

رہیافتی به شناسایی مؤلفه‌های قرارداد صوری*

سید مهدی معلمی**

چکیده

امروزه موضوع قراردادهای صوری، چالش‌ها و مشکلات فراوانی در جوامع اسلامی ایجاد کرده است، چرا که بنا بر مبانی فقه اسلامی، قرارداد صوری باطل است، اما در این میان شناخت قرارداد صوری از قرارداد واقعی بسی مشکل می‌نماید. بر این اساس ارائه شاخصی گویا برای شناخت قراردادهای صوری ضروری است. برای دستیابی به شاخص باید ابتدا مفهوم و مؤلفه‌های قرارداد صوری معین شود تا در مرحله بعد بتوان به نماگرهای قرارداد صوری دست یافت. از این رو در این مقاله با روش توصیفی، تحلیلی و بر اساس مبانی فقه جواهری تلاش شده است با نگاهی جامع به آموزه‌های عقلی و نقلی اسلام، ابتدا اشاره‌ای به مفهوم و مبانی بطلان قراردادهای صوری در فقه امامیه شود و سپس مؤلفه‌های قرارداد صوری در فقه امامیه ارائه گردد. نتایج حاصل از این پژوهش حاکی از این است که نشانه‌ها و امارات صوری بودن قرارداد عبارت‌اند از: عدم آگاهی طرفین از مفاد قرارداد، محاببات مبتذل، عدم التزام به لوازم عرفی قرارداد واقعی، لغو حکم شارع با عقود در هم تنیده و استفاده از عناوین پوششی مغایر با ماهیت اصلی قرارداد.

کلید واژه‌ها: قرارداد صوری، تبعیت از قصد، مؤلفه شناخت.

* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۴/۱۰- تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۶/۲۰- نوع مقاله: علمی، پژوهشی.

** استادیار گروه فقه و معارف اسلامی جامعه المصطفیٰ علیه السلام العالمیة خراسان، مشهد مقدس، ایران

(mahdi_moalemi@miu. ac. i)



مقدمه

احکام مربوط به قراردادهای صوری، از مباحث مهم فقهی است که موارد ابتلای بسیاری در روابط اجتماعی و اقتصادی دارد. برای نمونه بحث حيله برای فرار از حکم ربا از مباحث جدی و مهم میان فقیهان بوده است، در حالی که برخی از فقیهان حيله ربا را مشروع و از مصادیق فرار از باطل به سوی حق معرفی می‌کنند. (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳/۲۹۶) در مقابل فقیهان بزرگی نیز حيله‌های ربا را حرام دانسته و به شدت با آن‌ها مخالفت کرده‌اند. (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴/۹۰۵؛ موسوی خمینی، ۱۴۱۶: ۵۳۸)

در این میان، مهم‌ترین دلیل فقیهانی که قائل به حرمت حيله ربا هستند، عدم قصد جدی بر انجام معامله و صوری بودن آن است. (مکارم شیرازی، ۱۳۶۰: ۱۲) این در حالی است که تمامی فقیهان شیعه، بر بطلان عقد صوری اتفاق نظر دارند و هیچ اختلافی میان ایشان نیست. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۲۹۵)

از این رو فقیهان شیعی و سنی، مباحث گسترده‌ای در آثار تکلیفی و وضعی این نوع قراردادها مطرح کرده‌اند؛ با این همه شاخص منضبطی برای شناخت و کشف قرارداد صوری از قرارداد واقعی ارائه نشده است.

امروزه ضرورت ارائه شاخص‌های قرارداد صوری با توجه به گسترده‌گی روابط پولی و ایجاد انواع عقود در سیستم‌های مالی و بانکی و انزجار عموم مسلمین از حيله‌های فرار از ربا، دو چندان گشته است. در این راستا برای دستیابی به شاخص‌های قرارداد صوری باید تعریف عملیاتی از مفهوم مورد سنجش و مؤلفه‌های (جنبه‌های قابل اندازه‌گیری) آن را استخراج نمود و زمینه معرفی شاخص‌ها را فراهم نمود. (توکلی و کریمی، ۱۳۹۳: ۷۵)

در این نوشتار مبتنی بر روش فقه جواهری با نگاهی جامع به آموزه‌های عقلی و نقلی اسلام، ابتدا اشاره‌ای به مفهوم و مبانی بطلان قراردادهای صوری در فقه امامیه شده است و سپس مؤلفه‌های قرارداد صوری در فقه امامیه ارائه می‌گردد.

تا کنون مقالات اندکی که در این موضوع نگارش شده است، به جنبه‌های مفهومی و حکمی این موضوع پرداخته است و همچنین در برخی از مقالات شاخص‌های صوری شدن معاملات مطرح شده است، لیکن در هیچ‌کدام حلقه واسطه میان مفهوم و شاخص یعنی مؤلفه‌های قرارداد صوری مطرح نشده است.

محمدنقی نظریور و همکاران (۱۳۹۳) در مقاله «شاخص‌های صوری شدن معاملات در عملکرد بانکداری بدون ربا در ایران؛ بررسی موردی تسهیلات اعطایی شعب بانک تجارت مشهد مقدس» ابتدا اعتبار قصد در معاملات در فقه شیعی و تعریف قرارداد صوری را مطرح می‌کند، اما به یک‌باره نسبت قراردادهای مشارکت مدنی بدون قصد انشاء به کل قراردادهای مشارکت مدنی را به عنوان شاخص صوری بودن معامله انتخاب می‌کند و اشاره‌ای به مؤلفه‌های آن نمی‌کند.

محمد رسول آهنگران (۱۳۹۲) در مقاله «نگاهی نوین به قاعده «تبعیت عقد از قصد» با تأکید بر کاربردهای آن در بانکداری اسلامی» بر روی مفهوم قصد تمرکز می‌کند و تفاوت «اراده»، «هدف» و «انشاء» را مطرح و ادعا می‌کند که بطلان عقد به مقتضای قاعده «تبعیت عقد از قصد» تنها ناظر به عقدی است که فاقد قصد به معنای انشاء باشد. با این حال، مؤلفه‌های قراردادی را که فاقد قصد به معنای انشاء است، مطرح نمی‌کند.

صادق الهام (۱۳۹۸) نیز در مقاله «بررسی تابعیت عقد از قصد در معاملات بانکی» به طور عمده بر روی حکم قراردادهای صوری تمرکز می‌کند و در موارد مشکوک که نشانه و اماره صوری بودن قرارداد تام نیست، مدعی است عقد، تابعی از قصد استعمالی و نه واقعی متعاملین و در نتیجه از نگاه نگارنده مقاله در معاملات بانکی رایج، امضای قراردادهای بانکی تنظیم شده که جایگاه متعاملین را معین نموده است در صحت قرارداد و حل این مشکل کفایت می‌کند. در این مقاله نیز سخنی از مؤلفه‌های قراردادهای صوری به میان نیامده است. شایان توجه است برای مقاله پیش‌رو، مورد مشابهی یافت نشد.





