

بررسی عقد مشارکت در سیستم بانکی ایران

عباس صادقیان^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۲

فتاح شیری^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۲/۲۰

مجتبی عباسی^۳سعیده نیکروش^۴

چکیده

امروزه بانک‌ها سعی می‌نمایند تا ریسک خود در امور بانکی را با وضع شروط نافی مسئولیت در دو قالب قراردادی و عملیاتی (غیر قراردادی) کاهش دهند. در میان عقود مختلف بانکی، عقود مشارکتی و مشخصاً عقد مضاربه و مشارکت مدنی که برخلاف عقود مبادله‌ای، بحث مسئولیت بانک تسهیلات دهنده اهمیت بالایی دارد، متضمن شروط مشخص منتج به عدم مسئولیت می‌باشند. مشارکت یکی از روش‌های تأمین مالی فعالیت‌های اقتصادی مورد تأیید بانکداری اسلامی است که براساس مبنای فقهی آن، از درهم آمیختن سرمایه شرکا شکل می‌گیرد و همه شرکا حق دخالت و نظارت بر فعالیت اقتصادی و مدیریت آن را دارند؛ از جمله اساسی‌ترین مفاهیم قرارداد مشارکت، تقسیم سود و زیان در انتهای فعالیت اقتصادی یا قرارداد، به نسبت سرمایه هر کدام از شرکا است. نتایج به دست آمده نشان می‌دهد که در زمینه تقسیم سود و زیان، لازم بودن عقد در عین جواز آن برای بانک و الزام مشتری به خرید سهم الشرکه بانک شروط تحمیلی در قرارداد فی ما بین درج شده است. نوع روش تحقیق توصیفی - تحلیلی و بر مبنای روش کتابخانه‌ای می‌باشد.

کلمات کلیدی:

عقد، عقد مشارکت، سیستم بانکی، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق، گروه حقوق، واحد ایلام، دانشگاه آزاد اسلامی، ایلام، ایران (نویسنده مسئول)

^۲ کارشناسی ارشد حقوق، گروه حقوق، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، ایلام، ایران

^۳ دانشجوی دکتری حقوق، گروه حقوق، واحد مشهد، دانشگاه آزاد اسلامی، مشهد، ایران

^۴ دکتری جامعه‌شناسی فرهنگی، گروه جامعه‌شناسی، واحد تهران مرکزی، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

عقود مشارکتی یکی از کاراترین روش های تحقق مشارکت واقعی در نظام بانکداری بدون ربا قلمداد شده و گسترش آن، رشد و شکوفایی و پیشرفت اقتصادی کشور را به ارمغان می آورد. بر این اساس برخی از متفکران حوزه اقتصاد اسلامی اعتقاد دارند که عقود مشارکتی با توجه به ویژگی های خاص، از جمله پیشرفته ترین نوع معاملات در بانکداری اسلامی محسوب می شود. اما نحوه عملکرد عقود مشارکتی در نظام بانکی و مشکلات شرعی آن به ویژه در زمینه شناسایی و تقسیم سود، تاحدی است که گروه دیگری از اندیشمندان عرصه بانکداری اسلامی، عدم استفاده از عقود مشارکتی را برای پرهیز از شبهات شرعی و ربوی توصیه و حرکت به سمت بهره گیری از عقود مبادله ای را در تخصیص منابع بانکی تجویز و فاصله گرفتن از عقود مشارکتی به علت ناهمخوانی با کارکردهای بانکی را پیشنهاد می کنند. تجربه عملکرد نظام بانکی در بیش از چهار دهه اخیر حکایت از مشکلات اساسی در شناسایی و تقسیم سود در عقود مشارکتی داشته و بانک ها را به نظام بانکی سنتی برای تأمین مالی و اخذ سود دوران معطلی سرمایه تبدیل کرده است. راهبرد بلند مدت نظام بانکی در رفع این چالش اساسی، حرکت به سمت بانکداری اسلامی و ورود به عرصه مشارکت در سود و زیان واقعی است تا از این طریق شبهات حاکم در نظام بانکی مرتفع شود.

عقود مشارکتی شامل تسهیلات مضاربه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مزارعه و مساقات می باشد. فعالیت این گروه بر مبنای مشارکت و به قصد انتفاع صورت می پذیرد و بازده حاصل از این نوع فعالیت طبق توافق طرفین و بر اساس نسبت های مورد توافق تقسیم می شود. با توجه به محدودیت های ایجادشده از سوی بانک مرکزی، از ظرفیت های عقد مشارکت حقوقی و سرمایه گذاری مستقیم استفاده نمی شود و به رغم مشکلات و موانع شرعی در اجرای عقود مضاربه و مشارکت مدنی، این عقود همچنان در نظام بانکی کشور مورد بهره برداری قرار می گیرد و سهم آن به دلیل تعیین دستوری نرخ سود در نظام بانکی در حال افزایش است. عقود مزارعه و مساقات نیز به دلیل فقدان املاک زراعی و باغات در اختیار بانک ها و نگاه محدود آیین نامه ها و دستورالعمل های اجرایی این دو عقد، در نظام بانکی اجرایی نیست.

مبانی فقهی عقود مشارکتی

یکی از معاملات متعارف در دنیای امروز که سطح تخصص در امور مختلف بالا رفته و سرمایه نقش اساسی را در راه اندازی واحدهای تولیدی و خدماتی با تکنولوژی نوین بازی می کند، شرکت است که به انواع و اشکال مختلف در عرصه کسب و کار جریان دارد. شرکت، نوع خاصی از قراردادهای مالی است که در برخی موارد، نتیجه قرار داد و گاهی نتیجه یک حادثه و اتفاق است. بر این اساس فقها وقتی وارد بحث شرکت می شوند آن را فراتر از یک قرارداد می بینند. در این بخش، احکام شرکت به معنای عام به ویژه شرکت عقدی را مطرح می کنیم (موسویان، ۱۳۸۹)

غالب فقها در تعریف عام شرکت، عبارتی نزدیک به هم دارند، امام خمینی (ره) در این باره می‌فرماید: «شرکت عبارت است از اینکه یک چیز برای دو نفر یا بیشتر باشد و آن یا در عین است با دین، یا منفعت، یا حق».

شرکت عقدی به چهار صورت به شرح ذیل مطرح است که به اعتقاد مشهور فقهای شیعه و حضرت امام خمینی (ره) تنها صورت اول که به آن «شرکه العنان» با شرکت در اموال می‌گویند صحیح است.

