

تحلیل ماهیت عقود مشارکتی

mohammad67shakeri@gmail.com

Tavakoli@iki.ac.ir

محمد جمال شاکری شمسی / کارشناس ارشد اقتصاد مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

محمد جواد توکلی / استادیار اقتصاد مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی

پذیرش: ۹۷/۱۰/۲۴

دریافت: ۹۷/۰۶/۱۹

چکیده

یکی از مهم‌ترین معضلاتی که نظام بانکی ایران به آن مبتلاست، صوری شدن عقود مشارکتی و ایجاد شبهه در مورد تحقق مفاد این عقود است. این امر تا حدودی متأثر از ابهامات موجود در ماهیت این عقود در فقه معاملات اسلامی است. مسئله اصلی در این نوشتار، تبیین ماهیت عقود مشارکتی و میزان رعایت آن در نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران است. بنا به فرضیه تحقیق، ریسک‌پذیری طرفین قرارداد رکن اصلی ماهیت عقود مشارکتی است. ریسک عامل عقود مشارکتی، مربوط به عایدی بوده و ریسک صاحب سرمایه در این گونه عقود، علاوه بر عایدی، متوجه سرمایه او نیز خواهد بود. یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد روش صحیح در تبیین ماهیت عقود مشارکتی، روش «کشفی - مقاصدی» است که ترکیبی از چهار روش کشفی شهید صدر، اکتفا به ضوابط عقود، تحلیل عرفی و تحلیل بر مبنای مقاصد شریعت است. انتقال ریسک سرمایه به فرد دیگر، موجب از بین رفتن ماهیت عقود مشارکتی است؛ لذا شرط آن در ضمن عقود مشارکتی شرط خلاف مقتضای عقد است و عقد را باطل می‌کند. همین‌طور از بین بردن ریسک عامل در عقود مشارکتی و تعیین عایدی قطعی برای او، موجب بطلان عقد و تبدیل آن به یک عقد مبادله‌ای است. قطعی بودن سود صاحب سرمایه در عقود مشارکتی نیز باعث خروج عقد از مقتضای ذات خود بوده و مبطل عقد است.

کلیدواژه‌ها: ماهیت عقود مشارکتی، عقود مشارکتی، ریسک‌پذیری سرمایه، سود متغیر، فقه معاملات.

مقدمه

بودن این شروط با برخی اصول و اهداف اقتصاد اسلامی، از جمله اصل عدالت را نیز مطرح نمود؛ گذشته از اینکه مباحثی همچون قاعده «بطلان ربح ما لم یضمن» نیز در این زمینه بحث می‌شود. این قاعده از این جهت مورد بحث است که بیان می‌کند، کسی که می‌خواهد از سرمایه‌اش در فعالیت‌های تجاری کسب سود کند، باید خسارت احتمالی آن را نیز بر عهده بگیرد. البته این قاعده ظاهراً اعم از مبحث عقود مشارکتی است؛ اما می‌توان از آن این‌گونه برداشت کرد که در عقود مشارکتی هم صاحب سرمایه ناچار از پذیرش ریسک است.

لازم به ذکر است برای ارائه بحث، در ابتدا باید انواع روش‌های احتمالی تحلیل ماهیت عقود را بررسی کنیم و از میان آنها یک روش متقن و کامل را برگزینیم یا چند روش را با هم ترکیب کنیم و به یک روش ایدئال دست یابیم. پس از تعیین روش یادشده باید ضوابط فقهی عقود مشارکتی و غیرمشارکتی را - که در منابع فقهی ارائه شده‌اند - مطرح نماییم و در ادامه با استفاده از روش مختار و بررسی ضوابط فقهی عقود، ارکان ماهوی عقود مشارکتی از غیر آن را استنباط کنیم. در نهایت و پس از تبیین ممیزات عقود مشارکتی، به ارزیابی قراردادهایی که در نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران بر مبنای این عقود منعقد می‌شود، می‌پردازیم و میزان رعایت ماهیت عقود مشارکتی را در آنها بررسی می‌کنیم.

پیشینه بحث

درباره خصوص عقود مشارکتی و ماهیت آنها کتاب یا مقاله قابل طرحی یافت نشد؛ لکن درباره هریک از مباحث، از جمله مبانی فقهی عقود و قواعد فقهیه مورد بحث (بطلان ربح ما لم یضمن و...)، آثار و مکتوباتی به چشم می‌خورد:

کتاب *مبانی فقهی بازار پول و سرمایه* (موسویان، ۱۳۹۱)، در ابتدا به بیان ضوابط عمومی قراردادها می‌پردازد؛ سپس احکام و ضوابط هریک از عقود را به‌طور اختصاصی بررسی می‌کند. از عباراتی که وی در بیان احکام هریک از عقود چهارگانه مشارکتی ذکر می‌کند، می‌توان نکات زیر را برداشت کرد:

۱. قاعده اولیه در عقود مشارکتی به این است که خسارت بر سرمایه باشد، نه کار (موسویان، ۱۳۹۱، ص ۳۹۲، ۳۹۹ و ۴۰۸). وی مشخص نمی‌کند که این ویژگی جزء ماهیت عقود مشارکتی است

یکی از مسائل مهم اقتصاد در قرن اخیر تنوع بسیار زیاد ابزارهای مالی است که برای جلوگیری از تبعات منفی اقتصادی آنها، شناخت دقیق ماهیت هریک از این ابزارها ضروری به نظر می‌رسد. عقود مشارکتی، گروهی از این ابزارهاست که در بازارهای مالی جمهوری اسلامی ایران در قالب قراردادهایی مورد استفاده قرار می‌گیرند که متأسفانه در بسیاری از موارد، این عقود از حالت متعارف خود خارج شده و باعث صوری شدن این ابزارها شده‌اند. برای ممانعت از شکل‌گیری قراردادهای صوری، سقوط به ورطه ربا، و ظلم به هر یک از طرفین قرارداد، شناسایی ماهیت این گروه از ابزارهای مالی ضروری است. برای این مهم، شناسایی ماهیت عقود موردنیاز است. پرسش اصلی تحقیق این است که ماهیت عقود مشارکتی در فقه معاملات اسلامی چیست؟ و ارکان تشکیل‌دهنده این ماهیت کدام‌اند؟ طبق فرض ریسک‌پذیری طرفین قرارداد، رکن اصلی ماهیت عقود مشارکتی است که خود به دو بخش ریسک صاحب سرمایه (که شامل احتمال تلف یا خسارت سرمایه و احتمال عدم سوددهی می‌باشد) و ریسک عامل (که فقط ریسک عدم حصول عایدی را شامل می‌شود) تقسیم می‌گردد.

