

مقاله پژوهشی:

## ارزیابی فقهی تسهیم سود و زیان در قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی

abasaleh.s@gmail.com

fa.faraji222@gmail.com

f.molakarimi@mbri.ac.ir

محمد نوذری فردوسیه / استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم

فریبا فرجی / دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم

فرشته ملاکریمی / دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه قم

دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۰۲ - پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۰۴

### چکیده

چگونگی تسهیم سود و زیان در قرارداد مشارکت مدنی، از جمله چالش‌های موجود نظام بانکی است. براساس ماده ۱۱ قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی، شریک مؤظف به پرداخت سود ابرازی حتی در فرض عدم تحقق آن است. این مقاله، با روش تحلیل محتوا، به بررسی دیدگاه‌های فقهی در رابطه با این شرط پرداخته و از تبیین و تحلیل این دیدگاه‌ها، مقتضای قرارداد مشارکت را مشخص کرده است. بسیاری از فقها معتقدند: این نوع تسهیم سود و زیان، با اشکالات فقهی از جمله مخالفت با مقتضای عقد مواجه است. گروه دیگری از محققان نیز بر این باورند که این نوع توافقات، ماهیت قرارداد مشارکت مدنی را تغییر می‌دهد و متعاملین را از کاربردهای واقعی این قرارداد محروم می‌سازد، خواه در ضمن قرارداد مشارکت یا در ضمن قرارداد مستقلی شرط شده باشد؛ چراکه فهم عرفی مشارکت حقیقی در سود و زیان، مقتضای عقد شرکت می‌باشد. از نگاه ایشان، چون این اثر با انشاء عقد به وجود می‌آید، سلب آن به وسیله شرط ضمنی یا عقد خارج لازم، باعث می‌شود که انشاء عقد، امری لغو و بیهوده گردد.

کلیدواژه‌ها: مشارکت مدنی، شرط، سود، زیان، سهم‌الشرکه، مقتضای عقد.

طبقه‌بندی JEL: G24, K12, N45

قرارداد مشارکت مدنی یکی از پرکاربردترین قراردادهای مورد استفاده در نظام بانکی است. این قرارداد پس از تصویب قانون عملیات بانکداری بدون ربا در سال ۱۳۶۲ به صورت گسترده در بانک‌ها و مؤسسات اعتباری در راستای تخصیص منابع، مورد استفاده قرار می‌گرفت. هریک از بانک‌ها در چارچوب ضوابطی که بانک مرکزی مشخص کرده بود، نسخه‌ای از این قرارداد را به صورت اختصاصی در بانک خود جهت ارائه به تسهیلات‌گیرندگان تدوین کرده بودند؛ اما پس از اجرای طرح یکنواخت‌سازی قراردادها توسط بانک مرکزی، همه بانک‌ها موظف به استفاده از یک نسخه واحد و یکسان از قرارداد مشارکت مدنی شدند که در مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۶ به تصویب شورای پول و اعتبار رسید. در تنظیم فرم یکنواخت قرارداد بانک مرکزی سعی شده است تا جوانب شرعی رعایت شود. باین حال، همچنان شبهاتی درباره برخی مفاد و شروط این قرارداد وجود دارد. یکی از مهم‌ترین شبهاتی که درباره قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی مطرح است، نحوه تسهیم سود و زیان بین بانک و تسهیلات‌گیرندگان است. در ماده ۱۱ فرم قرارداد یکنواخت مشارکت مدنی بانک مرکزی مقرر شده است: «... شریک ملزم و متعهد شد که سهم‌الشرکه متعلقه بانک / مؤسسه اعتباری به‌همراه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک / مؤسسه اعتباری را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت کند».

مطابق این ماده، تسهیلات‌گیرنده - که در این قرارداد به‌عنوان شریک شناخته می‌شود - موظف است که ضمن جبران ضرر و زیان احتمالی، سود ابرازی موضوع مشارکت را حتی در فرض عدم تحقق آن، از اموال خود به‌صورت مجانی و در قالب صلح و تبرع به بانک پرداخت کند. این در حالی است که درباره مطابقت این شرط با روح قرارداد مشارکت مدنی و ضوابط شرعی آن، اختلاف‌نظرهای جدی وجود دارد. برخی معتقدند این شرط که به‌صورت ضمنی در قرارداد مشارکت مدنی گنجانده شده، با مقتضای عقد شرکت مخالفت جدی دارد. در مقابل، گروهی این شرط را صحیح می‌دانند و آن را در چارچوب توافق بانک و مشتری تعریف می‌کنند. به‌نظر می‌رسد ارزیابی شرعی این شرط نیازمند بررسی دقیق منابع فقهی در زمینه نحوه تسهیم سود و زیان در عقد شرکت است.

### پیشینه تحقیق

با توجه به اهمیت قرارداد مشارکت مدنی و کاربرد گسترده آن در شبکه بانکی، مقالات متعددی درباره این قرارداد منتشر شده است. از بین این مقالات، تعدادی از آنها قرارداد مشارکت مدنی را از حیث فقهی و حقوقی مورد بررسی و ارزیابی قرار داده‌اند.

عباس کریمی و یاسر مرادی (۱۳۹۴)، نیز پژوهشی با عنوان «سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا» منتشر کرده‌اند. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد که در قراردادهای مشارکتی در زمینه تقسیم سود و زیان، لازم بودن عقد در عین جواز آن برای بانک و الزام مشتری به خرید سهم‌الشرکه بانک، به‌عنوان شروط تحمیلی درج شده است. این در حالی است که حتی اتحادیه اروپا نیز وضع چنین شروطی بر مشتریان را تجویز نمی‌کند.

محمدنقی نظرپور و فرشته ملاکریمی (۱۳۹۴)، در مقاله‌ای با عنوان «بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی»، معتقدند: قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی اشکال‌های جدی دارد که بی‌توجهی به آن، مشروعیت قرارداد را مخدوش کرده، بازمینی دوباره این قرارداد را در جهت احراز مشروعیت آن گوشزد می‌کند. نتایج این پژوهش حکایت از آن دارد که مخالفت با مقتضای عقد، اکل مال بالباطل و ربوی بودن شرط تضمین سود در ماده یازده، برخی از اشکال‌های جدی قرارداد است که می‌توان آن را از طریق عمل به توصیه‌های سیاستی ارائه‌شده در این پژوهش برطرف کرد.

غلامرضا مصباحی‌مقدم و محمدحسین نعمتی (۱۳۹۷) با رویکردی نقادانه، مقاله‌ای با عنوان «تحلیل فقهی - حقوقی برخی از مواد قرارداد مشارکت مدنی بانکی» تألیف کرده‌اند. ایشان معتقدند: ماده ۱۱ قرارداد مشارکتی مدنی که به مبحث تضمین سود می‌پردازد، با شبهه ربا مواجه است. همچنین برخی از شروط این قرارداد، مصداق شروط تحمیلی است و با اصل عدل و انصاف فاصله دارد.

محمدعلی راغبی و فرشته ملاکریمی (۱۳۹۷) مقاله‌ای با عنوان «معرفی معیارهای تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد در عقود مشارکتی» منتشر کرده‌اند. نتایج این پژوهش نشان می‌دهد که مهم‌ترین معیار تشخیص شروط مخالف مقتضای عقد، مخالفت با قصد جدی است و برخی از شروط ضمن عقد در قراردادهای بانکی از این حیث دارای اشکال است. در واقع، مجموعه شروط مندرج در عقود مشارکتی، با از بین بردن مضمون و مفهوم حقیقی قرارداد، وقوع عرفی آن را مخدوش می‌کند؛ به‌نحوی که دیگر عرف این عقود را مشارکتی نمی‌داند؛ لذا این شروط خلاف مقتضای عقد محسوب می‌شوند.

