

اصل یا استثنا بودن مشروعیت عقود مشارکتی

علیرضا عالی پناه*
الهام قدسی**

تاریخ تأیید: ۱۳۹۷/۱۰/۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۴

چکیده

در حالی که قرن معاصر، قرن رشد طلایی اقتصاد و تحولات عمده در شیوه‌های تجارت است زندگی اجتماعی مستلزم آن است که اشخاص گرد هم آیند و سرمایه، نیرو و اعتبار خویش را کنار یکدیگر گذاشته، به فعالیتهای تولیدی، تجاری و غیر اینها بپردازند. برای تنظیم این امر، قراردادهایی در نظر گرفته شده که بخش خاصی را تحت عنوان مشارکات (عقود مشارکتی) به خود اختصاص داده است تکنیک حقوقی مشارکت در نظام حقوقی ما از گذشته از مفاهیمی بوده است که به جهت جلوگیری از انحطاط جامعه اسلامی و در مواردی خاص تجویز شده است همانند عقد شرکت، مضاربه، مساقات و مزارعه ولی مشروعیت کلی مشارکتهای هیچ‌گاه استنباط نگردیده است در مقاله حاضر با بررسی اینکه آیا این عقود اصولاً موافق قاعده یا مخالف قاعده هستند خواهیم دید اعتلای اقتصادی جامعه اسلامی و همسانی نظام اقتصادی در داخل و خارج و استفاده از سرمایه‌گذاری‌های خارجی مستلزم اخذ مجوز کلی برای این عقود است البته تمهیداتی برای برون‌رفت از مشکلات شرعی این عقود هم لازم است.

واژگان کلیدی: غرر، مال معدوم، اصل صحت.

* استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (alipanah_a@yahoo.com).

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (elgh17406@gmail.com).

مقدمه

سابقاً در خصوص موانع مشروعیت عقود مشارکتی همچون غرر مقالاتی تدوین گردیده همچنین در خصوص شرکت اعمال از آیت الله سبحانی مقاله‌ای در مجله فقه اهل بیت به چاپ رسیده که به برخی موانع مشروعیت این عقد من جمله غرر و تملیک مال معدوم به اختصار اشاره می‌نمایند لیکن مشروعیت کلی عقود مشارکتی و اصل یا استثنابودن مشروعیت این عقود هیچ‌گاه مورد بررسی قرار نگرفته است که در مقاله حاضر به این امر خطیر می‌پردازیم. در عقود مشارکتی طرفین برای به دست آوردن سود کنار هم قرار می‌گیرند و روبه‌روی هم نیستند و از تراضی و عقد نوعی اتحاد برای رسیدن به سود مشترک یا ثمره مشترک به وجود می‌آید، لیکن به دو دلیل موافق قاعده بودن انعقاد عقود مشارکتی مورد بحث بوده و می‌باشد

اولاً - وجود غرر، همان‌طور که ذکر شد طرفین در عقود مشارکتی بایکدیگر متحد می‌شوند تا سودی به دست آورند و آن سود را بین خود تقسیم کنند ولی ممکن است سود هیچ‌گاه به دست نیاید و عوض مال و یا کاری که در این اتحاد نهاده شده، احتمالی است و ریسک متهورانه هم موجب غرر و از حیث قواعد فقهی ممنوع است و اسلام هم بر معاملات و روابط اقتصادی سالم و غیر غرری و غیر ربوی تأکید بسیاری دارد

ثانیاً - تملیک مال معدوم، در این معاملات آنچه یکی از ارکان معامله و در حقیقت مورد معامله است سودی است که هنوز به وجود نیامده است و قواعد عمومی قرار داد که اشاره به معلوم و معین بودن موضوع معامله به‌طور کامل می‌نماید، به استثنا بر میخورد پس چگونه چنین مالی مورد تملک قرار می‌گیرد؟

با ممنوعیت‌های فوق، لزوم استفاده از قالب‌های شرعی از سوی شرع مقدس اسلام ضرورت می‌یابد و در برخی متون فقهی این‌طور عنوان شده است که شرکت عقد شرعی است و نفوذ آن موقوف به اذن قانونگذار است و از این مبنا استنتاج شده که اصل عدم شرکت است چراکه از شراکت غرر برمیخیزد و معلوم نیست هر شریک در برابر کاری که می‌کند چه به دست می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ص ۳۲).

اما اعتلای اقتصاد و افزایش رفاه اجتماعی مستلزم وجود چنین قراردادهای است و در صورت عدم مشروعیت چنین قراردادهای در جامعه با مشکلات اقتصادی فراوانی

روبه می‌گردیم فلذا در تعارض بین مشروعیت و عدم مشروعیت دچار چالش می‌گردیم که آیا اصل، به دلایل فوق عدم مشروعیت این عقود است و مشروعیت به‌عنوان استثناء پذیرفته شده یا اصل مشروعیت است و عدم مشروعیت استثناء است

برخی حقوقدانان و اقتصاد دانان در پی برون‌رفت از این تعارضات برآمده‌اند به‌عنوان مثال شهید صدر که به حق می‌توان ایشان را پدر علم اقتصاد اسلامی معتقدند، روش تبیین مذهب اقتصاد اسلامی تکوین و ساخت نیست از دیدگاه ایشان برای کشف قواعد اصلی مذهب اقتصادی اسلام (به‌عنوان زیربنا) باید احکام و ضوابط فقهی را به (عنوان روبناها) ترکیب و جرح و تعدیل کنیم و درنهایت به کشف قواعد اساسی مذهب اقتصادی اسلام نایل ایم نه اینکه هریک از احکام را جداگانه و مستقل بررسی کنیم ایشان معتقدند برخی مفهوماً محتوی برخی احکام را روشن می‌سازد و فهم آن احکام را از نصوص قانونی مربوط میسر می‌گرداند (صدر، ۱۴۱۷، ص ۳۷۰-۳۷۸).

فلذا اگر به نظر ایشان استناد کنیم با استثنایی در زمینه مشروعیت عقود مشارکتی مواجه نیستیم و اصل مشروعیت این عقود را می‌توان، استنباط نمود در این گفتار نظریات مخالفان و موافقان، در زمینه اصل مشروعیت یا استثنابودن عقود مشارکتی مورد بررسی قرار می‌گیرد

سابقاً در خصوص موانع مشروعیت عقود مشارکتی همچون غرر مقالاتی تدوین گردیده آقای عباس موسویان در مقالات خود به بررسی ضابطه غرر و بررسی ضابطه غرر و ریسک و میزان تأثیر گذاری غرر در عقود جدید پرداخته‌اند همچنین در خصوص مفهوم عرفی غرر و تفاوت آن با ریسک و اقل و اکثر آن آقای رضا راعی و علی سعیدی کتابی تحت عنوان مبانی مهندسی مالی و مدیریت ریسک دارند

برخی محققین همچون آقای توکلی و شاکری شمس نیز به تحلیل ماهیت عقود مشارکتی از راه بررسی روبناها و زیر بناهای اسلامی و طرق کشفی پرداخته‌اند همچنین در خصوص شرکت اعمال از آیت‌الله سبحانی مقاله‌ای در مجله فقه اهل بیت به چاپ رسیده که به برخی موانع مشروعیت این عقد من جمله غرر و تملیک مال معدوم به اختصار اشاره می‌نمایند لیکن مشروعیت کلی عقود مشارکتی و اصل یا

استثنا بودن مشروعیت این عقود هیچ‌گاه مورد بررسی قرار نگرفته است که در مقاله حاضر به این امر خطیر می‌پردازیم

۱. خلاف قاعده بودن عقود مشارکتی

در این بند ابتدا به تبیین خلاف قاعده بودن عقود مشارکتی و سپس دلایلی که مخالفان برای استثنا دانستن عقود مشارکتی دارند می‌پردازیم

