

فصلنامه مطالعات نوین بانکی

ISSN: 2645-5420 (شماره نهم-زمستان ۱۳۹۹) شماره مجوز: 83289

بررسی تطبیقی عقد مشارکت با توجه به نظام بانکداری اسلامی

(تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۳/۰۲، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۰۲/۲۰)

دکتر علیرضا بابا محمدی

دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دامغان، دامغان، ایران

چکیده

چالشها و مشکلات موجود در نظام بانکی کشور حاکی از آن است که در مواردی عملکرد بانکها در کشور منجر به همگرایی و مشابهت نظام بانکداری بدون ربا با نظام بانکداری ربوی گردیده است و به عبارت دیگر، نظام بانکداری ایران در مواردی عملکردی شبه ربوی داشته است. یکی از مفاهیم متداول و پرکاربرد مورد استفاده بانکداری اسلامی عقد مشارکت می باشد. در ماده ۵۷۱ قانون مدنی آمده است «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه» بر این اساس هرگاه بیش از یک نفر بر ملکی مالکیت داشته باشند مالکیت آنها بر ملک مذکور به نحو اشاعه بوده و مالکیت مشاعی محقق می گردد به کارگیری عقد مشارکت در بانکداری مشروط به رعایت ضوابط و موازین فقهی در مرحله انعقاد و اجرای قرارداد می باشد. با توجه به مسائلی که در قراردادهای منعقد شده بین مشتریان و بانک وجود داشت، در این رساله بر آن هدف این است که تا به بررسی ماهیت فقهی - حقوقی مشارکت پرداخته و از جهات مختلف فقهی حقوقی مورد تحلیل، نقد و بررسی شود.

۱۱۵

فصلنامه مطالعات نوین بانکی - دوره سوم، شماره نهم، زمستان ۱۳۹۹



واژگان کلیدی: عقد مشارکت، بانکداری اسلامی، نظام بانکداری ایران

مقدمه

در جوامع امروزی یکی از ارکان و اصول حیات اقتصادی کشورها، بانک و بانکداری است. بانکها با واسطه شدن بین سپرده گذاران و سرمایه گذاران و کسانی که بدنبال سرمایه هستند، نقش مهمی در کمک به رشد و توسعه اقتصادی جوامع داشته اند و نظر به اینکه نیازهای اقتصادی جوامع دائماً در حال گسترش می باشد بانکها نیز می بایست متناسب با این پیشرفت از نظر کمی و کیفی گسترش داشته باشند و بگونه ای عمل نمایند که نیازهای اقتصادی روز جامعه را پاسخگو باشند. این توسعه و پیشرفت در خصوص جوامع اسلامی هم صادق است. کشورهای اسلامی نیز برای رفع عقب ماندگی خود و سیر در مسیر پیشرفت و توسعه به فکر ایجاد ابزارهای مناسب جهت کمک به تسریع رشد اقتصادی افتادند که ارکان اقتصادی جوامع اسلامی نیز نتیجه این تفکر می باشد بطوریکه بانکهای اسلامی متعددی در قرن اخیر بوجود آمدند تا نیازهای اقتصادی جوامع اسلامی را پوشش دهند (روحانی و همکاران، ۱۳۹۴). با توجه به اینکه بانک اسلامی موسسه ای مالی است که نقش واسطه را ایفاء می نماید، اهداف متعددی را دنبال می کند که موارد ذیل را می توان جزء اهداف آن به شمار آورد:

- جذب سرمایه ها و رشد و توسعه آنها: این هدف یکی از مهمترین اهداف بانکهای اسلامی است و به قاعده شرعی عدم معطل ماندن اموال و سرمایه ها و ضرورت سرمایه گذاری در جهت اهداف اجتماعی بر می گردد. ودایع یکی از مهمترین منابع تامین سرمایه در بانکداری اسلامی محسوب می شوند.

- بهره برداری از اموال: استثمار الاموال دومین قسمت از عملیات وساطت بانکی بانکهاست و هدف اساسی بانکهای اسلامی است بگونه ای که این امر پایه و اساس عملیاتها در بانکداری اسلامی محسوب می شود که عقود مختلفی در نظام فقهی اسلام برای این کار وجود دارد و می تواند مورد استفاده قرار گیرد.

با پیروزی انقلاب اسلامی سیستم بانکی ایران وارد مرحله جدیدی گردید و از نظر ارزشی و فلسفی کاملاً دگرگون شد. در این راستا ابتدا مصوبه سیصد و نود و دومین جلسه شورای پول و

اعتبار در سوم دیماه ۱۳۵۸ به کاهش نرخ بهره و تغییر نام آن به کارمزد برای انواع سپرده ها منجر گردید. مرحله بعدی هم اقدام برای حذف کامل بهره از نظام بانکی کشور از طریق تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در شهریور ماه ۱۳۶۲ بود که بر پایه آن همه بانکها مکلف شدند که کلیه فعالیتهای بانکی خود را با مفاد این قانون منطبق نمایند. قانون عملیات بانکی بدون ربا مشتمل بر بیست و هفت ماده و چهار تبصره در سال ۱۳۶۲ شمسی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. متعاقباً آئین نامه های این قانون نیز توسط وزارت امور اقتصادی و دارائی با پیشنهاد بانک مرکزی در پنج فصل تهیه شد و به تصویب هیات وزیران رسید و دستورالعمل های مربوطه تهیه و ابلاغ گردید (روحانی و همکاران، ۱۳۹۴). هدف از پژوهش حاضر بررسی فقهی حقوقی عقد مشارکت در نظام بانکداری ایران و مقایسه آن با بانکداری اسلامی می باشد تا مشخص شود که نظام بانکداری ایران تا چه حد در راستای پیاده سازی سیستم بانکداری بدون ربا موفق بوده است. در گام اول عقد مشارکت را از منظر فقهی مورد بررسی قرار داده ایم.