۱. مفهوم قرارداد صوری

قرارداد صوری در مقابل قرارداد واقعی و به معنای قراردادی است که طرفین، قصد جدی برای به وجود آوردن آثار حقوقی آن معامله را نداشته باشند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۹۸۰) توضیح اینکه انسان‌ها برای تأمین انواع نیازهای خود در جامعه، انواع قراردادها را که حاکی از روابط گوناگون اقتصادی است، اعتبار می‌کنند. به طور طبیعی این قراردادها، ترکیبی از قالب و محتواس‌ت که قالب برای ابراز محتوا به طرف مقابل یا شاهدان است و محتوا اعتباری است که آثار حقوقی خاصی در پی دارد. قالب به صورت لفظ یا نوشته و یا هر مبرز دیگری مانند تعاطی اموال ظهور می‌کند.

در قرارداد واقعی (جدی) بین الفاظ و معانی مورد اراده طرفین، توافق و هماهنگی وجود دارد و آنچه را طرفین قرارداد قصد می‌کنند به زبان آورده یا می‌نویسند. اما در قرارداد صوری بین آنچه گفته یا نوشته می‌شود و آنچه قصد می‌شود، تفاوت است. در چنین قراردادهایی طرفین قصد جدی برای به وجود آوردن آثار حقوقی آن معامله را ندارند. بنابراین آنچه موجب صوری شدن قرارداد می‌شود، فقدان «قصد انشاء» است، زیرا قصد انشاء، به معنای اراده ایجاد اعتباری است که منشأ آثار حقوقی می‌گردد (ایروانی، ۱۴۰۶: ۱/۱۰۷) اما فقدان قصد به معنای هدف و انگیزه موجب تحقق عنوان قرارداد صوری نمی‌شود.

گفتنی است دو واژه «قصد» و «رضا» در بیشتر متون فقهی و حقوقی به ترتیب و پشت سر هم ذکر می‌گردند. منظور از «رضا»، تمایلی است که پس از سنجش سود و زیان ناشی از بستن قرارداد در فرد ایجاد می‌شود و مراد از «قصد»، همان تصمیمی است که شخص پس از رضایت به انجام معامله می‌گیرد و به بستن قرارداد منجر می‌شود. در واقع رضا به مرحله تصمیم‌گیری مربوط می‌شود و قصد به مرحله اجرا باز می‌گردد. فقدان قصد در معاملات، بر اساس، قاعده «العقود تابعة للقصد» سبب بطلان عقد شده، اما فقدان رضا چنین اثری ندارد و نهایتاً اگر سبب اکراهی شدن عقد شود، تنها عقد را غیر نافذ می‌گرداند. (نراقی، ۱۳۷۵: ۱۶۰-۱۵۹)

۲. حکم قرارداد صوری در فقه شیعه

قرارداد صوری به معنای قراردادی که فاقد قصد انشاء است، از دیدگاه تمامی فقیهان مسلمان باطل است و هیچ اثر حقوقی بر آن بار نمی‌شود. قصد انشاء از مقومات هر عقدی است که بدون وجود آن، اساساً قرارداد، قابلیت تحقق ندارد. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۲۹۵)

از این رو در میان فقیهان، قاعده فقهی «العقود تابعة للقصد» جایگاه ویژه‌ای دارد و مورد اتفاق تمامی ایشان است. مراد از تبعیت عقد از قصد، تبعیت نوع عقد و آثار آن از قصد و اراده انشائیه متعاقدين است. بنابراین، عقد در اینکه چه نوع عقدی است و نیز از جهت شرایط و ویژگی‌ها، تابع قصد است؛ یعنی اگر عاقد قصد عقد بیع کند عقد بیع منعقد می‌گردد و اگر قصد هبه کند، عقد هبه منعقد می‌گردد و تمامی آثار مترتب بر عقد نیز تابع قصد متعاقدين است. برای نمونه اثر عقد بیع، تبادل ملکیت عوض و معوض، و اثر عقد نکاح حصول زوجیت است. خود این آثار نیز می‌تواند از احوال و کیفیات مختلف برخوردار باشد؛ به عنوان مثال عقد بیع می‌تواند با شرط خیار و یا اسقاط کلیه خیارات منعقد گردد و یا در نکاح، متعاقدين می‌توانند برخی شرایط را منظور کنند. در این میان تنها آثار مقصود متعاقدين بر عقد مترتب خواهد شد و جایی که قصدی وجود ندارد، اثر فقهی و حقوقی نیز به دنبال نخواهد داشت.

آنچه سبب اتفاق فقیهان مسلمان بر بطلان قرارداد صوری گردیده است، عبارت است از:

۲.۱. دلیل عقلی

حقیقت عقد در قراردادهای مالی و غیر مالی، پیوند اعتباری تعهدات و اعتباراتی است که طرفین عقد در مقابل یکدیگر به وجود می‌آورند. این اعتبارات، از امور نفسانی هستند که حقیقتی جز قصد ندارند، زیرا انشاء (ایجاد اعتبار حقوقی) به معنای ابراز اعتبار نفسانی (منشأ) است. برای نمونه متعاقدين در عقد بیع، تملیک عین را به وسیله قول یا فعل، ابراز می‌کنند و پیوند اعتباری شکل می‌گیرد. در نتیجه





مطابقت مافی الضمیر (قصد متعاقدين) و آنچه ابراز می‌شود (اعم از قول یا فعل) اعتبار حقوقی را به وجود می‌آورد. در غیر این صورت، اساساً پیوند اعتباری شکل نمی‌گیرد و عقد باطل می‌گردد.

۲.۲. بنای عقلا مورد تأیید شارع مقدس

بر اساس تحلیلی که از ماهیت عقود ارائه گردید، سیره عقلا در اعتبارات و قراردادهای خود بدین صورت شکل گرفته است که مقصود متعاقدين را ملاک عمل قرار می‌دهند و معامله صوری را باطل می‌دانند. این اصل از دیرباز در نظام‌های حقوقی به عنوان امری مسلم، تلقی شده است و از سوی شارع مقدس، نه تنها ردعی نشده است، بلکه روایاتی در تأیید آن وارد شده است که بدان اشاره خواهد شد:

۱. آیه ۲۵۵ سوره مبارکه بقره

در آیه ۲۵۵ سوره بقره آمده است: «لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ». (بقره: ۲۲۵)

خداوند شما را به خاطر سوگندهایی که بدون توجه یاد می‌کنید، مؤاخذه نخواهد کرد، اما به آنچه دل‌های شما کسب کرده، (و سوگندهایی که از روی اراده و اختیار یاد می‌کنید) مؤاخذه می‌کند و خداوند، آمرزنده و بردبار است.

