



Evaluation of Critiques Raised Regarding the Diminishing Partnership Contract

Seyed Mojtaba Sedighian Kakhki¹ | Mohammad Arabshahi² | Seyed Ali Sajjadizadeh³

1. Level Four Student of Jurisprudence and Its Principles, Navvab Seminary, Mashhad, Iran. Email: s.m.sedighiankakhki@gmail.com
2. Corresponding Author, Assistant Professor, Razavi Research Institute of Islamic Sciences, Islamic Research Foundation of Astan Quds Razavi, Mashhad, Iran. Email: arabshahi@islamic-rf.ir
3. Assistant Professor, Department of Jurisprudence, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: sajjadizadeh@razavi.ac.ir

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received: 16 May 2024

Revised: 16 August 2024

Accepted: 10 September 2024

Available online 28 September 2024

Keywords:

Diminishing Partnership, Stipulation, Sale, Partnership, Profit.



ABSTRACT

The diminishing partnership is a contractual arrangement in which, through a Stipulation within the contract, the partners are obligated to gradually buy and sell shares. Due to misunderstandings about the nature of this partnership, several jurisprudential objections-particularly from contemporary Sunni jurists-have been raised regarding this commercial arrangement. Concerns have been raised regarding the possibility of two contracts within one, the presence of excessive uncertainty (Gharar), the exchange of debt for debt (Kālī bi-l-kālī), the suspicion of a usurious loan and the use of legal stratagems (Hiyal al-Ribā), its inconsistency with the requirement of immediacy (Tanjīz) in contracts, and its resemblance to Bay‘al-‘inah. This study briefly examines the nature of the diminishing partnership and addresses these objections. It argues that the basis for rejecting these doubts lies in attention to three key elements of the diminishing partnership: 1. Recognizing the stipulated condition as a commitment to enter into a sale in the future, rather than an immediate realization of the sale; 2. The absence of any guarantee of profit or property by either party in this arrangement; 3. The partners' awareness of the possibility of both profit and loss in this type of partnership. Employing a descriptive-analytical method and library-based research, this study examines these jurisprudential objections in detail and ultimately concludes that none of the raised objections are applicable to this contract.

Cite this article: Sedighian Kakhki, S., M.; Arabshahi, M.; Sajjadizadeh, S., A. (2025). Evaluation of Critiques Raised Regarding the Diminishing Partnership Contract. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 17(31), 119-148. <https://doi.org/10.30513/cjd.2024.6041.1964>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



ارزیابی نقدهای مطرح شده درباره عقد مشارکت کاهنده

سید مجتبی صدیقیان کاخکی^۱ | محمد عربشاهی^۲ | سید علی سجادی زاده^۳

۱. طلبه سطح چهار فقه و اصول، مدرسه عالی نواب، مشهد، ایران. رایانامه: s.m.sedighiankakhki@gmail.com
۲. نویسنده مسئول، استادیار، پژوهشکده علوم اسلامی رضوی، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: arabshahi@islamic-rf.ir
۳. استادیار، گروه فقه، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: sajjadizadeh@razavi.ac.ir

چکیده

اطلاعات مقاله

مشارکت کاهنده، عقد شرکتی است که طی شرطی ضمن عقد، شرکا را ملزم به خرید و فروش تدریجی سهام می‌نماید. به دلیل عدم درک صحیح از این نوع عقد مشارکت، چند شبهه فقهی به‌ویژه از سوی فقهای اهل سنت معاصر متوجه این عملیات تجاری گردیده که عبارت‌اند از: شبهه وقوع دو عقد در یک عقد، شبهه غرری بودن، شبهه معامله کالی به کالی، شبهه قرض ربوی و استفاده از حیل ربا، مخالفت با تجزیه عقد و شبهات به بیع عینه. این پژوهش ضمن بررسی مختصر ماهیت مشارکت کاهنده، به بررسی و پاسخ شبهات مذکور پرداخته و به‌طور خلاصه اساس رد این شبهات را در توجه به سه عنصر دخیل در مشارکت کاهنده می‌داند، که عبارتند از: ۱. شناسایی شرط مندرج ضمن این عقد به‌عنوان یک تعهد به انجام بیع نه تحقق بیع؛ ۲. توجه به عدم تضمین سود و اصل سرمایه در این معامله از سوی هیچ کدام از شرکا؛ ۳. علم شرکا به احتمال وقوع سود و زیان در این نوع از مشارکت. پژوهش حاضر با روش توصیفی - تحلیلی و مطالعه اسناد کتابخانه‌ای به بررسی این شبهات فقهی و حل و رفع تفصیلی آن‌ها پرداخته و در نهایت، هیچ کدام از شبهات مطرح شده به این عقد را وارد نمی‌داند.

نوع مقاله: پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۲۷

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۵/۲۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۰

تاریخ انتشار برخط:

۱۴۰۳/۰۷/۰۷

کلیدواژه‌ها:

مشارکت کاهنده، شرط، بیع،

شرکت، سود.



استناد: صدیقیان کاخکی، سید مجتبی؛ عربشاهی، محمد؛ سجادی‌زاده، سید علی. (۱۴۰۴). ارزیابی نقدهای مطرح شده درباره عقد مشارکت کاهنده. آموزه‌های فقهی - فلسفی، ۱۱۷ (۳)، ۱۱۹-۱۴۸.

<https://doi.org/10.30513/cjd.2024.6041.1964>

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.



© نویسندگان

مقدمه

با گذشت زمان و تغییر نیازهای اقتصادی و تجاری، همواره قراردادهای و معاملات تجاری دستخوش تحول و روزآمدی بوده‌اند. تغییر در شیوه معاملات، ترکیب قراردادهای، ایجاد روش‌های نو در پرداخت و... از این قبیل است. ضروری است پژوهشگران حوزه فقه سهم خود را در تطبیق این شیوه‌های نو با شرعیت مقدس اسلام ایفا نمایند. از جمله این روش‌های جدید انجام معاملات بر اساس قراردادهای مرکب است؛ قراردادهایی که ترکیبی از چند عقد می‌باشند. عقد مشارکت کاهنده نیز از زمره این قراردادهاست؛ عقدی که خود دربردارنده شروط و قراردادهای دیگری است. این قرارداد بر اساس نیازهای جامعه تجاری و اقتصادی امروز به‌منظور مشارکت‌های کلان در پروژه‌های اقتصادی، تولیدی و... ایجاد شده است که طی آن، سرمایه‌گذار به‌عنوان شریک با سرمایه‌پذیر، در یک طرح تجاری یا تولیدی، سرمایه‌گذاری و مشارکت می‌نماید و در ضمن این عقد شرکت، تعهدی بر فروش تدریجی سهام یک شریک به شریک دیگر درج می‌گردد (ترابی، ۱۴۲۶، ص ۱۲۰؛ شبیر، ۲۰۰۷، ص ۳۳۴). این قرارداد که در قوانین بانکی کشور نیز به آن اشاره شده است،^۱ با شبهاتی از منظر شرعی مواجه گردیده که برای اطمینان از صحیح

۱. گرچه در قوانین بانکی کشور به عنوان کلی مشارکت مدنی اشاره شده است، مانند مواد ۱۸، ۱۹، ۲۳ و ۲۴ آیین‌نامه تسهیلات اعطایی بانک‌ها ابلاغی از شورای پول و اعتبار که به عنوان کلی مشارکت مدنی پرداخته، اما تعریف مشارکت کاهنده و اشاره به آن فقط در دستورالعمل اجرایی نحوه امهال مطالبات مؤسسات اعتباری (مصوب ۱۳۹۹/۰۷/۱۳) به چشم می‌خورد. الحاقیه این مصوبه اشاره به این نوع از مشارکت و تعریف آن دارد: «مشارکت مدنی کاهنده: قراردادی است که به‌موجب آن، مؤسسه اعتباری و مشتری ضمن قرارداد (شرکت‌نامه) توافق می‌نمایند که مشتری به‌تدریج و بر اساس جدول زمان‌بندی، سهم‌الشرکه مؤسسه اعتباری را تملک نماید». همچنین ماده ۳۲ این مصوبه به شراکت بانک و مشتری و خرید تدریجی سهم‌الشرکه توسط بانک اشاره می‌کند و می‌گوید: «در امهال مطالبات از طریق انعقاد قرارداد در قالب عقد مشارکت مدنی کاهنده، مؤسسه اعتباری بر اساس قرارداد (شرکت‌نامه) منعقد با مشتری به میزان مطالبات خود در کسب‌وکار مشتری شریک می‌گردد و سهم‌الشرکه وی به‌صورت تدریجی / یک‌جا بر اساس جدول زمان‌بندی با تأیید مؤسسه اعتباری به مشتری واگذار می‌شود».

تبصره: امهال مجدد قرارداد در قالب عقد مشارکت مدنی کاهنده، در چهارچوب مفاد ماده ۱۶ (ماده ۱۷ در اصلاحیه دستورالعمل) این دستورالعمل امکان‌پذیر می‌باشد.^۱ گرچه مصوبه فوق سازوکار مستقل و مدونی برای شناسایی مشارکت به شرط بیع به‌عنوان یک قرارداد بانکی نمی‌باشد، اما با شناسایی و تعریف این قرارداد به‌عنوان روشی برای امهال مطالبات به این نوع از مشارکت وجهه قانونی داده است.

بودن این قرارداد و غیرربوی بودن آن، پژوهش حاضر به بررسی این شبهات خواهد پرداخت. بررسی، حل، رفع یا تأیید شبهات فقهی پیرامون چنین قراردادهایی ضرورتی است بر عهده پژوهشگران فقه مدنی تا فعالان اقتصادی با خاطری آسوده از صحت این عقود به انجام معاملات مورد نیاز خود بر اساس چنین قراردادهایی بپردازند، چراکه پیش‌گیری از سقوط در پرتگاه‌هایی چون ربا نیاز به دقت و امعان نظر متخصصین فقه اسلامی دارد، چنان‌که امیرالمؤمنین (ع) فرمود: «الْفَقْهُ ثُمَّ الْمَتَجَرَّ الْفَقْهُ ثُمَّ الْمَتَجَرَّ وَاللَّهِ لِلرَّبَا فِي هَذِهِ الْأُمَّةِ دَبِيبٌ أَخْفَى مِنْ دَبِيبِ النَّمْلِ عَلَى الصَّفا» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۱۹۵).

