

اعتبار شرط تضمین سود به نفع بانک در قراردادهای مشارکت مدنی بانک

پیمان اسدیگی^۱

چکیده

از مهم‌ترین مسائل کسب سود از سوی اشخاص و تأمین مالی از سوی بانک‌ها می‌باشد که همواره از زمان گذشته مورد اقبال اندیشمندان مسلمان بوده تا با بررسی ماهیت عملیات بانکداری در جهت تطبیق موارد مطروحه با شرع و موازین اسلامی اقدام نمایند. در مقاله حاضر با روش تحلیلی-توصیفی به تبیین وضعیت مشروعیت یا عدم مشروعیت قراردادهای مشارکت بانک‌ها که حاوی شرط تضمین سود می‌باشند پرداخته می‌شود. هدف، ارائه راهکاری مبتنی بر موازین فقهی و حقوقی در راستای حمایت از منافع مشروع اشخاص و تحقق اهداف اقتصادی بانک‌هاست. مشارکت مدنی را می‌توان جزء آن دسته از عقود نوبنیاد حوزه حقوق بانکداری اسلامی دانست که بر پایه عقد شرکت بنا نهاده شده و بطور معمول در نظام مالی-بانکی کشورهای اسلامی منجمله ایران رایج و مورد استفاده بسیار قرار گرفته و همواره به علت عدم رعایت نظامات مربوطه، مشکلات عدیده‌ای را برای طرفین بوجود آورده که بدین ترتیب بانک مرکزی کوشیده است در راستای از میان برداشتن مشکلات موجود در قراردادهای تنظیمی، راهکاری کاربردی جهت تأمین مالی بانک‌ها و اشخاص ذینفع از قبیل استفاده از قراردادهای استاندارد مشارکت مدنی بیابد که از سوی فقه مورد ردع و رد قرار نگیرد.

واژگان کلیدی: اعتبار، سود، ربا، بانکداری اسلامی، مشارکت مدنی

مقدمه

اقتصاد یکی از مبانی مهم در هریک از جوامع متمدن امروزی به شمار می‌رود و این اهمیت هم در سطح خرد قابل بررسی است و هم در سطح کلان. از یکسو، معیشت افراد همچون یکی از اساسی‌ترین نیازهای اولیه، با اقتصاد در ارتباط است و هریک از افراد می‌کوشند تا با کسب درآمد بیشتر، سطح بالاتری از رفاه اقتصادی را برای خود رقم بزنند و از سوی دیگر، پایداری و دوام حکومت‌ها نیز تا حدود زیادی به چگونگی وضعیت اقتصادی جامعه دارد. بنابراین مسائل اقتصادی نیز همیشه بعنوان یکی از دغدغه‌های مهم در میان آحاد مردم و دولت‌ها مورد نظر قرار می‌گیرد، علم حقوق نیز با این دغدغه بیگانه نیست. در واقع علم حقوق که برقراری قواعدی را برای تنظیم روابط میان اشخاص برعهده دارد، عمده مقررات خود را معطوف به امور مالی و اقتصادی نموده است. نگاهی اجمالی به قانون مدنی مؤید این ادعاست؛ با این وصف می‌توان به این نتیجه رسید که تنظیم و تدوین قواعدی که روابط مالی اشخاص را سامان‌دهی کند، از جمله مهمترین اهداف علم حقوق است. گاه این انتظام‌بخشی از طریق وضع ضمانت اجراهای کیفری است و گاه از طریق وضع ضمانت اجراهای حقوقی. بطور مثال، گاه قانونگذار کسب مال به روشی خاص را جرم دانسته و مرتکب را مجازات می‌کند و گاه دیگر، بی‌آنکه راجع به مجازات شخص، مطلبی را بیان کند به مشروعیت یا عدم مشروعیت روش تحصیل مال می‌پردازد. در این مقاله این نگاه اخیر مورد نظر قرار گرفته و همچنین گاه آنچه که موضوع علم حقوق واقع می‌شود، روابط مالی اشخاص خصوصی است و گاه دیگر روابط افراد با قوای عمومی مورد نظر است.

۸۸

موضوع بحث حاضر در این میان، معطوف بر روابط مالی اشخاص با بانک‌هاست. امروزه بانک‌ها به دلایل متعددی از ضروریات جامعه بشری و یکی از ارکان اقتصادی کشورها به شمار می‌روند. مهمترین مبنای این اهمیت را می‌توان در تسهیل مبادلات تجاری ملاحظه نمود که باعث گسترش بازارها و رشد و شکوفایی اقتصاد می‌شوند. در واقع یکی از مهمترین نیازهای دنیای تجارت، سرعت و امنیت در برقراری روابط مالی است. مقررات بانکی امروزه بگونه‌ای تدوین و اجراء می‌شود که این دو هدف را تا حد امکان فراهم سازد. به همین دلیل، روز به روز بر میزان و وسعت فعالیت‌های بانک‌ها افزوده می‌شود که این امر خود مستلزم بکارگیری تنوعی از روش‌های تأمین مالی است. اهمیت پرداختن به ماهیت، احکام و آثار شرط تضمین سود در قراردادهای مشارکت بانک‌ها از یکسو ناشی از رغبت افراد به کسب سود از این طریق است و از سوی دیگر، ناشی از ضرورت تأمین مالی پروژه‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی است. مسلم است که انجام این پروژه‌ها منجر به شکوفایی اقتصادی شده و از بروز بسیاری از مفاسد اجتماعی که ناشی از فقر و بیکاری است می‌کاهد. اما این اهداف صرفاً در صورتی محقق می‌گردند که منشأ و روش تأمین سرمایه نیز مشروع باشد. همچنین باتوجه به اینکه صحت یا عدم صحت کسب سود اشخاص از این طریق ممکن است با ربا هم‌پوشانی داشته

باشد که در باورهای مذهبی امری مذموم و حرام است، لذا اهمیت پرداختن به این امر دو چندان می‌گردد. از حیث تئوریک نیز شرط تضمین سود همواره یکی از نکات مبهم و حل نشده حقوقی باقی مانده است. از تضمین سود تعابیر مختلفی شده و مفاهیم ارائه شده شاهد تحولاتی بوده‌اند که این امر حاکی از پیچیده بودن موضوع است و ضرورت پرداختن به آن را توجیه می‌کند. هدف از انجام این پژوهش، بررسی صحت یا عدم صحت رویه جاری بانک‌ها در انعقاد قراردادهای مشارکت و عنداللزوم ارائه راهکارهایی جهت تصحیح، تکمیل یا جایگزین نمودن مصوبات و مقررات موجود در این زمینه می‌باشد. همچنین این تحقیق همانند هر تحقیق حقوقی دیگر می‌تواند به غنای اندیشه‌های حقوقی یاری رساند که این امر نیز از حیث نظری، می‌تواند هدفی درخور توجه باشد.

۱- مفاهیم و مبانی نظری

در ابتدای بحث لازم است نسبت به تبیین مفاهیم پرداخته تا دیدگاه اولیه و احتمالاً اجمالی خواننده را نسبت به موضوع مطروحه روشن گردد، فلذا مقتضی است ابتدا به شناسایی مفاهیم اصلی بپردازیم. این ضرورت از آنجا ناشی می‌شود که هریک از شاخه‌های علوم، واژه‌های مختص به خود را دارند که دارای معنای خاص بوده و محدوده تعریف معینی دارند که تا تعریف دقیق و واحدی از آن‌ها صورت نگیرد، بررسی و تحقیق در آن رشته امکانپذیر نخواهد شد یا اینکه به سختی صورت می‌گیرد.

۱-۱- مفهوم سود و مقایسه آن با بهره و ربا

سود، بهره و ربا از جمله مفاهیمی هستند که در دنیای اقتصادی برای توضیح مبلغ مازاد بر سرمایه بکار می‌روند اما معمولاً تعریف حقوقی دقیق از آن‌ها وجود ندارد. این امر که منجر به ابهام در تمیز این مفاهیم می‌شود ناشی از این است که قانونگذار در هیچ‌یک از قوانین اقتصادی سود، بهره یا ربا را تعریف نکرده است. حتی وضعیت برخی قوانین بگونه‌ای است که موجب اختلاط مفاهیم دیگری نیز می‌شود (سلامی، ۱۳۷۰: ۹). اما برخلاف متون قانونی، در نظریات دکترین این تفکیک و تمایز را بین سود و بهره و ترادف را بین بهره و ربا می‌توان به دقت ملاحظه نمود. بنابراین در ادامه ابتداً به یکسانی بهره و ربا می‌پردازیم و سپس به ذکر تفاوت‌های این دو مفهوم از سود روی می‌آوریم.

۱-۱-۱- مقایسه بهره و ربا

برخی از متفکران اقتصاد اسلامی (فرزین وش و ندری، ۱۳۸۱: ۱۵۲) تحت تأثیر برخی اقتصاددانان سرمایه‌داری، درخصوص توضیح وجود تفاوت ماهوی بین ربای تحریم شده در آئین مسیحی و بهره موجود

در مبادلات پولی که به نظریات نرخ بهره طبیعی منجر شده است، تلاش کرده‌اند با معتبر دانستن نظریات بهره طبیعی، این عقیده را مطرح کنند که بین بهره طبیعی و ربای تحریم شده در اسلام تفاوت وجود دارد. یکی از مصادیق مهم در این زمینه، توجیه تفاوت قیمت در بیع نسبه برمبنای «قاعده لاجل قسطن الثمن» است. از این منظر، بهره قراردادی همان رباست اما بهره طبیعی در اسلام تایید شده است. توضیح آنکه از نظر کسانی که قائل به تفاوت میان بهره و ربا هستند، بهره قراردادی در بهره طبیعی ریشه دارد ولی به لحاظ اینکه در قالب قراردادهای حقوقی بصورت نرخ ثابت وضع می‌شود، مشمول عنوان ربا قرار می‌گیرد. یعنی ربا که از نظر اسلام حرام است، مترادف بهره قراردادی است در حالیکه بهره منحصر به بهره قراردادی نیست و ممکن است بهره از نوع طبیعی باشد (بخشی دست‌چردی، ۱۳۸۹: ۶۶).

در حقوق ما بهره و ربا توضیح داده نشده‌اند اما اجمالاً می‌دانیم که ربا از نظر اسلام حرام است لذا تحصیل مال از طریق ربا، مشروع نیست. از سوی دیگر، در ماده (۱۱) قرارداد استاندارد ابلاغی از سوی بانک مرکزی، سرمایه‌پذیر که تسهیلات بانکی را دریافت می‌کند تا در اجرای طرح تولیدی، بازرگانی یا خدماتی بکار برد، مکلف است که مازاد بر سرمایه را به بانک بازگرداند. در این ماده آمده است: «شریک (سرمایه‌پذیر) با امضای این قرارداد متعهد گردید مدیریت منابع و مصارف موضوع مشارکت را بنحوی به انجام رساند که در پایان دوره مشارکت، سهم‌الشرکه متعلقه بانک بعلاوه سود ابرازی موضوع مشارکت، اعلامی از سوی شرکت مندرج در برگ درخواست تسهیلات به حساب بانک منظور گردد در غیر اینصورت شریک ملتزم و متعهد گردید سهم‌الشرکه متعلقه بانک بعلاوه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت نماید». در این ماده برای توضیح مفهوم مازاد بر سرمایه از لفظ سود استفاده شده است. یعنی علی‌الظاهر، مفهومی متفاوت از بهره یا ربا مورد نظر بوده است اما با توضیحاتی که در بالا در توجیه تفاوت بهره از ربا مطرح گردید می‌توان این ماده را تبیین نمود. بدین ترتیب که اگر قائل به تفاوت مفهوم بهره و ربا باشیم، این نتیجه حاصل می‌شود که کسی که ترجیح زمانی دارد، حاضر نمی‌شود سرمایه خود را در پروژه‌ای که بازدهی آن غیرقطعی است سرمایه‌گذاری کند و حتماً باید نرخ از پیش تعیین شده‌ای در قالب یک قرارداد به او وعده داده شود.

۱-۱-۲- مقایسه سود و بهره (ربا)

از نظر دکترین، سود و بهره هر دو مفاهیمی هستند که بر عایدی سرمایه مالک اطلاق می‌شوند. یعنی هر دو مازاد بر اصل سرمایه می‌باشند. اما به نظر می‌رسد که برخلاف این تشابه ظاهری، میان این دو مفهوم باید قائل به رابطه تباین از میان انواع نسبت‌های منطقی بود. عرف نیز بر این تمایز صحه می‌گذارد و گفته شده است که از بهره به نزول پول تعبیر می‌شود در حالیکه این تعبیر درخصوص سود کاربرد ندارد (جعفری

لنگرودی، ۱۳۸۱: ۲۰۲۸ و ۲۲۱۱). گفته شده است که بهره عبارت از مقدار مازاد مالی است که صرف نظر از بکار گرفتن سرمایه در امور اقتصادی و تولیدی یا رفع نیاز شخصی یا در صورت بکار بردن آن در امور اقتصادی، صرف نظر از میزان سودآور بودن یا نبودن آن به مالک سرمایه اختصاص داده می‌شود (صدر، ۱۴۰۳: ۳۳). ولی سود عبارت از مازاد مالی است که در نتیجه انجام عملیات تجاری و فعالیت اقتصادی توسط نیروی کار سرمایه‌پذیر و گردش سرمایه سرمایه‌گذار، پس از برداشت اصل سرمایه و هزینه‌های انجام سرمایه‌گذاری، به عامل سرمایه‌گذاری و مالک سرمایه اختصاص داده می‌شود (باریکلو، ۱۳۸۹: ۹۰).

