



The Scientific Journal in Jurisprudence and Bases of Islamic law The 14 rd. Year/NO: 4 Winter 2022

بررسی ابعاد فقهی و حقوقی شرط تضمین سود در حقوق ایران

علی صفری^۱ سیدحسام الدین حسینی^۲ فرج الله براتی^۳ حسن حیدری^۴

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۴/۰۶

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۸/۱۳

چکیده

شرط تضمین سود از شروط مهم در بازار سرمایه گذاری است. در بازار سرمایه ایران، به دلیل وضع قوانین ضد ربوی، شاهد رشد قوانینی از این سنخ بوده؛ ولی واقعیت آنست که این قوانین در ظاهر ضد ربوی هستند و بازار سرمایه، در بخشهایی به صورتی غیرمتمتعرف بر مدار بهره و ربا می چرخد. از طرف دیگر، ظرفیت بالای فقهی و حقوقی در ایران، می تواند بر محور تحقیق و ایجاد قوانینی باشد، که هم توسط مردم جذاب باشد و هم تضمین سود را به همراه داشته باشد. و این سوال مطرح می شود که شرط تضمین سود بر اساس قواعد فقهی و حقوقی چه جایگاهی دارد؟ هدف نهایی از این تحقیق بررسی ابعاد فقهی و حقوقی شرط تضمین سود در بازار سرمایه ایران است. ابزار تحقیق، اسناد کتا بخانه ای بوده، روش تحقیق بصورت توصیفی - تحلیلی است و روش تجزیه و تحلیل بصورت کیفی است. در این تحقیق با بررسی ابعاد و ماهیت نظام سرمایه به این نتیجه منتهی شد که تضمین سود با موانعی همراه است. و راهکارهایی برای این تضمین به نحو مشروع وجود دارد. و با توجه به ماهیت ربا و تفاوت ماهوی آن با بهره و مشروعیت اعلام سود ثابت در نظام حقوقی ایران، شرط تضمین سود در موسسات مالی شخصی و حقوقی خصوصاً بانک ها، امری با قابلیت فقهی حقوقی می باشد. و از طرفی با تحلیل فقهی سپرده های با سود ثابت و بررسی جایگاه بهره و سود در حقوق تطبیقی اسلام این مساله کاملاً حقوقی و شرعی می باشد.

واژگان کلیدی: سود، بهره، تضمین سود، بانکداری بدون ربا.

alisafari۴۶۹@gmail.com

shesamhosseini@yahoo.com

farajolah.barati@yahoo.com

dr.hasanheidari@yahoo.com

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

۲. استادیار گروه فقه و حقوق واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران. (نویسنده مسئول)

۳. استادیار گروه فقه و حقوق واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

۴. استادیار گروه فقه و حقوق واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

۱- مقدمه

امروزه مساله قراردادهای سرمایه گذاری به موضوعی اصلی مبدل شده است. یکی از مسایل مهم میزان سود و تضمین آن توسط سرمایه پذیر است. معمولاً سرمایه گذاران هم سرمایه خود را در جایی به کار می برند که سود آنها تضمین گردد و سود آنها دجا رفت و کاهش نگردد.

در نیمه دوم قرن بیستم و مقارن با رواج تجارت سرمایه در همه کشورها برای رسیدن به توسعه و گسترش چرخ صنایع و اقتصاد به شکل جدید، متفکران اسلامی هم کوشیدند تا یکی از عوامل موثر اقتصادی در پیدایش مشکلات بزرگ در زندگی مردم در جوامع ملل مختلف یعنی معاملات ربوی را به کنترل در آورند و خطرات ناشی از آن را به راههای علمی و اندیشه های اقتصادی و حقوقی مهار کنند.

تقصیری بودن مسئولیت ید امانی در فقه و حقوق مدنی یعنی عدم ضمان؛ مگر در صورت افراط و تفریط (صدر، ۱۴۰۳، ص ۳۰، ق ۳۰) که ذهن و فکر حقوقی را متوجه این سوال می کند که آیا می توان به وجهی مسئولیت لازم و متوقع در مقام ورود و اقدام سرمایه گذاران در عملیات بانکی را تامین کرد که با وجهه امانی آن ها منافاتی نداشته باشد؟ فاصله ای که در احکام امانت و عملیات ائتمانی بین قواعد حقوق مدنی و قواعد حاکم در قانون عملیات بانکی دیده می شود، چگونه از دید فقه و حقوق مدرن و کار کرد گرا، در سایه موازین فقهی و حقوقی قابل توجیه است.

حال این سوال بوجود می آید که آیا شرط تضمین سود در سیستم سرمایه گذاری ایران رامی توان از نظر فقهی و حقوقی تحلیل و توجیه نمود؟

به ذهن می آید، شرط تضمین سود؛ یک نوع «شرط فعل» می باشد که به موجب آن مشروط علیه، متعهد به اکتساب مقدار سود مورد تراضی می شود. هر چند فقهای مذاهب اسلامی، معتقد به عدم صحت شرط پیش تعیین سود و تبعاً تضمین آن، در هر نوع مشارکتی شده اند. (نجفی، ۱۷، ص ۱۳۸۱) اما دلیلی بر بطلان چنین شرطی وجود ندارد. بلکه همان گونه که سود در صورت عدم توافق، مشترک بین طرفین می باشد، سود یک طرف نیز ممکن است با توافق دیگری از پیش تعیین گردد و این مغایرتی با کتاب و سنت ندارد و شرط به استناد قاعده شروط (سرخسی، ۱۳۶۴، ۲) نافذ است.

طبق روال بازار سرمایه، این سؤال به وجود می آید که آیا پیش تعیین سود و تضمین آن، در زمان انعقاد قرارداد سرمایه گذاری مشروع و از لحاظ حقوقی چنین شرطی قابل قبول است؟ یا پیش تعیین آن به منزله بهره است که اکثر صاحب نظران معتقد به مشروع نبودن آن شده اند؟ به نظر می رسد، برخلاف نظریاتی که مطلقاً پیش تعیین و تضمین سود را ربا و حرام محسوب می نماید (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ۱۱۷) لازم است از لحاظ موضوعی مرز بهره از سود، مشخص و معین شود. با توجه به تعدد موضوعی آن دو نمی توان به استناد قیاس، حکم حرمت یکی را بر دیگری مترتب کرد.

پس، لازم است بررسی شود که آیا شرط پیش تعیین سود در زمان انعقاد قرارداد مشروع است. در صورت مشروع بودن، آیا شرط تضمین مقدار سود تعیین شده نیز از طرف سرمایه پذیر دارای مشروعیت می باشد. یا در صورت تضمین، سود با بهره مخلوط می شود و نمی توان آن را تضمین نمود.

اهمیت این تحقیق ناشی از آن می باشد که بازار سرمایه ایران، همیشه گرایش به سمت حداقل ریسک برای سرمایه گذاران و حتی سرمایه پذیران داشته است؛ بنابراین بایستی سازوکار شرط تضمین سود، به نحوی طراحی و اجرا گردد که مشکلات شرعی و حقوقی در عملیات سرمایه گذاری مرتفع گردد.

اهداف تحقیق شامل بررسی مبانی، مصادیق و الگوهای حقوقی و شرعی شرط تضمین سود، ارائه راهکارهای حقوقی و فقهی جهت مجاز بودن شرط تضمین سود و ارائه توجیه های فقهی و حقوقی در سرمایه گذاری های جدید به نحوی که قابلیت کاربرد در بازار ایران را با چشم انداز تطبیقی داشته باشد.

۲- چارچوب نظری

۲-۱ ربا

کلمه ربا، معنای فزونی می دهد، ربا در لغت به معنای یک نوع زیاده اضافی است که در اموال و ثروت بوجود می آید. «الربا الزیاده علی راس المال لکن حض فی الشرع ربا لزیاده علی وجه دون الوجه» (راغب اصفهانی، ۱۸۷) ربا افزایش سرمایه است اما در اصطلاح شرع به معنای نوعی بخصوص از سرمایه است نه مطلق افزایش، در لسان العرب آمده است: «والاصل فیهِ الزیاده من الربا المال اذا زاد وارتفع ونما» (ابن منظور مصری، ۱۴، ۳۰۴)

در اصطلاح فقه؛ رباعبارت است از: بیع جنس به جنس مانند برنج به برنج در مکیل و موزون بشرط اضافه گرفتن یا قرض دادن به شرط اضافه گرفتن، بیع مذکور را بیع ربوی و قرض مذکور را قرض ربوی گویند. در خصوص معنای فقهی و شرعی آن نیز می توان گفت «فزونی است که در ازای مالی دریافت شود».