این سخن نشان از ضرورت دقت در تطبیق تجارت با شریعت دارد. لذا این پژوهش با شیوه تحلیلی - توصیفی و مطالعه اسناد کتابخانه‌ای و با هدف بررسی دقیق شبهات وارده به عقد مشارکت کاهنده، و حصول اطمینان از تطابق این فعالیت تجاری با دستورات شارع مقدس، انجام خواهد شد.

پیشینه: تاکنون پژوهشی مستقل عهده‌دار بررسی شبهات فقهی پیرامون عقد مشارکت کاهنده نگردیده، اما در عنوان کلی مشارکت کاهنده تحقیقاتی ارائه شده است. گرچه در این عنوان نیز هنوز پژوهشی در قالب کتاب تدوین و ارائه نشده و تمام پژوهش‌های انجام‌شده در این موضوع در قالب مقاله می‌باشد. از جمله چند مقاله به زبان عربی در سیزدهمین شماره مجله مجمع الفقه الاسلامی در سال ۱۴۲۲ق به این موضوع پرداخته‌اند که عبارت‌اند از:

«المشاركة المتناقضة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة» از نزه کمال حماد؛

«المشاركة المتناقضة وصورها» از وهبة الزحيلي؛

«المشاركة المتناقضة طبيعتها وضوابطها الخاصة» از عبدالسلام العبادی.

و در سال‌های بعد:

مقاله «عقد المشاركة المتناقضة» اثر حسین کامل فهمی در مجله مجمع الفقه الاسلامی؛

«المشاركة المتناقضة؛ صورها و احكامها»، به قلم مرتضی ترابی در مجله فقه اهل

بیت(ع).

همچنین مقالاتی به زبان فارسی با عناوین:

«بررسی فقهی و اقتصادی ابزار تأمین مالی مشارکت کاهنده»، اثر معصومی‌نیا و غلامی در مجلهٔ اقتصاد اسلامی؛

«اوراق مشارکت کاهنده؛ راهکار عملیاتی در تأمین مالی فرایند ادغام و تملک»، اثر سعید و موسی احمدی در مجلهٔ تحقیقات مالی اسلامی.

در حوزهٔ کتاب نیز گرچه کتاب مستقلى در این موضع در دست نیست، اما می‌توان دو کتاب را که بخش‌هایی از آن به این موضوع پرداخته‌اند نام برد: بحوث فی الفقه المعاصر، به قلم حسن جواهری و المعاملات المالية المعاصرة فی الفقه الإسلامی، اثر محمد عثمان شبیر.

اما نوآوری و تفاوت پژوهش حاضر پرداختن به شبهات فقهی وارد بر عقد مشارکت کاهنده می‌باشد، چراکه هیچ اثری، پژوهشی مستقل در این موضوع ارائه نداده است.

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. عقود مرکب

چنان‌که در مقدمه بیان شد، مشارکت کاهنده از جمله عقود مرکب یا قراردادهای تلفیقی است. با توجه به اهمیت این عنوان در بررسی شبهات فقهی و همچنین تأثیر این معرفی در شناخت بنیان مشارکت کاهنده، قبل از پرداختن به مفهوم مشارکت کاهنده، مفهوم قراردادهای ترکیبی بررسی خواهد شد. عقد مرکب یا قرارداد تلفیقی، یعنی عقدی که متضمن چند عقد است. آیت‌الله حسن جواهری «قراردادهای ترکیبی» (العقود المجتمعة) را که «مشارکت کاهنده» نیز یکی از همین قراردادهاست، چنین تعریف می‌کند: «عقود ترکیبی، منظومه‌ای از قراردادها (عقود) است که با یکدیگر مرتبط هستند و به یک هدف منتهی می‌شوند و آن قرارداد اصلی است» (جواهری، بی‌تا، ج ۲، ص ۸۶). اشاره به این‌گونه عقود در آثار فقهای عظام نیز سابقه داشته است و ایشان برخی از عقود را عقد مرکب دانسته‌اند، گرچه به‌طور مستقیم از این عنوان استفاده نکرده‌اند، مانند آنچه شهید ثانی در باب قراض می‌گوید: «لا خلاف فی کون القراض من العقود الجائزة من الطرفين، ولأنه

وكالة في الابتداء، ثم قد يصير شركة، وهما جائزان أيضاً» (شهيد ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۴۴).

یا صاحب جواهر در مضاربه بیان نموده است: «ولکن یتبعها أحكام عقود کالوكالة والودیعة والشركة، و غیرها کالغصب وأجرة المثل ونحوها» (نجفی، ۱۳۶۲ق، ج ۲۶، ص ۳۳۸).

۲-۱. مشارکت کاهنده

مشارکت کاهنده از جمله عقود سرمایه‌گذاری جدید است. لذا قبل از پرداختن به ماهیت و تحلیل این عقد نگاهی به تعاریف فقیهان معاصر خواهد شد. استاد مرتضی‌ترابی در تعریف مشارکت کاهنده می‌گوید: توافق برای شراکت در سرمایه‌گذاری پروژه اقتصادی دارای سود قابل برداشت با اعطای حق خرید دفعی یا تدریجی سهام یک شریک به شریک دیگر طبق شروط توافق‌شده از سود سرمایه‌گذاری مشترک یا از پولی دیگر. این قرارداد اغلب بین مؤسسه مالی یا بانک و اشخاص حقیقی یا حقوقی محقق می‌شود (ترابی، ۱۴۲۶، ص ۱۲۰)، چنان‌که از تعریف بیان‌شده مشخص می‌شود، نکته متمایزکننده این نوع سرمایه‌گذاری و مشارکت با سایر انواع سرمایه‌گذاری و مشارکت، اعطای حق خرید به یکی از شرکاست. این توافق شریک مقابل را که معمولاً سرمایه‌گذار است ملزم به فروش سهام خود می‌نماید و طبق توافق، این خرید و فروش می‌تواند دفعی یا تدریجی باشد، که در نهایت منجر به خرید تمام سهام توسط یک شریک و مالکیت تمام شرکت خواهد شد. این حق که به صورت یک شرط در ضمن قرارداد شرکت لحاظ خواهد شد، مهم‌ترین وجه تمایز این نوع سرمایه‌گذاری و مشارکت با سایر انواع مشابه مانند مضاربه، مشارکت مدنی، بیع نسبه، خرید دین و... می‌باشد. تعریف دیگری از یک عالم اهل سنت، دکتر محمد شبیر، نیز قابل تأمل است. او این عقد را «المشاركة المنتهية بالتملیک» نام گذاشته و در معرفی آن بیان داشته است: مشارکت کاهنده، شرکتی است که در آن بانک به شریک این حق را می‌دهد که یک‌باره یا به صورت اقساط بر حسب شرایط توافق‌شده جایگزین او در مالکیت شرکت شود. این مشارکت از نظر این که بانک به عنوان شریک از تمام حقوق شریک در شرکت دائم برخوردار است و همه تعهدات شریک را دارد، مشابه شرکت دائمی است و تفاوت آن با شرکت دائمی در عنصر دوام و استمرار می‌باشد، زیرا بانک در

مشارکت کاهنده قصد ادامه شرکت را ندارد و به شریک دیگر این حق را می دهد که در مالکیت پروژه جایگزین وی شود، درحالی که در یک شرکت دائمی قصد بانک ادامه شراکت تا پایان و انحلال شرکت است (شیر، ۲۰۰۷، ص ۳۳۴). او ضمن معرفی این عنوان به نکته ای اشاره می کند و آن وجه تمایز این نوع از شرکت با سایر انواع شرکت است که در کنار شرط بیان شده (اعطای حق خرید سهام به یک شریک) وجه تمایز دیگر این قرارداد می باشد، و آن تمایز در عنصر دوام و استمرار یا موقتی و زمان دار بودن است، چراکه در سایر انواع شرکت، شرکا به قصد استمرار و ادامه شراکت تا پایان و تسویه نهایی اقدام می کنند، اما در مشارکت کاهنده یکی از شرکا قصد استمرار ندارد و از ابتدا به قصد شراکت در مدتی محدود و تا تحقق شرط خرید تمام سهامش توسط شریک دیگر اقدام نموده است. البته در مقایسه این دو تعریف می توان نقدی به تعریف محمد شیر داشت که او با عبارت «شركة يعطى المصروف فيها الحق للشريك» (شیر، ۲۰۰۷، ص ۳۳۴)، یک طرف از این شراکت را منحصر در بانک دانسته است، درحالی که هیچ منعی از تحقق این شراکت و سرمایه گذاری میان اشخاص حقیقی وجود ندارد. لذا استاد مرتضی ترابی در تعریف خود این نکته را چنین متذکر شده است: «والغالب تحققها بين مؤسسة مالية من مصرف وغيره وبين شخص طبيعي» (ترابی، ۱۴۲۶، ص ۱۲۰) و تحقق این نوع شرکت غالباً بین شخصیت حقوقی مانند بانک و شخص حقیقی یا حقوقی دیگر مانند شرکت خواهد بود.

۱-۲-۱. بررسی و تحلیل ماهیت مشارکت کاهنده

جهت شناخت بهتر این نوع از مشارکت، در ادامه به بررسی و تحلیل ماهیت و وجوه امتیاز مشارکت کاهنده پرداخته خواهد شد، چراکه شناخت دقیق ماهیت این مشارکت در نقد و بررسی شبهات راهگشا خواهد بود.