بنابراین اگرچه هر دو مازاد بر سرمایه هستند اما بهره به صرف اعطای سرمایه از سوی سرمایه‌گذار به سرمایه‌پذیر که در موضوع ما دریافت کنندگان تسهیلات اعطایی از سوی بانک‌ها هستند- تحقق می‌یابد (باریکلو، ۱۳۸۷: ۹۱). به نظر می‌رسد که استفاده قانونگذار در مواد متعدد قانونی از جمله در ماده (۲۴۰) لایحه مربوط به شرکت‌های سهامی و یا بند (ج) ماده (۱۱۵) قانون تجارت از لفظ منافع موهوم، موید همین معنی از بهره است. بدین ترتیب، تقسیم سود بر مبنای ماده (۲۴۰) لایحه شرکت‌های سهامی نه تنها مجاز است بلکه تکلیف قانونی مدیران تلقی شده که تخلف از آن، ضمانت اجرای حقوق را در پی دارد. درحالیکه تقسیم هر مال تحت عنوان سود بی‌آنکه واقعاً در نتیجه تولید ثروت حاصل آمده باشد و بعبارت دیگر، پرداخت بهره نه تنها مجاز نیست بلکه می‌تواند عنوان مجرمانه نیز داشته باشد همانگونه که در بند (ج) ماده (۱۱۵) ۹۱ قانون تجارت بعنوان کلاهبرداری از آن یاد شده است. بنابراین اگرچه مفاهیم سود و بهره به دقت در قوانین تعریف نشده‌اند اما تفاوت میان این دو واژه، پیش فرض قانونگذار در نگارش بسیاری از مواد قانونی بوده است. در نهایت به فهرست نتایجی می‌پردازیم که از مقایسه مفاهیم سود، بهره و ربا حاصل آمد. براین اساس دیدیم که:

- سود، بهره و ربا درخصوص توصیف مازاد بر سرمایه بکار می‌روند؛
- بهره و ربا دو مفهوم متفاوت نیستند و گرچه کوشیده شده که با استناد به عامل زمان یا سرمایه‌ای بودن یک کالا، بهره از ربا متمایز گردد اما از نظر اکثریت اقتصاددانان اسلامی، بهره مترادف با رباست و صرف زمان یا سرمایه‌ای بودن یک کالا بی‌آنکه موجب تولید واقعی ثروت شده باشد، نمی‌تواند بستری برای دریافت مازاد بر سرمایه باشد؛

- تنها عاملی که دریافت مازاد بر سرمایه را مشروعیت می‌بخشد، تولید واقعی ثروت است که این امر، مبنای مشروعیت سود است؛ برخلاف بهره یا ربا.

حال باید دید آیا مازاد بر سرمایه‌ای که در ماده (۱۱) قرارداد استاندارد مشارکت مدنی بانک‌ها مطرح شده است، عامل تولید واقعی ثروت را به همراه دارد؟ برای تعیین این وضعیت باید دید چه چیزی سبب مملک

عایدی به سرمایه‌گذار است. آیا صرف اعطای سرمایه می‌تواند موجبی برای تملک سرمایه‌گذار نسبت به مازاد باشد یا اینکه ضروری است سرمایه مزبور به گردش درآید؟ در قراردادهای مشارکت مدنی که بانک‌ها با اشخاص منعقد نموده و بر مبنای آن به تأمین مالی می‌پردازند، به استفاده از سرمایه در جریان تولید ثروت اشاره می‌شود. مثلاً در ماده (۱۸) و (۱۹) آئین‌نامه تسهیلات اعطایی بانک‌ها، انجام کاری معین در زمینه فعالیت‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی مورد تصریح قرار گرفته است. همچنین طبق ماده (۲) قرارداد استاندارد مشارکت مدنی، این طرح موضوع قرارداد مشارکت مدنی قرار می‌گیرد. بنابراین علی‌الظاهر، عایدی که نصیب سرمایه‌گذار می‌شود، سود است نه بهره و لذا نمی‌تواند به صرف اعطای سرمایه تحقق پذیرد بلکه مستلزم گردش سرمایه در امور تولیدی، بازرگانی یا خدماتی است که ممکن است در اثر این گردش، منتج به سود یا زیان شود. اما تدقیق در ماده (۱۱) قرارداد نمونه، این تصور اولیه را مخدوش می‌سازد.

در این ماده دو وضعیت متصور شده است، اول اینکه در پایان دوره مشارکت که سرمایه‌پذیر از سرمایه سرمایه‌گذاران در قالب تسهیلات بانکی استفاده نموده است، بنابه مدیریت صحیح منابع و مصارف موضوع مشارکت، سود واقعی تحصیل شده است یعنی مدیریت صحیح منابع منجر به تولید واقعی ثروت شده است. مسلماً این مازاد بر سرمایه، مطابق با نتیجه‌ای است که در بالا احراز نمودیم و متعلق حق سرمایه‌گذاران است. اما شق دوم این ماده، فرضی را مطرح نموده که در آن، اجرای طرح تولیدی، خدماتی یا بازرگانی منجر به تولید ثروت نشده است. عبارت «در غیر این صورت» کاملاً مؤید این است که در شق دوم این ماده، خلاف شق اول مورد نظر است. یعنی جائیکه بنابه عدم مدیریت صحیح منابع و مصارف، تولید واقعی ثروت صورت نگرفته است. در حالیکه در این حالت نیز سرمایه‌پذیر مکلف است که سود از پیش تعیین شده را علاوه بر سرمایه اولیه، مسترد دارد. این مازاد که از آن با عنوان سود ابرازی و ضرر و زیان یاد شده است، چیزی جز بهره نمی‌تواند باشد و دیدیم که بهره نیز مترادف با رباست. پس آنچه که می‌تواند سود تلقی شود و موضوع بحث ما قرار گیرد، شق اول ماده (۱۱) قرارداد استاندارد مشارکت مدنی است و دایره بحث ما منحصر به این قسمت از قرارداد خواهد بود.

۱-۲- مفهوم مشارکت مدنی و مقایسه آن با مفاهیم مشابه

در بحث از مفهوم سود دیدیم که در قرارداد مشارکت مدنی بانک‌ها برخلاف استفاده از این لفظ، هم از مفهوم واقعی سود استفاده شده است و هم مفهومی که منطبق بر بهره (ربا) است. آیا این دوگانگی را در مفهوم مشارکت مدنی نیز می‌توان ملاحظه نمود؟ اصلاً مفهوم مشارکت مدنی چیست؟ از این حیث ضروری است که به تبیین این مفهوم در مقاله حاضر بپردازیم. از آنجاکه مبنای قرارداد مشارکت مدنی بانک‌ها، قراردادی استاندارد است که از سوی بانک مرکزی بصورت بخشنامه به کلیه بانک‌ها ابلاغ گردیده است، تحلیل محتوای

این قرارداد نمونه را جهت تبیین مفهوم مشارکت مدنی، اساس کار قرار می‌دهیم. در این بخشنامه، هیچ‌یک از عناوین قراردادهای معین اتخاذ نشده است. مبنای این قرارداد برطبق ماده (۲۸) آن، توافق طرفین است. بدیهی است چنانچه این قرارداد مطابق با یکی از عقود معین باشد، قواعد و مقررات خاص آن عقد در آن جاری است و نمی‌توان به صرف توافق اراده طرفین از حاکمیت قوانین آمره تبری جست. چه اینکه در حقوق ما اراده باطنی بر اراده ظاهری ارجحیت دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۴-۵۵). نگاهی اجمالی به برخی از مواد این قرارداد نمونه و مقایسه آن با عقود معین مذکور در قانون مدنی، ما را به عقود شرکت و مضاربه رهنمون می‌سازد که در ادامه به مقایسه هریک با مواد این قرارداد می‌پردازیم.

۱-۲-۱- شرکت

براساس ماده (۵۷۱) قانون مدنی: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد بنحو اشاعه». عناصر این تعریف را در ماده (۱۸) آئین‌نامه تسهیلات اعطایی بانک‌ها نیز می‌توان ملاحظه نمود که مبنایی برای قرارداد مشارکت مدنی بانک‌ها بشمار می‌رود. جستجو در مقررات قرارداد استاندارد و عقد شرکت مدنی مذکور در قانون مدنی نیز مؤید این مطلب است که بین قرارداد فوق و عقد مزبور، شباهت‌هایی موجود است اما به‌رغم این تشابهات، اختلافات اساسی نیز بین این وجود دارد که قابل چشم‌پوشی نیست. در ادامه به ذکر تشابهات و تمایزات قرارداد استاندارد مشارکت مدنی و عقد شرکت مدنی می‌پردازیم.

۹۳

۱-۲-۱-۱- تشابهات

در مواد متعددی از قرارداد استاندارد ابلاغی از سوی بانک مرکزی که مبنای عقود مشارکت مدنی بانک‌ها قرار گرفته است، از لفظ شریک یا شرکت استفاده شده است. استفاده مکرر از الفاظ شریک، شرکت یا سهم‌الشرکه در این قرارداد این مطلب را به ذهن متبادر می‌سازد که مبنای قرارداد مشارکت مدنی، عقد شرکتی است که در قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته است. در قراردادهای مشارکت مدنی بانک‌ها، هریک از شرکای قرارداد مشارکت مدنی - یعنی از یکسو بانک و از سوی دیگر، سرمایه‌پذیر- مکلفند آورده‌ای را بصورت نقد یا غیرنقد به مصرف اجرای قسمتی از موضوع شرکت، اختصاص دهند. از این آورده با عنوان سهم‌الشرکه در قرارداد مزبور یاد شده است. جمع سهم‌الشرکه‌های شرکا یا به تعبیر قانون مدنی، حصه هریک از شرکا، مجموعی از اموال مشاعی را پدید می‌آورد. از ماده (۵۷۱) قانون مدنی استنباط می‌شود که رکن اصلی شرکت مدنی، اشاعه است. در تأیید این مطلب گفته شده است که امتزاج موضوع حقوق شرکا بگونه‌ای که تمیز هریک از دیگری ممکن نباشد، شرط تشکیل شرکت است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۰۱). این وضعیت در خصوص قراردادهای مشارکت مدنی نیز وجود دارد. چه اینکه برطبق ماده (۹) این قرارداد: «مشارکت بانک

و شریک در طرح موضوع مشارکت، بصورت مشاع بوده و کلیه احکام اموال مشاعی نسبت به آن جاری است...». همچنین اداره این مال مشاعی مشترک برطبق حاکمیت اراده طرفین تعیین می‌شود. همانگونه که در ماده (۵۷۶) قانون مدنی مقرر گردیده است: «طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرر بین شرکا خواهد بود». در ماده (۷) قرارداد مشارکت نیز به محول نمودن اداره امور شرکت به سرمایه‌پذیر اشاره شده است که مبنای آن حاکمیت اراده است و همانگونه که در ماده (۵۷۸) قانون مدنی قابلیت رجوع از اذن به مدیریت مطرح گردیده است، در این قرارداد نیز مطابق با تبصره ماده (۷)، بانک می‌تواند از اذنی که به سرمایه‌پذیر برای اداره شرکت اعطاء نموده، رجوع نماید. اما به نظر می‌رسد که وجوه تمایز بین قرارداد مشارکت و عقد شرکت بیش از وجوه تشابه بوده بگونه‌ای که حتی برخی قواعد مندرج در این قرارداد، ناقض قابل توجهی برای وجوه تشابه به شمار می‌روند. این مطلب را در ادامه بیشتر بررسی می‌نمائیم.

۱-۲-۱-۲- تمایزات

چنانکه پیشتر نیز اشاره شد، به نظر می‌رسد که تشابهات میان قرارداد مشارکت مدنی و عقد شرکت مدنی صوری است و یا حداقل اینکه این تشابهات، جزء احکام اختصاصی عقد شرکت نیست. مثلاً در بحث از تشابهات مطرح شد که نتیجه قرارداد مشارکت مدنی و عقد شرکت مدنی، اجتماع حقوق شرکا بنحو اشاعه است. این مطلب اگرچه بین قرارداد مشارکت مدنی و عقد شرکت مشترک است اما از ویژگی‌های اختصاصی و منحصر به فرد عقد شرکت نیست. چه اینکه براساس ماده (۵۷۳) قانون مدنی ممکن است این وضعیت در نتیجه دیگر عقود مانند مضاربه، مساقات، مزارعه و ... نیز حاصل شود. پس از مشاعی بودن آورده‌های شرکا نمی‌توان نتیجه گرفت که قرارداد مزبور منطبق با عقد شرکت است. مضافاً اینکه از مشاعی بودن آورده‌های شرکا در عقد شرکت این نتیجه حاصل می‌آید که علی‌الاصول، هریک از شرکا حق تقاضای افزایش سهم‌الشرکه خود را دارد و یا اینکه سهم‌الشرکه خود را بی‌آنکه نیازمند رضایت دیگر شرکا باشد، به غیرمنتقل سازد این مطلب در مواد (۵۸۹) و (۵۸۳) قانون مدنی قید شده است. درحالی‌که در قرارداد مشارکت مدنی کاملاً خلاف این امر درج شده است. براساس ماده (۹) این قرارداد: «... شریک حق تقاضای افزایش مال مشترک و هرگونه معامله اعم از عین و منفعت را نسبت به اموال موضوع مشارکت از خود سلب و ساقط نمود». بنابراین اگرچه علی‌الظاهر، جمع حصه‌های شرکا مال مشاعی را پدید آورده که تابع احکام اموال مشاعی است اما مهم‌ترین حکم راجع به اموال مشاعی یعنی اختیار تقاضای افزایش یا معامله سهم مشاع بدون رضای دیگر شرکا نقض شده است. تفاوت‌های ذاتی قرارداد مشارکت و عقد شرکت را می‌توان بگونه‌ای دیگر و در دیگر مقررات اختصاصی عقد شرکت نیز ملاحظه نمود. بطورمثال، یکی از قواعد اختصاصی عقد شرکت مدنی، تقسیم سود و زیان به نسبت سهم هریک از شرکاست که در ماده (۵۷۵) قانون مدنی بیان شده است. تنها استثنای این