بر اساس مفاد این آیه شریفه، سوگندی که از سنخ سبق لسان است، هیچ حکم تکلیفی یا وضعی ندارد، زیرا اصلاً چنین گفتاری فعل شخص محسوب نمی‌شود؛ نه عمد است و نه شبه عمد و نه خطا؛ و اگر فعل یا قولی به یکی از این وجوه سه‌گانه به شخص منسوب نباشد، هیچ حکمی بر آن بار نیست. (جوادی آملی، ۱۳۸۷: ۱۱/۲۲۱)

۲. روایت نبوی

قال رسول الله ﷺ: يَا عَلِيُّ إِنَّ الْقَوْمَ سَيَفْتَنُونَ بِأَمْوَالِهِمْ إِلَيَّ... أَنْ قَالَ وَ يَسْتَحِلُّونَ حَرَامَهُ بِالشُّبُهَاتِ الْكَاذِبَةِ وَ الْأَهْوَاءِ السَّاهِيَةِ فَيَسْتَحِلُّونَ الْخَمْرَ بِالنَّبِيذِ وَ السُّحْتِ بِالْهَدْيَةِ وَ الرَّبَا بِالْبَيْعِ.



پیامبر اکرم ﷺ فرمود: ای علی، مردم بعد از من با ثروتشان آزمایش می‌شوند... با شبهات دروغین و هوس‌های غفلت‌زا حرام خدا را حلال می‌شمارند؛ شراب را به نام نبیذ و رشوه را به نام هدیه و ربا را به اسم تجارت حلال می‌پندارند.

این روایت نیز در نکوهش حلال کردن برخی از محرّمات الهی، با تغییر عناوین و اسامی آن‌ها وارد شده است. بر این اساس تغییر پوسته و اسم موضوعات احکام، باعث تبدل در احکام شرعی نشده و این کار مصداقی از فتنه و حرام تلقی شده است.

۳. روایت نبوی در ماجرای جمع‌آوری زکات

روی ابوحمید الساعدی قال استعمل النبی ﷺ رجلاً من الأسد یقال له أبو البنیة و فی بعضها أبو الأبنیه علی الصدقة، فلما قدم قال هذا لكم و هذا أهدی لی، فقام النبی ﷺ علی المنبر فقال: ما بال العامل نبعثه علی أعمالنا یقول هذا لكم و هذا أهدی لی. فهلا جلس فی بیت أبیہ أو فی بیت أمه ینظر یهدی له أم لا؟ و الذی نفسی بیدیه لا یأخذ أحد منها شیئاً إلا جاء یوم القیامة یحمله علی رقبته إن کان بعیراً له رغاء أو بقرة له خوار أو شاة لها تنعر؛ ثم رفع یده حتی رأینا عقره إبطیه، ثم قال اللهم هل بلغت، اللهم هل بلغت. (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۱۵۲/۸)

ابوحمید ساعدی نقل می‌کند که رسول خدا ﷺ شخصی به نام ابن التبیّه را برای گردآوری زکات بنی‌سَلیم به کار گرفت. وی زمانی که نزد پیامبر آمد تا آن را حساب کند، گفت این مال شماست و این هم هدیه‌ای برای من است. رسول خدا ﷺ فرمود: اگر راست می‌گویی چرا در خانه پدر و مادر نشستنی تا هدیه نزدت بیاید؟ سپس برای ما به ایراد خطبه پرداخت. خدای را سپاس و ستایش گفت و سپس فرمود: اما بعد، من فردی از شما را بر کاری از آنچه خداوند بر عهده من گذاشته است، می‌گمارم. پس می‌آید و می‌گوید: مال شما و این هم هدیه‌ای که به من اهدا شده است، پس چرا در خانه پدر و مادرش نشست تا هدیه‌اش به دست او برسد؟ به خدا سوگند کسی از شما چیزی را به ناحق نمی‌گیرد مگر آنکه روز قیامت خدا را ملاقات می‌کند در حالی که آن را به دوش می‌کشد. به طور قطع فردی از شما را می‌شناسم که



خداوند را ملاقات کرده در حالی که شتری نعره‌کنان یا گاوی بانگ‌زنان و یا گوسفندی بعبع‌کنان بر پشت دارد. سپس دست‌های خود را بلند کرد تا سفیدی زیر بغل آن حضرت نمایان گشت و فرمود: اللهم هل بلغت؛ بار خدایا! آیا رساندم؟

این روایت، در واقع مصداقی عینی از بطلان قرارداد صوری (اعم از عقد یا ایقاع) است، زیرا از عتاب پیامبر فهمیده می‌شود که هدیه گرفته شده توسط کارگزاران آن حضرت صوری بوده و چیزی جز رشوه نیست.

۳.۲. اجماع

یکی از دلایلی که برای بطلان عقد صوری، مطرح شده است، اجماع است. اتفاق نظر فقیهان شیعه بر بطلان عقد صوری به گونه‌ای است که شیخ انصاری مدعی است نه تنها هیچ اختلافی میان فقیهان نیست، بلکه حتی هیچ اشکالی نیز در رابطه با بطلان عقد صوری از سوی ایشان مطرح نشده است. (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳/۲۹۵) کاربرد فراوان اصطلاح «ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد» در متون استدلالی فقهی، گواه آشکار بر این مدعا است.

با این همه، اجماع در صورتی حجت است که کاشف قطعی از رأی معصوم باشد و اجماع مورد ادعان می‌تواند کاشف قطعی از رأی معصوم باشد، زیرا به احتمال قوی مستند مجمعین همان دلایل پیش‌گفته است.

۴.۲. اصل عدم نقل

در صورتی که هیچ کدام از دلایل پیش‌گفته مورد پذیرش واقع نشود و در صورتی که صحت یا بطلان قراردادی صوری مشکوک باشد، اصل، عدم ترتب اثر و بطلان آن است. دلیلی که مشهور فقیهان برای این اصل ذکر کرده‌اند، این است که نتیجه هر قراردادی (ملکیت، زوجیت، شراکت و...) مسبوق به عدم است و با عقد صوری، شک در حصول نتیجه ایجاد می‌شود. در چنین حالتی اصل استصحاب جاری شده و حکم به بقای حالت سابقه یعنی عدم نتیجه می‌شود. حاصل جریان این

استصحاب، بطلان و عدم ترتب اثر بر معامله صوری است. (نائینی، ۱۳۵۲: ۱ / ۳۹۴-۳۹۵)

۳. مؤلفه‌های شناخت قرارداد صوری

بر اساس مطالب پیش گفته، اگر اماره یا نشانه‌ای وجود داشت که دلالت بر عدم مطابقت ظاهر کلمات متعاقدين با قصد ایشان داشت، حکم به بطلان آن قرارداد می‌شود. (علامه حلی، ۱۳۸۱: ۷ / ۲۲۸) از این رو در ادامه، به مؤلفه‌ها و آماراتی که نشان از صوری بودن قرارداد دارند، اشاره می‌شود.