ماهیت مشارکت کاهنده استوار بر چند عنصر اساسی می باشد:

عنصر اول: مشارکت و ایجاد عقد شرکت، چراکه برای تحقق مشارکت کاهنده و امکان معامله و کسب سود با مال مشترک نیاز به سببی مستقل است و آن سبب عقدی بین شرکاست برای انجام معامله با مال مشترک، که در فقه به آن شرکت عقدی یا شرکت

اكتسابی و در حقوق، شركت مدنی^۱ می‌گویند. نتیجه این عقد همان غرض مشاركت كاهنده یعنی تصرف در مال مشترك و كسب سود و تجارت خواهد بود، چراكه در شركت غیرعقدی هیچ كدام از شريك‌ها بدون اجازه دیگری حق تصرف در مال مشترك را ندارند و انعقاد عقد شركت موجب رفع این مانع از تصرف و انجام تجارت با مال مشترك خواهد بود. توجه به این نكته نیز ضروری است كه منظور از این عقد و سبب در تحقق شركت غیر از اسباب پنج‌گانه تحقق شركت^۲ است، چراكه این اسباب فقط موجب ایجاد شراكت می‌شود، اما برای جواز در تصرف و انجام معاملات با مال مشترك باید شركتی عقدی تأسیس نمود. لذا مشاركت كاهنده از نوع شركت عنان خواهد بود، چنان‌كه فقها در تعریف شركت عنان آن را مشاركت چند نفر در اموال برای تجارت و كسب سود معرفی نموده‌اند. این نوع از شركت عنان تنها روش مورد قبول فقها برای تحقق شركت عقدی می‌باشد (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۵۹۳)

عنصر دوم: شرط واگذاری به عنوان دومین عنصر تشکیل‌دهنده ماهیت فقهی، حقوقی مشاركت كاهنده مورد توجه است. منظور از «شرط واگذاری» درج شرط واگذاری تدریجی یا دفعی سهام یک شريك به شريك دیگر، در ضمن عقد شركت است. در واقع، این شرط نیز برآورنده غرض متعاقدين از انعقاد این عقد شركت خواهد بود. همچنین باید یادآور شد كه شرط ضمن عقد بر اساس متعلق شرط و ثمر آن به سه دسته تقسیم گردیده است كه به اختصار عبارت‌اند از:

۱. شرط وصف، یعنی متعاقدين التزام و وفای به مفاد عقد را بر تحقق مشروط (وصف) در خارج معلق نموده‌اند. پس با تحقق وصف در خارج، مشروط‌له باید به مقتضای عقد وفا کند و در فرض عدم تحقق وصف، وی از خیار تخلف برخوردار می‌شود، و بین التزام به مفاد عقد و ابطال آن مخیر خواهد بود (نک: خویی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۸۰-۱۸۳). اما قطعاً شرط بیع، در این دسته (شرط وصف) قرار نخواهد گرفت.
۲. شرط نتیجه یا شرط غایت، در جایی است كه نتیجه یک انشا یا فعل، متعلق شرط

۱. مواد ۵۷۱ تا ۶۰۶ قانون مدنی به این موضوع پرداخته‌اند.

۲. اسباب پنج‌گانه برای تحقق شركت عبارت‌اند از: ۱. ارث، ۲. عقد ناقل، ۳. امتزاج، ۴. حیات و احیا، ۵. شريك (فاضل لنگرانی، ۱۴۲۵، ص ۹۴).

قرار گیرد، مانند تملیک و تصرف در مبیع که نتیجهٔ بیع است. در این حالت، وقتی این شرط ضمن یک عقد درج شود بدون انشا، نتیجهٔ آن محقق خواهد شد. مثلاً ضمن عقد بیع یک خانه شرط شود که اثاث موجود در خانه هم به تملک خریدار درآید. در صحت یا عدم صحت شرط نتیجه اقالی بین فقها مطرح است (خویی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۸۳-۱۸۶)، گرچه اکثر معاصرین قائل به تفصیل در این شرط شده‌اند، به این صورت که اگر نتیجهٔ شرط‌شده نیاز به سبب شرعی خاصی داشته باشد، مانند صیغهٔ بیع یا صیغهٔ نکاح، چنین شرطی به دلیل مخالفت با کتاب و سنت باطل خواهد بود، چراکه تحقق نتیجه بدون وجود سبب معتبر شرعی ممکن نیست. اما اگر در تحقق نتیجه سبب شرعی خاصی معتبر نباشد چنین شرطی صحیح خواهد بود، مانند وکالت^۱ (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۵۹-۶۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷، ص ۲۲۰؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵، ص ۵۹۲-۵۹۳؛ همدانی، ۱۴۱۷، ج ۱۴، ص ۶۲۶).

شرط بیع سهام، مندرج در ضمن عقد مشارکت کاهنده را به یک اعتبار می‌توان شرط نتیجه محسوب نمود، اگر متعاقدين شرط نمایند که در تاریخ یا تاریخ‌های مقرر با پرداخت ثمن معین، سهام مورد توافق، از ملکیت یک شریک خارج شود و به تملیک شریک دیگر درآید. در این فرض دو حالت متصور خواهد بود:

اول: در این شرط شریک واگذارکننده به شریک خریدار وکالت فروش مقدار معین سهام خود با مبلغ معین در تاریخ‌های مقرر را اعطا می‌نماید که نتیجهٔ این شرط داشتن وکالت برای خرید سهام با مبلغ معین در تاریخ‌های مقرر خواهد بود. در چنین حالتی شرط صحیح خواهد بود و مخالفتی با کتاب و سنت یا خللی در سایر شروط صحت شرط در آن مشاهده نخواهد شد.

دوم: در این حالت شرط می‌شود که خریدار در تاریخ‌های مقرر با پرداخت مبلغ معین مالک حصه (سهام) مشخصی از سهام فروشنده شود، که نتیجهٔ چنین شرطی تملیک ثمن برای فروشنده و سهام معین برای خریدار است. این حالت خود دارای دو فرض خواهد بود:

۱. بیان این توضیح در ابتدای مباحث خالی از فایده نخواهد بود که با توجه به آرای موجود دربارهٔ ماهیت وکالت، و نظریهٔ انعطاف ماهیت وکالت، کاریست آن در عقود چون مشارکت کاهنده بسیار راهگشا خواهد بود (نک: عزیزاللهی و دیگران، ۱۴۰۳، ص ۱۲۷-۱۴۰).

الف. بیع محقق شده بیعی معاطاتی است و صرف نقل وانتقال در تحقق آن کافی است، و با انجام نقل وانتقال نتیجه محقق خواهد شد. در نتیجه با نقل وانتقال و تصرف طرفین بیع محقق می‌شود.

ب. بیع محقق شده نیاز به سبب شرعی یعنی صیغه بیع دارد. در این صورت، اگر شرط مذکور شرط نتیجه باشد خلاف کتاب و سنت خواهد بود.

خلاصه کلام را می‌توان چنین بیان نمود: «فالأقوی صحة اشتراط الغایات التي لم يعلم من الشارع إناطتها بأسباب خاصة» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۶۱).

۳. شرط فعل، آن‌جا که متعلق شرط، اشتراط انجام کاری در ضمن عقد است، مثلاً اگر در شرط نتیجه، متعلق شرط تحقق نتیجه بیع یا نتیجه وکالت باشد، در شرط فعل، متعلق شرط انجام بیع یا اعطای وکالت است. این شرط به اتفاق علما صحیح و لازم‌الوفاء است (نک: خویی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۱۹۴).

بهترین صورت برای متعلق شرط بیع در ضمن عقد مشارکت کاهنده، در نظر گرفتن آن به صورت شرط فعل است، به این معنا که در هر مرحله از تاریخ‌های مقرر طبق شرط فعل مندرج در عقد، متعاقدین موظف به انجام یک معامله خواهند بود، که در این فرض، هر مرحله از واگذاری با قبض و اقباض و سایر شرایط معتبر در بیع همراه خواهد بود. قانون نیز در این تقسیم‌بندی و تعاریف از فقه پیروی نموده است و این تقسیمات را معتبر و نافذ می‌داند.^۱

عنصر سوم: سرمایه‌گذاری به قصد کسب سود، که عنصری اساسی در تشکیل این نوع از مشارکت می‌باشد. سود حاصل در این قرارداد ناشی از فعالیت اقتصادی خواهد بود، لذا طبق طبیعت این فعالیت نه تحقق آن قطعی است و نه مبلغ آن مشخص است. البته متعاقدین می‌توانند در شیوه تقسیم سود و درصد اختصاص یافته به هر شریک توافق کنند.

۱. ماده ۲۳۴ قانون مدنی: «(شرط بر سه قسم است: شرط صفت. شرط نتیجه. شرط فعل اثباتاً یا نفیاً. شرط صفت عبارت است از شرط راجعه به کیفیت یا کمیت مورد معامله. شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج، شرط شود. شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود».

عنصر چهارم: عدم دوام، بدین معنا که شراکت در مشارکت کاهنده از ابتدا موقتی است و طرفین شراکت خود را برای مدتی محدود، و تا زمان انتقال تمام سهم‌الشرکه یک شریک به شریک دیگر، بنا نموده‌اند.

نیز از تعریف مشارکت کاهنده و تحلیل ماهیت آن آشکار می‌شود که این عقد، مرکب از عقود شرکت، وکالت و بیع است.

با توجه به نکات فوق، تعریف مشارکت کاهنده عبارت است از: انعقاد عقد شرکت به قصد فعالیت اقتصادی و کسب سود، با درج شرط اعطای حق خریدِ دفعی یا تدریجی تمام سهام یک شریک توسط شریک دیگر، تا زمان انتقال تمام سهام یک شریک به شریک دیگر و پایان شراکت.

۲. شبهات فقهی

پس از مطالعه و بررسی پژوهش‌های صورت‌گرفته در موضوع مشارکت کاهنده، می‌توان چندین ایراد یا شبهه فقهی را نسبت به این قرارداد در آثار محققین، به‌ویژه در میان فقیهان اهل سنت معاصر مشاهده نمود. در ادامه، به بررسی برخی از این شبهات پرداخته خواهد شد.

۳-۱. مشارکت کاهنده مصداق دو بیع در یک بیع

واضح است که «شرط بیع» به‌عنوان اساس عقد مشارکت کاهنده محسوب می‌شود و بدون چنین شرطی این مشارکت از هر نوعی می‌تواند محسوب شود، مگر مشارکت کاهنده. لذا اولین ایراد به این مشارکت به اساس آن یعنی شرط بیع وارد شده است.

