

Investigating the Criteria for Distinguishing the Nature of Contracts and its Implications on the Jurisprudential Evaluation of Financial Market Contracts¹

Mahdi Mazhar Gharamaleki²

Received: 2024/02/24

Accepted: 2024/05/29

Research Paper

Abstract

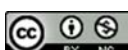
We see the creation of new contracts in the financial markets. The first question that arises in the jurisprudential examination of these contracts is whether the invented contract is really a new contract or an example of conventional contracts with minor changes. And basically, what is the criterion for judging the nature of a contract and distinguishing between different contracts? This issue has not been explicitly discussed in the words of the previous jurists, but from some of their fatwas, four views can be counted in this regard: 1) Differentiation of contracts based on the contract words; 2) Differentiation of contracts based on the customary understanding of that contract 3) Differentiation Contracts based on the intention of the parties from that contract 4) Differentiation of contracts based on the function of the transaction. In this article, by examining the evidence of these statements, the fourth statement is accepted as the criterion for determining the nature of a contract. Then some implications of this point of view are enumerated in the jurisprudential review of contracts and capital market instruments. The most important effect of this point of view the domain of the use of sharia remedies, the domain of the rule of conditions and the method of jurisprudence evaluation of new contracts.

Key Words: The Nature of Contracts, Invented Contracts, Custom, Function of Contract, Financial Markets.

JEL Classification: K12

1. doi: 10.22034/JSE.2024.12393.2242

2. Assistant Professor, Department of Economics, Faculty of Economics, Mofid University, Qom, Iran.





سازمان بورس و اوراق بهادار، مرکز پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی

فصلنامه بورس اوراق بهادار، ویژه نامه اولین همایش ملی بازار سرمایه، زمستان ۱۴۰۲، صص ۵۲-۳۳

بررسی ملاک تشخیص ماهیت عقود و دلالت‌های آن بر ارزیابی فقهی قراردادهای بازارهای مالی^۱

مهدی مظهر قراملکی^۲

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۱۲/۰۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۰۹

مقاله پژوهشی

چکیده

در شرایطی که هر روز شاهد ابداع عقود جدیدی در عرصه مبادلات اقتصادی به ویژه بازارهای مالی هستیم، نخستین پرسشی که در بررسی فقهی این عقود مطرح می‌شود این است که آیا قرارداد ابداع شده، عقدی جدید است یا مصداقی از عقود متعارف با تغییراتی جزئی است و اساساً ملاک قضاوت درباره ماهیت یک عقد و تمیز میان عقود مختلف چیست؟ این موضوع به صراحت در کلام فقهاء پیشین مورد بررسی واقع نشده اما از برخی فتاوی ایشان می‌توان چهار دیدگاه را در این باره احصا کرد: ۱) تمایز عقود به اعتبار الفاظ صیغه عقد ۲) تمایز عقود به اعتبار فهم عرفی از آن عقد ۳) تمایز عقود به اعتبار غرض متعاملین از آن عقد ۴) تمایز عقود به اعتبار کارکرد معامله. در نوشتار حاضر با بررسی ادله این اقوال، قول چهارم به عنوان معیار تعیین ماهیت یک عقد، پذیرفته شده است. در ادامه مقاله، برخی دلالت‌های این دیدگاه در بررسی فقهی عقود و ابزارهای بازار سرمایه بر شمرده شده است که از جمله مهم‌ترین آنها تأثیر بر قلمرو استفاده از حیل شرعی، قلمرو قاعده شروط و شیوه ارزیابی فقهی قراردادهای جدید است.

واژه‌های کلیدی: ماهیت عقود، قراردادهای جدید، عرف، کارکرد قرارداد، بازارهای مالی.

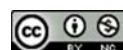
طبقه‌بندی موضوعی: K12.

doi: 10.22034/JSE.2024.12393.2242

۱. استادیار، گروه اقتصاد، دانشکده اقتصاد، دانشگاه مفید، قم، ایران. (mahdimazhar@gmail.com).

حق انتشار این مستند، متعلق به نویسندگان آن است. ۱۴۰۲ ©. ناشر این مقاله، سازمان بورس و اوراق بهادار است.

این مقاله تحت گواهی زیر منتشر شده و هر نوع استفاده غیرتجاری از آن مشروط بر استناد صحیح به مقاله و با رعایت شرایط مندرج در آدرس زیر مجاز است.



Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International license
(https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

مقدمه

از جمله اقتضائات دنیای مدرن، ابداع نهادها، ابزارها، ساختارها و قراردادهای جدیدی است که با هدف افزایش کارایی، کاهش هزینه مبادله، تسهیل تأمین مالی و پوشش ریسک فعالیت‌های اقتصادی به ویژه در بخش مالی اقتصاد انجام گرفته است که پرسش‌های فقهی جدیدی را پیش روی فقهاء گذاشته است. در فرایند بررسی فقهی قراردادهای جدید اولین پرسشی که فقیه باید به آن پاسخ گوید این است که آیا قرارداد ابداع شده، عقدی جدید است یا مصداقی از عقود متعارف است که تغییراتی در برخی اجزاء و شرایط آن پدید آمده است؟ پاسخ به این پرسش، تعیین‌کننده مسیر بررسی فقهی آن قرارداد است. زیرا اگر فقیه به این جمع‌بندی برسد که آن قرارداد، عقدی جدید است، برای بررسی مشروعیت آن قرارداد لازم است انطباق یا عدم انطباق شرایط عمومی صحت معاملات را بر آن مورد بررسی کند. این در حالی است که اگر آن عقد، مصداق یکی از عقود شناخته شده در فقه باشد، فقیه باید به بررسی انطباق احکام آن عقد بر عقد جدید بپردازد. بر این اساس در پژوهش حاضر پس از بیان دیدگاه‌های فقهای امامیه درباره ملاک تمایز عقود از یکدیگر که از خلال مباحث فقهی آنان در باب معاملات استخراج و تلاش شده است با استفاده از روش فقهی، این دیدگاه‌ها مورد نقد و بررسی قرار گیرد. در بخش دوم مقاله، لوازم دیدگاه مختار در بررسی برخی قراردادهای مورد استفاده در بازارهای مالی مطرح شده است.

پیشینه پژوهش

تا کنون پژوهش مستقلی در این زمینه انجام نگرفته است اما فقهای امامیه در خلال بحث‌هایی که درباره عقود و ایقاعات در کتاب‌های فقهی مطرح کرده‌اند، گاه به مناسبت بحث درباره صیغه عقود، حیل ربا، اعتبار عنصر قصد و اراده در عقود و ... به صورت غیرمستقیم متعرض این موضوع شده‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲: ۱۳۵ و ۱۴۱؛ خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۳۶۷). با این حال وحدت رویه‌ای در این زمینه حتی در میان فتاوای یک فقیه دیده نمی‌شود. به دلیل آن که این اقوال و ادله در ضمن مطالب آینده مطرح خواهد شد، از بیان تفصیلی این دیدگاه‌ها در این قسمت پرهیز شده است.

دیدگاه‌های مختلف درباره ملاک تمایز عقود از یکدیگر

از بررسی اقوال فقهاء امامیه در ابواب مختلف فقه معاملات، چهار دیدگاه درباره ملاک تشخیص ماهیت یک عقد و تمایز آن با سایر عقود به دست می‌آید که عبارتند از:

۱. تمایز عقود به اعتبار الفاظ صیغه عقد

برخی فقهاء معتقدند تمایز عقود از یکدیگر، تابع نحوه ابراز یک عقد است. چرا که عقد، یک ماهیت اعتباری است که قوام آن به ابراز است، بنابراین عقد به هر شکلی که ابراز شود، محقق خواهد شد. به عنوان مثال محقق حلی درباره شیوه واگذاری زمین به شخص دیگر برای کشاورزی می گوید:

اگر تنها زمین از آن یک شخص باشد و بذر و عمل و سایر عوامل به عهده دیگری باشد، انعقاد قرارداد به لفظ مزارعه صحیح است. همین طور است اگر زمین و بذر از یکی و عمل از شخص دیگر باشد یا این که زمین و عمل از یکی و بذر از شخص دیگر باشد. اما اگر این قرارداد به لفظ اجاره منعقد شود، به دلیل جهالت در عوض، صحیح نخواهد بود (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲: ۱۲۱).

بر این اساس در صورتی که شخصی منافع خانه اش را به مبلغی معین بفروشد، عقد بیع منعقد شده و اگر خانه اش را اجاره دهد، عقد اجاره منعقد شده است. مرحوم ایروانی در این باره می گوید:

از آنچه گفته شد معلوم می شود که هر کدام از بیع و هبه و صلح به منظور نقل عین و نقل منفعت به کار می روند و تنها بیع اختصاص به نقل اعیان ندارد چنان که توهم شده است، بلکه همان طور که جایز است که بگویی «خانه یا باغم را فروختم» جایز است که بگویی «منفعت خانه یا باغم را فروختم به فلان مبلغ» و این گونه نیست که تنها راه نقل منافع، اجاره باشد بلکه جایز است این کار با هر کدام از بیع و اجاره انجام شود (ایروانی، ۱۴۰۶، ۱: ۷۲).

از لوازم دیدگاه نخست این است که تنها با تغییر عنوان بدون آن که تغییری در کارکرد یک قرارداد رخ دهد، می توان قراردادی را که فاقد برخی شرایط صحت است، در قالب عقدی دیگر که شرایط صحت قرارداد نخست را ندارد یا همان عقد به شکلی دیگر، به صورت مشروع منعقد کرد.

شاید بتوان روایت زیر را بیانگر این دیدگاه به شمار آورد:

از امام صادق (ع) پرسیدم: مردی در زمین شخص دیگری زراعت می کند و با او چنین شرط می کند که ثلث محصول از آن صاحب بذر باشد و ثلث محصول از آن صاحب گاو؛ حضرت فرمودند: جایز نیست که برای بذر و گاو، سهمی از محصول قرار داده شود؛ فقط کلام است که حرام می کند (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۶۷).

روایت بالا، تعیین سهم برای گاو یا بذر را مخل به صحت مزارعه می‌داند، در حالی که اگر مالک بذر یا گاو بدون آن که سهمی از محصول را به گاو یا بذر اختصاص دهد، سهم خود را از محصول به همان میزانی که در حالت نخست بود افزایش دهد، قرارداد صحیح خواهد بود. این موضوع نشان می‌دهد همین تفاوت لفظی صرف، می‌تواند قراردادی را حلال یا حرام کند.

نقد و بررسی

این دیدگاه با چالش‌های نظری زیر روبرو است:

۱. پررنگ شدن نقش صیغه عقود

بر اساس این دیدگاه، صیغه عقود و شکل ابراز عقود ملاک تمایز عقود خواهد بود. این در حالی است که بررسی رویکرد شارع نسبت به عقود نشان می‌دهد عنصر لفظ و شیوه ابراز، نقشی در ماهیت عقود ندارد. در روایات فراوانی از ائمه علیهم السلام، نامی از عقود برده نشده و تنها به شیوه عملکرد دو طرف اشاره شده است. به عنوان نمونه امام صادق (ع) معامله‌ای را که در آن صاحب باغ و نخلستان به شخص دیگری می‌گوید: «در ازای نصف محصول این باغ، آن را آبیاری و آباد کن» تجویز کرده‌اند (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۶۸). دأب فقهای امامیه نیز، عدم اصرار بر صیغه عقود و شیوه ابراز عقد بوده و به جز برخی عقود و ایقاعات همچون نکاح و طلاق، در سایر عقود، قائل به مسامحه بوده‌اند و ابراز عقد را به هر لفظی که دلالت بر آن عقد کند، جایز شمرده‌اند. به عنوان نمونه محقق حلی درباره صیغه عقود عاریه، ودیعه و وکالت تصریح می‌کند که این عقود به هر لفظی که دلالت بر مفاد عقد کند تحقق می‌یابد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲: ۱۳۵، ۱۲۹، ۱۵۱).

۲. با عقلایی بودن عقود منافات دارد

عقود، از امور عقلایی هستند که به امضای شارع رسیده‌اند. از این رو در بررسی عناصر دخیل در ماهیت یک عقد، باید به عرف و سیره عقلا مراجعه شود؛ چنان که سید یزدی بیان می‌کند «هر عمل حلال عقلایی می‌تواند موضوع عقد اجاره ابدان قرار گیرد و هر مالی که عقلا حاضر باشند در مقابلش مالی بذل کنند، می‌تواند موضوع عقد بیع قرار گیرد.» (سید یزدی، ۱۴۰۹، ۲: ۶۲۳).

عقلا اگرچه صیغه عقد را نوعی مبرز عقد می‌دانند، اما ماهیت عقد را تابع صیغه عقد نمی‌دانند بلکه صیغه عقد را تا جایی که بیانگر ماهیت عقد باشد به عنوان مبرز می‌پذیرند و در صورتی که

بین ماهیت یک عقد و صیغه‌ای که آن عقد را انشاء می‌کند تعارض وجود داشته باشد، در صحت چنین انشایی تردید می‌کنند. فقها گاه از این موضوع به «عدم تطابق قصد و انشاء» یاد کرده و معتقدند در صورت عدم تطابق قصد و انشاء، عقد باطل خواهد بود. این موضوع به روشنی نشان می‌دهد ماهیت عقود نزد عقلا وابسته به صیغه عقد نیست.

۳. با ابتنای احکام بر مصالح واقعی در تعارض است.

وابستگی عقود به شیوه ابراز و صیغه عقد، راه را برای دور زدن احکام معاملات باز می‌کند و این امکان را می‌دهد که در صورتی که قراردادی فاقد ضوابط شرعی یکی از عقود متعارف باشد، بتوان با تغییر عنوان، آن را ذیل عقد دیگری قرار داده و آن را تصحیح کرد. این رویه در برخی فتاوی فقهای امامیه و پژوهشگران معاصر به چشم می‌خورد. به عنوان نمونه می‌توان به جایگزین کردن عقد صلح به جای بیع صرف برای دور زدن شرط تقابض در مجلس (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۴: ۲۶۹)، جایگزین کردن عقد صلح به جای بیع کالی به کالی (سید یزدی، ۱۳۷۶: ۲۴۷)، تصحیح عقد بیمه با استفاده از صلح (بهجت فومنی، ۱۴۲۸، ۳: ۱۵۴) و جایگزین کردن صلح به جای جعاله و مضاربه و شرکت برای منعقد کردن این عقود به صورت لازم (موسویان، ۱۳۹۱: ۳۱۳) اشاره کرد.

به جز برخی نحله‌های کلامی همچون اشاعره، غالب متفکران اسلامی معتقدند در مقام ثبوت، احکام شریعت بر مصالح و مفاسد واقعی استوار هستند (نجفی، ۱۴۰۴، ۲۲: ۳۴۴). اما در مقام اثبات، درباره امکان و روش فهم این مصالح و مفاسد اختلاف نظر فراوان وجود دارد. با این حال حتی اگر در مقام اثبات، امکان فهم ملاکات احکام را نپذیریم، باز هم این مقدار را درک می‌کنیم که مصالح و مفاسد احکام، ناظر به کارکرد و پیامدهای بیرونی آنهاست، از این رو تغییر صرف در شکل ابراز عقد بدون تغییر در کارکرد آن، نمی‌تواند باعث تغییر در مصالح و مفاسد آن عقد شود و گرنه چنین رویکردی، به طور عملی راه را برای استفاده از حیل گشوده و با فلسفه تشریع احکام در تعارض است. چنان که برخی فقها دقیقاً مبتنی بر همین استدلال، استفاده از حیل‌های ربا را منع کرده‌اند (خمینی، ۱۴۲۱، ۲: ۵۴۴).