۳.۱. عدم آگاهی طرفین از مفاد قرارداد

از دیدگاه عرف و عقلا یکی از نشانه‌های قرارداد صوری، عدم آگاهی یکی از طرفین از مفاد قرارداد است. برای مثال کسی که فقط برگه قرارداد را امضا می‌کند و از عنوان قرارداد و مفاد مندرج در آن خبر ندارد و نمی‌داند این قرارداد مشارکت است یا مضاربه یا بیع یا... عرف و عقلا به صورت آشکار کشف می‌کنند که چنین فردی به دلیل عدم آگاهی عنوان و مفاد قرارداد، به طریق اولی قصد آن قرارداد را هم نداشته است و در نتیجه این قرارداد صوری است.

بنابراین بارزترین مصداق قراردادهای صوری، قراردادهایی است که طرفین تنها نام عقدی را تلفظ می‌کنند یا بر روی کاغذ می‌نویسند، اما هیچ اطلاعی از مفاد آن ندارند. برای نمونه هنگامی که از برخی مشتریان یا کارکنان سیستم بانکی کشور، از چیستی عقد جعاله، مساقات، مزارعه و سلم، پرسیده می‌شود، صرفاً می‌دانند که این اسامی مربوط به عقود شرعی است، اما از حقیقت آن اطلاعی ندارند.^۱ در این گونه موارد اساساً، طرفین تصوری از حقیقت اعتبار حقوقی ندارند تا بتوانند آن را با الفاظی مانند جعاله یا مساقات، انشاء و ابراز نمایند.

۱. مطابق یکی از تحقیقات انجام گرفته ۲۹/۷ درصد از مراجعان و ۵۵/۸ درصد از کارمندان بانک، آشنایی اجمالی با عملیات بانکی بدون ربا دارند. (مصباحی، ۱۳۷۳: ۱۰۳)





نتیجه اینکه، معاملات که طرفین از مفاد و حقیقت قرارداد اطلاعی ندارند و یا اطلاعات ایشان اجمالی است، معاملات صوری هستند که بی‌تردید باطل‌اند.

۳.۲. محابات مبتذل

یکی دیگر از مؤلفه‌های قرارداد صوری محابات مبتذل است. محابات از «حب و» مشتق شده است و از نظر لغوی به معنای هدیه و بخشش است. از نظر اصطلاحی، فروش کالا به کمتر از بهای متعارف (ثمن المثل) یا خریدن آن به بیشتر از قیمت متعارف را بیع محاباتی می‌گویند. به لحاظ اینکه اقدام هر یک از فروشنده و خریدار به فروش یا خرید کالا به قیمتی افزون‌تر یا کمتر از قیمت بازار، نوعی بخشش و هدیه نسبت به طرف دیگر به شمار می‌رود، به این نوع دادوستد، بیع محابات اطلاق شده است که در حقیقت نوعی بیع و هبه است. (طریحی، ۱۳۷۵: ۱/ ۹۴)

از دیدگاه فقیهان شیعه، عقد محاباتی سه صورت دارد:

۱. طرفین قرارداد به دلیل امور عاطفی و یا هر امر انسان دوستانه و عقلایی، اقدام به بیع محاباتی نمایند، امری جائز و مشروع تلقی می‌گردد. (هاشمی، ۱۴۲۶: ۲/ ۱۹۴) ایشان به روایات معتبری از امامان معصوم علیهم‌السلام استناد می‌نمایند که تحت عنوان «بَابُ أَنَّهُ يُجُوزُ أَنْ يَبِيعَ الشَّيْءَ بِأَضْعَافِ قِيمَتِهِ وَ يَشْتَرِطَ قَرْضًا أَوْ تَأْجِيلَ دَيْنٍ» در مجامع روایی نقل شده است. (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/ ۵۴)

۲. قرارداد محاباتی به دلیل جهل یا غفلت یکی از طرفین از ارزش واقعی کالا یا خدمات انجام گیرد؛ چنین قراردادی از نظر فقهی، مغبون دارای خیار غبن است و می‌تواند معامله را فسخ نماید. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳/ ۲۰۴)

۳. اگر طرفین قرارداد با علم و عمد، در شرایطی اقدام به قرارداد محاباتی نمایند که عرف متشرعه آن را صوری تلقی کند (محابات مبتذل)؛ این قرارداد نیز باطل است. برای نمونه کسی که مبلغی قرض داده و در کنار آن یک شیء کم‌ارزش را به چندین برابر قیمت واقعی، به صورت نسیه می‌فروشد، در واقع برای فرار از ربا از این حيله استفاده کرده و انگیزه واقعی وی همان اخذ مازاد در قرارداد قرض است.



وجود این معامله غیرعقلانه و سفیهانه می‌تواند دال بر انگیزه اصلی فرد از انجام معامله باشد که همان قرض ربوی است. از نظر عرف چنین معامله‌ای فاقد قصد انشای واقعی است و به تنها برای پوشش شرعی قرضی ربوی، به طور صوری انجام گرفته است. برای مثال کسی می‌خواهد به کسی یک میلیون تومان وام بدهد و در مدت یک سال دویست هزار تومان ربا بگیرد، برای اینکه از ربا فرار کند می‌گوید: من به شما یک میلیون تومان وام می‌دهم به مدت یک سال بدون هیچ‌گونه شرطی و این قوطی کبریت را هم به مبلغ دویست هزار تومان به شما می‌فروشم! در هیچ جای دنیا، انسان عاقل یک قوطی کبریت را با این قیمت گزاف معامله نمی‌کند. بنابراین، چنین معامله‌ای عقلا نه و منطقی نیست، بلکه شوخی یا سفهی است، و روشن است که اگر معامله عقلایی نباشد، مشروع نیست، چون منظور از «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» عقدهای عقلانیّه متعارفه است، همچنان که منظور از بیع در «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» معاملات عقلانیّه متعارفه است.