امر، این است که برای یکی از شرکا در برابر عملی که انجام داده است، سود بیشتری در نظر گرفته شود. اما تحمیل زیان به یک یا چند نفر از شرکا، شرطی است نامشروع (امامی، ۱۳۴۰: ۱۳۳) و عده‌ای دیگر فقط شرط را باطل دانسته‌اند مگر آنکه شرط، علت عمده عقد شرکت باشد که در اینصورت شرط و عقد شرکت را باطل تلقی می‌کنند (امامی، ۱۳۴۰: ۱۳۳). در هر حال، شرطی که نسبت سود و زیان را براساس میزان سهم‌الشرکه شرکا اعم از نقدی یا غیرنقدی در هم ریزد باید مبتنی بر توجیهی عقلایی باشد و گرنه محکوم به بطلان است. حال آنکه این مقرر در ماده (۱۱) قرارداد مشارکت مدنی رعایت نشده است. چراکه براساس این ماده، حتی اگر طرح موضوع مشارکت مدنی به نتیجه مطلوب نرسد، سرمایه‌پذیر مکلف است اصل سرمایه، سود ابرازی و ضرر و زیان وارده به بانک را از اموال خود تأمین و پرداخت نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۸). از دیگر تمایزات مهم قرارداد مشارکت مدنی بانک‌ها و عقد شرکت مدنی، مقرراتی است که راجع به مدیریت شرکت مطرح شده است. در ماده (۵۷۶) قانون مدنی آمده است: «طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرر بین شرکا خواهد بود». بنابراین مبنای تصمیم‌گیری راجع به مدیریت شرکت در حیطه حاکمیت اراده همه شرکا تفسیر می‌شود و هیچ‌یک از طرفین بر دیگری برتری ندارد. با این حال دیده می‌شود که در قرارداد مشارکت مدنی این امر لحاظ نشده و صرفاً بصورت صوری این مطلب ملاحظه می‌گردد. برطبق ماده (۷) این قرارداد: «اداره امور شرکت مدنی با رعایت مفاد قرارداد حاضر و قوانین جاری، تیراً بعهد شریک و با نظارت بانک ۹۵ می‌باشد و شریک متعهد و ملتزم گردید اجرای طرح را طبق اسناد، مدارک، مجوزهای لازم و قانونی مورد توافق از هر حیث و هر جهت راساً و با نظارت بانک انجام دهد و از این جهت هیچ‌گونه مسئولیتی متوجه بانک نمی‌باشد».

نکته دیگر اینکه براساس مقررات راجع به شرکت مدنی، مدیر در اداره اموال مشترک، در حکم امین است و به حکم مواد (۵۷۷) و (۵۸۴) قانون مدنی تنها در صورت تفریط یا تعدی، ضامن خواهد بود. درحالیکه برخلاف این قاعده، تبصره ماده (۷) قرارداد مشارکت مدنی موید شرط ضمان سرمایه‌پذیر در اداره شرکت است. این تبصره بیان می‌دارد: «بانک حق دارد پس از احراز قصور شریک در مدیریت شرکت مدنی از اذن خود در مدیریت شریک رجوع نموده و با استفاده از وجوه موجود در حساب مشترک مشارکت، نسبت به تکمیل موضوع مشارکت اقدام و عندالاقضا هزینه‌های اضافی را پرداخت و بعنوان افزایش سهم‌الشرکه خود منظور نماید». این نتیجه چیزی جزء ضامن بودن سرمایه‌پذیری که اداره شرکت را برعهده گرفته است، نیست. بنابراین به نظر می‌رسد که تطبیق قرارداد مشارکت مدنی را باید با یکی دیگر از عقود معین یعنی مضاربه مدنظر قرار داد.

۱-۲-۲-۲-۱- مضاربه

برطبق ماده (۵۴۶) قانون مدنی: «مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه، مالک و عامل، مضارب نامیده می‌شود». در قراردادهای مشارکت مدنی بانک‌ها نیز سرمایه‌پذیر با استفاده از تسهیلات بانکی، به فعالیت اقتصادی می‌پردازد. این فعالیت اقتصادی برطبق ماده (۱۹) آئین‌نامه اعطای تسهیلات بانکی اعم از فعالیت‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی است. بنابراین به نظر می‌رسد که می‌توان این قرارداد را مطابق با عقد مضاربه تحلیل نمود. این مقایسه را از دو زاویه تشابهات و تمایزات پیگیری می‌کنیم.

۱-۲-۲-۱- تشابهات

لزوم نقد بودن سرمایه در عقد مضاربه که در ماده (۵۴۷) قانون مدنی مورد تصریح قرار گرفته است، از جمله تشابهاتی است که بین عقد مضاربه و قرارداد استاندارد مشارکت مدنی بانک‌ها وجود دارد. چه اینکه تسهیلات اعطایی بانک‌ها به سرمایه‌پذیران، مبلغی است که از محل سپرده سرمایه‌گذاران در بانک موجود است. در واقع، برخلاف ماده (۱۸) آئین‌نامه تسهیلات اعطایی بانک‌ها که مشارکت مدنی را بر مبنای درآمیختن سهم‌الشرکه نقدی و یا غیرنقدی شریک با سهم‌الشرکه نقدی یا غیرنقدی بانک بنحو مشاع توصیف می‌کند، آنچه که در ماده (۳) قرارداد استاندارد بانک مرکزی مطرح شده و در عمل نیز مورد استفاده است، چیزی جزء آورده نقدی نیست. بنابراین می‌توان گفت از حیث سهم‌الشرکه نیز بین عقد مضاربه و مشارکت مدنی مورد استفاده در بانک‌ها تشابه برقرار است. همچنین سهم‌الشرکه بانک و سرمایه‌پذیر بصورت درصدی از سهم مشاع در ماده (۳) و ماده (۹) قرارداد استاندارد پیش‌بینی شده است که این امر نیز مطابق با ماده (۵۴۸) قانون مدنی در خصوص لزوم مشاعی بودن حصه هریک از عامل و مضارب است.

علاوه بر موارد فوق طبق ماده (۵۵۰) قانون مدنی مضاربه عقدی است جایز، ماده (۶) قرارداد استاندارد مشارکت مدنی نیز بگونه‌ای نگارش یافته است که مؤید همین معنی است. در این ماده آمده است: «مدت این قرارداد از زمان انعقاد به مدت ... تعیین گردید و شریک ضمن عقد خارج لازم، حق رجوع و فسخ قرارداد را از خود سلب و ساقط نمود». این ماده همتای ماده (۵۵۲) قانون مدنی است که اشعار می‌دارد: «هرگاه در مضاربه برای تجارت مدت معین شده باشد تعیین مدت موجب لزوم عقد نمی‌شود ...». مضافاً که اگر قرارداد مشارکت مدنی مورد استفاده در بانک‌ها، قراردادی لازم باشد، چه نیازی است که شریک ضمن عقد خارج لازم، حق فسخ خود را ساقط نماید؟ پس که برای لزوم اسقاط خیار، نیاز به عقد لازم است حاکی از آن است که این عقد، عقدی است جایز. از دیگر تشابهات قرارداد استاندارد مشارکت مدنی بانک‌ها و مضاربه این است که طبق ماده (۵۵۴) قانون مدنی، «مضارب نمی‌تواند نسبت به سرمایه با دیگری مضاربه کند یا آن را به غیر

واگذار نماید مگر با اجازه مالک». همین مطلب در ماده (۷) قرارداد استاندارد نیز ملاحظه می‌شود. چراکه طبق این ماده، اجرای طرح راساً برعهده شریک قرار دارد. لفظ «راساً» نشانگر آن است که سرمایه‌پذیر، حق انتقال طرح را به غیر ندارد که این مطلب، عبارت اخیری ماده (۵۵۴) قانون مدنی است.

۱-۲-۲- تمایزات

یکی از موضوعات کلیدی در عقد مضاربه این است که مضارب با سرمایه‌ای که از مالک در اختیار می‌گیرد به تجارت بپردازد. آیا مفهوم تجارت می‌تواند دربردارنده مفهوم فعالیت تولیدی، بازرگانی و خدماتی مذکور در ماده (۱۹) آئین‌نامه تسهیلات اعطایی بانک‌ها باشد؟ علی‌الظاهر باتوجه به اینکه در ماده (۵۴۶) قانون مدنی از لفظ تجارت استفاده شده است نمی‌توان گفت که مضاربه دربردارنده قرارداد مشارکت مدنی است. در واقع از ظاهر ماده (۵۴۶) قانون مدنی و ماده (۱۹) آئین‌نامه تسهیلات اعطایی بانک‌ها چنین استنباط می‌شود که مضاربه به لحاظ موضوعی، مضیق‌تر از قرارداد مشارکت مدنی بانک‌هاست. اما در مقابل، گفته شده است که لفظ تجارت در علم حقوق مفهومی وسیع‌تر از همین لفظ در علم اقتصاد دارد. یعنی هم شامل اعمالی می‌شود که از نظر علم اقتصاد جنبه تجارتي دارند مانند خرید و فروش کالای ساخته شده و هم شامل اعمالی است که جنبه تولیدی دارند (صنعت) و هم شامل اعمالی است که خدماتی هستند (اسکینی، ۱۳۸۶: ۴). پس از این حیث می‌توان بین عقد مضاربه و قرارداد استاندارد مشارکت مدنی، تشابه و یکسانی را نتیجه گرفت و در واقع، تمایز مذکور، ظاهری است و نمی‌تواند تفاوت به معنای واقعی باشد. از دیگر نکاتی که در ماده (۵۵۶) و (۵۵۸) قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته است، وضعیت امانی یا ضمانی بودن مضارب نسبت به سرمایه است. برطبق ماده (۵۵۶) قانون مدنی، مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی‌شود مگر در صورت تعدی یا تفریط. همچنین برطبق ماده (۵۵۸) این قانون: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند». پس براساس این مواد، اصل در عقد مضاربه، امانی بودن ید مضارب است. ماده (۵۵۸) این قانون نیز بر ابهام مسئله می‌افزاید. در این ماده آمده است: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند». باتوجه به اینکه در این ماده از بطلان عقد در نتیجه شرط، سخن به میان آمده است، لذا می‌توان این نتیجه را استنباط نمود که موضوع بحث داخل در ماده (۲۳۳) قانون مدنی است. یعنی شرط مذکور در این ماده از جمله شروطی است که مخالف با اقتضای ذات مضاربه می‌باشد. اما این شرط دقیقاً چه مفادی دارد؟ به بیان دیگر، دقیقاً چه شرطی خلاف مقتضای ذات مضاربه است؟

در این ماده از دو نوع شرط بحث شده است. اولی راجع به ضمانت مضارب است که موضوع بحث ماست و دومی راجع به نحوه تقسیم سود و زیان است که در بحث ما داخل نیست. برطبق این ماده، اگر مضارب در برابر سرمایه‌گذار، شرط کند که ضامن سرمایه است، این شرط برخلاف مقتضای ذات مضاربه بوده و در نتیجه باطل و مبطل عقد است. پس بر این اساس، می‌توان گفت در ماده (۵۵۶) قانون مدنی نیز که از امانت مضارب بحث شده است، منظور اقتضای ذات مضاربه است و هر شرطی که خلاف آن باشد، باطل و مبطل عقد است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۹۵). نتیجه‌ای که از مقایسه دو مفهوم ضمانت و التزام به تأدیه حاصل می‌شود این است که ضمانت، حکم وضعی اشتغال ذمه است و قابل تعلیق نیست در حالیکه التزام به تأدیه، حکمی تکلیفی است بی‌آنکه ذمه ملتزم، به تأدیه دین مشغول شده باشد و امکان تعلیق در خصوص آن وجود دارد (مصطفوی و افشارنیا، ۱۳۹۰: ۱۶-۱۷). پس براساس ماده (۵۵۸) قانون مدنی، مضارب می‌تواند خود را ملتزم سازد که در صورت تلف یا نقص سرمایه‌گذار، معادل آن را به وی بازگرداند. دقیقاً همین معنی در ماده (۱۱) قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی دیده می‌شود. در این ماده به هیچ‌وجه از لفظ ضمانت استفاده نشده است. بلکه برطبق این ماده، در صورتی که در پایان دوره مشارکت، طرح اجرایی سرمایه‌پذیر با شکست مواجه شود یعنی این طرح منجر به تلف یا خسارت سرمایه‌گرد، سرمایه‌گذار «ملتزم» و متعهد است که سهم‌الشرکه متعلقه بانک و سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت نماید. بنابراین نه تنها تمایزی میان ماده (۱۱) این قرارداد و مقررات مذکور در مواد (۵۵۶) و (۵۵۸) قانون مدنی در خصوص عدم امکان ضمانت مضارب از سرمایه وجود ندارد بلکه دقیقاً ماده (۱۱) قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی باتوجه به مقررات راجع به التزام مضارب نگاشته شده است (موسویان و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۳۲؛ امام و دیگران، ۱۳۹۳: ۲۲۷).

۲- مبانی فقهی و حقوقی تحصیل مازاد بر سرمایه

برطبق اصل چهارم قانون اساسی، شرع مقدس اسلام تکیه‌گاه قوانینی است که در نظام اسلامی ایران به تصویب می‌رسند. بنابراین وضع یا تفسیر قوانین نباید مغایر با شرع باشد. باتوجه به اینکه کلیه رفتارهای مکلفین را می‌توان برطبق یکی از احکام پنجگانه تکلیفی، تفسیر نمود، اجماً این نتیجه حاصل می‌آید که باید در شرع راجع به تحصیل سود نیز احکامی مقرر شده باشد. این مطلب را در ادامه بررسی می‌کنیم. با این حال، باتوجه به اینکه چهارچوب کار هر حقوقدان -خواه در موضع تئوری و نظریه‌پردازی باشد و خواه در

مقام عمل قرار گیرد- قوانین مصوب و لازم‌الاجراست، لذا در ادامه به بررسی مبانی قانونی تحصیل سود و تعیین چهارچوب‌های آن براساس قانونی می‌پردازیم.