۴. با مفاد برخی روایات ناسازگار است.

بر اساس این دیدگاه، ماهیت قرارداد چیزی جز آنچه ابراز می‌شود نیست، در حالی که در برخی روایات تصریح شده است که تمایز میان آنچه ابراز می‌شود و آنچه واقعاً هست، امکان‌پذیر است. به عنوان نمونه پیامبر اکرم (ص) در وصیت خود به امیرالمؤمنین (ع) می‌فرماید:

ای علی! این قوم در مورد اموالشان مورد آزمایش قرار می‌گیرند و به خاطر دینشان بر خداوند منت می‌گذارند و رحمت او را تمنا می‌کنند و خود را از خشم او در امان می‌دانند و حرامش را با شبهات دروغ و هواهای نفسانی حلال خواهند کرد؛ پس خمر را به اسم نیبذ، رشوه را به اسم هدیه و ربا را به اسم بیع، حلال خواهند دانست... (سید رضی، ۱۴۱۴: ۲۲۰، خطبه ۱۵۶)

روایت بالا دلالت دارد با صورت‌سازی ربا به صورت بیع و صورت‌سازی رشوه به صورت هدیه، ماهیت آنها تغییر نمی‌کند.

۲. تمایز عقود به اعتبار فهم عرفی

دیدگاه دیگری که در مورد معیار تشخیص ماهیت عقود و تمییز عقود جدید از عقود شناخته شده می‌توان از کلمات برخی فقها برداشت کرد، رجوع به فهم عرفی از یک معامله خاص است. توجیهی که برای این دیدگاه می‌توان ارائه کرد این است که ورود شارع در عرصه معاملات بیشتر جنبه امضایی داشته است. این موضوع نشان می‌دهد شارع، امر معاملات را به عرف و عقلای جامعه سپرده و تنها در مواردی که اعتبارات عقلایی با چارچوب‌های مورد نظر او در تضاد بوده، ورود پیدا کرده و احکامی را جعل کرده است. بر این اساس می‌توان ادعا کرد فهم عرف و عقلا از یک معامله خاص، معیار تشخیص ماهیت آن عقد است. به عنوان نمونه شهید صدر معتقد است فروش اسکناس به صورت نسیه‌ای به مبلغی بالاتر، جایز نبوده و حرام است زیرا چنین معامله‌ای در حقیقت و به حسب ارتکاز عرفی قرض ربوی است که لباس بیع بر آن پوشانده شده است (صدر، ۱۴۰۱: ۱۷۵).

این دیدگاه اگرچه نسبت به مبنای نخست دیدگاه قابل دفاع‌تری است، اما به نظر می‌رسد منشأ «فهم عرفی» از ماهیت یک عقد، خود برخاسته از امور دیگری است و به دیدگاه‌های سوم و چهارم بازمی‌گردد، از این رو در بررسی دیدگاه‌های سوم و چهارم مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۳. تمایز عقود به اعتبار قصد جدی و غرض متعاملین

دیدگاه سوم درباره معیار و ملاک تشخیص ماهیت عقود، ملاک قرار دادن قصد، هدف، غایت و غرض متعاملین از معامله است. در توجیه این دیدگاه می‌توان گفت به اجماع فقهای امامیه، عنصر قصد، عنصر کلیدی در تحقق عقود و ایقاعات است و بدون آن، اثر عقد و ایقاع مترتب نمی‌شود تا جایی که فقها این موضوع را در قالب قاعده‌ای با عنوان «العقود تابعه للقصد»

بیان کرده‌اند (نراقی، ۱۳۷۵: ۱۵۹). بر این اساس برای فهم ماهیت عقدی که محقق شده، باید دید متعلق قصد جدی متعاملین چه قراردادی بوده است.

این دیدگاه طرفداران زیادی میان فقهاء و محققان دارد. به عنوان نمونه محقق حلی معتقد است اگر شخصی سکناى خانه‌اش را به مدت یک سال به مبلغی مشخص به شخص دیگری تملیک کند، عقد اجاره تحقق پیدا کرده است زیرا «قصد تملیک منفعت» محقق شده است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۲: ۱۴۱). آیت‌الله خامنه‌ای درباره فروش اسکناس به مبلغی بالاتر معتقد است «در صورتی که معامله‌ی مذکور، به قصد جدی و با غرض عقلانی باشد مثل این که اسکناس‌ها از نظر کهنه و نو بودن با یکدیگر فرق داشته و یا دارای علامت‌های مخصوص بوده و یا نرخ آنها با یکدیگر، تفاوت داشته باشد، اشکال ندارد ولی اگر معامله، صوری و برای فرار از ربا بوده و در واقع برای دستیابی به سود پول باشد، شرعاً حرام و باطل است» (خامنه‌ای، ۱۴۲۴: ۳۶۷). صافی گلپایگانی، جواز یا عدم جواز شرط جریمه تأخیر را منوط به مقصود طرفین قرارداد کرده و معتقد است: «اگر مفهوم شرط مذکور، مجاز بودن مدیون در تأخیر ادای دین در مقابل ۱۲ درصد باشد، ربا و حرام است و اگر مقصود الزام مدیون بر ادای دین در مدت مقرر باشد که وجه التزام در مقام عدم اداء باشد، ظاهراً اشکال ندارد» (موسویان، ۱۳۸۶: ۲۰۰). برخی حقوقدانان نیز به این موضوع تصریح کرده و معتقدند: «اگر بتوان قصد و هدف اصلی طرفین از معامله را تشخیص داد، باید عقد اصلی را بر پایه همان قصد توصیف کرد و سایر جنبه‌های قرارداد جنبه فرعی و تبعی دارد» (خورسندیان، ۱۳۸۴: ۱۴۶).

این دیدگاه با اشکالات زیر روبرو است:

۱. وجود مثال نقض

برخی روایات و فتاوای مشهور فقهای امامیه، با این تفسیر موسع از قلمرو قاعده «العقود تابعه للقصود» تا آنجا که ماهیت عقود را نیز تعیین نماید، در تعارض است. به عنوان نمونه از نظر مشهور فقهای امامیه عقد متعه در صورت عدم ذکر اجل، به نکاح دائم تبدیل می‌شود حتی اگر قصد متعه شده باشد (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۰: ۱۷۳).

۲. قصد، شخصی است و قابل درک برای دیگران نیست.

منوط کردن ماهیت یک معامله به قصد و نیت متعاملین، عملاً عقود را از یک ماهیت اجتماعی به یک ماهیت حقوقی شخصی تبدیل خواهد کرد، زیرا قصد هر شخص امری شخصی است که قابل درک و صحت‌سنجی برای دیگران نیست.

۴. تمایز عقود به اعتبار کارکرد معامله

دیدگاه چهارم در زمینه معیار تمییز عقود جدید از عقود متعارف، نگاه به کارکرد عقود است. بر اساس این دیدگاه، هر عقدی برای مرتفع کردن یکی از انواع نیازهای مبادلاتی بشر ابداع شده است. اگر معامله‌ای کارکرد جدیدی غیر از کارکرد معاملات متعارف داشته باشد، عقدی جدید شمرده می‌شود و گر نه مصداقی از همان عقود متعارف در فقه خواهد بود. بر اساس این دیدگاه، بازگشت دیدگاه دوم (تمایز عقود به اعتبار فهم عرفی) نیز، به درک عرف نسبت به کارکرد معامله است. در واقع پس از آن که یک قرارداد به همراه کلیه شروط ضمن آن، کارکرد خاصی پیدا کرد، یک فهم عرفی نسبت به ماهیت آن قرارداد ایجاد می‌شود. از این رو، بازگشت معیار «فهم عرفی»، به معیار «کارکرد معامله» است.