پژوهش پیش‌رو درصدد است که درباره نحوه تسهیم سود و زیان در قرارداد مشارکت مدنی، منابع فقهی مختلف را به‌صورت دقیق و عمیق بررسی کند و سپس ماده ۱۱ فرم یکنواخت قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی را از حیث تطبیق با نظریات فقهی مورد ارزیابی قرار دهد. از یک‌سو، صاحب‌نظران بانک‌داری اسلامی و پژوهشگران این حوزه در خصوص مشروعیت این ماده نقد جدی دارند و مخالفت با مقتضای عقد، اکل مال بالباطل و ربوی بودن شرط تضمین سود را از اشکالات جدی آن می‌دانند؛ از سوی دیگر، شورای نگهبان این ماده را صحیح و مشروع می‌داند و درج آن را در ضمن قرارداد مشارکت مدنی تأیید کرده است. چالش‌ها و اختلاف‌نظرهای فقهی موجود، بررسی فقهی این ماده را براساس نحوه تسهیم سود و زیان در عقد مشارکت مدنی ضروری می‌کند.

در همین راستا، در این پژوهش پس از تعریف عقد شرکت، نحوه تسهیم سود و زیان در این عقد براساس منابع فقهی معتبر بررسی می‌شود. در گام بعدی، دیدگاه‌های مختلف فقهی در این‌باره تبیین خواهد شد. در نهایت ماده ۱۱ قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی براساس این دیدگاه‌ها ارزیابی می‌شود. شایان ذکر است، وجه تمایز این تحقیق از پژوهش‌های پیشین، بررسی کامل و دقیق منابع فقهی است که موجب شده است چشم‌انداز واضح و روشنی از صورت مسئله به‌دست آید. همچنین نگارندگان سعی کرده‌اند بدون سوگیری و داشتن پیش‌فرض ذهنی، به ارزیابی شرعی ماده ۱۱ قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی بپردازند. لذا دیدگاه‌های موجود با ذکر دلایل و مستندات مطرح شده‌اند و با توجه به ضوابط فقهی، قضاوت صحیحی درباره مشروعیت این ماده ارائه شده است.

## تعریف قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی

در آمیختن سهم‌الشرکه نقدی یا غیرنقدی شریک با سهم‌الشرکه نقدی یا غیرنقدی بانک به صورت مشاع برای انجام کاری معین درباره فعالیت‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی به مدت محدود به قصد انتفاع برحسب قرارداد را مشارکت مدنی گویند.

### تقسیم سود در عقد شرکت

تقسیم سود و زیان در عقد شرکت، صورت‌های مختلفی دارد که کاملاً تحت تأثیر توافق طرفین قرارداد است. در برخی موارد، شرکا درباره این مسئله در قرارداد فی‌مابین ساکت می‌باشند. در این صورت، مطابق اطلاق عقد شرکت و قانون کلی آن درباره نحوه تقسیم سود و زیان عمل می‌شود. در برخی موارد نیز شرکاء تمایل دارند که به گونه دیگری سود و زیان را بین خود تقسیم کنند. در این فرض، آنها توافقات خود را در این زمینه به صورت کاملاً صریح و شفاف در قالب یک شرط ضمن عقد در قرارداد می‌گنجانند. در ادامه، صور رایج و متداول نحوه تقسیم سود و زیان در قرارداد شرکت مطرح می‌شود و ارزیابی دقیق و کاملی از این مسئله براساس دیدگاه‌های مختلف فقهی ارائه خواهد شد.

### فرض نخست: تناسب بین سود و سهم‌الشرکه

مطابق قرارداد شرکت، اگر سهم‌الشرکه شرکا مساوی باشد، هر دو به طور مساوی از سود و زیان سهم می‌برند. اگر سهم‌الشرکه یکی از آنها بیشتر باشد، سود او به همان نسبت نیز بیشتر خواهد بود. این تناسب بین سهم‌الشرکه و سود، مطابق عقد شرکت است و اختلافی درباره آن وجود ندارد. این حکم، اجماعی است و نتیجه طبیعی تبعیت سود و زیان از رأس‌المال است (بحرانی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۱۲). این تبعیت، به دلیل تبعیت نماند و سود از اصل است. اگر طرفین در مال و عمل مساوی باشند، ربح نیز باید مساوی تقسیم شود. زمانی هم که سرمایه یکی از دو شریک از دیگری بیشتر باشد، او به نسبت سود بیشتری می‌برد. این نوع تقسیم و توزیع سود و زیان بین دو شریک، مقتضای اطلاق قرارداد شرکت است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۷، ص ۳۸۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص ۱۹۸). بین فقها در این حکم اختلافی وجود ندارد؛ بلکه بر آن، ادعای اجماع شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۳۰۰).

براساس قاعده تابعیت سود از سهم‌الشرکه، مجاز نیست شرط شود که با وجود تساوی در سرمایه، تمام سود برای یکی از دو طرف باشد؛ چراکه مخالف مقتضای عقد شرکت است و باطل محسوب می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۲۸۰).

### فرض دوم: عدم تناسب بین سود و میزان سهم‌الشرکه

اطلاق قرارداد شرکت، مقتضای تناسب در سود و زیان به نسبت سهم‌الشرکه می‌باشد؛ اما ممکن است به هر دلیل و با هر انگیزه‌ای، طرفین معامله قصد کنند این تناسب را تغییر دهند. در واقع، طرفین می‌توانند توافقات خود را در قالب شرط در ضمن قرارداد بگنجانند؛ مشروط به اینکه این شرط، صحیح و مشروع باشد. در زمینه عدم تناسب بین سود و زیان با سهم‌الشرکه، فروض مختلفی قابل تصور است که در ادامه سعی شده است به تبیین و بررسی فقهی آن پرداخته شود.

### سود بیشتر در مقابل کار بیشتر

ممکن است طرفین معامله در عقد شرکت شرط کنند که یکی از آنها سهم بیشتری از سود ببرد. اگر سود بیشتر به نفع شریکی باشد که کار بیشتری انجام می‌دهد، این شرط صحیح است و اختلاف نظری درباره آن وجود ندارد؛ چراکه سهم بیشتر از سود، در مقابل عمل اضافی او قرار می‌گیرد (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۶، ص ۳۴۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۷، ص ۳۸۸).  
 در واقع، اگر یکی از شرکا عمل بیشتری را نسبت به دیگری انجام دهد، اقتضای سیره عقلا و ارتکاز آنها این است که سهم عامل بیشتر باشد؛ چراکه ربح، مال جدیدی است که به سبب اقدامات او حاصل شده است. بر اساس دیدگاه قانون مدنی نیز تقسیم سود و زیان شرکت، تابع میزان سهم شرکا و عمل آنهاست؛ چنان که در ابتدای ماده ۵۷۵ ق. م آمده است: «هریک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشد؛ مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد». پس هر شریکی با ورود در شرکت باید خطر ناشی از فعالیت آن را - حداقل در حد سهم خود - تحمل کند. نسبت شرکت در سود و زیان را نیز قانون‌گذار معین کرده است: هر شریک به نسبت آنچه آورده، در سود و زیان سهیم است و اگر آورده‌های شرکا مساوی باشد، شرکا به‌نحو مساوی سود و زیان را میان خود تقسیم می‌کنند.

### سود بیشتر بدون انجام کار بیشتر

اگر در عقد شرکت، شرکا در عمل مساوی باشند، اما شرطی مبنی بر عدم تناسب بین سود و میزان سهم‌الشرکه قرار دهند، درباره صحت این شرط اختلاف نظر وجود دارد؛ خواه شرکا در رأس المال و سهم‌الشرکه برابر باشند و خواه رأس‌المال‌ها مساوی نباشد و شرط شود که در سود و زیان برابر باشند. درباره صحت چنین شرطی سه دیدگاه وجود دارد:

#### صحت عقد و شرط

اگر در عقد شرکت برای یکی از دو طرف درحالی که در سهم‌الشرکه و همچنین عمل مساوی باشند، زیادی سود شرط شود، عقد صحیح و شرط جایز است. گروهی از فقها همچون سید مرتضی با استناد به ادله عمومی، همچون «اوفوا بالعقود» و «ان تکون تجارة عن تراض»، در خصوص چنین صحتی ادعای اجماع کرده‌اند (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۱۶۳).

اطلاق «المؤمنون عند شروطهم» نیز شامل این شرط می‌شود. افزون بر این، این‌گونه شراکت، در بازار مسلمین رواج دارد؛ لذا مسئله‌ای عرفی و عقلایی محسوب می‌شود؛ چراکه ممکن است برخی افراد با انگیزه کمک به طرف ضعیف‌تر، سهم سود بیشتری را برای او قرار دهند؛ بدون اینکه کار بیشتری انجام داده باشد. از آنجاکه چنین شرطی از انگیزه عقلایی برخوردار است، شرع هم آن را نفی نمی‌کند.