۱-۱. تبیین خلاف قاعده بودن

به نظر مخالفان اصل مشروعیت عقود مشارکتی، مشروعیت این عقود به‌طور کلی استنباط نمی‌گردد مگر آن دسته از عقودی که صراحتاً تشریح شده باشند و به بیانی دیگر این عقود بنا به دلایلی که ذیلاً ذکر خواهد شد خلاف قاعده دانسته شده‌اند

طبق قاعده فقهی الناس مسلطون علی اموالهم اصولاً ربحی که از مال حاصل می‌شود متعلق به مالک است و عامل صرفاً برای عملی که انجام می‌دهد مستحق اجرت المثل می‌باشد فلذا تقسیم سود و تعلق سود به شخصی که مالک (سرمایه) نمیباشد موافق قاعده مزبور نیست

مضافاً طبق قاعده شفافیت و نهی غرر براساس حدیث معروف (نهی‌النبی عن بیع‌الغرر) آن گروه از معاملاتی که در اثر خدعه و غفلت و جهالت در میزان عوضین و شرایط و ضوابط وصف غرری پیدا می‌کند و خطر نابودی مال یک طرف وجود دارد از دایره قراردادهای مجاز خارج و محکوم به فساد دانسته است در عقود مشارکتی نیز به جهت مشخص نبودن امکان سود دهی و میزان سود، غرر وجود دارد و این عقود شفافیت لازم را ندارند

قاعده ممنوعیت اکل مال به باطل نیز دلیل دیگری است، از نظر اسلام اکل مال به باطل، حرام می‌باشد به‌عنوان مثال در قرارداد مشارکت مدنی بانکها، مشتری به‌عنوان شریک حق رجوع و فسخ قرارداد را در ضمن عقد خارج لازم از خود سلب می‌نماید که موجب اکل مال بالباطل می‌گردد و بدیهی است که اسقاط این حق تنها با تحقق عقد خارج لازم و به‌صورت واقعی و معقول با دریافت عوضی متناسب میسر است (قلیچ و

ملاکرمی، ۱۳۹۳، ص ۸).

فلذا به جهات فوق مشروعیت کلی عقود مشارکتی خلاف قاعده دانسته شده است و این عقود صرفاً به صورت استثنا قابل پذیرش هستند
دلایل خلاف قاعده بودن عقود مشارکتی نیز به شرح ذیل خلاصه می‌گردد

۱-۲. دلایل

به طور کلی سه دلیل را مخالفان برای استثنا دانستن عقود مشارکتی بیان مینمایند که شامل اصل توقیفی بودن عقود و غرری بودن و لزوم تملیک مال معدوم و لزوم اکل مال بالباطل میباشد

۱-۲-۱. اصل توقیفی بودن قراردادها

۱۷۳

حقوق اسلامی / اصل یا استثنا بودن مشروعیت عقود مشارکتی

در نگاه دینی جهان به مثابه مملوک باری تعالی دیده می‌شود اصل فقدان حق مکلفین در تصرف در طبیعت که مملوک خداوند است می‌باشد و این شارع است که اذن تصرف را با حدود و قیودی به عباد داده است و شارع است که حق دارد نحوه تصرفات حقوقی و از جمله عقود را روشن کند و طرفین با اراده آزاد خود نمی‌توانند موجد و مشرع عقود باشند در فقه عقد امری شرعی است که شارع آنرا ایجاد نموده است (مستقیم یا از طریق حجیت بخشی به سیره عقلا) و حجیت ازسوی خداوند است زیرا او مالک حقیقی است و هم او باید اذن در تصرف در اموال و شیوه آن را به مکلفین ابلاغ نماید این نگاه منجر به توقیفی دیدن عقود می‌گردد (بیگدلی، ۱۳۹۴، ص ۱۲۵).

به گفته برخی از فقها اصل توقیفی بودن عقود به اذن شارع در میان فقها حجت معظم است بر این مبنا که اصل معاملات فساد و بطلان است نه جواز (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۲۰، ص ۳۰۲ / اردبیلی، ۱۴۱۴، ص ۵۲) همچنین برخی با این عبارات که آیه «أوفوا

۱. إذا عرفت ما ذکرناه فنقول: ان مقتضى الأصل في كلِّ معاملة شك في صحتها، و لم يوجد دليل عليها هو الفساد، لأنَّ صحة كلِّ عقد عبارة عن كونها بحيث يترتب عليها آثارها المتوقعة عنها، كالتملك في البيع، و تمليك المنافع في الاجارة و قلب الملكية المعينة الى الملكية المشاعة في الشركة، و هو أمر حادث؛ فكل حادث يشك في حدوثه؛ فالأصل فيه عدمه، و هو معنى فساد المعاملة. و من هنا قالوا: ان الأصل في المعاملات؛ الفساد. فادعى عليه الاجماع

بالعقود» شامل عقود متداول در زمان نزول آیه است و هرگونه تراضی که خارج از عقود باشد دلیلی بر اعتبار آن در دست نیست پس باطل است)) پیرو دیدگاه مزبور را ناینی دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۱۳۷-۱۳۸).

وفق این قاعده در زمانی که شک داریم اطراف معامله برای انعقاد معامله ازاد هستند یا عقود توقیفی هستند باید به عناوین عقود مراجعه نمود هر جا آن عقد از مصادیق آن عقد مشروع و معین بود محکوم به حکم آن است و به صحت آن حکم می‌شود در غیراینصورت غیرمشروع است چون دلیلی بر صحت آن وجود ندارد و ادله شرعی مشمول آنچه می‌شود که از عهد قدیم وجود داشته‌اند و شامل امور مستحدثه نمی‌گردد (اردبیلی، ۱۴۱۴، ص ۵۱).

با پیش فرض توقیفی بودن عقود معینه صحت مشارکتها موقوف به اذن شارع می‌باشد و اوفو بالعقود نیز تنها از انواعی از شرکت را دربرمی‌گیرد که توسط شارع تأیید شده باشد و سایر عقودی که از آن ذکر به میان نیامده فاقد مجوز شرعی هستند و حکم امر به و فاء شروط مشمول این عقود نبوده و در نتیجه مجرد تراضی موجب لزوم و خروج از اصل و انتقال مالکیت و فائده عمل یکی به دیگری نبوده در نتیجه اصل بر عدم شرکت و باقی ماندن حق هریک بر نتیجه عمل خود می‌باشد (آریان‌کیا، ۱۳۹۴، ص ۹۵) فلذا به استناد توقیفی بودن عقود اصل مشروعیت عقود مشارکتی استنباط نمی‌گردد

مضافا اصل اولی در باب معاملات فساد است یعنی اگر معامله‌ای انجام شود و در صحت آن معامله شک شود علما اصاله الفساد را جاری می‌کنند (انصاری، ۱۴۱۵، ص ۳۴۰) دلیل آن این است که صحت و ترتب اثر بر معامله امری توقیفی است و نیاز به تأیید و امضاء شارع دارد و امضا و جعل مزبور امری حادث و نیازمند ثبوت شرعی است در واقع اصل صحت در مقابل اصل فساد و بطلان که مبتنی بر اصل استصحاب است شک و تردید ایجاد می‌شود که چه باید کرد آیا استصحاب رجحان دارد یا اصل صحت (عرفانی، ۱۳۸۳، ص ۲۵-۱۰۱) بنابر اصاله الفساد اگر معامله جدیدی واقع شود و

در صحت آن شک کردیم اصاله الفساد را بر آن بار می‌کنیم چونکه قبول آن معامله و ترتب اثر بر آن نیاز به تأیید شارع دارد و این معامله حادث است و در قدیم نبوده پس مورد تأیید شارع واقع نشده لذا الان شک در صحت آن می‌کنیم استصحاب عدم ترتب اثر بر آن معامله را بار می‌کنیم و اوفو بالعقود نیز تنها انواعی از عقود را در بر می‌گیرد که توسط شارع تأیید شده باشد و سایر عقودی که از آن ذکر به میان نیامده فاقد مجوز شرعی هستند فلذا با این استدلال اصل بر عدم مشروعیت کلی عقود مشارکتی است