به نظر می‌رسد این دیدگاه، سازگاری بیشتری با روایات مرتبط با معاملات دارد. در ادامه به برخی از این روایات اشاره می‌شود:

امام صادق (ع) می‌فرماید: اگر پولی نزد تو به امانت گذاشته شده باشد و تو آن را به حرکت درآوری، باید زکات آن را پردازی و اگر آن را به حرکت نیندازی، چیزی بر عهده تو نیست (کلینی، ۱۴۰۷، ۳: ۵۲۱).

از این روایت چنین به دست می‌آید که گویی با تصرف شخص در پولی که نزد او به ودیعه گذاشته شده، ماهیت ودیعه به قرض و دین تبدیل می‌شود و دیگر احکام ودیعه بر آن مترتب نمی‌شود. امام باقر (ع) می‌فرماید: کسی که با مال کسی تجارت کند و شرط کند که نصف سود از آن او باشد، ضمان مال به عهده او نیست و اگر صاحب سرمایه از تاجر [نسبت به اصل سرمایه] تضمین بگیرد، تنها مستحق سرمایه خود است و حقی نسبت به سود به دست آمده ندارد (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۴۰).

در این روایت نیز گویی تضمین اصل سرمایه، ماهیت عقد مضاربه را به قرض تبدیل می‌کند و گرفتن سود در این فرض، مصداق ربا خواهد بود. برخی فقهای امامیه، به «تغییر ماهیت عقد از مضاربه به قرض در صورت تضمین اصل سرمایه» تصریح کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۷: ۵۳). امام صادق (ع) می‌فرماید: عاریه ضمان ندارد مگر این که در آن شرط ضمان شده باشد مگر در مورد دینار که همواره مضمون است حتی اگر شرط ضمان در آن نشده باشد (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۳۸). با توجه به این که کارکرد عقد عاریه، انتقال مجانی حق انتفاع از یک دارایی با دوام (یعنی کالایی که با انتفاع از آن، عین آن باقی می‌ماند) است و این کارکرد، درباره دینار که انتفاع از

آن به خرج کردن و اتلاف آن است، سازگار نیست. از این رو عاریه گرفتن دینار، در واقع تملک آن دینارها به همراه تضمین مثل آن است که به لحاظ کارکردی، همان عقد قرض است. بنابراین احکام عقد قرض بر آن مترتب می‌شود. از این رو دینار عاریه گرفته شده، مورد ضمان خواهد بود حتی اگر در ضمن عقد عاریه، شرط ضمان نشده باشد.

از فتاویٰ برخی فقهاء امامیه، می‌توان چنین دیدگاهی را برداشت کرد. به عنوان نمونه، مرحوم نائینی در مقدمه بحث بیع از کتاب منیة الطالب می‌گوید:

پس بر اساس آنچه درباره معنای هبه ذکر شد معلوم می‌شود که این که گفته شود «این را در مقابل آن چیز هبه کردم» حتی در هبه معوضه صحیح نیست زیرا تملیک [چیزی] در مقابل عوض، یا بیع است یا اجاره. پس در جایی که سخن از تملیک اعیان [در مقابل عوض] مطرح است اگر گفته شود «این را در مقابل آن چیز به تو هبه کردم» یا در جایی که سخن از تملیک منافع [در مقابل عوض] مطرح است اگر چنین گفته شود، در صورتی که قائل باشیم صیغه بیع و اجاره با هر لفظی منعقد نمی‌شود، باید بگوییم بیع یا اجاره فاسد اتفاق افتاده است و در صورتی که قائل به صیغه خاص نباشیم، باید بگوییم بیع و اجاره صحیح اتفاق افتاده است. زیرا در حقیقت هبه، مجانبت اعتبار شده است و هبه چیزی نیست جز تملیک قطعی یک مال بدون دریافت عوض (نائینی، ۱۳۷۳، ۱: ۳۴).

امام خمینی درباره حکم فروش اسکناس به مبلغ بالاتر، نتیجه معامله را ملاک قرار داده و معتقد است: فروش اسکناس به گران‌تر که نتیجه ربا را دارد محکوم به حکم ربا و باطل است. ولی در صورتی که واقعاً خرید و فروش باشد مثل فروش اسکناس درشت به ریز یا به عکس که نقد انجام می‌شود مانع ندارد (خمینی، ۱۴۲۲، ۲: ۱۴۸).

به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر هم به جهت سازگاری با روایات و هم به جهت همسویی با بنیان‌های کلامی فقه شیعه همچون ابتدای احکام بر مصالح و مفاسد واقعی، قابل قبول‌تر باشد. دیدگاه دوم نیز که ملاک تمایز عقود را به فهم عرفی واگذار می‌کرد، در واقع به همین دیدگاه اخیر بازمی‌گردد.

دلالت‌های این بحث در بررسی‌های فقهی قراردادهای بازار سرمایه

پذیرش هر یک از رویکردهای چهارگانه فوق برای تمییز میان عقود، می‌تواند لوازمی را در پی داشته باشد که در ادامه تلاش می‌شود مهم‌ترین این لوازم که به طور مستقیم در بررسی فقهی قراردادهای بازار سرمایه تأثیرگذار است مورد بررسی قرار گیرد.

۱. تأثیر بر قلمرو استفاده از حیل شرعی

«حیله» در اصطلاح فقهاء، تغییر دادن حکم شرعی با تغییر دادن عنوان موضوع حکم است. استفاده از حیل شرعی، در ابواب مختلف فقه کاربرد دارد. بر اساس ادله، نه می‌توان همه اقسام حیل را باطل و نامشروع دانست و نه همه آنها را مشروع و جایز. در روایات، استفاده از برخی حیل تجویز شده (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۴۶) و استفاده از برخی حیل مجاز دانسته نشده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۳: ۵۲۵). در کلام فقهاء نیز چنین دسته‌بندی‌ای دیده می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۲: ۲۰۲). با این حال فقهاء در بیان ضابطه‌ای برای تفکیک حیل مشروع از حیل نامشروع، اختلاف نظر دارند. برخی همچون محقق حلی معتقدند حکم تکلیفی حیله، تابع حرمت یا حلیت کاری است که انجام می‌گیرد اما به لحاظ وضعی، آثار بر آن مترتب می‌شود (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۳: ۲۰). برخی اخباریون همچون صاحب حدائق تنها قائل به جواز حیله‌های منصوص هستند و استفاده از حیل غیر منصوص را خالی از اشکال نمی‌دانند (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۵: ۳۷۶). برخی نیز معیار تمیز حیل مشروع از نامشروع را علاوه بر حلیت یا حرمت خود عمل، به وجود قصد جدی، وجود غرض عقلایی و نقض نشدن فلسفه تشریع آن حکم مرتبط کرده‌اند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۸: ۱۱۹).

در صورت پذیرش دیدگاه چهارم - که دیدگاه مختار این نوشتار است - استفاده از حیل شرعی را تنها در صورتی می‌توان تجویز کرد که علاوه بر حلیت خود عمل، تمایز کارکردی میان قرارداد حرام و جایگزین آن وجود داشته باشد و صرفاً بر اساس تغییر در الفاظ، بدون ایجاد تغییر کارکردی، نمی‌توان معامله‌ای را تصحیح نمود. شاید بر همین اساس باشد که برخی فقهاء استفاده از حیله برای دور زدن ربا را به دلیل منافات داشتن حیل ربا با حکمت تحریم ربا، مطلقاً مردود دانسته‌اند؛ زیرا حکمت تحریم ربا، ظلم بودن و فسادآفرین بودن ریاست و استفاده از حیله، تنها سبب تبدیل عنوان معامله می‌شود اما کارکرد معامله را تغییر نمی‌دهد و همچنان عنوان «ظلم و فساد» بر آن مترتب خواهد بود (خمینی، ۱۴۲۱، ۲: ۵۴۴).