منظور از ریسک‌پذیری صاحب سرمایه این است که صاحب سرمایه - که قصد کسب عایدی از طریق عقود مشارکتی دارد - باید از یک سو ریسک ضرر یا تلف سرمایه خود در جریان فعالیت تجاری یا تولیدی، و از سوی دیگر ریسک عدم حصول عایدی را به‌طور کامل بپذیرد؛ و ریسک‌پذیری عامل به این معناست که در عقود مشارکتی، حصول عایدی و مقدار آن برای او قطعی نیست.

مسائلی که در اینجا باید تبیین شوند، اینهاست: آیا عقود مشارکتی را می‌توان با استفاده از راهبردهایی همچون شرط ضمن عقد به‌گونه‌ای تغییر داد که ماهیت مشارکتی آن تغییر نکند؟ تفاوت بین شروط مخالف اطلاق و مقتضای عقد چیست و آیا می‌توان از بین بردن ریسک عقود مشارکتی را شرط خلاف مقتضای عقد دانست؟ برای نمونه، اگر در ضمن عقد مضاربه شرط شود که خسارت سرمایه بر عهده عامل باشد - که بسیاری از قراردادهای بانکی که در قالب عقود مشارکتی تنظیم شده‌اند، از این قبیل‌اند - این بحث مطرح است که آیا چنین شرطی باعث تغییر در ماهیت مشارکتی این عقود شده و از همین رو باطل است؟ در این زمینه می‌توان بحث از مخالف

پس از بیان این دو دیدگاه به تبیین دو نوع مخاطره سوداگرانه (دینامیک) و خالص (ایستا) می‌پردازد.

هریک از تحقیقات انجام‌شده دربرگیرنده گوشه‌ای از مسئله مورد بحث بوده و از یک جهت خاص آن را بررسی کرده است؛ لکن تحقیقی که به‌طور جامع به تحلیل ماهیت عقود مشارکتی پرداخته و ارکان آن را بیان کرده باشد، یافت نشد.

۱. روش‌های تحلیل ماهیت عقود مشارکتی

یکی از مسائل مهم در فقه معاملات، ماهیت عقود مشارکتی است. جهت وصول به این مهم، در ابتدا باید روش صحیح بررسی ماهیت عقود را کشف و اختیار کنیم. یکی از موضوعاتی که مقاله حاضر متکفل آن است، این است که اساساً اگر بخواهیم به ماهیت عقود از دیدگاه شارع مقدس دست یابیم، باید از چه روشی استفاده کنیم؟ آیا صرف بررسی ضوابط عقود، ما را به این امر مهم می‌رساند یا باید این قواعد و ضوابط را در کنار هم قرار دهیم و جرح و تعدیل نموده، به لوازم قطعی آنها پی ببریم و قواعد کلی و قطعی آنها را کشف کنیم؟ تلقی عرف در فهم ماهیت عقود چه نقشی دارد؟ آیا در راه بررسی ماهیت عقود، کنکاش نصوص وارده و تصریحات موجود در آنها به ما کمکی می‌کند؟ اهداف شارع مقدس در شریعت چه کمکی در حل این موضوع می‌تواند ارائه دهد؟ در این بخش ضمن بررسی هر یک از راه‌های موجود، روش صحیح دستیابی به ماهیت عقود ارائه می‌شود تا گشایشی در حل معضل بانک‌داری به وجود آید.

۱-۱. روش کشفی

شهید سیدمحمدباقر صدر که به‌حق می‌توان ایشان را پدر اقتصاد اسلامی نامید، در کتاب *اقتصادنا* در بیان مکتب اقتصادی اسلام، قبل از ورود به بحث، به تبیین روش صحیح شناخت مکتب اقتصادی اسلام پرداخته است. وی معتقد است با توجه به اینکه در اقتصاد اسلامی - برخلاف سرمایه‌داری و سوسیالیسم - با یک اقتصاد منجزی که ساختمان تئوریک آن قبلاً تکمیل شده است مواجهیم، روش تبیین مذهب اقتصاد اسلامی تکوین و ساخت نیست؛ بلکه باید طرح حقیقی آن سیستم را با کشف قواعد اصلی از رویناها بنمایانیم (صدر، ۱۴۱۷ق، ص ۳۷۰).

از دیدگاه شهید صدر، برای کشف قواعد اصلی مذهب اقتصادی

یا مقتضای اطلاق آنها؛ چراکه در بحث صحت شرط ضمان عامل در ضمن قرارداد، درستی یا نادرستی چنین شرطی را محل اختلاف فقها می‌داند و جانب هیچ‌یک را نمی‌گیرد (همان، ص ۳۹۹)؛

۲. کلیه هزینه‌های لازم جهت انجام فعالیت اقتصادی در مشارکت، مضاربه و مساقات، متوجه سرمایه است، نه کار (همان، ص ۳۹۹ و ۴۰۰ و ۴۱۳). در مزارعه، بجز زمین، بقیه هزینه‌ها به توافق طرفین بستگی دارد؛ ولی باید در قرارداد مشخص شود (همان، ص ۴۰۷)؛

۳. شرکت و مضاربه از عقود جایزه، و مزارعه و مساقات از عقود لازمه‌اند و... همان‌طور که مشاهده می‌شود، مؤلف در این کتاب صرفاً به بیان احکام عقود پرداخته است؛ لکن به ویژگی‌های اصلی عقود مشارکتی، مبادله‌ای یا غیرانتفاعی و... متعرض نشده است.

مقاله «پژوهشی بر مخالفت شرط ضمان امین با ذات عقد و یا شرع» (محبوبی، ۱۳۹۱)، شرط ضمان امین را شرط خلاف مقتضای عقد نمی‌داند؛ زیرا عدم ضمان یا امانی بودن ید عامل را ذاتی عقد ندانسته؛ لذا شرط ضمان (تحمیل ریسک بر ید امانی) را شرط مخالف مقتضای ذات عقد نمی‌داند؛ بلکه چنین شرطی را به‌عنوان شرط مخالف اطلاق عقد معرفی می‌کند.