۲-۲-۱. تملیک معدوم

مخالفان خلاف قاعده بودن عقود مشارکتی اینطور استدلال می‌کنند که در تملیک سود در عقود مشارکتی یا نباید بگوییم سود معلوم و مشخص نیست و چون سود معلومی و معینی نیست و در واقع تحقق آن محتمل است تملیک آن نیز تملیک معدوم تلقی می‌گردد و یا باید بگوییم سود محقق است و تحقق سود توسط شریکی تضمین می‌شود که ایراد محتمل بودن و معلوم و معین نبودن را منتفی سازیم که در ذیل به تحلیل هریک از این دیدگاهها می‌پردازیم

محقق کرکی در جامع المقاصد می‌گوید ملکیت عرضی از اعراض است و به اصطلاح فلسفی از مقولات متاصل است و همانگونه که سفیدی و سیاهی نیاز به محلی برای ظهور و بروز دارد مالکیت نیز احتیاج به محل و موضوع دارد و تا ملکیت امکان پذیر نباشد تملیک هم که ایجاد ملکیت است ممکن نخواهد بود به تعبیر دیگر آنچه موجود نیست مملوک هم نیست و آنچه مملوک نیست تملکش غیر ممکن است (کرکی، ۱۴۱۱، ج ۹، ص ۱۴۵) فلذا طبق این نظر در عقود مشارکتی که سودی به‌طور معلوم و معین به وجود نیامده و به وجود آمدن آن محتمل است، تملک چنین مالی غیر ممکن است

آیت‌الله شاهرودی در کتاب المضاربه خود در خصوص معدوم بودن تملیک سود در عقود مشارکتی می‌فرماید مقتضای قاعده بطلان در مضاربه و مزارعه و مساقات است چراکه تملیک از سوی طرفین عقد تضمینی نیست چراکه تملیک به شرط حصول ربح و نماء است و این صحیح نیست مضافاً تملک عامل از حصه‌ای از منافع و نمائات از ابتدا

خلاف قاعده است چون منافع به تبع اصل ایجاد می‌شود و تا فعلی عامل انجام نداده حصه‌ای به وی تعلق نمی‌گیرد و اگر بگوییم در طول مضاربه و مزارعه و مساقات مالک می‌شود باطل است چراکه ما تملیک منجز و بالفعل را می‌خواهیم و این تملیک بالفعل نیست و اگر تملیک معلق بر ربح خارجی را بخواهیم تعلیق در عقد است که باطل است (هاشمی شاهرودی، ۲۰۱۲، ص ۲۲) مضافاً مالک بر موضوع (نماء) سلطنت ندارد تا بتواند آنرا انتقال دهد یا شخصی را در آن شریک کند.

ممکن است گفته شود اگر شریک ایجاد سود را تضمین کند دیگر با مشکل تملیک مال معدوم مواجه نیستیم اما اولاً تضمین سود توسط شریک یا عامل ایراد عدم معلوم و معین بودن سود را از بین نمیبرد مضافاً تضمین سود توسط شریک نیز با مشکلات دیگری روبه‌رو است اولاً - عامل مانند ربا گیرنده به تنهایی ریسک سرمایه را تحمل می‌کند پس باید سهم سود مالک هم مال او باشد بنابراین تحمیل زیان بر وی موجب بی‌عدالتی و تحمیل ضرر قراردادی بر غیرمنتفع است (ایروانی، ۱۳۹۳، ص ۷۳) ثانیاً - حکم به ضمان از احکام شرعی است و جعل احکام شرعی از اختیار افراد خارج است ثالثاً - مطابق قاعده ربح ما لم یضمن (سود بدون عهده) که به معنای سود در رابطه‌ای است که سود برنده هیچ نوع تعهد یا ضمانتی ندارد بر مبنای این قاعده اگر پول یا هر مال دیگری به عنوان قرض یا به شرط تضمین اصل و سود در اختیار شخصی قرار گیرد از دایره سود اوری اسلامی خروج کرده و مشروعیت سود از بین می‌رود فلذا احتمال ورود ربا در آن می‌رود و سود ناشی از مشارکت تلقی نمی‌گردد فلذا سود دوران مشارکت نیز از مصادیق تملیک مال معدوم دانسته شده (علی‌اکبری، مقدم و عباسپور، ۱۳۹۵، ص ۹۶) فلذا به جهت لزوم تملیک مال معدوم اصل مشروعیت این عقود استنباط نمی‌گردد.

۳-۲-۱. غرری بودن

احتمالی بودن سود در عقود مشارکتی غرری، بودن این معاملات را دربر دارد در توضیح این استدلال از سوی کسانی که معاملات مشارکتی را غرری می‌دانند پس از تبیین مفهوم غرر به بررسی جریان غرر در عقود مشارکتی می‌پردازیم

غرر اصطلاحی شرعی نیست بلکه دارای مفهوم عرفی است از نظر لغت شناسان غرر اسم مصدر از تعزیر است و به معنای در معرض هلاکت قرار گرفتن می باشد حضرت امیر میفرماید غرر عملی است که شخص با انجام آن از زیان در امان نباشد (انصاری ۱۴۱۰، ج ۱۱، ص ۶۵).

فقهای امامیه در مورد واژه غرر در حدیث نبوی نهی النبی عن بیع الغرر، اختلاف نظر دارند (هادوی تهرانی، ۱۳۷۸، ص ۳) از گفتار اهل لغت چنین نتیجه گرفته که در معنای غرر، مجهول بودن اخذ شده است شهید اول با عنایت به اینکه غرر غیر از جهل است، رابطه آنها را عموم و خصوص من وجه می داند، صاحب جواهر غرر را به معنای خطر گرفته است، البته نه مطلق خطر، بلکه خطری که ناشی از جهل به اوصاف و مقدار مورد معامله باشد در حقیقت صاحب جواهر معاملات غرری را مترادف مجهول می داند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۸۳) محقق ایروانی غرر را به چیزی که ظاهر آن مشتری را فریب می دهد و باطن آن مجهول است تعبیر نموده است (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۹۳). همان طور که در مقدمه اشاره شد در عقود مشارکتی سودمشارکتی که طرفین به دنبال آن هستند احتمالی است و در واقع عوض مال یا کاری است که ناشی از اتحاد طرفین است یعنی ظن ایجاد آن می رود ولی ممکن است هیچ گاه به دست نیاید و اندازه آن را نمی توان بدقت معین نمود (کاتوزیان، ۱۳۶۸، ص ۶) وقاعدتا جهل به آنچه قرار است به تملیک در آید موجب ضرر است فلذا احتمالی بودن سود در عقود مشارکتی غرری بودن این معاملات را دربر دارد.