در روایتی عمر بن یزید از امام صادق (ع) سوال می کند «ما ربا» ربا چیست؟ حضرت می فرماید: «دراهم بدراهم مثلین بمثل وحنطه بحنطه مثلین بمثل» (طوسی، ۱۳۹۰، ۱۴۹) (صدوق، ۱۳۹۰، ۱۷۶) در روایت دیگری از آن حضرت نقل شده که حضرت فرمود: «... واما الربا الحرام فهو الذی یقرض قرضا ویشرط ان یرد اکثر مما اخذه» (حر عاملی، ۱۳۸۳، ۴۵۴) یعنی ربای حرام آن است که فردی به دیگری قرض دهد و شرط کند که بیش از آنچه گرفته بر گرداند. بر اساس همین روایات معمولا فقها از جمله محقق حلی، ربا را بصورت زیر تعریف کرده اند: «ربا در بیع با دو وصف پدید می آید، جنسیت و مکیل یا موزون بودن دو قرض با شرط نفع ربا تحقق می یابد. (حلی، ۱۴۰۳، ۲۹۷)

در فقه امامیه و به تبع آن در قوانین کیفری جمهوری اسلامی، ربا؛ دو صورت دارد که در ماده ۱ قانون نحوه اجرای اصل ۴۹ قانون اساسی مصوب ۶۳/۵/۱۷ بیان شده است؛ ربای قرضی و ربای معاملی. ربای قرضی بدین معنی است که هنگام انعقاد عقد قرض، شرط شود که علاوه مالی که قرض داده شده، مال اضافه دیگری دریافت شود. در ربای معاملی دو مالی که از یک جنس هستند، معاوضه می شوند به صورتی که این دو عوض، نسبت به هم کم و زیاد باشند البته مال باید بوسیله پیمان یا وزن قابل سنجش باشد.

فقهای شیعه ربا را به دو نوع تقسیم می کنند:

۱- ربای قرضی: که عبارت است از " اشتراط هر نوع زیاده در قرارداد قرض " (موسوی

خمینی، ۱۳۵۱، ۱، ۴۰۱ و نجفی، ۱۰، ۲۵، ۱۹۸۱) همچنین عبارت است از دادن قرض اعم از پول یا کالا به شرط اخذ مقداری افزون تر از آن مقدار افزون تر مفهوم وسیعی دارد و شامل مقدار زیادی پول کالا، کالا یا ارائه خدماتی خاص نسبت به قرض دهنده یا شخص ثالث می گردد. حتی شرط آنکه پرداخت بدهی به روشی مثلا توام با تکلف بر قرض گیرنده باشد مشمول تعریف ربای قرضی است. (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۴، ۳-۱۲ و امام خمینی، تحریر الوسیله، ۱، ۶۴-۶۵۳ و محقق حلی، شرایع، ۲، ۸۴)

۲- ربای معاملی: عبارت است از "معامله دوشیء هم جنس از اشیاء مکمل یا موزون همراه بازباده" (یزدی، بی تا، ۴، ۲). ربای معاملی بر خلاف ربای قرضی، در خصوص معاوضه کالا مطرح است و مراد از آن، تفاضل دو مقدار (کمیت) در معامله بین دو کالای همجنس است چه اینکه آن دو کالا به لحاظ کیفیت یکسان باشند یا متفاوت (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۳، ۴۳۸). آیات زیادی وجود دارد که فقها برای تحریم ربا به آن استدلال نموده اند که اطلاق این آیات نشان از جاری بودن ربای معاملی در عقد معاوضی می باشد. این آیات عبارتند از:

الف. «الذین یاکلون الربا لا یقومون الا کما یقوم الذی یتخبطه الشیطان من المس ذلک بانهم قالوا انما البیع مثل الربا و احل الله البیع و حرم الربا...» (بقره: ۲۷۵) خرید و فروش مثل رباست و خدا خرید و فروش را حلال و ربا را حرام کرده است.

ب. «یا ایها الذین آمنوا لا تاکلوا الربوا اضعافا مضاعفه...» (آل عمران: ۱۳۰)؛ ای کسانی که ایمان آورده اید ربا را که افزودنی ها بر آن افزوده است (سودهای چند برابر) نخورید.

ج. «واخذهم الربا وقد نهوا عنه واکلهم اموال الناس بالباطل و اعتدنا للكافرين منهم عذابا الیما» (نساء: ۱۶۱)؛ و به سبب ربا گرفتنتان، در حالی که از آن باز داشته شده بودند و نیز خوردن مال های مردم به ناروا... و برای کافران عذاب دردناک آماده کرده ایم.

د. «وما اوتیتم من ربا لیربو فی اموال الناس فلا یربو عندالله...» (روم: ۳۹)؛ و آنچه از ربا می دهید تا (برای شما) در مال های مردم بیفزایید، پس (بدانید که) نزد خدا افزون نمی شود.

فقهای اهل سنت در تقسیم ربا برخی ربا را به ربا القروض و ربا البیوع تقسیم کرده، سپس ربا البیوع را به دو قسم ربای نسیه و قرض تقسیم می کنند. و ربای قرض را از مصداق های ربای نسیه می دانند. (مصری، ۱۰، ۹، ۱۴۱۲) (عباس موسویان، ۲۷، ۷، ۱۳۸۶)

اقتصاد دانان واژه ربا (Usury) را خیلی کم به کار می برند، نزدیک ترین واژه مورد استعمال در اقتصاد کلمه بهره (Interest) است که رابطه اش با ربای قرض عام و خاص من وجه است. (همان، همان)

۲-۲ حیلہ ربا

حیله ربا، عملی است که به منظور تغییر حکم ربا در مورد یک مصداق از راه تغییر عنوانی که بر آن منطبق است، انجام می شود که از کلمات برخی فقهاء استفاده می شود (سرخسی، ۱۳۶۴، ۴).

اکثر فقهاء معتقدند بکارگیری حیله در معاملات ربوی صحیح است. اما عده ای هم معتقدند حیله در ربای معاملی صحیح و در ربای قرضی باطل است، امام خمینی معتقد است در هر دو صورت باطل است چرا که معامله بدون قصد واقعی انجام شده است. (موسوی خمینی، ۱۵، ۱۱۵) اما فقهای موافق حیله ربا معتقدند فرار از ربا انگیزه طرفین و انجام معامله صحیح قصد آنهاست.

حیل ربا شامل موارد زیر می شود:

- ضمیمه کردن چیزی به یکی از دو عوض یا هر دو. مانند فروش یک هزار درهم و یک دینار به دو هزار درهم
- فروختن دو مال به مقدار مساوی و بخشیدن مقدار اضافه
- هریک از طرفین مال خود را به دیگری ببخشد.

-هریک از طرفین مال خود را به دیگری قرض دهد و سپس همدیگر را بری الزمه کنند.

۳-۲ بانک بدون ربا

بانک بدون ربا، یک مؤسسه انتفاعی است که از طریق قراردادهای شرعی، با سرمایه خود و سپرده‌های مشتریان، به منظور کسب سود، اقدام به جمع‌آوری سپرده‌ها، دادن تسهیلات و اعتبارات و ارائه خدمات بانکی می‌نماید که البته بدون ربا هم باشد...

بانکداری اسلامی: نوعی بانکداری یا فعالیت بانکی است که با احکام اسلام (بویژه مقررات ربا و ربا خواری) همخوانی دارد و در قالب اقتصاد اسلامی تعریف می‌شود. (دائرة المعارف بزرگ اسلامی، ۱۱، ۲۸۰)

قانون بانک داری بدون ربا، در فصل سوم، مواد هفت تا هفده اختصاص به تخصیص منابع و نیز چگونگی توزیع آن در بخشهای مختلف اقتصادی دارد. در ماده هفت این گونه آمده است: بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخشهای تولیدی و بازرگانی و خدماتی قسمتی از سرمایه یا منابع مورد نیاز این بخش‌ها را به صورت مشارکت تامین کنند. (والی نژاد، ۱۳۶۸، ۱۶۹)

به عبارت دیگر بانک منابع حاصل از وجوه سپرده‌گذاران را به بخش‌های مختلف اقتصادی کشور از طریق تامین سرمایه مورد نیاز سوق می‌دهد از آنجا که فعالیت‌های اقتصادی در بخش‌های مختلف دارای تنوع و گسترده‌گی می‌باشند، بر این اساس، قانون بانکداری بدون ربا عقود مختلف اسلامی را با توجه به کاربرد آن‌ها در بخش تخصیص منابع ذکر کرده است: این عقود عبارت‌اند از «قرض الحسنه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، سرمایه‌گذاری مستقیم، مضاربه، معاملات سلف، فروش اقساتی، اجاره به شرط تملیک، مزارعه، مساقات، جعاله»

۴-۲ تفاوت موضوعی سود و بهره

نیاز است از لحاظ موضوعی بین سود و بهره تفاوت قائل شویم زیرا مخلوط کردن آن دو باهم، همانطور که گاهی در بازار سرمایه واقع می‌شود و کاربرد سود به جای بهره در نتیجه استعمال نادرست، موجب اشتباه در حکم آن می‌گردد. سود و بهره از این حیث که هر دو به مالک سرمایه تعلق می‌گیرد، هر دو در قبال سرمایه‌گذاری به سرمایه‌پذیر داده می‌شود و ما زاد بر اصل سرمایه است، مشترک می‌باشند. شاید به دلیل وجود این اشتراکات و تشابه است که بجای بهره از سود، که مشروعیت آن مسلم است، استفاده می‌کنند. ولی با وجود این، از لحاظ موضوع و سبب مملک متفاوت می‌باشند (شم آبادی، ۱۳۹۱، ۶).

بهره، عبارت از مقدار مازاد مالی است که صرف‌نظر از بکار گرفتن سرمایه در امور اقتصادی و تولیدی یا رفع نیاز شخصی یا در صورت بکار بردن آن در امور اقتصادی، صرف‌نظر از میزان سودآور بودن و یا نبودن آن به مالک سرمایه اختصاص داده می‌شود (صدر، ۱۴۰۳، ق، 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.

به جهت این تفاوت موضوعی است که بهره در اصطلاح حقوقی به نزول پول تعبیر شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۱۴).

ولی سود به مالی که در نتیجه فعالیت سرمایه به صاحب سرمایه تعلق می‌گیرد، توصیف شده است (همان، همان، ۱۵). بنابراین، سود و بهره هرچند هر دو مازاد بر اصل سرمایه به مالک اختصاص می‌یابد؛ ولی سود، مازادی است که در نتیجه گردش سرمایه در امور تولیدی و تجاری ایجاد شده است؛ ولی بهره مازادی است که به صرف اعطاء سرمایه به مالک اختصاص یافته است.

در «سود»، تولید ثروت شده است و به همین جهت در شرکت تجاری سود خالص در هر سال مالی به درآمد حاصل شده در همان سال منهای تمام هزینه‌ها و استهلاکات تعبیر شده است (ستوده تهرانی، ۱۳۷۵، ج ۲، ۳۱۹).

ولی در «بهره» تولید ثروت مسلم نیست؛ زیرا ممکن است سرمایه را سرمایه‌پذیر صرف نیازهای شخصی نماید. علاوه بر این، سبب مملک بهره، بر فرض مشروعیت آن، قرارداد سرمایه است که به مجرد انعقاد قرارداد، مالک مستحق دریافت مقدار تعیین شده می‌شود. ولی مبنای مالکیت سود توسط مالک قاعده تابعیت سود از سرمایه است (نجفی، ۱۳۸۱، ۱۹)

در نتیجه در صورت صحت قرارداد سرمایه‌گذاری به نرخ بهره، مالک از «زمان انعقاد» قرارداد مالک بهره می‌شود و در صورتی که زمان خاصی برای تأدیه و پرداخت آن تعیین نشده باشد، لازم است بلافاصله پرداخت شود و مالک حق مطالبه را دارد.

۲-۵ تفاوت ماهوی بهره و ربا

به عقیده گروهی از فقها آنچه در اسلام به عنوان ربا ممنوع شده، بازده ثابت از پیش تعیین شده است، نه نرخ بازده نامشخص، به گونه ای که در سود مطرح میشود (غنی نژاد، ۱۳۸۴، ۳۷).

در نظام اقتصادی مبتنی بر بازار که سطح عمومی قیمت‌ها دائماً در حال تغییر است، هیچ معامله مالی با بازده ثابت از پیش تعیین شده ممکن نیست؛ این تعریف شامل بهره سرمایه در نظام اقتصادی جدید که در اثر تغییرهای مداوم قیمت‌های نسبی در حال تغییر است، نمی‌شود. نرخ سود و بهره دارای تفاوت ماهوی هستند. به این معنا که سود بعد از انجام تولید و بعد از بررسی درآمد و هزینه مشخص می‌شود در حالی که بهره خود جزئی از هزینه است. و ماهیت این دو دارای تفاوت است. و این در حالی است که اکثر وام‌های ما از نوع بیع اقساطی است و می‌تواند منجر به تورم شود، هرچند که در عمل، آن چیزی که در روابط بانکی و قراردادها وجود دارد، اسمش سود است اما این موضوع بسیار پیچیده ای است و باید قراردادها را بررسی کرد که هر بانکی به چه شکلی عمل می‌کند. (باقری تودشکی، ۱۳۹۳)

۲-۶ شناسایی ماهیت ربا

در قانون مجازات اسلامی، قانونگذار ربا را «هرگونه توافق بین دو یا چند نفر تحت هر قراردادی از قبیل بیع، قرض، صلح و امثال آن در صورتی که همراه با زیادت باشد؛ ربا تلقی می‌شود» (میر آخور، ۱۴۲۰ه ق، ۱۷)

ربا بر دو گونه تقسیم می‌کنند: ربا قرضی و ربا معاوضی

ربای قرضی: آن است که شخص بدیگری قرض دهد و شرط کند اضافه بر آنچه قرض داده است، دریافت کند چنین قرضی مطلقاً باطل و حرام است؛ بدون تفاوت بین این که جنس قرض داده شده وزن کردنی باشد، یا پیمانانه ای یا شمارشی یا غیر اینها و نیز بدون تفاوت بین پول خارجی و ایرانی. حتی اگر چیزی که بعنوان اضافه شرط شده، از جنس چیزی که

قرض داده شده است نباشد؛ باز ربا و حرام خواهد بود. (جعفر ربانی، ۱۳۹۵) مثلاً اگر پولی را به شخصی قرض دهد و شرط کند علاوه بر رد اصل پول، یک هفته هم برای قرض دهنده کار کند؛ این قرارداد ربا و حرام است. ربای معاوضی: آن است که دو چیز همجنس با هم مبادله شود؛ در حالی که یک طرف از طرف مقابل کمتر باشد این گونه معاوضه باطل است؛ در صورتی که جنس وزن کردنی یا پیمانه ای باشد. (همان، همان) با توجه به تعریف ربا در قانون مجازات اسلامی ربای معاوضی از منظر قوانین کیفری اختصاص به بیع ندارد. (میر آخور، ۱۴۲۰، ۱۷)

البته در بین فقها برخی ربای معاوضی را مختص عقد بیع می‌دانند و در سایر عقود ربا را جاری نمی‌دانند (همان، همان). اگر شخص قرض گیرنده تبرعا مالی را اضافه بر مال قرض گرفته شده به شخص قرض دهنده پرداخت کند، هیچ ایراد شرعی متوجه این عمل نیست و حتی مستحب نیز هست (همان، همان).

در عرف جامعه، ربای قرضی رواج فراوانی دارد و بیشتر خودش را نشان می‌دهد، ربای معاوضی خیلی مبتلا به، نیست و اصولاً کشف هم نمی‌شود، آنچه بیشتر جامعه ما درگیر آن است، ربای قرضی است؛ آیات و روایات هم بیشتر این نوع ربا را مضر دانسته است (ضیایی، ۱۳۷۲، ۱۶).

تقلب نسبت به قانون مجاز نیست (باقری تودشکی، ۱۳۹۳) و شخص حق ندارد با تغییر ظاهر موضوع نسبت به قانون تقلب کند. در متون فقهی نیز این عبارت آمده است که «العقود تابعه للعقود» یعنی عقود و قراردادهایی که منعقد می‌کنیم صرفاً تابع ظاهر و شکل آن‌ها نیست؛ بلکه تابع اراده باطنی طرفین است. (نجفی، ۱۳۸۱، ۱۴)

۳- ابعاد فقهی - حقوقی شرط تضمین سود

۳-۱ مشروعیت اعلام سود ثابت

آیا اعلام سود ثابت بر تعریف ربا، که عبارت از اشتراط سود (مآزاد بر اصل سرمایه) در قرارداد قرض است، انطباق دارد؟ پاسخ این پرسش را از ملاحظات زیر، می‌توان دریافت:

اولاً طبق تعریف پیش گفته فقیهان، ربا در دو صورت پیش می‌آید: یکی در پرداخت هر نوع زیاده (ثابت یا متغیر، بر اصل سرمایه در «قرارداد قرض» و دوم، وجود زیاده عینی یا حکمی در خرید و فروش اجناس ربوی (اجناسی که با وزن و پیمانه خرید و فروش می‌شوند و عوضین معامله از یک جنس است).

با توجه به ماهیت فقهی سپرده پس انداز و سپرده سرمایه گذاری با سود ثابت، این دو نوع سپرده نه قرض هستند و نه خرید و فروش اجناس ربوی؛ بلکه به نظر می‌رسد رابطه سپرده‌گذار و بانک، رابطه «وکالت» است.

طبق موجب تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکداری بدون ربا^۱؛ به نظر می‌رسد با توجه به اینکه بانکها، به عنوان وکیل سپرده‌گذاران، صرفاً می‌بایست از این قالبهای مشخص قانونی استفاده کنند و هیچگاه مجاز دانسته نشده اند تا در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی، قرارداد خصوصی منعقد کنند، دادگاه باید تا حد امکان، رابطه حقوقی طرفین را به نحوی توصیف کند که منتهی به رعایت مقررات قانونی شود. از طرف دیگر بانکها در مقام وکیل سپرده‌گذاران تنها می‌توانند در مواردی که اختیار دارند؛ معامله کنند و حدود این اختیار را قانونگذار به صورت امری به بانک و سپرده‌گذاران تحمیل می‌نماید.

^۱ - به موجب تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکداری بدون ربا، بانکها می‌توانند از سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت داری که در اختیار آنها قرار می‌گیرد در عقود که قانونگذار صراحتاً احصاء نموده است استفاده کنند و یکی از این عقود، عقد مضاربه است.

همچنین گفته شده است که اگر متعاملین توافق کرده باشند که مالک، مالی به دیگری بدهد تا با آن تجارت کند و تمام سود از آن عامل باشد، عمل حقوقی واقع قرض مداینه، خوانده می شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹، ۱۴۶).

در این فرض، هنگامی که مالک سرمایه خود را به عامل می دهد تا با آن تجارت کند، در واقع اموال خودش را به عامل تملیک میکند. با قبض مال، سرمایه در مایملک عامل قرار می گیرد و ذمه وی مشغول به رد مثل مال به مالک می گردد. در چنین وضعیتی تمام سود حاصله، به تبعیت از مالکیت عین، در ملک عامل ایجاد میشود و بدین ترتیب سود از آن وی خواهد بود. در طرف دیگر اگر متعاملین توافق کرده باشند که تمام سود از آن مالک باشد، عمل حقوقی رخ داده مشمول عنوان بضاعت است (همان، ۱۴۷).

بضاعت عمل حقوقی است که به موجب آن، مالک سرمایه خویش را به عاملی می دهد تا با آن تجارت کند و شرط شده باشد که تمام سود از آن مالک باشد. در چنین شرایطی عامل، هیچ بهره ای از سود نمی برد و صرفاً به استناد قاعده احترام^۱ به عمل مسلم و پرداخت اجرت آن مگر آنکه قصد تبرع داشته باشد.^۲ (ضیایی ۱۳۷۲، ۱۶) مستحق دریافت اجرت المثل عمل خویش است. بدین ترتیب هر عقدی تابع قصد متعاقدين بوده و در صحت آن الفاظ مخصوصی شرط نیست، بلکه به هر لفظ یا فعلی که کاشف از قصد متعاقدين باشد؛ معامله مورد نظر واقع می شود. بنابراین ممکن است عقد قرض و یا بضاعت به صیغه مضاربه واقع شود؛ به شرط اینکه قرینه حالیه دلالت بر مراد متعاقدين نماید، زیرا مضاربه در معنای حقیقی خود، مقتضی مشارکت طرفین در سود است.

تعدادی از فقها (صدر ۱۴۰۳.ه.ق، ۳۵) توافق طرفین عقد مضاربه بر تعیین سود به نحو معین و مفروز را صحیح دانسته اند. (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳.ه.ق، ۲۰) ایشان به حدیثی از امام موسی کاظم (ع) استناد می کنند. او بیان می دارند که دلیلی وجود ندارد که بر لزوم تقسیم سود به صورت کسر مشاع دلالت کند و مقتضی اطلاق حدیث، یکسانی صحت هر دو فرض است که در یکی از آنها سود به نحو کسر مشاع و در دیگری به نحو معین تعیین شده باشد و نهایتاً نتیجه می گیرند که سود بر اساس مطلق توافق طرفین تقسیم می شود و این توافق صحیح است. (همان، همان)

برخی دیگر از فقها تعیین سود مضاربه به نحو معین را در فرضی صحیح می دانند که طرفین اطمینان داشته باشند؛ سودی که در مجموع حاصل می شود از آن مقدار معین شده بیشتر است (موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵ ق، ۲۶۶).

در استفتائات فقهای معاصر نیز برخی بر این عقیده اند که تعیین سود در عقد مضاربه به دو روش صورت می گیرد که در یکی از آنها طرفین توافق می کنند تا مقدار معینی از سود از آن عامل و مابقی از آن مالک باشد یا برعکس. در روش دیگر طرفین توافق می نمایند تا کسر مشاعی از سود اعم از نصف، ثلث و امثال آن به عامل تعلق گیرد (موسوی خمینی، ۱۴۲۴. ق، ۳۰۲).

در اینجا هر چند از ابتدا تعیین سود به صورت معین؛ صحیح دانسته نشده اما حسب مورد با استفاده از دو عقد وکالت و صلح، سعی شده است تا چنین توافقی صحیح قلمداد گردد.

۲- «عمل المسلم محترم حتی یقصد التبرع»

۳- «و یوید المدعی ایضاً ما رواه الکاهلی عن ابی الحسن موسی علیهما السلام فی رجل دفع الی رجل ملاً مضاربه فجعل له شیئاً من الربح مسمی فابتاع المضارب متاعاً فوضع فیه قال علی المضارب من الوضیعه بقدر ما جعل له من الربح». (طباطبایی قمی، ۱۴۲۳، ۲۰).

برخی دیگر نیز علیرغم صحیح دانستن تعیین سود به نحو معین در فرضی که سود نهایی حاصله از آنچه طرفین توافق نموده اند بیشتر باشد، پیشنهاد داده اند که پس از تعیین سهم سود، مالک سرمایه می تواند شرط کند که عامل، ماهیانه مبلغ معینی از مال خود را به صاحب سرمایه قرض بدهد و از جانب وی وکیل باشد تا سهم مالک از سود را با پولی که به او قرض داده، مصالحه نماید و اگر هم سودی حاصل نشد، مالک را از آن قرض بری الذمه کند (تبریزی، بی تا، ۲۴۷).

در کنار این دسته از فقها برخی از معاصران نیز تعیین سود معین در مضاربه های بانکی را پذیرفته اند. بدین ترتیب مالک مطابق این نظر، بانک می تواند شرط کند که اگر سود به مقدار مشخص نرسید؛ عامل، مکلف است تا سقف مقدار تعیین شده از مال خود به مالک بپردازد. همچنین مالک، می تواند شرط نماید که اگر مضاربه سود نداشت، وی حق داشته باشد به مقدار سود تعیینی از اموال عامل بردارد (سیستانی، ۱۳۸۷، ۱۴۱).

اگر طرفین هر کدام مقدار معینی را سود قرار دهند، قرارداد منعقد شده، مضاربه نیست؛ بلکه عقدی در عالم اعتبار منعقد شده است که طبق ماده ۱۰ قانون مدنی و اصل آزادی اراده، نفوذ حقوقی داشته باشد و شرط ذیل آن نیز با توجه به قاعده سلطه، قاعده شروط و عقلایی بودن مفاد چنین شرطی، صحیح است و مغایرتی با قواعد آمره حقوق اسلام ندارد (باریکلو، ۱۳۸۷، ۱۰۲).

مبنای این تحلیل آن است که «شرط خلاف مقتضای ذات عقد در صورتی توافق را بی اثر می سازد که معلوم شد طرفین، هیچ اثر حقوقی را به طور جدی اراده نکرده اند یا آنچه را که خواسته اند با قانون یا نظم عمومی مخالف است و گرنه امکان دارد که شرط خلاف مقتضای عقد، توافق را تبدیل به قرارداد مشروع دیگری سازد. پس در واقع بحث در این نکته نیست که آیا مشاع بودن سود، مقتضای مضاربه است یا نه؟ همین نکته در مورد نوع عملیاتی که عامل انجام می دهد قابل بیان است؛ یعنی قراردادی که در آن نوع عمل غیر از تجارت است نیز بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی نافذ خواهد بود. بدین ترتیب با توجه به امضایی بودن غالب عقود در اسلام و اصل حاکمیت اراده طرفین، مادامی که توافقات خصوصی افراد با قواعد آمره مغایرت نداشته باشد، اعمال حقوقی مزبور صحیح خواهند بود (همان، ۱۰۳).

ممکن است؛ گفته شود که اثر فعالیت تجاری کسب سود یا زیان است و عامل به امانت، مالکی امین قرار داده می شود تا تمام تلاش خویش را صرف فعالیت تجاری نماید و اشاعه در سود و زیان انگیزه ای است که سبب می شود؛ وی در این راه کاهلی نوزد و شرط تعیین سود به نحو معین صرفاً می تواند خلاف مقتضای یکی از آثار عقد مضاربه؛ یعنی اشاعه در سود و زیان باشد. بنابراین از آنجا که شرط خلاف مقتضای اثر عقد با ماهیت آن در تعارض نیست، عقدی که منعقد می شود مصون از بطلان است (شهیدی، ۱۳۸۷، ۱۱۶).

در پاسخ باید گفت حتی اگر چنین شرطی خلاف مقتضای اثر عقد دانسته شود؛ نیز همچنان باطل و مبطل است؛ زیرا که گاهی اوقات اثر عقد، آنچنان با ماهیت آن عقد گره خورده است که شرط خلاف آن به شرط خلاف مقتضای ذات عقد، منتهی می شود.

هدف اسلام؛ از تحریم ربا، صرفاً گسترش قرض الحسنه نیست و روح بانکداری بدون ربا نیز تنها عقود مشارکتی نیست، بلکه ترویج همه انواع معاملات و سرمایه گذاری مستقیم در حوزه حکمت تحریم ربا قرار می گیرد (موسویان، ۱۳۹۰، ۸). بنابراین انواع قراردادهای مورد نیاز در نظام اقتصاد اسلامی طراحی و پیش بینی شده است، بنابراین

اجرای دقیق هر قرارداد و جلوگیری از انجام صوری آن و اجرای دقیق شرایط قرارداد موردنظر در فاصله گرفتن آن از شبهه ربا مؤثر است.

بنابراین بانکداری اسلامی به معنای انجام فعالیت قرض الحسنه نیست، بلکه قرض الحسنه تنها یکی از عقود تعریف شده در دین اسلام است.

اما اگر مؤسسه خاصی مثل بانک با توجه به تجربه چندین ساله، برنامه مشخصی برای به کارگیری سپرده‌ها در عقود معین با سود معینی، و راه کارهای علمی و عملی برای کنترل و هدایت آن‌ها داشته باشد و برای وصول مطالبات، شیوه‌های متعدّد و آزموده شده‌ای را به کار گیرد، اطمینان عقلایی می‌یابد که در پایان هر دوره مالی، چه اندازه سود خواهد داشت و اگر هم احتمال خطا می‌دهد، آن احتمال به اندازه‌ای است که براحتی می‌تواند آن را در بخش انعطاف‌پذیر فرآیند، یعنی حق الوکاله قرار دهد؛ این تضمین حقیقی است که به ربا ارتباطی نخواهد داشت (موسویان، ۱۳۸۹، ۱۹).

نکته جالب توجه این است که در عملیات بانکی، چیزی که روی تصمیم‌گیری و انگیزه سپرده‌گذاران مؤثر است، مسئله تضمین حقیقی است؛ یعنی سپرده‌گذار، اطمینان حاصل کند که بانک طرف قرارداد، توانایی کسب سود و تصمیم بر اعطای حق سپرده‌گذار را دارد؛ اما اگر چنین اعتماد و اطمینانی نداشته باشد، در صورتی که بانک انواع سندهای حقوقی را هم ارائه کند، سپرده‌گذار به سپرده‌گذاری رغبت نخواهد کرد.

۲-۳ تحلیل فقهی سپرده‌های با سود ثابت

ماهیت فقهی سپرده جاری و سپرده قرض الحسنه، «عقد قرض بدون بهره» است و ماهیت فقهی «سپرده پس‌انداز با سود ثابت»؛ «سپرده سرمایه‌گذاری با سود ثابت» و «سپرده سرمایه‌گذاری با سود متغیر»؛ «عقد وکالت عام» است؛ با این تفاوت که در سپرده پس‌انداز با سود ثابت و سپرده سرمایه‌گذاری با سود ثابت، منابع حاصل از این سپرده‌ها با تدابیر خاصی، فقط در اعطای تسهیلات با عقود با بازدهی ثابت (فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، تنزیل) به کار می‌رود. در نتیجه سود ثابت به همراه دارد و منابع سپرده سرمایه‌گذاری با سود متغیر از طریق عقود با بازدهی ثابت و عقود مشارکتی به کار گرفته می‌شود. بنابراین هیچ یک از این سپرده‌ها مشکل فقهی و قانونی نداشته، می‌توانند در «بانکداری بدون ربا» به کار گرفته شوند (موسویان، ۱۳۸۹، ۲۲).

۳-۳ بررسی جایگاه بهره و سود در حقوق تطبیقی اسلام

تمام مذاهب اسلامی، علی‌رغم اختلافاتی که در مورد موقعیت سود در حقوق اسلام در بعضی از موضوعات باهم دارند، در این موضوع اتفاق نظر دارند که سود منافی مشروع است و به مالک سرمایه و عامل انجام سرمایه‌گذاری تعلق می‌گیرد (حسینی روحانی، ۱۳۱۲، ق، ۴۰).

اما در مورد بهره، مشهور نزدیک به اتفاق صاحب‌نظران حقوق اسلامی، که آن را بررسی کرده‌اند، حکم به عدم مشروعیت آن داده و آن را نوعی ربا تلقی کرده‌اند که در قرآن به صراحت به حرمت آن تصریح شده و شک و شبهه‌ای در حرمت آن وجود ندارد (حسینی روحانی، ۱۳۱۲، ق، ۴۰؛ خوانساری نجفی، ۱۳۵۷، ق، ۸۹؛ شهیدثانی، ۱۳۸۹، ۱۱۲؛ شهیداول، ۱۴۰۶، ق، ۱۸۹).

به نظر می‌رسد، علاوه بر وهمی بودن موضوع، دلایل مورد استناد نیز باهم متعارض هستند زیرا اولاً: اگر در قرآن و سنت دلیلی بر ممنوعیت بهره وجود نداشته باشد و آیه شریفه حلیت تجارت عن تراض شامل قرارداد بهره هم شود، نیازی به ادله اضطرار^۴ نیست.

بنابراین، استناد به ادله اضطرار، اقرار ضمنی به حرمت بهره در حقوق اسلام است که با ادعای فقدان نص و دلیل در قرآن و سنت بر حرمت بهره‌های بانکی معارض است.

ثانیاً: ادله اضطرار، حلیت بهره را ثابت نمی‌کند؛ زیرا در صورتی که به سپرده‌گذاران بهره تعلق نگیرد، عرفاً نوعی ضرر محسوب می‌شود که قرآن کریم آن را در آیات ۲۷۹-۲۷۸ سوره مبارکه بقره غیر قابل جبران اعلام کرده است.^۲

۴-۳ بررسی جایگاه شرط تضمین سود

امروزه مسأله رابطه بین سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر و قرارداد سرمایه‌گذاری به یک موضوع اصلی مبدل شده که قبلاً سابقه نداشته است. یکی از مسائل مهم میزان سودی است که تضمین آن توسط سرمایه‌پذیر است.

صحت شرط تضمین سود با موانعی مواجه است: نخست اینکه مضمون به، یا مال مورد ضمان هنوز محقق نشده است. پس، چگونه می‌توان از مالی که هنوز موجود نیست، ضمانت کرد (درحالی‌که طبق ماده ۶۹۱ قانون مدنی برای صحت ضمان حداقل باید سبب دین موجود باشد) آنچه در این باره می‌توان استدلال کرد این است که شرط ضمان در باب سود به مفهوم ضمان عقدی نیست که مال مورد ضمان از ذمه شخصی به ذمه ضامن منتقل شود؛ زیرا اولاً: هنوز سودی محقق نشده است تا موضوع عقد قرار گیرد، درحالی‌که برای صحت ضمان وجود مضمون به یا سبب آن ضروری است (خویی، ۱۴۱۷ ه.ق، ۳۴).

ثانیاً: رابطه سرمایه‌پذیر و سرمایه‌گذار رابطه مدیون و داین نیست، بنابراین، مراد از شرط تضمین، ضمان عقدی نیست. از طرف دیگر، مراد از شرط تضمین سود مفهوم ضمان ناشی از قاعده علی الید نیز نمی‌باشد، زیرا اولاً هنوز سودی محقق نیست تا ید سرمایه‌پذیر، بر آن قرار گیرد و به استناد ید او ملتزم شود. ثانیاً رابطه سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر نیز رابطه مالک و متصرف بر مبنای قاعده ید نیست. در نتیجه، مراد از شرط تضمین، مفهوم ضمان عقدی و قهری نیست. بلکه تعهد متعهد و ضامن به اکتساب سود تعیین شده می‌باشد. در نتیجه، روشن شد که مراد از شرط، "شرط نتیجه" نمی‌باشد زیرا تصور آن در این موضوع معقول نیست و سودی محقق نیست که شرط نتیجه تعلق آن به سرمایه‌گذار در قرارداد درج شود بلکه شرط فعل است که مشروط علیه تعهد می‌کند که مقدار سود را برای مشروط له بدست آورد.

بنابراین، مراد از شرط تضمین سود، عبارت از شرط فعلی است که مشروط علیه ملتزم به اکتساب سود به مقدار تعیین شده در قرارداد برای مشروط له می‌شود. به نظر می‌رسد، چنین شرطی لازم و صحیح می‌باشد و دلیلی بر عدم مشروعیت و ممنوعیت آن وجود ندارد زیرا مشروط علیه ملتزم به انجام امر مباح، که آن عبارت از اکتساب سود است، شده و چنین شرطی به استناد قاعده شرط نافذ است.

^۴ - ادله اضطرار در موضوعاتی مورد استناد قرار می‌گیرد که حکم آن نامشروع و ممنوع است. ولی شخص در وضعیتی قرار گرفته است که اگر حرمت را رعایت کند، ضرر فاحش و غیر قابل جبران و یا مهلکی به او وارد می‌شود (حلی، ۱۴۰۰ ه.ق، ۹۸).

^۵ - "ای کسانی که ایمان آورده‌اید، تقوا از خدا داشته باشید و اگر مؤمن 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."

قرارداد سرمایه‌گذاری از لحاظ روش اجرایی به دو صورت، بدون واسطه (مستقیم) و با واسطه (غیر مستقیم)، انجام می‌شود. سرمایه‌گذاری بدون واسطه عبارت از سرمایه‌گذاری است که مالک سرمایه عملیات سودآور را به تقاضای طرف مقابل انجام می‌دهد. در این نوع سرمایه‌گذاری اصولاً سرمایه از تصرف مالک خارج نمی‌شود ولی سرمایه‌گذاری با واسطه عبارت از سرمایه‌گذاری است که مالک سرمایه را به سرمایه‌پذیر واگذار تا در موضوع مورد توافق سرمایه‌گذاری کند و در سود حاصله شریک باشند (مهدوی، ۱۳۸۴، صص ۴۹-۴۸).

با توجه به تفاوت این دو نوع سرمایه‌گذاری، روش شرط تضمین سود آن نیز تفاوت خواهد داشت، که مورد بررسی قرار می‌گیرد:

الف) سود سرمایه‌گذاری بدون واسطه

در این نوع سرمایه‌گذاری مالک سرمایه، عامل سرمایه‌گذاری نیز می‌باشد و فقط سرمایه‌گذار ذینفع انجام سرمایه‌گذاری در موضوع خاص و مشخصی است.

در سرمایه‌گذاری بدون واسطه؛ چون ضامن، متعهد به خرید محصولات تولیدی سرمایه‌گذار شده است، در صورت امتناع؛ اجبار به خرید می‌شود، همان‌گونه که در هر شرط فعلی، در صورت امتناع، مشروط له اجبار به انجام تعهد می‌شود (انصاری، ۱۴۲۷ ه ق، ۶۹).

به نظر می‌رسد، در صحت این نوع شرط تضمین نباید شک نمود زیرا مراد از شرط، تعهد بر خرید است. سرمایه‌گذار به تقاضای سرمایه‌پذیر سرمایه خود را در جایی استعمال کرده و او متعهد به خرید محصول آن شده است. بعنوان مثال در ماده ۱۱ آیین نامه قانون جذب سرمایه‌گذاری خارجی مصوب تیرماه ۱۳۸۱ مقرر شده است: «در مورد آن دسته از طرح‌های سرمایه‌گذاری که یک دستگاه دولتی، خریدار انحصاری کالا و خدمات تولیدی است و همچنین در مواردی که کالا و خدمات تولیدی به قیمت یارانه‌ای عرضه می‌شود، دستگاه دولتی می‌تواند خرید کالا و خدمات را به میزان قیمت تعیین شده در قرارداد مربوط در چارچوب مقررات قانونی تضمین نماید». بنابراین، شرط تضمین سود به روش تعهد به خرید محصولات هیچ مانع قانونی ندارد (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۸، ۱۹).

علاوه بر عموماً صحت شرط و عقد، می‌توان از صحت مواردی مانند آن که شخصی دستور القاء مال به دریا را به مالک با ضمانت پرداخت قیمت آن صادر می‌کند، استفاده کرد. در موضوع مورد بحث نیز سرمایه‌پذیر خواهان انجام فعالیت سرمایه‌گذاری و ضامن خرید محصولات به قیمت مورد توافق و یا قیمت بازاری شده است. در این مورد که شرط خرید محصولات توسط سرمایه‌پذیر شده است، بطریق اولی می‌توان متعهد را به خرید محصولات الزام کرد زیرا منفعت عقلایی سرمایه‌گذاری برای سرمایه‌پذیر از انداختن مال به دریا برای دستوردهنده مسلم‌تر است. بنابراین، شرط نسبت به طرفین دارای منفعت عقلایی مشروع می‌باشد و نافذ است.

ب) سود سرمایه‌گذاری با واسطه

اما در مورد سود ناشی از سرمایه‌گذاری با واسطه و غیر مستقیم؛ اگر سود حاصله به نسبت مال الصلحی که در قبال آن پرداخت شده است، اختلاف فاحش داشته باشد، در این صورت متعهد حق فسخ معامله را به استناد خیار غبن خواهد داشت؛ زیرا صلح منعقد شده، معامله‌ای تغابنی است و در آن خیار غبن جاری است (طباطبایی، ۱۴۱۹ ه ق، ۷۱).

اگر سود حاصله به میزانی ناچیز باشد که مقدار آن عرفا غیر قابل توجه باشد، در این صورت صلح منفسخ می‌شود و سرمایه‌گذار باید سود دریافتی را به طرف دیگر برگرداند؛ زیرا در معاملات معوض تحقق عوضین و وجود آن شرط صحت قرارداد است، (شهیدی، ۱۳۷۷، ۵۴؛ نایینی، ۱۴۲۱ ه ق، ۵۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۹۶).

در حالی که در این فرض سود که عوض مال الصلح قرار گرفته است، محقق نشده و قرارداد باطل است. قرارداد، وجهی برای مالکیت سرمایه‌گذار نسبت به مال الصلح باقی نمی‌ماند و باید آن را به طرف دیگر مسترد کند.

تمام این بحث در صورتی است که متعهد و ضامن در عدم تحقق سود؛ دخالت نکرده باشد ولی اگر عدم تحقق سود قابل پیش‌بینی ناشی از عدم رعایت متعارف روش سرمایه‌گذاری باشد، در این صورت آیا می‌توان از سرمایه‌گذار حمایت کرد. در باب مزارعه در صورتی که نقصان محصول ناشی از عدم رعایت و مواظبت متعارف عامل باشد، او مقدار تفاوت را به نسبت سهم مالک، ضامن است.^۱ به نظر می‌رسد؛ در صورتی که عرفا ثابت شود که اگر سرمایه‌پذیر تقصیر نمی‌کرد، سود حاصل می‌شد؛ او نسبت به سهم سرمایه‌گذار ضامن است. زیرا امروزه فقدان سود و از دست دادن آن نیز عرفا ضرر محسوب می‌شود و ادله عام لزوم جبران ضرر؛ شامل این موضوع نیز می‌شود. در نتیجه، ضمانت اجرای شرط تضمین سود در سرمایه‌گذاری مستقیم، الزام ضامن به انجام تعهد است. ولی ضمانت اجرای شرط تضمین سود در سرمایه‌گذاری غیر مستقیم در صورتی که ضامن، مرتکب تقصیر نشده باشد، فسخ به استناد خیار غبن و یا بطلان به استناد عدم تحقق موضوع است. اما اگر ضامن در سرمایه‌گذاری تقصیر کند و تقصیر او سبب عدم حصول سود شود، در این صورت او مسئول جبران خسارت سرمایه‌گذار از این حیث خواهد بود.

نتیجه‌گیری

از مقایسه بین عوامل ربا و بهره این نتیجه بدست می‌آید که عوامل اصلی هر دو مشترک می‌باشند و بهره نیز مانند ربا زیاده در قرض است و حرمت ربا شامل همه بهره‌ها و منطبق بر هم می‌باشند.

باتوجه به ماهیت ربا و تفاوت ما هوی بهره و ربا و مشروعیت اعلام سود ثابت در نظام حقوقی ایران، شرط تضمین سود در موسسه‌های مالی شخصی و حقوقی و مخصوصاً بانک‌ها، امری با قابلیت توجیه فقهی و حقوقی می‌باشد. از طرف دیگر با تحلیل فقهی سپرده‌های باسود ثابت و بررسی جایگاه بهره و سود در حقوق تطبیقی اسلام این مسأله کاملاً حقوقی و شرعی است.

همچنین جایگاه و موقعیت شرط تضمین سود بستگی به موقعیت شرط پیش تعیین سود دارد. در مورد جایگاه پیش تعیین شرط سود اکثر صاحب‌نظران اعتقاد دارند که صحیح نیست. تعداد دیگری آن را نافذ اعلام کرده که باتوجه به وضعیت عملیات تجاری یا تولیدی که آن سود قابل محاسبه است، شرط صحیح می‌باشد. چون علاوه بر اینکه دلیل معتبری بر بطلان آن وجود ندارد قاعده شروط شامل آن می‌شود.

^۱ - ماده ۵۳۶ قانون مدنی مبتنی بر این نظریه انشاء و مقرر شده است: «هرگاه عامل به‌طور متعارف مواظبت در زراعت ننماید و از این حیث حاصل کم شود یا ضرر دیگر متوجه مزارع گردد؛ عامل، ضامن تفاوت خواهد بود» در نتیجه، هرچند در باب مضاربه صاحب‌نظران در صورت عدم تجارت بطور متعارف عامل معتقد به لزوم جبران ضرر مالک نشده‌اند، ولی در باب مزارعه در مورد نقصان محصول مزارع، عامل را ضامن جبران مقدار ناقص دانسته‌اند.

فقهها و حقوقدانان نیز راجع به مشخص نمودن سود معین در عقد مضاربه نظرات مختلفی مطرح نموده اند، لیکن مشهور فقها و حقوقدانان چنین شرطی را باطل می شمارند. با مد نظر قرار دادن دو عنصر اساسی عقلانیت و کارایی در عملکرد بانک ها، در نظر گرفتن سود معین در عقود مثل مضاربه رویکرد نسبتاً کار آمدی به حساب آمده و منفعت بیشتری نسبت به فرض اشاعه، نصیب بانک می سازد.

در نهایت با توجه به وجهه امانی در فعالیت بانکها و نوع مالکیت بانکها و نوع رابطه میان اطراف تعامل با بانک، مشکل مهمی در اصول تأمین و حفظ اصل سرمایه و سود آن و جبران خسارات، در طریقه مشارکت و فعالیت های مشارکتی بانکی از لحاظ نظری و تحلیل حقوقی وجود ندارد. البته اشکالات عملی موجود مانند: صوری شدن و بهانه قرار گرفتن روش مشارکت در عمل، برای افزایش نرخ بهره، و تصدی بانکها به عملیات مؤسسات اقتصادی و مالی و اعتباری فعال در امر سرمایه گذاری که در حقیقت وظیفه و نقش صندوق های سرمایه گذاری است و موجب سنگین شدن و وسعت حوزه فعالیت آنها و دشواری نظارت می شود؛ همچنان وجود دارد و وظیفه نظارت را سنگین تر و پیچیده تر می کند و البته این مشکل با مدیریت عملی و کنترل بر سیاست پولی بانکها و نظارت صحیح بانک مرکزی، قابل اصلاح و حل است و خللی به صحت و توجیه پذیری نظری (فقهی و حقوقی) فعالیت های غیررئوی بانکها در طریق سرمایه گذاری و تأمین مالی وارد نخواهد کرد.

از نظر حقوقی نیز بر اساس قانون بانکداری بدون ربا، عقدی که بین بانک و صاحبان حسابهای سپرده سرمایه گذاری منعقد می گردد، عقد وکالت می باشد. بدین ترتیب که بانک به استناد عقد مزبور از طرف سپرده گذار وکیل می شود تا سرمایه وی را در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تملیک، معاملات اقساطی، مزارعه، مساقات، سرمایه گذاری مستقیم، معاملات سلف و جعاله مورد استفاده قرار دهد. و سود حاصل از عملیات مزبور را پس از کسر حق الوکاله خویش به وی مسترد نماید.

هدف اسلام نیز از تحریم ربا گسترش معاملات و فعالیت های ذیل بوده است:

- گسترش انواع روابط خیر خواهانه مانند: انفاقات، صدقات، اوقاف و قرض الحسنه

- گسترش انواع معاملات مبادله ای مانند: بیع، اجاره، جعاله، سلف

- گسترش انواع مشارکت ها مانند: شرکت، مضاربه، مزارعه، مساقات

- گسترش سرمایه گذاری ها و فعالیت های مستقیم اقتصادی

پیشنهادات

- این تحقیق به دلیل توسعه مبانی سود سرمایه گذاری از قالب های سنتی مثل ربا به سمت قالب های نوین مثل مشارکت در سود و برطرف سازی موانع فقهی سود سرمایه گذاری، با کمک فقه پویا در ممالک اسلامی جدید می باشد.
- این تحقیق می تواند جهت پژوهش های دانشگاهی و توسعه آن و نیز مبانی لازم جهت پژوهش های مجلس شورای اسلامی و تدوین و اصلاح قوانین موجود و نیز استفاده در مراجع قضایی جهت تفسیر قوانین موجود و توسعه مبانی و مفهومی از قوانین موجود مورد استفاده قرار گیرد.
- استفاده از ظرفیت های فقهی و حقوقی در راستای شرعی نمودن اخذ سود متعارف سرمایه گذاری

فهرست منابع

منابع فارسی

- باریکلو، علیرضا؛ «وضعیت شرط تضمین سود»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۴، ۱۳۸۷.
- باقری تودشکی، مجتبی، رابطه نرخ سود و تورم در اقتصاد اسلامی، پژوهش های پولی و بانکی، دانشگاه مفید، ۱۳۸۹
- تبریزی، جواد بن علی، استفتائات جدید، جلد ۲، قم، بی تا.
- حلی، حسن، مختلف الشیعه، جلد ۵، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ه.ق
- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، تهران، المکتبه الاسلامیه، ۱۳۸۳ه.ق
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر.. مبسوط در مینولوژی حقوق، جلد ۶ تا ۳، تهران انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۱.
- سهیلی، زهرا، بررسی آثار اقتصادی انتشار اوراق مشارکت، تهران، چاپ اندیشه، ۱۳۸۷.
- سرخسی، علیرضا. تعدیل تعهدات قراردادی بر پایه اصول وقواعد حاکم برفقه اسلامی. جلد ۱ و ۲، پژوهش های حقوقی دانشگاه بروجرد، ۱۳۶۲، ۱۷-۴۰.
- سیستانی، علی؛ استفتائات، سایت اینترنتی، سوالها و جوابها، بانک، سؤال ۱۹، به نقل از: موسویان، سید عباس، معاملات بانکی از دیدگاه مراجع تقلید، پژوهشکده پولی و بانکی، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۷.
- شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی، شروط ضمن عقد، جلد چهارم، تهران، مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
- شم آبادی، غلامرضا، نگرش اسلام به فعالیت های بازار بورس و اوراق بهادار، تهران، میزان، ۱۳۹۱.
- شهیدی، مهدی، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ اول، تهران، عصر حقوق، ۱۳۸۷.
- ستوده تهرانی، پرویز. بررسی انواع اوراق مشارکت، تهران، چاپ اندیشه، ۱۳۷۵.
- صدر، سیداحمد، داد و ستد دست دوم اوراق مشارکت در حقوق اسلام، تهران، چاپ پدیدار، ۱۴۰۳ه.ق.
- ضیایی، داود. «چالش های بانک در اجرای قرارداد مشارکت در سود و زیان و راهکارهای آن»، تهران، جنگل، ۱۳۷۲.
- طباطبایی قمی، سید تقی، الغایه القصوی فی التعلیق علی العروه الوثقی، قم، انتشارات محلاتی ۱۴۲۳ ق.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، العروه الوثقی (المحشی)، جلد پنجم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ق.
- طوسی، محمد، التهذیب الاحکام، جلد ۷، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰ه.ق
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی اجوبه السوالات، جلد سوم، تهران، موسسه کیهان، ۱۴۱۳ق.
- عقیلی، پرویز، بررسی انواع اوراق مشارکت، تهران، چاپ اندیشه، ۱۳۸۵.
- غنی نژاد، محمد، مبانی فقهی اوراق مشارکت، تهران، چاپ پدیدار، ۱۳۸۴.
- موحدی لنگرانی، محمد فاضل، جامع المسائل، قم، انتشارات امیر قلم، ۱۴۲۵ ق.
- موسوی خمینی، روح الله، توضیح المسائل، جلد دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ق.

موسویان، سیدعباس، اصلاح قانون و الگوی عملیاتی بانکداری بدون ربا، گزارش منتشر نشده، ۱۳۹۰.
 میرآخور، محسن خان، مطالعات نظری در بانکداری و مالیه اسلامی، ترجمه محمد ضیائی بیگدلی، تهران، ۱۴۲۰ق.
 مهدوی، سیدعباس، بررسی فقهی - اقتصادی بازار اقتصادی ثانوی سپرده‌های مدت دار، فقه اهل بیت، تهران، پدیدار، ۱۳۸۴.

موسویان، سیدعباس، ارزیابی عملکرد سپرده‌های بانکی در بانکداری بدون ربا، تهران، پدیدار، ۱۳۸۹.
 موسویان، سید عباس، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال هفتم، شماره ۲۷، ۱۳۸۶.
 نجفی، حسن، شروط ضمن عقد در مذاهب اسلامی و حقوق ایران، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهرضا، ۲۵۱۳۸۱ (۶)، ۳۱-۶.

منابع عربی

انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، مجمع الفکر الاسلامی، قم، چ هفتم، ۱۴۲۷.
 حسینی روحانی، سید محمد صادق، المسائل المستحدثه، قم، بی نا، ۱۳۱۲ق.
 حلی، محمد بن حسین بن یوسف، قواعد الاحکام، قم، بی نا، ۱۴۰۰ق.
 حسینی مراغه‌ای، علی بن محمد، رساله فی قاعده نفی الضرر، تبریز، اطلاعات، چاپ اول، ۱۴۱۸ق.
 شهید اول، محمد بن مکی، المعه الدمشقیه، بی نا، ۱۴۰۶ق.
 زین الدین الجبعی العاملی (شهید ثانی)، شرح لمعه، الروضه البهیه فی شرح المعه الدمشقیه. (به کوشش اسدالله لطفی)، همدان، پاینده، ۱۳۸۹.
 خویی، سید محمد تقی، الشروط او التزامات التبعية فی العقود، تهران، بی تا، بی نا، ۱۴۱۷ق.
 خوانساری نجفی، موسی بن محمد، منیه الطالب، تقریرات درس میرزای نایینی، نجف، مطبعه مرتضویه، ۱۳۵۷ق.
 طباطبایی، سید علی، ریاض المسایل، ج ۱۰، قم، مؤسسه النشر اسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۹ق.
 نائینی، میرزا محمد حسین، منیه الطالب، قم، مؤسسه النشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۲۱ق.

منابع لاتین

loise A.El-Gamal. ۲۰۰۱. "Interest" and the paradox of Contemporary Islamic Law and inance, <http://www.ruf.rice.edu/corbin.f.1991>. Riba In Islamic jurisprudence, <http://Fletchr.tufts.edu> malayor, 1. ۲۰۰۹. *Structure of Deposits in Selected Islamic Banks: Implication for Deposit Mobilization*, Jeddah, Islamic Research and Training Institute, Islamic Development Bank.

The Study of the Profit Guarantee Condition in Iranian Law

Abstract

The condition of guaranteeing profit is one of the important conditions in the investment market. But the fact is that these laws are ostensibly anti-usury, and the capital market revolves around interest and usury in unusual ways. On the other hand, the high jurisprudential and legal capacity in Iran can be based on research and law-making, which is both attractive to the people and a guarantee of profit. And the question arises that what is the position of the condition of guaranteeing profit based on jurisprudential and legal rules? The ultimate goal of this study is to investigate the jurisprudential and jurisprudential dimensions of the profit guarantee condition in the Iranian capital market. The research tool is library documents, the research method is descriptive-analytical and the analysis method is qualitative. In this study, by examining the dimensions and nature of the capital system, it was concluded that profit guarantee is associated with obstacles. And there are ways to legitimize this guarantee. Considering the nature of usury and its essential difference with interest and the legitimacy of announcing fixed profits in the Iranian legal system, the condition of guaranteeing profits in personal and legal financial institutions, especially banks, is a matter of legal jurisprudence. On the other hand, with the jurisprudential analysis of fixed interest deposits and examining the position of interest and interest in the comparative law of Islam, this issue is completely legal and sharia.

Keywords: Profit, Interest, Profit Guaranteed, Banking Without Users.