۲-۱-۱. بیان اشکال

دکتر وهبه زحیلی، در عین حال که این نوع از مشارکت را صحیح و مورد تأیید شرع دانسته است، اما تعهد به بیع را از لحاظ حکم وضعی در معامله مؤثر نمی‌داند، بلکه صرفاً وفای به وعده را از لحاظ تکلیفی اثرگذار می‌داند، به این معنا که وفای به آن از لحاظ دینی و اخلاقی واجب و تخلف از آن حرام است. اما تخلف از این وعده تأثیر وضعی مانند ایجاد حق فسخ یا الزام متخلف به انجام تعهد و... در عقد مذکور نخواهد داشت. این محقق تعهد بیع را چنین معرفی می‌کند: «الوعد بالتملیک أو الوعد بالتملک دون

المواعدة الملزمة للطرفين» (زحیلی، ۱۴۲۲، ص ۸۶۸).

لذا طبق اشکال فوق، در صورتی که شرط واگذاری مندرج در عقد شرکت را شرطی لازم الاجراء و واجب الوفاء بدانیم موجب می شود عقد مذکور مصداق دو عقد در یک عقد قرار گیرد، که از موارد نهی شده در شریعت است. در نتیجه، این شرط را شرطی غیر لازم فرض خواهیم کرد تا ایراد مذکور مرتفع گردد، چه در این صورت، شرط مذکور نوعی وعده غیر لازم محسوب می شود و مصداق بیع و عقد ثانی نخواهد بود.

ریشه اشکال این فقیه شافعی را می توان در دو امر بیان نمود:

امر اول: این محقق می گوید: «أما المواعدة الملزمة للطرفين فهي أشبه بتعاقد ضمنی یجرّ الموضوع إلى عقدین فی عقد» (زحیلی، ۱۴۲۲، ص ۸۶۸)، یعنی الزامی بودن شرط بیع، مشارکت کاهنده و شرط مندرج ضمن آن را از مصادیق دو عقد در یک عقد قرار خواهد داد.

امر دوم: فتوای شافعی و ابن حنبل که همراهی بیع و شرط را مبطل هر دو می دانند، چنان که شیخ طوسی گزارش نموده است: «من باع بشرط شیء، صحح البیع ... و قال أبو حنیفة و الشافعی: یبطلان معاً» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۲۹).

در نتیجه، اساس اشکال او به این شرط وقوع در یک عمل منهی عنه یعنی انجام دو عقد ضمن یک عقد، و احتمالاً همراهی شرط و عقد است، چه شارع مقدس از انجام دو معامله در یک معامله نهی نموده است. منشأ این نهی نیز روایاتی است که فریقین به آن استناد می نمایند، مانند روایتی از پیامبر (ص) که مواردی را نهی فرمود از جمله: «ونهی عن بیعین فی بیع» (شیخ صدوق، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۸).

۲-۱-۲. نقد و حل

برای بررسی این اشکال فقهی باید اساس آن یعنی روایت مذکور و نیز فتوای شافعی مورد ملاحظه قرار گیرد، چنان که مستشکل بر پایه روایت مذکور و امثال این روایت تعهد به فروش سهام را مصداق «بیعتین فی بیع» دانسته است.

اما درباره روایت باید گفت که مجمل و مبهم است. لذا فقها احتمالاتی برای این روایت بیان نموده اند. (حسینی عاملی، بی تا، ج ۴، ص ۴۳۲؛ روحانی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۴۱۲). این

احتمالات به اختصار عبارت‌اند از: ۱. فروش یک مبیع به دو قیمت؛ ۲. مبیع یا ثمن مردد و نامشخص باشد؛ ۳. فروش جنسی به نسیه به شرط خرید همان جنس بعد از معامله، نقداً و به قیمت کمتر (بیع عینه)؛ ۴. معامله یا شرط دیگری را در ضمن یک معامله وارد کند؛ ۵. فروش مبیع به سلم و خریدش در زمان تحویل به نسیه و مبلغ بیشتر؛ ۶. دو موضوع مختلف در یک عقد با یک قیمت مانند اجاره و بیع یا ازدواج و اجاره؛ ۷. در یک عقد دو کالا خرید و فروش شود، مثلاً کتاب به فلان مبلغ فروخته است و قلم به فلان مبلغ خریده شود (سبحانی، ۱۳۸۴، ص ۳۵ و ۳۶)

از میان این صورت‌های متصور، حالت چهارم که درج شرط بیع در ضمن عقد مشارکت کاهنده است را می‌توان مشابه به موضوع بحث دانست. اما حالت مذکور نیز کمترین قرابت را در تطابق با روایت مورد استناد دارد، چراکه هیچ یک از فقها درج شرط در ضمن عقد را مصداق «بیعتین فی بیع» محسوب نمی‌کنند. از ظاهر روایت نیز که نهی از دو بیع در یک بیع است، اشاره به شرط به عنوان قصد شارع برداشت نمی‌شود. ضمن این که تمام فقها درج شرط در ضمن عقد را در صورت داشتن شرایط صحت و عدم وجود جهل در معامله صحیح و بلامانع می‌دانند، چه این که درج شرط در ضمن عقد سیره رایج بین مسلمین است.

همچنین حالت ششم از حالات متصور برای این روایت نیز می‌تواند تطابقی با مشارکت کاهنده داشته باشد، چراکه این عقد، مرکب از چند عقد مانند بیع یا وکالت است. اما باید گفت چنین فرضی نیز نمی‌تواند مصداق نهی نبوی باشد، زیرا این عقود هر کدام مستقلاً عقدی صحیح و مورد تأیید شارع است، و دلیلی بر فساد آن‌ها در صورت اجتماعشان در یک مجموعه مرکب نداریم. لذا نمی‌توان ترکیب چند عقد را در ضمن یک عقد مرکب مصداقی برای نهی از «بیعتین فی بیع» دانست.

به علاوه، قبل از استدلال به این روایت باید اجمال و ابهام آن را نیز در نظر گرفت، چراکه این حدیث از نظر دلالت مجمل است و مقصود آن نیز ابهام دارد. فرض احتمالات چندگانه برای آن نیز ناشی از همین اجمال و ابهام است. لذا چنین روایاتی نمی‌تواند دلیلی بر فساد درج شرط لازم‌الاجراء در ضمن عقد باشد، درحالی که ادله بسیاری بر صحت درج شرط ضمن عقد و لزوم وفای به آن در دست است. در مراجعه به

ضوابط و قواعد کلی عقود و شروط نیز مانعی برای صحت درج و لزوم وفای به شرط مذکور (فروش تدریجی سهام یک شریک به دیگری) یافت نخواهد شد.

در مورد ریشه فتوای بعض عامه نیز باید به ادامه آنچه شیخ الطائفه در الخلاف از محمد بن سلیمان زهلی، در بیان سه نظر مختلف از سه فقیه کوفه، ابوحنیفه، ابن ابی لیلی و ابن شبرمه در پاسخ به پرسشی از همراهی بیع و شرط بیان نموده است، توجه کرد (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۲۹ و ۳۰). توجه به این بیان و مفاد آن نشان می‌دهد ظاهراً مقصود این سه نفر از شرط، نوع فاسد آن است، چراکه درج شرط صحیح در عقود امری است که بین عقلا رایج بوده است و سیره مسلمانان نیز بر همین منوال بوده و هست.

اما در صورت پذیرش اشکال فوق در تعلق نهی نبوی به شرط بیع مندرج در عقد مشارکت کاهنده به دلیل وقوع دو بیع در یک بیع باید گفت چنین اشکالی نیز وارد نیست، چراکه در مرحله انعقاد عقد شرکت هنوز بیعی واقع نشده است که مصداق دو بیع در یک بیع باشد، بلکه شرط مذکور هنوز یک تعهد به انجام بیع است نه عقد بیعی که منعقد شده، لذا هنوز بیعی واقع نشده است که دو بیع در یک عقد باشد.

در پایان باید گفت استدلال این فقیه به نهی از دو معامله در یک معامله برای رد شرط بیع مندرج در ضمن عقد مشارکت کاهنده و تنزل آن از تعهد لازم‌الوفاء و واجب‌الاجراء به وعده‌ای که تعهد به اجرای آن امری اخلاقی و دینی است صحیح نمی‌باشد. تغییر عنوان از شرط به وعد قطعاً موجب تغییر در ماهیت عقد مشارکت کاهنده خواهد شد، چه چنین برداشتی از شرط بیع مندرج در مشارکت کاهنده غرض از این مشارکت را با مشکل مواجه خواهد نمود، زیرا یکی از عناصر مهم تشکیل‌دهنده ماهیت این مشارکت کاهش و افزایش تدریجی سهام طرفین است. در جایی که این شرط ضمانت اجرایی نداشته باشد درج آن نقض غرض خواهد بود. همچنین باید در نظر داشت که در امور اقتصادی به‌ویژه در مسائل کلان تجاری، مخصوصاً با توجه به آنچه امروز در فضای تجاری، اقتصادی ایران و جهان در جریان است، تعهد اخلاقی و دینی به یک عمل، هیچ ضمانت اجرایی نخواهد داشت. پس وجه امتیاز این عقد یعنی شرط بیع از بین می‌رود و این شرکت، مشارکتی مانند سایر شرکت‌ها خواهد بود، چراکه در هر مشارکتی ممکن است طرفین از لحاظ اخلاقی متعهد به فروش سهام به شریک خود شوند.

ضمن این که باید توجه داشت که در هنگام انعقاد عقد شرکت، شرط مذکور، چه شرط فعل باشد و چه شرط نتیجه، فقط یک تعهد به انجام بیع در زمان مقرر است و نمی توان آن را عقد یا بیع لحاظ نمود تا بخواهیم آن را مصداق «بیعتین فی بیع» محسوب کنیم. لذا ثمره ای در لازم یا غیر لازم دانستن این شرط نهفته نخواهد بود.