۲-۱- مبانی فقهی

به‌جرات می‌توان گفت بخش قابل توجهی از احکام شرعی راجع به امور مالی افراد است که مسلماً بحث حاضر نیز در این مقوله می‌گنجد (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۹: ۳۱۹). آیات ۲۷۸ و ۲۷۹ سوره بقره می‌فرماید: «ای کسانی که ایمان آورده‌اید تقوا از خدا داشته باشید و اگر مومن واقعی هستید، معاملات ربا و ربوی را رها کنید. اگر این کار را انجام ندهید پس بدانید که اعلام جنگ با خدا و رسول او کرده‌اید. اگر توبه از رباخواری کنید سرمایه شما محترم است و به شما متعلق است ستم نکنید و مورد ستم نیز قرار نگیرید». افزون بر این، روایت‌هایی از پیامبر اکرم و امامان معصوم درباره ربا و ضررهای آن وجود دارد. بطور کلی، بعضی بانک و سود حاصل از سرمایه‌گذاری را مسئله‌ای جدید دانسته که موضوعاً با رباخواری صدر اسلام مغایر است و چون از مسائل مستحدثه است و دلیلی بر حرمت آن اقامه نشده است، پس نمی‌توان مازاد سرمایه‌ای را که از سرمایه‌گذاری در قراردادهای مشارکت نصیب سرمایه‌گذار می‌شود، مشمول ربا دانست (غنی، ۱۴۲۳: ۱۳۷ و محمدی، ۱۳۸۶: ۲۴). در موضوع بحث ما نیز می‌توان از احکام شرعی، معیارهایی را به دست آورد که باعث می‌شوند، سود مشروع از ربا تمیز داده شود.

با این حال، تشخیص مصادیق سود از بهره و در نتیجه تشخیص موارد مشروعیت از نامشروعیت، همواره به سادگی میسر نیست. برای درک این امر به نظر می‌رسد که باید به مبنای حرمت برخی از روش‌های تأمین مالی در شرع اسلام توجه نمود (قلیچ، ۱۳۸۹: ۴۵). انتشار ابزارها و اوراق مالی تحت عناوین مختلف با عایدات تصادفی، نامتقارن و از طریق قرعه بعنوان یکی از اهرم‌های جذب پول و سرمایه در فعالیت‌های اقتصادی، سرمایه‌گذاری و حتی فرهنگی و اجتماعی همواره مورد توجه بوده است. بحث اعطای جایزه، قرعه‌کشی، فروش بلیت‌های بخت‌آزمایی، شرط‌بندی، اوراق قرضه و ... از جمله این موارد است (آئینی، ۱۳۸۷: ۷۷). این روش‌های تأمین مالی که دارای تشابهات و تفاوت‌هایی با اعطای سود در نتیجه قرارداد مشارکت بانک‌ها هستند، غالباً بنابه ربوی بودن یا قماری بودن از سوی فقها مورد انکار قرار گرفته‌اند. باید توجه داشت که این دو مبنا کاملاً متفاوت از یکدیگرند. حرام بودن ربا در قرآن، سنت و آرای فقهای مسلمین ثابت گشته و ربا با تمام مصادیق‌اش اعم از ربای معاملی، ربای قرضی یا معاوضی از گناهان بزرگ محسوب می‌شود (غفوری چرخایی، ۱۳۸۸: ۱۹۶). توضیح آنکه فقها ربا را به دو نوع معاملی و قرضی تقسیم و اینگونه تعریف کرده‌اند که ربای معاملی فروش یکی از دو هم جنس به دیگری همراه با زیاده عینی است مانند فروش یک من گندم به دو من یا فروش یک من گندم به یک من و یک درهم. زیاده در ربای معاملی ممکن است زیاده حکمی باشد مانند

فروش یک من گندم بصورت نقد به یک من گندم به صورت نسیه. اقوی این است که این ربا مختص به بیع نیست بلکه در سایر معاملات مثل صلح و نظیر آن جاری است (موسوی خمینی، ۱۴۰۹: ۵۳۶). اما ربای قرضی آن است که ۱۰ دینار به کسی قرض دهند مشروط بر آنکه به هنگام سررسید ۱۲ دینار بازگرداند یا اینکه ۱۰ دینار برگرداند و یک لباس را برای قرض دهنده بدوزد (موسوی خمینی، ۱۴۰۹: ۶۵۳). با این حال، شواهدی در آیات ربا وجود دارد که همگی دال بر حرمت را به همه انواع آن است و تفاوتی میان ربا در انواع آن نیست. در واقع، یکی از اصول تأمین مالی اسلام، فارغ بودن از ریاست. این اصل را می‌توان از آیه ۳۹ سوره روم، آیه ۱۶۰ و ۱۶۱ سوره نسا، آیه ۱۳۰ سوره آل عمران و آیات ۲۷۵، ۲۷۶، ۲۷۸ و ۲۷۹ سوره بقره دریافت. در مقابل اگر مبنای حرمت کسب سود از طرق برشمرده شده را قماری بودن این روش‌ها بدانیم، این حرمت بنا به قاعده محترم شمردن عمل انسان‌هاست (حسینی شیرازی، ۱۳۹۵: ۶۰۰؛ مطهری، ۱۳۷۱: ۱۷۲).

ملاحظه شد که در قراردادهای مشارکت مدنی که بانک‌ها با اشخاص منعقد می‌کنند، مبنای اصلی توافق طرفین، بیش از هر چیز با مقررات عقد مضاربه تجانس و همخوانی دارد. پس در ظاهر این چهارچوب شرعی مراعات شده است. چراکه عقد مضاربه از جمله عقود معین است که از سوی شارع امضا شده است. اما آنچه که در این قراردادها جالب توجه ماست، شرط تضمین سود است. سوالی که در اینجا مطرح است این است که آیا شرط تضمین سود، باعث نمی‌شود که قرارداد مشارکت به لحاظ محتوایی، عقد قرض تلقی شده و در نتیجه سود حاصله نیز مشمول عنوان ربا قرار گیرد؟ آیا در موارد این چنینی، می‌توان از صورت ظاهری عقد دفاع کرد؟ فقها در پاسخ به این سوال با استناد به روایتی از امام رضا (ع) بگونه‌های متفاوت اظهار نظر نموده‌اند. از حضرت رضا (ع) نقل است که فرمودند: سود بین مالک و عامل مضاربه توزیع می‌شود و زیان به سرمایه وارد می‌شود (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹). بر این اساس، بین فقها در خصوص امکان یا عدم امکان شرط ضمان بر عامل مضاربه اختلاف نظر هست. نظرات فقها را می‌توان در چهار دسته تقسیم کرد (علوی رضوی، ۱۳۸۸: ۱۶۴): برخی عامل را امین می‌دانند و شرط ضمان را از این جهت مخالف مقتضای عقد برمی‌شمارند (حر عاملی، ۱۴۰۹: ۱۹). گروه دوم از فقها، مقتضای ملکیت را تحمل سود و زیان می‌دانند و شرط ضمان عامل را مخالف مقتضای ملکیت مالک می‌دانند. بر این اساس، ملکیت مال باعث می‌شود تا زیان و خسارت برعهده مالک باشد و نمی‌توان این معنا را برای غیرمالک قرار داد. برخی دیگر نه تنها شرط ضمان را مخالف مقتضای ملکیت مالک می‌دانند بلکه آن را باعث تبدیل قرارداد مضاربه به قرض می‌شمارند. در نتیجه شراکت مالک در سود نیز موجب ربوی شدن عقد و باطل بودن آن می‌شود (صدر، ۱۴۰۳: ۲۰۲). گروهی نیز شرط ضمان را نه مخالف مقتضای ملکیت و نه آن را علت تبدیل به قرض می‌دانند بلکه شرط ضمان در مضاربه را خلاف روح عدالت حاکم بر قراردادهای شرعی بر می‌شمارند. بدین ترتیب، شرط ضمان عامل، نوعی درآمد بی‌مخاطره برای صاحب سرمایه پدید می‌آورد. این در حالی است که سرمایه در اختیار فرد عامل است و وی مانند ربا

گیرنده به تنهایی ریسک سرمایه را بر دوش می‌کشد و افزون بر آن باید سهم سود مالک را از دسترنج خود بدهد. در میان نظرات فوق، به نظر می‌رسد که موضع قانون مدنی موافق با نظر اول است. چه اینکه قانونگذار در برخی از مواد قانون مدنی مانند ماده (۶۴۲) شرط ضمان امین را پذیرفته است لذا با فرض امین بودن عامل در قرارداد مشارکت مدنی بانکها با اشخاص نمی‌توان این شرط را از این حیث خلاف مقتضای ذات عقد پنداشت مگر اینکه در خود قانون تصریح شده باشد که اتفاقاً از نظر ما این تصریح وجود دارد و در ادامه مقاله مفصلاً بدان خواهیم پرداخت. پذیرش قراردادهایی مانند بیمه و ضمانت نیز با اساس نظر دوم مغایرت دارد. در واقع، پذیرش نظر دوم باعث می‌شود که هر نوع تضمین سرمایه ممنوع باشد چراکه مالک باید همواره ریسک مال خود را برعهده بگیرد و حق انتقال آن به غیر را از راه ضمانت نداشته باشد (علوی رضوی، ۱۳۸۸: ۱۶۸). نظر گروه سوم نیز به دلیل عدم تطابق قصد با واقع، مردود است یعنی ممکن است شرط ضمان باعث بطلان مضاربه باشد اما نمی‌تواند آن را تبدیل به عقد قرض کند؛ چراکه طرفین، اراده‌ای مبنی بر انشای قرض نداشته‌اند و قرض ماهیتی اعتباری است که جزء با اراده طرفین نمی‌توان تحقق آن را تصور نمود. همچنین از دیگر تفاوت‌های اصلی قرض و مضاربه این است که قرض، عقدی تملیکی است درحالیکه در مضاربه تملیک مال صورت نمی‌گیرد. پس نمی‌توان نظر گروه سوم را مورد تأیید قرار داد و از روایت مزبور چنین استدلالی ناشی نمی‌شود. نظر آخر نیز بنا به قیاس حکم ربای قرضی به ضمان عامل مردود است. یعنی ظالمانه بودن ۱۰۱ ربا نمی‌تواند علت ظالمانه بودن شرط ضمان عامل نیز باشد اما ممکن است این شرط بنابه دیگر دلایل ناعادلانه تلقی شود که این امر می‌تواند برمبنای شرایط موجود و براساس تبیین اوضاع و احوال هر قضیه استنتاج شود.

۲-۲- مبانی قانونی

از سال ۱۹۷۸ که اولین بانک اسلامی در اردن و پس از آن در پاکستان و ایران به وجود آمد شاید کمتر کسی تصور می‌نمود که کثرت متقاضیان عملیات بانکداری اسلامی به اندازه‌ای برسد که حتی در کانادا و امریکا و اروپا نیز بسیاری از بانکها باجه‌هایی را برای این دسته از عملیات در نظر بگیرند. پس از بحران بین‌المللی مالی کشورهای جنوب شرقی آسیا، نتیجه مطالعات بسیاری از صاحب‌نظران اقتصادی و بانکی حاکی از آن است که تنها بانکهای اسلامی توانستند از ثبات خوبی برخوردار باشند و دچار ورشکستگی نشوند (قلیچ، ۱۳۸۹: ۴۳). در بانکداری اسلامی بر روابط حقوقی حاکم بر عملیات بانکی براساس موازین اسلامی نظارت می‌شود. از این منظر باید بررسی شود که در تجهیز منابع، بانک باید با سرمایه‌گذاران چگونه برخورد کند و در تخصیص منابع بین کارآفرینان چه نوع مقررات و مناسبات تجاری و اقتصادی را فراهم سازد. بنابراین می‌توان گفت بانک اسلامی می‌کوشد جنبه‌هایی مانند عدالت و اخلاق اسلامی را مورد توجه قرار دهد. یکی از

مهمترین راهکارهای اجرایی بانکداری اسلامی، نظارت بر عقودی است که در بانکها منعقد می‌گردد که مشارکت مدنی نیز یکی از این عقود است. در این معنی، در قبول سپرده‌ها و یا اعطای تسهیلات بانکی به جزء کارمزد واقعی، بانکها نباید وجه اضافی دریافت دارند. الزام بر حذف ربا از تمام امور و شئون اقتصادی بصورت مسئله الزام‌آور در رئوس موارد اصلاحی نظام اقتصادی کشور قرار گرفت و در ادامه، سبب تبیین و تصویب قانون بانکداری بدون ربا در شهریور ماه سال ۱۳۶۲ شد (قلیچ، ۱۳۹۰: ۸۱). قانون عملیات بانکداری بدون ربا در سال ۱۳۶۲ بصورت آزمایشی و برای مدت پنج سال به تصویب رسید. با تصویب این قانون و برچیده شدن ربا از عملیات بانکی، زمینه مشارکت صحیح و شرعی آحاد افراد جامعه بویژه اقشار مستضعف فراهم آمد. به این ترتیب، نظام بانکی کشور با یاری جستن از این قانون به مدیریت بهتر جریان جذب، توزیع و تخصیص سرمایه‌ها در راستای گسترش عدالت اجتماعی پرداخته است. برطبق تبصره بند (ب) ماده (۳) این قانون، بانکها می‌توانند به وکالت از سپرده‌گذاران، سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار را در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تملیک، معاملات اقساطی، مزارعه، مساقات، سرمایه‌گذاری مستقیم، معاملات سلف و جعاله مورد استفاده قرار دهند. با این حال، علیرغم نقاط قوتی که در این قانون وجود داشته و اساساً و در پی اصلاح نظام بانکی موجود ایجاد شده بود، نقاط ضعف غیرقابل جبرانی نیز در این قانون وجود دارد. از جمله اینکه در این قانون، ابزارهای پولی و مالی جدید که در سطح دنیا مطرح بوده، مورد توجه قرار نگرفته است. از دیگر نکات مبهم این قانون، پرداخت سود علی‌الحساب است که اگرچه در این قانون مورد منع واقع نشده اما برخی معتقدند که موجب شبه ربوی شدن عقود بانکی می‌گردد (قلیچ، ۱۳۹۰: ۸۱). بنابراین نه تنها این قانون نتوانست بانکداری اسلامی را محقق سازد، موجب شد که بانکها در انعقاد قراردادهایی که برای استفاده از سپرده‌های اشخاص منعقد می‌نمودند، دچار سردرگمی شوند. تا اینکه با تصویب قانون برنامه پنجم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران تغییر و تحول در این زمینه به وقوع پیوست و بسیاری از خلأها مانند تعیین نرخ سود سپرده‌های بانکی، نظارت بانک مرکزی، ارائه گزارشها، سامان‌دهی بازار غیرمتشکل پولی و تشکیل صندوق تضمین سپرده‌ها مورد توجه قرار گرفت. با این حال، از آنجا که این قانون نیز بعنوان یک برنامه راهبردی پنج ساله تدوین یافته است، وضع قواعد کلی و جامع در این زمینه هنوز احساس می‌شود. بطور کلی، بررسی تجربه بانکداری اسلامی در کشور، حاکی از این است که همچنان چالش بزرگ نظام بانکی کشور، ابتدای آن بر بانکداری ربوی است (مصباحی مقدم، ۱۳۸۹: ۲۸). بعبارت دیگر، نظام بانکداری اسلامی در کشور در مواردی عملکردی شبه ربوی داشته است. از این رو به جرأت می‌توان گفت که وضع موجود بانکداری اسلامی در کشور با وضع ایده‌آل بانکداری اسلامی که در سطح گسترده ادبیات نظری اقتصاد و مالیه اسلامی مورد توجه قرار گرفته است، فاصله زیادی دارد (میسمی و قلیچ، ۱۳۹۰: ۹۲). تصویب قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش

منابع مالی و کارآیی بانک‌ها مصوب ۱۳۸۶/۰۴/۰۵ نیز نتوانسته در حل این مشکلات چندان کارآمد باشد و می‌توان گفت صرفاً بصورت مقطعی در کاهش هزینه‌های بانکی موثر بوده است.