این شرط که مورد توافق دو طرف است و تحت عموم «اوفوا بالعقود» نیز قرار دارد، از حکم وجوب «وفا به عقد» برخوردار است. لزوم ایفای چنین شرطی به دلیل تعهد، تراضی و توافقی است که بین شرکا واقع شده است.

اصل اباحه نیز صحت این عقد و شرط را تأیید می‌کند. در واقع، انتفاع از سود زیادی، نه به واسطه عقد شرکت، بلکه به دلیل اباحه حاصل از ترازی حلال می‌شود و منع از ایفای چنین شرطی نیاز به دلیل دارد (حلبی، ۱۴۱۷ق، ص ۲۶۵). در واقع، این شرط مخالف اطلاق عقد است؛ اما صحت آن از لزوم وفا به عقد و شرط به دست می‌آید.

### بطلان شرط و عقد

عده‌ای از فقها، در خصوص شرط زیادی سود به نفع یکی از شرکا در صورت تساوی اموال، قائل به بطلان شرط و عقد شده‌اند. البته این بطلان در جایی است که در رأس‌المال تساوی وجود دارد و عمل بیشتری نیز برای صاحب زیادی مقرر نشده است.

ایشان معتقدند که ادله صحت عقد شرکت شامل چنین شرطی نمی‌شود. بنابراین، این شرط از مصادیق اکل مال به باطل به شمار می‌آید؛ چراکه در مقابل زیادی، عوضی قرار نمی‌گیرد و این زیادی در مقابل عمل اضافی هم قرار نمی‌گیرد؛ افزون بر اینکه چنین شرطی در ضمن عقد معاوضه‌ای انجام نشده است تا به یکی از عوضین ضمیمه شود. در واقع، این شرط تملک مال غیر است؛ به سببی که ناقل ملکیت نیست. بنابراین وقتی که فساد آن آشکار شود، تحت عموم ادله وفای به عقد و شرط، قرار نمی‌گیرد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص ۱۶۳).

مفهوم شرکت نیز اقتضا می‌کند که توزیع سود و زیان به اندازه رأس‌المال باشد. اگر خلاف آن شرط شود، شرکت باطل است (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۶ ص ۲۳۰). مذاهب مالکی و شافعی نیز این قول را قبول دارند؛ چون ربح در عقد شرکت، تابع مال است و چنین شرطی صحیح نیست (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۶، ص ۳۴۹).

صاحب جواهر نیز در این زمینه تصریح کرده که اگر برای یکی از دو طرف شرط سود بیشتر شود، درحالی‌که در رأس‌المال برابرند یا شرط تساوی سود و زیان کنند، درحالی‌که در رأس‌المال برابر نیستند و عملی هم در مقابل این زیادی قرار نگرفته است، شرکت باطل می‌شود و هر کدام از دو طرف سود مال خود را می‌گیرد و برای هر کدام اجرت عمل خود خواهد بود. این دیدگاه مورد قبول شیخ ابن‌دریس، زهره، قاضی و برخی از فقهای دیگر است؛ به نحوی که بر آن ادعای اجماع نیز شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۳۰۰؛ عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۷، ص ۳۸۸؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص ۳۴۸).

این گروه از فقها برای مدعای خود به چند دلیل استناد کرده‌اند:

دلیل اول این است که چنین شرطی خلاف مقتضای عقد است؛ زیرا مقتضای شرکت، تابعیت ربح و درآمد از سرمایه است و دلیلی ندارد که اگر هر دو در سرمایه مساوی هستند، یکی بیشتر از دیگری سود ببرد. شیخ طوسی نیز با استناد به همین دلیل، یعنی مخالفت با مقتضای عقد، شرکت را باطل اعلام کرده است. بر همین اساس، اگر در قرارداد شرکت، ضرر و زبانی به وجود آید، تقسیم آن باید به نسبت رأس‌المال باشد؛ و اگر رأس‌المال برابر باشد، سهم شرکا از زیان هم برابر است (بهبهانی، ۱۴۱۷ق، ج ۱۰، ص ۱۹۸).

ممکن است اشکال شود که این شرط، خلاف مقتضای ذات عقد نیست؛ بلکه خلاف مقتضای اطلاق عقد است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۲۸۰). مقتضای اطلاق، اثری است که از ماهیت عقد ناشی نمی‌شود و ملازم آن نیست؛ بلکه هرگاه معامله به‌طور مطلق تشکیل شود، اثر مزبور تحقق خواهد یافت. از آنجاکه این اثر با ذات عقد ملازمه ندارد، می‌توان با درج شرط مخالف از تحقق و بروز آن جلوگیری کرد؛ به‌گونه‌ای که لطمه‌ای به ماهیت معامله نیز وارد نشود. در واقع مقتضای اطلاق عقد، به امر فرعی‌ای گفته می‌شود که هرگاه عقد به‌طور مطلق و بدون قید و شرط واقع شود، آن را اقتضا کند.

مهم‌ترین دلیل عدم بطلان شرط خلاف اطلاق عقد آن است که اطلاق عقد، منظور اصلی متعاملین نیست. در هر معامله‌ای، طرفین می‌توانند عقد را بدون شرط و مطلق منعقد کنند و هم می‌توانند با درج شرطی در ضمن عقد، اطلاق عقد را تغییر دهند و آن را به شرط خاصی مقید کنند.

حال اگر در عقد شرکت، برخلاف اطلاق عقد و به‌دلیل انگیزه‌های عقلایی دیگری مانند وجاهت، فقر و عجز بعضی از شرکا، قیدی گنجانده شود که نسبت تقسیم سود و زیان براساس سهم‌الشرکه را تغییر دهد، این قید و شرط، خلاف مقتضای عقد شرکت نیست؛ بلکه خلاف اطلاق شرکت بوده و از حکم فقهی صحت برخوردار است. به نظر می‌رسد استدلال فوق مبنی بر اینکه چنین شرطی خلاف مقتضای عقد نیست، بلکه خلاف اطلاق عقد است، کافی نیست؛ چراکه شرکت، مقتضی مساوات است. اگر اموال مساوی است، باید درآمدها و سود نیز مساوی باشند. تساوی، در حقیقت از آثار شرکت است و چنین شرطی برخلاف این اقتضاست. در خصوص این مسئله، فقهای امامیه اتفاق نظر دارند و سود و زیان را تابع رأس‌المال می‌دانند. بر همین اساس، اگر زیادی برای یک طرف شرط شود، بدون اینکه در مقابل عمل یا سرمایه بیشتر قرار گیرد، تعهد به این شرط، لازم نیست (حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۳۱۶).

### بطلان شرط

مشهور فقهای متقدم در فرضی که شرکا ضمن عقد شرکت شرط کنند که بدون هیچ دلیلی، سهم بیشتری از سود به یکی از آنها تعلق گیرد، قائل به بطلان شرط و در نتیجه عدم جواز تملک این مقدار اضافه می‌باشند. البته فساد شرط به مشروط سرائت نمی‌کند و با وجود بطلان شرط، عقد صحیح است (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۲۸۰).

فقهایی همچون شیخ طوسی، علامه حلی و تعداد زیادی از فقهای متأخر معتقدند: تا زمانی که دلیل بر صحت چنین شرطی وجود نداشته باشد، مصداق اکل مال به باطل است؛ چراکه زیادی در مقابل عوض قرار نگرفته و شرط نیز در ضمن عقد لازم درج نشده است تا به یکی از عوضین ضمیمه شود.

هبه کردن مقدار اضافه به یکی از شرکا نیز موجب انتقال ملکیت نمی‌شود؛ چراکه عقد هبه اقتضای تملک مقدار زیادی را ندارد و از اسباب تملک محسوب نمی‌شود. وقتی که فساد شرط آشکار شود، از عموم ادله وفای به عقد و شرط خارج می‌شود. دلیلی هم بر اباحت ملکیت در مقدار زیادی وجود ندارد (بحرانی، بی‌تا، ج ۱۲، ص ۱۵). به بیان دیگر، زیادی بدون عوض، قابل تملک نیست؛ مگر اینکه غرض، صرفاً احسان و تبرع باشد (بهبهانی، ۱۴۱۷ق، ص ۵۳۶).