در روایت معتبر از امام صادق علیه السلام نیز نسبت به این گونه معاملات محاباتی که برای فرار از ربا انجام می‌گیرد، هشدار داده شده است:

یونس می‌گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: مردی کالایی را می‌فروشد و فروشنده و خریدار، هر دو می‌دانند که کالا این قدر ارزش ندارد، اما خریدار اطمینان دارد که فروشنده دوباره آن را از وی خواهد خرید. امام علیه السلام فرمود: یونس! همانا که رسول خدا^ص به جابر بن عبدالله گفت: حال تو چگونه خواهد بود هنگامی که ستم آشکار گردد و مردم را خوار گردانند؟ جابر عرض کرد: خدا مرا تا آن زمان زنده نگذارد! پدر و مادرم فدای تو باد! آن چه هنگامی است؟ رسول خدا^ص فرمود: آن‌گاه که ربا شایع شود. یونس! آنچه می‌گویی، رباست، پس اگر تو کالا را دوباره از او نخری، آن را باز می‌گردانند؟ یونس می‌گوید: عرض کردم: آری! امام فرمود: حتماً نزدیک آن مشو، حتماً به آن نزدیک مشو. (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/۴۲)

۱. عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ بْنِ أَبِي الْخَطَّابِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَرِيعِ عَنْ صَالِحِ بْنِ عُقْبَةَ عَنْ يُونُسَ الشَّيْبَانِي قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام الرَّجُلُ يَبِيعُ الْبَيْعَ - وَ الْبَائِعُ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَسْوَى وَ الْمُسْتَرِي يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَسْوَى - إِلَّا أَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ سَيَرْجِعُ فِيهِ فَيَسْتَرِيهِ مِنْهُ - قَالَ فَقَالَ يَا يُونُسُ إِنَّ رَسُولَ



در این روایت، امام صادق علیه السلام کسانی که بیع محاباتی را به عنوان پوشش حلال برای دستیابی به مقاصد ربوی خود قرار می‌دهند، به رباخواری محکوم می‌نماید، زیرا قرارداد آن‌ها صوری است و نشانه این قرارداد صوری این است که اگر فروشنده، دوباره از او نخرد، خریدار نیز کالا را به او بازمی‌گرداند: «وَهَذَا الرَّبَا فَإِنْ لَمْ تَشْتَرِهِ رَدَّهُ عَلَيْكَ؟ قَالَ قُلْتُ: نَعَمْ قَالَ فَلَا تَقْرَبْنَهُ فَلَا تَقْرَبْنَهُ».

نتیجه اینکه محابات مبتذل در یک قرارداد، مؤلفه‌ای برای صوری بودن آن از دیدگاه عرف و روایات است.

۳.۳. عدم التزام به لوازم عرفی قرارداد واقعی

از نگاه عرف یکی دیگر از نشانه‌های قرارداد صوری، عدم التزام طرفین قرارداد به لوازم عرفی و عقلایی قرارداد واقعی است. قرارداد واقعی ملزوماتی دارد که فقدان این ملزومات نشان از عدم واقعی بودن و در نتیجه صوری بودن آن دارد.

توضیح اینکه عقلا در قراردادهای واقعی خود به تناسب اهمیت و مقدار مورد قرارداد، در تعیین قیمت ثمن و مثنی، بررسی شروط و اطلاع از جزئیات آن، رفتارها و عکس‌العمل‌هایی نشان می‌دهند که در قرارداد صوری شاهد آن نیستیم و همین نکته می‌تواند مؤلفه‌ای برای شناخت قرارداد صوری از قرارداد واقعی باشد.

عقلا در خرید کالاهای اساسی با قیمت بالا، مانند مسکن، جواهرات، اتومبیل و... نسبت به قیمت و کیفیت آن دقت فراوان کرده و پس تحقیق و بررسی و مقایسه آن با موارد مشابه، شروع به چانه‌زنی نموده تا بتوانند کالای مورد نظر خود را به قیمت مناسب خریداری نمایند. برای نمونه در برخی قراردادهای بانکی مشاهده می‌شود که بانک اقدام به خرید نقدی ساختمان یا اتومبیل می‌نماید و در قرارداد دیگری همان کالا را به طرف مقابل به صورت نسبه می‌فروشد؛ با این همه در هیچ‌کدام از قراردادهای پیش‌گفته، بانک اطلاعی از قیمت ساختمان در منطقه ندارد و صرفاً بر

اللَّهُ قَالَ لِحَبِيبِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ - كَيْفَ أَنْتَ إِذَا ظَهَرَ الْجَوُّزُ وَأَوْرَثَهُمُ الدَّلَّ - قَالَ فَقَالَ لَهُ حَبِيبٌ لَا بَقِيَتْ إِلَيَّ ذَلِكَ الرِّمَانِ - وَمَتَى يَكُونُ ذَلِكَ يَا بَنِي أُمَّتِي - قَالَ إِذَا - ظَهَرَ الرَّبَا يَا يَوْسُ - وَهَذَا الرَّبَا فَإِنْ لَمْ تَشْتَرِهِ رَدَّهُ عَلَيْكَ - قَالَ قُلْتُ: نَعَمْ قَالَ فَلَا تَقْرَبْنَهُ فَلَا تَقْرَبْنَهُ.

اساس بهره‌ای که باید در طول مدت بازپرداخت از مشتری بگیرد، قیمت‌گذاری می‌نماید.

آشکار است که چنین خرید و فروش‌هایی صوری است، زیرا اگر متصدیان حساب‌گر بانک به طور واقعی می‌خواستند چنین ساختمانی را خریداری کنند، عکس‌العمل‌ها و رفتارهایی انجام می‌دادند که در قرارداد بانکی هیچ‌کدام از آن‌ها مشاهده نمی‌شود.

نمونه دیگر از قرارداد صوری را می‌توان در عکس‌العمل طرفین قرارداد هنگام خسارت و تلف‌شدن کالا مشاهده نمود. برای نمونه در بسیاری از قراردادهای بانکی مشتری در خرید و فروش کالا از طرف بانک وکیل و امین است، در نتیجه بدون افراط و تفریط ضامن آن نیست و چنانچه در فاصله انجام دو قرارداد تلف یا خسارتی متوجه کالا شود، از نظر شرعی و عرفی، تلف و خسارت مذکور از مال بانک است و چیزی بر عهده وکیل نیست. اگر در اثنای معامله یا پس از تحویل گرفتن کالا توسط وکیل و قبل از فروش نسبه آن به خود، کالا بدون افراط و تفریط از بین برود، چنانچه بانک خسارت را نپذیرد و مدعی شود که التزامی به این خسارت ندارد، نشان‌دهنده عدم التزام نسبت به عقد می‌باشد و صوری بودن اصل قرارداد وکالت و خرید و فروش‌های نقد و نسبه است.