در واقع، در پی ضعف و نارسایی‌های قانون بانکداری بدون ربا، طرح تحول نظام بانکی از جمله محورهای هفتگانه طرح تحول اقتصادی بوده که در چهارمین سال فعالیت دولت نهم مطرح گردید. در این طرح، عدم اجرای موثر عقود موردنظر در قانون بانکداری بدون ربا و عدم توسعه سایر بازارها و ابزارهای مالی و ساختار نامناسب دارایی و بدهی‌ها بعنوان مشکلات مهم نظام بانکداری مورد توجه قرار گرفته‌اند. در این طرح، تاکید بر این است که بانک‌های تجاری با عقود با بازدهی ثابت و بانک‌های تخصصی با عقود مشارکتی عمل نمایند. یعنی بانک‌های تجاری بصورت قرض‌الحسنه و بانک‌های تخصصی بصورت شرکت‌های تأمین سرمایه تبدیل شوند (عیوضلو، ۱۳۸۹: ۱۴). براساس این طرح، بانک‌های تجاری در قالب قرض‌الحسنه می‌توانند نرخ سود سپرده‌های بانکی را از ابتدا اعلام کنند و حتی بصورت ماهیانه آن را بپردازند. این نوع سپرده‌ها مخصوص افراد ریسک‌گریز است. اما در نوع دوم از سپرده‌ها که مخصوص عقود مشارکتی است و فقط توسط بانک‌های تخصصی در قالب شرکت‌های تأمین سرمایه امکانپذیر است، میزان سود در پایان سال محاسبه می‌شود و حتی بانک می‌تواند هیچ تعهدی به تضمین سود نداشته باشد و تنها اصل سپرده‌ها را تضمین نماید. این نوع سپرده‌ها را می‌توان مخصوص افراد ریسک‌پذیر دانست (میسسی و قلیچ، ۱۳۹۰: ۹۷). در ضمن این مباحث ۱۰۳ می‌کوشیم تحلیل نمائیم که کدام‌یک از تضمینات براساس قوانین موضوعه، صحیح و کدام یک باطل‌اند.

۳- اشکال مختلف تضمین سود

در مواد (۲۳۲) و (۲۳۳) قانون مدنی، از شروط باطل سخن به میان آمده است. بر این اساس، طبق ماده (۲۳۲) قانون مدنی: «شروط مفصله ذیل باطل است ولی مفسد عقد نیست: ۱- شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد؛ ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد؛ ۳- شرطی که نامشروع باشد». همچنین براساس ماده (۲۳۳) این قانون: «شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: ۱- شرط خلاف مقتضای عقد؛ ۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود». در غیر موارد فوق، درج هرگونه شرط در ضمن عقد صحیح تلقی می‌گردد. باتوجه به اینکه شرط تضمین سود در این قراردادها به‌صورت مختلف درج می‌شود، می‌توان شقوق مختلفی را در این تحلیل گنجانند. برای درک بهتر مطلب، این تضمینات را که به‌صورت شرط در ضمن قرارداد مشارکت مدنی بانک‌ها قرار داده می‌شوند، به دو دسته کلی شامل تضمین شخصی و تضمین عینی طبقه‌بندی کرده‌ایم که در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۳-۱- تضمین شخصی

منظور ما از تضمین شخصی، تضمیناتی است که اشخاص بر ذمه می‌گیرند؛ اعم از آنکه ایفای آن‌ها قائم به شخص باشد یا نه. این معنی را در برابر تضمین عینی قرار داده‌ایم که منظور از آن، مالی است که بعنوان تضمین، پشتوانه پرداخت سود در نظر گرفته می‌شود. تضمین شخصی ممکن است از سوی سرمایه‌پذیر صورت گیرد و ممکن است از سوی اشخاص ثالث در قرارداد مشارکت مدنی بانک‌ها قرار داده شود. به بیان دیگر، گاه سرمایه‌پذیر که طبق ماده (۱۱) قرارداد استاندارد مشارکت مدنی بانک‌ها، بابت بازپرداخت اصل سرمایه‌اعطایی از سوی بانک و نیز سود ابرازی موضوع مشارکت و عنداللزوم، ضرر و زیان وارده به بانک مدیون تلقی می‌گردد، ذمه خود را بعنوان تضمین مبالغ مذکور مشغول می‌دارد و گاه دیگر، شخصی ثالثی که در سود و زیان قرارداد مشارکت مدنی دخیل نیست، ضمانت از دین سرمایه‌پذیر را عهده‌دار می‌شود. هریک از این دو شق را به‌صورت مجزا بررسی می‌نمائیم.

۳-۱-۱- از سوی سرمایه‌پذیر

برطبق ماده (۱۱) قرارداد استاندارد مشارکت مدنی بانک‌ها، سرمایه‌پذیر که در این قراردادها شریک خوانده شده است، مکلف است با مال مشاعی حاصله از شراکت با بانک یعنی با اختلاط سهم‌الشرکه خود و سرمایه‌اعطایی از سوی بانک، به اجرای طرح تولیدی، بازرگانی یا خدماتی بپردازد که البته این طرح بطور دقیق در ماده (۳) قرارداد مشارکت مدنی معلوم و معین شده است. با این حال هیچ‌گاه نمی‌توان در حوزه اقتصاد، با قطع و یقین از فرآیندی که در آینده قرار است صورت پذیرد سخن به میان آورد. چه اینکه فرآیندهای اقتصادی همواره در معرض تغییر و تحولات سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و ... می‌باشند. بعبارت دیگر، در برداشتن مخاطره و احتمال حصول زیان یا سود کمتر از انتظار، جزء جدانشدنی سرمایه‌گذاری است (حسین-زاده بحرینی، ۱۳۷۶: ۱۵۹). بنابراین ممکن است در خلال یا در انتهای اجرای طرح، مشخص شود که طرح مزبور سودآور یا زیانده بوده است. براین اساس، می‌توان در دو حالتی که طرح با سوددهی بیش از سود مورد انتظار مواجه شده است یا اینکه سود حاصله کمتر از سود مورد انتظار بوده - اعم از اینکه سود کمتری به دست آمده باشد و یا اساساً طرح با زیان مواجه شده باشد- دایره تکلیف سرمایه‌پذیر را مشخص نمود. به بیان دیگر، طی مباحث قبل محرز گردید که مبنای شرط تکلیفی مندرج در ماده (۱۱) قرارداد مشارکت مدنی براساس مواد مربوط به عقد مضاربه التزام به تأدیه است. حال می‌خواهیم بدانیم موضوع این التزام در هریک از حالاتی که طرح سودده بوده است یا زیانده، چیست و این التزام تا کجا می‌تواند صحیح تلقی گردد.

۳-۱-۱-۱- ارزیابی مثبت طرح

براساس ماده (۱۱) قرارداد مشارکت مدنی، سرمایه‌پذیر قبل از اجرای طرح و زمانی که برای درخواست تسهیلات بانکی به بانک مراجعه می‌نماید، چشم‌اندازی را از اجرای طرح تولیدی، بازرگانی یا خدماتی در نظر گرفته است و براساس این چشم‌انداز، پیش‌بینی می‌کند که اجرای طرح می‌تواند سود معینی را حاصل گرداند. این سود که در قرارداد مشارکت مدنی سود ابرازی خوانده می‌شود، یکی از مواردی است که پرداخت آن برعهده سرمایه‌پذیر قرار می‌گیرد. اما همواره نمی‌توان از تحصیل سود ابرازی مطمئن بود یعنی گاه سودی که در نتیجه اجرای طرح بصورت قطعی حاصل می‌شود، بیش از سود مورد انتظار است. در این حالت پرداخت اصل سرمایه‌ای که بانک بعنوان سهم‌الشرکه به سرمایه‌پذیر اعطاء نموده بود بعلاوه سود قطعی - در صورتی که بیش از سود ابرازی و مورد انتظار باشد- از سوی سرمایه‌پذیر به بانک بازگشت داده می‌شود. یعنی موضوع التزام به تأدیه که بعنوان شرط تضمین سود در این مقاله مطرح است عبارت است از:

- میزان سهم‌الشرکه بانک که ذیل ماده (۳) قرارداد مشخص شده است؛

- سود ابرازی به نسبت میزان سهم‌الشرکه بانک؛

- ما به التفاوت سود ابرازی و سود قطعی به نسبت میزان سهم‌الشرکه بانک؛

- خسارت تاخیر تأدیه هریک از مبالغ فوق در صورت تاخیر در پرداخت؛

۱۰۵

مورد اول، همانگونه که در ابتدای مقاله به تفصیل مطرح شد، التزام سرمایه‌پذیر به بازگشت سرمایه است که با ماده (۵۵۸) قانون مدنی نیز تطابق دارد. براساس این ماده، این امکان وجود دارد که مضارب، خود را ملتزم نماید که از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند. لفظ تبرع در ماده (۱۱) قرارداد مشارکت مدنی نیز دقیقاً در همین راستا بکار رفته است. بنابراین التزام به بازپرداخت سهم‌الشرکه بانک، چه در قالب شرط فعل باشد و چه در قالب شرط نتیجه، بر مبنای حاکمیت اراده طرفین، کاملاً شرعی، قانونی، عقلایی و باتوجه به سوددهی طرح، مقدور است. همچنین باتوجه به معلوم و معین بودن این مقدار ضمن ماده (۳) قرارداد و عدم مخالفت آن با اقتضای ذات قرارداد - به شرحی که در فصل دوم در خصوص التزام به تأدیه گذشت - هیچ دلیلی بر بطلان چنین شرطی در این حالت، متصور نیست.

مورد دوم یعنی پرداخت سود ابرازی به نسبت سهم‌الشرکه بانک در ماده (۱۱) قرارداد مشارکت مدنی و نیز در ماده (۵۴۶) قانون مدنی پیش‌بینی شده و کاملاً منطقی است. در واقع، هدف طرفین از انعقاد قرارداد مشارکت مدنی، کسب سود است و براساس ماده (۵۴۶) و (۵۴۸) قانون مدنی و نیز ماده (۱۱) قرارداد مشارکت مدنی، مبنای محاسبه آن، میزان سهم‌الشرکه هریک از طرفین می‌باشد. بنابراین این شرط نیز همانند شرط بازپرداخت اصل سهم‌الشرکه بانک، شرعی، قانونی، عقلایی، مقدور، معلوم و معین و منطبق با اقتضای ذات

قرارداد بوده و هیچ دلیلی بر بطلان چنین شرطی در این حالت، متصور نیست. اما ممکن است مورد سوم یعنی مابه‌التفاوت سود ابرازی و سود قطعی نادرست به نظر برسد. چه اینکه این مطلب در هیچ‌یک از مواد قرارداد مشارکت مدنی بانک‌ها به صراحت درج نشده است. اما باید در نظر داشت که طرفین یک قرارداد برطبق ماده (۲۲۰) قانون مدنی، هم باید به شروط صریح قرارداد پایبند باشند و هم به شروط ضمنی آن (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۰۰) و بازپرداخت مابه‌التفاوت سود ابرازی و سود قطعی، بصورت ضمنی قابل درک است. توضیح آنکه این رقم از کنار هم قرار دادن مواد (۱۱) و (۱۲) قرارداد حاصل می‌آید. به بیان دیگر، باتوجه به ماده (۱۲) این قرارداد باید دو حالت را از یکدیگر تفکیک نمود. گاه در پایان مدت اجرای طرح، سود قطعی که به دست می‌آید بیش از سودی است که در ابتدای اجرای طرح توسط سرمایه‌پذیر ابراز شده است و گاه دیگر، سود حاصله کمتر از سودی است که مورد انتظار بوده است یعنی سود قطعی کمتر از سود ابرازی است اعم از اینکه سود به دست آمده باشد یا اساساً طرح با زیان مواجه شده باشد. وضعیت اول فعلاً موردنظر ماست و وضعیت دوم را در ادامه بررسی خواهیم کرد.