۲-۲. غرری بودن تعیین و توافق ابتدایی بر قیمت سهام

از جمله اشکالات به شیوه قیمت گذاری سهام در مشارکت کاهنده، این است که در صورت تعیین و توافق ابتدایی بر قیمت سهام، این بیع غرری و موجب غبن خواهد بود. علت این امر نوسانات قیمتی در بازار است.

۲-۲-۱. بیان اشکال

آن گونه که هیئت فتوا و نظارت شرعی بانک اسلامی دبی در پاسخ به سؤالی درباره شیوه قیمت گذاری سهام در فتوای شماره ۳۳ خود بیان نموده است: «مقرر شده است که فروش سهم به ارزش روز بازار برآورد شود و نه به ارزش اسمی و توافقی. این مرجع تشخیص می دهد که قواعد شرعی ممنوع کننده غبن و بخش (بی ارزش نمودن)، تعیین قیمت در قرارداد مشارکت را منع می کند، زیرا با توجه به افزایش یا کاهش مستمر قیمت ها، تعیین قیمت موجب غبن یکی از شرکا می شود. بنابراین طرفین باید ارزش سهم فروخته شده به مشتری را در زمان فروش طبق قوانین عرضه و تقاضا و به شرط ارزیابی توسط کارشناس منصف و امین قیمت گذاری کنند» (زحیلی، ۱۴۲۲، ص ۸۷۰)

در حقیقت، اشکال فوق به شیوه اجرای یکی از روش های توافق بر قیمت سهام در زمان واگذاری است که مستشکل با توجه به نوسانات قیمتی تعیین و توافق ابتدایی بر قیمت سهام را قبل از زمان سررسیدهای واگذاری موجب غبن و ضرر یکی از طرفین به ویژه واگذارکننده می داند. گرچه این اشکال به اساس مشارکت کاهنده وارد نیست، ولی از آن جا که توافق قبلی بر قیمت واگذاری امری رایج در این گونه قراردادهاست، به حل و نقد آن پرداخته می شود.

۲-۲-۲. نقد و حل

نگارندگان معتقدند پاسخ به اشکال فوق از دو منظر ممکن است:

اول: با توجه به قید توافق و اختیار طرفین و عدم اجبار، اکراه و جهل در تعیین و توافق بر قیمت، می‌توان جهت دفع این اشکال به قواعدی چون تسلیط و اقدام تمسک نمود. قاعده تسلیط دارای پشتوانه قوی شرعی از کتاب^۱ و سنت^۲ و اجماع است. این قاعده قابل جریان در موضوع بحث می‌باشد، چراکه هر یک از شرکا بدون مانع بر مال خود مسلط و امکان قیمت‌گذاری و تعیین شیوه آن در زمان توافق را دارند. نیز قاعده اقدام که مفاد آن عدم ضمان دیگران در اقدام اشخاص به ضرر خویش است، چه در فرض مذکور فروشنده با اختیار خود نسبت به توافق بر قیمت اقدام نموده است. همچنین طبق عموماً لزوم وفای به عهد و شرط، هر صاحب سهامی می‌تواند نسبت به قیمت سهام خود توافق نماید، و موظف است در زمان معامله طبق قیمت مورد توافق عمل نماید. با توجه به قواعد مذکور، احتمال وقوع ضرر در آینده، ناشی از تعیین و توافق بر قیمت سهام، مانعی برای این صحت این قرارداد نمی‌باشد.

دوم: نقض به باب وکالت، چنان‌که در صورت پذیرش این ایراد، هیچ وکیلی نخواهد توانست بر خرید و فروش به قیمت مشخص در زمان اعطای وکالت اقدام نماید (ترابی، ۱۴۲۶، ص ۱۳۳). چراکه همین ایراد وارد خواهد بود، حال‌این‌که هیچ منعی بر این امر وارد نشده است. در عین حال، وکیل فقط مجری اجرای بیع می‌باشد و دخالتی در تعیین قیمت ندارد که موجب ایجاد غبن شود و توافق ابتدایی بین مشتری حتی اگر موجب غبن و ضرر شود منعی نخواهد داشت، به این معنا که موکل خود رأساً این توافق را پذیرفته و با علم به نوسانات بازار به وکیل در خرید یا فروش به قیمت مشخص وکالت اعطا نموده است.

در نتیجه، با توجه به اختیار سرمایه‌گذار در انتخاب روش قیمت‌گذاری و قواعد و ادله این موضوع، همچنین با نگاه به روش جاری در معاملات وکالتی، توافق و تعیین قیمت سهام برای مراحل فروش مجاز خواهد بود، ولو موجب ضرری به فروشنده شود، چراکه او در این امر مختار بوده است.

۱. نساء/ ۲ و ۲۹؛ بقره/ ۱۸۸.

۲. نبوی مشهور: «قَالَ (ص): إِنَّ النَّاسَ مُسْلَطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۲۷۲)

۲-۳. مشارکت کاهنده مصداق معامله دین به دین (کالی به کالی)

بیع دین به دین یا کالی به کالی^۱ از عناوین فقهی است که در تعیین مصداق آن بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. اما در یک تعریف کلی، می توان گفت: معامله ای است که ثمن و مبیع، کلی، مؤخر و مؤجل (زمان دار) باشند، به این معنا که ثمن و مبیع مدت زمانی پس از انعقاد قرارداد بیع تسلیم می شوند. برای تحریم این گونه از معامله، ادله ای از سنت^۲ و اجماع (برای اجماع نک: طباطبایی، ۱۴۱۹، ج ۸، ص ۴۵۶) در دست می باشد.

۲-۳-۱. بیان اشکال

بیشترین اشکال به این عقد متوجه شرط بیع مندرج در آن است. نگارندگان معتقدند با دقت در شرط مذکور، شمول این شرط تحت مصداق بیع کالی به کالی (دین به دین) به عنوان یک اشکال فقهی قابل طرح می باشد، چرا که تعهد طرفین به خرید و فروش سهم در آینده (مؤجل)، در حالی که قیمت سهام (ثمن)، میزان سهم (مثن)، متبایعین (عامل و فروشنده) و زمان قبض و اقباض، معین و مشخص است، باعث می شود این بیع نه بیع نقد، نه نسیه و نه سلف باشد، زیرا ثمن و مثن هر دو مؤجل است. پس این تعهد و شرط مصداق بیع دین به دین و مورد نهی شریعت است، زیرا با درج چنین شرطی، فروش مقدار سهمی مشخص به خریدار، در زمان معین، بر ذمه فروشنده و خرید با ثمن معین بر ذمه خریدار خواهد بود که می توان آن را مصداقی از کالی به کالی و مورد نهی شارع دانست، و با این فرض، اساس مشارکت کاهنده متزلزل خواهد شد.

۲-۳-۲. نقد و حل

اشکال پیش گفته را به دو صورت می توان نقد و حل نمود:
اول: در اشکال مذکور، شرط بیع مندرج در ضمن عقد مشارکت کاهنده به طور پیش فرض بیع محسوب شده است، در حالی که باید توجه داشت شرط مذکور، بیع نیست، بلکه تعهد به انجام بیع در آینده است. اشکال فوق فقط زمانی وارد خواهد بود که شرط

۱. عناوین دیگری چون نسیه به نسیه، مؤجل به مؤجل و ... نیز به معامله مذکور اطلاق شده است.

۲. مانند این روایت: «وَبَايَعْنَاهُ عَنِ الْخَسَنِ بْنِ مَخْلُوبٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مُهْرَمٍ عَنْ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ:

قَالَ رَسُولُ اللَّهِ (ص): لَا يُبَايَعُ الدَّيْنُ بِالْدَيْنِ» (حر عاملی، ۱۴۱۶، ج ۱۸، ص ۲۹۸).

مذکور عقد بیع باشد تا ثمن و مثن مؤجل موجب تحقق کالی به کالی شود. حتی اگر شرط مذکور را شرط نتیجه فرض کنیم، باز هم تحقق بیع به زمان آینده معلق شده است، لذا نمی‌توان گفت ثمن و مثن مؤجل موجب بیع کالی به کالی است، چراکه هنوز زمان تحقق بیع فرا نرسیده است. لذا موضوع این تعهد (انجام بیع) هر زمان محقق شود می‌تواند به شیوه نقد، نسیه یا سلف انجام گیرد. همچنین توافق بر مقدار ثمن و کیفیت مثن و تاریخ انجام و مشخص بودن متبایعین نیز از اجزای همان شرط و تعهد است نه نشانه‌ای بر وقوع بیع.

دوم: به فرض که شرط مذکور نوعی بیع باشد، اما با نظر به اقوال علما دو مطلب کشف خواهد شد. مطلب اول این که حکم این مسئله بین فقها اختلافی است. به طور مثال، محقق حلی در بحث معامله سلمی که ثمن، دین به عهده فروشنده باشد، حکم به بطلان نداده، بلکه چنین معامله‌ای را مکروه دانسته است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۵۷). مطلب دیگر این که دسته‌ای از فقها مصداق این نهی را منحصر در دینی دانسته‌اند که قبل از عقد موجود بوده است، چنان که در عبارت شهید ثانی ضمن این که اختلاف علما در تعیین مصداق مشهود است. مشاهده می‌شود که این فقیه فقط دین قبل از عقد را مصداق این نهی دانسته است. شهید ثانی حتی بیع ثمن و مثن مؤجل و مضمون را مصداق کالی به کالی نمی‌داند، و فقط معامله کلی فی‌الذمه با مثلش را مصداق این بیع محسوب می‌کند. همچنین بیان می‌کند که دین حتماً باید قبل از عقد بر ذمه باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۴۳۳). میرزای قمی نیز فقط دین قبل از عقد را مصداق نهی دانسته و فرموده است: «اما قسم دوم که بیع کالی به کالی است، پس آن باطل است بلاخلاف. لکن اشکال در معنای آن است و آنچه متبادر از لفظ حدیث می‌شود که فرموده‌اند که لا بیع الدین بالدین این است که ثمن و مثن هر دو در حال بیع، دین باشند، نه این که به سبب بیع دین بشوند» (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۴۵).