از سوی دیگر استدلال شده مستنبط از قسمتی از آیه ۲۷۵ سوره بقره که میفرماید (أحل الله البیع) ما دلیلی بر صحت معاملات غرری نداریم و آیه فوق هم شامل بیع فاسد نمیشود و با اضافه نمودن نهی نبوی بیع غرری نمونه ای از مصادیق بیع فاسد محسوب می شود فلذا به این دلیل معاملات غرری باطل دانسته شده (نجفی، ۱۴۰۰، ج ۲۲، ص ۳۷۸) بیع نیز که در روایت صدر الذکر از نبی ذکر گردیده خصوصیتی ندارد و از باب مثال ذکر شده فلذا غرر در سایر معاملات و قراردادهای نیز جاری است (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۹۵). و چون در عقود مشارکتی، میزان سودی که به دست میاید مشخص نیست و از آنجا که عقود احتمالی نیز تحریم شده اند به این معنا که علت بطلان عقود احتمالی،

غرری بودن آن است می‌توان تنقیح مناط کرده و حکم غرر را به سایر عقود نیز تعمیم بدهیم یعنی باتوجه به اینکه علت نهی، غرری بودن است و حکم نیز دائر مدار علت است لذا هر جایی که غرر تحقق یافت، حکم آن نیز می‌آید مگر آنکه دلیلی بر جواز آن معامله غرری وجود داشته باشد

در نتیجه می‌توان از قول مخالفان عقود مشارکتی اینطور استدلال نمود، از آنجا که مقررات حاکم بر عقود به دو بخش امری و تکمیلی تقسیم می‌شود و خلاف مقررات امری نمی‌توان تراضی نمود اجتناب از غرر در معاملات جزئی از مقررات امری است و در تعاملات اقتصادی تحت غرر، در نتیجه رفاه اجتماعی کاهش پیدا می‌کند و وقتی عدم تقارن اطلاعات یا جهل وجود دارد سبب ریسک غیرمتعارف می‌گردد (درخشان و واعظ برزی، ۱۳۹۳، ص ۱۲۳) در این عقود احتمالی بودن و جهل به میزان و مقدار آن به اندازه‌ای است که قابل چشم پوشی نیست فلذا این معاملات باطل هستند

۴-۲-۱. لزوم اکل مال به باطل

خداوند در آیات مختلفی از قرآن می‌فرماید: «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتَدْلُوا بِهَا إِلَى الْأَحْكَامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ» (بقره: ۱۸۸)، «اموال یکدیگر را به ناشایست نخورید و آن را به رشوه، به حاکمان ندهید، تا بدان سبب، اموال گروه دیگر را به ناحق بخورید و شما خود می‌دانید». «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ، أَلَا أَنْ تَكُونُ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...» (نساء: ۲۹) ای کسانی که ایمان آورده اید، اموال یکدیگر را به ناحق نخورید، مگر آنکه تجارتي باشد که هر دو بدان رضایت داده باشید.

باطل، از ریشه بطل، به معنای نابودی و ناپایداری و منظور از باطل، هر چیزی است که ناحق و بی هدف و غیرعقلانی باشد و مقابل حق قرار دارد. (ابن منظور، ۱۴۰۵، ج ۱، ص ۵۶) از نظر اسلام، هر گونه تصرف در اموال و دارایی‌ها باید بر اساس حق و عدالت و بر مبنایی صحیح صورت گیرد و هر چه غیر از این باشد، حرام و باطل است.

باطل دو نوع است: باطل شرعی و باطل عرفی. چیزی که از ناحیه شرع بر بطلان آن تصریح شده باشد، باطل شرعی، نام دارد. مانند: ربا، قمار، ظلم، غصب و... چیزی که در

تشخیص و فهم عرف، باطل باشد، باطل عرفی نامیده می‌شود. اکنون باید دید منظور از باطل در این آیات چیست؟ باطل شرعی و یا عرفی؟

اگر مراد از (باطل)، باطل شرعی باشد، دامنه آن محدود و منحصر می‌شود به چند مورد مشخص که در شرع بیان شده است. در نتیجه، بسیاری از موارد باطل را دربر نمی‌گیرد. حال آن که، باطل به موارد خاص محدود نمی‌گردد و با معنای عام و گسترده‌ای که دارد، همه را شامل می‌شود. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳، ص ۹۳) امام خمینی نیز به غیر از باطل شرعی، باطل عرفی را نیز ملاک قرارداده‌اند (خمینی، ۱۴۱۰، ص ۶۴).

مرحوم علامه طباطبایی در توضیح این آیه معتقدند که تمام اموال متعلق به جمیع مردم است اما شارع از راه وضع قوانین عادلانه اموال را بین مردم تقسیم کرده تا تصرف و مالکیت آنها را به حق تعدیل شود و در نتیجه ریشه‌های فساد را قطع گردد و تصرفات خارج از قوانین باطل است و ایشان همچنین آورده که آیه عمومیت دارد و تمام تصرفات ناروا را دربرمی‌گیرد و ذکر قمار و... از باب انحصار نیست و مصداق است (طباطبایی، [بی‌تا]، ص ۵۲).

آیت‌الله شاهرودی نیز در کتاب مضاربه خود در باب ایرادات به صحت عقود مشارکتی استدلال می‌نمایند که ... از قسمت اخیر آیه «ألا تكون تجارة عن تراض منكم» نیز نمی‌توان صحت عقد را نتیجه گرفت چراکه این قسمت ناظر به بیع و خرید و فروش است و شامل عقود مشارکتی مضاربه و اکل مال و حصه‌ای از ربح از جانب عامل از مالک نمی‌شود و به عبارتی اساس اجرت یا مشارکت در سود تجارت محسوب نمی‌شود و با عموم تجارت عن تراض صحت عقد مضاربه اثبات نمی‌گردد. هر چند با حیلۀ بتوان این معاملات را شرعی وانمود نمود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳، ص ۲۷).

از فقهای معاصر آیت‌الله فاضل لنکرانی عنوان می‌نمایند اگرچه برخی از عقود مثل عقود مشارکتی حکمت دارند ولی نمی‌توان صرفاً به این حکمت استناد کرد و این حکمت دلیل شرعی قلمداد کردن عقد نمی‌تواند باشد طبق قاعده فقهی (الناس مسلطون علی أموالهم) اصولاً ربحی که از مال حاصل می‌شود متعلق به مالک است و عامل صرفاً برای عملی که انجام می‌دهد مستحق اجرت المثل می‌باشد مثلاً اگر کسی پولی به معماری بدهد بگوید این ۱۰ قطعه زمین را برای خانه‌سازی تهیه کن و بفروش و ربح

آن را تقسیم کنیم این عقد صحیح نیست چون ربح حاصل از مال متعلق به صاحب پول است نه کسی که خریده و فروخته است اگرچه این عقد حکمت دارد ولی علت عقد محسوب نمیشود و حکم دایر مدار حکمت نمی تواند باشد این حکمت نمی تواند دلیلی بر حکم شرعی تلقی گردد (لنکرانی - درس خارج، فایل صوتی مضاربه جلسه ۸)؛ فلذا طبق نظر ایشان هم اکل سودی که متعلق به مالک آن است ازسوی عامل اکل مال به باطل محسوب می گردد

باتوجه به نکات فوق نتیجه گرفته می شود که تصرف و استفاده از اموالی که به صورت ناحق باشد در قلمرو این قاعده و باطل است و شناسایی مصادیق ناحق نیز برمبنای عرف است و معاملات نامشروع نوین هم می تواند در این جرگه قرار گیرد فلذا قائلین به خلاف قاعده بودن عقود مشارکتی این عقود را اکل مال به باطل دانسته اند چراکه بر طبق اصل توقیفی بودن عقود صرفا عقود مشارکتی صحیح دانسته شده اند که در شرع از آنها نام برده شده فلذا مشروعیت عقود دیگر مشارکتی خلاف اصل است اما در مقابل گروهی به طور کلی عقود مشارکتی را موافق قاعده می دانند که ابتدا با تبیین موضع ایشان به بررسی دلایل آنها می پردازیم

۲. موافق قاعده بودن عقود مشارکتی

برخلاف گروه نخست برخی اعتقاد به اصل بودن عقود مشارکتی دارند و این عقود را استثنا میدانند که ابتدا به تبیین نظر ایشان و سپس دلایل این گروه می پردازیم