در این حالت، سرمایه‌پذیر طبق ماده (۱۱) قرارداد مشارکت مدنی مکلف به پرداخت سود ابرازی و طبق ماده (۱۲) این قرارداد مکلف به پرداخت مابه‌التفاوت سود ابرازی و سود قطعی است. بر این اساس، ماده (۱۲) قرارداد مشارکت مدنی اشعار می‌دارد: «در پایان قرارداد پس از وضع تمامی هزینه‌های مشارکت، مانده حساب مشترک مشارکت مدنی پس از برداشت سرمایه هر یک از شرکا نشان دهنده سود مشارکت می‌باشد و سود مذکور به نسبت ... درصد سهم بانک و ... درصد سهم شریک بین بانک و شریک تقسیم خواهد شد ...». بنابراین اگر سود قطعی بیشتر از سود ابرازی باشد، سرمایه‌پذیر مکلف است به نسبت سهم‌الشرکه بانک، سود قطعی را به بانک پرداخت نماید. التزام به پرداخت این سود نیز باتوجه به تحصیل آن در حالت سودآوری طرح، مواجه به هیچ اشکالی نبوده و همانند سود ابرازی، شرعی، قانونی، عقلایی، مقدور، معلوم و معین و منطبق با اقتضای ذات قرارداد بوده و هیچ دلیلی بر بطلان چنین شرطی در این حالت، متصور نیست. بالاخره مورد چهارم، ناظر بر خسارت تاخیر تأدیه است که در بند ۴ از ماده (۱۳) قرارداد پیش‌بینی شده است براساس این بند: «در صورت عدم پرداخت وجوه در سررسید مقرر، از تاریخ سررسید تا تاریخ تسویه کامل با بانک و هم‌چنین در مواردی که شریک در اثنای مدت این قرارداد به تشخیص بانک از مفاد این قرارداد تخلف نماید، علاوه بر وجوه تأدیه نشده خود، مبلغی بعنوان وجه التزام تاخیر تأدیه دین که طبق دستورالعمل محاسباتی:

تعداد روز × نرخ وجه التزام تاخیر تأدیه دین × مانده مطالبات

تعداد روزهای واقعی سال × ۱۰۰

محاسبه می‌گردد، به بانک پرداخت نماید. نرخ وجه التزام تاخیر تأدیه دین، معادل ۶ درصد بعلاوه نرخ سود مورد انتظار مجموعاً معادل ... درصد می‌باشد».

مطالبه این رقم نیز باتوجه به مواد (۲۲۱)، (۲۲۶)، (۲۲۸) و (۲۳۰) قانون مدنی و نیز ماده (۵۲۲) قانون آئین دادرسی مدنی در قالب شرط بنحو شرعی، قانونی، عقلایی، مقدور و معلوم و معین ارزیابی می‌شود و مخالفتی نیز با اقتضای ذات قرارداد مشارکت مدنی ندارد.

۳-۱-۱-۲- ارزیابی منفی طرح

منظور ما از ارزیابی منفی طرح این است که به هر دلیلی، طرح تولیدی، بازرگانی یا خدماتی که به منظور انجام آن قرارداد مشارکت مدنی منعقد شده است، به پایان نرسد یا در انتهای طرح مشخص شود که سود مورد انتظار تحصیل نشده است؛ اعم از اینکه سود حاصله کمتر از سود مورد انتظار باشد یا اساساً طرح با زیان مواجه شده باشد. وجه مشترک این موارد این است که پیش‌بینی سرمایه‌گذار درخصوص بازدهی طرح نادرست بوده است. بدون تردید، در این وضعیت، اهمیت وضعیت تعهدات سرمایه‌پذیر بیش از وضعیتی است که طرح با بازدهی مثبت ارزیابی می‌شود. برطبق قرارداد استاندارد مشارکت مدنی بانک‌ها در چنین وضعیتی، پرداخت موارد ذیل برعهده سرمایه‌پذیر قرار دارد:

۱۰۷

- میزان سهم‌الشرکه بانک که ذیل ماده (۳) قرارداد مشخص شده است؛ - سود ابرازی به نسبت میزان سهم‌الشرکه بانک؛ - ضرر و زیان احتمالی؛ - هزینه‌های اضافی احتمالی؛ - خسارت تاخیر تأدیه هریک از مبالغ فوق در صورت تاخیر در پرداخت؛

مورد اول چنانکه پیشتر نیز اشاره شد مطابق با ماده (۳) قرارداد مشارکت مدنی و ماده (۵۵۸) قانون مدنی است و اساساً بحث از التزام به تأدیه اصل سرمایه در قرارداد مشارکت مدنی در همین جاست. چه اینکه در ماده (۵۵۸) قانون مدنی نیز بحث از التزام به تأدیه درخصوص حالتی است که اصل سرمایه با خسارت مواجه شده یا تلف شده است. این دو حالت، عبارت آخری همان ارزیابی منفی طرح است. بنابراین شرط مندرج در ماده (۱۱) قرارداد مشارکت مدنی راجع به بازپرداخت اصل سرمایه بانک که سهم‌الشرکه بانک محسوب می‌شده است، شرعی، قانونی، عقلایی، معلوم و معین است. مورد دوم یعنی التزام سرمایه‌پذیر به پرداخت سود ابرازی از ماده (۱۱) قرارداد مشارکت استنباط می‌شود. برطبق ماده (۱۱) قرارداد مشارکت مدنی، سرمایه‌پذیر مکلف است که سود ابرازی را به بانک پرداخت نماید. بر این اساس، شرط تضمین سود در جائیکه متضمن التزام سرمایه‌پذیر به پرداخت سود ابرازی در حالتی است که سود واقعی به دست نیامده است یا سود کمتری نسبت به سود ابرازی حاصل شده است، بنابه داخل بودن در عنوان ربا (موسویان، ۱۳۸۰: ۳۱۰)، نامشروع بوده و مطابق با بند ۳ ماده (۲۳۲) قانون مدنی، باطل می‌باشد. در جهت زدودن این مانع در انتهای ماده

(۱۱) قرارداد از عنوان صلح و پرداخت به تبرع استفاده شده است (باریکلو، ۱۳۸۹: ۱۸؛ ایزدی‌فرد، ۱۳۷۹: ۱۰۴). گو اینکه سرمایه‌پذیر این پرداخت را تبرعاً به بانک صلح می‌نماید و پیشاپیش خود را ملتزم به چنین صلحی کرده است. اما باید توجه داشت که تقریباً می‌توان گفت بدیهی است که چنین شرطی، واقعی نیست بلکه سرپوشی است برای از میان برداشتن ربا (امامی، ۱۳۸۰: ۱۷۸) و توجیهی است برای بانک‌ها تا بتوانند سود ابرازی را که واقعاً حاصل نشده است، از سرمایه‌پذیر دریافت کنند. مضافاً اینکه طبق ماده (۷۵۴) قانون مدنی: «هر صلح نافذ است جزء صلح بر امری که غیرمشروع باشد» و نامشروعیت ربا - چنانکه در ابتدای مقاله گفتیم هویدا است. این مبلغ تحت عنوان خسارت نیز قرار نمی‌گیرد. چراکه اولاً در ماده (۱۱) قرارداد عبارت ضرر و زیان، در کنار سود ابرازی عنوان شده است و این امر حاکی از آن است که سود ابرازی نمی‌تواند در قالب ضرر و زیان قابل جبران باشد. یعنی منطقی دو عنوان متفاوتند که در کنار یکدیگر قرار گرفته‌اند و گرنه هیچ دلیل به تکرار آن تحت عنوان سود ابرازی وجود نداشت. ثانیاً، این مبلغ واقعاً عدم‌النفع است، چراکه پیش‌بینی می‌شده است که تحصیل شود اما به دست نیامده است. بنابراین چیزی از دارایی بانک از بابت این مبلغ کاسته نشده است (سلامی، ۱۳۷۰: ۱۵).

۳-۱-۲- از سوی اشخاص ثالث

علاوه بر تعهداتی که بر ذمه سرمایه‌پذیر در قرارداد مشارکت مدنی قرار گرفته است، سایر اشخاص ثالث نیز ممکن است بنابه صلاحدید بانک طبق بند ج ماده (۱) قرارداد مشارکت مدنی در این قرارداد دخالت داده شوند. ورود این افراد به قرارداد مشارکت مدنی، بر مبنای عقد ضمان استوار است. بر طبق ماده (۶۹۸) قانون مدنی، علی‌الاصول عقد ضمان در حقوق ما مفید نقل دین از ذمه مضمون عنه به ذمه ضامن است اما چنانکه گفته‌اند این ماده بیانگر اثر اطلاق ضمان است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۵۰) و بر طبق ماده (۴۰۳) قانون تجارت، شرط تضامن میان ضامنین متعدد یا میان مضمون عنه و ضامن واحد یا ضامنین متعدد به موجب قرارداد جایز است. در قرارداد مشارکت مدنی بانک نیز این نوع ضمانت مقرر گردیده است. چه اینکه در مواد (۱۴)، (۱۵) و (۲۲) این قرارداد مراجعه به ضامن و مدیون پیش‌بینی شده است. در حالیکه اگر ضمان از نوع تضامنی نبود، مراجعه به سرمایه‌پذیر بنابه نقل دین از ذمه او به ذمه ضامن منتفی می‌بود. ضمان تضامنی را به دو شکل طولی و عرضی می‌توان تصور نمود؛ در حالت طولی مضمون له مکلف است ابتدا به یکی و سپس به دیگری مراجعه کند اما در حالت عرضی، هیچ ترتیبی از حیث تقدم و تاخر برقرار نیست و مضمون له در آن واحد می‌تواند به هر دو مراجعه نماید. ماده (۱۵) قرارداد مشارکت مدنی، بیان می‌دارد که ضمانت در این قرارداد از نوع تضامنی است. در این ماده مقرر شده است: «ضامن/ضامنین با علم و اطلاع و وقوف کامل راجع به مندرجات این قرارداد و کمیت و کیفیت تعهدات شریک، مشترکاً و متضامناً انجام کلیه تعهدات و پرداخت

بدهی‌هایی که در ارتباط با موضوع این قرارداد بعهده این شریک است را تعهد نمودند و بانک به استناد این قرارداد حق دارد علاوه بر مراجعه به شریک به هریک از ضامنین منفرداً و یا مشترکاً مراجعه و ایفای تعهدات قرارداد را مطالبه و وجوه متعلقه را وصول نماید».

در هر حال، مطابق با ماده (۶۹۱) قانون مدنی: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است». اینکه سبب چیست، در هر مورد متفاوت است. اما در موضوع مورد بحث ما دیدیم که سبب دین در بهره، صرف اعطای سرمایه است در حالیکه سبب دین در سود، علاوه بر اعطای سرمایه به گردش درآمدن آن است حال اگر در نتیجه این گردش سرمایه، سود واقعی حاصل شود خود دین بصورت بالفعل پدید آمده است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۲۷۹). در قراردادهای مبتنی بر بهره، صرف اعطای سرمایه کافی برای تملک بهره است یعنی به صرف اعطای سرمایه، سبب دین سرمایه‌پذیر پدید می‌آید و می‌توان از آن ضمانت کرد اما در قراردادهای مبتنی بر سود، نمی‌توان صرف اعطای سرمایه را سبب پیدایش سود و در نتیجه، سبب مدیونیت سرمایه‌پذیر دانست بلکه برای پیدایش وجود بالقوه این دین، علاوه بر اعطای سرمایه، گردش سرمایه نیز ضروری است (ابن‌قدمه، ۱۴۰۹: ۱۴۷). پس اگر قراردادهای مشارکت مدنی مبتنی بر سود باشند نه ربا (بهره)، می‌بایست ضمانت ضامنین در مرحله‌ای صورت گیرد که سرمایه به سرمایه‌پذیر اعطا شده و به گردش نیز درآمده است. اما در هیچ‌یک از مواد قرارداد مشارکت مدنی، قرینه‌ای وجود ندارد تا بتوان به استناد آن قائل

۱۰۹

به این مطلب بود که سرمایه‌اعطایی از سوی بانک به گردش درآمده است. البته گفته شده است که «این وضعیت تا حدود زیادی در شرایط امروز تجارت، منطقی است. چراکه امروزه در نتیجه ورود اشخاص حقوقی در بازار سرمایه، ضمانت اجرای سرمایه‌گذاری گذشته امتیاز خود را از دست داده و بلکه کاملاً منتفی به انتغای موضوع شده است چون در گذشته، اشخاص حقیقی سرمایه‌پذیر از وجاهت و اعتبار اخلاقی و حیثیتی بالایی برخوردار بودند. سرمایه‌گذاران به اعتماد این اعتبار و حیثیت، سرمایه خود را به آنان واگذار و سود حاصله نیز بر مبنای اعتماد مالک به عامل به کسر مشاع تعیین می‌شد ولی امروزه با آمدن اشخاص حقوقی به بازار سرمایه وجهی برای اعتماد بر اخلاق و حیثیت آنان وجود ندارد تمام اعتبار و حیثیت یک شرکت مبتنی بر انجام تعهدات مالی و اقتصادی در سررسید آن می‌باشد. از طرف دیگر، موسسان این اشخاص حقوقی نیز بر سرمایه‌گذار مجهول می‌باشند و نمی‌توان بر آنان اعتماد نمود. علاوه بر این، زندگی شهرنشینی و عدم شناخت اشخاص از یکدیگر موضوع ضمانت اجرای سابق را در مورد اشخاص حقیقی نیز منتفی کرده است زیرا در بسیاری از موارد، وجاهت و اعتبار حیثیتی شخص حقیقی سرمایه‌پذیر برای سرمایه‌گذار معلوم و مشخص نیست یا در صورت احراز آن، سرمایه‌گذار بر آن اعتماد نمی‌کند، بلکه امروزه در بازار سرمایه اعتبار سرمایه‌پذیر مبتنی بر تعهد و تضمینی است که درباره برگشت اصل سرمایه و سود حاصله به آن متلزم می‌شود

به همین جهت در بیشتر تبلیغات جذب سرمایه اعلام می‌شود که بازگشت اصل سرمایه و سود آن توسط سرمایه‌پذیر و یا ثالث تضمین می‌شود» (باریکلو، ۱۳۸۷: ۹۷-۹۸). با این حال، به نظر می‌رسد که مبنای اخذ ضمان بابت سود ابرازی که هنوز سبب آن نیز پدیدار نشده است بیش از آنکه منطقی یا متناسب با دنیای تجاری امروز باشد، نشأت گرفته از زیاده‌خواهی بانک‌ها در کسب ثروت است. تا آنجا که حتی برخی معتقد بوده‌اند که بهره، دلایل و ریشه‌هایی دارد که نمی‌توان آنها را انکار کرد زیرا این ریشه‌ها در نهاد طبیعت و ذات انسانی وجود دارند بنابراین وجود بهره در معامله‌های اقتصادی ضرورت می‌یابد (-Bowerk, 1881: 253 and Keynes, 1936: 223).

حتی اگر معتقد باشیم که ضمان در قرارداد مشارکت مدنی، معلق بر گردش سرمایه است باز مشکلی حل نمی‌شود. چراکه طبق ماده (۶۹۹) قانون مدنی: «تعلیق در ضمان ... باطل است ...». حتی تحلیل این وضعیت بصورت التزام به تأدیه نیز راهگشا نیست، چراکه التزام به تأدیه صرفاً مبین حکم تکلیفی به پرداخت است و موجب اشتغال ذمه نیست (مصطفوی و افشارنیا، ۱۳۹۰: ۱۶-۱۷). نتیجه این وضعیت این است که اگر ضامن بمیرد یا محجور شود، بانک نمی‌تواند طلب خود را از اموال وی وصول نماید چراکه التزام به تأدیه، صرفاً حکمی تکلیفی است که بر مکلفین تحمیل می‌شود و مبین حکم وضعی اشتغال ذمه نمی‌باشد. این تحلیل، آشکارا با قصد طرفین در تعارض است قرینه این مدعا علاوه بر بحث از ضمانت تضامنی در ماده (۱۵) قرارداد مشارکت مدنی، ماده (۲۱) این قرارداد است که براساس آن بانک می‌تواند راساً از اموال ضامن، طلب خود را استیفاء نماید. درحالی‌که التزام به تأدیه نمی‌تواند متضمن چنین اختیاری باشد. بنابراین به نظر می‌رسد که مطابق با ماده (۶۹۱) قانون مدنی، چنین ضمانتی باطل است و فقط درخصوص بازپرداخت اصل سهم‌الشرکه بانک و یا زبان‌های احتمالی می‌تواند صحیح تلقی گردد. چه اینکه با اعطای سرمایه، بنابه قاعده علی‌الید ما اخذت حتی تودیه، دین سرمایه‌پذیر به مالک درخصوص استرداد اصل سرمایه بصورت بالفعل محقق شده است و ضمان از آن نیز جایز است.

۳-۲- تضمین عینی

تضمین عینی را در برابر تضمین شخصی قرار داده‌ایم. بدین معنی که برخلاف حالت قبل که ذمه اشخاص در برابر دین، قرار می‌گرفت در اینجا مالی معین، پشتوانه دین سرمایه‌پذیر در برابر بانک می‌شود و شاید بتوان گفت تنها مثال این عمل حقوقی، عقد رهن است. براساس ماده (۷۷۱) قانون مدنی: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد ...». این نوع تضمین در ماده (۲۰) قرارداد مشارکت مدنی بانک به منظور تضمین حسن انجام تعهدات ناشی از این قرارداد، پیش‌بینی شده است. با توثیق عین در ضمن قرارداد مشارکت مدنی، مالک عین مرهونه از مکلف به خودداری از هرگونه معامله ناقله نسبت به

عین مرهونه است. این شرط که در بند اول ماده (۲۳) قرارداد مشارکت مدنی پیش‌بینی شده است، شرط فعل از نوع منفی است و متضمن تضییق در حدود مالکیت رهن می‌باشد. چه اینکه انتقال عین مرهونه به حق مرتهن صدمه نمی‌زند زیرا حق او نیز عینی بوده و بر مورد انتقال باقی می‌ماند و حاکم بر حق مالکیت انتقال گیرنده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۸۶). اما نکته دیگر اینکه رهن نیز همانند ضمان، عقدی تبعی است و پیش از آن باید دینی وجود داشته باشد تا برای تضمین آن مالی به وثیقه داده شود و دستکم باید سبب دین ایجاد شده باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۷۷).

نتیجه‌گیری

بدون تردید، اقتصاد یکی از مهم‌ترین ابعاد زندگی افراد در سطح خرد و جوامع در سطح کلان می‌باشد و مبنای بسیاری از تصمیم‌گیری‌های فردی یا سیاست‌های کلان دولتی است. در سال‌های اخیر، یکی از متداول‌ترین روش‌های کسب ثروت، سرمایه‌گذاری در طرح‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی بوده است. در این فرآیند، بانک‌ها با جمع‌آوری سپرده‌های مشتریان خود با بنگاه‌های اقتصادی، قرارداد مشارکت مدنی را منعقد می‌نمایند. در نتیجه این قرارداد بانک بخشی از سرمایه لازم برای اجرای طرح‌های اقتصادی را فراهم می‌آورد و به همان نسبت در سود حاصله از اجرای طرح، سهیم خواهد بود. با این حال، این فرآیند با سهولت^{۱۱۱} و شفافیت مواجه نیست. علاوه بر اهمیت بررسی این موضوع از حیث اقتصادی، یکی از مهم‌ترین جنبه‌های این قرارداد، شبهه ربوی بودن آن است. بدین ترتیب که براساس این قرارداد، سرمایه‌پذیر مکلف به پرداخت سود از پیش تعیین شده‌ای می‌باشد که به‌عنوان حداقل چه در وضعیتی که طرح اقتصادی بازدهی مطلوبی دارد و چه در وضعیت عکس آن، محاسبه می‌گردد. این مطلب باعث شده است که بحث از سود حاصله و اعتبار یا عدم اعتبار تضمین آن مطرح گردد. در راستای بررسی این امر در ابتدای مقاله حاضر به بررسی مفهوم سود و مقایسه آن با ربا - اعم از معاملی و قرضی - و نیز بهره - اعم از طبیعی و قراردادی - پرداختیم و این نتیجه حاصل آمد که ربا و بهره علی‌رغم نظر برخی، دو مفهوم مترادفند با این حال، هیچ‌یک منطبق بر مفهوم سود نیست چه اینکه در مفهوم سود، تحصیل واقعی ثروت ناشی از تولید نهفته است در حالیکه در ربا یا بهره، این عامل لحاظ نمی‌شود. پس هرآنچه که مازاد بر سرمایه بوده و در نتیجه تولید حاصل شده باشد، سود محسوب شده و مشروع است. در ادامه بررسی تضمین سود در قراردادهای مشارکت مدنی، لازم آمد که قالب حقوقی این قرارداد مورد تحلیل قرار گیرد تا مشخص گردد که مبنای تفسیر ما از مقررات این قرارداد، کدام‌یک از عقود مذکور در قانون مدنی است یا اینکه اساساً این قرارداد، عقدی نوین محسوب می‌شود. در این راستا به مقایسه این قرارداد استاندارد با عقد شرکت و عقد مضاربه روی آوردیم و این نتیجه حاصل آمد

که علیرغم تمایزات ظاهری، قرارداد مشارکت مدنی تدوین یافته توسط بانک مرکزی، همان قرارداد مضاربه‌ای است که مقررات آن در قانون مدنی تعیین شده است. باتوجه به این اطلاعات به بررسی انواع تضمین در قرارداد مشارکت مدنی پرداختیم. ملاحظه گردید که برخی از این تضمینات متوجه خود سرمایه‌پذیر و برخی دیگر متوجه اشخاص ثالث است. هم‌چنین می‌توان گفت برخی از تضمینات ناظر بر اشخاص و برخی دیگر ناظر بر اعیان‌اند. این موارد را یک به یک مورد بررسی قرار دادیم و این نتیجه حاصل آمد که خواه طرح اقتصادی سرمایه‌پذیر با بازدهی مطلوب مواجه شود و خواه با بازدهی نامطلوب روبرو گردد، وی مکلف است که سود ابرازی در حین انعقاد قرارداد مشارکت مدنی را به‌عنوان حداقل به بانک بپردازد. در حالیکه در وضعیتی که بازدهی طرح نامطلوب ارزیابی می‌شود یعنی جائیکه یا اساساً هیچ سودی حاصل نشده است و یا سود حاصله کمتر از سود ابرازی است - آنچه که از سوی سرمایه‌پذیر به بانک اعطا می‌شود، در واقع وجهی است که در ازای تولید ثروت حاصل نشده و در نتیجه، نمی‌توان آن را سود به معنای دقیق کلمه دانست بلکه این مبلغ، چیزی جز بهره نیست. مضافاً اینکه این تضمینات و تزییقات اگرچه باعث می‌شود که سرمایه‌پذیر در مدیریت صحیح منابع بکوشد ولی این امر باید تعهد بوسیله باشد نه تعهد به نتیجه! چون حصول نتیجه مطلوب اقتصادی، فقط در گروی تلاش فردی یا مدیریت منابع نیست. پس منطقی نیست که ریسک این فرآیند تماماً بر سرمایه‌پذیر تحمیل گردد و حتی نتیجه مورد تضمین نیز قرار گیرد. بنابراین تضمین سود از حین انعقاد قرارداد مشارکت مدنی و یا در طی فرآیند اجرای طرح اقتصادی، به هر شکل و نحوی که باشد، بنا به نامشروع بودن این شرط، باطل به شمار می‌رود و می‌بایست معلق بر کسب سود بصورت واقعی باشد. در نهایت این نتیجه منجر به این واقعیت می‌گردد که اشخاص از اعطای سپرده‌های خود به بانک‌ها برای بکارگیری آن در اجرای طرح‌های اقتصادی خودداری خواهند نمود. در تمهید راهکاری که هم منافع سرمایه‌گذاران را تأمین نماید و هم در حمایت از سرمایه‌پذیران باشد پیشنهادهایی ارائه شده است. طی تحلیل‌هایی که در انتهای این مقاله ارائه گردید این نتیجه حاصل آمد که در این میان، حقوقی‌ترین و اقتصادی‌ترین راهکار، تقسیم سرمایه‌گذاران به ریسک‌گریز و ریسک‌پذیر است. بدین ترتیب، سرمایه‌های ریسک‌گریزان در طرح‌هایی بکار گرفته می‌شود که بازدهی ثابتی دارند. بنابراین تعیین پیشاپیش سود در این عقود نمی‌تواند ربا تلقی گردد. در مقابل، سرمایه‌های افراد ریسک‌پذیر در قراردادهایی چون قرارداد مشارکت مدنی بکار گرفته می‌شود و به هیچ وجه مشمول تضمین سود نخواهد بود.

ارائه راهکار

در ضمن مباحث قبل، تا حدود زیادی نواقص موجود در سیستم بانکی از حیث تضمین سود در قراردادهای مشارکت مدنی آشکار گردید. با این حال، اگر بخواهیم موضع هر یک از طرفین قرارداد مشارکت مدنی را تحلیل

نمائییم، این نکته به دست می‌آید که هریک فارغ از مباحث و تحلیل‌های فقهی و حقوقی در پی رسیدن به منافع خویش می‌باشد. از یکسو با تولید کننده‌ای روبرو هستیم که برای اجرای طرح‌های تولیدی، خدماتی و بازرگانی خود نیازمند سرمایه اولیه است و از سوی دیگر، با بانک مواجه هستیم که با جمع‌آوری سرمایه‌های مردم، حاضر است این سرمایه را در اختیار بنگاه‌های اقتصادی سرمایه‌پذیر قرار دهد اما منطقی است که این اعطای سرمایه باید از امنیت کامل برخوردار باشد. در واقع بانک به‌عنوان واسطه میان سرمایه‌های مردمی و سرمایه‌پذیر نمی‌تواند نسبت به آورده‌های مشتریان خود بی‌تفاوت باشد و منطقاً نمی‌توان انتظار داشت که سرمایه‌های مردم بدون هیچ تضمینی در اختیار بنگاه‌های اقتصادی قرار گیرند (باریکلو، ۱۳۸۹: ۲).

با این حال، دیدیم که این برتری سرمایه‌گذار در انعقاد قراردادهای مشارکت مدنی کاملاً محسوس است و نه تنها در این قراردادها هیچ حمایتی از سرمایه‌پذیران به‌عمل نیامده است بلکه باعث شده است که ریسک اقتصادی فعالیت‌های تولیدی، صرفاً متوجه سرمایه‌پذیر باشد. همچنین ملاحظه گردید که این تضمینات صرفاً می‌توانند راجع به اصل سرمایه یا زیان‌های احتمالی برقرار گردند و به‌هیچ وجه نمی‌توان آن را به سود ابرازی و مورد انتظار تسری داد، چه اینکه در هر فرآیند اقتصادی ممکن است بازدهی مورد انتظار حاصل نشود. پس باید به دنبال راهکاری بود که هم منافع سرمایه‌گذاران را تأمین نموده و آنان در اعطای سرمایه ترغیب کند و هم در جهت حمایت از بنگاه‌های مولد اقتصادی باشد. یکی از راه‌حلهایی که در این زمینه ۱۱۳ ارائه شده است، این است که بانک‌ها به دو دسته تخصصی و تجاری تقسیم شوند و قرارداد مشارکت مدنی، صرفاً مختص به بانک‌های تخصصی باشد، بدین ترتیب بانک‌های تجاری با عقود با بازدهی ثابت و بانک‌های تخصصی با عقود مشارکتی عمل نمایند. یعنی بانک‌های تجاری بصورت قرض‌الحسنه و بانک‌های تخصصی بصورت شرکت‌های تأمین سرمایه تبدیل شوند (عیوضلو، ۱۳۸۹: ۱۴). براساس این طرح، بانک‌های تجاری در قالب قرض‌الحسنه می‌توانند نرخ سود سپرده‌های بانکی را از ابتدا اعلام کنند و حتی بصورت ماهیانه آن را تحت عنوان اعطای جایزه به دارندگان حساب‌های قرض‌الحسنه (حسین‌زاده بحرینی، ۱۳۷۶: ۱۵۳) بپردازند. اما در نوع دوم از سپرده‌ها که مخصوص عقود مشارکتی است و فقط توسط بانک‌های تخصصی در قالب شرکت‌های تأمین سرمایه امکان‌پذیر است، میزان سود در پایان سال محاسبه می‌شود و حتی بانک می‌تواند هیچ تعهدی به تضمین سود نداشته باشد و تنها اصل سپرده‌ها را تضمین نماید این نوع سپرده‌ها را می‌توان مخصوص افراد ریسک‌پذیر دانست (میسمی و قلیچ، ۱۳۹۰: ۹۷). با این حال بر این طرح نیز این نقد وارد است که ممکن است بدون تضمین سود، حتی افراد ریسک‌پذیر حاضر به سرمایه‌گذاری در قراردادهای مشارکت مدنی نباشند. چه اینکه سود بانک‌ها و به تبع آن سود سپرده‌گذاران مدت‌دار، سود معینی نخواهد بود، بلکه

متغیر و مرتبط با تحولات آتی بنگاه‌های طرف قرارداد و کل اقتصاد خواهد بود به همین دلیل برخی تضمین سود علی‌الحساب را به جای سود قطعی پیشنهاد داده‌اند.

