و انصاف اشکال

کرد؛ زیرا یکی از شرکا با سوءاستفاده از موضع قدرت خود شروطی را به صورت یک طرفه و غیر منصفانه به دیگری تحمیل می‌کند. موارد یادشده در قراردادهای بانکی نشان می‌دهد عنوان شروط تحمیلی بر بسیاری از شروط بانکی صادق است، زیرا توازن میان دو طرف قرارداد وجود ندارد. بانک موضع بالاتری نسبت به گیرندگان تسهیلات دارد؛ همچنین مفاد قرارداد به گونه‌ای طراحی شده است که منافع بانک را به عنوان یک طرف قرارداد تأمین می‌کند. سوم اینکه گیرنده تسهیلات نیز قدرت چانه‌زنی ندارد؛ لذا یا باید این قرارداد را با شرایطش بپذیرد یا رد کند. نهایت اینکه به دلایلی گیرنده تسهیلات خود را از مراجعه به بانک ناگزیر می‌بیند. بر این اساس، شرایط تحقق شروط تحمیلی در قراردادهای بانکی یادشده صدق می‌کند. این در حالی است که در نظام حقوقی اسلام از منظر فقهی با استناد به لزوم رعایت عدالت در قراردادها، بر ضرورت تأمین منافع طرفین قرارداد تأکید شده است. بر همین اساس در مسیر قراردادهای بانکی باید بر مرز انصاف حرکت کرد. حال آنکه این مسئله در نظام بانکی ایران در زمینه تنظیم و انعقاد قراردادهای بین بانک و مشتری کمتر رعایت می‌شود به نحوی که در متن قراردادهای شروط متعددی گنجانده می‌شود که قرارداد را به سمت و سوی یک طرفه شدن هدایت می‌کند.

در پایان به نظر می‌رسد، بررسی و ارزیابی مجموعه شروط ضمن عقد خواه از منظر مخالفت با مقتضای عقد خواه از منظر مخالفت با اصل عدل و انصاف می‌تواند موضوع پژوهش‌های آتی قرار گیرد. در این مقاله سعی شده است زمینه طرح این مسئله به صورت یک شبهه علمی فراهم شود.

### جمع بندی و نتیجه گیری

در منابع فقهی برای صحت و نفوذ شرط، شرایطی در نظر گرفته شده است، از جمله اینکه شرط، با مقتضای قرارداد منافات و مخالفت نداشته باشد؛ شرطی که با مقتضای قرارداد منافات دارد ناصحیح شمرده می‌شود. مقتضای عقد محور اصلی انشای متعاقدين است و شامل مقومات عقد و آنچه که به مدلول مطابقی عقد بازگشت دارد و مضمون حقیقی را تشکیل می‌دهد، می‌شود.

برای تشخیص شروط ضمن عقد معیارهایی معرفی شده است که معتبرترین و قوی‌ترین آن، مخالفت با قصد جدی است. قاعده فقهی تبعیت عقد از قصد با فحوای خود مؤید این معیار است. بر این اساس اگر مفاد شروط به‌گونه‌ای باشد که همه آثار مترتب بر عقد را سلب نماید، به‌صورت جدی‌تری در تنافی با مقتضای عقد قرار می‌گیرد؛ چراکه خالی‌بودن عقد از جمیع آثارش مستلزم لغویت عقد است و اماره‌ای است بر اینکه عقد به‌صورت جدی و به قصد انشاء از سوی متعاقدین صورت نگرفته است. مطابق این دیدگاه مقتضای عقد به معنای مضمون حقیقی و مدلول واقعی عقد است که قوام عقد به آن وابسته است و همچنین شامل آثار عرفی مترتب بر عقد نیز می‌شود؛ به‌گونه‌ای که از نظر عرف، عقد قابلیت جدایی از این آثار را ندارد؛ بنابراین مرجع تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد، عرف است.