کتاب *قراءات فقهیه معاصره* (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳ق)، در بیان قاعده «بطلان ربح ما لم یضمن» می‌آورد: طبق این قاعده، در معاملات اقتصادی تنها کسی حق جست‌وجوی سود دارد که در صورت تلف یا خسارت هم ضرر و زیان را متحمل شود (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳ق، ج ۲، ص ۲۰۲). به عبارت دیگر، در عقود مشارکتی، شخص سرمایه‌گذار باید تمام احتمالات خسارت را متحمل شود تا مستحق استرجاع باشد و در صورتی که بخواهد به هر نحو (شرط ضمن عقد یا ترکیب عقود) ضمان خسارت را از دوش خود بردارد، حق کسب سود را ندارد. طبق این دیدگاه می‌توان گفت که ریسک جزء جدایی‌ناپذیر این‌گونه عقود است. البته بحث ایشان، اعم از مباحث عقود مشارکتی است و صراحتاً بحثی از ریسک به میان نیاورده است؛ لکن این مطلب از عباراتشان قابل برداشت است.

کتاب *مبانی فقهی-اقتصادی توزیع ریسک (مخاطره) در بازارهای مالی* (بکتاش، ۱۳۹۵) پس از بیان معنای لغوی واژه مخاطره، دو دیدگاه را در تعریف اصطلاحی این واژه بیان می‌کند: ۱. تغییرات احتمالی آینده برای یک شاخص خاص، چه مثبت و چه منفی؛ ۲. نوسانات احتمالی منفی در بازدهی اقتصادی در آینده. وی

محمود ابراهیم خطیب، سه اصل: مالکیت مختلط، آزادی محدود اقتصادی و تکافل را از اصول مکتبی برمی‌شمرد. شهید صدر، اصول مالکیت مختلط، آزادی محدود اقتصادی و عدالت اجتماعی را سه اصل مکتبی اقتصاد اسلام می‌داند. اگرچه اصول استخلاف، احترام مالکیت خصوصی، توسعه همه‌جانبه و رفاه عمومی، در میان اصول مکتبی شهید صدر نیامده، اما در دیدگاه ایشان پذیرفته شده‌اند (یوسفی، ۱۳۷۹، ص ۱۳۳). مشاهده می‌شود که با وجود اختلاف مذهب میان شهید صدر و دو متفکر دیگر، اصول زیربنایی کشف‌شده توسط ایشان قرابت زیادی با هم دارند. این مطلب به ما اطمینان می‌دهد که این اصول واقعی‌اند.

ب) قاعده لطف

لطف، فعل خداوند است که به وسیله آن مکلف به طاعت نزدیک و از معصیت دور می‌شود (مفید، ۱۴۱۴ق، ص ۳۵). براساس این قاعده بر خدای حکیم واجب است که مقدمات اطاعت و معصیت مکلف را فراهم کند و اصول واقعی است که موجب طاعت واقعی می‌شود؛ از این رو خدای حکیم آن اصول را در اختیار بندگان می‌گذارد. البته این پاسخ کافی نیست؛ مگر اینکه لطف را فعلی بدانیم که موجب هدایت بندگان می‌شود. اگرچه این نظریه در خصوص مذهب اقتصاد اسلامی مطرح شده است، اما به نظر می‌رسد با توجه به اینکه در فقه نیز زیربناهایی وجود دارد که روبناها بر آن استوار شده است، منعی برای استفاده از این نظریه در فقه معاملات، به‌ویژه در کشف ماهیت عقود مشارکتی وجود ندارد.

۱-۲. روش اکتفا به ضوابط

یکی دیگر از روش‌های تحلیل ماهیت عقود، مستقل در نظر گرفتن هر یک از عقود و تحلیل هر یک از ضوابط آنهاست؛ بدین صورت که اگر یک قرارداد ضوابط یک یا چند عقد را داشت، چنین قراردادی صحیح است و می‌توان این قرار داد را در یک نظام اقتصادی با پسوند اسلامی پیاده کرد و از آن استفاده نمود.

با توجه به نکته‌ای که در بخش قبل گفته شد، به نظر می‌رسد شهید صدر در باب عقود مشارکتی قائل به همین نظریه باشد (مفید، ۱۴۱۴ق، ص ۳۵).

بسیاری دیگر از متفکران و اقتصاددانان اسلامی دیگر نیز در تحلیل عقود مختلف مالی، هرچند تصریح به این موضوع نداشته‌اند،

اسلام (به‌عنوان زیربنا) باید احکام و ضوابط فقهی را (به‌عنوان روبناها) ترکیب کرده، جرح و تعدیل کنیم و در نهایت به کشف قواعد اساسی مذهب اقتصادی اسلام نایل آییم؛ نه اینکه هر یک از احکام را جداگانه و مستقل بررسی کنیم (صدر، ۱۴۱۷ق، ص ۳۷۵ و ۳۷۶).

شهید صدر در اکتشاف مکتب اقتصادی، به نقش مفاهیم نیز در این اکتشاف اشاره می‌کند. وی مفاهیم را آرا و نظریات تفسیرکننده رویدادهای طبیعی، اجتماعی یا تشریحی دانسته (صدر، ۱۴۱۷ق، ص ۳۷۶) و معتقد است بعضی از مفاهیم محتوای بعضی از احکام را روشن می‌سازد و فهم آن احکام را از نصوص قانونی مربوط میسر می‌گرداند (همان، ص ۳۷۸). برای مثال، دو مفهوم استخلاف در مالکیت و دیدگاه اسلام دربارهٔ تداول (تجارت) را مطرح می‌کند (صدر، همان، ص ۳۷۷ و ۳۷۸).

۱-۱-۱. نقد روش کشفی

برخی پژوهشگران اقتصاد اسلامی معتقدند مذهب اقتصادی که با روش کشفی به دست می‌آید، از جهت حل مشکلات و معضلات اقتصادی جوامع برتری چندانی بر دیگر مذاهب اقتصادی ندارد. احکام واقعی با توجه به اینکه بر اساس مصالح و مفاسد جعل شده‌اند، در حل معضلات یاریگرند، اما در دسترس نیستند. از سوی دیگر، احکام اجتهادی‌ای که در دسترس است، فقط وصف معذرت دارند؛ یعنی معلوم نیست همان احکام واقعی باشند؛ لذا واقع‌نمایی صددرصدی ندارند (یوسفی، ۱۳۷۹، ص ۱۲۲).