در نتیجه، قدر متیقن از آراء فقها چنین خواهد بود که: بیع دینی که قبل از عقد بر ذمه بوده است، در برابر مثلش در صورتی که هر دو مؤجل باشند، البته قبل از فرا رسیدن مدت اجل مصداق بیع دین به دین است. همچنین بنابر مشهور بیع دین ثابت به عقد (بیع نسیه به نسیه)، البته در برابر مثلش در فرضی که هر دو مؤجل باشند باطل است. به دلیل

اختلاف فقها در تعیین مصداق، در صحت و بطلان سایر موارد نیز اختلاف است. اما در مورد اشکال فوق باید گفت دین مذکور نه‌تنها قبل از عقد محقق نبوده است، بلکه اصلاً با درج شرط نه عقدی تحقق یافته است و نه دینی بر ذمه طرفین خواهد بود تا درباره تقدم یا تأخر دین نسبت به عقد بحث شود، چراکه آنچه هست صرفاً تعهدی بر خرید و فروش است، و در زمان مقرر بیع چه بر اساس شرط نتیجه محقق و چه بر اساس شرط فعل منعقد خواهد شد.

بنابراین با توجه به این که شرط بیع مذکور اصلاً بیع نیست تا بخواهد بیع دین به دین یا کالی به کالی باشد، و به فرض که بیع باشد هم دین محقق قبل از عقد نیست، بلکه با وقوع عقد محقق خواهد شد، لذا شرط بیع در عقد مشارکت کاهنده، موجب بیع کالی به کالی نخواهد بود و موضوع آن منتفی است.

۴-۲. وقوع در ربا و حیل ربا

به دلیل وجود سود در اهداف این عقد و احتمال زیاد شدن سرمایه، این عقد از نظر عده‌ای با شبهه ربوی بودن مواجه است. شبهه مذکور از چند جهت به مشارکت کاهنده وارد شده است.

۲-۴-۱. بیان اشکال

برخی از فقهای اهل سنت، مشارکت کاهنده را شبیه به قرض به فائده یا ربا تلقی نموده‌اند و از اساس به این نوع از مشارکت اشکال می‌کنند (کوامله، ۱۴۲۸، ص ۱۰۰؛ فهی، ۱۴۲۵، ص ۴۲۴؛ شندی، ۲۰۰۹، ص ۲۰).

این اشکال چنین تبیین می‌شود که: در مشارکت کاهنده دو عنصر «سود» و «تضمین» نقش اساسی را ایفا می‌کنند، چه در این مشارکت یک شریک به‌عنوان سرمایه‌گذار سرمایه‌ای تحت عنوان سهم‌الشرکه را در اختیار دیگری قرار داده است و شریک دیگر تحت عنوان شرط ضمن عقد، متعهد خواهد شد که اصل سرمایه را به‌عنوان خرید سهم‌الشرکه به سرمایه‌گذار پس دهد و مبالغی را نیز اضافه بر سرمایه به‌عنوان سود شراکت ناشی از فعالیت اقتصادی به سرمایه‌گذار اعطا نماید، که دقیقاً مشابه قرض ربوی، اما در پوشش عقد مشارکت کاهنده است. در قرض ربوی، قرض‌گیرنده متعهد به

پرداخت اصل و سود است. در این مسئله نیز یک شریک قرض‌دهنده و دیگری قرض‌گیرنده و مشارکت کاهنده نیز استفاده ابزاری از حیل ربا^۱ محسوب می‌شود، که هم ربا و هم حیل ربا مورد نهی شارع مقدس است. لذا چنین عقدی از اساس با مشکل مواجه خواهد بود.

۲-۴-۲. نقد و حل

حل و رفع این شبهه نیازمند توجه به سه مسئله است:

الف. عنصر «سود» در مشارکت کاهنده و قرض ربوی تفاوتی اساسی دارد، چراکه در قرض ربوی مبلغ سود مشخص و دریافت سود قطعی است، اما در مشارکت کاهنده سود حاصل از فعالیت اقتصادی دارای دو خصوصیت است: ۱. میزان و مبلغ سود از قبل مشخص نیست، بلکه بعد از هر دوره محاسبه و مشخص خواهد شد؛ ۲. سود حاصل از مشارکت کاهنده قطعی نیست، بلکه نه تنها احتمال عدم سود وجود دارد، حتی وقوع خسارت نیز محتمل است. در مقابل، سود در قرض ربوی مشخص و قطعی است.

ب. در مورد «ضمانت» نیز باید گفت که برخلاف قرض ربوی که قرض‌گیرنده هم ضامن اصل و هم ضامن سود است، که همین ضمانت اصل و سود اساس و پایه شکل‌گیری رباست (نک: هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۳۳، ج ۱، ص ۲۰۱ - ۲۴۵)، در مشارکت کاهنده هیچ ضمانتی از هیچ یک از شرکا نسبت به سود و اصل جود ندارد. آنچه در مورد سود می‌تواند مورد توافق و تعهد طرفین قرار گیرد، شیوه تقسیم سود و میزان تعلق سود بر اساس درصد به هر یک از شرکاست، نه مبلغ سود و نه قطعیت حصول سود. همچنین توافق انجام‌شده بر شرط خرید تدریجی سهام یک شریک توسط شریک دیگر را هم نمی‌توان تضمین بازگشت اصل دانست، زیرا اولاً در صورت عدم انجام تعهد توسط خریدار سهام سرمایه‌گذار باقی است، به‌خلاف قرض ربوی که اساس کار بر پول است. ثانیاً همین سهام نیز احتمالاً با قیمتی غیر از قیمت اولیه فروخته شود، برخلاف قرض ربوی که مبلغ اصل معین و ثابت است. ثالثاً این عملیات در واقع معامله و خرید و فروش است با آثار

۱. حیل ربا: انجام کاری یا آماده کردن زمینه‌ها و اسبابی است که به‌منظور تغییر حکم ربا از راه تغییر در موضوع ربا صورت می‌گیرد (وحید بهبهانی، ۱۳۷۸، ص ۲۵۰).

متوقع از آن نه بازپرداخت پول، گرچه در ظاهر و روش جاری بانکی چنین تلقی شود.

ج. درباره استفاده ابزاری از مشارکت کاهنده به عنوان پوشش معامله ربوی، ضمن تأکید بر دو مورد قبل باید گفت: طبق قاعده تبعیت عقد از قصد، آثار و احکام هر عقدی با قصد واقعی متعاقدين محقق می شود. در عقد مشارکت کاهنده قطعاً قصد ظاهری متعاقدين معامله ربوی نیست، بلکه انجام یک عملیات تجاری سودآور است. کشف قصد واقعی افراد نیز غیرممکن است و الا این شبهه به هر معامله سودآوری وارد خواهد بود. همچنین یادآور می شود که حرمت حیل ربا نیز امری اختلافی است.

در نتیجه، با توجه به عدم تضمین سود و اصل سرمایه و همچنین محتمل الوقوع بودن ربح یا خسارت در این مشارکت، این عملیات قطعاً غیرربوی است، و نیز با در نظر گرفتن این مطالب و توجه به قصد ظاهری متعاقدين شبهه حیل ربا نیز به این معامله وارد نخواهد بود.

۵-۲. شرط بیع، مخالف تنجیز عقد و باطل است

از شرایط صحت هر عقدی منجز بودن است. این شرطی است که از ظاهر کلام علما برداشت می شود (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۱۶۶-۱۶۸)، چنان که علامه حلی بیان می نماید: «يجب التنجيز في العقد، فلا يجوز تعليقه على شرط أو صفة، مثل: إذا دخلت الدار، أو: إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك بكذا كما لا يجوز تعليق البيع ونحوه لأن الأصل عصمة مال الغير» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۱۲).

این ویژگی برای عقد بیع نیز مورد نظر است. در مقابل تنجیز عقد، تعلیق عقد است که صحیح نخواهد بود، به این معنا که مثلاً وقوع عقد بیع وابسته به شرط یا وصفی شود، مانند این که اگر حسن بیاید، خانه را به تو می فروشم (برای اقسام تعلیق نک: انصاری، ۱۴۱۵، ص ۱۶۶-۱۶۸).

۲-۵-۱. بیان اشکال

از آن جا که اساس مشارکت کاهنده، شرط خرید و فروش سهام یک شریک توسط شریک دیگر است، عده ای بیان می کنند که شرط بیع مندرج در عقد مشارکت کاهنده را به معنای التزام به خرید و فروش حصه یک شریک توسط شریک دیگر تلقی نموده اند و این

شرط را موجب تعلیق بیع به مستقبل می‌دانند (شاذلی، ۱۴۲۲، ص ۸۹۵؛ حماد، ۱۴۲۲، ص ۹۳۵). در نتیجه، چنین شرطی را مصداق بیع معلق محسوب کرده‌اند. لذا برای خلاصی از این ایراد شرط را تبدیل به وعده‌ای غیرالزام‌آور می‌کنند.

۲-۵-۲. نقد و حل

از نظر نگارندگان، ریشه چنین اشکالی در برداشت ناصحیح از شرط بیع مندرج در ضمن عقد مذکور است، چراکه گویا در این اشکال شرط مذکور، بیع لحاظ شده است. در نتیجه، تعلیق آن به آینده موجب بطلان و فساد این بیع خواهد شد، درحالی‌که باید توجه داشت که این شرط تعهد به انجام بیع در آینده است نه انجام بیع، لذا این نکته مغفول واقع شده است که این تعهد یک خرید و فروش یا پیش‌فروش نیست و در حقیقت، فروش در آینده محقق خواهد شد. در نتیجه، عقدی که هنوز محقق نشده است، چگونه می‌تواند معلق شود؟

البته در رد پاسخ فوق می‌توان گفت در جایی که شرط فوق شرط نتیجه لحاظ شود به محض وقوع عقد مشارکت نتیجه شرط که بیع است محقق خواهد شد، درحالی‌که زمان وقوع بیع، معلق به آینده شده، که این همان تعلیق بیع است.