۱۱۱

برای اثبات بطلان شروط خلاف مقتضای عقد به ادله‌ای همچون استحاله ذاتی عمل به عقد و شرط، تعارض بین ادله وفای به شرط و ادله صحت عقد، عدم شمولیت ادله امضای عقود و مخالفت با کتاب و سنت استناد شده است. البته اجماع نیز به عنوان یکی از دلایل مطرح شده است که با وجود ادله دیگر و با توجه به مدرکی بودن آن حجت نیست. با توجه به اینکه در تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد، معتبرترین معیار، مخالفت با قصد جدی دانسته شد، در رابطه با تحدید دایره شروط خلاف مقتضای عقد باید قائل شد که این شروط شامل هر آنچه که از نظر عرف با مضمون عقد مخالفت و تعارض داشته باشد، می‌شود. بر همین اساس نه‌تنها بین مضمون شرط با مضمون عقد نباید از حیث دلالت مطابقی تنافی وجود داشته باشد، بلکه حتی نباید بین شرط و وقوع عرفی بیع هم تعارضی وجود باشد.

در رابطه با موافقت یا مخالفت شروط ضمنی در قراردادهای مشارکتی بانک مرکزی ج.ا.ا. دو رویکرد فقهی وجود دارد. بر اساس رویکرد نخست این شروط از جمله ماده ۱۱ قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی، ماده ۸ قرارداد مضاربه و مجموعه شروط مندرج در عقود مشارکتی، با ازبین‌بردن مضمون و مفهوم حقیقی قرارداد، وقوع عرفی آن را مخدوش می‌نماید؛ به‌نحوی که دیگر عرف این عقود را مشارکتی نمی‌داند؛ لذا این شروط خلاف مقتضای عقد محسوب می‌شوند؛ اما رویکرد فقهی مقابل از صحت این شروط و موافقت

آن با مقتضای عقود مشارکتی دفاع می‌کند هر چند درج این شروط را منافی کارکرد و اهداف واقعی عقود مشارکتی می‌دانند و از این جهت به آن اشکال وارد می‌کند.

## منابع و مأخذ

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم؛ حاشیة المکاسب؛ ج ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۲. اصفهانی، محمدحسین کمپانی؛ حاشیة کتاب المکاسب؛ ج ۵، چ ۱، قم: أنوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
۳. انصاری، مرتضی؛ المکاسب؛ ج ۶، چ ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۴. ایروانی، علی بن عبدالحسین نجفی؛ حاشیة المکاسب؛ ج ۲، چ ۱، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دانشنامه حقوقی؛ چ ۴، تهران: انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۶.
۶. جوادی آملی، «درس خارج فقه»، ۱۳۹۱ (پایگاه اینترنتی مدرسه فقهات؛ [www.eshia.ir](http://www.eshia.ir))
۷. حسنی، هاشم معروف؛ نظریة العقد فی الفقه الجعفری؛ چ ۱، بیروت: منشورات مکتبة هاشم، [بی تا].
۸. حلّی، حسن بن یوسف؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ۱۰، چ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۴ق.
۹. خمینی، سیدروح‌الله موسوی؛ کتاب البیع؛ ج ۵، چ ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام، ۱۴۲۱ق.
۱۰. خویی، سیدمحمدتقی موسوی؛ الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود؛ ج ۱، چ ۱، بیروت: دار المؤرخ العربی، ۱۴۱۴ق.
۱۱. عاملی، زین‌الدین؛ مسالک‌الافهام؛ ج ۴، چ ۱، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ق.
۱۲. علامه حلّی، حسن بن یوسف؛ قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام؛ ج ۲، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.



۱۳. علوی رضوی، سیدیحیی؛ «شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه»، فصلنامه اقتصاد اسلامی؛ س ۹، ش ۳۳، ۱۳۸۸.
۱۴. محقق کرکی، علی؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ۸، چ ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۴ق.
۱۵. مراغی، سیدمیرعبدالفتاح؛ العناوین الفقهیة؛ چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.