۲-۱. تبیین اصل صحت عقود مشارکتی

احکام اجتماعی اسلام که موضوعات بسیاری را من جمله روابط اقتصادی دربرمی گیرد جهت تنظیم روابط اقتصادی جوامع انسانی وضع گردیده و جاودانگی اسلام مستلزم پاسخگویی به نیازهای اعصار و قرون است و این امکان از طریق اجتهاد پویا و متحول فراهم می آید و باب اجتهاد و تحول در فقه توسط خود معصومین □ مفتوح شده است آنجا که فرمودند «علینا القای الأصول و علیکم أن تفرعوا» (حرر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۷، ص ۶۲) وظیفه ما تعلیم اصول است و شما خود باید فروع را با آن تطبیق

دهید و توجه به مبانی عقلایی و عرف شکل گرفته بر پایه آن (بنای عقلا) یکی از راهکارهای تحول اجتهاد و پویای آن است و باتوجه به اینکه عمده احکام اسلام امضایی است می توان پذیرفت که اسلام به روابط و تحولات اجتماعی مبتنی بر عرف عقلایی به عنوان بستر شکل گیری قواعد و نظام حقوقی نگاه ویژه ای دارد فلذا برخی عقود که حقیقت عرفیه هستند اگر موضوع آنها تغییر کند حکم آنها نیز تغییر می کند و تغییر موضوع نیز تابعی از تغییر و تحول عرف جامعه است بنابراین می توان گفت تغییر عرف در تغییر حکم موثر است و تحول اجتماع و عرف سبب توسعه مورد حکم یا تضییق آن می گردد

به نظر موافقان آیه لا تاكولو اموالکم ... الا ان تكون تجاره عن تراض به هر نوع تجارتي نظر دارد و نظر به تمام استثنائات دارد و عقود مشارکتی از باطل ها هم نیست آیه اوفو بالعقود هم که دلالت بر بروفا کلیه عقود می نماید به جز آنچه با دلیل از آن خارج شده است و عقود مشارکتی از عموم این آیه خارج نشده است

وقاعده فقهی المومنون عند شروطهم شرط الزام و التزام به صورت مطلق همه عقود را دربر می گیرد و مقتضی عمومات و جوب وفا به هر آنچه انسان ملزم شده است می باشد از المومنون عند شروطهم عمل به عهد و قرار و لزوم تعهد بر مومن است چه اسم شرط بر آن باشد یا نه

از طرفی دو هدف اصلی شارع در نظام اقتصادی اسلام (ایجاد ثروت و پیشرفت) و (عدالت اقتصادی در جامعه) است و هر توصیه و نسخه اقتصادی که این دو پایه را بتواند تأمین کند معتبر است (بیانات مقام معظم رهبری در دیدار با مسئولان اقتصادی و دست اندرکاران اصل ۴۴ قانون اساسی، ۱۳۸۵/۱۱/۳۰، khamenei.ir).

۲-۲. دلایل

دلایل موافق اصل بودن عقود مشارکتی اولاً عمومات صحت قرارداد و نفی لزوم غرر و نفی لزوم تملیک مال معدوم و نفی اکل مال به باطل میباشد که به تشریح این دلایل میپردازیم

۱-۲-۲. عمومات صحت و نفوذ قراردادها

آیات متعددی در رابطه با لزوم وفای به عهد و قرارداد نازل شده است که در صورت افاده عمومیت از آنها، دلیلی بر عدم انحصار عقود خواهد بود در آیه اوفو بالعقود به نظر برخی فقها همچون امام خمینی الف و لام کلمه العقود استغراقی بوده و افاده عموم می نماید (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۷۰) فلذا لزوم وفای به عهد و پیمان، اختصاص به عقود زمان شارع نداشته و هر نوع معامله و قراردادی را که دارای آثار حقوقی است شامل می شود و عدم نهی شارع و عمومات ادله نیز برای مشروعیت کلیه قراردادها بین مردم کافی است

در آیه تجاره عن تراض نیز این آیه از حیث نوع و ماهیت معامله شامل همه عقود معین و نامعین است و موضوع آن به طور مستقیم، مال یا تعهد بر انجام عملی است که منتهی به انتقال مال شود و اعتبار و مشروعیت هر عقد ناشی از تراضی طرفهای مربوط به آن را تأیید می کند زیرا واژه تجارت حقیقت شرعیه ندارد و منظور از آن عملی مطلق است که عرفاً به آن تجارت گفته می شود و دلیلی بر تقید آن به عقود معین وجود ندارد اصل توقیفی بودن عقود نیز به نظر می رسد با تمسک به آیات و تفاسیر فوق و روایت «الناس مسلطون علی أموالهم» و روایت المومنون عند شروطهم زیر پا نهاده شده و برای نفوذ و لزوم تراضی به عنوان عقد بر اذن شارع تکیه نشده و هر نوع توافق و تراضی را که در عرف و سیره مسلمین قراردادی مشروع تلقی شود صحیح و لازم الوفا تلقی می گردد چراکه عناوین عقود را انحصاری نیست و شارع قالب و عنوان ویژه ای برای معاملات اختراع نکرده و صرفاً معاملات متداول میان افراد جامعه را امضا نموده است فلذا تفاوتی بین عقد شرعی و عرفی نیست (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۱۷/خوئی، ۱۴۰۳، ج ۳، ص ۳۰).

النهاییه می توان گفت فقهای متاخر من جمله امام خمینی و مرحوم نایینی به عدم انحصار عقود شرعی معتقدند بر طبق این نظر هر نوع عقد و قراردادی که بین متعاملین، مطابق عمومات و اطلاعات ادله معاملات تحقق یابد، صحیح و مشروع خواهد بود هر چند که در قالب یکی از عقود متعارف فقهی نبوده باشد ایشان درباره توقیفی بودن عقود می فرمایند:

البته در صدر اسلام، بیشتر معاملاتی که امروزه متداول است، جریان داشته، ولی تعبدی نبوده که حتماً شارع اشاره کند فلان معامله صحیح است یا فاسد، بلکه شارع هر عقد و قراردادی که بین دو نفر صورت می‌گیرد آن را تنفیذ کرده چه سابقه دار باشد چه نباشد مگر این که دلیلی بر خلافش داشته باشیم (مطهری، ۱۳۶۱، ص ۸۱).

آیت‌الله نائینی نیز بعد از احراز ضرورت عقلی برخی از مفاهیم حقوقی دنیای مدرن، اصراری به انطباق آنها بر مفاهیم فقهی ندارد و بدین سان از دیدگاه توقیفی بودن عقود فاصله می‌گیرد و آیه «اوفوا بالعقود» را اختصاص به عقود متعارف و معهود فقهی نمیدهد، و برای آیه «تجاره عن تراض» نیز عمومیت قائل است. (نائینی، ۱۳۷۳، ص ۷۸-۱۰۴).

۲-۲-۲. نفی لزوم تملیک معدوم

در خصوص نفی لزوم تملیک مال معدوم ابتدا در خصوص مفهوم معدوم بهتر است توضیحی را ارائه دهیم همان‌طور که در مقدمه اشاره شد یکی از عللی که عقود مشارکتی را خلاف قاعده دانسته‌اند تملیک مال معدوم است در تعریف معدوم گفته شده که به دو دسته تقسیم می‌گردد معدوم مطلق و معدوم ذاتی یا مجامع، قید مطلق برای بیان چیزی است که به هیچ وجه هستی ندارد یعنی هم در ذهن معدوم است و هم در خارج. یعنی چیزی است که نمی‌توان از آن خبر داد. و اما «عدم ذاتی» عبارت است از لیسیت ذاتیه و لا اقتضائیت ذات؛ یعنی اینکه ذات شیء به خودی خود نه اقتضای موجود شدن دارد و نه اقتضای معدوم شدن، (فیاضی، [بی‌تا]، جلسه ۱۰۴) پس ابتدا باید به این موضوع پرداخت که آیا سود، معدوم مطلق یا مجامع است درست است در سود حاصل از عقود مشارکتی، حین العقد مالی موجود نیست که تملیک شود ولی طرفین با این قصد که از این مشارکت سودی حاصل می‌شود و امکانات و مقتضیات به وجود آمدن سود را هم خود فراهم آورده‌اند و در حقیقت استعداد و اقتضا اگر با عدم مانع جمع گردد نتیجه را برای ایشان حاصل می‌نماید و می‌توان عدم مانع را هم ریسک طبیعی عنوان نمود که در هر معامله‌ای می‌تواند وجود داشته باشد و تنها در معاملات شدت و ضعف دارد پس مال ممکن الوجودی تملیک می‌گردد نه معدوم در حقیقت این معدوم استعداد به وجود آمدن را دارد و به اصطلاح