نمونه دیگر از چنین قراردادهای صوری مواردی است که به دلیل زمان‌بری و تخصصی بودن اجرای واقعی مفاد قرارداد عقود بانکی، کارگزار بانک و مشتری به امضای صوری قراردادهای جعلی، فروش اقساطی، سلف و... اکتفا می‌کنند، درحالی‌که هم کارگزار بانکی و هم مشتری از غیر واقعی بودن فاکتورها و مستندات می‌دانند که برای تشکیل پرونده و اعطای تسهیلات، لازم است، مطلع هستند. در این گونه موارد به روشنی ملاحظه می‌شود که هیچ‌کدام از طرفین قرارداد، قصد واقعی برای انشا قرارداد ندارند، زیرا می‌دانند اساساً در عالم خارج مشتری به وکالت از بانک کالایی خریداری نکرده است که بانک آن را به صورت اقساطی به او بفروشد، بلکه تنها فاکتور صوری برای طی کردن مراحل اداری صادر شده است.





۳.۴. لغو حکم شارع با عقود در هم تنیده

در برخی موارد، قراردادی از سوی شارع تحریم شده و وفاقد مشروعیت است، با این همه برخی با انجام چند معامله در هم تنیده، عملاً در پوشش قراردادهای شرعی به مقصود حقیقی خود دست می‌یابند. در این گونه موارد، یا انشای چند عقد به طور هم‌زمان انجام می‌شود و یا یک عقد به شرط انشای عقد دیگر صورت می‌گیرد، به گونه‌ای که حتی با فرض پایبندی به عقود موجود در این معامله، عرف عملاً بین این معامله ترکیبی و قرارداد تحریم شده از سوی شارع تفاوتی نمی‌بیند.

نمونه بارز این گونه قراردادهای ترکیبی در «بیع عینه» مشاهده می‌شود. بیع عینه از صدر اسلام برای فرار از ربا در قرض ربوی یا وصول طلب از بدهکار انجام می‌گرفت. علت نامگذاری این نوع معامله این است که در قراردادی شرط می‌شود عین مال خریداری شده، در قرارداد دیگری به مبلغی بیشتر یا کمتر فروخته شود. به طور معمول این نوع قرارداد به دو صورت انجام می‌پذیرد:

۱. شخص نیازمند به پول برای فرار از ربا، از شخصی به صورت نسیه کالایی گران‌تر از قیمت نقد می‌خرد؛ سپس در همان جلسه، عین آن کالا را به قیمت کمتر به صورت نقد به فروشنده می‌فروشد. نتیجه‌ی این معامله، دستیابی شخص نیازمند- که از او به طالب یا صاحب عینه تعبیر می‌شود- به مبلغ نقد و دستیابی فروشنده اول به سود سرمایه‌اش به نسیه است. (بحرانی، یوسف، ۱۴۰۵: ۹۳/۲۰)

۲. طلبکار برای وصول طلب خود از فردی که توان پرداخت بدهی خویش را ندارد کالایی معین را نسیه به او می‌فروشد؛ سپس همان کالا را به بهایی کمتر، نقد از او می‌خرد تا بدهکار بتواند با پول دریافتی از طلبکار طلب پیشین او را پردازد و در سرسید، مبلغی اضافه بابت افزایش زمان بدهی، دریافت نماید. (حلی [علامه]، ۱۴۱۹: ۵۳۱/۲)

بیع عینه از سوی امامان معصوم علیهم‌السلام ممنوع اعلام شده است، اما با شروطی قابل تصحیح است. شرط اول این است که معامله اول، مشروط به تحقق معامله دوم

نشود و صاحب عینه، حق داشته باشد که معامله دوم را انجام ندهد. برای نمونه روایتی از امام صادق علیه السلام نقل شده است:

حسین بن المنذر می‌گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: مردی پیش من می‌آید و خواهان عینه است. پس من برای او کالایی را به صورت بیع مباحه می‌خرم و به او می‌فروشم، سپس در همان مجلس، همان کالا را از او می‌خرم! آن حضرت فرمود: اگر او اختیار داشته است که اگر بخواهد بفروشد و اگر نخواهد بفروشد و تو هم اختیار داشته باشی که اگر بخواهی خریداری کنی و اگر نخواهی خریداری نکنی، اشکالی ندارد. (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۴/۱۸)^۱

در این روایت، از مفهوم شرط در جمله «إِذَا كَانَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ بَاعَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَبِعْ - وَ كُنْتَ أَنْتَ بِالْخِيَارِ إِنْ شِئْتَ اشْتَرَيْتَ - وَإِنْ شِئْتَ لَمْ تَشْتَرِ فَلَا بَأْسَ» فهمیده می‌شود که اگر چند قرارداد، در هم تنیده باشند یعنی انعقاد یکی مشروط به انعقاد قرارداد دوم باشد، این معامله ترکیبی باطل است.

شرط دوم برای تصحیح بیع عینه این است که طرفین به طور واقعی اقدام به چنین معامله‌ای کنند، اما در صورت صوری بودن، بیع عینه، باطل و حرام خواهد بود. برای نمونه در صحیح‌ه اسماعیل بن عبد‌الخالق نقل شده است:

اسماعیل بن عبد‌الخالق می‌گوید: از امام رضا علیه السلام درباره عینه سؤال کردم: همه تجار ما امروزه عینه می‌دهند، آیا روش کار آن‌ها را بیان کنم؟ آن حضرت فرمود: بگو! عرض کردم: شخصی پیش ما می‌آید که قصد بیع مساومه دارد و با ما مساومه می‌کند در حالی که ما متاعی نداریم؛ پس می‌گوید: به تو ده یازده سود می‌دهم، و من می‌گویم که ده دوازده و با هم چانه می‌زنیم تا به مبلغی توافق می‌کنیم. بعد می‌گویم چه متاعی می‌خواهی برای تو بخرم؟ می‌گوید: حریر؛ زیرا چیزی که حمل و نقل آن از حریر آسان‌تر باشد پیدا نمی‌کند. پس من می‌روم در حالی که تنها با او صحبت

۱. عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ عَيْسَى عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَنْصِ بْنِ سُوْقَةَ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ الْمُثَنَّدِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام يَجِئُنِي الرَّجُلُ فَيَطْلُبُ الْعَيْنَةَ - فَأَشْتَرِي لَهُ الْمَتَاعَ مَرَابَحَةً ثُمَّ أَيْعُهُ إِيَاءَهُ - ثُمَّ أَسْتَرِيهِ مِنْهُ مَكَانِي - قَالَ إِذَا كَانَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ بَاعَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَبِعْ - وَ كُنْتَ أَنْتَ بِالْخِيَارِ إِنْ شِئْتَ اشْتَرَيْتَ - وَإِنْ شِئْتَ لَمْ تَشْتَرِ فَلَا بَأْسَ.