۱-۱-۲. پاسخ به اشکال روش کشفی

برای اشکال یادشده، دو پاسخ می‌توان مطرح کرد:

الف) وحدت اصول زیربنایی مستنبطه که از راه ترکیب احکام استخراج می‌شود

از آنجاکه منشأ همه فتاوی مختلف یکی است، بعید به نظر می‌رسد پس از ترکیب احکام و استنتاج اصول کلی، اختلاف چشمگیری بین دو مکتب کشف‌شده بر اساس دو نوع از احکام اجتهادی وجود داشته باشد. برای مثال، محمد شوقی فنجری، اصول استخلاف، تأمین حد کفایت برای عموم افراد جامعه، حفظ توازن، احترام به مالکیت خصوصی، آزادی محدود اقتصادی، همه‌جانبه بودن توسعه و رفاه عمومی را از اصول ثابت اقتصاد [اسلامی] می‌داند.

توجه به مقاصد شارع، نه به عنوان شرط کافی، بلکه به منزله شرط لازم، در استنباط احکام پذیرفته شده است.

۱-۱. روش صحیح تحلیل ماهیت عقود مشارکتی

همان طور که در هریک از چهار بخش گذشته مطرح شد، هر چهار روش باید در روش مختار در نظر گرفته شوند؛ یعنی روش کشفی شهید صدر به عنوان پایه اصلی روش پیشنهادی مطرح می شود و ماهیت استنباط شده باید سه شرط عدم مخالفت با ضوابط ظاهری عقود، عرف و نیز مقاصد عامه و خاصه شریعت را دارا باشد.

۲. ضوابط عقود مشارکتی

عقود مشارکتی عبارت است از عقودی که در آن، طرفین قرارداد با ترکیب سرمایه ها یا با ترکیب کار و سرمایه، زمینه های لازم برای سرمایه گذاری مشترک جهت کسب سود را فراهم می آورند (موسویان، ۱۳۹۱، ص ۳۸۶).

مهم ترین این عقود، چهار قرارداد شرکت، مضاربه، مزارعه و مساقات هستند.

۲-۱. عقد شرکت

شرکت عقدی است که بر اساس آن، دو یا چند نفر اموال خود را مخلوط و ممزوج می کنند تا در یک فعالیت اقتصادی برای کسب سود به کار گرفته شود. این قرارداد یک عقد جایز است که:

۱. سهم سود هریک از طرفین باید متناسب با سهم شرکت آنها تعیین شود؛ مگر آنکه یکی عامل باشد یا عاملیتش بیشتر باشد؛
۲. ضرر و زیان وارده متوجه همه شرکا و به نسبت سهم شرکت هر کدام است؛

۳. عاملی که فعالیت اقتصادی بر عهده او گذاشته شده، در این عقد امین است؛ یعنی در صورت عدم تعدی و تفریط، ضامن تلف یا خسارت به مال مشترک نیست.

۲-۲. عقد مضاربه

مضاربه عقدی است که در آن مالی را برای تجارت و کسب سود در اختیار دیگری قرار دهند. این عقد جایز است و هر کدام از طرفین هر زمان که بخواهند، به شرط رعایت قاعده لاضرر، می توانند آن را

از این روش جهت تبیین ماهیت عقود استفاده کرده اند؛ آنجا که در مباحث فقهی و اقتصادی خود هریک از عقود را مجزای از یکدیگر و مستقل در نظر گرفته و بحث کرده اند (نجفی، ۱۳۶۵، ج ۲۶، ص ۲۸۴ به بعد؛ موسویان، ۱۳۹۱).

از آنجا که در درون علم فقه روایات و زیربنای قابل کشف وجود دارد، به نظر می رسد اکتفا به ضوابط ظاهری عقود و بی توجهی به زیربنای باعث مجهول ماندن بسیاری از جوانب ماهیت عقود می گردد.

۱-۳. روش تحلیل عرفی

درست است که عقود از دیدگاه مشهور فقها امضایی است، اما از آنجا که شارع مقدس در امضای این عقود اصلاحات مهمی در آنها اعمال کرده، به نظر می رسد رجوع به مطلق عرف عقلا برای کشف نظریه شارع کافی نباشد؛ هر چند مشهور فقها برای شناخت مقتضای ذات عقود، به مطلق عرف رجوع می کنند. اما با توجه به نکته فوق، منظور از عرف، سیره متشرعه متصل به زمان معصوم است که خود در بردارنده تقریر معصوم می باشد. اکتفا به این روش هم ما را به مطلوب نزدیک نمی کند؛ زیرا بسیاری از جوانب ماهیت عقود مشارکتی با اکتفا به روش فوق مغفول می ماند.

۱-۴. روش تحلیل بر مبنای مقاصد شریعت

یکی دیگر از روش هایی که ممکن است در کشف ماهیت عقود از دیدگاه اسلام ادعا شود، کشف مقاصد شارع مقدس است؛ بدین بیان که شارع مقدس از تشریح شریعت و ضوابط احکام، مقاصد و غایات داشته، که همان وصول به مصالح دنیوی و اخروی و اجتناب از مفاسد آن است؛ حال اگر آن مقاصد و غایات شارع محقق گردد، برای درستی عمل کفایت می کند.

مقاصد شارع به دو نوع عام و خاص تقسیم می شود. مقاصد عام عبارتند از مقاصدی که در همه احکام شرع یا بیشتر آنها لحاظ شده باشند، مثل تقرب الهی؛ و مقاصد خاص آن دسته از اهدافی اند که در بعضی از احکام هدف شارع بوده اند، مثل اصل عدالت اقتصادی در احکام اقتصادی شارع (حسنی، ۱۴۱۶ق، ص ۱۱۷ و ۱۱۸).