معدوم مجامع است فلذا ایراد تملیک مال معدوم در این عقد متصور نیست
 آیت الله شاهرودی و در خصوص عدم سلطنت مالک برای انتقال یا واگذاری سود
 حاصله از ازاصل در عقد مضاربه چنین استدلال می نمایند ... نما حاصل از اصل متعلق
 مالک است و سلطنت وی فعلی است و در مورد مملوک منوط به آینده است مانند
 منفعت آینده ملک و بیع ثمره برای سالهای آینده، مالک نما مال خود را برای آینده
 می تواند انتقال دهد چون به تبع اصل مال، مالک آن است و تملیک در اینجا معلق بر
 وجود نما است و در تملیک تعلیق لازم است اما این مقدار تعلیق موجب بطلان نیست
 در ادامه میفرمایند در مضاربه و مساقات و مزارعه و شرکت، فروش نما قبل از حصول
 آن و خارج شدن از مال مشتری از مستحدثات شرعی اسلامی نیست و از باب ولایت
 مالک بر مال خود است و تبعیت نما از اصل در ملکیت هم منافی با حصول آن در
 ملک غیر با اذن مالک و التزام او نیست چراکه این حق را مالک به جهت تسلط خود به
 نسبت سود به غیر، منتقل می کند و نماء شی مثل خود شیء حق مالک است و منافاتی با
 ظهور و تحقق در ملک غیر با اذن مالک ندارد وقاعده تبعیت نما از اصل به معنی ذیحق
 نبودن مالک برای ایجاد حق انتفاع غیر در مالش در ضمن عقد نیست و شاهد بر این
 عرفی بودن و عقلایی بودن بین مردم است و این امر از ارتکازات عقلی است (هاشمی
 شاهرودی، ۲۰۱۲، ص ۲۶).

۲-۲-۳. نفی لزوم غرر

چالشی که در خصوص صحت عقود مشارکتی مطرح می گردد غرری بودن این عقود
 است حال با توجه به عمومات صحت عقود و قراردادها باید مشخص کرد چه نوع
 غرری موجب بطلان می شود؟ چه غرری مؤثر است؟ ریسک با غرر آیا تفاوت دارد؟
 چه میزان ریسک موجب بطلان است؟

به نظر می رسد احتمال به خطر افتادن سرمایه به دلیل جهل یکی از طرفین قرارداد، از
 مهم ترین معیارهای غرری باشد که موجب بطلان می گردد و تشخیص به عهده عرف
 است و اگر معامله ی عرفا غرری باشد در نتیجه مورد نهی شارع است و به همین خاطر
 برخی فقها در کتب خود به عرفی بودن غرر تصریح کرده اند (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱،

ص ۲۵۶ / انصاری، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۳۷۱) عرف عقلا نیز هرگونه ضرری را موجب تحقق غرر نمی‌داند و فقط اگر در معامله‌ای ضرر فاحشی به یکی از متعاقدین از ناحیه جهل به عوضین صورت بگیرد آن معامله را غرری می‌دانند بنابراین غرر و ضرر ناشی از جهالتی موجب بطلان عقد است که قابل تسامح عرفی و عادی نباشد (مغنیه، ۱۴۲۱، ص ۱۳۳) فلذا غرری مؤثر است که به حدی باشد که موجب اتصاف معامله به آن شود بنابراین تسامح و عدم تسامح عرفی ملاک غرر و عدم غرر است

اصولا غرر امری نسبی است و از حیث زیادی و کمی بسته به زمان و مکان می‌تواند متفاوت باشد البته برخی از فقها غرری را مؤثر می‌دانند که موجب ضرر و زیان گردد نه هر غرری و به نظر برخی فقها غرری که مربوط به خود مورد معامله باشد نه لوازم و توابع معامله، مؤثر در صحت معامله است و (حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ج ۸ ص ۴۹۳) اینکه منظور از توابع چیست؟ برخی توابع را تفسیر به شرط مجهول و یا آنچه موجب زیان نشود دانسته (همان، ص ۵۰۰).

مهم‌ترین رکن در غرر مؤثر در معامله ایجاد ضرر و زیان باشد (من إضرار بطریق المسلمین فهو ضامن) اضرار به غیر چه جزئی و چه کلی حرام است اما اگر مشتری راضی باشد و با علم به ضرر معامله بنماید و یا وقتی ضرر دائر مدار اقل و اکثر شود حکم ضرر منتفی است

غرر در حقیقت نوعی عدم اطمینان در ارکان یک قرارداد تلقی می‌گردد که می‌تواند به پدید آمدن خطر برای یکی از طرفین قرارداد یا هر دو بیانجامد به بیانی دیگر غرر را به عنوان نااطمینانی مضاعف و ریسک ناشی از کمبود اطلاعات نیز می‌توان تلقی نموده نظر فقیهان جدید نشان می‌دهد که عدم اطمینان صرف، برای غرری شدن معامله کفایت نمی‌کند (موسویان و علیزاده اصل، ۱۳۹۴، ص ۱۰) ریسک در زبان عرف عبارت است از خطری که به علت عدم اطمینان از وقوع حادثه‌ای در آینده پیش می‌آید و هر نوع نوسات در عایدی را نیز ریسک تعریف کرده‌اند (راعی و سعیدی، ۱۳۸۳، ص ۴۵) که از دید اقتصادی ریسک برای پیشرفت اقتصادی و خلق ثروت ضروری است و موجب ایجاد شغل و رفاه می‌گردد و اگر تنها احتمال موفقیت بیشتر را بدهیم می‌توان مشروعیت معاملاتی را که داری ریسک هستند تأیید کرد (موسویان و علیزاده اصل،

۱۳۹۴، ص ۸۸).

به طور کلی ورود در هر نوع فعالیت اقتصادی مستلزم پذیرش نوعی ریسک است و دین اسلام تمام ریسک‌ها را منع نکرده است و حتی ضمن تبیین ملازمه بین خلق ثروت با پذیرش ریسک نوعی پذیرش خطر را تشویق کرده و نمونه آن ممنوعیت ریا است از جمله حکمت‌های تحریم ریا حکمت اقتصادی است که بر اساس آن هرکسی بخواهد در سود ناشی از فعالیت شراکت داشته باشد ضرورت دارد تا در خسارت و زیان نیز شراکت کند بنابراین یکی از حکمت‌های تحریم ریا نبود ریسک در آن است که سرمایه‌گذار هرگز در برابر خطرها قرار نمی‌گیرد.

به نظر امام خمینی معلومیت عرفی برای نفی غرر کفایت می‌کند اگرچه علم به جمیع جهات تعلق نگرفته باشد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۲۳۸) البته معلومیت باید به گونه‌ای باشد که طرفین معامله متضرر نشوند پس ریسک باید به میزانی باشد که ضرر احتمالی را متفی یا به حداقل برساند.

به بیان دیگر اگر اصل سرمایه در معرض هلاکت قرارگیرد یا سود کمتری نسبت به سود مورد انتظار کسب شود این معامله غرری است ولی اگر فرد میان سود حداقلی و حداکثری معامله ابهام داشته باشد چنین معامله‌ای غرری نیست (موسویان و علیزاده اصل، ۱۳۹۴، ص ۶۹).