از سوی دیگر، این شرط به دلیل مخالفت با مقتضای عقد، باطل است (عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۷، ص ۴۰۳؛ مکی عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۴۹)؛ چراکه سود و زیان تابع رأس‌المال است و در صورت تساوی سهم‌الشرکه، سود و زیان نیز برابر است (حائری، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۳۲۵).

شرط زیادی سود برای یک طرف، در صورت تساوی در مال، خلاف مقتضای عقد شرکت است. مقتضای شرکت، برابری سود و زیان نسبت به رأس‌المال است (محقق حلی، ۱۴۱۰ق، ص ۱۸۲؛ صمیری، ۱۴۲۰ق، ج ۲، ص ۲۳۴). در مقابل این اشکال، صاحب عروه معتقد است که این شرط مخالف مقتضای عقد نیست؛ بلکه مخالف مقتضای اطلاق آن است و این مخالفت موجب بطلان نمی‌شود. درست است که مقتضای شرکت، تساوی در نماند است و مطلقاً نباید چیزی خلاف آن شرط شود؛ اما همچنان شرط زیادی سود برای یکی از طرفین صحیح است. در واقع، دلیلی که فقها برای فساد این شرط مطرح کرده‌اند، مسئله اکل مال به باطل است. این در حالی است که در خصوص این زیادی تراضی وجود دارد (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ق، ج ۲، ص ۱۱۵).

صاحب‌المستمسک در اعتراض به این حرف گفته است: واضح است که مقتضای شرکت، اشتراک در ربح است؛ ولی این اقتضا به نحو علیت نیست؛ بلکه به نحو اقتضاست و همین مقدار برای بطلان شرط کافی است. در واقع، این شرط مخالف کتاب است و نسبت به نماند خارجی، مخالف حکم اقتضایی به‌شمار می‌رود. واضح است که این مخالفت، نسبت به نماند اعتباری، یعنی سود، آشکارتر است (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴ق، ص ۸۴).

### دیدگاه مراجع معظم تقلید

مراجع معظم تقلید در ذیل احکام شرکت، درباره نحوه تسهیم سود و زیان در عقد شرکت سخن گفته‌اند. برخی از ایشان در خصوص درج شرطی مبنی بر عدم تناسب بین سود و میزان سهم‌الشرکه در ضمن عقد شرکت، قائل به صحت عقد و شرط می‌باشند.

امام خمینی<sup>ره</sup> اطلاق شرکت اقتضا دارد که سود و زیان بر هر دو شریک به نسبت مالشان تقسیم شود. پس اگر مال‌ها مساوی باشند، در نفع و ضرر مساوی می‌باشند؛ وگرنه به‌حسب تفاوت مالشان متفاوت می‌شوند. و بین اینکه کار از یکی باشد یا از هر دو، مساوی باشند در کار مختلف، فرقی نیست؛ و اگر با تساوی در مال، تفاوت در ربح شرط شود یا با تفاوت در مال، تساوی در ربح (شرط شود)، پس اگر زیادی برای کارکن آنها یا برای کسی قرار داده شود که کارش زیادت‌تر است، بدون اشکال صحیح است؛ و اگر زیادی برای غیر کارکن یا برای کسی قرار داده شود که عملش زیادت‌تر نیست، پس در صحیح بودن عقد و شرط با هم یا باطل بودن هر دو یا صحت عقد - نه شرط - چند قول است که اقوا صحت عقد و شرط با هم است (موسوی خمینی، ۱۴۲۵ق، ج ۲، ص ۵۸۹).

آیت‌الله شبیری زنجانی: اگر در عقد شرکت شرط کنند کسی که کار می‌کند یا بیشتر از شریک دیگر کار می‌کند، بیشتر منفعت ببرد یا شرط کنند کسی که کار نمی‌کند یا کمتر کار می‌کند، بیشتر منفعت ببرد، باید به شرطی که کرده‌اند، عمل کنند. اگر در عقد شرکت قرار بگذارند که همه استفاده را یک نفر ببرد یا تمام ضرر یا بیشتر آن را یکی از آنان بدهد، اشکال ندارد و شرکت صحیح است (شبیری زنجانی، ۱۴۳۰ق، ص ۴۵۰).



*آیت‌الله سیستانی:* اگر در عقد شرکت شرط کنند کسی که کار نمی‌کند یا بیشتر کار نمی‌کند، یا کار او با اهمیت‌تر از دیگری نیست، بیشتر منفعت ببرد، شرط صحیح است و باید آنچه شرط کرده‌اند، به او بدهند؛ اما اگر قرار بگذارند که همه سود را یک نفر ببرد، یا تمام ضرر از یکی از آنان باشد، صحت شرکت محل اشکال است. همچنین اگر شرط کند که یکی از شریک‌ها بیشتر منفعت ببرد، چنانچه سرمایه آنان یک اندازه باشد، منفعت و ضرر را هم به یک اندازه می‌برند؛ و اگر سرمایه آنان یک اندازه نباشد، باید منفعت و ضرر را به نسبت سرمایه تقسیم کنند (سیستانی، رساله توضیح‌المسائل، مسئله ۲۱۵۸-۲۱۵۶).

*آیت‌الله مکارم شیرازی:* اگر در عقد شرکت، کسی که کار کمتری کند، به واسطه شرط، سود بیشتری ببرد، شرط و عقد شرکت هر دو به دلیل عمومات و همچنین نبود روایت مخالف، صحیح است. برخی از فقها معتقدند که دریافت این اضافه، مخالف مقتضای عقد است. به نظر می‌رسد، این عمل مخالف مقتضای عقد نیست؛ بلکه مخالف اطلاق است. البته دو شریک، برای رفع این شبهه می‌توانند شرط خود را در قالب شرط فعل در ضمن عقد بیاورند؛ به این صورت که یکی از دو شریک در شرط گوید: تو بعد از حصول سود و تملک آن، فلان مقدار را از مال خودت به من هبه کن. این شرط، نه عقلاً و نه نقلاً اشکالی ندارد (مکارم شیرازی، ۱۳۹۴).

در مقابل این گروه از فقها، برخی قائل به بطلان این شرط بوده و برای این دیدگاه خود، دلایلی را مطرح می‌کنند. در ادامه به ذکر نظر برخی از ایشان بسنده می‌کنیم:

*آیت‌الله نوری همدانی:* اگر در عقد شرکت شرط کنند، کسی که کار می‌کند یا بیشتر از شریک دیگر کار می‌کند، بیشتر منفعت ببرد، باید به آنچه شرط کرده‌اند، عمل کنند؛ ولی اگر شرط کنند کسی که کار نمی‌کند یا کمتر کار می‌کند، بیشتر منفعت ببرد، این شرط باطل است؛ ولی شرکت آنان صحیح است و منفعت به دست آمده به نسبت مال بین آنها تقسیم می‌شود. اگر شرط نکنند که یکی از شریک‌ها بیشتر منفعت ببرد، چنانچه سرمایه آنان یک اندازه باشد، منفعت و ضرر را هم به یک اندازه می‌برند؛ و اگر سرمایه آنان به یک اندازه نباشد، باید منفعت و ضرر را به نسبت سرمایه قسمت کنند (نوری همدانی، رساله توضیح‌المسائل، مسئله ۲۱۴۲-۲۱۴۰).

*آیت‌الله وحید خراسانی:* اگر در عقد شرکت شرط کنند، کسی که کار می‌کند یا بیشتر از شریک دیگر کار می‌کند یا ارزش کار او بیشتر است، از سود بیشتر ببرد، باید آنچه را شرط کرده‌اند، به او بدهند؛ ولی اگر شرط کنند، کسی که کار نمی‌کند یا بیشتر کار نمی‌کند یا ارزش کار او بیشتر نیست، از سود بیشتر ببرد، شرط باطل است؛ ولی اگر شرط کنند که زیادی را به او تملیک کنند، شرط صحیح است و باید به آن وفا کنند. اگر قرار بگذارند که همه استفاده را یک نفر ببرد یا تمام ضرر بر یکی از آنان باشد، این قرار باطل و صحت شرکت هم محل اشکال است؛ ولی اگر قرار بگذارند که آنچه را از استفاده مالک می‌شود، به دیگری بدهد، یا به مقدار تمام ضرری که بر دیگری وارد می‌شود، از مال خود به او تملیک کند، عقد صحیح و شرط لازم‌الوفاست (وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ص ۴۲۸).

*آیت‌الله سبحانی:* اگر در عقد شرکت شرط کنند، کسی که کار می‌کند یا بیشتر از شریک دیگر کار می‌کند، بیشتر منفعت ببرد، شرکت و شرط صحیح است و باید به شرط عمل کنند؛ ولی اگر شرط کنند، کسی که کار نمی‌کند یا کمتر کار می‌کند، بیشتر منفعت ببرد، شرکت آنان اشکال دارد. اگر قرار بگذارند که همه استفاده را یک نفر ببرد یا قرار بگذارند که تمام ضرر یا بیشتر آن را یکی از آنان بدهد، شرکت آنان باطل است (سبحانی، ۱۴۲۹ق، ص ۳۹۷).

## مقتضای قرارداد شرکت

مقتضا در لغت آن است که هرگاه مانعی به آن برنخورد، نتیجه‌ای در پی داشته باشد. در مورد عقد هم اثر حاصله از عقد را مقتضای عقد می‌نامند؛ برای نمونه، عقدی که مخالف کتاب و سنت (مانع) نباشد، مقتضای تأثیرگذاری تام است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۳۹۲). درباره معنای اصطلاحی مقتضای عقد، دیدگاه‌های مختلفی وجود دارد. وجه مشترک این دیدگاه‌ها این است که مقتضای عقد، محور اصلی انشای متعاقدين است و شامل مقومات عقد و آنچه به مدلول مطابقی عقد بازگشت دارد و مضمون حقیقی را تشکیل می‌دهد، می‌شود.

در منابع فقهی، برای تشخیص شروط ضمن عقد، معیارهایی معرفی شده است که معتبرترین و قوی‌ترین آن، مخالفت با قصد جدی است. براساس قاعده فقهی تبعیت عقد از قصد، اگر مفاد شروط به گونه‌ای باشد که همه آثار مترتب بر عقد را سلب کند، به‌طور قطع در تنافی با مقتضای عقد قرار می‌گیرد؛ زیرا خالی بودن عقد از جمیع آثارش مستلزم لغویت عقد است و اماره‌ای است بر اینکه عقد به‌صورت جدی و به‌قصد انشا از سوی متعاقدين صورت نگرفته است. مطابق این دیدگاه، مقتضای عقد به‌معنای مضمون حقیقی و مدلول واقعی عقد است که قوام عقد به آن وابسته است و همچنین شامل آثار عرفی مترتب بر عقد نیز می‌شود؛ به‌گونه‌ای که از نظر عرف، عقد قابلیت جدایی از این آثار را ندارد (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص ۱۵۳؛ خوئی، ۱۴۱۴ق، ج ۱، ص ۱۴۸).

پیش از ورود به بحث مقتضای عقد شرکت، لازم است دلیل اینکه چرا موضوع مقتضای قرارداد شرکت را پس از بیان دیدگاه‌های فقهی آوردیم، توضیح دهیم. طبق تعاریفی که در ابتدای مقاله به نقل از فقها و حقوق دانان بیان شد، در عقد شرکت، هریک از شرکا باید مالی را به‌عنوان آورده خود با اموال سایر شرکا به‌نحو اشاعه درآمیزد. این مال، ممکن است مبلغی پول یا خدمت باشد؛ لیکن در فقه امامیه موضوع شرکت باید حقیق مالکیت باشد. این امر اثر تملیکی در پی دارد (کریمی و مرادی، ۱۳۹۴). به عبارت دیگر، سبب ایجاد شرکت، اراده و اختیار شرکاست؛ یعنی شرکا با اراده خود، اشاعه در مالکیت را - که اساس و جوهر شرکت است - به‌وسیله عقد یا اختلاط و امتزاج اموال ایجاد می‌کنند.

در تعاریف ارائه‌شده از عقد مشارکت در قانون مدنی و فقه، فقط به جنبه اشاعه آن توجه شده و فقط اثر آن، یعنی اشاعه، مدنظر قرار گرفته است؛ اما به ماهیت عقد و هدف و انگیزه عقد شرکت توجهی نشده است (همان).

با توجه به اینکه مفهوم و مقتضای عقد شرکت به‌صورت مستقل و صریح در منابع فقهی ذکر نشده است، ما پس از مطالعه دیدگاه‌های فقهی و همچنین تبیین و بررسی اقوال فقها، این مفهوم را استخراج کردیم. براساس اقوال فقها - که در بخش قبلی به تحقیق و تفصیل بیان شد - مقتضای عقد شرکت عبارت است از:

- تبعیت سود و زیان از رأس‌المال و سرمایه؛

- مساوات و برابری در سود و زیان به شرط برابری در سرمایه؛

- اشتراک در ربح و زیان.

فقهها در ذیل استدلال‌های فقهی خود درباره نحوه تسهیم سود و زیان در عقد شرکت، این موارد را به‌عنوان اقتضای شرکت مطرح کرده‌اند؛ اما در تعاریفی که از عقد شرکت ارائه کرده‌اند، به مفهوم و مقتضای عقد شرکت تصریح نکرده‌اند. در نهایت، براساس بررسی‌های انجام‌شده، ارکان اصلی و آثار ذاتی شرکت را می‌توان در دو محور «اشاعه در مالکیت» و «تبعیت سود و زیان از رأس‌المال» برشمرد. نتیجه این اشاعه و تبعیت سود و زیان از سرمایه، اشتراک شرکا در سود و زیان است. اگر سرمایه آنها مساوی باشد، به‌تبع، سهم آنان از سود نیز مساوی خواهد بود.

### نحوه تسهیم سود و زیان در قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی

همان‌گونه که در ابتدای مقاله گذشت، در خصوص تسهیم سود و زیان در قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی چالش‌های شرعی جدی مطرح است و بین متخصصان و محققان بانکداری اسلامی اختلاف نظر وجود دارد. بانک مرکزی در فرم یکنواخت قرارداد مشارکت مدنی، نحوه تسهیم سود و زیان را در قالب شرط ضمن عقد تعیین کرده است. در ماده یازده این قرارداد آمده است: «... شریک ملزم و متعهد شد که سهم‌الشرکه متعلقه بانک / مؤسسه اعتباری به‌همراه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک / مؤسسه اعتباری را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت کند».

مفاد این ماده به‌گونه‌ای است که مشتری به‌عنوان شریک باید سود بانک را حتی در فرض زیان‌ده بودن موضوع و پروژه مشارکت، تضمین کند. این بدان معناست که سهم بانک از سود، تضمین‌شده است و بانک به‌هیچ‌عنوان سهم خود از زیان وارده را بر عهده نمی‌گیرد. در واقع در این ماده، تناسب بین سود و سرمایه به هم خورده است و با شرایطی که در قرارداد آمده، شریک موظف شده سود معینی را که توسط شورای پول و اعتبار تعیین شده است، به‌عنوان سود ابرازی بپردازد و حتی در صورت زیان، از اموال خود متبرعاً به بانک صلح کند؛ درحالی‌که با توجه به تبعیت سود و زیان از سرمایه، به‌عنوان رکن اصلی عقد مشارکت مدنی، ابهامات جدی درباره مشروعیت و عدم مشروعیت این ماده وجود دارد. این ابهامات موجب شده که محققان بانکداری اسلامی انتقادات جدی را به این ماده مطرح کنند. در ادامه به مهم‌ترین انتقادات موجود در این زمینه پرداخته می‌شود.

یکی از انتقادات جدی در این زمینه این است که شرط تضمین سود و عدم پذیرش زیان، در مغایرت با ماهیت و ارکان اصلی عقد مشارکت مدنی در قراردادهای بانکی و دستورالعمل قانون عملیات بانکی بدون ربا قرار دارد؛ چراکه انگیزه و قصد اصلی از انعقاد قرارداد مشارکت مدنی، انتفاع و کسب سود است. این در حالی است که چنین شرطی با غرض و انگیزه اصلی مشارکت و همچنین ارکان اصلی آن مغایرت دارد. در واقع این شرط با مقتضای ذات عقد مشارکت که براساس معیار عرف و تراضی و انگیزه طرفین تعریف می‌شود، مغایرت دارد. ضمن اینکه با پذیرش ضرر و زیان یک طرف عقد، شیاع در عقد شرکت نیز مخدوش می‌شود (کریمی و مرادی، ۱۳۹۴).