بخش اول: تعریف عقد مشارکت

به معنای اختلاط و درهم آمیختگی مالکیت در مالی است که چند مالک دارد. اصل شرکت در لغت عرب عبارتست از توزیع شیء بین دو نفر به نحو اشاعه.

شرکت در اصطلاح فقهاء عامه: حنفی: «اختلاط نصیبین فصاعداً بحيث لا يعرف احدالنصیبین من الآخر» یعنی مشارکت عبارتست از اختلاط دو سهم یا بیشتر بگونه ای که هیچکدام از دو سهم قابل تشخیص و شناسائی نباشد.

مالکی: «الشركة اذن فی التصرف لهما مع انفسهما» یعنی شرکت عبارتست از اذن تصرف دو شریک در خصوص حصه مشترک به همدیگر.



شافعی : «الشركه شرعاً عقد يقتضى ثبوت الحق فى شىء لاثنتين فاكثر ، على جهة الشيعه»
یعنی شرکت عقدیست که مقتضی ثبوت حق برای دو نفر یا بیشتر در خصوص مالی بصورت
مشاع میگردد.

حنبلی : «هى الاجتماع فى استحقاق او تصرف» شرکت عبارتست از اجتماع استحقاق یا
داشتن حق تصرف برای دو یا چند نفر در خصوص یک مال واحد است.

در این تعاریف که وجه مشترک همه آنها اشاعه در مالکیت است سه رکن جهت این عقد
دیده می شود :

اول متعاقدان یا دو شریک و دوم موضوع مشارکت و سوم صیغه.

بخش دوم: مشروعیت شرکت

شرکت نزد جمهور فقهاء عامه جایز است و دلالتی که برای جواز مطرح شده عبارتند از
کتاب و سنت و اجماع. در مورد کتاب به آیه شریفه « و ان كثيراً من الخطاء لیغی بعضهم على
بعض » استدلال شده و برای سنت هم به روایت پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله که فرمود :
یدالله على الشریکین ما لم یخن احدهما صاحبه». لکن برای بررسی دقیق مشروعیت شرکت ،
این موضوع را در توضیح انواع شرکت بررسی می نمایم.

بخش سوم: بررسی و شناخت انواع شرکت

بند اول: مذهب حنفیه

شرکت دو نوع است : شرکت املاک و شرکت عقود که هر کدام از ایندو چند نوع می
شوند:

الف - شرکت املاک که دونوع دارد:

-شرکتی که بواسطه فعل دو شریک ایجاد می شود مثل اینکه دو نفر با هم یک چیزی را
بخرند.

- شراکتی که بدون انجام فعل ایجاد می شود مثل شراکت در میراث.

- شرکت عقود که به سه قسم تقسیم می شود:

- مشارکت در اموال : دو نفر در سرمایه ای باهم شریک باشند و با هم قرار بگذارند که مشترکاً خرید و فروش نمایند و سود را بین هم تقسیم کنند.

- شرکت اعمال : دو نفر در انجام کاری مشارکت نمایند مثل خیاطی کردن و قرار بگذارند آن کار را با هم انجام دهند مشروط به تقسیم سود و سپس سود را باهم تقسیم کنند.

- شرکت وجوه : هرگاه دو نفر که سرمایه ای ندارند ولی بین مردم معتبرند قرار بگذارند که بصورت نسیه ای خرید کنند سپس نقداً اجناس خریداری شده را بفروشند و سود معینی را بین خود تقسیم نمایند.

تمام وجوه ذکر شده در بالا نزد حنفیه جایز و معتبرند (کلویی، ۱۳۹۴).

بند دوم: مذهب مالکیه

مالکیه شرکت را به وجوه ذیل تقسیم نموده اند:

- شرکت مفاوضه : شراکتی است که در آن هریک از شرکاء دیگری را در تصرف آزاد بگذارد در همه احوال چه حاضر باشد چه غایب و طرفین پایبند به نتایج اقدامات انجام شده هستند.

- شرکت عنان : هرگاه دو نفر با مالی تجارت نمایند به این شرط که هیچکدام بدون اجازه دیگری حق تصرف نخواهد داشت.

- شرکت مضاربه : هرگاه یک نفر مالی را به دیگری بدهد تا با آن تجارت نماید و سود این تجارت بعد از جدا نمودن سرمایه طبق توافقی که انجام داده اند بین طرفین تقسیم شود.

- شرکت عمل : عبارتست از مشارکت در مالی که به سبب انجام کاری مثل خیاطی کردن حاصل شده.

- شرکت ذمم عبارتست از توافق دو نفر بر اینکه یک شیء غیر معین را بصورت نسیه بخرند و قرار بگذارند که هر کدام ضامن دیگری باشد در پرداخت قیمت و سپس آن چیز را بفروشند و سود بدست آمده را بین همدیگر تقسیم نمایند (نظر پور و ملاکریمی، ۱۳۹۴).

- شرکت جبر: هرگاه خریدار یک چیز مجبور شود با دیگری در آن مالی که خریده شریک شود.

- شرکت وجوه: هرگاه دو نفر اساس مشارکت را بر این مبنا بگذارند که بصورت نسیه بخرند و بصورت حال و نقد بفروشند و سود بدست آمده برای هر دو باشد.

طبق نظر مالکيه شرکت عنان و مضاربه و وجوه صحيح هستند و جايز. شرکت ابدان با وجود شرايطی صحيح است: اول اتحاد عمل، دوم: مقدار مشارکت بايد مساوی انجام شده باشد، سوم کار بصورت تعاون و همکاری باشد. در خصوص شرکت جبر هم با وجود شرايط این شرکت قابلیت صحت و جواز را دارد اما حنا بله معتقد به عدم جواز شرکت وجوه هستند (یزدی، ۱۳۹۳).

بند سوم: مذهب شافعيه

شرکت را به چهار قسم تقسیم کرده اند:

- شرکت ابدان: شراکت دو نفر در سود حاصل از انجام کاری مشخص با توان بدنی خود
- شرکت مفاوضه: مشارکتی است که طرفین توافق می کنند با همدیگر کسب و کار با بدن یا مالشان انجام دهند و خسارتی اگر وارد شد بر هر دو باشد.
- شرکت وجوه: مشارکت دو نفر بر اساس اینکه بصورت نسیه بخرند و بصورت حال و نقد بفروشند و سود بدست آمده برای هر دو باشد.
- شرکت عنان: دو نفر مالی را با هم مخلوط نمایند سپس با آن تجارت کنند و سودش را بین هم تقسیم نمایند به اشتراط عدم امکان تصرف هریک بدون اذن طرف دیگر.

شافعیه از بین انواع مشارکت مذکور در بالا فقط شرکت عنان را صحیح می داند زیرا انواع دیگر مشارکت در غیر مال هستند و غرری (حسنی و بیاتی، ۱۳۹۷).

بند چهارم: مذهب حنبلیه

حنبله پنج نوع مشارکت را ذکر کرده اند:

- شرکت عنان: هرگاه دو نفر یا بیشتر در مالی شریک شوند و با آن تجارت نمایند و سود را بحسب توافق با یکدیگر تقسیم نمایند.

- شرکت مضاربه: هرگاه صاحب سرمایه ای مالش را به دیگری بدهد تا با آن تجارت نماید و سود را بر حسب توافق با یکدیگر تقسیم نمایند.

- شرکت وجوه: هرگاه دو نفر که سرمایه ای ندارند در سود آنچه که بصورت نسی های می خرنند و نقداً می فروشند شریک باشند و خسارت هم به اندازه هر آنچه که مالک می شوند باشد.

- شرکت ابدان: هرگاه دو نفر در آنچه‌ی که با بدن خود بدست می آورند شریک باشند.

- مفاوضه: هرگاه هر یک از دو شریک به دیگری اجازه دهد که راجع به سرمایه و مالی که دارند خرید و فروش و هر کاری که صلاح می داند انجام دهد.

حنبلیه همه انواع شرکت مذکور در بالا را صحیح و جایز می دانند.

بخش چهارم: عقد مشارکت در بانکداری اسلامی مبتنی بر فقه عامه

بانکها در مواردی می توانند از این عقد استفاده کنند که امکان شراکت بانک در سرمایه یا کار وجود داشته باشد مضافاً در مشارکتی که بین بانکها و مشتریان منعقد می گردد، می بایست طرفین در موارد ذیل اتفاق داشته باشند: ۱ - نوع مشارکت ۲ - طبیعت عملی که مشارکت برای آن صورت می پذیرد ۳ - در خصوص روش و شیوه اداره مشارکت ۴ - نسبت سودی که هر کدام از شریکها از مشارکت منتفع می شود (نظر پور و ملاکریمی، ۱۳۹۴).



بند اول: مشارکت در فقه امامیه

مرحوم محقق حلی در تعریف شرکت فرموده: «اجتماع حقوق الملائک فی الشیء الواحد علی سبیل الاشاعه»^۱ یعنی شرکت عبارتست از اجتماع حقوق مالکین متعدد در یک شیء واحد بصورت اشاعه. گاهی سبب شرکت قهری است همانند ارث و حق شفعه و خیار و گاهی اختیاری است همانند عقد و حیازت و مزج اختیاری. هریک از موارد بالا هم گاهی در عین است و گاهی در منفعت و گاهی در حق. شراکت در عین که معلوم است اما شراکت در منفعت همانند اشتراک در منفعت اجاره یک منزل و شراکت در حق همانند حق شفعه و اشتراک در داشتن حق خیار (طوسی، ۱۴۰۹). در بین فقها در خصوص وجود عقد مستقلی به نام شرکت سه نظر مختلف ابراز شده است:

- شرکت به عنوان یک عقد مستقل وجود ندارد زیرا اگر دو مال، مختلف باشند و یا از جنس واحد بوده ولی ممزوج نشده باشند صرف انعقاد عقد شرکت نمی تواند این دو مال را به حال مشاع درآورد و اگر این دو مال از قبل ممزوج بوده اند دیگر نیازی به انعقاد شرکت نیست و مجرد اذن برای جواز تصرف کافی است و این اذن هم چیزی جز وکالت نیست و نمی توان آن را عقد شرکت دانست (روحانی و همکاران، ۱۳۹۴).

- گروهی از متاخران همانند صاحب جواهر برای عقد شرکت اصالت قائل شده اند و آن را یک عقد مستقل شمرده اند که به صرف وقوع آن و حتی بدون تحقق مزج، شرکت به وجود می آید اثر عقد این است که به محض وقوع عقد و قبل از اختلاط و مال و متفرق شدن شرکا مالی که قبلاً متعلق به یکی از شرکا بوده است تلف شود این تلف به هر دو شریک تحمیل می شود این نظر را به این جنید نسبت داده اند. نظر اکثریت فقها این است که شرکت عقدی از عقود است ولی این عقد به صرف ایجاب و قبول به وجود نمی آید و شرط تحقق آن این است که مال دو شریک قبل از عقد و یا بعد از عقد ممزوج شود. بنابراین امتزاج موثر در این عقد است مثل قبض در وقف و رهن این تاثیر ممکن است به نحو کشف باشد و یا آنکه امتزاج جز

اسباب تشکیل دهنده عقد شرکت باشد (روحانی و همکاران، ۱۳۹۴). انواع مختلف عقد مشارکت از منظر فقهای شیعه به شرح ذیل می باشد:

- **شرکت عنان:** عبارت است از شرکت عقدی که در آن آورده شرکاء مال اعم از «وجه نقد» یا «جنس و کالا» باشد. این نوع شرکت به اجماع فقهاء شیعه صحیح و معتبر است. شهید ثانی در خصوص این نوع شرکت فرموده: «والمعتبر من الشریکه عندنا شرکه العنان»

- **شرکت ابدان:** عبارت است از اینکه دو نفر یا بیشتر با یکدیگر توافق کنند که هر کدام هرچه بوسیله عمل خود بدست آورد همه در آن شریک باشند و تفاوتی نمی کند که عمل آنها از یک نوع باشد. مانند توافق دو خیاط به اینکه هرچه از طریق خیاطی بدست آورند، همه در آن شریک باشند یا عمل آنها متفاوت باشد. مثل اینکه یکی خیاط و دیگری بنا باشد. همچنین است اگر دو یا چند نفر توافق کنند که حیازت مباحات کنند و هرچه هر یک حیازت نمود، بین آنان مشترک باشد.

- **شرکت وجوه:** عبارت است از اینکه دو نفر که سرمایه ای ندارند، لکن در جامعه دارای اعتبار هستند، با هم توافق کنند که هر یک اموالی را به اعتبار خود و نسیه خریداری و بفروش برسانند و هرچه سود که حاصل شد، بین آنها مشترک باشد. در میان فقهاء امامیه اکثر قریب به اتفاق فقهای که وارد بحث شرکت وجوه شده اند بدون هیچ تفصیلی این شرکت را باطل دانسته اند و برخی نیز قول به بطلان را اجماعی می دانند. آنگونه که از اقوال فقهاء بر می آید در میان متقدمین به جز ابن جنید شخص دیگری قائل به صحت شرکت وجوه نیست. در میان متاخرین برخی قائل به تفصیل شده اند به این معنا که شرکت وجوه را با توجه به این تعریف که شخصی که دارای اعتبار مالی نیست با شخصی که مال دارد ولی اعتبار ندارد شریک شوند؛ صحیح دانسته اند و آن را نوعی مضاربه به حساب آورده اند (مصباحی مقدم و همکاران، ۱۳۹۷).



- شرکت مفاوضه: عبارت است از اینکه دونفر یا بیشتر با هم توافق کنند هر نفع و فایده ای که به هریک از آنان رسید، اعم از تجارت یا زراعت یا کسب یا ارث یا وصیت و امثال آن همگی در آن شریک باشند. این نوع شرکت نیز از نظر فقه شیعه باطل است در فقه امامیه عقیده بر بطلان شرکت ابدان و وجوه و مفاوضه است دلیل عدم صحت از نظر فقها امامیه وجود غرر است زیرا میزان عمل اشخاص مختلف یکسان نیست و در نتیجه شرکت در سود و اجرتی که هر یک بدست می آورند غیر واقعی است. به همین جهت گفته اند در صورتی که چنین مشارکتی واقع شود هر یک مستحق اجرت عمل خویش است و حقی به اجرت شریک دیگر برای او نیست به علاوه از نظر شرعی دلیلی بر صحت این قبیل مشارکت وجود ندارد براساس این نظر صحت عقد منوط به تجویز آن عقد از طرف شارع است معذکک پاره ای از فقهای امامیه از طریق عقد صلح شرکت ابدان را تجویز کرده اند به این ترتیب که هر یک از شرکا به طور متقابل نصف منافع خویش را برای مدت معین به شریک دیگر مصالحه کند و یا آنکه نصف منفعت خود را به طرف دیگر به عوض معین، تملیک و مصالحه کند و طرف دیگر هم نصف منفعت خود را به همین عوض معین تملیک و مصالحه کند و طرف دیگر هم نصف منفعت خود را به همین عوض به شریک دیگر مصالحه کند این راه حل ها نشان می دهد که گرایش کلی در فقه امامیه نیز بر پذیرش صحت این قبیل مشارکت هاست (محمد، ۲۰۰۹).

بخش پنجم: عقد مشارکت در حقوق

در قوانین ما معیاری نیامده است که بتوان شرکتهای مدنی و تجاری را با بکار بردن آن از هم باز شناخت. ولی منطقی است که ضابطه تمیز تاجر از غیر تاجر را در این تشخیص رعایت کرد. پس شرکتی را باید تجارتی نامید که بر طبق معمول به کارهای بازرگانی می پردازد. به بیان دیگر، شرکتی که بر پایه اساسنامه یا قرارداد شرکت، به اعمالی می پردازد که وصف تجارتی دارد (مصباحی مقدم و همکاران، ۱۳۹۷) منظور از موضوع شرکت مجموع اموالی

است که شرکا به منظور بهره برداری و انجام فعالیت موضوع شرکت به اشتراک می گذارند موضوع شرکت ممکن است دارای حالت مختلف زیر باشد:

-موردی که آورده شرکا وجه نقد است: در عقد شرکت معمولاً هر یک از شرکا مبلغی پول در میان می گذارند و از این طریق سرمایه جدیدی به وجود می آید که سرمایه شرکت را تشکیل می دهد امروزه شرکت های مدنی با آورده نقدی و یا غیر نقدی کمتر وجود دارد و این نوع سرمایه گذاریها معمولاً در قالب شرکتهای تجاری انجام می شود(نظر پور و ملاکریمی، ۱۳۹۴).

-آورده شرکا ممکن است به صورت کالا و اموال غیر نقدی باشد: کلیه اقسام اموال می تواند موضوع عقد شرکت باشد این اموال ممکن است به صورت منقول و غیر منقول عینی و یا طلب و یا مالکیت معنوی مثل مایه تجارتي و یا سهام شرکتهایی که قبلاً تشکیل شده است باشد در فقه عامه نظر رایج آن است که عقد شرکت مبتنی بر اذن هر یک از شرکا به سایرین در دخل و تصرف در مال مشترک است و مفهوم آن چیزی جز وکالت نیست و چون هدف شرکت تقسیم بنام شرکا واقع شود و این امر در موردی که هر یک از شرکا اموال غیر نقدی را به شرکت می آورد قابل تحقق نیست. ولی در فقه امامیه شرکت در مورد کالاها نیز پذیرفته شده است در صورتی که این کالا از جنس واحد باشند لازمه تحقق شرکت امتزاج آنهاست و اگر اجناس مختلف باشند طبیعی است که امتزاج قابل تحقق نیست و راه حل ایجاد شرکت این است که هر یک از شرکا حصه ای از مال خود را به طرف مقابل حصه ای از مال او منتقل یا مصالحه کند و بدین ترتیب هر یک از شرکا مالک مشاع کلیه اموال می شوند و شرکت تحقق می یابد. هنگامی که آورده شرکا اموال اعم از نقدی و غیر نقدی است این شرکت به نام شرکت سرمایه و در اصطلاح فقهی به شرکت مشهور است(جلیلی و همکاران، ۱۳۹۸).

-آورده صنعتی: منظور این است که یکی از شرکا حرفه فن و یا کار خود را به عنوان آورده شرکت قرار می دهد یعنی به عنوان شریک کاری برای شرکت انجام می دهد بدون اینکه به عنوان کارمند برای شرکت تلقی شود. در موردی که یکی از شرکا سرمایه نقدی و یا غیر



نقدی به شرکت نمی آورد و صرفاً حرفه و کار خود را اساس همکاری قرار می دهد شرکت به معنی خاص کلمه تحقق نمی پذیرد این نوع مشارکتها که شرکا سرمایه معینی را به شرکت نمی آورند امروزه رایج است و هدف از آن متحد ساختن امکانات فنی و مالی دو یا چند شخص و یا شرکت تجاری به منظور انعقاد قرارداد با دیگران و یا فعالیت در رشته خاصی است. این شرکتها بدون سرمایه اسمی هستند و به همین جهت در حقوق فرانسه فاقد شخصیت حقوقی محسوب می شوند در حقوق ایران می توان این قبیل مشارکتها را مشمول ماده ۱۱ قانون مدنی دانست زیرا نه تنها مخالف هیچ نص صریح قانونی نیستند بلکه با هیچ یک از قواعد آمره حقوقی نیز منافات ندارند به علاوه ضرورتهای اقتصادی و فوائد اجتماعی این نوع مشارکت باعث پیدایش و رواج آنها گردیده و علم حقوق نیز باید به این قبیل تاسیسات حقوقی که در جهت توسعه روابط اجتماعی مردم ایجاد می شوند احترام گذارد (کاتوزیان، ۱۳۹۷) طبق ماده ۵۷۵ ق.م. یکی از اصول اساسی در عقد شرکت تقسیم سود و زیان به نسبت سهم الشرکه است نه کاری که هر کدام انجام می دهند اگر سهم الشرکه مساوی باشد سود نیز باید به طور مساوی تقسیم شود و اگر سهم شرکا مختلف باشد سود به نسبت سهم تقسیم می شود خواه تنها یکی از آندو کار کند و یا هر دو به اتفاق و خواه کار آنان دارای ارزش برابر باشد یا نابرابر. در اداره اموال مشترک نیز اجرت المثل به کسی تعلق نمی گیرد، مگر اینکه ضمن عقد شرط شود. اما نکته ای که می بایست به آن پرداخته شود اینست که آیا در عقد شرکت مدنی می توان شرط کرد که یکی از شرکاء سودی بیشتر یا کمتر از سرمایه خود ببرد یا خیر (روحانی و همکاران، ۱۳۹۴). هرگاه یکی از شرکاء اداره را به عهده می گیرد و یا کار بیشتری می کند یا تخصص بیشتری دارد و بخش اضافی سود در برابر کار یا تخصص به او داده می شود به اتفاق می توان مقدار سهم بیشتری را برای وی منظور نمود. قانون مدنی در ماده ۵۷۵ در این باره می گوید: «هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می باشند مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد». اما اگر بدون انجام عملی و منظور نمودن آن عمل شرط شود که سودی بیشتر از آورده نصیب یکی از شرکا شود در خصوص صحت یا عدم صحت آن در فقه دو نظر وجود دارد که گروهی چون شیخ طوسی قائل به

باطل بودن چنین شرطی هستند و حتی آن را مبطل عقد شرکت می دانند و گروه دیگر چون سید مرتضی قائل به نفوذ تراضی شرکاء در این خصوص هستند (محمد و همکاران، ۲۰۰۹). آنچه که از ظاهر قانون مدنی قابل برداشت است خصوصاً ماده ۵۷۵ ق.م اینست که چنین شرطی باطل است اما در خصوص اینکه آیا مفهوم مخالف این ماده با منطوق ماده ۱۱ قانون مدنی در خصوص اصل آزادی قراردادها قابل جمع است و کدامیک مقدم است بین حقوقدانان اختلاف نظر است. دکتر کاتوزیان و دکتر بروجردی عبده قائل به مقدم دانستند اصل آزادی قراردادها هستند اما دکتر سید حسن امامی و دکتر مصطفی عدل قائل به مقدم بودن مفهوم ماده ۵۷۵ ق.م و بطلان چنین شرطی هستند.

بخش ششم: عقد مشارکت در قانون عملیات بانکداری بدون ربا

قانون عملیات بانکداری بدون ربا مصوب ۶۲/۶/۸ عقد مشارکت را به عنوان یکی از ابزارهای تامین مالی و تامین سود برای بانکها و موسسات اعتباری ایران پذیرفته. طبق این قانون و آئین نامه های اجرائی آن سه نوع مشارکت برای بانکها پیش بینی شده که به بررسی آنها می پردازیم:

بند اول: مشارکت مدنی

در ماده ۷ قانون عملیات بانکداری آمده: بانک ها می توانند، 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 تامین نمایند. در آئین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ در خصوص مشارکت مدنی و تعریف و ضوابط آن مطالبی مطرح شده است. طبق ماده ۱۸ این آئین نامه: «مشارکت مدنی عبارتست از در آمیختن سهم الشرکه نقدی و یا غیر نقدی اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد به نحو مشاع بمنظور انتفاع، طبق قرارداد» همچنین ماده ۱۶ آئین نامه در خصوص موضوعاتی که می توان برای آنها به عقد مشارکت مدنی مبادرت ورزید را بیان نموده: «مشارکت مدنی توسط بانکها بمنظور ایجاد تسهیلات لازم برای فعالیتهای تولیدی، بازرگانی و خدماتی صورت می گیرد. موضوع



مشارکت باید مشخص باشد» (کاتوزیان، ۱۳۸۳). با توجه به مواد قانون عملیات بانکی و آئین نامه فصل سوم آن و رویه فعلی بانکهای ایران در خصوص قرارداد های مشارکت مدنی می توان به اصول ذیل اشاره کرد:

اول : بانک و یک شخصیت اعم از حقیقی و حقوقی جهت اجرای یک پروژه با هم مشارکت می نمایند.

دوم : موضوع مشارکت می تواند یکی از این امور باشد : ۱ - فعالیت تولیدی ۲ - فعالیت بازرگانی ۳ - فعالیت خدماتی در نتیجه جهت امور کشاورزی امکان مشارکت برای بانکها وجود ندارد.

سوم : سهم طرفین می تواند نقدی یا غیرنقدی باشد در نتیجه آورده شریک نمی تواند کار باشد.

چهارم : طبق تبصره ماده ۲۱ آئین نامه پرداخت سهم الشرکه شرکاء می تواند طبق قرارداد به دفعات باشد.

پنجم : طبق ماده ۲۱ آئین نامه مشارکت مدنی پس از اتمام موضوع ، تصفیه و مرتفع می شود. در عمل در طرحهای صنعتی بانکها با تخمین مدت زمان طرح مدتی را برای قرارداد مشارکت تعیین می نمایند. پس از اینکه طرح به اتمام رسید با در نظر گرفتن سود حاصل از مشارکت نسبت به اتمام و ارتفاع مشارکت اقدام می نمایند. ارتفاع مشارکت بانک با شریک طبق قرارداد جدیدی صورت می پذیرد. این قرارداد در قالب فروش اقساطی سهم الشرکه منعقد می گردد که بموجب آن شریک سهم بانک را هم از اصل و هم از سود طبق اقساط معین خریداری می کند. نکته ای که در این قراردادها وجود دارد میزان سود دریافتی بانکهاست و اینکه نحوه ارزیابی بانکها از سود حاصله و میزان آن به چه صورت است ؟ چون وقتی پروژه ای بخصوص تولیدی به اتمام می رسد تازه در مرحله شروع به کار است و هنوز هیچگونه سودی برای آن متصور نیست که بتوان آن را محاسبه کرد. در بانکداری ایران جهت

دریافت سود و محاسبه آن در اتمام قرارداد مشارکت از تخمین سود استفاده می کنند و قراردادهای تصفیه مشارکت را بر اساس سود مورد انتظار منعقد می نمایند. سود مورد انتظار عبارت است از درآمدی که با اجرای طرح مشارکت مدنی طبق قرارداد منعقد بین بانک و متقاضی عاید بانک می گردد. این سود نباید از نرخ سود سپرده بلند مدت کمتر باشد. این سود همه ساله توسط بانک مرکزی ایران به بانکها و موسسات مالی و اعتباری ابلاغ می گردد (نظرپور، ملاکریمی، ۱۳۹۴).

بند دوم: مشارکت حقوقی

ماده ۷ قانون عملیات بانکی بدون ربا با اشاره به تامین قسمتی از سرمایه بخش های تولیدی و بازرگانی و خدماتی به مشارکت حقوقی اشاره کرده است اما قانونگذار در ماده ۲۳ آئین نامه فصل سوم صریحاً در خصوص مشارکت حقوقی و تعریف آن آورده: « منظور از مشارکت حقوقی عبارتست از تامین قسمتی از سرمایه شرکتهای سهامی جدید و یا خرید قسمتی از سهام شرکتهای سهامی موجود». ماده ۲۴ آئین نامه می گوید: « بانکها می توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخشهای مختلف تولیدی، بازرگانی و خدماتی قسمتی از سرمایه مورد نیاز شرکتهای سهامی را برای امور مذکور تشکیل شده و یا می شوند تامین نمایند» (حسینی و بیاتی، ۱۳۹۷).

بند سوم: سرمایه گذاری مستقیم

در ماده ۸ قانون عملیات بانکی بدون ربا در خصوص سرمایه گذاری مستقیم بانکها آمده: « بانکها می توانند در امور و یا طرحهای تولیدی و عمرانی مستقیماً به سرمایه گذاری مبادرت نمایند. برنامه اینگونه سرمایه گذاریها باید در ضمن لایحه بودجه سالانه کل کشور به تصویب برسد و نتیجه ارزیابی طرح حاکی از عدم زیان دهی باشد». ماده ۲۸ آئین نامه فصل سوم در تعریف سرمایه گذاری مستقیم می گوید: « سرمایه گذاری مستقیم عبارتست از تامین سرمایه لازم جهت اجرای طرحهای تولیدی و طرحهای عمرانی انتفاعی توسط بانکها». سرمایه گذاری مستقیم بانکها ساز و کار خاصی دارد که مهمترین آن تشکیل شرکتهای سهامی است و از



آنجائیکه ماده ۳۱ آئین نامه در خصوص شرکتهای سهامی که بانکها در قالب آنها به سرمایه گذاری مستقیم می پردازند می گوید: «اجرای طرحهای موضوع ماده ۲۸ این آئین نامه با تشکیل شرکتهای سهامی مجاز می باشد. شرکتهای سهامی که طبق این مقررات بصورت مستقل از بانکها تشکیل می گردند تابع اساسنامه، مقررات و آئین نامه های ناظر به خود می باشند» می توان به این نتیجه رسید که چنین شرکتهائی همان شرکتهای تجاری موضوع قانون تجارت هستند. مورد دیگری که بانکها در سرمایه گذاری مستقیم می بایست رعایت کنند توسط تبصره ماده ۲۸ بیان شده است: «بانکها به هیچوجه حق ندارند در تولید اشیاء تجملی و مصرفی غیر ضروری سرمایه گذاری کنند» (کاتوزیان، ۱۳۸۳). آئین نامه در خصوص شرکتهای سهامی موضوع ماده ۲۸ به بانکها این اختیار را داده است که بخشی از سهام خود را به دیگران واگذار کنند و یا اینکه با واگذاری تمام سهام خود از این سرمایه گذاری خارج شوند البته این واگذاری سهام در قانون مشروط به رسیدن طرح به مرحله بهره برداری و همچنین هماهنگی شورایعالی بانکها شده است. ماده ۳۳ آئین نامه فصل سوم: «بانکها می توانند تمام یا قسمتی از سهام خود را در شرکتهائی که از طریق سرمایه گذاری مستقیم تشکیل شده اند پس از رسیدن به مرحله بهره برداری، با هماهنگی شورایعالی بانکها برای فروش به عموم عرضه نمایند».

بخش هفتم: مخاطرات عقد مشارکت در بانکداری ایران

- نکته ای که در خصوص قراردادهای مشارکت مدنی باید بررسی شود موضوع انگیزه مشتریان بانکها از دریافت تسهیلات مشارکت مدنی است، موضوعی که عقد مشارکت را با مخاطره جدی روبرو می سازد. در عمل قصد و انگیزه مشتریان از انعقاد قرارداد مشارکت مدنی با بانک دریافت تسهیلات و گرفتن وام است و مشتریان هیچگونه اطلاع و یا انگیزه ای جهت مشارکت با بانک ندارند و این یعنی مآووقع لم یقصد و مآقصد لم یقع در نتیجه با توجه به قاعده تبعیت عقد از قصد چنین معامله ای ربوی خواهد بود و دقیقاً برخلاف شرع مقدس اسلام و نظر قانون عملیات بانکی بدون ربا خواهد بود.

-یکی دیگر از مشکلات مشارکت مدنی در قانون بانکداری ایران و اجرای عقد مشارکت محاسبه زیان است. چه بسا طرحهایی که به بهره برداری نمی رسند و یا به بهره برداری می رسند ولی نه تنها سود ندارند که زیان ده هم هستند. در اینگونه موارد بانکها هیچگونه مسولیتی را در قبال عدم سود دهی و یا زیان دهی ندارند و این دقیقاً با مفهوم مشارکت و مقررات مشارکت در فقه و قانون ما مغایرت دارد (جلیلی و همکاران، ۱۳۹۸)

بخش هشتم: عقد مشارکت در بانکهای اسلامی

بند اول: مشارکت مدنی

این نوع مشارکت یک توافق کلاسیک است. تمامی طرفین برای تامین مالی یک پروژه بازرگانی، صنعتی، سرمایه گذاری و غیره که ریسک موفقیت آن نیز همواره وجود دارد، همکاری می کنند. میزان سود حاصل از این پروژه براساس توافقات قبلی بین شرکا تقسیم می شود، اما هرگونه زیان احتمالی براساس میزان حق و حقوق مشارکت طرفین تقسیم می شود. در این مشارکت یک نفر به تنهایی نمی تواند خسارت ناشی از عدم همکاری دیگران را متقبل شود. مدیریت پروژه نیز بر عهده همه، برخی یا حتی یک نفر از اعضا خواهد بود.

بند دوم: مشارکت حقوقی

این نوع مشارکت به نحوی است که دو طرف سرمایه های خود را در یک پروژه روی هم ریخته و در اجرای آن مشارکت می کنند و سود و زیان حاصل از کار را به نسبت میزان مشارکت بین یکدیگر تقسیم می کنند. در عقد مشارکت طرفین حق مداخله دارند، گرچه می توانند از این حق خود چشم پوشند و از طرف خود یک نفر را مشخص کنند یا این حق را به شریک خود تفویض کنند. در این صورت طبیعی است که بهره بردن از سود و یا بر عهده گرفتن میزان خسارت نیز با توجه به نقش طرفین در پیشبرد پروژه تعریف خواهد شد (حسنی و بیاتی، ۱۳۹۴). مشارکت در کل به دو نوع است:

-مشارکت دائم: در مشارکت دائم یک بانک اسلامی در یک پروژه مشارکت می کند و براساس یک نسبت از پیش تعیین شده از سود بهره مند می شود. مدت زمان این قرارداد معین نشده و می تواند بنا به خواسته طرفین ادامه یابد. این تکنیک برای تامین مالی پروژه های بلندمدت مناسب است. در شرایطی که منابع مالی مورد نیاز پروژه برای یک مدت طولانی تعریف شده و به بهره برداری رسیدن آن ممکن است به طول بیانجامد.

-مشارکت تقلیلی یا المشارکه المتناقصه: در مشارکت تقلیلی سهم آورده شرکت کنندگان در پروژه و سهم سود آنها بر پایه یک نسبت از پیش توافق شده تعیین می شود. اما در عین حال روشی را فراهم می کند که براساس آن سهم آورده بانک در پروژه کاهش می یابد و در نهایت این سهم به مالکیت دیگر شرکا در می آید.

این قرارداد اجازه می دهد که به مرور پرداخت بیشتر و بالاتری نسبت به حق واقعی بانک صورت گیرد و بانک به تدریج سود آورده خود را دریافت می کند و به علاوه سرمایه اصلی و حقوق مشارکتی بانک کم کم کاهش (موسویان، ۱۳۹۲).

بخش نهم: مشکل های نظام بانکی برای استفاده از عقود مشارکتی

-ریسک بالای فضای کسب و کار: مشکلات وضعیت اقتصادی ایران و وجود پیچیدگیهای ساختاری و اداری و تحریم های بین المللی ، انجام پروژه های سرمایه گذاری را برای هر معجری همراه با انواع مشکلها مانند مسائل مربوط به تامین مالی ، تجهیز کارخانه ، هزینه های بالاسری و.. است. بنابر این می توان گفت که انجام بسیاری از طرحهای اقتصادی ریسک با درجه بالائی دارند.