سود علی‌الحساب وجهی است که قبل از اتمام و به نتیجه رسیدن عملیات سرمایه‌گذاری و حصول و محاسبه سود قطعی از جانب بانک به صاحبان سپرده‌های سرمایه‌گذاری پرداخت می‌شود (میرجلیلی، ۱۳۸۱: ۱۲۸). بدیهی است این سود در رابطه بین سرمایه‌پذیر و بانک نیز بصورت علی‌الحساب محاسبه می‌شود. بنابراین اگر در پایان طرح، بانک نسبت به تمام یا بخشی از وجه دریافتی، طلبکار نباشد آن را به سرمایه‌پذیر مسترد می‌نماید. با این حال عملاً در نظام بانکی کشور، همواره سودهای علی‌الحساب به‌عنوان سود قطعی اعلام می‌شود. در همین زمینه یکی از فقهای شورای نگهبان که از نظریات ایشان جهت تطبیق سیستم بانکی کشور با موازین فقهی و تدوین قانون عملیات بانکی بدون ربا استفاده شده است (حسین‌زاده بحرینی، ۱۳۷۶: ۱۶۲). بنابه شبهه ربوی سود علی‌الحساب، در تکمیل این راهکار، پیشنهاد سود علی‌الحساب با استفاده از حساب سرمایه‌گذاری ویژه مطرح شده است (سیفلو، ۱۳۸۹: ۱۲۵) که می‌توان گفت تلفیقی از دو راهکار پیشین - یعنی طبقه‌بندی سرمایه‌گذاران به ریسک‌پذیر و ریسک‌گریز و پرداخت سود علی‌الحساب به دسته اخیر است. حساب‌های سرمایه‌گذاری ویژه، طرح خاصی از سپرده‌های سرمایه‌گذاری است که در آن برخی بانک‌های اسلامی، نوع خاصی از طرح سپرده‌های سرمایه‌گذاری با اختیار خاص برای سرمایه‌گذاری در پروژه یا تجارت معینی را ارائه می‌کنند. در این حالت فقط سود پروژه خاص بین بانک و سپرده‌گذار براساس نرخ و شرایط توافقی قبلی توزیع می‌شود و می‌توان با استفاده از این حساب‌ها و اختصاص پروژه معین به فعالیت‌های مرتبط با عقود با بازدهی ثابت مانند فروش اقساطی یا اجاره به شرط تملیک، حساب‌هایی را طراحی کرد که دارای بازدهی ثابت باشند. در این شیوه، بازدهی حساب‌ها از ابتدا مشخص و معین است و این معین بودن نرخ از پیش تعیین شده هیچ منع شرعی ندارد. برای نمونه اگر بانک و سرمایه‌پذیر به توافق برسند که سرمایه‌پذیر، سهم‌الشرکه بانک را در تأمین مالی خرید ماشین‌آلات کشاورزی برای یک شرکت کشت و صنعت خاص بکار گیرد، امکان آن وجود دارد که این تأمین مالی از طریق عقود با بازدهی ثابت انجام شود. بر این اساس می‌توان گفت بانک با توجه به مشتریان خود می‌تواند سرمایه‌های جمع‌آوری شده را در طرح‌های مختلف تولیدی، بازرگانی و خدماتی بکار گیرد و تصمیم‌گیری راجع به اینکه کدام سرمایه را در چه طرحی بکار گیرد، تابع توافق بانک با صاحبان سپرده‌هاست. بدین ترتیب، بانک بر مبنای اینکه سپرده‌گذار از جمله افراد ریسک‌گریز یا ریسک‌پذیر است، سرمایه را در حساب مخصوص بکار می‌گیرد. بدین ترتیب، سپرده‌های ریسک‌گریزان مصروف طرح‌هایی خواهد شد که مبنای توافق بانک و سرمایه‌پذیر براساس قراردادهای با بازده ثابت است که فروش اقساطی یا اجاره به شرط تملیک از جمله آن‌هاست. در این موارد، از ابتدا مبلغ فروش اقساطی یا اجاره به شرط تملیک مشخص است در نتیجه می‌توان براساس آن از سرمایه‌پذیر سود ثابت را

دریافت نمود. این سود ثابت براساس دوره‌های فروش اقساطی یا دوره‌های اجاره می‌تواند به سود قطعی و علی‌الحساب تقسیم شود. بدین‌نحو که بعد از دریافت هر قسط از خریداران کالاهایی که سرمایه‌پذیر آن‌ها را تولید یا توزیع نموده است، درصدی از آن به نسبت سهم‌الشرکه بانک، از سوی سرمایه‌پذیر به بانک پرداخت می‌شود که این مبلغ سود علی‌الحساب به‌شمار می‌رود و باتوجه به قطعی بودن قرارداد مبنای قابل استرداد نخواهد بود. در پایان دوره نیز میزان سود بصورت قطعی محاسبه می‌گردد. در مقابل سپرده افراد ریسک‌پذیر در طرح‌های مبتنی بر مشارکت مدنی بکار گرفته می‌شود. در این طرح‌ها چنانکه گفتیم، مبلغی که در حین انعقاد قرارداد مشخص می‌شود، سود مورد انتظار است و ممکن است در انتهای طرح، حاصل شود یا اینکه بی‌نتیجه باقی بماند. در این طرح‌ها تنها چیزی که می‌تواند در قالب ماده (۵۵۸) قانون مدنی، مورد تضمین قرار گیرد اصل سرمایه و نیز ضرر و زیان‌های وارده است و به هیچ‌وجه نمی‌توان سود مورد انتظار را تضمین نمود. با این‌حال، چنانچه این طرح‌ها بازدهی مثبتی داشته باشند، سود حاصله از آن‌ها در مقایسه با سود حاصل از فروش اقساطی یا اجاره به شرط تملیک به مراتب بیشتر خواهد بود و این خود، انگیزه‌ای برای جلب سرمایه مردم از طریق بانک‌هاست.

فهرست منابع

فارسی:

- ۱- آئینی، محمدرضا (۱۳۸۷)، «طراحی ابزارهای مالی با عایدات تصادفی منطبق با موازین فقهی شیعه»، اندیشه صادق، س ۲، ش ۳۴.
- ۲- امام، محمدرضا و دیگران (۱۳۹۳)، «بررسی عقد مضاربه و تطبیق آن با قانون عملیات بانکی بدون ربا»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، س ۴۷، ش ۲.
- ۳- امامی، حسن (۱۳۴۰)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات اسلامی.
- ۴- امامی، حسن (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، ج ۲، تهران: انتشارات اسلامی.
- ۵- ایزدی‌فرد، علی‌اکبر (۱۳۷۹)، «بررسی موضوع بهره در مضاربه بانکی»، مقالات و بررسی‌ها، ش ۶۸.
- ۶- باریکلو، علیرضا (۱۳۸۷)، «وضعیت شرط تضمین سود»، فصلنامه حقوق دانشگاه تهران، دوره ۳۸، ش ۴.
- ۷- باریکلو، علیرضا (۱۳۸۹)، «وضعیت شرط ضمان سرمایه در حقوق اسلام»، نشریه فقه و حقوق اسلامی، س ۱، ش ۱.
- ۸- بخشی دستجردی، رسول (۱۳۸۹)، «بررسی تطبیقی نظریه نرخ بهره صفر با نظریه تحریم ربا در اسلام»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، س ۱۰، ش ۳۸.

- ۹- بخشی دستجردی، رسول و دیگران (۱۳۹۳)، «نقدی بر توجیهات معاصر پیرامون تفاوت بهره طبیعی از ربا در نگاه اندیشمندان اقتصاد اسلامی»، **اقتصاد تطبیقی**، س ۱، ش ۱.
- ۱۰- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوقی**، تهران: انتشارات گنج دانش.
- ۱۱- حسین‌زاده بحرینی، محمدحسین (۱۳۷۶)، «بررسی فقهی و اقتصادی سود تضمین شده»، **پژوهش‌های اجتماعی-اسلامی**، ش ۸.
- ۱۲- حسینی شیرازی، سیدصادق (۱۳۹۵)، **رساله توضیح المسائل**، قم: نشر رشید.
- ۱۳- سلامی، غلامرضا (۱۳۷۰)، «قانون عملیات بانکداری بدون ربا: بررسی تجربی، راهیابی‌ها»، **فصلنامه حسابدار**، ۸۱-۸۲ ش.
- ۱۴- سیفلو، سجاد (۱۳۸۹)، «حساب سرمایه‌گذاری ویژه راهکاری برای سود ثابت»، **دوفصلنامه مطالعات اقتصاد اسلامی**، س ۲، ش ۲.
- ۱۵- علوی رضوی، یحیی (۱۳۸۸)، «شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه»، **فصلنامه اقتصاد اسلامی**، س ۹، ش ۳۳.
- ۱۶- عیوضلو، حسین (۱۳۸۹)، «نظام بانکی در انتظار طرح تحول»، **فصلنامه تازه‌های اقتصاد**، س ۸، ش ۱۳.
- ۱۷- غفوری چرخابی، حسین (۱۳۸۸)، «بررسی آیات ربا و احکام آن»، **دوفصلنامه مطالعات اقتصاد اسلامی**، س ۲، ش ۱.
- ۱۸- فرزین‌وش، اسداله و ندری، کامران (۱۳۸۱)، «ربا، بهره قراردادی و بهره طبیعی (نقد مفهوم بهره در نظریات اقتصادی متفکرین مسلمان)»، **مجله تحقیقات اقتصادی دانشگاه تهران**، ش ۶۰.
- ۱۹- قلیچ، وهاب (۱۳۸۹)، «بازشناسی نظام بانکداری اسلامی، ما در میانه راه هستیم»، **بانک و اقتصاد**، ش ۱۰۶.
- ۲۰- قلیچ، وهاب (۱۳۹۰)، «طرح پیشنهادی ساماندهی بانک‌ها براساس عقود اسلامی»، **فصلنامه تازه‌های اقتصاد و پژوهش‌های اقتصادی**، س ۹، ش ۱۳۲.
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، **عقود معین**، ج ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۲۲- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵)، **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**، تهران: نشر میزان.
- ۲۳- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، **اعمال حقوقی**، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۲۴- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۶)، **مبانی استنباط حقوق اسلامی**، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- ۲۵- مصطفوی، سیدمصطفی و افشارنیا، طیب (۱۳۹۰)، **مسئولیت تضامنی (تعدد مسئولین پرداخت یک دین)**، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
- ۲۶- مطهری، مرتضی (۱۳۷۱)، **مساله ربا به ضمیمه بیمه**، تهران: انتشارات صدرا.
- ۲۷- موسویان، عباس و دیگران (۱۳۹۵)، «تحلیل نظری الگوی بانک اسلامی دبی (راهبردهایی برای اصلاح قانون بانکداری ایران)»، **فصلنامه اقتصاد اسلامی**، س ۱۶، ش ۶۲.

۲۸- میرجلیلی، حسین (۱۳۸۱)، «مسائل بانکداری بدون بهره در تجربه ایران»، پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، ش ۲۲.

۲۹- میسمی، حسین و قلیچ، وهاب (۱۳۹۰)، «آسیب‌شناسی اجرای بانکداری اسلامی در کشور: دلالت‌هایی برای تحول در نظام بانکی»، تازه‌های اقتصاد، س ۹، ش ۱۳۲.

عربی:

۳۰- قرآن کریم.

۳۱- ابن‌قدمه، عبدالله بن احمد (۱۴۰۹)، المغنی، ج ۷، قاهره: هجر.

۳۲- حرعاملی، محمد (۱۴۰۹)، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، ج ۱۸ و ۱۹، قم: موسسه آل‌البیت (ع).

۳۳- صدر، سیدمحمد باقر (۱۴۰۳)، البنك اللاروی فی الاسلام، بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.

۳۴- غنی، موسی (۱۴۲۳)، قرائه فی الاصول المعرفیه لتمايز الربا و الفائدة البنکیه، ش ۲۷، قم: فقه اهل‌البیت.

۳۵- فاضل لنگرانی، شیخ محمد (۱۳۷۹)، جامع المسائل، قم: خرم.

۳۶- موسوی خمینی، روح‌اله (۱۴۰۹)، تحریر الوسیله، ج ۱، قم: اسماعیلیان.

لاتین:

37- Bawerk, Bohm. E.V (1888). *The Positive Theory of Interest*, London, Macmillan and Co.

38- Keynes.J.M.(1936). *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London, Macmillan