البته همه مقاصد شارع مقدس قابل شناخت نیست و چه بسا یک یا چند هدف او را نشناسیم، ولی در ضوابطی که در راستای بسنده کردن به مقاصد شناخت شده کنار گذاشته ایم، لحاظ شده باشد؛ لذا

فسخ کنند. مهم‌ترین ضوابط این عقد عبارتند از:

۱. مضاربه اختصاص به بازرگانی و تجارت دارد؛
۲. سود آن برای هیچ‌یک از طرفین قطعی نیست و باید به صورت نسبتی از سود تعیین شود؛
۳. عامل در مضاربه امین است و نمی‌توان او را در ضرر شریک دانست یا ضامن تلف سرمایه قرار داد (محقق ثانی، ۱۳۱۳ق، ج ۲، ص ۳۳۱)؛
۴. سرمایه مضاربه باید عین، نقد، معلوم و معین بوده، برای تجارت کافی باشد؛
۵. تمامی مخارج تجارت، اعم از حمل و نقل، دستمزد نیروی کار، هزینه‌های سفر (در صورت اذن صاحب سرمایه) و...، از سرمایه برداشت می‌شود.

۲-۳. عقد مزارعه

مزارعه عقدی است که بر اساس آن، کشاورز در مقابل سهمی از محصول کشاورزی، زراعت زمین صاحب زمین را قبول می‌کند. مزارعه یک عقد مستقل و لازم است که:

۱. سود آن برای هیچ‌یک از طرفین قطعی نیست و باید به صورت نسبتی از سود تعیین شود؛
۲. کشاورز (عامل) در مزارعه امین است؛ لذا ضامن تلف یا خسارت اموالی که در اختیار او قرار دارد، نیست؛ مگر در صورت تعدی یا تفریط؛
۳. بجز زمین، بقیه ابزار و مواد اولیه لازم، اعم از بذر، کود، ماشین‌آلات و... ممکن است از سوی هریک از طرفین یا شخص ثالث تأمین شود؛ این مسئله بستگی به توافق طرفین دارد؛
۴. با فوت احد المتعاقدين باطل نمی‌شود؛
۵. در صورت بطلان آن، آورنده بذر مالک محصول است.

۲-۴. عقد مساقات

مساقات عبارت است از عقدی که بین صاحب درخت یا درختان (درختانی که ریشه ثابت و ماندنی دارند) و باغبان منعقد می‌شود؛ به این صورت که عامل (باغبان) در مقابل کاری که انجام می‌دهد، در محصول به‌دست‌آمده شریک باشد. این قرارداد یک عقد لازم است که:

۱. وظایف باغبان (عامل) باید در آن کاملاً مشخص باشد؛ و اگر تعیین وظایف نشد، هر کار متعارفی که در نگهداری از درختان لازم

است، باید انجام دهد؛

۲. مدت مساقات باید معلوم باشد و نباید کمتر از زمان میوه‌دهی درختان تعیین گردد؛
۳. مساقات در صورتی صحیح است که مراقبت و نگهداری و آبیاری عامل، در کمیت و کیفیت محصول مؤثر باشد؛
۴. در صورت بطلان عقد، مالک درختان مالک محصول، و عامل مستحق اجرةالمثل است؛
۵. سهم محصول باید به‌صورت مشاعی تعیین شود و نباید به‌صورت قطعی تعیین گردد؛
۶. عامل (باغبان) در این عقد امین است؛
۷. کلیه خسارات وارده به درختان، در صورت عدم تعدی و کوتاهی عامل، متوجه مالک درختان است.

۳. مهم‌ترین ویژگی‌های عقود مشارکتی

با توجه به ضوابط عقود مشارکتی، مهم‌ترین ویژگی‌های این‌گونه عقود عبارت است از:

۱. در تمامی این عقود، عامل (اعم از زارع، باغبان و...) ید امانی دارد و در صورت عدم تعدی و تفریط، ضامن اموالی که در اختیار او گذاشته شد، نیست؛
۲. قول عامل در مورد تلف، خسارت، تعدی و تفریط مسموع است؛ مگر اینکه خلافش ثابت شود؛
۳. انعقاد عقود مشارکتی نیازمند اعتماد به عامل است؛ و تا زمانی که به عامل اعتماد وجود ندارد، انعقاد قرارداد عقلایی نیست؛
۴. در عقود مشارکتی مالک می‌تواند در طول مدت قرارداد و تا قبل از انقضای مدت آن، بر فعالیت‌های عامل نظارت داشته باشد؛
۵. در این عقود، سود متغیر است و نباید ثابت تعیین شود؛
۶. از این جهت، عقود مشارکتی برخلاف عقود مبادله‌ای - که سود و درآمد ثابت و قطعی در آنها وجود دارد - ممکن است بسیار سودآورتر از عقود دیگر باشد و ممکن است در موارد اندکی زیان‌آور باشد؛
۷. از این جهت، عقود مشارکتی ماهیتی ریسکی برای طرفین معامله دارند؛
۸. احتمال زیان‌دهی عقود مشارکتی در صورتی که در یک ساختار سالم و صحیح اقتصادی اجرا شود، بسیار پایین است.

عدم ضمان او در قبال خسارات احتمالی وارد بر سرمایه‌ای است که در اختیار او قرار دارد. بر اساس فتوای فقهای شیعه، در صورت اطلاق عقد، تمامی خسارت‌های وارد بر سرمایه بر عهده مالک است؛ اما در اینکه آیا می‌توان خلاف آن را شرط کرد یا نه اختلاف است. محقق کرکی در *جامع المقاصد و علامه حلی در قواعد الاحکام* معتقدند امین بودن عامل در عقد مضاربه جزء مقتضیات عقد بوده و شرط خلاف آن باطل و مبطل عقد است (محقق ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۸، ص ۵۴؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۳۳۱). برخی دیگر از فقها قائل به صحت چنین شرطی هستند. به هر صورت می‌توان این ویژگی عقود مشارکتی را به‌عنوان یکی از روبناهای بحث در نظر بگیریم.

با دقت در ضوابط عقود مشارکتی و با توجه به قاعده «بطلان ربح مالم یضمن» - که اهل سنت از آن به الخراج بالضمن یاد کرده‌اند - روشن می‌شود که امین بودن عامل، در تحلیل ماهیت عقود مشارکتی تأثیر بسیاری دارد؛ زیرا از یک سو عامل ضامن خسارت نیست؛ و از سوی دیگر کسی که می‌خواهد از سرمایه‌اش سود ببرد، باید تلف و خسارت‌های احتمالی سرمایه خود را بپذیرد. در غیر این صورت، استرباح وی اکل مال دیگران است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳ق، ج ۲، ص ۲۰۲).