برای رفع چنین ایرادی باید گفت که اولاً می‌توان شرط بیع مذکور را شرط فعل در نظر گرفت تا مشروط‌علیه ملزم به انجام بیع در زمان مقرر باشد، که در این صورت، بیعی محقق نمی‌شود مگر در همان زمان مقرر. ثانیاً اگر شرط مذکور را شرط نتیجه لحاظ کنیم، این شرط به عنوان شرط اعطای وکالت در نظر گرفته خواهد شد. در این حالت که بیع به شیوه وکالتی محقق خواهد شد، وکالتی جهت انجام این معامله یعنی خرید، فروش، قبض و اقباض به یکی از شرکا داده خواهد شد و شریک در مواعد مقرر اقدام به انجام خرید، فروش، قبض و اقباض اصالتاً و وکالتاً خواهد نمود. به فرض لحاظ کردن این شرط به عنوان شرط نتیجه در صورت انجام شرط به صورت وکالت، چنین مشکلی رفع خواهد شد، زیرا در این حالت بیع به مستقبل معلق نشده، بلکه وکالتی اعطا و زمانی برای انجام موضوع وکالت (بیع حصص) تعیین گردیده است، چنان‌که در قراردادهای بانکی چنین فرضی رایج است و اغلب بانک‌ها با اعطای وکالت خرید به مشتری در شرطی ضمن

قرارداد عملیات مشابه را اجرا می‌کنند.

اما ممکن است اشکال اصلی به وکالت نیز وارد گردد و گفته شود وکالت هم نوعی عقد است و تعلیق آن صحیح نیست: «لا یصحّ عقد الوكالة معلقاً بشرطٍ أو وصف، فإنَّ علّقتَ علیهما بطلت» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۱۲).

اما در پاسخ باید گفت: این تعلیق عقد وکالت نیست، بلکه تعلیق تصرف وکیل در موضوع وکالت است، همان‌گونه که در تذکره افاده شده است: «والفرق ظاهرٌ بین تنجیز العقد وتعلیق التصرف، و بین تعلیق العقد. إذا ثبت هذا، فلا خلاف فی جواز تنجیز الوكالة وتعلیق العقد، مثل أن یقول: وكلّثک فی بیع العبد ولا تبعه إلا بعد شهر، فهذا صحیح، ولیس للوکیل أن یخالف» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۷، ص ۱۴).

لذا شرط اعطای وکالت خرید مانند این است که گفته شود: «تو را وکیل نمودم در خرید ده درصد از سهام خودم از این شراکت، برای خودت، در فلان تاریخ، حتی به فلان مبلغ» که اشکال تعلیق عقد و بیع را مرتفع خواهد نمود. در این حالت، وکالت محقق و انجام بیع که موضوع وکالت است معلق به آینده شده است که بلااشکال می‌باشد.

همچنین دربارهٔ اصل مسئله نیز باید گفت: گرچه علما برای اشتراط تنجیز در عقود ادعای اجماع نموده‌اند، اما به نظر می‌رسد تنها دلیل این حکم همین اجماع است، چنان‌که شیخ اعظم انصاری بیان نموده است: «ثمَّ إنَّک قد عرفت أنَّ العمدة فی المسألة هو الإجماع» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۷۰).

لذا امام خمینی در کتاب البیع بعد از بیان استدلال قائلین به تنجیز و رد آن، قائل به عدم اعتبار تنجیز در معاملات شده‌اند، چه معلق معلوم در حال باشد یا در آینده یا هر صورت دیگر از تعلیق باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۳۵۲).^۱

همچنین شیخ انصاری با این عبارت: «وبالجملة، فإثبات هذا الشرط فی العقود مع عموم أدلتها ووقوع کثیر منها فی العرف علی وجه التعلیق بغیر الإجماع محققاً أو منقولاً

۱. گرچه مقام استدلال با مقام تفاوت است، چنان‌که معظم‌له در تحریر الوسیله (مسألة ۱۲) می‌فرماید: «لا یجوز علی الأحوط تعلیق البیع علی شیء غیر حاصل حین العقد...» (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۱، ص ۴۸۲).

مشکل» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳، ص ۱۷۲)، تردید خود را نسبت به این حکم اظهار می‌کند.^۱ لذا ضمن این که در پاسخ اول راه حل موافق با این حکم بیان گردید، این حکم قابل بازبینی و تردید نیز خواهد بود و یک حکم قطعی با ادله محکم شرعی نیست. گویی این که برخی قائل به پذیرش چنین شرط محقق الوقوعی یعنی بیع در زمان آینده هستند (شاذلی، ۱۴۲۲، ص ۸۹۵).

لذا نگارندگان با توجه به این که شرط بیع، تعهد به انجام بیع است در آینده نه بیع مستقبل، و با عنایت به این که این شرط ممکن است با اعطای وکالت به عامل برای انجام بیع در آینده منعقد شود، نتیجه می‌گیرند ایراد تعلیق بیع به مستقبل بر این شرط وارد نخواهد بود. ضمن این که تنها دلیل برای این حکم (شرط تنجیز عقد) اجماع است، و برخی فقها در آن تردید یا فقط احتیاط دارند.

۶-۲. شباهت به بیع عینه

بیع عینه به معامله‌ای اطلاق می‌شود که فروشنده مالی را به‌نسیه به خریدار می‌فروشد و سپس همان مال را به قیمت کمتر اما نقدی از او خریداری می‌نماید.^۲

۶-۲-۱. بیان اشکال

وجه شباهت آن است که یک شریک تمام سهم الشرکه خود را که به‌صورت نقدی تملیک کرده است، به‌صورت نسیه به شریک دیگر واگذار می‌کند و این عملیات یعنی خرید نقدی سهام (سرمایه‌گذاری) و فروش نسیه آن (واگذاری تدریجی) همان بیع عینه است (شندی، ۲۰۰۹، ص ۲۲).

۶-۲-۲. نقد و حل

اما با دقت در قرارداد مشارکت کاهنده عدم وجود این شباهت و در نتیجه رد این شبهه

۱. ذیل این حکم فقهی مباحث بسیاری مطرح است، مانند بحث در صحت یا عدم صحت تعلیق نسبت به انشا یا مُنشأ، که از حوصله این پژوهش خارج است. (برای اطلاع بیشتر نک: غروی نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۱۱۴-۱۱۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۳۵۰-۳۴۷).

۲. این نوع از معامله که از حیل ربوی نیز محسوب می‌شود، به دو صورت واقع می‌گردد: یا برای تأمین نقدینگی، یا بین طلبکار و بدهکار برای استمهال دین. بین فقها در حلیت و صحت یا حرمت و بطلان آن اختلاف است. همچنین شرایط و اموری باید در آن رعایت شود.

ثابت خواهد شد، چراکه اولاً چنان‌که در سطور گذشته تأکید شد، شرط فروش مندرج در عقد مشارکت کاهنده، یک تعهد به خریدوفروش است نه یک معامله، و خریدوفروش معهود در وقت مقرر صورت خواهد گرفت نه در همان زمان انعقاد عقد شرکت، درحالی‌که در بیع عینه خریدوفروش همزمان اتفاق می‌افتد، یعنی در یک مجلس فروشنده مال خود را نسبه می‌فروشد و در همان مجلس نقداً خریداری می‌کند.

ثانیاً اساس در مشارکت کاهنده شرکت است و شرکا در این فعالیت اقتصادی در سود و ضرر و سایر امور مربوط به شراکت سهیم‌اند، حال‌این‌که چنین چیزی در بیع عینه وجود ندارد و در این معامله فقط خریدوفروش انجام می‌شود و خریدار فقط ضامن ثمن نسبه است. در نتیجه، مشابهتی بین این دو عنوان وجود ندارد و مقایسهٔ آن‌ها با هم قیاس مع‌الفارق است.

۳. دیدگاه فقه‌ای امامی معاصر

در پایان، اشاره به آرای برخی فقیهان امامی معاصر که صحت این قرارداد را تأیید نموده‌اند ضروری است. با توجه به مستحذثه بودن این عقد، در اکثر قریب به اتفاق کتب فقهی امامیه به‌طور خاص و مستقل به این عقد پرداخته نشده است. تنها آیت‌الله حسن جواهری به‌اختصار به عقد مشارکت کاهنده اشاره کرده است و آن را روشی برای تأمین سرمایه به‌دور از قرض ربوی معرفی می‌نماید. از دیدگاه این فقیه امامی، این قرارداد خالی از غرر، ضرر، ربا و سایر موانع صحت است (جواهری، بی‌تا، ج ۲، ص ۹۷ و ۹۸).

در استفتایی از آیت‌الله هاشمی شاهرودی آمده است: «اخیراً در بانک‌های کشور قراردادی به نام مشارکت کاهنده یا تقسیطی منعقد می‌شود. این قرارداد تلفیقی از قرارداد فروش اقساطی و مشارکت مدنی است، به این معنا که بانک و شریک (مشتري) سرمایه‌های نقدی خود را به هم می‌آمیزند و سرمایهٔ مشاع پدید می‌آورند و سپس با این سرمایه کالای مورد نیاز شریک خریداری می‌شود. سپس در طول مدت، قرارداد شریک به‌صورت کاهنده کاهش سهم بانک از موضوع خریداری شده و افزایش سهم شریک سهم بانک را به‌تدریج و به‌صورت ماهانه خریداری می‌نماید. به عبارت دیگر، وقتی کالای مورد نیاز (مثلاً خودرو) شریک با سرمایهٔ مشترک خریداری می‌شود، بانک و

شریک به نسبت سهم‌الشرکه خود در این کالای خریداری شده شریک می‌شوند و شریک با پرداخت اقساط در هر ماه بخشی از سهم بانک در موضوع قرارداد را خریداری می‌نماید. در نتیجه این امر، در هر ماه به سهم شریک افزوده می‌شود و سهم بانک کاهش می‌یابد، به طوری که شریک با پرداخت آخرین قسط، همه سهم‌الشرکه بانک را خریداری می‌کند و موضوع قرارداد را مالک می‌گردد. لطفاً نظر شریفان را در مورد صحت و جواز شرعی چنین معامله‌ای بیان فرمایید؟».