آیت‌الله شاهرودی نیز در کتاب الشریکه خود می‌فرماید دلیلی بر بطلان به سبب غرر در عقد شرکت و مضاربه و مانند آنها که احتمال ضرر و خسارت در آن است نمی‌باشد چراکه بطلان به سبب غرر مخصوص عقد بیع است و این خلاف ارتکاز عرفی است چراکه عقد شرکت از عقود مبادله‌ای است و احکام خاصی بر آن مترتب است عقد شرکت از جانب هریک از شرکا است به استفاده و استرباح از مالش به دیگری عینا یا منفعتا فلذا به نظر می‌رسد مبتنی بر نظر ایشان چون این عقد مبتنی بر مسامحه است غرر در آن متصور نیست (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۴، ص ۳۰-۳۲).

۴-۲-۲. نفی اکل مال به باطل

درمباحث پیشین بیان شد که آیه ۲۹ سوره نساء حرمت تصرف در مال دیگران را از

روی غصب را بیان می‌نماید اما این آیه قسمت دومی را که تجارت از روی رضایت طرفین استثنا شده است استثنای بکاررفته اگر استثنا متصل باشد مستثنی منه اکل اموال به نحو مطلق خواهد بود و کلمه بالباطل برای بیان وضعیت اکل مال است طبق این آیه هرگونه اکل مال ممنوع شده و وصف آن باطل بون این اکل است مگر اکل از روی تراضی باشد فلذا تنها راه تصرف در مال دیگری منحصر تراضی است اما تفسیری نیز وجود دارد که مبین این امر است که قید بالباطل احترازی است و اکل مالی ممنوع است که ناشی از اسباب صحیح نباشد پس تصرفی که ناشی از تراضی باشد صحیح تلقی می‌شود فلذا دلیلی بر بطلان عقود مشارکتی که بر مبنای رضایت طرفینی شکل می‌گیرد وجود ندارد و دعوی اینکه این شرط (اکل مال با تراضی) خلاف شرع است چراکه نماء و ربح تابع اصل است و نمی‌توان خلاف آن شرط کرد اینطور پاسخ داده شده که اخراج اصل از ملک یا یکی از عقود منافی اصل تسلیط و سلطه مالک نیست مضافا در خصوص صحت این شرط همچنین گفته شده که باید بطلان چنین شرطی شرعا حکم میشد و تازمانی که چنین حکمی نداریم اصل بر صحت است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳، ص ۵۲-۵۹).

از سوی دیگر، در عصرهای پیشین و در صدر اسلام و نیز در بستری که اسلام تولد یافت، بنا به مقتضیات زمان و مکان و شرایط و اوضاع و احوال خاص آن روزگار، بر اشیاء و اموری باطل اطلاق می‌شده است و کارها و اقداماتی به عنوان اکل مال به باطل به حساب می‌آمده است که در زمان ما، آن گونه نیست. فقها، داد و ستد عناصر و اشیایی را که مالیت ندارند و منافع عقلایی برای آنها متصور نیست، باطل شمرده‌اند. روشن است که در گذشته، به خاطر نبود این پایه از دانش و تکنولوژی و بهره‌وری گسترده از منابع طبیعت و سرعت در جابجایی کالا و مبادلات و عرضه سریع خدمات، عرف و عقلاء عناصر و کالاهایی را بی ارزش می‌پنداشته‌اند. از آب، خاک، باد و آتش به جز منافع محدودی که در جوامع قدیم و غیرپیشرفته داشته، نمی‌شناخته‌اند. ولی در جهان امروز، تحولات عمیق و گسترده و تسخیر طبیعت و شناخت منافع بی شمار عناصر اربعه و دیگر پدیده‌ها، چنان دامنه بهره‌وری، آن هم بهره‌وری‌های حیاتی، گسترش یافته، که کمتر چیزی می‌توان یافت که منافع عقلایی و حلال، نداشته باشد. از

این روی، در شناخت (باطل) و مصادیق آن، باید اصل زمان و مکان را در نظر داشت

نتیجه

همان‌طور که مذکور افتاد در عقود مشارکتی این چالش مطرح گردید که جواز کلی این عقود با موانعی روبه‌رو است من جمله اصل توقیفی بودن عقود از لحاظ شرعی و از آنجا که سود یکی از ارکان عقد مشارکت است و در حین عقد تعیین تکلیف می‌گردد چگونه ممکن است مالی که هنوز به وجود نیامده تقسیم نمود و به بیانی دیگر در این عقد مال معدوم مورد تملک قرار می‌گیرد و از طرفی رسیدن به سود امری احتمالی است و با معلوم و معین بودن مورد معامله که از ارکان عقد صحیح است در تعارض بوده و به اصلاح عقد را به جهت عدم اطلاع کافی از نتیجه آن غرری می‌گرداند در مقابل گروهی این عقود را موافق قاعده و به‌طور کلی صحیح دانسته‌اند و در پاسخ به چالشهای کسانی که این عقود را خلاف قاعده می‌دانند بدین شرح پاسخ داده‌اند که جاودانگی اسلام مستلزم پاسخگویی به نیازهای اعصار و قرون است و این امکان از طریق اجتهاد پویا و متحول فراهم می‌آید فقه پویا و در حال پیشرفت است و لازمه‌ی شریعت اسلام تطبیق با شرایط موجود و طبق آیات و روایات متعدد و همچنین قواعد فقهی من جمله اوفوا بالعقود و تجاره عن تراض و الناس مسلطون علی اموالهم، اصل توقیفی بودن عقود در سیر تحولات متروک گردیده و شریعت موافق با انعقاد کلیه عقود است مگر نص صریحی بر عدم جواز آن موجود باشد و در خصوص تملیک مال معدوم در این عقود نیز پاسخ داده شده که با تقسیم بندی مال معدوم به معدوم مطلق که اصلاً استعداد وجود ندارد و معدوم مجامع که قابلیت وجود دارد چراکه تملیک سود معدوم مجامع است و ازسویی تعلیق در به وجود آمدن هم مانع تملیک نمیشود و با توجه به نیازهای روز به چنین عقود صحیح تلقی شده‌اند در عقود مشارکتی هم می‌توان از این قاعده پیروی نمود در خصوص غرر هم که مهم‌ترین دلیل مخالفان با این عقود است پاسخ داده شده که هر غرری به هر میزانی موجب بطلان نمی‌گردد و غرر باید موجب زیان حتمی الحصول گردد و سرمایه کاملاً در معرض هلاکت قرارگیرد و ازسویی باید بین غرر و ریسک تفاوت نهاد علی‌ایحال با جمیع جهات فوق به‌نظر می‌رسد عقود

مشارکتی در جوامع اسلامی و برای جلوگیری از انحطاط اقتصادی امری اجتناب ناپذیر هستند لیکن برای آنکه عقود مشارکتی را از غری بودن خارج سازیم می‌توانیم عدم اطمینان در ارکان قرارداد را با دسترسی به اطلاعات بیشتر و برطرف کردن کاستی‌های اطلاعاتی داده عدم اطمینان را تبدیل به ریسک نماییم و ریسک مربوط به آینده دارایی را با کوشش در جهت شفافیت و اطلاعات حداکثری محدود نموده و عدم اطمینان ناشی از محدودیت در اطلاعات را که باعث دشوار شدن ارزیابی و کسب نتیجه‌های نامطلوب می‌گردد را با شفاف کردن موضوع قرارداد و لوازم و تعهدات و نوع و برنامه کسب و کار و بودجه و اطلاعات اثر گذار بر ارزش موضوع قرارداد و وضعیت اعتباری شخص مقابل مانند ملائت را تبدیل به ریسک قابل تحمل نمود که شرعیت پذیرای آن است مضافاً دو هدف اصلی شارع در نظام اقتصادی اسلام ایجاد ثروت و عدالت اقتصادی جامعه است فلذا طبق فرمایشات مقام معظم رهبری موقتی به صورت کلان به زمینه اقتصاد اسلامی نگاه می‌کنیم هر روش اقتصادی و هر توصیه و نسخه اقتصادی که این دو پایه را بتواند تأمین کند معتبر است هر نسخه‌ای هر چه هم مستند به منبع علی‌الظاهر دینی باشد و نتواند این را تأمین کند اسلامی نیست (بیانات مقام معظم رهبری در دیدار با مسئولان اقتصادی و دست‌اندرکاران اصل ۴۴ قانون اساسی ۱۳۸۵/۱۱/۳۰ www.khamenei.ir)؛ فلذا با این مبانی می‌توانیم بگوییم اصل بر مشروعیت عقود مشارکتی است و بطلان آن استثنا بر این اصل است