الف - شرکه العنان (شرکت در اموال): به این صورت که دو یا چند نفر به طور مشترک سرمایه یک فعالیت اقتصادی را تأمین می‌کنند و از طریق آن اکتساب کرده در سود و زیان شریک می‌شوند

ب - شرکه الابدان (شرکت در کار): به این صورت که دو یا چند نفر پیمان می‌بندند که هر چه از کار خود به دست می‌آورند با هم شریک باشند، خواه کارشان یکسان باشد یا متفاوت و خواه مینای شرکت کار معین باشد یا مطلق کار.

ج - شرکه الوجوه (شرکت در اعتبار): به این صورت که دو یا چند نفر بدون اینکه سرمایه‌ای داشته باشند یا بیاورند با هم پیمان می‌بندند که هر کدام اموالی را به صورت نسبه بر ذمه خود بخرد و این اموال از آن هر دو باشد، سپس کالای خریداری شده را بفروشد و بدهی خود را پردازد و آنچه بجا می‌ماند سود هر دو باشد.

د - شرکه المفاوضات: به این صورت که دو یا چند نفر پیمان ببندند هرچه برای آنها از سود تجارت، فواید زراعت، کسب یا ارث یا وصیت و یا غیر آنها می‌رسد بینشان مشترک باشد و همچنین هر غرامت و خسارتی که بر یکی از آنها وارد می‌شود بر همه باشد.

عقد شرکت عقد جایز است، پس هر یک از شرکا می‌توانند فسخ قرارداد کنند، اگر برای شرکت مدتی تعیین کنند، لازم نمی‌شود ولی اگر در ضمن عقد لازمی شرط کنند وفای به آن شرط واجب است، همین طور اگر ضمن عقد جایز شرط کنند تا زمانی که عقد باقی است وفای به شرط واجب است، همین طور شرکت با مرگ، دیوانگی، بیهوشی و محجور شدن یکی از شرکا فسخ می‌شود.

در عقد شرکت بعد از انعقاد قرارداد کل سرمایه (مال الشرکه) به صورت مشاع به همه شرکا تعلق دارد، اعم از اینکه سرمایه به شکل داراییهای فیزیکی مانند زمین، ساختمان، ماشین آلات باشد یا دارایی های نقدی چون ریال، درهم و دینار یا ترکیبی از آن دو، و هیچ یک از اعضا نمی‌تواند سرمایه جداگانه ای داشته باشد.

حق تصرف در مال الشرکه طبق توافق قرارداد شرکت خواهد بود، اگر در قرارداد این حق به یکی از شرکا داده شود، تنها او مجاز به تصرف خواهد بود و دامنه تصرفات او نیز در حد توافق است اگر اجازه هر نوع فعالیتی را به او دهند وی با رعایت مصالح شرکت (به عنوان

وکیل و امین شرکا) مجاز به هر نوع تصرفی خواهد بود و اگر منحصر به فعالیت خاصی باشد تنها آن تصرف و لوازم متعارف آن را می‌تواند انجام دهد.

اگر در قرارداد شرکت در مورد کیفیت تقسیم سود و زیان توافق خاصی نداشته باشند، سود و زیان به نسبت مال هریک از شرکا بین آنان تقسیم می‌شود؛ پس اگر سرمایه طرفین مساوی بود، سود و زیان هم به نسبت مساوی تقسیم می‌شود. اما اگر در قرارداد، کیفیت خاصی را توافق کردند، مثل اینکه سود بر اساس نسبت های غیر مساوی تقسیم شود، با اینکه سرمایه ها مساویند یا سود مساوی تقسیم شود با اینکه سرمایه ها متفاوتند، اعم از اینکه نسبت بیشتر سود برای کسی باشد که در شرکت کار می‌کند یا کار بیشتر می‌کند یا برای سایر شرکا، در پایان دوره سود بر اساس توافق خاص تقسیم می‌شود. موضوع نحوه تقسیم سود و زیان در عقود مشارکتی به عنوان پاشنه آشیل اسلامی و شرعی بودن این عقود مطرح می‌باشد که مطالعات گسترده ای در مباحث فقهی حقوقی موضوع انجام شده و حکایت از حساسیت آن در تحقق بانکداری اسلامی دارد (نظر پور و صادقی فدکی، ۱۳۸۹).

به مقتضای اصل اولی شرکت، سود و زیان بر حسب سرمایه تقسیم می‌شود، اما اگر ضمن عقد شرط کنند ضرر احتمالی را یک یا چند نفر از شرکا جبران کنند مانع ندارد؛ بنابراین برای جلب اطمینان اعضای شرکت، یک یا چند نفر از آنها که اطلاعات و تجربه کافی دارند می‌توانند ضرر احتمالی را تا مدت معینی یا مطلقاً برعهده گیرند و به عبارت دیگر سرمایه سایر شرکا را تضمین کنند.

با تقسیم شرکت، شرکت منحل می‌شود؛ از آنجاکه شرکت عقد جایز است، هر یک از شرکا می‌تواند قرارداد را فسخ و تقاضای تقسیم کند. با تقاضای تقسیم یکی از شرکا بر دیگران واجب است قبول کرده مال الشرکه را تقسیم کنند مگر زمانی که به دلایل مختلف چون غیر قابل تقسیم بودن مال الشرکه یا کم بودن سهم الشرکه فرد، تقسیم، موجب ضرر مالی سایر شرکا شود، در این صورت می‌توانند از پذیرش تقسیم ممانعت کرده سهم او را خریداری کنند یا به کسی بفروشند (الف - موسویان، ۱۳۸۷).

عملکرد عقود مشارکتی در بانکداری بدون ربا اکثریت قریب به اتفاق انتقاداتی که بر عملکرد قانون بانکداری بدون ربا وارد می‌شود، به ضوابط و مقررات، به ویژه نحوه اجرای عقود مشارکتی و نحوه شناسایی سود واقعی مربوط می‌شود؛ به طوری که برخی از متفکران عرصه بانکداری اسلامی، پیشنهاد حذف این عقود را داده و برخی نیز با ارائه راهکارهای مختلف نظیر بانکداری PLS یا تعیین مؤسسات آمین در شناسایی سود واقعی و... در اندیشه اصلاح و پاک نمودن شبهات شرعی حاصل از اجرای این عقود هستند (موسویان، ۱۳۸۹).

ادبیات موضوع گسترده ای در خصوص عملکرد ضعیف نظام بانکی در اجرای دقیق عقود مشارکتی وجود دارد که از جنبه های مختلف آن را مورد بررسی قرار داده است. «مشکلات و موانع اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی کشور» عنوان کتابی است که توسط پژوهشکده پولی و بانکی منتشر شده (حاجیان، ۱۳۹۰) و نتایج کلی آن به شرح ذیل به همراه موانعی که

توسط نگارندگان احصاء شده است، مهم ترین چالش های صوری شدن عملیات بانکی بدون ربا قلمداد می شود که به آنها اشاره شده است.