به عنوان نمونه از نظر بسیاری از فقهاء مسلمان، سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار در نظام بانکی متعارف، مصداق بارز قرض ربوی بوده و حرام است (خمینی، ۱۴۲۴، ۲: ۸۱۲؛ بهجت فومنی، ۱۴۲۸، ۳: ۱۹۱؛ صدر، ۱۴۰۱: ۲۰). از این رو نظریه‌پردازان اسلامی برای حذف ربا از نظام بانکی، تلاش کرده‌اند تجهیز منابع سرمایه‌گذاری را در بانکداری بدون ربا مبتنی بر عقد «وکالت در سرمایه‌گذاری» ساماندهی کنند.^۱

۱. به عنوان نمونه در تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکداری بدون ربا (مصوب ۱۳۶۲) آمده است: «سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار که بانک در به کار گرفتن آنها وکیل می‌باشد، در امور مشارکت، مضاربه، ... مورد استفاده قرار می‌گیرد.»

اگرچه تصرف و کیل در مال موکل، به اذن او بوده و لذا در صورتی که تعدی و تفریطی از وکیل (بانک) رخ ندهد، وی مسئولیتی نسبت به آن اموال ندارد، اما بانک‌ها برای اطمینان دادن به مشتریان خود، اصل این وجوه را تضمین کرده‌اند. از سوی دیگر موضوع این وکالت، کاملاً عام بوده و بانک هر گونه که بخواهد می‌تواند در این منابع تصرف نموده و برخورد کاملاً مالکانه با این منابع دارد و نسبت به نحوه مصرف منابع، به موکلان خود پاسخگو نیست. در متن قراردادهای از این منابع به عنوان «منابع بانک» یاد شده و وثایقی که بابت آنها گرفته می‌شود به نفع بانک گرفته می‌شود اگر خرید و فروشی صورت می‌پذیرد، یک طرف معامله بانک است و نه سپرده‌گذاران. اگر مشارکتی صورت می‌گیرد، این بانک است که مالک بخشی از موضوع مشارکت می‌گردد؛ و به طور کلی، منابع حاصل از سپرده‌های سرمایه‌گذاری، در ترازنامه بانک، جزء بدهی‌های بانک به حساب می‌آید. همه این موارد نشان می‌دهد عملاً منابع حاصل از سپرده‌های سرمایه‌گذاری، در ملکیت بانک است نه آن که اموال موکلین در دست بانک باشد. با توجه به این که ماهیت عقد قرض چیزی جز تملیک مال در ازای تعهد به بازپرداخت مثل نیست و در وکالت عام در سرمایه‌گذاری، عملاً چنین اتفاقی می‌افتد، ماهیت این قرارداد منطبق با قرض خواهد شد که شرط پرداخت مازاد بر اصل سپرده، مصداق ربا خواهد بود.

نمونه دیگر در این باره، جایگزین کردن عقد صلح به جای عقود دیگری است که فاقد برخی شرایط صحت هستند. برخی پژوهشگران با نقد دیدگاه کسانی که استصناع را مصداقی از عقد صلح دانسته‌اند معتقدند: «عقد صلح را نمی‌توانیم به عنوان ماهیت اولیه و اصلی قرارداد مذکور قلمداد کنیم، بلکه صلح پوششی برای رسیدن به نتیجه یک قرارداد بدون رعایت شرایط خاصه آن قرارداد است» (بازوکار و موسویان، ۱۳۹۲: ۲۰). چنین تصویری از عقد صلح مبتنی بر دیدگاه نخست درباره ماهیت عقود است که تمایز را صرفاً به شیوه ابراز و صیغه عقد می‌داند که نقد این دیدگاه گذشت.

۲. تأثیر بر قلمرو اعتبار قاعده شروط

قاعده شروط، یکی از قواعد بسیار پرکاربرد در فقه معاملات است. بر اساس این قاعده، متعاملین می‌توانند در چارچوب اختیارات خود، شروطی را در ضمن قراردادها اضافه کنند. ادله قاعده شروط، شروطی را برای صحت شروط بیان کرده که عبارتند از: ۱) شرط مخالف کتاب نباشد؛ ۲) شرط موافق کتاب باشد؛ ۳) شرط مستلزم معصیت نباشد؛ ۴) شرط مستلزم تحریم حلال و تحلیل حرام نباشد (کلینی، ۱۴۰۷: ۵؛ ابن حیون، ۱۳۸۵: ۲؛ ابن بابویه، ۱۴۱۳: ۳؛ ۲۰۲؛

طوسی ۱۴۰۷، ۷: ۲۶۷). این تعبیر علی‌رغم تفاوت‌هایی که با هم دارند اما مراد همه آنها، عدم نفوذ هر شرطی است که مخالف احکام شرع باشد (خمینی، ۱۴۲۰: ۲۱۹). اما در کلام فقها شروط صحت شرط، به گونه‌ای دیگر بیان شده است. شیخ انصاری هشت شرط را برای صحت شروط ضمن عقد بیان کرده است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ۶: ۱۵ - ۵۴).^۱ برخی دیگر معتقدند همه این هشت شرط را می‌توان در ۳ شرط خلاصه کرد (خمینی، ۱۴۲۱، ۵: ۳۱۱ - ۳۲۳).^۲

آنچه در این جا دارای اهمیت است تبیین مراد روایات از تعبیر «إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» است که تفسیر و تبیین این فقره از روایت، مورد اختلاف فقهاست، برخی آن را بر شرط مغایر با مقتضای عقد حمل کرده و معتقدند چون شرط مغایر با مقتضای عقد، موجب انتفای اثری است که شارع در آن عقد قرار داده، چنین شرطی مخالف کتاب و سنت بوده و باطل است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ۳: ۲۶۹). برخی دیگر معتقدند منظور از شرط مخالف کتاب و سنت، شرط بر معصیت مانند شرط کردن شرب خمر در ضمن عقد بیع است (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ۲: ۹۱۳؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۱۵؛ نراقی، ۱۳۷۵: ۱۴۴). برخی دیگر معتقدند منظور از شرط مخالف کتاب و سنت، ابداع یک حکم کلی مغایر با شریعت مانند حکم «حرام بودن ازدواج» است (میرزای قمی، ۱۴۲۷، ۲: ۹۱۹؛ نراقی، ۱۳۷۵: ۱۴۹). از این رو اگر شخصی یک امر مباح را به وسیله شرط ضمن عقد برای طرف مقابل حرام یا لازم کند، این شرط مخالف کتاب و سنت خواهد بود. برخی فقها نیز این احتمال را مطرح کرده‌اند که منظور از شرط مخالف کتاب و سنت در این روایت، شرطی است که با امری که در شریعت ثابت شده است (منصوص است) معارض باشد؛ مانند قرار دادن امر طلاق در اختیار زوجه (نراقی، ۱۳۷۵: ۱۴۴). اما شرط کردن «عدم تصرف در مبیع برای مدتی معین» مخالف کتاب و سنت نیست زیرا درست است که شریعت مقدسه، جواز تصرف در کالای خریداری شده را ثابت می‌داند و این شرط ظاهراً با این حکم شرعی در تعارض است اما باید توجه داشت که آنچه موجب عدم جواز تصرف می‌شود، وجوب عمل به شرط است نه خود شرط. بنابراین خود شرط مخالف کتاب و سنت نیست! (نراقی، ۱۳۷۵: ۱۴۵)

آنچه از بیان فقها به دست می‌آید این است که هر شرطی که در دایره حقوق متعاملین بوده و مستلزم معصیت و مخالف با دستورات الزامی شارع نباشد و با مقتضا و هدف کلی آن عقد در

۱. مقدور بودن، جایز بودن، دارای غرض عقلایی بودن، مخالف کتاب و سنت نبودن، منافی مقتضای عقد نبودن، منجر به جهالت در عوضین نشدن، مستلزم محال نبودن و در ضمن عقد آمدن، شرايطی است که شیخ انصاری برای شرط صحیح ذکر نموده است.