برهمن اساس، شرکا نمی‌توانند شرط کنند که بعضی از شرکا از شرکت در زیان معاف باشند یا اینکه سود فقط به یک یا چند نفر از آنها تعلق گیرد. در واقع شرکا را نمی‌توان به‌طور مطلق از سود محروم کرد یا از تحمل زیان معاف

دانست؛ بلکه فقط می‌توان نسبت سود و زیان را کم و زیاد کرد. در واقع، حذف سود و زیان به‌طور کامل در مورد یک یا چند شریک، به این معناست که قرارداد شرکتی در بین نیست و در واقع چنین اشخاصی شریک نیستند.

برخی دیگر بر این باورند که چنین شرطی در تنافی با مضمون حقیقی عقد مشارکت مدنی، قصد جدی متعاملین و وقوع عرفی قرارداد است؛ چراکه اقتضای عقد شرکت، مشارکت در سود و زیان است. چنین صلحی که شریک را در فرض زیان ده بودن موضوع مشارکت به پرداخت سود ملزم می‌کند، در حقیقت نوعی تضمین سود محقق نشده است و الزام شریک به پرداخت آن، به‌دلیل مخالفت با اقتضای قرارداد مشارکت، اشکال دارد (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴).

از طرفی آنچه متعاقدين در عقد شرکت قصد می‌کنند، مشارکت در سود و زیان است؛ حال آنکه مضمون این شرط با قصد جدی متعاقدين نیز در تنافی است. اگر مراد جدی شرکا مشارکت واقعی است، قطعاً نباید چنین شرطی را در متن عقد قرار دهند و سودی را که حتی در خارج محقق نشده است، تضمین کنند. این شرط حاکی از آن است که متعاقدين از ابتدا در پوشش قرارداد مشارکت به‌دنبال قرض دادن و سود معین گرفتن بوده‌اند. ضمن اینکه این شرط، فهم عرفی از قرارداد مشارکت مدنی را نیز مخدوش می‌کند؛ زیرا از نظر عرف، قرارداد مشارکت وسیله‌ای برای رسیدن به این غرض عقلایی است که شرکا به‌نسبت سهم‌الشرکه خود در سود ناشی از یک فعالیت اقتصادی واقعی شریک شوند. حال چنین شرطی آن غرض عقلایی را تأمین نمی‌کند (ملاکریمی و راغبی، ۱۳۹۸).

برخی از محققان این شرط را صرف‌نظر از اینکه مخالف مقتضای عقد باشد یا نباشد، مخالف کتاب و سنت می‌دانند؛ چراکه این شرط شبیهه اکل مال بالباطل هم دارد و به‌دلیل اینکه هیچ سودی در کار نیست و شریک مجبور به پرداخت سود محقق نشده است، مصادق اکل مال بالباطل محسوب می‌شود. صلح ربوی نیز از دیگر شبهه‌های این ماده است؛ چراکه قرارداد را از تعریف مشارکت خارج کرده و شریک ملزم شده است که در برابر تسهیلات اعطایی سود بدهد؛ چه در حقیقت سود کرده باشد یا ضرر. این سود، اضافه بر رأس‌المال، و ریاست. اجبار شریک به پذیرش چنین شرطی به‌ویژه نسبت به پرداخت سود، تحمیل شرط بر مشتری است (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴).

افزون‌براین، می‌توان به قاعده اصطیادی بطلان ربح مالم‌بضمین نیز استناد کرد. این قاعده به‌معنای نهی از سود بدون عهده، منع از سود بردن و گرفتن زیادت‌تر از سرمایه است. مفاد این قاعده به این معناست که در قراردادهای سود یا زیان متعلق به مالک و صاحب سرمایه است (هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۱۸ق، ص ۸؛ صدر، ۱۴۰۱ق، ص ۲۰۰-۲۰۳)؛ لذا با توجه به این قاعده، در بازارهای مالی اسلامی، سود و منفعت با تحمل مخاطرات، هزینه‌ها و ضمان محقق می‌شود. با بررسی احکام مربوط به شرکت نیز این نتیجه حاصل می‌شود که در قرارداد شرکت به‌عنوان یک قرارداد انتفاعی و سودآور، مالک باید مخاطرات تجارت را بپذیرد. در واقع، مقتضای قرارداد مشارکت این است که سرمایه تضمین نشده است و به همین دلیل، اگر خسارتی در خرید و فروش پدید آید، خسارت متوجه سرمایه و سرمایه‌دار است. بنابراین، عدم مشارکت در زیان محقق‌شده و فراتر از آن، تضمین سود محقق‌نشده برای یکی از شرکا صحیح نیست. اگر در پی عقد مشارکت، زبانی به مال مشترک وارد شود، این زیان به‌نسبت سهم

هریک از شرکا، به آنها تعلق می‌گیرد. پس سود با اصل سرمایه در صورتی پرداخت می‌شود که واقعاً محقق شده باشد؛ ولی اگر در واقع طرح متحمل ضرری شده باشد، تضمین پرداخت سود، با روح مشارکت منافات دارد و می‌توان به‌عنوان تغییر صورتی قرض به مشارکت تلقی شود؛ که در این حال، شبههٔ ربا بسیار قوی خواهد بود.

در ادبیات بانکداری اسلامی در حوزهٔ بین‌الملل در زمینهٔ قرارداد مشارکت مدنی نیز تقسیم سود و زیان باید برحسب سهم آوردهٔ دو طرف صورت گیرد و توزیع سود نیز براساس سود و زیان واقعی و تحقق یافته انجام شود. براین اساس، شروط برهم‌زنندهٔ روح مشارکت و اصل تقسیم سود و زیان مجاز نیست (فتحونی، ۲۰۲۰). استانداردهای سازمان حسابداری و حسابرسی مؤسسه‌های مالی اسلامی (AAOIFI) نیز رعایت این الزامات را در قرارداد مشارکت مدنی بانکی، تصریح و تأکید می‌کند (سازمان حسابداری و حسابرسی مؤسسه‌های مالی اسلامی، ۲۰۱۵).

### دیدگاه شورای نگهبان

با توجه به چالش‌های جدی‌ای که در خصوص نحوهٔ تسهیم سود و زیان در قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی به‌وجود آمده و همچنین پرسش‌ها و شکایاتی که از سوی مشتریان بانکی مطرح شده بود، دیوان عدالت اداری در قالب نامه‌ای، از شورای محترم نگهبان در این باره استعلام می‌کند. شورای نگهبان در پاسخ به استعلام دیوان عدالت اداری در تاریخ ۱۵ شهریور ۱۳۹۶ اشاره می‌دارد که مادهٔ ۱۱ فرم قرارداد مشارکت مدنی، در قالب شرط ضمن عقد است که شریک به آنها متعهد شده است؛ بنابراین خلاف موازین شرع تشخیص داده نشد.

ظاهر پاسخ شورای نگهبان این تصور را در ذهن ایجاد می‌کند که فقهای محترم شورا، مادهٔ ۱۱ را با ملاحظهٔ اینکه شرط ضمن عقد است، مجاز شمرده‌اند؛ اما با تأمل در پاسخ شورای نگهبان روشن می‌شود که اگرچه این ماده به‌صورت شرط ضمنی در قرارداد مشارکت آمده، لکن توافق و قرارداد جداگانه‌ای است که در موازات قرارداد مشارکت منعقد شده و فقط التزام و تعهد به آن به‌صورت «در ضمن قرارداد مشارکت» درج شده است. براساس این دیدگاه، اساساً این توافق مستقل و جداگانه‌ای است و به قرارداد مشارکت ملحق نمی‌شود تا بحث دربارهٔ موافقت یا مخالفت آن با مقتضای قرارداد مشارکت مطرح شود. در واقع، این ماده توافقی است که بین شریک و مشتری صورت گرفته است مبنی بر اینکه اگر موضوع مشارکت به هیچ سودی منجر نشد، شریک به‌اندازهٔ سود ابرازی در قرارداد، از اموال خود به‌صورت تبرعی و مجانی به بانک تملیک کند. مطابق این ماده، شریک به اختیار خود و با در نظر گرفتن دواعی و منافع خود، ملزم به چنین شرطی شده و انعقاد قرارداد به این صورت را به‌نفع خود دیده است. مطابق این دیدگاه، این پاسخ منوط به این مسئله است که شریک با اختیار خود چنین شرطی را پذیرفته است و بانک و مشتری دربارهٔ پرداخت سود انتظاری به بانک در قالب تملیک مجانی از اموال شریک، مصالحه کرده‌اند (ملاکرمی و راغبی، ۱۳۹۸).

مبنای فقهی دیدگاه شورای نگهبان با نظر برخی از فقهای متأخر و معاصر سازگاری دارد. برای مثال، در برخی از منابع فقهی تصریح شده است که هر کدام از شرکا از سود و زیان، به‌نسبت مال خود سهم می‌برد؛ مگر اینکه در ضمن عقد شرکت، عقد دیگری شرط شود که زیان برای یکی باشد؛ که این شرط، لازم است (حکیم، ۱۴۱۵ق،

ج ۲، ص ۱۹۱). برخی نیز معتقدند: اگر یکی از شرکا بپذیرد که آنچه را از استفاده مالک می‌شود؛ به دیگری بدهد، یا به مقدار تمام ضرری که بر دیگری وارد می‌شود، از مال خود به او تملیک نماید، عقد صحیح و شرط لازم الوفاء است (وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ص ۴۲۸).

همچنین نظر برخی از حقوقدان‌ها همسو با دیدگاه شورای نگهبان است. ایشان بر این باورند که چنین شرطی، حتی اگر ضمن خود عقد شرکت گنجانده شود، صحیح است. در واقع، اختصاص دادن سود بیشتر به یکی از شرکا بر مبنای اصل آزادی قراردادها و ماده ۱۰ قانون مدنی، نیاز به سبب معین و پیش‌ساخته قانونی ندارد و عقد مشترک آنان خواه به صورت شرط باشد یا با قرارداد مستقل، می‌تواند این وضع حقوقی را به وجود آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۴۸).

### نقد و بررسی دیدگاه شورای نگهبان

با توجه به تبیین دیدگاه‌های فقهی درباره نحوه تسهیم سود و زیان و تشریح دیدگاه شورای نگهبان، به نظر می‌رسد که اگر با نگاه صرفاً فقهی به این موضوع نگاه کنیم، ماده ۱۱ با اشکال خاصی مواجه نباشد؛ چراکه اختلافات فقهی، ناظر به شرط ضمن عقدی است که نحوه تسهیم سود و زیان را در عقد شرکت تعیین می‌کند و دیدگاه‌های فقهی حول این مسئله شکل گرفته است؛ حال آنکه به نظر می‌رسد، شورای نگهبان با علم به وجود چالش‌های فقهی در خصوص شرطی که سود را به نفع یکی از شرکا تضمین می‌کند و او را از زیان احتمالی معاف می‌دارد، راه دیگری را پیموده است. شورای نگهبان این شرط را در ضمن عقد صلحی مستقل از قرارداد مشارکت تأیید کرده است و بر همین اساس، وجود چالش‌های فقهی را همچون ربوی بودن، مخالف مقتضای عقد بودن، اکل مال به باطل بودن و... منتفی می‌داند. فقهای محترم شورا بر این باورند که اگر چنین شرطی مبنی بر تضمین سود ابرازی، حتی در فرض عدم تحقق آن، به صورت شرط در ضمن عقد مشارکت مدنی آمده بود، این اشکالات وارد بود؛ اما آنچه در ماده ۱۱ مقرر شده است، این شرط را در قرارداد صلحی که مستقل از قرارداد مشارکت مدنی منعقد می‌شود، قرار داده است.

نگارندگان معتقدند که این استدلال کافی نیست و ما حتی اگر بپذیریم که این شیوه از تسهیم سود و زیان، به لحاظ فقهی متن است، دیدگاه شورای نگهبان همچنان دارای اشکالات مبنایی دیگری است؛ اشکالاتی که طرح و بررسی آن به موازات چالش‌های فقهی ضرورت دارد. موضوع نحوه تسهیم سود و زیان در قرارداد مشارکت مدنی باید از زوایای دیگری نیز بررسی شود. مفاد ماده ۱۱ قرارداد بکناخت بانک مرکزی، کارکرد واقعی مشارکت را تغییر می‌دهد و هدف واقعی از آن را - که شراکت در سود و زیان و تسهیم ریسک‌های احتمالی ناشی از فعالیت‌های اقتصادی مشترک است - مخدوش می‌کند؛ چراکه کارکرد اصلی این قرارداد به نحوی است که متعاقبین با استفاده از سرمایه مشترک، تشویق به انجام یک فعالیت اقتصادی واقعی شوند و سود به دست آمده را به نسبت توافق شده در ابتدای قرارداد تقسیم کنند. به دست آمدن چنین سودی قطعی هم نیست و شرکا در این معامله چنین ریسکی را می‌پذیرند. این در حالی است که با درج ماده ۱۱ در قرارداد مشارکت مدنی و تضمین سود (حتی در فرض عدم

سود)، به نوعی مقطوع کردن سود و در نتیجه تبدیل کردن قرارداد مشارکت مدنی به عقود مبادله‌ای با نرخ سود قطعی است. قطعاً چنین تغییری در کارکرد مشارکت مدنی، امتیازات استفاده از چنین قراردادی را خدشه‌دار می‌سازد. در نهایت، به نظر می‌رسد که چالش‌های نحوه تسهیم سود و زیان در قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی همچنان به قوت خود باقی است. این چالش‌ها به دو دسته فقهی و سیستمی تقسیم می‌شود. اگر نظام بانکی توانایی رفع این چالش‌ها را ندارد، لازم است که از قراردادهای مبادله‌ای جایگزین استفاده کند و فقط بانک‌هایی که علاقه و ظرفیت لازم برای اجرای مشارکت واقعی را دارند، مجاز به استفاده از قرارداد مشارکت مدنی شوند. بدیهی است که انعقاد تعداد کمتری از قرارداد مشارکت مدنی صحیح و واقعی، بهتر از انعقاد تعداد بیشتری از این قرارداد به شکل صوری، غیرواقعی و ناصحیح است.

### نتیجه‌گیری

نحوه تسهیم سود و زیان، یکی از مهم‌ترین مسائل مطرح در قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی است. مطالعه دقیق منابع فقهی و تتبع در اقوال فقها درباره قرارداد شرکت نشان می‌دهد که اگر سهم‌الشرکه شرکا مساوی باشد، هر دو به‌طور مساوی از سود و زیان سهم می‌برند. زمانی هم که سرمایه یکی از دو شریک از دیگری بیشتر باشد، او به‌نسبت، سود بیشتری می‌برد. این نوع توزیع سود و زیان بین دو شریک بر مبنای میزان رأس‌المال و سهم‌الشرکه، به دلیل اصل تبعیت نماء از اصل است. البته این در صورتی است که دو طرف در عمل نیز برابر باشند.

اما طرفین معامله در خصوص تقسیم سود و زیان، به هر دلیل و با هر انگیزه و داعی می‌توانند به‌گونه‌ای متفاوت توافق کنند و این تناسب را تغییر دهند. در زمینه عدم تناسب سود و زیان با سهم‌الشرکه، فروض مختلفی قابل تصور است. ممکن است طرفین معامله در عقد شرکت شرط کنند که یکی از آنها سهم بیشتری از سود ببرد. اگر سود بیشتر به‌نفع شریکی باشد که کار بیشتری انجام می‌دهد، این شرط صحیح است و اختلاف‌نظری در باره آن وجود ندارد؛ چراکه سهم بیشتر از سود، در مقابل عمل اضافی او قرار گیرد.

صورت دیگر نحوه تسهیم سود و زیان این است که سود بیشتر بدون انجام کار بیشتر، به یکی از شرکا تعلق گیرد. در واقع، اگر در عقد شرکت، شرکا در عمل مساوی باشند و شرطی مبنی بر عدم تناسب بین سود و میزان سهم‌الشرکه قرار دهند (خواه شرکا در رأس‌المال و سهم‌الشرکه برابر باشند، خواه رأس‌المال‌ها مساوی نباشد و شرط شود که در سود و زیان برابر باشند) درباره صحت چنین شرطی سه دیدگاه وجود دارد: عده‌ای از فقها قائل به صحت شرط و عقد می‌باشند؛ گروهی شرط و عقد را باطل می‌دانند؛ برخی نیز فقط شرط را باطل می‌دانند. این اختلاف‌نظر، هم در بین فقهای متقدم و متأخر و هم بین فقهای معاصر و مراجع معظم تقلید مشاهده می‌شود. این پژوهش سعی کرده است، فراتر از نگاه صرفاً فقهی و با دقت نظر در مبانی و همچنین با ملاحظه مقتضا و ماهیت قرارداد، ماده ۱۱ قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی را مورد بررسی قرار دهد. این ماده مقرر می‌کند که مشتری به‌عنوان شریک باید سود بانک را حتی در فرض زیان‌ده بودن موضوع و پروژه مشارکت، تضمین کند. این بدان معناست که سهم

بانک از سود، تضمین شده و بانک به هیچ عنوان سهم خود از زیان وارده را بر عهده نمی‌گیرد. در واقع در این ماده تناسب بین سود و سرمایه به هم خورده است و با شرایطی که در قرارداد آمده، شریک موظف شده سود معینی را که توسط شورای پول و اعتبار تعیین شده است، به عنوان سود ابرازی پردازد و حتی در صورت زیان، از اموال خود متبرعاً به بانک صلح کند. نگارندگان مقاله بر این باورند، این شرط صراحتاً با مقتضای قرارداد مشارکت مخالف بوده و بر همین اساس دیدگاه شورای نگهبان مبنی بر صحت این شرط، قابل نقد است.

شورای نگهبان در این زمینه معتقد است که درج چنین شرطی در ضمن عقد صلحی مستقل از قرارداد مشارکت، مورد تأیید است و بر همین اساس، وجود چالش‌های فقهی همچون ربوی بودن، مخالف مقتضای عقد بودن، اکل مال به باطل بودن و... منتفی است. فقهای محترم شورا بر این باورند که اگر چنین شرطی مبنی بر تضمین سود ابرازی، حتی در فرض عدم تحقق آن، به صورت شرط در ضمن عقد مشارکت مدنی آمده بود، این اشکالات وارد بود؛ اما آنچه در ماده ۱۱ مقرر شده است، این شرط را در قرارداد صلحی که مستقل از قرارداد مشارکت مدنی منعقد می‌شود، قرار داده است.

نگارندگان معتقدند که این استدلال کافی نیست و ما حتی اگر بپذیریم که این شیوه از تسهیم سود و زیان، به لحاظ فقهی متقن است، دیدگاه شورای نگهبان همچنان دارای اشکالات مبنایی دیگری است؛ اشکالاتی که طرح و بررسی آن به موازات چالش‌های فقهی ضرورت دارد و مهم‌ترین آن، تغییر کارکرد اصلی قرارداد مشارکت مدنی و تبدیل آن به قراردادی غیرمنصفانه است.



- اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۴۰۳ق، *مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- اصفهانی، محمدحسین کمپانی، ۱۴۱۸ق، *حاشیة کتاب المکاسب*، قم، أنوار الهدی.
- بحرانی، حسین بن محمد، بی تا، *انوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع*، قم، مجمع البحوث العلمیه.
- بحرانی، یوسف بن احمد، ۱۴۰۵ق، *حدائق الناظره فی احکام العترة الطاهره*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- بهبهانی، محمداقبر، ۱۴۱۷ق، *حاشیه مجمع الفائده والبرهان*، چ دوم، قم، مؤسسه العلامة المجدد الوحید البهبهانی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۶، *دانشنامه حقوقی*، چ چهارم، تهران، امیرکبیر.
- حائری، علی بن محمد، ۱۴۱۸ق، *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البیت.
- حکیم، سیدمحمدسعید، ۱۴۱۵ق، *منهاج الصالحین*، بیروت، دار الصفوه.
- حلی، ابن زهره، ۱۴۱۷ق، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۱۴ق، *تذکرة الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البیت.
- \_\_\_\_\_، ۱۴۱۳ق، *مختلف الشیعه فی احکام الشریعه*، چ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- خوئی، سیدمحمدتقی، ۱۴۱۴ق، *الشروط أو الالتزامات التبعية فی العقود*، بیروت، دارالمؤرخ العربی.
- سبحانی، جعفر، ۱۴۲۹ق، *رساله توضیح المسائل*، چ سوم، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- سیستانی، سیدعلی، *رساله توضیح المسائل*، در: [Sistani.org/Persian/book](http://Sistani.org/Persian/book)
- شیرازی، سیدموسی، ۱۴۳۰ق، *رساله توضیح المسائل*، قم، سلسبیل.
- صدر، سیدمحمدباقر، ۱۴۰۱ق، *البنک اللاروی*، چ هفتم، بیروت، دار التعارف للمطبوعات.
- صمیری، مفلح بن حسن، ۱۴۲۰ق، *غایة المرام فی شرح شرائع الاسلام*، بیروت، دار الهمادی.
- طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، ۱۴۱۹ق، *العروة الوثقی*، قم، جامعه مدرسین.
- طوسی، محمدبن حسن، ۱۳۸۷ق، *المبسوط فی فقه الامامیه*، چ سوم، تهران، المکتبه الرضویه لاحیاء الآثار الجعفریه.
- عاملی، جواد بن محمد، ۱۴۱۹ق، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۲، *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس های از عقود معین*، تهران، گنج دانش.
- کریمی، عباس و یاسر مرادی، ۱۳۹۴، «سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه های دایرکتیو اتحادیه اروپا»، *مطالعات مالی و بانکداری اسلامی*، ش ۱، ص ۳۹۷-۳۹۸.
- محقق حلی، جمال الدین، ۱۴۱۰، *المقتصر من شرح المختصر*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه.
- مصباحی مقدم، غلامرضا و محمدحسین نعمتی، ۱۳۹۷، «تحلیل فقهی - حقوقی برخی از مواد قرارداد مشارکت مدنی بانکی»، *پژوهشنامه میان رشته ای فقهی*، ش ۱۳، ص ۲۵-۴.
- مکارم شیرازی، ناصر، ۱۳۹۴، *درس خارج فقه*، در: [makarem.ir](http://makarem.ir)
- مکی عاملی، محمدبن، ۱۴۱۴ق، *غایة المراد فی شرح نکت الإرتساده*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
- ملاکریمی، فرشته و محمدعلی راغبی، ۱۳۹۸، «معرفی معیارهای تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد در عقود مشارکتی»، *اقتصاد اسلامی*، ش ۷۴، ص ۱۱۳-۱۱۴.
- موسوی اردبیلی، سیدعبدالکریم، ۱۴۱۴ق، *فقه الشریکه علی نهج الفقه و القانون و کتاب التأمین*، قم، دارالعلم.
- موسوی خمینی، سیدروح الله، ۱۴۲۵ق، *تحریر الوسیله*، قم، جامعه مدرسین.

نجفی، محمدحسن، ۱۴۰۴ق، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، ج هفتم، بیروت، دار التراث العربی. نظریور، محمدنقی و فرشته ملاکریمی، ۱۳۹۴، «بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی»، *اقتصاد اسلامی*، ش ۵۷، ص ۱۳۷-۱۶۶.

نوری همدانی، حسین، *رساله توضیح المسائل*، در: noorihamedani.ir.

وحید خراسانی، حسین، ۱۴۲۸ق، *توضیح المسائل*، ج نهم، قم، مدرسه امام باقر علیه السلام.

هاشمی شاهرودی، سیدمحمود، ۱۴۱۸ق، «*قاعده بطلان ربح ما لم یضمن*»، *المنهاج*، ش ۶ ص ۷-۴۴.

Fathoni, Muhammad Anwar; Suryan, 2020, "Profit Loss Sharing (PLS) and Its Implementation in Indonesian Islamic Banking", *IQTISHODUNA: Jurnal Ekonomi Islam*, V. 9, N. 1, P 121-136.

AAOIFI (The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions), 2015, *Sharia Standards for Islamic Financial Institutions*, p 321\_364.