ب) متغیر بودن سود

یکی از ضوابط مهم هریک از عقود مشارکتی این بود که عایدی در این قراردادها نباید به صورت قطعی تعیین شود. به عبارت دیگر، در عقود مشارکتی تحقق عایدی و مقدار آن در فعالیت‌های اقتصادی قطعی نیست، حتی ممکن است بنا به دلایلی در اندکی از موارد یک فعالیت اقتصادی به ضرر منجر شود. عقود مشارکتی از عقود ریسکی است و برای افراد ریسک‌پذیر جامعه طرح شده است. این عقود برای افراد ریسک‌گریز مناسب نیست؛ چراکه سود در عقود مشارکتی قطعی نیست و احتمال ضرر نیز وجود دارد. صاحب سرمایه و عامل هر دو باید احتمال ضرر را به آورده خود بپذیرند.

از این رو، قطعی کردن سود و تعیین یک عدد مشخص - مثل نسبتی از اصل سرمایه - به‌عنوان حداقل سود برای هریک از طرفین، باعث صفر شدن ریسک برای آنها می‌شود و ماهیت ریسکی این عقد را از بین می‌برد.

از بین بردن ریسک صاحب سرمایه، منتهی به ربوی شدن معامله می‌گردد؛ زیرا اگر صاحب سرمایه ضمان مال خود را نپذیرد، استرباح وی

۴. ماهیت عقود مشارکتی

پس از بیان ویژگی‌های عقود مشارکتی باید از میان این ویژگی‌ها ارکان ماهیت این عقود را استخراج کنیم. منظور از ارکان ماهیت عقود مشارکتی، آن دسته از ویژگی‌های عقود مشارکتی است که در صورت فقدان هریک از آنها، ماهیت مشارکتی عقود از بین می‌رود و موجب بطلان عقد می‌شود. همان‌طور که در ابتدای مقاله بیان شد، ارکانی که در ضوابط عقود مشارکتی وجود دارند. برای استنباط نیازی به استفاده از روش کشفی ندارند و در خود ضوابط موجودند؛ ولی برخی از ارکان که در ضوابط به‌صورت مصرح نیامده‌اند، از طریق روش کشفی استنباط شده، رکن بودن آنها اثبات خواهد شد.

۴-۱. ریسک‌پذیری طرفین قرارداد

منظور از ریسک در این تحقیق، تمامی خطرات و خسارات وارد بر آورده فعالان اقتصادی در عقود مشارکتی، اعم از صاحبان سرمایه یا عاملان است. با دقت در آورده صاحب سرمایه روشن می‌شود که ریسک مربوط به او دو بخش است: ۱. احتمال تلف یا خسارت و نقصان سرمایه؛ ۲. عدم سوددهی و نداشتن عایدی برای او.

اما در طرف دیگر، کار نیز - که در عقود مشارکتی با سرمایه ترکیب می‌شود - دارای ریسک است. ریسک کار در این عقود احتمال عدم کسب عایدی، یا به عبارت دیگر عدم تحقق اجرةالمثل بازاری کار برای عامل است. درآمد عامل قرار است به‌عنوان سود در قالب عقود مشارکتی منظور گردد.

منظور از ریسک‌پذیری طرفین قرارداد که در این تحقیق به‌عنوان رکن اساسی ماهیت عقود مشارکتی معرفی می‌شود، ریسک هر دو طرف قرارداد در عقود مشارکتی است. بنابراین، ریسک‌پذیری در عقود مشارکتی دو بخش اساسی دارد: ۱. ریسک‌پذیری صاحب سرمایه؛ ۲. ریسک‌پذیری عامل.

برای اثبات هریک از بخش‌های یادشده باید روبناها را در کنار یکدیگر قرار دهیم و هریک را اثبات کنیم.

۴-۲. ریسک‌پذیری صاحب سرمایه

۴-۱-۱. روبناها

الف) امین بودن عامل

یکی از مهم‌ترین ویژگی‌های عقود مشارکتی، امین بودن عامل و

۲-۴-۳. ریسک‌پذیری عامل

۲-۴-۴. روبناها

الف) متغیر بودن عایدی عقود مشارکتی

همان‌طور که در بالا اشاره شد، برای سود عقود مشارکتی باید متغیر تعیین شود و در صورت تعیین سود قطعی، ماهیت عقود مشارکتی تغییر می‌کند. این مسئله، هم در مورد صاحب سرمایه صدق می‌کند و هم در مورد عامل. از این رو به‌عنوان یکی از روبناهای مهم برای اثبات ریسک‌پذیری عامل استفاده می‌شود.

ب) وجود درآمد ثابت برای عامل در عقود مبادله‌ای

با توجه به اینکه از یک‌سو عایدی در عقود مشارکتی متغیر، و از سوی دیگر درآمد عامل در عقود مبادله‌ای (همچون اجاره و جعاله) ثابت است، روشن می‌شود که اگر ریسک عامل تولید - که عبارت است از احتمال عدم حصول عایدی - صفر شود و درآمد او قطعی و ثابت گردد، عقد مشارکتی باطل می‌گردد و ماهیت عقد به یک عقد مبادله‌ای - که در آن اجرت عامل یا اجیر قطعی است - تبدیل می‌شود و باید احکام اجاره یا جعاله در آن رعایت شود.

ه) رابطه ماهیت عقود مشارکتی با مقاصد شارع و عرف

پس از تبیین ماهیت عقود مشارکتی، نوبت به عرضه این ماهیت به عرف و مقاصد شارع می‌رسد، تا با این دو عنصر مهم منافاتی نداشته باشد.