۲. یعنی عقلایی بودن، مشروع بودن و عدم منافات با مقتضای عقد

تعارض نباشد، می‌تواند به عنوان شرط در ضمن عقود قرار گیرد. با این حال می‌توان مواردی را در روایات پیدا کرد که بر اساس این تحلیل، شرطی صحیح قلمداد می‌شود در حالی که چنین شرط‌هایی از سوی شارع ممنوع اعلام شده است. به عنوان نمونه، شرط بیع دوم در بیع اول در بیع العینه، شرطی باطل و مفسد عقد بیان شده است (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۰۳؛ طوسی، ۱۴۰۷، ۷: ۵۱ و ۵۲) در حالی که این شرط کاملاً منطبق بر معیارهایی است که از سوی فقها بیان شده است.

پذیرش دیدگاه چهارم درباره ملاک تمایز عقود و ارجاع به کارکرد در تشخیص ماهیت یک قرارداد، مستلزم آن است که در صورتی که شروط ضمن عقد در کنار هم، منجر به تغییر کارکرد عقد به گونه‌ای شوند که کارکرد یک قرارداد ممنوع (مانند ربا، قمار و ...) را داشته باشد، آن قرارداد با مجموعه شروط ذیل آن، مصداق قرارداد ممنوع بوده و باطل خواهد بود حتی اگر هر یک از این شروط به تنهایی جایز باشد.

به عنوان نمونه در قرارداد جعالة، استحقاق جعل موقوف به تسلیم دارایی یا انجام کامل عمل است و اخذ پیش‌پرداخت توسط عامل، با شرایط جعالة سازگار نیست. همچنین جعالة عقدی جایز از سوی دو طرف معامله است. همچنین در قرارداد جعالة، ممکن است پروژه به میزان سود انتظاری، برای جاعل عایدی نداشته باشد و نوعی ریسک بازدهی در این قرارداد برای جاعل وجود دارد. در همین راستا برخی پژوهشگران پیشنهادی را برای عملیاتی کردن اوراق جعالة به منظور تأمین مالی طرح‌های زیربنایی حمل و نقل مطرح کرده‌اند و برای حل همه چالش‌های بالا، از قاعده شروط بهره جسته‌اند (میرزاخانی، موسویان و کاوند، ۱۳۹۷: ۱۱۳-۱۱۵). مجموعه این شروط در کنار هم کارکرد این قرارداد را به کارکرد قرض ربوی نزدیک می‌کند و می‌تواند مشروعیت چنین قراردادی را با چالش روبرو کند.

یا به عنوان نمونه‌ای دیگر، یکی از قراردادهای مورد استفاده در نظام بانکداری بدون ربا، مشارکت مدنی است، بدین معنا که بانک مبلغ تسهیلات را به عنوان سهم‌الشرکه نقدی بانک، در اختیار مشتری قرار می‌دهد تا با سهم‌الشرکه نقدی یا غیرنقدی خود درآمیخته و برای انجام کار تولیدی، بازرگانی یا خدماتی معین به مدت محدود به کار بگیرد و سهمی از سود حاصل از این فعالیت را به بانک بدهد. با این حال بانک در این قرارداد با دو ریسک جدی روبرو است: (۱) ریسک مربوط به اصل دارایی، (۲) ریسک بازدهی؛ بانک برای پوشش این دو ریسک، از یک سو با استفاده از شروط ضمن عقد، عملاً «سود انتظاری» را معیار تقسیم سود میان بانک و

مشتری قرار می‌دهد و از سوی دیگر با قرار دادن شروطی ضمن عقد، سود انتظاری و اصل سرمایه را برای خود تضمین می‌کند.^۱

راه‌حل‌های ارائه شده از طریق اضافه کردن شروط متعددی که در ضمن عقد مشارکت گنجانده می‌شود، موجب شده است ماهیت عقد مشارکت تبدیل به یک سرمایه‌گذاری بدون ریسک و با سود ثابت شود و کارکرد آن تماماً منطبق با کارکرد عقد قرض ربوی باشد. بر این اساس اگر مطابق با دیدگاه چهارم، کارکرد را ملاک تمایز عقود از یکدیگر بدانیم، با توجه به این که شروطی که در ضمن قرارداد شرکت گنجانده شده، کارکرد آن را به قرض ربوی تبدیل کرده است، چنین قراردادی باطل خواهد بود.

۳. تأثیر بر نحوه ارزیابی فقهی قراردادهای بخش اعتباری

چنان که پیش‌تر اشاره شد، نحوه ورود و خروج فقیه در بررسی فقهی یک قرارداد، تابع تلقی وی از ماهیت قرارداد است. در صورتی که یک فقیه، قراردادی را مصداقی از قراردادهای متعارف بداند، در بررسی فقهی آن قرارداد، به احکام خاص آن عقد توجه خواهد کرد در حالی که اگر آن قرارداد را یک عقد جدید بداند، به بررسی انطباق شرایط عمومی صحت معاملات بر آن عقد توجه خواهد کرد. این که فقیه، بر اساس چه ملاکی درباره ماهیت یک قرارداد قضاوت می‌کند، می‌تواند در جهت‌دهی به شیوه بررسی فقهی آن قرارداد مؤثر باشد. به عنوان نمونه، می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

۱. سهام ممتاز با سود جمع‌شونده

بر اساس تبصره ۲ ماده ۲۴ قانون تجارت، در صورتی که برای بعضی از سهام شرکت مزایایی قائل شوند، این گونه سهام، سهام ممتاز نامیده می‌شود. یکی از انواع این امتیازات، پرداخت سود معین و دارای حق تقدم نسبت به سهام عادی، به دارندگان سهام ممتاز است. یکی از انواع سهام ممتاز در بازارهای مالی، سهام ممتاز با سود جمع‌شونده^۲ است که در این نوع سهام، شرکت

۱. به عنوان نمونه در ماده ۱۱ قرارداد مشارکت مدنی بانک رفاه آمده است: شریک با امضای این قرارداد متعهد گردید مدیریت منابع و مصارف موضوع مشارکت را به نحوی به انجام رساند که در پایان دوره مشارکت، سهم‌الشرکه متعلقه بانک به علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت ... به حساب بانک منظور گردد. در غیر این صورت شریک ملتزم و متعهد گردید سهم‌الشرکه متعلقه بانک به علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت نماید.

همچنین در بند ۱ ماده ۱۳ این قرارداد آمده است: در پایان مدت مشارکت در صورت درخواست بانک، مشتری موظف است حصه قابل فروش بانک را حداقل به مبلغ اصل سهم شرکت پرداختی بانک به علاوه سود و سایر هزینه‌های انجام شده، خریداری کرده یا با هماهنگی بانک آن را به شخص ثالث بفروشد!

2. Cumulative Preferred Stock

متعهد به پرداخت سود به دارندگان سهام ممتاز جمع شونده است به گونه‌ای که اگر در یک سال مالی سودی عاید سهامداران ممتاز نشود، شرکت موظف است از سود سال‌های آینده، سود انباشته شده گذشته را بپردازد (فابوزی، ۲۰۰۸: ۲۶۸).

برخی پژوهشگران تلاش کرده‌اند با تکیه بر تفاوت‌های اوراق سهام ممتاز با اوراق قرضه و اوراق سهام عادی، قرارداد پایه این نوع سهام را عقدی جدید قلمداد کرده و با عمومات «أوفوا بالعقود» (مأثده: ۱) و «المسلمون عند شروطهم» آن را تصحیح نمایند (طباطبایی، ۱۳۹۴: ۲۱). برخی دیگر با همین استدلال که پرداخت سود جمع شونده به دارندگان سهام ممتاز سبب انقلاب ماهیت عقد شده و آن را تبدیل به قرض ربوی می‌کند، حکم به حرمت این نوع سهام داده‌اند (موسویان، ۱۳۸۶: ۳۳۷).