کرده‌ام و بیعی انجام نداده‌ام! آن حضرت فرمود: آیا این طور نیست که تو اختیار داری که اگر بخواهی متاعی را به او ندهی و او هم اختیار دارد که اگر نخواهد از تو نگیرد؟ گفتم: بله! پس می‌روم و برای او حریر مورد نظرش را می‌خرم، و به اندازه‌ی توانم از ثمن کم می‌کنم (چانه می‌زنم در خرید کالا) و او را به خانه می‌آورم و کالا را به او می‌فروشم، گاهی کمی بیشتر از آن قیمتی که با هم گفتگو کرده‌ایم و گاهی هم به همان قیمتی که قبلاً صحبت کرده‌ایم، و گاهی کار بر ما مشکل می‌شود. پس چیزی نیست (جنس پیدا نمی‌شود)، وقتی که او از من جنس را خرید، کسی را پیدا نمی‌کند که بالاتر از قیمتی که از من خریده است به او بفروشد، بنابراین متاع را به من می‌فروشد و متاع را می‌دهد و دراهم را می‌گیرد و چه بسا می‌خواهد با من حيله کند. آن حضرت فرمود: باید دراهم را فقط به صاحب حریر بدهی! گفتم: گاهی بین من و او اصلاً بیعی واقع نشده است، تنها من از او خواسته‌ام و او قبول کرده است. آن حضرت فرمود: آیا اختیار ندارد که اگر بخواهد، انجام ندهد و تو اختیار نداری که اگر بخواهی اضافه نکنی؟ گفتم: بله. اگر متاع از بین برود از مال من از بین رفته است. حضرت فرمود: اشکالی ندارد. اگر تو آن را بر نگردانی اشکالی ندارد. (شیخ حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸/۵۳)^۱

از جمله « فَقُلْتُ بَلَى لَوْ أَنَّهُ هَلَكَ فَمِنْ مَالِي قَالَ لَا بَأْسَ بِهَذَا إِذَا أَنْتَ لَمْ تَعُدْ هَذَا فَلَا بَأْسَ بِهِ »، فهمیده می‌شود که شرط صحت بیع عینه، این است که هر کدام از این

۱. محمد بن یعقوب عن عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن محمد بن علي بن الحكم عن إسماعيل بن عبد الخالق قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن العينة وقلت إن عامة تجارنا اليوم يعطون العينة فأفص عليك كيف تعمل؟ قال هات قلت يأتينا المسامير يريد المال فيسأوننا وليس عندنا متاع فيقول أربحك ده يارده و أقول أنا ده دوازده فلا تزال تتراوض حتى تتراوض على أمر فإذا فرغنا قلت أي متاع أحب إليك أن اشتري لك فيقول الحرير لأنه لا يجد شيئاً أقل وضيعته منه فأذهب وقد قاولته من غير مبايعة فقال أليس إن شئت لم تعطه وإن شاء لم يأخذ منك قلت بلى قال فأذهب فأشترى له ذلك الحرير و أما كس بقدر جهدي ثم أجيء به إلى بيتي فأبايعه فربما أزدت عليه القليل على المفاوضة و ربما أعطيته على ما قاولته و ربما تعاسرنا فلم يكن شيء فإذا اشتري مني لم يجد أحداً أغلى به من الذي اشتريته منه فيبيعه مني فيجيء ذلك فيأخذ الدراهم فيدفعها إليه و ربما جاء ليحيله على فقال لا تدفعها إلا إلى صاحب الحرير قلت و ربما لم يتفق بيني وبينه البيع به و أطلب إليه فيقبله مني فقال أليس إن شاء لم يفعل و لو شئت أنت لم ترد فقلت بلى لو أنه هلك فمن مالي قال لا بأس بهذا إذا أنت لم تعد هذا فلا بأس به.



معاملات به طور جداگانه و به صورت واقعی انجام شود و طرفین خود را نسبت به آن مسئول بدانند، اما اگر به طور صوری انجام گیرد، باطل و حرام است.

بر این اساس، فقیهان شیعه نیز فتوا بر حرمت و بطلان «بیع عینه» با شروط پیش گفته، داده‌اند. (نائینی، ۱۳۷۳ق: ۱۲۲/۲)

نمونه‌های دیگری نیز از ترکیب عقود برای لغو حکم شرعی وجود دارد که فقیهان شیعه حکم به بطلان آن داده‌اند. یکی از آن موارد، «ترکیب قرارداد مضاربه و قرارداد ضمان اصل سرمایه» و یا «قرارداد مضاربه به شرط ضمانت اصل سرمایه» است که برای پوشش شرعی برای قرض ربوی استفاده می‌شود.

بسیاری از فقیهان شیعه بر این باورند که شرط ضمان در مضاربه و یا عقد ترکیبی مضاربه و ضمانت، باعث تبدیل ماهیت قرارداد به قرض می‌شود. (حلی، ۱۴۱۳: ۲/۳۳۶) دلیل ایشان روایتی است که امام باقر علیه السلام از امام علی علیه السلام نقل می‌فرمایند: «مَنْ ضَمَّنَ تَاجِرًا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ شَيْءٌ». (حَرَّ عَامِلِي، ۱۴۰۹: ۲۲/۱۹ و ۲۳)

هر کس تاجری را ضامن کند، فقط می‌تواند اصل سرمایه‌اش را دریافت کند و دیگر در سود سهمی ندارد.

فقیهان از جمله «فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيْسَ لَهُ مِنَ الرَّبْحِ شَيْءٌ»، دریافتند که چون این حکم اختصاص به عقد قرض دارد، منظور امام علی علیه السلام این بوده است که ترکیب مضاربه و ضمانت، در حقیقت همان عقد قرض است و در نتیجه باید احکام قرض اجرا شود، یعنی تنها اصل سرمایه را بگیرد و در سود سهمی نداشته باشد. به عبارت دیگر آنچه از ترکیب عقد مضاربه و قرارداد ضمانت فهمیده می‌شود این است که طرفین قصد انشاء مضاربه و ضمانت نداشته‌اند، بلکه منظور اصلی ایشان قرض ربوی بوده است، در نتیجه چون ربا حرام است، بنا بر آیه شریفه «وَإِنْ تُبْتِغُوا فَالْكُمُ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ» (بقره: ۲۷۹)، صاحب سرمایه تنها می‌تواند اصل سرمایه را بازپس گیرد و در سود آن استحقاقی ندارد.



۳.۵. استفاده از عناوین پوششی مغایر با ماهیت اصلی قرارداد

یکی دیگر از نشانه‌های قرارداد صوری این است که در مواردی طرفین برای رسیدن به مقصود خود، از عناوینی استفاده می‌کنند که عرف به راحتی درمی‌یابد مقصود اصلی ایشان عنوان دیگری است و ایشان برای پوشش شرعی این قرارداد، به صورت لفظی و نه واقعی از عنوان خاصی استفاده کرده‌اند. برای نمونه طرفین قرارداد به جای انجام عقد قرض ربوی، اسکناس را به قیمت بیشتر به صورت نسیه خرید و فروش می‌کنند. استدلال ایشان این است که اسکناس از معدودات به شمار می‌رود و بر اساس نصوص معتبر شرعی، معامله آن به مبلغ بیشتر، ربوی نیست.