- شفاف نبودن آیین نامه ها و دستورالعمل ها در زمینه اجرای عقود مشارکتی؛
- شفاف نبودن رابطه بانک و مشتری در مراحل مختلف اجرای عقود؛
- فقدان راه حل های مناسب برای تعیین نسبت سود سهم طرفین؛
- مهیا نبودن شرایط لازم برای مشارکت در زیان از طرف بانکها؛
- فقدان سازوکارهای لازم برای دستیابی به اطلاعات مالی صحیح؛
- ریسک حاکم بر مخاطرات اخلاقی شریک؛
- تخصص پایین بانک ها در حوزه های مختلف برای ورود به مشارکت واقعی؛
- کیفیت اجرای عقود مشارکتی (تبدیل عقد مشارکتی به عقد با بازدهی ثابت)؛
- فقدان راهکار اجرایی برای الزام شریک به پرداخت سهم الشرکه؛
- مدیریت کامل موضوع مشارکت توسط شریک علی رغم سهم ناچیز آن در طرح؛
- احتمال بالای انحراف تسهیلات پرداختی عقود مشارکتی برای هزینه در خارج از طرح؛
- ثابت بودن سهم بانک علی رغم وجود نرخ های تورم بالا در دوره مشارکت و افزایش سهم واقعی شریک.

۲. مشارکت حقوقی، بهترین عقد در تحقق مشارکت واقعی در نظام بانکی

مبانی حقوقی عقد مشارکت

قرارداد مشارکت که در آن بانک و مشتری با مشارکت یکدیگر مبادرت به سرمایه گذاری و تقسیم سود به نسبت آورده خود می کنند؛ یکی از مهمترین قراردادهای بانکی شناخته می شود. در واقع به نظر بسیاری متخصصان، بانکداری اسلامی آن است که افراد با انعقاد عقد مشارکت در سود و زیان به نسبت شریک شوند. بانک های اسلامی در بسیاری از پروژه های خود از روش مشارکت بهره می برند. این بانک ها مشتریان را در بخشی از سرمایه شریک می کنند و در ازای آن از محصول و تولیدات پروژه، طبق توافق طرفین، تامین مالی می کنند. با بررسی قراردادهای مختلفی که در قانون عملیات بانکی بدون ربا جهت اعطای تسهیلات وجود دارد، می توان نتیجه گرفت که قرارداد مشارکت مدنی به دلیل گستردگی کاربرد آن بعنوان اصلی ترین ابزار تسهیلات اعتباری در بانکداری اسلامی قابل استفاده می باشد. در واقع به دلیل همین مشارکت بین بانک و مشتری در زمان اعطای تسهیلات، سود حاصل ناشی از انجام فعالیت اقتصادی بین طرفین تقسیم می گردد و حتی شبهه ربا به ذهن نیز متبادر نمی گردد (کریمی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۱۵). در ایران نیز قانون عملیات بانکداری بدون ربا در سال ۱۳۶۲ به تصویب رسید و در سال های بعدی با اصلاحیاتی مواجه شده

است. در این قانون مشارکت از جمله عقود است که برای بانک‌ها برای تخصیص سپرده‌ها تعریف شده است (ماده ۳).

بررسی قانون بانکی مرتبط با مشارکت در ایران

پس از پیروزی انقلاب اسلامی مباحث جدی حول محور بانکداری اسلامی شکل گرفت و مبنای این قرار گرفت تا قواعد حقوق بانکی بر مبنای رعایت قواعد شریعت شکل گیرد و بر این اساس نیز عقود شرعی به منظور تأمین نیازهای متقاضیان در قانون عملیات بانکی بدون ربا پیش‌بینی گردیدند. پس از اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا از ابتدای سال ۱۳۶۳، صوری شدن قراردادهای یکی از مهمترین ایراداتی است که بر بانکداری اسلامی وارد می‌شود. در حال حاضر، در سیستم بانکی کشور از برخی عقود مبادله‌ای مانند: فروش اقساطی، جعاله و نیز عقود مشارکتی به صورت نسبتاً گسترده‌ای استفاده می‌شود. در برخی از موارد قراردادهای منعقد شده به صورت صوری در چهارچوب یکی از عقود شرعی مندرج در قانون عملیات بانکی بدون ربا قرار گرفته‌اند تا به هر شکل ممکن، نیاز متقاضیان وجوه برآورده شود. در این میان نوعاً نه بانکها و نه متقاضیان وجوه، حساسیتی از خود بر این مبنای که پرداخت و دریافت وجوه بطور دقیق منطبق با یکی از عقود اسلامی مندرج در این قانون باشد، نشان نمی‌دهند. اهمیت ندادن به این موضوع به وسیله طرفین و عدم نظارت مؤثر و کارآمد از سوی مراجع ذیصلاح، صوری بودن عقود را به امری شایع و همه‌گیر و در عین حال پذیرفته شده تبدیل کرده است. این خود از یک سو، عملیات بانکهای ربوی را در اذهان تداعی و از سوی دیگر ضرورت پرهیز از چنین روندی، مسئولیت نظام بانکی را دو چندان کرده است.

به موجب ماده (۷) قانون عملیات بانکی بدون ربا بانک‌ها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش‌های مختلف تولیدی و بازرگانی و خدماتی، قسمتی از سرمایه و یا منابع مورد نیاز این بخش‌ها را به صورت مشارکت تأمین نمایند. در ماده (۱۸) آئین‌نامه قانون یاد شده، شرکت مدنی چنین تعریف شده است: "در آمیختن سهم الشرکه نقدی یا غیرنقدی متعلق به اشخاص حقیقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع طبق قرارداد". باتوجه به این تعریف، خصوصیات شرکت مدنی که بانک در آن شریک می‌شود به شرح زیر است: (۱) سهم الشرکه‌ها می‌تواند وجه نقد یا سایر اموال باشد. طبق ماده (۳) دستورالعمل اجرایی مشارکت مدنی، در صورتی که سهم الشرکه وجه نقد باشد، بایستی آن را به حساب مخصوصی که در بانک برای مشارکت افتتاح می‌شود، واریز کنند و در صورتی که سهم الشرکه غیرنقدی باشد بایستی به شریکی که اداره امور شرکت مدنی به وی واگذار می‌شود تحویل داده شود و اگر قسمتی نقد و قسمتی غیرنقدی باشد؛ قسمت نقدی بایستی به حساب مخصوص واریز شود و قسمت غیرنقدی تحویل مدیر منتخب برای اداره شرکت شود. مطابق تبصره ماده مذکور، پرداخت سهم الشرکه ممکن است به دفعات صورت پذیرد

و در این صورت، هر مقدار از سهم الشرکه ها که پرداخت شود به همان میزان مشارکت تحقق پیدا می کند.

۲) شرکای بانک در یک شرکت مدنی، می توانند اشخاص حقیقی و یا حقوقی باشند همچنین بانک می تواند با بیش از یک شریک مشارکت نماید.

۳) سهم الشرکه بانک و شرکا بایستی در آمیخته شده و به صورت مشاع درآید.

۴) مقصود از مشارکت و ایجاد شرکت مدنی، انتفاع و بهره برداری مشروع از سرمایه و سهم الشرکه ها است. بنابراین، بانک فقط در شرکتی می تواند شریک شود که مقصود از آن انتفاع باشد.

۵) شرکت مدنی با مشخصات فوق، بایستی طبق قرارداد تشکیل شود. قرارداد مذکور، نحوه تشکیل شرکت و اداره و تسویه و انحلال آن را مشخص می نماید. مدت مشارکت بایستی در قرارداد دقیقاً مشخص شود. بانکها در صورتی مجاز به مشارکت مدنی هستند که حداقل ظرف یک سال موضوع آن خاتمه یافته و ظرف همین مدت قابل تسویه باشد البته در صورتی که موضوع مشارکت امور تولیدی و صنعتی، معدنی، کشاورزی، احداث مسکن و ساختمان و طرح های جدید خدماتی باشد، حداکثر سه سال و این مدت در موارد استثنایی با اجازه بانک مرکزی، قابل افزایش است. بنابراین، هنگام بررسی درخواست متقاضی، بانک بایستی دقت کافی به عمل آورده که انجام و تصفیه مشارکت ظرف مهلتهای مقرر، امکانپذیر باشد (ماده (۱۰) دستورالعمل اجرایی مشارکت مدنی).

میزان سهم الشرکه بانک و نحوه تقسیم سود بایستی در قرارداد مشخص شود و میزان سهم الشرکه بانک نمی تواند از ۸۰ درصد کل سرمایه شرکت مدنی بیشتر باشد. طبق ماده (۶) دستورالعمل اجرایی، در قرارداد مشارکت مدنی بایستی قید شود که مدیر یا مدیران شرکت مدنی حق ندارند بیشتر از سرمایه شرکت مدنی معامله انجام دهند و یا قبول تعهد کنند؛ زیرا بانک نمی خواهد پیش از منابع مالی اختصاص یافته به شرکت، خود را متعهد نماید. محدودیت مذکور نوعی محدود نمودن اذن در اداره شرکت است و در صورتی که شریک از این حدود تجاوز نماید. مرتکب تعدی و تفریط شده و در مقابل بانک مسئول است و ضامن هرگونه ضرر و زیانی است که از عمل او به سهم الشرکه بانک وارد گردد (خدادوستان، ۱۳۷۶: ۶۱).

سوء استفاده از شروط مغایر با ماهیت عقد مشارکت

اینکه آیا شرایط اساسی صحت معاملات شامل اعتبار شرط ضمن عقد است یا نه؟ نظرات مختلفی ارائه شده است. برخی از حقوقدانان شرایط اساسی صحت معامله مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی را مربوط به عقود یعنی اعمال حقوقی دو طرفه ای دانسته اند که مستقلاً انشا می شود و در تحقق خود به عمل حقوقی دیگری وابسته نیست. از این رو از ماده ۱۹۰ قانون مدنی نمی توان لزوم اجتماع شرایط مذکور را در ایقاع و شرط ضمن عقد پذیرفت

زیرا منظور از اصطلاح «معامله» مذکور در ماده ۱۹۰ با توجه به اطلاق این عنوان و جایگاه بیان آن در فصل دوم باب اول قسمت دوم قانون مدنی مربوط به عقود و معاملات و همان عقود است (شهیدی، ۱۳۹۰، ص ۸۹).

دکتر امامی نیز با استناد به ماده ۲۳۲ ق.م فقط سه امر را برای صحت شرط ضمن لازم می داند و آن سه شرط عبارت است از: قدرت بر تسلیم مورد شرط، داشتن نفع و فایده و مشروع بودن آنکه هرگاه یکی از آن شرایط رعایت نشود شرط باطل است و درباره بقیه شرایطی که رعایت آنها در صحت عقد لازم است قانون سکوت اختیار کرده است که آنها عبارت اند از مالیت داشتن، معین بودن، مبهم نبودن و همچنین مشروعیت جهت. بنابراین از نظر قضایی نمی توان شرط ضمن عقد که مالیت ندارد و با معین نیست و یا مبهم است و یا جهت آن نامشروع است را باطل دانست. چه ماده ای که بتوان به استناد آن حکم به بطلان چنین شرطی کرد، موجود نیست. علاوه بر آنکه ماده ۲۳۲ ق.م که در مقام بیان شرایط باطل است، نامی از آنها نمی برد و سکوت در مقام بیان، قرینه مسلمی به صحت اینگونه شروط است. از طرف دیگر به دستور ماده ۱۰ قانون مدنی که قراردادهای خصوصی را نسبت به طرفین نافذ می داند، اینگونه شروط و همچنین معامله ای که شرط ضمن آن شده است صحیح است (امامی، ۱۳۷۹، ص ۲۷۲).

در مورد شروط اختصاصی در میان فقها نظرات مختلفی ابراز شده که متقدمین از فقها بیشتر عدم مخالف با کتاب و سنت را به عنوان شرط اختصاصی ذکر کرده اند. (شهید ثانی، ۱۹۹۲م، ص ۱۹۹) و برخی مقدور بودن و مجهول بودن که منجر به جهل به عوضین بشود و عدم منافات با مقتضای عقد را به عنوان شرایط اختصاصی ذکر کرده اند (نجفی، ۱۳۹۱، ج ۳، ص ۱۹۹).

تبیین ماهیت عقود مشارکتی و شروط خلاف آن

شرط خلاف مقتضای ذات عقد در حقوق ایران از ابتدا باطل و یا مبطل عقد اعلام شده است؛ بر اساس ماده ۲۳۳ قانون مدنی، "شرط خلاف مقتضای عقد" در کنار "شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود" شروطی هستند که نه تنها باطلند که موجب بطلان عقد می شوند.

در میان فقها نیز مکرراً به این موضوع پرداخته شده است؛ مرحوم علامه حلی (ره) در کتاب ارزشمند قواعد الاحکام خود، شروط ضمن عقد بیع را به چند دسته تقسیم می کنند: دسته اول شروطی که خود عقد آن را اقتضا می کند همانند لزوم تسلیم مبیع و خیار مجلس و تقابض عوضین و وجود خیار حیوان در بیع حیوان که این شروط وجودشان مانند عدمشان است و فایده ای برای آن نمی بینند. دسته دوم شروط، شروطی هستند که به مصلحت متعاقدين تعلق می گیرند همانند زمان دار کردن پرداخت، خیار فسخ، لزوم دادن رهن و ضامن یا شهادت یا شرط کردن صفت خاصی در مبیع و این شروط را به اجماع صحیح می دانند. دسته سوم، شروطی هستند که منافاتی با مقتضای عقد ندارند همانند شرط دوختن

لباس یا شکل دادن به نقره موضوع عقد و یا شرط کردن عقد دیگری در عقد همانند اینکه در بیع شرط کنند که بایع مبیع را از مشتری باز خرد یا از او چیز دیگر بخرد یا با او ازدواج کند یا از او قرض بگیرد یا به وی قرض دهد یا از او چیزی به اجاره بگیرد یا اجاره بدهد. همه این موارد صحیح است چون که ارتباط مستقیم با مقتضای عقد ندارد. نوع چهارم شروط، شروطی هستند که گرچه با مقتضای عقد ارتباط تنگاتنگی دارند، لیکن به علت اینکه مبتنی بر نوعی جوانمردی (سراید) و یا مصلحت اجتماعی (تغلیب) است، پذیرفته می شوند همانند شرط آزادی برده موضوع عقد. نوع آخر شروط ضمن عقد که توسط مرحوم علامه تبیین می شود شروط منافی با مقتضای عقد است که بدون تعریف، مصادیقی از آن توسط ایشان به دست داده می شود همانند شرط عدم فروش یا عدم هبه مبیع یا شرط امکان رجوع مشتری به ثمن در صورتی که مبیع توسط دیگری غصب شود. به نظر ایشان همه این شروط باطلند و اقوی نیز بطلان بیعی است که متضمن این شروط است (کریمی، ۱۳۸۸، ص ۳۷۸).

از سوی دیگر، نظریه مبتنی بر تفکیک بین مقتضای ذات از مقتضای اطلاق عقد، هم اکنون قرائت رایج از نظریه هایی است که از حیث دایره شمول خاص قلمداد می شوند و در عمل نیز بسیار فراگیر شده و مورد پذیرش قاطبه حقوقدانان قرار گرفته است. در بین حقوقدانان نیز تلاش های ارزشمندی در راستای تبیین این نظریه صورت گرفته است. با این همه، نظریه از وضوح کافی برخوردار نیست و دچار ابهام است و معلوم نیست که در اصطلاح "طلاق" و "ذات" دقیقا چه مفهومی دارند. باید دید که در نظر متعاقدين، شرط از چه مقدار اهمیت برخوردار است. اگر آن قدر این شرط به نظر آنان مهم است که هم تراز با عقد قرار می گیرد و آنان شرط را همسنگ عقد می دانند، به نحوی که اگر شرط صحیح نباشد، عقد را نیز نمی خواهند، در این صورت جنبه خلاف مقتضا بودن عقد بر جنبه غیر مشروع بودن آن رجحان دارد و عقد نیز باطل می شود؛ در حالی که اگر متعاقدين برای شرط اهمیت زیادی قائل نباشند، به صورتی که حتی عقد بدون آن شرط نیز برای آنان مطلوب باشد، این شرط توانایی مقاومت در مقابل ذات عقد را نخواهد داشت و ویژگی غیر مشروع بودن عقد غلبه خواهد یافت و شرط به عنوان فرع در مقابل عقد به عنوان اصل ظاهر می شود و پیش از آنکه قاعده "اذا تعارضا تساقطا" جاری شود، به علت رجحان اصل بر فرع، عقد را صحیح قلمداد می کنیم و شرط را باطل به حساب می آوریم.

شروط خلاف آثار ذاتی هر عقد که توسط شرع، قانون و عرف تعیین می شوند، هم می توانند وصف خلاف مقتضا را به خود بگیرند و هم متصف به وصف غیر مشروع شوند. چنانچه در نظر متعاقدين، شرط همسنگ عقد قرار گیرد به نحوی که عقد را بدون شرط نخواهند، وصف خلاف مقتضاء غالب می گیرد و عقد و شرط هر دو باطل می شوند و در صورتی که وصف غیر مشروع شرط بر صفت خلاف مقتضای آن غلبه کند، در این صورت فقط شرط باطل می شود، بدون اینکه عقد باطل شود (همان، ص ۳۸۸).

مشارکت مدنی در عملیات بانکی در ماده ۱۸ آئین نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا به شرح ذیل تعریف شده است: «در آمیختن سهم الشرکه نقدی یا غیر نقدی متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع طبق قرارداد»

۱- مقصود از مشارکت و ایجاد شرکت مدنی انتفاع و بهره وری مشروع از سرمایه و سهم الشرکه ها است. در مشارکت مدنی می تواند انگیزه های متفاوتی وجود داشته باشد لیکن آنچه که در مشارکت مدنی بانکی به صراحت در قانون آمده، قصد بهره وری و سودجویی و انتفاع است.

۲- در آمیختن سهم الشرکه ها: شریک بانک و بانک می بایست سهم الشرکه های خود را به هم در آمیزند به نحوی که با هم یک مال مشاع را تشکیل دهند که قابل تفکیک و جدایی نباشد.

این سهم الشرکه می تواند نقدی و یا غیر نقدی باشد. به هر حال در آمیختن سهم الشرکه ها بهم یک مال مشاعی را تشکیل می دهد، که از مقررات حاکم بر مال مشاع پیروی می کند.

در تعاریف موجود از عقد مشارکت در قانون مدنی و فقه، فقط به جنبه اشاعه آن توجه کرده اند و اثر آن را مدنظر قرار داده اند لیکن به ماهیت عقد و هدف و انگیزه عقد مشارکت توجهی نشده است.

در تعریف قانون مدنی آمده: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه» این تعریف که تحت تاثیر تعریف فقها تدوین شده بیانگر تمام ویژگی های عقد شرکت و از جمله ارکان و شرایط اساسی آن نیست.

در تعریف فقها آمده: «عقد ثمرته جواز تصرف المالاک للشی واحد علی سبیل الشیاع وهذا هو الذی به یتدرج اشکره فی جمله العقود» (طباطبایی، ج ۹، ص ۵۳)

برخی از حقوقدانان به معامله کردن به مالی که بین شرکا مشترک است تاکید کرده و اظهار داشته اند «شرکت عمدی عبارت است از شرکت بین دو یا چند نفر بر معامله کردن به مالی که بین آنان مشترک است و آن را شرکت مدنی گویند. اثر عقد مذکور آن است که هر یک از شرکا به نمایندگی از طرف دیگران می تواند به وسیله کسب و معامله در مال الشرکه تصرف کند. هر یک از شرکا مانند وکیل و عامل از طرف دیگران در امور شرکت عمل می کند، مگر آنکه شرکا قرارداد مخصوص معلوم می شود که شرکا اذن تصرف به عنوان نمایندگی را از دیگران سلب کرده اند.» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۲۱۴)

برخی از حقوقدانان به هدف عقد شرکت توجه کرده و تصریح کرده اند، هدف شرکت این است که اموال به شیوه خاص و به وسیله اشخاص معین اداره شود و سود و زیان ناشی از آن بین شرکا تقسیم شود و بنا به این هدف عقد شرکت نیز باید در تعریف آن جای شایسته داشته باشد و همین نکته است که به عقد معنا می دهد و آن را از اشاعه ساده جدا می سازد. (کاتوزیان، ۱۳۸۲ ج ۲، صص ۱۶ و ۱۷) با این تعریف گر چه به هدف عقد شرکت توجه

شده لیکن تنها هدف مادی و تجاری در نظر نبوده و در شرکت می تواند اهداف دیگری نیز مد نظر شرکا باشد. به همین جهت در تعریف عقد شرکت آمده «عقدی است که به موجب آن دو یا چند شخص به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقصد دیگر حقوق خود را در میان می نهد تا به جای آن مالک سهم مشاع از مجموعه شوند.»

بر اساس این تعریف:

۱- هر یک از شریکان باید مالی را به عنوان آورده خود در این اجتماع بگذارد. این مال ممکن است مبلغی پول یا خدمت باشد لیکن در فقه امامیه موضوع شرکت باید حق مالکیت باشد. (این امر اثر تملیکی در پی دارد)

۲- اموال شرکت باید به طور مشاع به مالکیت همه شریکان درآید.

۳- سود و زیان به تناسب سهم شریکان مشاع تقسیم می شود. (همان، ص ۱۸)

تبیین شرط عدم مسئولیت در قرارداد مضاربه

به موجب ماده ۷ قانون عملیات بانکی بدون ربا بانکها مجازند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش های مختلف تولیدی و خدماتی بخشی از سرمایه و منابع مورد نیاز را در قالب مشارکت تامین نمایند. عقود مشارکتی نیز به پنج نوع تقسیم می شوند که شامل مضاربه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مزارعه و مساقات است. ماده ۹ قانون بانکداری بدون ربا مقرر می دارد: بانک ها می توانند، به منظور فراهم ساختن تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی، در چهارچوب سیاستهای بازرگانی دولت منابع مالی لازم را بر اساس قرارداد مضاربه در اختیار مشتریان با اولویت دادن به تعاونی های قانونی قرار دهند. در این نوع تسهیلات، بانک به عنوان مالک و صاحب سرمایه، تأمین کننده سرمایه مضاربه است و تسهیلات گیرنده به عنوان عامل، انجام تجارت موضوع قرارداد مضاربه را به عهده می گیرد و در پایان مدت قرارداد، سود حاصل از تجارت و بازرگانی، به نسبتی که در قرارداد مشخص شده و در متن قرارداد درج می شود، بین بانک و عامل تقسیم خواهد شد و نسبت این تقسیم بر اساس توافق اولیه که در قرارداد درج می شود خواهد بود. ماده ۳۶ آیین نامه اجرایی قانون بانکداری بدون ربا در تعریف تسهیلات مضاربه بانکی مقرر می دارد: «مضاربه قراردادی است که بموجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده دار تأمین سرمایه (نقدی) می شود با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند.»

اشخاص حقیقی یا حقوقی که می خواهند سرمایه تجاری خود را از راه مضاربه با بانک تأمین کنند؛ افزون بر اطلاعات هویتی باید اطلاعاتی مانند موضوع مضاربه، میزان سرمایه لازم برای مضاربه مورد نظر، مبالغ تقریبی هزینه های مربوطه، حداکثر مدت لازم برای دوره

مضاربه، پیش بینی میزان فروش، نسبت پیشنهادی متقاضی برای تقسیم سود حاصله از مضاربه، نوع وثیقه ای که متقاضی برای تضمین حسن اجرای قرار داد، در اختیار بانک بگذارد. بانک با بررسی اطلاعات مذکور و تعیین میزان کل سرمایه مورد نیاز مضاربه و نسبت سهم سود طرفین با رعایت ضوابطی که در این امر برای بانک ها معین شده است در صورت وجود توجیه کافی با تقاضای مشتری موافقت و اقدام به انعقاد قرارداد می نماید. (موسویان، ۱۳۹۳، ص ۳۵۳)

بانک ها حق دارند در طول مدت مضاربه بر عملکرد عامل و نحوه مصرف و برگشت وجوه نظارت کنند و اگر این نظارت به درستی انجام شود به میزان قابل توجهی از بروز زیانهای احتمالی جلوگیری می کند. مضاربه عقدی جایز است و هر یک از طرفین هر زمان که بخواهد می تواند قرارداد را فسخ کند و این برای طرف دیگر ریسک شمرده می شود. بخصوص در تسهیلات بانکی، اگر قرار باشد که عامل بعد مدتی، قرارداد را فسخ کند و سودی به بانک نرساند بانک متضرر می شود. برای اینکه عامل نتواند قرارداد را با استفاده از خاصیت جواز آن فسخ کند، حق فسخ وی را در ضمن یک عقد خارج لازمی ساقط می کنند. برخی از بانک ها برای تحقق عقد صلح، مبلغی مثلا به میزان ۱۰۰۰۰ ریال به عامل می پردازند و در متن قرارداد چنین قید می کنند: «عامل با دریافت ۱۰۰۰۰ ریال، عقد صلحی با بانک منعقد کرد و ضمن این عقد لازم خارج، تمام مفاد قرارداد را قبول نمود و حق فسخ آن را از خود ساقط نمود.»

عامل نمی تواند در برابر کاری که انجام می دهد غیر از سهم خود از سود، اجرتی مطالبه کند. اما اگر نوع کار به صورتی است که عرفا از یک یا چند کارگر استفاده می شود عامل می تواند اجرت کارگر را جزء هزینه های کار به حساب آورد و مطالبه کند، ولی اگر اعمالی را که طبق عرف بایستی به اجیر رجوع کند خود شخصا انجام دهد مستحق اجرت نخواهد بود. (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۶، ص ۳۴۵؛ امام خمینی، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۱، ص ۵۶۲) اما مطابق مواد ۶ تا ۸ دستورالعمل اجرایی قرار داد مضاربه، اجرای کل عملیات مضاربه به وسیله عامل بوده و هزینه های، خرید کالا، بیمه و حق ثبت سفارش، حمل و نقل، انبارداری، حقوق گمرکی و سود بازرگانی، هزینه بانکی، هزینه های بسته بندی به عنوان هزینه های قابل قبول است و سایر هزینه های متعلقه به معامله یا معاملات موضوع مضاربه با مصالحه طرفین به عهده عامل خواهد بود. از نظر فقهی همه این مسائل یا مقتضای خود قرارداد مضاربه است و یا می توان به صورت شرط ضمن عقد آورد. (امام خمینی، همان، ص ۵۸۱ و ۵۸۲)

در ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی آمده است. «بانکها موظفند برای جبران خسارت وارد بر اصل سرمایه ضمن عقد صلح موضوع ماده ۸ این دستور العمل، از عامل، تعهد کافی دریافت نمایند.»

توضیح اینکه از نظر شرعی، فقها بر این باورند که در عقد مضاربه، عامل امین است و اگر بدون افراط و تفریط او، سرمایه تلف یا معیوب شود یا هر نوع خسارت دیگری رخ دهد،

همه به عهده مالک یعنی بانک است و عامل، ضامن نیست. اگر مالک شرط کند که تمام یا قسمتی از زیان معامله بر عهده عامل باشد، این شرط باطل است ولی برخی فقها اصل مضاربه را صحیح می‌دانند (نجفی، همان، ج ۲۶، ص ۳۷۸، امام خمینی، همان، ج ۲، ص ۲۶۹؛ مواد ۵۵۶ و ۵۵۸ ق.م)؛ اما اگر این شرط در ضمن عقد خارج لازم مقرر شده باشد، صحیح است. یعنی اگر مالک (بانک) شرط کند که در صورت وقوع خسارت، عامل، کل یا بخشی از آن را از مال خودش جبران کند چنین شرطی صحیح است.

نکته مهم دیگر در مسئله تقسیم سود و زیان مضاربه است. به طور معمول مالک و عامل برای انعقاد قرارداد مضاربه، بر اساس واقعیات بازار سودی را پیش بینی می‌کنند که به آن سود انتظاری گفته می‌شود. هر چند میزان سود انتظاری باید بر اساس واقعیات بازار و شرایط اقتصادی باشد؛ اما با این حال این سود فقط برای تصمیم طرفین جهت ورود یا عدم ورود به انعقاد قرارداد است؛ بنابراین آنچه که ملاک تقسیم سود در پایان مدت قرارداد است، سود واقعی و محقق شده است نه سود انتظاری که میزان این سود واقعی ممکن است بیشتر از سود انتظاری یا کمتر یا مساوی آن باشد.

در واقع شرط عدم مسئولیت توسط بانکها چنین مواقعی بروز پیدا می‌کند که بانکها با مشتریان خود شرط می‌کنند که در صورت وارد شدن هر گونه خسارت احتمالی به اصل سرمایه و یا حتی سود پیش بینی شده، مسئولیتی نخواهند داشت و تسهیلات گیرنده باید این خسارت را تقبل نماید که در مبحث دوم به آثار و وضعیت حقوقی این شرط عدم مسئولیت خواهیم پرداخت.

تبیین شرط عدم مسئولیت در عقود مشارکت

در سالیان اخیر مشارکت مدنی به دلیل نرخ بالای سود آن، بیشترین سهم را در میان تسهیلات اعطایی به خود اختصاص داده است چراکه بانک مرکزی برای عقود مشارکتی سقف سود بیشتری در نظر گرفته و از همین رو بانکها تمایل بیشتری به انعقاد این عقد با مشتریان خود دارند. مشارکت مدنی نوع خاصی از مشارکت است که در بر خلاف مشارکت های تجاری، شرکت شخصیت حقوقی جدید پیدا نمی‌کند و تابع مقررات حقوق مدنی است.

مشارکت مدنی در عملیات بانکی در ماده ۱۸ آئین نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا به شرح ذیل تعریف شده است: «در آمیختن سهم شرکت نقدی و یا غیر نقدی متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع طبق قرارداد»

۱ - مقصود از مشارکت و ایجاد شرکت مدنی انتفاع و بهره وری مشروع از سرمایه و سهم شرکتها است. در مشارکت مدنی می‌تواند انگیزه های متفاوتی وجود داشته باشد ولی آنچه که در مشارکت مدنی بانکی به صراحت در قانون آمده، قصد بهره وری و سودجویی و انتفاع است.

۲- در آمیختن سهم شرکتها: شریک بانک و بانک می‌بایست سهم شرکتها را به هم در آمیختن به نحوی که با هم یک مال مشاع را تشکیل دهند که قابل تفکیک و جدایی نباشد.

این سهم شرکتها می‌تواند نقدی و یا غیر نقدی باشد. علی‌الحال در آمیختن سهم شرکتها به هم یک مال مشاعی را تشکیل می‌دهد، که از مقررات حاکم بر مال مشاع تبعیت می‌نماید. در تعاریف موجود از عقد مشارکت در قانون مدنی و فقه، فقط به جنبه اشاعه آن توجه کرده‌اند و اثر آن را مد نظر قرار داده‌اند ولی به ماهیت عقد و هدف و انگیزه‌ی عقد مشارکت توجهی نشده است.

در تعریف قانون مدنی آمده «شرکت عبارتست از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه» این تعریف که تحت تاثیر تعریف فقها تدوین شده بیانگر تمام ویژگی‌های عقد شرکت و از جمله ارکان و شرایط اساسی آن نیست.

در تعریف فقها آمده «عقد ثمر ته جواز تصرف المالك للشي واحد علی سبیل الشیاع و هذا هو الذی به یتدرج الشركه فی جمله العقود (طباطبایی، ج ۹، ص ۵۳)

برخی از حقوقدانان به معامله نمودن به مالی که بین شرکا مشترک است تاکید کرده و اظهار داشته‌اند «شرکت عقدی عبارتست از شرکت بین دو یا چند نفر بر معامله نمودن به مالی که بین آنان مشترک می‌باشد و آن را شرکت مدنی گویند. اثر عقد مذکور آن است که هر یک از شرکا به نمایندگی از طرف دیگران می‌تواند به وسیله کسب و معامله در مال شرکتها تصرف نماید. هر یک از شرکاء مانند وکیل و عامل از طرف دیگران در امور شرکت عمل می‌نماید، مگر آنکه شرکاء قرارداد مخصوصی معلوم می‌گردد که شرکاء اذن تصرف به عنوان نمایندگی را از دیگران سلب نموده‌اند.» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۲۱۴)

برخی از حقوق دانان به هدف عقد شرکت توجه کرده و تصریح کرده‌اند، هدف شرکت این است که اموال به شیوه خاص و به وسیله اشخاص معین اداره شود و سود و زیان ناشی از آن بین شرکاء تقسیم گردد و بنا به این هدف عقد شرکت نیز باید در تعریف آن جای شایسته داشته باشد و همین نکته است که به عقد معنی می‌دهد و آن را از اشاعه ساده جدا می‌سازد. (کاتوزیان، ۱۳۸۲ ج ۲، ص ۱۶ و ۱۷) با این تعریف گرچه به هدف عقد شرکت توجه شده ولی صرفاً هدف مادی و تجاری در نظر نبوده و در شرکت می‌تواند اهداف دیگری نیز مد نظر شرکا باشد. به همین جهت در تعریف عقد شرکت آمده «عقدیست که به موجب آن دو یا چند شخص به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقصد دیگر حقوق خود را در میان می‌نهد تا بجای آن مالک سهم مشاع از مجموعه شوند».

بر اساس این تعریف:

۱- هر یک از شریکان باید مالی را به عنوان آورده خود در این اجتماع بگذارد این مال ممکن است مبلغی پول یا خدمت باشد ولی در فقه امامیه موضوع شرکت باید حق مالکیت باشد. (این امر اثر تملیکی به دنبال دارد)

۲- اموال شرکت باید به طور مشاع به مالکیت همه شریکان در آید.

۳- سود و زیان به تناسب سهم شریکان مشاع تقسیم می شود. (همان، ص ۱۸)

حال در باب شرط عدم مسئولیت در قراردادهای مشارکت مدنی باید به ماده ۱۱ قراردادهای بانک با مشتریان اشاره کرد که در آن تناسب میان سود و سرمایه به هم خورده و با شرایطی که در قرارداد آمده، شریک موظف شده سود معینی را که توسط شورای پول و اعتبار معین شده به عنوان سود ابرازی پردازد و حتی در صورت زیان شرکت، از اموال خود متبرعا به بانک صلح نماید.

نتیجه گیری

به موجب ماده ۷ قانون عملیات بانکی بدون ربا بانکها مجازند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش های مختلف تولیدی و خدماتی بخشی از سرمایه و منابع مورد نیاز را در قالب مشارکت تأمین کنند. عقود مشارکتی نیز به پنج نوع تقسیم می شوند که شامل مضاربه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مزارعه و مساقات است که در سالیان اخیر مشارکت مدنی به دلیل نرخ بالای سود آن، بیشترین سهم را در میان تسهیلات اعطایی به خود اختصاص داده است چراکه بانک مرکزی برای عقود مشارکتی سقف سود بیشتری در نظر گرفته و از همین رو بانک ها تمایل بیشتری به انعقاد این عقد با مشتریان خود دارند. مشارکت مدنی نوع خاصی از مشارکت است که در برخلاف مشارکت های تجاری، شرکت شخصیت حقوقی جدید پیدا نمی کند و تابع مقررات حقوق مدنی است.

نکته در خور توجه اینکه معمولا چون بانک ها قصد مشارکت واقعی با مشتری نداشته و تنها به چشم اعطای تسهیلات به آن نگاه می کنند، از این رو با استفاده از موقعیت برتر اقتصادی خود و نیاز مشتریان به اخذ این تسهیلات شروطی را در ضمن عقد مشارکت می گنجاند که برخی بر این باورند که این شروط در زمره شروط غیر منصفانه است. بی گمان شروط غیر منصفانه نهادی است که در حقوق ما به صورت بنیادین مورد تصریح قانونگذار قرار نگرفته است و حتی تعریف مشخصی از آن وجود ندارد لیکن در همان حال مبانی مشترک و فراوانی با قاعده لاضرر دارد که سال هاست در فقه و حقوق ما ریشه دوانده است.

هرچند که نمی توان در شرایط فعلی به استناد غیر منصفانه بودن شروط، درخواست ابطال آن شروط را در حقوق ما مطرح کرد لیکن ضرورت بررسی مجزای یکایک شروط موجود در عقد فی مابین بانک و مشتری به عنوان دو شریک از باب تطبیق شرط خلاف مقتضای عقد اجتناب ناپذیر و ضروری به نظر می رسد چرا که در واقع تسهیلات گیرنده می تواند با استناد به شروط غیر منصفانه ای که باعث خدشه به ماهیت قرارداد شده است، خواستار

ابطال این شروط یا حتی بطلان کل عقد شود؛ یعنی تئوری پردازان حقوقی باید با تبیین مبانی سوء استفاده از شروط ضمن قرارداد، در این زمینه به کمک رویه قضایی نوینی که به تازگی برای ابطال چنین شروطی آغاز شده، بیایند.

فهرست منابع

- ۱- امامی، سید حسن (۱۳۹۱)، حقوق مدنی، ج ۲، چ ۳۳، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- ۲- بهمنی، محمد (۱۳۷۴)، «عقد مشارکت مدنی و چگونگی اعمال آن در نظام بانکداری بدون ربا»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.
- ۳- حاجیان، محمدرضا (۱۳۹۰)، موانع و مشکلات اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی کشور، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی - بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران.
- ۴- حسن زاده، علی و سلطانی، زهرا (۱۳۸۵)، بررسی تطبیقی کارایی و عوامل موثر بر آن در نظام بانکداری اسلامی، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی
- ۵- خدادوستان، علی (۱۳۷۶)، «شرکت مدنی و آثار آن در حقوق ایران»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز
- ۶- شمع ریزی، حمید (۱۳۷۰)، «بانکداری بدون ربا در جمهوری اسلامی پاکستان»، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه امام صادق.
- ۷- صفائی، سیدحسین (۱۳۹۹)، قواعد عمومی قراردادها، چ ۳۳، تهران: نشر میزان.
- ۸- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱)، قواعد عمومی قراردادها، چ ۱۴، تهران: شرکت سهامی انتشار
- ۹- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، حقوق مدنی (شرکت - صلح)، چ ۱، تهران: نشر گنج دانش.
- ۱۰- کریمی، عباس و همکاران (۱۳۹۷)، «تحلیل رویه قضایی پیرامون انعقاد قرارداد مشارکت مدنی بانکی به منظور تسویه تسهیلات قبلی»، فصلنامه دیدگاه های حقوقی قضایی، ش ۸۲
- ۱۱- مجتهد، احمد و حسن زاده، علی (۱۳۸۷)، پول و بانکداری و نهادهای مالی، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
- ۱۲- میرجلیلی، سید حسین (۱۳۷۰)، ارزیابی بانکداری بدون ربا، تهران: وزارت امور اقتصادی و دارایی