منابع

۱. آریان‌کیا، رضا و احسان معدولیت؛ نظام حقوقی قراردادهای مشارکت (جوینت ونچر) در عرضه صنعت و تجارت داخلی و بین‌المللی؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۴.
۲. ابن منظور، محمدبن مكرم؛ لسان‌العرب؛ بیروت، دار صادر، ۱۴۰۵ق.
۳. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۲۳، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۸۲.
۴. انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ ج ۱، ۳ و ۴، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۵. انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ ج ۱۱، ۱، قم: مؤسسه الهادی، ۱۴۱۰ق.
۶. انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ ج ۳، قم: انتشارات اسماعیلیان، ۱۳۷۲.
۷. ایروانی، جواد؛ «بررسی قاعده انحصار منشأ کسب درآمد به کار»، دوفصلنامه آموزه‌های فقه مدنی؛ ش ۹، بهار و تابستان ۱۳۹۳.
۸. ایروانی، علی‌بن حسین؛ حاشیه مکاسب؛ تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۹. باقری، محمود و مصطفی بستانی؛ «تحول چهارچوب تجارت از ترتیبات قراردادی به شرکت‌های تجاری»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی؛ ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ص ۴۳۷-۴۵۹.
۱۰. بهاروندی، احمد؛ «تفاوت ماهوی معاملات مبتنی بر غرر و قراردادهای پوشش ریسک از منظر فقه امامیه»، راهبرد توسعه؛ ش ۱۸، تابستان ۱۳۸۸، ص ۲۳۹.
۱۱. بیگدلی، عطاءالله؛ «حاکمیت اراده در فقه امامیه، نظام رومی ژرمنی و حقوق ایران»، حقوق اسلامی؛ ش ۱۶، تابستان ۱۳۹۴، ص ۱۲۵.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد؛ حقوق مدنی (رهن و صلح)؛ ج ۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۷۸.
۱۳. حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل‌الشیعة؛ قم: مؤسسه آل‌البیت لإحياء التراث، ۱۴۰۹ق.
۱۴. حسینی عاملی، محمدجواد؛ مفتاح‌الکرامه فی الشرح قواعدالعلامة؛ ج ۱۳ و ۲۰، قم:

- دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ق.
۱۵. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح؛ العناوین الفقهية؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۱۶. حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف؛ تذکرة الفقهاء؛ قم: مؤسسه آل البيت □ لإحياء التراث، ۱۳۷۳.
۱۷. خمینی، سیدروح الله؛ الرسائل؛ ج ۱، قم: اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
۱۸. خمینی، سیدروح الله؛ تحریر الوسیلة؛ ج ۱، ج ۱، قم: مؤسسه دارالعلم، [بی تا].
۱۹. خمینی، سیدروح الله؛ کتاب البیع؛ ج ۳ و ۵، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی □، ۱۴۲۱ق.
۲۰. خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة؛ قم: مکتبه الدواری، ۱۴۰۳ق.
۲۱. درخشان، مرتضی و محمد واعظ برزنی؛ «تحلیل مقایسه‌ای غرر بر اساس نظریه بازی‌ها و نظریه قراردادها»، مجله اقتصاد اسلامی؛ ش ۵۶، زمستان ۱۳۹۳، ص ۱۱۹-۱۴۷.
۲۲. راعی، رضا و علی سعیدی؛ مبانی مهندسی مالی و مدیریت ریسک؛ تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۳.
۲۳. شهیدی، مهدی؛ تشکیل قراردادها و تعهدات؛ ج ۳، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۷۵.
۲۴. صدر، محمدباقر؛ اقتصادنا؛ قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
۲۵. طباطبایی، سیدمحمدحسین؛ المیزان فی تفسیر القرآن؛ ج ۲، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، [بی تا].
۲۶. علی اکبری بابوکانی، احسان، وحید مقدم و رضا عباسپور؛ «واکاوی فقهی قراردادهای آتی خاص و یکسان»، مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی؛ دوره ۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۵، ص ۹۳-۱۱۹.
۲۷. عرفانی، توفیق. مهر ۱۳۸۳. اصاله الصحة یا اصل صحت قراردادها» ماهنامه کانون، شماره ۵۳، ص ۲۵۱
۲۸. فیاضی، غلامرضا؛ بداية الحکمه؛ آرشیو سال ۶۲ و ۶۳، مدرسه فقهات فایل صوتی، جلسه ۱۰۴، [بی تا].
۲۹. قلیچ، وهاب و فرشته ملاکریمی؛ راهکاری جهت تقویت اصول شریعت در

- قراردادهای بانکی؛ بی جا، پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۹۳.
۳۰. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی عقود معین ج ۲ (مشارکت‌ها، صلح)؛ ج ۶، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۳.
۳۱. کرکی، علی بن حسین؛ جامع المقاصد؛ قم: مؤسسه آل‌البیت لإحياء التراث، ۱۴۱۱ق.
۳۲. مراغی، سید میر عبدالفتاح؛ العناوین الفقهیة؛ ج ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۳۳. مطهری، مرتضی؛ بررسی فقهی مسئله بیمه؛ تهران: میقات، ۱۳۶۱.
۳۴. مغنیه، محمد جواد؛ فقه الإمام الصادق؛ ج ۲ و ۳، قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق.
۳۵. مکارم شیرازی، ناصر؛ أنوار الفقاهة (کتاب البیع)؛ قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین، ۱۴۱۳ق.
۳۶. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم؛ فقه الشركة علی نهج الفقه والقانون؛ قم: منشورات مکتبه امیرالمؤمنین، ۱۴۱۴ق.
۳۷. موسویان، سیدعباس و محمد علیزاده اصل؛ «بررسی رابطه ریسک و غرر»، مجله اقتصاد اسلامی؛ ش ۵۹، پاییز ۱۳۹۴، ص ۶۵-۹۴.
۳۸. موسویان، سیدعباس و محمد علیزاده اصل؛ «بررسی ضابطه غرر در معاملات جدید»، دوفصلنامه تحقیقات مالی اسلامی؛ ش ۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۴، ص ۱۰.
۳۹. نایینی، محمدحسین؛ منیة الطالب فی حاشیة المکاسب؛ ج ۱، ج ۱، تهران: المکتبه المحمدیه، ۱۳۷۳.
۴۰. نجفی، محمدحسن؛ جواهرالکلام فی الشرح شرائع الإسلام؛ ج ۲، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۴۱. هادوی تهرانی، مهدی؛ «بررسی تحلیلی عقد شرکت»، مجموعه مقالات کنگره شیخ مفید؛ ش ۹۷، قم، حوزه علمیه، کنگره شیخ مفید، ۱۳۷۸، ص ۳.
۴۲. هاشمی شاهرودی، محمود؛ کتاب المضاربه؛ قم: مؤسسه فقه و معارف اهل بیت، ۱۴۳۳ق.
۴۳. هاشمی شاهرودی، سید محمود. ۱۴۳۴. ه کتاب الشركة، الطبعه الاولى قم: مؤسسه فقه و معارف اهل بیت