روایات معتبره‌ای در حد استفاضه وارد شده است که مضمون آن‌ها این است که ربا معاملی فقط در مکیل و موزون جاری است، مانند صحیحه عبید بن زراره از امام صادق علیه السلام که فرمودند: «لا یكون الربا الا فی ما یکال او یوزن». (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۸ / ۱۳۳) برخی نیز برای این مطلب ادعای اجماع نموده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۳ / ۳۸۵) البته برخی از فقهای قدیمی مانند شیخ مفید و شیخ طوسی معامله معدود به زیاده را فقط به صورت نقدی جایز می‌دانند ولی معامله مدت‌دار (نسیه) را جایز نمی‌دانند. (مفید، ۱۴۱۳: ۶۰۴؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۳۷۷)

اشکال اساسی این قرارداد این است که از دیدگاه عرف چنین قراردادی نمی‌تواند مصداقی واقعی برای بیع باشد و قصد اصلی طرفین، قرض ربوی است که برای پوشش آن از عنوان بیع نسیه استفاده می‌کنند. در چنین مواردی ارتکاز عقلا این است که آنچه واقع می‌شود «قرض» است، زیرا مراد از قرض در ارتکاز عقلا تبدیل مال مثلی خارجی به مثل آن در ذمه است و از دیدگاه عرف متشرعه، در واقع عنوان قرض بر فروش نسیه‌ای پول صدق می‌کند، اگر چه زبان عنوان بیع مطرح شده باشد. از این رو احکام قرض از جمله حرمت گرفتن زیاده، درباره آن صدق می‌کند. (خویی،

۱۴۱۰: ۲ / ۵۵)

نتیجه:

یافته‌های این پژوهش عبارت‌اند از:

۱. از نظر مفهومی قراردادی که فاقد قصد انشاء باشد، قرارداد صوری است یعنی قالبی که به صورت لفظ، نوشته و یا هر مبرز دیگری ابراز می‌شود با محتوایی که در حقیقت اعتبار شده است، هماهنگ نباشد.
۲. از دیدگاه فقیهان شیعه، قرارداد صوری باطل است. ایشان به چهار دلیل استناد نموده‌اند: دلیل عقلی، بناء عقلا، اجماع و اصل عدم نقل، اما با وجود دلیل عقلی بر عدم اعتبار قرارداد صوری و بناء عقلا دیگر دلایلی مانند اجماع و اصل عدم نقل، اعتباری ندارد.
۳. مؤلفه‌ها و آماراتی که نشان از صوری بودن قرارداد دارند، عبارت‌اند از:
 - عدم آگاهی طرفین از مفاد قرارداد، زیرا اساساً طرفین تصویری از حقیقت اعتبار حقوقی ندارند تا بتوانند آن را به طور واقعی انشاء و ابراز نمایند.
 - طرفین قرارداد با علم و عمد در شرایطی اقدام به قرارداد محاباتی نمایند که عرف متشرعه، آن را صوری تلقی کند. (محابات مبتذل)
 - عدم التزام طرفین قرارداد به لوازم عرفی و عقلایی انعقاد قرارداد واقعی.
 - انشاء چند عقد به طور هم‌زمان و یا یک عقد به شرط انشاء عقد دیگر، به گونه‌ای که حتی با فرض پایبندی به عقود موجود در این معامله، عرف عملاً بین این معامله ترکیبی و قرارداد تحریم شده از سوی شارع تفاوتی نمی‌بیند و حکم شارع را ملغی ببیند.
 - استفاده از عناوین پوششی مغایر با ماهیت اصلی قرارداد به گونه‌ای که عرف متشرعه به راحتی درمی‌یابد طرفین قرارداد برای پوشش شرعی آن، به صورت لفظی و نه واقعی از عنوان خاصی استفاده کرده‌اند.





منابع و مأخذ:

قرآن کریم

نهج البلاغه

- ابن بابویه، محمد بن علی (۱۳۷۸ق)، عیون اخبار الرضا علیه السلام، تهران: نشر جهان
- ابن حیون، نعمان بن محمد مغربی (۱۳۸۵ق)، دعائم الإسلام، ج ۲، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- ابن فارس، احمد (۱۴۰۴)، معجم مقاییس اللغة، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- ابن ادریس حلی، محمد (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ایروانی، علی بن عبد الحسین (۱۴۰۶)، حاشیة المکاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- تمیمی آمدی، عبد الواحد بن محمد (۱۴۱۰)، غرر الحکم و درر الکلم، قم: دار الکتب الإسلامی.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
- جوادی آملی، عبدالله (۱۳۸۷)، تفسیر تسنیم، ج ۱۱، قم: نشر اسراء.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹)، مفتاح الکرامة فی شرح قواعد العلامة، بیروت: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۳۸۱)، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، قم: بوستان کتاب.
- حلی، احمد (۱۴۰۷)، المذهب البارع فی شرح المختصر النافع، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۱۹)، نهاية الإحکام فی معرفة الأحکام، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.



- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حمزه بن علی (۱۴۱۷)، غنیه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خویی، سید ابو القاسم موسوی (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، قم: نشر مدینه العلم.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی عاملی (۱۴۱۳)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- شیخ انصاری، مرتضی (۱۴۱۵)، کتاب المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۸)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۳۷۵)، مجمع البحرین، تهران: مرتضوی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الإمامیه، تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۰ق)، النهایة فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت، دار الکتب العربی.
- عاملی، شیخ حر (۱۴۰۹)، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- مصباحی، غلامرضا (۱۳۷۳)، «پاره‌ای از مشکلات بانکداری بدون ربا»، مجموعه مقالات پنجمین همایش بانکداری اسلامی، تهران: مؤسسه عالی بانکداری.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۶۰)؛ این کلاه‌های شرعی برای سرهمه کس گشاد است!، مجله درس‌هایی از مکتب اسلام، ش ۹.
- مفید، محمد بن محمد (۱۴۱۳)، المقتنعه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
- موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۱۶)، تحریر الوسیله، قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- نائینی، شیخ محمد حسین (۱۳۵۲)، أجود التقریرات، قم: مطبعه العرفان.

- نائینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳ق)، منیة الطالب فی حاشیہ المکاسب، تهران: المکتبه المحمديه.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- هاشمی شاهرودی، سید محمود (با همکاری جمعی از پژوهشگران) (۱۴۲۶)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.
- نراقی، احمد (۱۳۷۵)، عوائد الايام، قم: دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم

