



Original Research

Fixed Interest Condition in Banking Civil Partnership Contracts

Seyyed Saleh Pishbin^{1*}, Mehdi Rezvani Rad²

1 Master of Private Law, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Guilan University, Rasht, Iran.

2 Master of Private Law, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Guilan University, Rasht, Iran.

Article ID:

Received: November, 11, 2023 Accepted: February, 11, 2024 Available online: March 20, 2024 Keywords: Civil Partnership, Islamic Jurisprudence, Fixed Profit, Partnership Main Subjects: Civil Law	Abstract Civil partnership is the most widely used form of partnership contract in Iran's banking system. Among the terms embedded within this contract is the stipulation of a fixed profit, a provision that has consistently provoked debate due to its perceived conflict with the Islamic prohibition of usury (riba). This study seeks to address the issue through a structured, library-based approach, presented in four main sections: introduction, general principles, the condition of profit and loss, and critiques with proposed solutions. Islamic jurists have not reached a consensus on this matter; while most uphold the validity of the contract itself, they regard the fixed profit stipulation as invalid. Based on the findings, it appears that such provisions, when included in civil partnership contracts within the banking sector, necessitate substantial legal and regulatory reform. Nonetheless, similar conditions may be considered valid in certain other partnership and non-partnership contracts.
---	--

*Corresponding Author: Seyyed Saleh Pishbin

Address: Master of Private Law, Department of Law, Faculty of Literature and Humanities, Guilan University, Rasht, Iran.

Email: saleh.law2023@gmail.com



Extended Abstract

1. Introduction

A specific contract for a company with a long history in jurisprudence and statutory law, It is one of the most widely used contracts in the field of investment and economic growth. So that individuals can establish an economic unit when they are unable to do so on their own. Or, if they do not want to accept all the risk of loss, they proceed to conclude a partnership agreement. Generally, according to the accepted rule among jurists, in a company contract, profits and losses are divided in proportion to the capital. This is a principle that has also been accepted by law in Article 575 of the Civil Code.

2. Theoretical Framework

But the main question arises as to whether the fixed interest condition in civil banking partnership contracts complies with the principles and regulations? Such conditions are more commonly seen in bank partnership contracts, especially partnership contracts; it is necessary to examine their correctness or incorrectness in compliance with Sharia and law.

3. Methodology

Finding an answer to that question is organized in four sections: introduction, generalities, profit and loss conditions, criticisms, and solutions in order to solve this issue using a library method.

4. Results & Discussion

The partnership agreement is not used in its true sense. Rather, it is used as a tool to profit from the recipient's facilities. One of the factors behind this is that banks are weak in monitoring the implementation operations and the use of project financial resources by the recipients of the facilities. Therefore, to prevent any damage resulting from its lack of commitment or converting the partnership contract into installment sales or other exchange contracts, it tries to guarantee the financial benefits and profits expected from it in any way. Which in no way can justify the bank's undue profit in the civil partnership contract.

5. Conclusions & Suggestions

The only legal solution available is the intervention of the Monetary and Credit Council and the Central Bank to annul the existing directive and Replacing it with a solution that is fully consistent with the goals of the Islamic banking system and is free of usury is ultimately recommended. So that researchers can further adapt this issue to the foreign banking system and Imami jurisprudence in formulating the law and Or appropriate guidelines could improve the current situation through the intervention of legislative bodies.



شرط سود معین در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی

سید صالح پیش بین^۱، مهدی رضوانی راد^۲

۱ کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

۲ کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

کد مقاله:	
چکیده مشارکت مدنی، پُرکاربرد ترین قرارداد مشارکتی در نظام بانکی ایران است، شرط سود معین از جمله شروط ضمن این عقد است؛ که همواره محل چالش و تداخل مفاهیم با ربا را فراهم آورده است که برای یافتن پاسخی به آن پژوهش حاضر در چهار بخش مقدمه، کلیات، شرط سود و زیان، انتقادات و راهکار ها به جهت حل این موضوع به روش کتابخانه ای تنظیم میگردد؛ رویکرد فقها در این مورد به اجماع نرسیده و دچار اختلاف است ولی غالب فقها اعتقاد به صحت عقد و بطلان شرط دارند، با مطالعه و بررسی های صورت گرفته به نظر میرسد اینچنین شروطی ضمن قرارداد مشارکت مدنی بانکی نیازمند اصلاح و تنظیم مقررات به نحو جدی دارند؛ هر چند بتوان برای برخی از عقود مشارکتی و غیر مشارکتی دیگر آن را صحیح دانست.	تاریخ دریافت: ۱۴ آبان ۱۴۰۲ تاریخ پذیرش: ۲۲ بهمن ۱۴۰۲ تاریخ انتشار: ۱ فروردین ۱۴۰۳ کلیدواژه ها: مشارکت مدنی ، نظام فقهی ، سود معین ، مشارکت محورهای موضوعی: حقوق مدنی

*نویسنده مسئول: سید صالح پیش بین

آدرس: کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

ایمیل: saleh.law2023@gmail.com



۱- مقدمه

عقد معین شرکت با سابقه طولانی در فقه و حقوق موضوعه، یکی از پرکاربردترین عقود در زمینه سرمایه گذاری و رشد اقتصاد است، به نحوی که اشخاص هنگامی که نتوانند به تنهایی یک واحد اقتصادی را دایر نمایند و یا نخواهند تمامی ریسک زیان را قبول نمایند، اقدام به انعقاد قرارداد مشارکت مینمایند، به طور کلی طبق قاعده پذیرفته شده در نظر فقها، در عقد شرکت سود و زیان به نسبت سرمایه تقسیم میشود، این یک اصل است که به وسیله قانون نیز در ماده ۵۷۵ قانون مدنی پذیرفته شده است. اما مسئله اصلی اینگونه مطرح میشود که شرط سود معین در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی، با اصول و مقررات مطابقت دارد؟ این قبیل شرط ها در عقود مشارکتی بانک خصوصاً عقود مشارکتی بیشتر دیده میشود؛ که لازم است وضعیت صحت یا عدم صحت آن در تطبیق با شرع و قانون بررسی گردد. بررسی این موضوع در برخی قراردادهای نظیر مضاربه (تحلیل حقوقی و اقتصادی سود معین در مضاربه بانکی، نوشته محمد سلطانی و شهرزاد حدادی)، قرض، سرمایه گذاری و مشارکت مدنی (مقاله سوء استفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه های دایرکتیو اتحادیه اروپا به قلم دکتر عباس کریمی و یاسر مرادی) که به طور کلی شروط ضمن قرارداد مشارکت مدنی را شناسایی و با حقوق خارجی تطبیق داده است، مورد بررسی به وسیله پژوهشگران قرار گرفته است، اما آنچه که پژوهش حاضر را متمایز مینماید، بررسی شرط سود معین در قراردادهای مشارکت مدنی است، که در مقالات مذکور در خصوص مشارکت مدنی مسکوت مانده و نیازمند بررسی وتحلیل دقیق برای یافتن صحت و تطبیق چنین شرطی با موازین فقهی و قانونی است. از سوی دیگر بانکها با سوء استفاده از قانون و دستور العمل در خصوص مشارکت مدنی، آن را ابزاری برای تحمیل بر گیرنده تسهیلات نموده اند. نویسنده نظر بر آن دارد که وجود چنین شروطی هر چند به وسیله نظر برخی فقها و حقوقدانان قابل توجیه باشد، اما، در نظام بانکی جایی نخواهد داشت، چرا که طرفین قرارداد در نظام بانکی از قدرت و اعتبار برابر برخوردار نیستند و توافق حاصله بیش از توافق بر شرط تحمیل شرط خواهد بود. در این پژوهش با استفاده از ابزار کتابخانه ای به جهت تحقق نظام بانکداری اسلامی نوین، انتقاداتی بر این شروط وارد میشود که مورد بررسی خواهد شد .

۲- کلیات و مفاهیم

برای آنکه بتوان به دیدگاه درستی راجع به موضوع پژوهش و یافتن پاسخ پرسش ها مطروحه یافت، میبایست چندین واژه کلیدی در این پژوهش به طور مختصر تعریف و تشریح شود.

۲-۱- عقد مشارکت

ماده ۵۷۱ قانون مدنی، شرکت را اینگونه تعریف میکند: شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد، به نحو اشاعه در تعریف بالا، آنچه که ماهیت اساسی شرکت را تشکیل میدهد، امتزاج موضوع حقوق شرکاء است، به نحوی که تفکیک مایملک هر شخص از دیگری غیرممکن باشد، مال مشاع ممکن است عین (خانه)، منفعت (ملک اجاره ای که بعد از فوت مستاجر به ورثه میرسد) باشد. (فرزین وش و همکاران، ۱۳۸۳: ۳۷۳) (امامی، ۱۴۰۲: ۲۳۱)؛ فارغ از انواع شرکت که مبحثی دیگر است، کلیه عقود که چه به طور سنتی شرکت نامیده میشود و چه عقود که با گذشت زمان به طور نو در حقوق و قوانین نظیر مشارکت های بانکی، مشارکت در ساخت و... پدیدار گشته اند، رکن اساسی تمامی آنها همان مزج و اشاعه است .



۲-۲- مشارکت مدنی بانکی

مشارکت مدنی بانکی از جمله عقود مشارکتی در نظام بانکی کنونی کشور است، که به نحو چشمگیری به مرور زمان گسترش پیدا کرده است به طوریکه میتوان آن را مهمترین عقد مشارکتی بانک ها دانست؛ ماده ۱۸ آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و ایضاً ماده یک دستور العمل اجرایی مشارکت مدنی، در تعریفی مشابه و برگرفته از ماده ۵۷۱ قانون مدنی، مشارکت مدنی را عقدی میدانند که ناشی از درآمیختن سهم الشرکه نقدی و غیر نقدی اشخاص حقیقی یا حقوقی به نحو مشاع به منظور انتفاع است. در این قرارداد، آورده میتواند نقدی یا غیرنقدی باشد، اما حتما آورده بانک میبایست نقدی باشد، موضوع شراکت پیش از هر چیز باید مشخص گردد، این قرارداد حاضر دارای مدت معین مورد توافق باشد، اما نمیتواند بیشتر از سه سال باشد. (خاوری، ۱۳۷۱: ۱۷۰-۱۷۲) مضافاً میزان سهم هر یک از طرفین در سود و زیان باید مشخص گردد که همین موضوع محل بحث و چالش بسیار است، چرا که با مفاهیم بهره و ربا ممکن است تداخل داشته باشد و قابل توجیه شرعی نباشد.

۲-۳- ربا (بهره)

ربا در اصطلاح بیع یک جنس پیمانه ای است، به همان نوع جنس به میزان بیشتر، که در عالم واقع تفاوت آن دو مشخص باشد، مانند اینکه یک کیلو برنج را به یک کیلو و نیم برنج دیگر فروخته شود، و یا آنکه این زیادی به وصرت حکمی باشد، مانند آنکه یک کیلو برنج آماده ی فروش را به ازای یک کیلو برنج مؤجل در تسلیم بفروشد. (شهید ثانی، ۱۳۸۱: ۳۱۶) فقها هر دوی این موارد را ربا میدانند. فلذا برای شناسایی ربا، سه پیش شرط را باید شناسایی کرد؛ ۱) فروختن جنسی به همان جنس ۲) آن جنس باید قابل شمارش و یا کشیدن باشد ۳) یکی از آنها زیادتز از دیگری باشد. (پوستی و حسنی، ۱۳۸۱: ۱۶۴) فقیهان شیعه نیز در تعریف ربا گفته اند؛ ربا عبارت است از اخذ زیادی در معاملات کالاهای همجنس که به یک میزان است. (شهید ثانی، ۱۳۸۱: ۳۱۶) (نجفی (صاحب جواهر)، ۱۳۹۶: ۳۴۷)

۲-۳-۱- تحریم ربا در قرآن و احادیث

الف) سوره النساء، آیات ۱۶۰-۱۶۱، به خاطر ظلمی که از یهود صادر شد و (نیز) بخاطر جلوگیری بسیار آنها از راه خدا، بخشی از چیزهای پاکیزه را که بر آنها حلال بود حرام کردیم و همچنین بخاطر ربا گرفتن در حالی که از آن نهی شده بودند؛ و خوردن اموال مردم به باطل؛ و برای کافران آنها عذاب دردناکی آماده کرده ایم .

ب) سوره الروم، آیه ۳۹، آنچه عنوان ربا (هدیه) می دهید تا در اموال مردم فرونی یابد و به شما هدیه بیشتری بدهند، نزد خدا فزونی نخواهد یافت و آنچه را به عنوان زکات می پردازید و تنها رضای خدا را می طلبید مایه برکت است و کسانی را که چنین می کنند. پاداشی مضاعف است .

ج) سوره آل عمران، آیه ۱۳۰، ای کسانی که ایمان آورده اید ربا مخورید که دائماً سودی بر سرمایه (خود) بیفزایید تا چند برابر شود و از خدا بترسید و ترک این عمل زشت کنید باشد که سعادت و رستگاری یابید .

د) سوره بقره آیه ۳۷۵ آنها که ربا میخورند بر نمی خیزند مگر مانند کسی که شیطان به جنون آشفته اش کرده است. این از آن روست که گفتند داد و سند صرفاً مانند ریاست در صورتی که خدا معامله را حلال و ربا را حرام کرده است. پس اینک کسی که از پروردگارش پندی به او رسد و باز ایستد. آنچه گذشته از آن اوست و کارش با خداست و هر که به رباخواری بازگردد، پس آنان دوزخی آند و در آن ماندگارند .



ه) امام باقر علیه السلام فرمودند. پست ترین کسب ها ربا است (حر عاملی، ۱۴۰۰: ۴۲۳)

و) امام صادق (ع) فرمودند. پیامبر اکرم (ص) از ربا خواری نهی کرد و فرمود خداوند ربا خوار ربا دهنده، نویسنده (سند ربا) و شاهدان آن را لعنت کرده است. (همان: ۴۳۰)

ز) امام صادق علیه السلام: براستی اگر ربا حلال بود مردم تجارت و تلاش برای معاش را رها میکردند به همین دلیل خداوند ربا را حرام کرد تا مردم از حرام به حلال و تجارت و خرید و فروش رو بیاورند و به یکدیگر قرض بدهند. (همان: ۴۳۲)

۲-۳-۲- تحریم ربا در حقوق

غالب حقوقدانان و فقها ربا در معاملات را با فلسفه حرمت سد ذرایع توجیه می کنند؛ سد به معنای جلوگیری کردن و ذریعه به معنای وسیله است به عبارت دیگر، کارهای حلالی که وسیله انجام عملی حرام قرار گیرد، حرام و ممنوع می باشد. (محمدی مانی، ۱۳۷۹: ۲۵۳)

در خصوص تحریم ربا از سوی حقوقدانان سه دلیل به شرح ذیل بیان می گردد: (پوستی و حسنی، ۱۶۴: ۱۳۸۱-۱۶۶) (غفوری چرخابی، ۱۳۸۸: ۲۰۱)

اولاً قطع اصل کار و ثروت، به عبارت دیگر شخصی در حال اخذ سود و ثروت است که برای آن کار نکرده است، شاید عنوان شود در قرارداد های مشارکت اغلب همینگونه است، اما باید گفت، مرز باریک ربا و سود مشارکت در میزان و ایضاً توافق طرفین است، در واقع مفهوم ربا همانطور که گفته شد این است، کسی بیشتر از آورده خویش را دارا شود که این نه تنها خلاف شرع بلکه خلاف عدالت نیز هست .

ثانیاً ربا موجب رکود اقتصادی و کاهش بهره وری از فعالیت انسان های بالقوه میشود. چرا که ربا موجب اصلی از بین رفتن نیروی مولد و در نتیجه اقتصاد را کد را در پی خواهد داشت .

ثالثاً ربا عملاً دزدی و آکل مال به باطل است، پول نمی تواند پول بزیاید، زیرا خاصیت واقعی پول جز واسطه مبادله بودن نیست جز اینکه در گردش باشد نیست، پول فی ذاته منافعی ندارد عقیم است مسئله عمده در باب ربا همین است.

۲-۴- سود و زیان در نظام بانکی کشور

در نظام اقتصادی و علی الخصوص بانکها، همواره صحبت از دو مفهومی است که اساس کلیه قراردادهای بانکی را تشکیل میدهد، "سود" و "زیان" مقصود از سود همان نفع و زیادی دارایی است که از کار ناشی میگردد و مقصود از زیان آفت ارزش دارایی است که به نحوی که نسبت به ارزش اولیه خود کاهش پیدا کرده باشد، این آفت و یا زیادی ارزش میتواند به هر میزانی باشد، تنها در مواردی که نتوان آن را به کاری وابسته دانست، باید خلاف شرع تلقی کرد، در غیر اینصورت مطابق با اصول اولیه اقتصادی و فقه پویا میبایست آن را سود و دارای اعتبار شرعی و قانونی قلمداد نمود.

۲-۴-۱- تعیین سود و زیان در مشارکت مدنی بانکی

از آنجایی که عقد شرکت با هدف مبادلات و تجارت مال مشترک انجام می شود به نحوی که نتیجه غایی از اغلب فعالیت های مشارکتی کسب سود است. از این در مبحث سود و زیان از جمله کلیدی ترین مباحث در شرکت می باشد. فقها و حقوقدانان اصولاً تقسیم سود و زیان را به سه نحو شناسایی میکنند :

۱) قاعده کلی تقسیم سود و زیان به میزان سرمایه

۲) شرط زیادتی سود در برابر عمل

۳) شرط زیادتی بدون عمل متقابل

۲-۴-۲- قاعده کلی تقسیم سود و زیان به میزان سرمایه

ماده ۵۷۵ قانون مدنی عنوان میکند: "هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می باشد، مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد." مفاضاً منطق اقتصاد و عدالت ایجاب مینماید تا تقسیم سود و زیان به میزان سرمایه شرکا باشد؛ پس به عنوان یک قاعده کلی در خصوص عقد شرکت باید گفت؛ در صورت متمایز بودن میزان سهم شرکا در سرمایه شرکت به نسبت سرمایه سود و زیان بین آنها پخش می شود.

۲-۴-۳- شرط زیادتی سود در برابر عمل

یکی از شروطی که ممکن است، ضمن عقد شرکت درج گردد، این است که شخصی بیش از میزان واقعی سرمایه خود سود دریافت کند و یا تماماً یا به میزانی کمتر از دیگران شریک در زیان شود، این شرط را در دو حالت میتوان تصور نمود، در حالت اول، اینکه این زیادتی سود در برابر عملی مشخص باشد. در حالت دوم این شرط در برابر عمل نباشد، که هر دوی این حالات را در ادامه بررسی میکنیم. در صورتی که شرط زیادتی سود در برابر عملی از سوی شریک در ضمن عقد شده باشد، بنابراین اگر در ضمن عقد صراحتاً به کار و فعالیت شریک در شرکت اشاره نشود، در این حالت، عمل شریک به نوعی بدون مزد و تبرعی به حساب خواهد آمد، چرا که همانگونه که سابقاً عنوان شد، قاعده کلی بر تقسیم سود و زیان به میزان سرمایه است، مگر آنکه صراحتاً شرط دیگری شود، چنین شرطی در بخش دوم ماده ۵۷۵ قانون مدنی پذیرفته شده است. به علاوه در نظر فقها در پذیرش اینگونه شرطی، اختلافی مشاهده نمی شود، تا جایی که حتی صاحب جواهر در کتاب خود سخن از اجماع در این موضوع را می نماید. (نجفی (صاحب جواهر)، ۱۳۹۶: ۳۰۰). از سوی دیگر، اینکه شخصی در برابر عمل و زحمتی که در اداره مال مشترک میکشد و سعی بر کسب سود حداکثری را مینماید، مستحق اجرت و مزدی بیشتر است که از سود حاصله اخذ مینماید. در موقعیت مشابه نیز در شرکت های سهامی مختلط که نوعی از شرکت های موضوع ماده ۲۰ قانون تجارت می باشند، از صحت چنین شرطی میتوان اطلاع حاصل نمود؛ در واقع، در شرکت های مختلط سهامی که بر اساس قانون تجارت و مواد مربوطه از یک شریک ضامن و دو یا چند شریک سرمایه گذار (با مسئولیت محدود) تشکیل میگردد، شریک ضامن ملزم به سرمایه گذاری در شرکت مختلط نبوده (آورده ای ندارد) و از طرفی مدیریت شرکت را بر عهده خواهد داشت و از عواید حاصله از شرکت سود خود را خواهد برداشت، و شرکاء سهامی تنها حق نظارت دارند، این یکی از اساسی ترین تفاوت هایی است که میان این قبیل شرکت ها با شرکت های سهامی موضوع لایحه قانون اصلاحی قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ وجود دارد؛ به طوریکه در آنجا تک تک شرکاء حق رأی برای انتخاب مدیر خواهند داشت. (عرفانی، ۱۳۸۸: ۲۱۳ - ۲۱۶)



۲-۵- شرط زیادتی بدون عمل متقابل

بر طبق اصول عقلی، و نظر فقها و حقوقدانان، میبایست شرط زیادتی سود برای عامل یا کسی که عملش زیادتر از دیگران است بدون هیچ اشکالی پذیرفت. محل بحث و اختلاف در شروط ضمن قراردادهای مشارکت در مواردی است که زیادتی سود برای شریک در مقابل عملی نباشد، در رابطه با صحت یا بطلان شرط و حتی تاثیر آن بر عقد فروش مختلفی به وسیله صاحب نظران مطرح شده که به ترتیب بدان خواهیم پرداخت؛

۱ (بطلان عقد و شرط سود معین؛

۲ (صحت عقد و شرط سود معین؛

۳ (صحت عقد اما بطلان شرط سود معین.

۲-۶- بطلان عقد و شرط سود معین

سردمدار نظریه بطلان عقد و شرط سود معین (زیادتی سود) در قراردادهای مشارکت، ابن ادریس است، او معتقد به بطلان شرط زیادت و تسری این بطلان به عقد نیز میبایشد؛ ابن ادریس این دیدگاه را به بیشتر پیشینیان خود منسوب میکند. (ابن ادریس، ۱۴۱۰ ه.ق: ۴۰۱) بنا به این دیدگاه، اگر برای یکی از شرکاء بدون آنکه عملی بیش از سایرین انجام دهد، زیادتی از سود در نظر گرفته شود؛ چنین شرطی نه تنها باطل بلکه مبطل عقد است. از آنجایی که شرکت یک عقد معاوضی است و مقصود طرفین مانند اباحه یا هبه نیست، فلذا مهمترین دلیل این دیدگاه نیز نبود عوض در برابر آن زیادت شرط شده است. بنا به عبارت دیگر اینچنین تعهدی که شرکاء میبایست طبق شرط به جا بیاورند، بدون هر گونه علت عقلایی می باشد. پس با عنایت به ماده ۲۳۳ از فصل چهارم قانون مدنی و اشاراتی که فوقاً انجام شد، چنین شرطی از آنجایی که خلاف مقتضای ذات عقد است، باطل و مبطل کننده عقد شرکت است. در این دیدگاه، شرط زیادت، نوعی اکل مال به باطل و دارا شدن بلاجهت است. (حلی، ۱۴۰۸ ه.ق: ۱۰۵)

۲-۷- صحت عقد و شرط سود معین

گروهی از فقیهان و حقوقدانان با استناد به احادیث و دلایل عقلی مانند، أوفوا بالعقود، المؤمنون عند شروطهم و اصل آزادی قراردادی، و ماده ۱۰ قانون مدنی، نظر به صحت عقد و شرط توأمان دارند. بنا بر دیدگاه این گروه بطلان شرط مخالفت با عمومیات است. (حرعاملی، ۱۴۰۰، ج ۱۵: ۳۴). دکتر کاتوزیان نیز نظر به صحت عقد و شرط زیادت دارد چرا که مقصود طرفین را وجود چنین شرطی میدانند و آن را حاصل از تراضی طرفین میدانند، مشروط بر آنکه مخالف نظم عمومی و یا اخلاق حسنه نباشد، که با توجه به مقتضای اینچنین شرطی که اثر آن به نحو شخصی و فی مابین طرفین قرارداد گذاشته میشود را نمیتوان خلاف اخلاق حسنه و نظم عمومی دانست. (کاتوزیان، ۱۴۰۳: تشریح مواد ۱۰ و ۲۳۳) در نهایت به نظر میرسد باید به توافق طرفین به عنوان اشخاص دارای اهلیت و حسن نیت که سود و منافع شخصی خود را بیش از هرکسی میشناسند احترام گذاشت و شرط و عقد را صحیح دانست.



۲-۸- صحت عقد و بطلان شرط سود معین

بر حسب این دیدگاه بنا به قاعده کلی شرکت، سود باید به نسبت سرمایه بین شرکا تقسیم شود؛ و اگر علاوه بر سرمایه، عمل یکی از شرکاء دخیل باشد، سود بیشتری باید ببرد مگر آنکه تبرعی کار کرده باشد شرط خلاف آن باطل است؛ ولی مفاد شرط ملازمه ای با مفاد قرارداد اصلی ندارد و قرارداد اصلی همچنان صحیح است. مضافاً باید گفت مطابق این دیدگاه، این شرط هر چند مخالف مقتضای عقد نیست ولی به طور کلی مخالف قاعده کلی پیروی سود از سرمایه است. اما در صورتی که یک یا چند شریک بخشی از سود خود را برای شریکی بدون عمل مازادی شرط کنند، بر طبق قواعد عمومی صلح و هبه صحیح می باشد. (عرفانی، ۱۳۸۸ (به نقل از الکافی): ۲۱۵ - ۲۱۸)

۳- بحث اصلی

از بین دیدگاه های مطروحه، دیدگاه سوم، علیرغم مخالفت در رابطه با صحت شرط، آن را در مواردی که شرکاء از سرمایه خود در شرکت توافق بر اعطای سودی بیشتر از سرمایه به یک یا چند تن از شرکاء بنمایند، آن را مطابق قوانین صلح و هبه صحیح میدانند، فلذا علیرغم اعلام بطلان شرط آن را درست میدانند، از سوی دیگر بر اساس قواعد عمومی قراردادهای، ماده ۱۰ قانون مدنی و... دیدگاه سوم و اول قابل جمع به نظر میرسد، زیرا بالطبع هر چه به وسیله توافق و بدون زحمت به ملکیت کسی درآید، صلح یا هبه خواهد بود، و زمانی که شرکاء تماماً به چنین نتیجه ای رسیده اند که کسی بیش از آنچه مستحق است سود ببرد، عقل سلیم توصیه میکند تا به چنین توافقی احترام گذاشته شود. شاید پذیرش چنین دیدگاهی در خصوص قراردادهای مشارکتی دیگر ممکن باشد، اما در قراردادهایی که یک سوی آن بانک قرارداد، توجیه نخواهد داشت، چرا که در اینجا دو طرف قرارداد با هم برابر نیستند و در غالب موارد قرارداد از پیش تعیین شده ای، پیش روی متقاضی تسهیلات قرار میگیرد و نه تنها متقاضی نمیتواند بند و یا شرطی بدان اضافه کند بلکه متحمل شروطی میشود که بانک با دور زدن و یا سوء استفاده قانونگذار آن را به شخص تحمیل میکند؛ فلذا به هیچ عنوان نمیتواند اصل حسن نیت را در اینگونه قراردادهای احرار کرد و نباید آن را مانند سایر عقود مشارکتی دانست، پس درج چنین شرایطی هر چند توجیه پذیر به لحاظ فقهی و قانونی، با مفهوم عدالت و حق سازگاری نخواهد داشت. در ادامه راهکارهایی برای جلوگیری از استفاده از اینچنین شروطی ارائه میگردد، که در بخش آینده بدان خواهیم پرداخت.

۳-۱- شرط کاهش یا عدم مشارکت در زیان

در کنار شرط سود زیادت برای یکی یا چند تن از شرکاء، ممکن است به همین منوال برای یک یا چند تن از شرکاء شرطی مبنی بر کاهش یا عدم مشارکت قطعی در زیان شود؛ که وضعیت صحت یا عدم صحت چنین شرطی نیز میبایست بررسی گردد؛ در مباحث فقهی صرفاً به صحبت از شرط سود زیادت بسنده شده است و سخنی از عدم مشارکت در زیان به میان نیامده است. اما به طور کلی باید گفت، عقود مشارکتی الزاماً از بازدهی مثبت برخوردار نیستند، به عبارت دیگر کسب سود قطعی نبوده و ممکن است مشارکت با زیان همراه باشد، فلذا چنانچه شرط بشود که یک یا چند تن از شرکاء از تمام یا بخشی از ضرر در شرکت معاف باشند، در نگاه اول، چنین شرطی با اصول اولیه شراکت همخوانی ندارد، چرا که علاوه بر ناعادلانه بودن، خلاف منطوق ماده ۵۷۵ قانون مدنی نیز هست. علیرغم این تعارض ظاهری، بانک ها در قراردادهای مشارکتی خصوصاً مشارکت مدنی و مضاربه، از طرق گوناگون این شرط را به نحو ضمنی اعمال میکنند (کاشانی، ۱۴۰۲: ۷۶)؛ برای نمونه ضمن قرارداد شرط میکنند، در صورت متحمل شدن بانک از ضرر طرف دیگر قرارداد باید برابر زیان وارده را به بانک رایگان تملیک نماید. در توجیه چنین شرطی نیز عنوان میشود، بانک متحمل زیان میشود، اما طرف دیگر قرارداد ضمن توافق، قصد خود را جهت تملیک به همان



میزان نشان میدهد، اینچنین شروطی چیزی جزء دور زدن فقه و قانون به نظر نمیرسد. تصویر بارگزاری شده بخشی از قرارداد مشارکت مدنی بانکی (بانک ملت) می باشد، که مضمون آن تحمیل شروط عدم مشارکت در زیان و ایضاً توقع بانک مبنی بر سود دهی قطعی قرارداد مشارکت را نشان میدهد. اقدامات اینچنین بانک فی الواقع تنها شیوه انعقاد قرارداد بین بانک و طرف قرارداد را عوض میکند، اما ماهیت سودمحور بانک همان است. (خاوری، ۱۳۷۱: ۲۴۶) این روزها، آنچه که از اکثر گیرندگان مختلف تسهیلات بانکی به گوش میرسد، سود های غیر قابل توجیه و غیر شرعی است، که بانک ها در قالب عقود شرعی از جمله مشارکت، اقدام به دریافت بهره میکنند و در عمل ذات عقد شرکت (مشارکت در سود و زیان در قرارداد به هیچ عنوان اجرا نمی شود) نکته دیگر عدم همخوانی دستور العمل اجرایی مشارکت مدنی با مواد عمومی قانون تسهیلات اعطایی قراردادهای بانکی است، به طوریکه منطوق ماده ۱ قانون تسهیلات اعطایی به وسیله قراردادهای بانکی، سود را در صورت "تحقق" به بانک و مشتری تعلق می یابد. با این تفاوت که ماده ۵ دستور العمل اجرایی مشارکت مدنی، "در صورت تحقق" را در نگارش خود حذف کرده است و همین کوتاهی موجب گشته است تا بانک ها نرخ سود مورد پیش بینی را بر میزان سود واقعی تحمیل کنند. حضور چنین شبهه هایی در نظام بانکی کشور، تمایل به ربوی دانستن عقود مشارکتی را در میان مردم افزایش داده است.

۳-۲- انتقادات وارده بر عملکرد بانک ها در مشارکت مدنی

علاوه بر دلایلی که از نظر برخی فقها بر شرط سود معین وجود دارد، به لحاظ نظام اقتصادی و تاثیر آن بر جامعه نیز انتقاداتی وارد است که در ادامه بدان خواهیم پرداخت؛ بانکداری اسلامی با تمرکز بر استفاده از قراردادهای مرتبط با اقتصاد واقعی، قراردادهای قرض با بهره را در ارائه تسهیلات به خانوارها و بنگاه های اقتصادی حذف کرده و به جای آن از ابزارهایی چون مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مضاربه، مزارعه و... استفاده می کند. این قراردادها در زمانی که هدف سرمایه گذاری بلند مدت و بنیادی باشد، مورد استفاده قرار میگیرد و بانک با کارآفرینان در پروژه های اقتصادی شریک می شود. بدین ترتیب، معاملات اعتباری بانک در این زمینه نیز محدود به چارچوب اقتصاد واقعی بوده و از ایجاد پدیده هایی مانند رشد حباب اعتبارات جلوگیری می کند. (عبدل و اسای حقیقی و فلیکس پو مرانز، ۱۳۸۷: ۳۸) از دیدگاه کارشناسان اقتصادی، نرخ بهره اسمی در بلندمدت تابع نرخ بهره واقعی میشود، اما در کوتاه مدت عمدتاً تحت تأثیر بازار پول و عوامل مرتبط با آن قرار دارد. در نتیجه، نرخ بهره بانکی به عنوان متغیری مستقل در بازار پول تعیین و به اقتصاد واقعی تحمیل می شود. در مقابل، بانکداری اسلامی با حذف بهره، از سود حاصل از قراردادهای واقعی که برگرفته از بازار کالاها، خدمات و سرمایه است، بهره می گیرد. فلذا منطق اقتصادی ایجاب میکند که بانک ها در عقد مشارکت مدنی و مضاربه در نهایت سود واقعی خود را از مشارکت دریافت میکنند، اما با این وجود تمایل بانک ها به عنوان قدرت برتر در قرارداد های مشارکتی و ضعف در قانونگذاری آنها را به سوی درج شروطی از قبیل سود معین مینماید؛ نکته مهمی که میتواند مانع اساسی در ادامه این روند سودمحور بانک و درج شروط غیرمنصفانه در قرارداد شود، اعمال نظارت و اقدامی از سوی مراجع نظارتی جهت نسخ دستور العمل مشارکت مدنی بانکی فعلی و یا حداقل اصلاح آن برای جلوگیری از تحمیل اینچنین مواردی بر متقاضیان تسهیلات است. به طوریکه گفته شد، حذف عبارات "تحقق سود مورد انتظار" در این دستور العمل، راه را برای بهره و ربا برای بانک ها باز گذاشته است؛ در بانکداری بدون ربا، روابط بین بانک و سپرده گذار در سپرده های قرض الحسنه مبتنی بر رابطه دائن و مدیون است، در حالی که در سپرده های سرمایه گذاری این رابطه به شکل وکیل و موکل تعریف می شود. برخلاف بانکداری ربوی که بر اساس وام و اعتبارات عمل می کند و کل عملیات آن بر مبنای رابطه دائن و مدیون استوار است، در بانکداری اسلامی تسهیلات بر اساس قراردادهای شرعی ارائه می شود و سود حاصله میبایست طبق قاعده کلی مذکور میان طرفین تقسیم گردد؛ در غیر اینصورت اصلاً نمیتوان گفت که شرکت و اهداف آن تحقق یافته است. (همان: ۴۱)



در واقع هدف از بانکداری اسلامی عدالت، ثبات و رشد اقتصادی است که توأمان از اهداف اصلی نظام اقتصادی کشور نیز بر طبق اصل ۴۳ و ۴۴ از فصل چهارم قانون اساسی نیز می باشد، محسوب می شوند. وجود شروط و قراردادهای مشروطی که معیشت اشخاص را دستخوش تغییر قرار میدهد و گیرندگان تسهیلات مشارکت را دچار عسر و حرج میکند خلاف مقتضی بانکداری بدون ربا خواهد بود؛ در همین راستا، ماده ۱ قانون عملیات بانکداری بدون ربا (مصوب ۱۰ شهریور ۱۳۶۲) تأکید دارد که نظام بانکی کشور باید بر پایه عدالت و بر اساس ضوابط اسلامی تنظیم شود تا گردش پول و اعتبار به شکلی "سالم و سازنده" در اقتصاد کشور انجام شود. در دیدگاه اسلامی، ربا به عنوان یکی از گناهان کبیره و مصداق ظلم، مانعی جدی بر سر راه عدالت اقتصادی به شمار می رود. (اصغری، ۱۳۸۲: ۷۲) به طور کلی باید گفت، تنها قوانینی می توانند آزادی قراردادهای را محدود کنند که هدف آنها حفظ نظم عمومی و مصالح اجتماعی باشد. این موضوع در فقه امامیه نیز دیده می شود؛ برای مثال، توافقی که برخلاف احکام الزامی نظیر حرمت ربا باشد، اعتبار ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۹۹: ۱۵۱) به علاوه طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی، هرگونه قراردادی که مغایر با نظم عمومی یا اخلاق حسنه باشد، قابل اجرا نیست. نظم عمومی شامل قوانینی است که برای حفظ امنیت و عدالت در جامعه تدوین شده اند و تخلف از آنها مجاز نیست؛ پُر واضح است که قدرت و آزادی بانک در درج شروط قراردادی نظم عمومی را مختل و خلاف اصل حسن نیت قراردادهاست؛ اخلاق حسنه به مجموعه اصولی اطلاق می شود که در یک زمان و مکان خاص، توسط اکثریت جامعه لازم الاجرا شمرده می شوند. نظام حقوقی برای تضمین عدالت اجتماعی، در مواردی از این اصول حمایت می کند. رابطه اخلاق حسنه با نظم عمومی به گونه ای است که هر آنچه خلاف اخلاق حسنه باشد، اغلب با نظم عمومی نیز در تضاد است. (همان: ۱۸۰) با این حال، ممکن است برخی موارد، مثل تعارض با نظم عمومی، جنبه غیراخلاقی نداشته باشد. علی ایحال به دلیل تداخل مفاهیم ربا و سود معین در بانکها و عدم حفظ حقوق مشتری و تسهیلات گیرنده، باید شرط سود معین را علاوه بر خلاف نظم عمومی بودن، خلاف اخلاق حسنه و بانکداری اسلامی نیز دانست. در نهایت باید گفت، در خصوص قرارداد های مشارکت مدنی و بهبود وضعیت موجود در انعقاد این قراردادها، راهکاری جز، پیگیری نهاد های نظارتی و بانک مرکزی و شورای پول و اعتبار برای تنظیم دستورالعمل مشخصی که خلاف شرع و قانون موضوعه نباشد به نظر نمیرسد، که نیاز به تصمیم گیری جدی شورای نگهبان و مراجع قانونگذاری به نحو احسن خواهد داشت. امید است جهت تحقق اهداف نظام بانکداری اسلامی اخذ اینگونه تصمیمات با جدیت بیشتر صورت گیرد .



۴- نتیجه گیری

با تشریح مفاهیم شرکت، مشارکت مدنی و ربا و انواع دیدگاه فقها و حقوقدانان در رابطه با شرط سود معین باید گفت، هرچند بتوان شرط سود معین را در برخی موارد با دخالت صلح و اباحه صحیح و معتبر دانست، اما در عقود بانکی نمیتوان اینگونه تصور کرد. فی الواقع مفهوم عقد مشارکت، مشارکت در سود و زیان می باشد نه فقط در سود، در حالی که هم اکنون بانک ها در قالب عقد مشارکت مدنی فقط در سود مشارکت می کنند؛ چنانچه ملاحظه شد عقد مشارکت در جایگاه و مفهوم حقیقی خود استفاده نمی شود. بلکه به عنوان ابزاری برای سودجویی از تسهیلات گیرنده مورد استفاده واقع می شود؛ از جمله عوامل این امر آن است که بانکها در نظارت بر عملیات اجرایی و نحوه بکارگیری منابع مالی طرح، توسط گیرندگان تسهیلات ضعیف عمل میکنند از این رو برای جلوگیری از ورود هر گونه خسارت ناشی از عدم تعهد خود یا تبدیل عقد مشارکت به فروش اقساطی یا سایر عقود مبادله ای سعی می کند منافع مالی و سود مورد انتظار از آن را به هر طریقی تضمین کنند؛ که به هیچ عنوان نمیتواند سود نامستحق بانک را در قرارداد مشارکت مدنی توجیه کند؛ تنها راهکار قانونی موجود، دخالت شورای پول و اعتبار و بانک مرکزی برای ابطال دستور العمل موجود و جایگزینی آن با راهکاری کاملاً منطبق با اهداف نظام بانکداری اسلامی و بدون رباست؛ النهایه پیشنهاد میشود تا پژوهشگران با تطبیق بیشتر این موضوع با نظام بانکداری خارجی و فقه امامیه، در تدوین قانون و یا دستورالعمل های مناسب موجبات بهبود وضعیت حاضر را با دخالت نهاد های قانونگذار فراهم آورند.



References

1. Ibn Idris, M, (1989), Al-Sara'ir al-Hawi for the Confusion of Fatawa, Volume 2, Islamic Publications affiliated with the Qom Seminary Teachers' Association **[In Persian]**
2. Emami, S H, (2023), Civil Law (Volume Two), Islamia Publications. **[In Persian]**
3. Hurr Ameli, M, (1979), Wasa'il al-Shi'ah, Volumes 2 and 15, Translated by (Muhammad Reza al-Husseini), Aal al-Bayt Institute. **[In Persian]**
4. Khavari, M R, (1992), Banking Law, Iranian Banking Institute (affiliated with the Central Bank of the Islamic Republic of Iran . **[In Persian]**
5. . Shahid Thani, Z, (2002), Masalak al-Afham, Volume 3, Al-Ma'arif al-Islamiyya Institute **[In Persian]**
6. Erfani, M,(2009), Commercial Law: Commercial Companies, Volume 2, Jangal Publications **[In Persian]**
7. . Farzin Vash, A. (2004), Investigating Contracts in Islamic Banking, Monetary and Banking Research Institute **[In Persian]**
8. . Katouzian, N, (2023), Civil Law in the Current Legal System, Mizan Publications **[In Persian]**
9. . Katouzian, N (2019), General Rules of Contracts, Volume 1, Ganj Danesh Publications **[In Persian]**
10. . Kashani, M, (2023), Civil Law (Special Contracts), Mizan Publications **[In Persian]**
11. . Mohaqiq Hilli, A, (1979), Sharia al-Islam in matters of halal and haram, Volume 2, Ismaili Institute Publications **[In Persian]**
12. . Mohammadi Mani, A, (1998), Inference of Islamic Law Principles of Jurisprudence, Tehran University Press. **[In Persian]**



13. . Najafi, M,(2017).Jawaher al-Kalaam, translated by Akbar Nayebyzadeh, volumes 23 and 26, Khorsandi Publications **[In Persian]**
14. Asghari, M, (2003), A review of the goals of interest-free banking, Andisheh Hawza Magazine, pp. 59-76. **[In Persian]**
15. Pousti, Frank; Hassani, Zahra,(2002), The Jurisprudential and Legal Nature of Usury, Specialized Journal of Jurisprudence and Fundamentals of Law, pp. 182-158. **[In Persian]**
16. Abdul Wasay Haghighi; Felix Po Merans, 2008,Islamic Banking from its Emergence to the Present, translated by (Mohammad Reza Shabanzad), Bank Eqtesad Magazine**[In Persian]**
17. Ghafouri Charkhabi, H, (2009), (Review of the verses on usury and its rulings), Scientific Quarterly Journal of Islamic Economic Studies, pp. 212-183**[In Persian]**