در صورتی که دیدگاه چهارم درباره ملاک تمایز عقود را بپذیریم، تفاوتی به لحاظ کارکردی میان سهام ممتاز با سود جمع شونده و قرض ربوی وجود نخواهد داشت زیرا ماهیت این نوع سهام، تضمین سود معین از سوی شرکت برای سهامداران ممتاز است فارغ از این که شرکت سودی از این سرمایه‌گذاری ایجاد کرده باشد یا نه. بر این اساس، کارکرد این شکل از سهامداری، تفاوتی با کارکرد قرض ربوی نداشته و لذا مصداقاً همان قرض ربوی بوده و حرام خواهد بود.

۲. سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار

دیدگاه غالب درباره ماهیت قرارداد سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار در نظام بانکداری متعارف، انطباق این قرارداد بر عقد قرض ربوی است که با چارچوب‌های شریعت اسلامی ناسازگار است. با این حال برخی پژوهشگران این قرارداد را نوعی عقد جدید و از مصادیق قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی دانسته‌اند (احمدی و حسینی، ۱۳۹۲: ۲۰۸). بدین معنا که سپرده‌گذار هنگام سپرده‌گذاری در بانک، در واقع وجوه خود را به بانک تملیک نکرده و تنها برای مدتی معین، حق انتفاع از پول خود را در قبال بهره‌ای معین به بانک واگذار می‌کند. از این رو به دلیل آن که عقد پایه در سپرده‌گذاری، عقد قرض نیست، گرفتن مازاد نیز مصداق ربا نبوده و اشکالی ندارد (احمدی و حسینی، ۱۳۹۲: ۲۷۶). ایشان معتقدند ماهیت عقود را قصد طرفین معامله معین می‌کند و در سپرده‌گذاری چون طرفین معامله قصد تحقق تملیک در برابر ضمانت مثل را ندارند، بلکه قصد انتقال انتفاعات از پول در قبال عوض معین دارند، این معامله مصداق قرض نبوده و یک عقد جدید است. در این معامله اگرچه بانک وجوه سپرده‌گذاران را تضمین می‌کند، اما این تضمین به عنوان یک شرط ضمن عقد است و با ضمان در عقد قرض که جزء ماهیت آن است تفاوت دارد.

در صورتی که ملاک تمیز عقود از یکدیگر را کارکرد عقود در نظر بگیریم (دیدگاه چهارم)، در این صورت قصد طرفین معامله دخلی در ماهیت عقد نداشته و این کارکرد قرارداد است که تعیین کننده نوع آن است. با توجه به این که قرض چیزی جز تملیک عین در قبال ضمانت مثل نیست و چون انتفاع از پول جز با مصرف آن امکان‌پذیر نیست، بنابراین عدم تملیک پول و تنها انتقال حق انتفاع از پول که در نظریه پژوهشگران بالا آمده، معنایی ندارد. از این رو سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار به لحاظ کارکرد، منطبق بر قرض ربوی بوده و حرام خواهد بود.

۳. قرارداد ربوی

قرارداد ربوی (توافقنامه بازخرید)، قراردادی است که بر اساس آن یک سرمایه‌گذار به عنوان فروشنده ربوی، اوراق بهادار خود را به سرمایه‌گذار دیگری به عنوان خریدار ربوی می‌فروشد و در ضمن آن متعهد می‌شود همان اوراق بهادار یا معادل آن را در آینده و با قیمت از قبل تعیین شده و بالاتری بازخرید کند (سلمانی و محمدی، ۱۳۹۵: ۳). با توجه به این که در قرارداد ربوی، فروشنده ربوی مبلغ معینی را دریافت کرده و هنگام بازخرید اوراق، مبلغی بیشتر به خریدار ربوی پرداخت می‌کند و سود و ریسک اوراق متعلق به فروشنده ربوی است، این قرارداد به لحاظ کارکرد اقتصادی، فرقی با قرض ربوی همراه با وثیقه اوراق ندارد از این رو به لحاظ شرعی، مورد مناقشه جدی است با این حال برخی پژوهشگران معتقدند ربوی در واقع عقد بیعی است که شروطی در ضمن آن قرار داده شده است. این شروط اگرچه کارکرد اقتصادی این قرارداد را به کارکرد قرض ربوی منطبق کرده‌اند، اما چون صورت قرارداد به لحاظ حقوقی، مبتنی بر بیع است، ماهیتاً با قرض ربوی متفاوت بوده و مشمول ادله حرمت ربا نمی‌شود (موسویان و رضازاده، ۱۳۹۴: ۱۰۱). این دیدگاه مبتنی بر دیدگاه نخست درباره معیار تمایز عقود است (تمایز عقود به اعتبار الفاظ و صورت قرارداد) است که اشکالات آن گفته شد.

۴. سوآپ مالکیت

سوآپ مالکیت توافق‌نامه‌ای میان دو طرف معامله است که بر اساس آن، جریان‌های نقدی حاصل از شاخص سهام، سبد سهام یا یک سهم خاص با نرخ بازده سرمایه‌گذاری غیر سهامی - به نرخ ثابت یا متغیر - مبادله می‌شود (فابوزی، ۲۰۰۸: ۱۸۸). با توجه به شبهه غرر و ربا در سوآپ مالکیت، برخی تلاش کرده‌اند آن را به صورت مبادله دو قرارداد - نه مبادله دو جریان درآمدی - تصویر کنند تا هم مسأله غرر و هم مسأله ربا را حل کنند (معصومی‌نیا و الهی، ۱۳۹۲: ۱۶۲). بر اساس این نظریه، به دلیل اصالة الصحة در قراردادها - که برگرفته از آیاتی همچون «أوفوا بالعقود» (مائده: ۱) و ادله دیگر در این باب است - مبادله دو قرارداد با هم، مقتضی صحت را

داراست و چون دو طرف قرارداد به این معامله رضایت دارند، از مصداق اکل مال به باطل هم خارج می‌شود و چون در خود قراردادهای جهالتی وجود ندارد، مصداق غرر هم نخواهد بود و به این دلیل که دو قرارداد با هم مبادله می‌شوند نه دو جریان نقدی، شبهه ربا هم وجود ندارد! در صورتی که دیدگاه چهارم (تمایز عقود به اعتبار کارکرد قرارداد) درباره معیار تمایز عقود پذیرفته شود، چنین تغییری در عنوان، ماهیت قرارداد را تغییر نداده و همچنان شبهه غرر و ربا به جای خود باقی خواهد ماند.