ایشان فرموده‌اند: «چنین معامله‌ای در صورتی که حقیقتاً کالایی به وجه مذکور خریداری شود و صوری نبوده و حيله‌ای برای فرار از ربا نباشد، صحیح است». همین استفتا توسط نگارندگان از برخی مراجع معاصر نیز انجام شد که هیچ کدام به بطلان این قرارداد فتوا نداده‌اند، و با وجود شرایطی قائل به صحت این عقد شده‌اند که در ادامه به آن‌ها اشاره می‌شود:

مقام معظم رهبری:

«به طور کلی معاملات و قراردادهای بانکی که بانک‌ها بر اساس قوانین مصوب مجلس شورای اسلامی و مورد تأیید شورای محترم نگهبان انجام می‌دهند اشکال ندارد و محکوم به صحت است».

آیت الله مکارم شیرازی:

«در صورتی که این کار در قالب یکی از عقود شرعی مانند مضاربه، شرکت و... بوده و شرط درصدی از سود به صورت مشاع با رضایت و توافق طرفین در ضمن عقد مانعی ندارد و عمل به آن لازم است».

آیت الله سید محمدتقی مدرسی:

«چنانچه خرید سهم شرکت بدون پرداخت سود ربوی باشد اشکال ندارد».

آیت الله بیات زنجانی:

«فرض سؤال اشکالی ندارد».

نتیجه گیری

۱. عقود ترکیبی منظومه ای از قراردادهاست که با یکدیگر مرتبطاند و به یک هدف منتهی می شوند و آن قرارداد اصلی است. عقد مشارکت کاهنده از جمله عقود ترکیبی و عقد شرکت عنان است.

۲. مشارکت کاهنده متضمن شروط و عقود دیگری چون شرط بیع و عقد بیع است و طی آن شرط واگذاری دفعی یا تدریجی سهام یک شریک به شریک دیگر درج می شود. همچنین وجه تمایز آن با سایر انواع شرکت در کنار شرط مذکور، موقتی بودن و نبود عنصر دوام در این نوع از مشارکت است.

۳. استدلال به نهی از دو معامله در یک معامله برای رد شرط بیع مندرج در ضمن عقد مشارکت کاهنده، و تنزل آن از تعهد لازم الوفاء و واجب الاجراء، به وعده ای که تعهد به اجرای آن امری اخلاقی و دینی است صحیح نمی باشد، و حتی با پذیرش عدم اجمال روایات وارده، شرط مذکور مصداق این نهی نخواهد بود. ضمن این که باید توجه داشت که در هنگام انعقاد عقد شرکت شرط مذکور، هنوز یک تعهد به انجام بیع است نه عقد بیعی که منعقد شده، لذا هنوز بیعی واقع نشده است که دو بیع در یک عقد باشد.

۴. با توجه به اختیار سرمایه گذار در انتخاب روش قیمت گذاری و قواعد و ادله این موضوع، همچنین با نگاه به روش جاری در معاملات وکالتی، توافق و تعیین قیمت سهام برای مراحل فروش مجاز خواهد بود، ولو موجب ضرری به فروشنده شود، چراکه او در این امر مختار بوده است.

۵. با توجه به این که شرط بیع، بیع نیست تا بخواهد بیع دین به دین یا کالی به کالی باشد، و به فرض که بیع باشد هم دین محقق قبل از عقد نیست، بلکه با وقوع عقد محقق خواهد شد، لذا شرط بیع در عقد مشارکت کاهنده، موجب بیع کالی به کالی نخواهد بود و موضوع آن منتفی است.

۶. با توجه به عدم تضمین سود و اصل سرمایه و همچنین محتمل الوقوع بودن ربح یا خسارت در این مشارکت، این عملیات قطعاً غیرربوی است. نیز با در نظر گرفتن این مطالب و توجه به قصد ظاهری متعاقدين شبهه حيله ربا نیز به این معامله وارد نخواهد بود.

۷. با توجه به این که شرط بیع، تعهد به انجام بیع است در آینده نه بیع مستقبل، و با

عنایت به این که این شرط ممکن است با اعطای وکالت به عامل برای انجام بیع در آینده منعقد شود، ایراد تعلیق بیع به مستقبل بر این شرط وارد نخواهد بود.

۸. مشابهتی بین مشارکت کاهنده و بیع عینه وجود ندارد و مقایسه آن‌ها با هم قیاس مع الفارق است.

۹. دقت در سه عامل دخیل در مشارکت کاهنده باعث رفع بسیاری از شبهات وارده خواهد بود:

اول. شرط مندرج در ضمن این عقد یک تعهد به انجام بیع است نه یک بیع؛
دوم. در مشارکت کاهنده مبلغ سود و اصل سرمایه توسط هیچ یک از شرکا تضمین نمی‌شود؛

سوم. محتمل الوقوع بودن ربح یا خسارت در این مشارکت.
۱۰. مشارکت کاهنده عقدی فاقد مانع شرعی است و انجام این فعالیت اقتصادی منع فقهی نخواهد داشت.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. انصاری، شیخ مرتضی. (۱۴۱۵ق). کتاب المکاسب. قم: تراث الشيخ الأعظم.
۳. ترابی، مرتضی. (۱۴۲۶ق). المشاركة المتناقضة: صورها وأحكامها. فقه اهل البيت (ع)، ۱۰ (۳۷).
۴. جواهری، حسن. (بی‌تا). بحوث فی الفقه المعاصر. بیروت: دار الذخائر.
۵. حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ق). وسائل الشیعة. قم: مؤسسه آل البيت (ع).
۶. حسینی روحانی، سید محمدصادق. (۱۴۱۴ق). فقه الصادق. قم: دار الکتاب.
۷. حسینی عاملی، سید محمدجواد. (بی‌تا). مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۸. حماد، نذیه کمال. (۱۴۲۲ق). المشاركة المتناقضة وأحكامها فی ضوء ضوابط العقود المستجدة. مجمع الفقه الإسلامی الدولي، ۱۳ (۱۳). <https://shamela.ws/book/8356/21564>
۹. خویی، محمدتقی. (۱۴۱۴ق). الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود. بیروت: دار المؤرخ العربی.
۱۰. زحیلی، وهبة. (۱۴۲۲ق). المشاركة المتناقضة وصورها. مجمع الفقه الإسلامی الدولي، ۱۳ (۱۳).
۱۱. سبحانی تبریزی، جعفر. (۱۳۸۴ش). دو معامله در یک معامله، نشریه فقه اهل بیت (ع)، ۱۱ (۴۲).
۱۲. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳ق). مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام. قم: دارالتفسیر.

۱۳. شاذلی، حسن. (۱۴۲۲ق). المشاركة المتناقضة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة. مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ۱۳(۱۳)، <https://shamela.ws/book/8356/21564>.
۱۴. شبیر، محمد عثمان. (۲۰۰۷م). المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي. عمان: دار النفائس.
۱۵. شندی، اسماعیل. (۲۰۰۹م). المشاركة المتناقضة (المنتهية بالتمليك) في العمل المصرفي الإسلامي. كنفرانس الاقتصاد الإسلامي وأعمال البنوك.
۱۶. شهيد ثاني، زين الدين بن علي. (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
۱۷. شيخ صدوق، محمد بن علي. (۱۴۱۳ق). من لا يحضره الفقيه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. نجفی، محمد حسن. (۱۳۶۲ش). جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. بيروت: دار إحياء التراث العربي.
۱۹. طباطبائي، سيد علي. (۱۴۱۹ق). رياض المسائل. قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۲۰. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: مؤسسة النشر الإسلامي.
۲۱. عزيز اللهی، محمد مهدي؛ دادمري، سيد مهدي؛ جواديه، علي. (۱۴۰۳ش). نقش ماهيت وكالت در بازشناسی مصاديق متمایز آن. آموزه های فقه مدنی، ۱۶(۲۹)، ص ۱۲۱-۱۴۶.
<https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4531.1765>
۲۲. علامه حلی، حسن بن يوسف. (۱۴۱۴ق). تذكرة الفقهاء. قم: مؤسسة آل البيت (ع).
۲۳. غروی نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۳۷۳ق). منية الطالب في حاشية المكاسب. تهران: المكتبة المحمدية.
۲۴. فاضل لنکرانی، محمد. (۱۴۲۵ق). تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة: المضاربة، الشركة.... قم: مركز فقه الانتماء الأطهار.
۲۵. فهمی، حسین کامل. (۱۴۲۵ق). عقد المشاركة المتناقضة. مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ۱۵(۱۵).
۲۶. کوامله، نورالدین عبدالکریم. (۱۴۲۸ق). المشاركة المتناقضة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي. عمان: دارالنفائس.
۲۷. مجلسی، محمد باقر. (۱۴۰۳ق). بحار الأنوار. بيروت: دار إحياء التراث.
۲۸. محقق حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، قم: اسماعيليان.
۲۹. موسوی خمینی، سيد روح الله. (بی تا). تحرير الوسيلة. تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۳۰. موسوی خمینی، سيد روح الله. (۱۴۲۱ق). كتاب البيع. تهران: مؤسسة تنظيم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۳۱. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن. (۱۳۷۱ش). جامع الشتات. تهران: کیهان.
۳۲. وحید بهبهانی، محمد باقر. (۱۳۷۸ش). الرسائل الفقهية. قم: مؤسسة العلامة المجدد الوحيد البهبهانی.
۳۳. هاشمی شاهرودی، سيد محمود. (۱۴۳۳ق). قراءات فقهية معاصرة. قم: مؤسسة دائرة معارف الفقه الإسلامي.

۱۴۸ آموزہ های فقهی در دوره ۱۷، بهار و تابستان ۱۴۰۴، ش ۳۱

۳۴. همدانی، آقا رضا. (۱۴۱۷ق). مصباح الفقیه. قم: المؤسسة الجعفریة لإحياء التراث.