۱-۱. مقاصد شارع

دو هدف اصلی شارع در نظام اقتصادی اسلام، «ایجاد ثروت و پیشرفت» و «عدالت اقتصادی در جامعه» است. مقام معظم رهبری در این باره می‌فرماید:

ما وقتی به صورت کلان به زمینه اقتصاد اسلامی نگاه می‌کنیم، دو پایه اصلی مشاهده می‌کنیم. هر روش اقتصادی، هر توصیه و نسخه اقتصادی که این دو پایه را بتواند تأمین کند، معتبر است. هر نسخه‌ای، هر چه هم مستند به منابع علی‌الظاهر دینی باشد و نتواند این دو را تأمین کند، اسلامی نیست. یکی از آن دو پایه عبارت است از «افزایش ثروت ملی». کشور اسلامی باید کشور ثروتمندی باشد؛ کشور فقیری نباشد؛ باید بتواند با ثروت خود، با قدرت اقتصادی خود، اهداف والای

خوردن مال دیگران است (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳ق، ج ۲، ص ۲۰۲). بنابراین، سود عقود مشارکتی باید متغیر باشد و نسبتی از سود حاصل در فعالیت اقتصادی - که موضوع عقد مزبور است - تعیین شود و پس از انقضای زمان قرارداد یا در اثنای آن (بسته به نوع و شرایط عقد) بین طرفین قرارداد تقسیم گردد.

موسویان در تبیین این عنصر به‌عنوان یکی از ویژگی‌های اصلی قراردادهای مشارکتی می‌نویسد: «قراردادهای مشارکتی قابلیت سودهای معین ندارند... سود واقعی در پایان دوره مالی مشخص می‌شود» (موسویان، ۱۳۸۴، ص ۱۳۱). وی این ویژگی را با ادبیاتی مربوط به بانک‌داری توضیح می‌دهد؛ ولی روشن است که آن را یکی از ویژگی‌های اصلی عقود مشارکتی می‌داند.

ج) قاعده بطلان ربح مالم یضمن

برای تکمیل روبناها به این قاعده مهم نیاز مبرم داریم. از آنجاکه از یک‌سو سود عقود مشارکتی قطعی نیست و حتی احتمال ضرر هم وجود دارد، و از سوی دیگر ضرر وارد بر سرمایه در صورت عدم تعدی و تفریط بر عهده عامل نیست، و از طرف سوم استرجاح مالک مال در صورتی که تلف آن را ضمانت نکند، حرام و ریاست (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳ق، ج ۲ ص ۲۰۲)، روشن می‌شود که ریسک سرمایه بر عهده مالک آن است.

۲-۴-۲. اثبات رکن بودن ریسک‌پذیری صاحب

سرمایه

با توجه به قاعده «بطلان ربح مالم یضمن» در صورتی که صاحب سرمایه ریسک مال خود را نپذیرد، سود بردن او ربا و حرام است؛ و این همان ربای لبی و روحی است که آیت‌الله هاشمی شاهرودی بدان اشاره می‌کند (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۳ق، ج ۲ ص ۲۰۱). در شرع مقدس دو نوع ربا وجود دارد: ۱. ربای قرضی؛ ۲. ربای معاملی. با توجه به تعریف ربای معاملی، این نوع ربای لبی قطعاً از نوع ربای معاملی نیست؛ لذا باید ربای قرضی باشد. ربای قرضی نیز فقط در ضمن عقد قرض محقق می‌شود. از این مطلب روشن می‌شود که ماهیت عقود مشارکتی در صورت انتقال ریسک سرمایه به غیر از مالک آن تغییر می‌کند و به قرض ربوی تبدیل می‌شود. این یعنی ماهیت مشارکتی بودن این عقود، بسته به پذیرش ریسک از سوی صاحب سرمایه است.

همین طور ریسک‌پذیری طرفین قرارداد مانع ایجاد ثروت نیست؛ چراکه اولاً عموم فعالیت‌های اقتصادی اگر با رعایت قوانین حقوقی، اقتصادی و تخصصی انجام پذیرند، سودآورند و تعداد بسیار کمی از آنها به سود منجر نمی‌شوند؛ ثانیاً در صورت خسارت، چه ریسک سرمایه و عایدی را متوجه صاحب سرمایه بدانیم، چه عامل و چه شخص ثالث را، این خسارت وجود دارد و ثروتمندان را کم می‌کند. پس ریسک‌پذیری نیست که مانع رشد ثروت است؛ بلکه عامل دیگری دارد.

در بعد کلان اقتصادی نیز ابتدا باید نسخه‌ای بر مبنای این ماهیت برای هریک از بازار پول (نظام بانکی) و بازار سرمایه ارائه گردد و سپس میزان تحقق هریک از مقاصد شارع مقدس در آنها بررسی شود. می‌توان با اطمینان گفت که اگر این عنصر در نظام بانکی رعایت شود و در صورت اصلاح نظام فرهنگی و طراحی ابزارهای نظارتی کافی، نه تنها مانع تحقق مقاصد شارع نیست، بلکه در افزایش ثروت ملی و کاهش فاصله طبقاتی میان اقشار جامعه تأثیر مثبت خواهد داشت.

درباره مخالفت یا عدم مخالفت ماهیت استنباط‌شده با عرف هم روشن است: با توجه به اینکه از یک سو قاعده اولیه و مقتضای اطلاق عقود مشارکتی این است که خسارت به سرمایه متوجه صاحب سرمایه است و از سوی دیگر عایدی در عقود مشارکتی متغیر است و نمی‌توان برای هیچ‌یک از طرفین عایدی قطعی و ثابت تعیین کرد، می‌توان این‌گونه برداشت کرد که قطعاً منافاتی با آن عرف ندارد.

نتیجه‌گیری

در تبیین ماهیت عقود مشارکتی باید از ترکیب روش‌های کشفی، ضوابط عقود، عرفی و مقاصدی استفاده شود، که نام آن را روش کشفی - مقاصدی می‌نهیم. پس از اثبات ماهیت این عقود، آن را به مقاصد شریعت و عرف عرضه می‌کنیم تا منافاتی با آن دو نداشته باشد.

قاعده «بطلان ربح ما لم یضمن» بیان می‌کند که هر کس می‌خواهد از سرمایه‌اش کسب سود کند، باید خسارت یا تلف احتمالی سرمایه خود را بپذیرد. در غیر این صورت، استرباح وی باطل خواهد بود. ماهیت عقود مشارکتی عبارت است از ریسک‌پذیری طرفین قرارداد. منظور از ریسک‌پذیری، تمامی خطرات و خسارات وارد بر آورده‌فعالان اقتصادی در عقود مشارکتی، اعم از صاحبان سرمایه یا عاملان است.