بحث و نتیجه‌گیری

گام نخست در بررسی فقهی عقود جدید - که شاهد رشد روزافزون آنها به ویژه در بازارهای مالی هستیم - تشخیص این موضوع است که آیا این عقد، عقدی جدید است یا مصداقی از عقود شناخته‌شده‌ی قبلی است. از این رو به معیاری برای تفکیک عقود از یکدیگر نیازمندیم. با بررسی دیدگاه فقهای امامیه و پژوهشگران مالی اسلامی روشن شد که لااقل چهار دیدگاه مختلف درباره معیار تمایز عقود از یکدیگر وجود دارد که عبارتند از: (۱) مدلول الفاظ عقود (۲) قضاوت عرف (۳) قصد و غرض متعاملین و (۴) کارکرد قرارداد. با بررسی ادله هر یک از این دیدگاه‌ها، در نوشتار حاضر، دیدگاه چهارم به عنوان سازگارترین دیدگاه با ادله فقهی شناخته شد. اتخاذ هر یک از رویکردهای بالا در تشخیص و تعیین ماهیت عقود می‌تواند مسیر بررسی فقهی قراردادهای بازارهای مالی را جهت‌دهی کند که در نوشتار حاضر، اثرگذاری مبنای اتخاذ شده در سه جنبه مورد توجه قرار گرفت که عبارتند از: (۱) اثرگذاری بر قلمرو استفاده از حیل شرعی، (۲) اثرگذاری بر قلمرو اعتبار قاعده شروط و (۳) اثرگذاری بر شیوه بررسی فقهی قرارداد جدید. پذیرش رویکرد چهارم در ارزیابی قراردادهای بازارهای مالی مستلزم توجه بیشتر به پیامدهای اقتصادی قراردادهای بازارهای مالی و انطباق آنها با اهداف کلان حاکم بر اقتصاد اسلامی است که فقدان چنین ملاحظاتی در بررسی قراردادهای و ابزارهای مورد استفاده در بازارهای مالی به شدت احساس می‌شود. از این رو نخست لازم است مطالعات جدی‌تری درباره اهداف کلان حاکم بر اقتصاد از منظر شارع مقدس انجام پذیرد و خطوط قرمز ناظر به کارکردهای اقتصادی، به روشنی شناسایی شود و دوم مطالعات کمی درباره اثر اقتصادی شکل‌های مختلف قراردادهای - به ویژه قراردادهای مورد استفاده در بازارهای مالی - انجام پذیرد.

منابع

References

- Ahmadi, Mohammad Hossein; Hosseini, Seyyed Mohammad (2012), *Sharia ways of depositing in banks*. Qom: Islamic Science and Culture Research Institute. (In Persian).
- Allameh Helli, Hasan bin Yusuf (1993), *Tazkirah al-Foqaha*. Qom: All Al-Bayt Publications (In Arabic).
- Bahjat Fomani, Mohammad Taqi (2007), *Esteftaat*. Qom: Office of Hazrat Ayatollah Bahjat. (In Persian).
- Bahrani, Yusuf bin Ahmad (1984), *al-Hadaiq al-Nadrah fi Ahkam al-Etrah al-Tahira*. Qom: Islamic Publications affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers (In Arabic).
- Bazoukar, Ehsan, Mosavian, Sayyid Abbas (2013), Rules and Effects of Istisna' in the Jurisprudence and Law, *Journal of Securities Exchange*, 6 (21): 32-5. (In Persian).
- Fabozzi, Frank. J. 2008. *Handbook of finance, financial markets and instruments*. John Wiley & Sons.
- Ibn Babouyeh, Muhammad ibn Ali (1992), *Man La Yahzor al-Faqih*. Qom: Islamic Publications affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers (In Arabic).
- Ibn Hayyun, Nu'man bin Muhammad (2006), *Da'ayim al-Islam*. Qom: Al El Bayt Institute (In Arabic).
- Irwani, Ali bin Abd al-Hossein (1985), *Hashiya al-Makasab*. Tehran: Ministry of Culture and Islamic Guidance (In Arabic).
- Kashif al-Ghita, Ali bin Jafar (2001), *Sharh-e Khiaarat al-Loma'a*. Qom: Islamic Publications affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers (In Arabic).
- Khamenei, Sayyid Ali (2003), *Answers to Al-Esteftaat*. Qom: Supreme Leader's Office. (In Persian).
- Khomeini, Sayyid Ruhollah (1999); *Al-Rasael Al-Ashr*, Tehran: Imam Khomeini Editing and Publishing Institute (In Arabic).
- Khomeini, Sayyid Ruhollah (2000), *Kitab al-Bay'*. Tehran: Imam Khomeini Editing and Publishing Institute (In Arabic).
- Khomeini, Sayyid Ruhollah (2001), *Esteftaat*. Qom: Islamic Publications affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers (In Persian).
- Khomeini, Sayyid Ruhollah (2003), *Explanation of the Issues*. Qom: Islamic Publications affiliated with the Qom Seminary Society of Teachers (In Persian).

- Khorsandian, Mohammad Ali (2004), the distinction between contract and sale, *school of Humanities Quarterly*, 3 (38), 131-152. (In Persian).
- Koleyni, Muhammad bin Yaqub (1986), *al-Kafi*. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya (In Arabic).
- Makarem Shirazi, Nasser (2007), *Sharia tricks and correct solutions*. Qom: Publications of Imam Ali Ibn Abi Talib School (In Persian).
- Masoumi-nia, Gholam Ali; Elahi, Mehdi (2012), Jurisprudential Feasibility of Designing Equity Swap Suited to Iran's Capital Market, *Islamic Economy*, 13 (51): 170-145 (In Persian).
- Mirzakhani, Reza; Mosaviyan, Sayyid Abbas; Kavand, Mojtab (2017), Juridical Feasibility of Using Jualah Sukuk Based on Project for Financing Infrastructure Projects in Transportation System of Iran, *Journal Of Securities Exchange*, 11 (41): 99-120. (In Persian).
- Mirza-ye Qomi, Abu al-Qasim bin Muhammad Hasan (2006), *Rasael Al-Mirza al-Qami*. Qom: Islamic publicity Office (In Arabic).
- Mohaghegh Helli, Jafar bin Hassan (1987), *the laws of Islam regarding matters of halal and haram*. Qom: Ismailian Institute (In Arabic).
- Mosaviyan, Sayyid Abbas (2012), *Islamic Capital Market*, Qom: Research Institute for Islamic Culture and Thought (In Persian).
- Mosaviyan, Sayyid Abbas (2016), *Islamic Financial Instruments (Sukuk)*. Tehran: Research Institute for Islamic Culture and Thought (In Persian).
- Mosaviyan, Sayyid Abbas; Reza-zadeh, Hormat-Allah (2014), *jurisprudence of banking transactions*. Qom: Abnoos (In Persian).
- Naini, Mirza Mohammad Hossein (1953), *Monyat al-Talib fi sharh al-Makasib*. Tehran: Al-Mohammadiya School (In Arabic).
- Najafi, Muhammad Hassan (1983), *Jawahir al-Kalam fi sharh-e Sharaye al-Islam*. Beirut: House of Arab Heritage Revival (In Arabic).
- Naraghi, Mulla Ahmad (1975), *Awaed Al-Ayyam*. Qom: Islamic publicity Office (In Arabic).
- Sadr, Sayyid Muhammad Baqir (1980), *Al-Bank al-Larabawi*. Beirut: Dar Al-Ta'arif for Publications (In Arabic).
- Salmani, Kamran; Mohammadi, Mehran (2016), comparative study of repurchase agreement (repo) and its feasibility in Tehran Stock Exchange, *research and development management of Tehran Stock Exchange* (In Persian).
- Sayyid Razi, Muhammad ibn al-Hosain (1993), *Nahj al-Balagha*, corrected by Sobhi Saleh, Qom: Hijrat (In Arabic).

- Sayyid Yazdi, Mohammad Kazem (1956), *questions and answers*. Tehran: Islamic Sciences Publishing Center (In Persian).
- Sayyid Yazdi, Mohammad Kazem (1988), *Urwa al-Waqhi Fima Taomo Behi Al-Balva*. Beirut: Al-Alami Publishing House (In Arabic).
- Shahid Sani, Zain al-Din bin Ali (1992), *Masalik al-Afham*. Qom: Islamic teachings Institute. (In Arabic).
- Sheikh Ansari, Morteza (1994), *Kitab al-Makasib*, Qom: World Congress of Commemoration of Sheikh Azam Ansari (In Arabic).
- Tabatabaei, Sayyid Sadegh (2014), Economic-Jurisprudence Based Analysis of Preferred Stock, *Journal of Economic Literature*, 12 (24): 9-31. (In Persian).
- Tusi, Muhammad ibn al-Hasan (1986), *Tahzib al-Ahkam*. Tehran: Dar al-Kotob al-Islamiya (In Arabic).