خودش را در سطح بین‌المللی پیش ببرد. پایه دوم، «توزیع عادلانه و رفع محرومیت در درون جامعه اسلامی» است. این دو باید تأمین بشود؛ و اولی شرط دومی است. اگر تولید ثروت نشود، اگر ارزش افزوده در کشور بالا نرود، ما نمی‌توانیم محرومیت را برطرف کنیم؛ نخواهیم توانست فقر را برطرف کنیم؛ بنابراین هر دو تا لازم است. شما که متفکر اقتصادی هستید و پایبند به مبانی اسلامی، طرحتان را بیاورید. باید این دو تا در آن طرح تأمین بشود. اگر این دو در آن طرح تأمین نشد، آن طرح اختلال دارد؛ ایراد دارد (بیانات دیدار مسئولان اقتصادی و دست‌اندرکاران اصل ۴۴ قانون اساسی، ۱۳۸۵/۱۱/۳۰).

هر دوی این هدف‌ها، هم بعد خرد و جزئی دارند و هم بعد کلان و کلی. به عبارت دیگر، طبق فرمایش مقام معظم رهبری، هر حکم، ضابطه و طرحی که در نظام اقتصادی اسلام ارائه می‌شود، هم باید جامعه را به سمت این دو هدف پیش ببرد، و هم این دو هدف را برای خود فعالان اقتصادی که در آن طرح یا ضابطه فعالیت می‌کنند، فراهم کند (رهبری به بعد دوم، اشاره محسوسی ندارند؛ اما مسلم است).

در بحث ما نیز ماهیتی که برای عقود مشارکتی استنباط می‌شود، نباید مانع ایجاد ثروت برای طرفین معامله و مانع پیشرفت اقتصادی جامعه باشد؛ و از سوی دیگر، هم باید عدالت بین متعاقدین را تأمین کند و هم باید باعث ایجاد ناعدالتی در جامعه نشود.

۲-۵. بررسی ماهیت عقود مشارکتی در زمینه مقاصد شارع و عرف

روشن است که ریسک‌پذیری طرفین قرارداد، نه تنها مانع ایجاد عدالت بین متعاقدین نیست، بلکه عین عدالت است؛ چراکه از یک سو اگر صاحب سرمایه‌ای که می‌خواهد از سرمایه خود کسب سود کند، ضامن تلف یا خسارت احتمالی نباشد، فرد دیگر باید این تلف را ضمانت کند؛ درحالی که عدالت ایجاب می‌کند او که سود احتمالی را می‌برد، ضرر محتمل را هم متحمل شود. از سوی دیگر، ریسک‌پذیری عامل نسبت به عایدی نیز برخلاف عدالت نیست؛ زیرا عامل با پذیرش این ریسک، احتمال کسب سود بیشتر نسبت به اجرة‌المثل بازاری را نیز کسب می‌کند؛ یعنی هم یک ریسک اضافه نسبت به عقود مبادله‌ای را می‌پذیرد و هم یک احتمال منفعت بیشتر را در کنار آن کسب می‌کند.

منابع.....

- بکتاش، محمد کاظم، ۱۳۹۵، *مبانی فقهی - اقتصادی توزیع ریسک (مخاطره) در بازارهای مالی*، قم، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی ☞
- بیانات دیدار مسئولان اقتصادی و دست‌اندرکاران اصل ۴۴ قانون اساسی، ۱۳۸۵/۱۱/۳۰، در: khamenei.ir
- حسینی، اسماعیل، ۱۴۱۶ق، *نظریه المقاصد عند الامام محمد الطاهر بن عثسور*، عربستان، معهد العالمی للفکر الاسلامی.
- حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۳ق، *قواعد الأحکام*، قم، جامعه مدرسین.
- صدر، سیدمحمدباقر، ۱۴۱۷ق، *اقتصادنا*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- محبوبی، سید نصرالله، ۱۳۹۱، «پژوهشی بر مخالفت شرط ضمان امین با ذات عقد و یا شرع»، *کانون*، ش ۱۲۹، ص ۴۹-۳۱.
- محقق ثانی، علی بن حسین بن عبدالعالی، ۱۴۰۸ق، *جامع المقاصد*، قم، مؤسسه آل‌البیت.
- مفید، محمدین محمدین نعمان، ۱۴۱۴ق، *النکت الاعتقادیه*، چ دوم، بیروت، دارالمفید.
- موسویان، سیدعباس، ۱۳۸۴، «نقد و بررسی قانون بانکداری بدون ربا»، *اندیشه حوزه*، ش ۵۳، ص ۱۱۹-۱۴۰.
- ، ۱۳۹۱، *مبانی فقهی بازار پول و سرمایه*، تهران، دانشگاه امام صادق ☞.
- نجفی، محمدحسن، ۱۳۶۵، *جواهرالکلام، فی شرح شرائع الاسلام*، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- هاشمی شاهرودی، سیدمحمد، ۱۴۳۳ق، *قراءات فقهیه معاصره*، قم، مرکز فقه اهل‌بیت و معارف اسلامی.
- یوسفی، محمدرضا، ۱۳۷۹، «بررسی روش آیت‌الله شهید صدر در کشف مکتب اقتصاد اسلامی»، *فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق* ☞، ش ۱۲ و ۱۱، ص ۱۲۸-۱۱۳.

ریسک عامل مربوط به عایدی است و ریسک صاحب سرمایه، علاوه بر عایدی، نسبت به تلف یا خسارت اصل سرمایه نیز هست.

برای اثبات این رکن اساسی، ماهیت عقود مشارکتی باید از روش کشفی شهید صدر استفاده کرد و پس از استنباط، آن را به مقاصد شارع و عرف عرضه نمود تا مخالفتی با آن دو نداشته باشد. روناهای مورد استفاده در کشف ماهیت عقود مشارکتی عبارت‌اند از: امین بودن عامل، متغیر بودن سود، و قاعده «بطالان ربح مال لم یضمن»، در اثبات ریسک‌پذیری صاحب سرمایه؛ و متغیر بودن عایدی در عقود مشارکتی و قطعی بودن آن در عقود مبادله‌ای، در اثبات ریسک‌پذیری عامل.

مقاصد شریعت در نظام اقتصادی اسلام تولید ثروت و عدالت اقتصادی است که ماهیت عقود مشارکتی‌ای که در این مقاله اثبات شد، با آن منافاتی ندارد؛ همان‌طور که با عرف منافاتی ندارد.