-فشارهای سهامداران بانک به جهت سودآوری بیشتر: بانکها به منظور تامین منافع سهامداران خود ، همواره نسبت به سود دهی بالاتر از سرمایه خود حساسیت فراوانی نشان می دهند و نگران این امر هستند. از سویی اجرای عقد مشارکت بصورت واقعی در عین اینکه ممکن است سود مناسبی را محقق سازد ، ریسک بالائی را می پذیرد. بنابراین ورود به عقود مشارکتی به

صورت واقعی به علت بالا بودن ریسک این پروژه ها همراه با عدم توانائی بانک در مدیریت ریسک پروژه ، چندان مورد تمایل نظام بانکی نخواهد بود چرا که بانک باید در پایان سال مالی سود آوری مناسبی از خود نشان دهد.

- فشارهای سپرده گذاران جهت سودهای بالاتر سپرده های بانکی: بانکها برای جذب منابع بیشتر مجبور هستند تا با همتایان خود به رقابت پردازند بنابر این می کوشند تا به سپرده گذاران خود خدمات بیشتر و متنوع تری نسبت به دیگر رقیبان ارائه کنند. یکی از عاملهای تشویق برای جذب سپرده ، سود سپرده ، سود سپرده های سرمایه گذاری کوتاه مدت و بلند مدت است.

بنابر این بانکها مجبور هستند برای تامین نرخ سود بالاتر و پرداخت سریع تر برای سپرده گذاران خود از انجام معامله های ریسکی و بلند مدت تا جائیکه ممکن است بپرهیزند در نتیجه اقبال بانک به استفاده از عقود مشارکتی بصورت واقعی پائین خواهد آمد (حسنی و بیاتی، ۱۳۹۷).

- مشکلات نظارت: انجام نظارت های دقیق و مستمر در خصوص پروژه های مشارکتی برای بانکها خیلی مشکل است ؛ زیرا هم معمولاً تعداد پروژه ها زیاد است و هم تعداد کارکنان متخصص بانکها محدود. در مواردی متقاضیان تسهیلات بانکی که بطور عمدۀ بنگاههای اقتصادی هستند به تعامل واقعی با بانک در اجرای درست عقود مشارکتی تمایلی ندارند. در نتیجه مبادرت به دادن اطلاعات ناقص و یا مغایر با واقعیت می نمایند و یا صورتهای مالی خود را بطور واقعی ارائه نمی نمایند و یا مبادرت به تهیه فاکتورهای صوری می نمایند. این امر یکی از مهمترین چالشهای عقود مشارکتی است که منافع بانکها را با مخاطرات جدی روبرو می نماید.

- ضوابط و مقررات مربوط به شناسائی ماهیت و قوانین مربوط به عقود مشارکتی بسیار پیچیده و درک آن برای کارکنان و مشتریان سخت و مشکل است. همین امر باعث ناخشنودی مشتریان و صوری به نظر آمدن معاملات مربوط به عقود مشارکتی می شود.



- عقود مشارکتی در پاره ای از موارد مورد نیاز مشتریان بانکها یا اصلاً موضوعیت ندارند و یا به شکلی کارا نمی توانند عمل کنند مانند تقاضای وجوه برای تامین هزینه های مصرفی از قبیل هزینه ازدواج، تحصیل، مسافرت، تعمیر مسکن، اتومبیل و غیره.

- مشکل دیگر در اجرای عقود مشارکتی که باعث نارضایتی مشتریان می گردد، سهم نشدن واقعی بانکها در زیان احتمالی حاصل از مشارکت است. زیرا اکنون بانکها به دلیل مبلغ ناچیزی که به عنوان حق صلح در ابتدای قرارداد به مشتریان می پردازند، آنها را موظف به تامین اصل و سود خود می کنند. از سوی دیگر مشارکت بانکها در زیان، مستلزم همراهی نزدیک با طرحهای مشارکتی است که این امر نیز از توان کارشناسی بانک خارج است (احمدی حاجی آبادی، ۱۳۸۹).

نتیجه گیری

در خصوص قراردادهای مشارکت مدنی و حقوقی مورد استفاده در نظام بانکداری ایران و بانکداری اسلامی مورد بررسی و مبانی آنها اختلاف خاصی مشاهده نمی شود، لکن مواردیکه در این خصوص قابل ذکر است به شرح ذیل می باشد. در خصوص مشارکت مدنی و سهم هر یک از شرکا در سود و ضرر اختلافاتی وجود دارد. فقه عامه توافق در خصوص سود را قابل قبول می داند ولی در خصوص خسارت و ضرر وارده به شرکت، توافق را قابل قبول نمی داند. هیات رقابت شرعی بیت التمويل کویت در پاسخ به چنین سوالی صریحاً اظهار نظر نموده است که: در شرکت عقدی، نحوه تقسیم سود بر اساس توافق خواهد بود بدون اینکه نیازی باشد که این سود متناسب با آورده باشد و یا در مقابل آن کار بیشتری انجام شده باشد. اما در خصوص خسارت هیچگونه توافقی نمی توان نمود و خسارت به نسبت سرمایه هریک از شرکاء بر آنان تحمیل می شود. مستند این نظر، قاعده فقهی اجماعی زیر است: ربح بر مبنای توافق شرکا تقسیم می شود و خسارت بر مبنای حصه هریک از شرکا در سرمایه. در فقه شیعه در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از فقهاء امامیه به پیروی از شیخ طوسی چنین شرطی را باطل دانسته اند، بر این مبنا که سببی برای تملیک سود بیشتر به کسی که

سرمایه بیشتر ندارد و کار زیادتر هم نمی کند وجود ندارد: نه خود معاوضه است؛ نه در عقدی معاوضی ضمیمه یکی از دو عوض شده است و نه مقصود هبه بخش زاید است. بیشتر این گروه بطلان شرط را باعث بطلان عقد شرکت می دانند و اعتقاد دارند که ربح تابع مال است و هر کدام کاری انجام داده باشد اجرت آن را نیز می گیرد. گروهی دیگر از فقهاء به پیروی از سید مرتضی شرط را به دلیل لزوم پیروی از آن و طرفین نافذ می دانند آنچه که از ظاهر قانون مدنی ایران قابل برداشت است خصوصاً ماده ۵۷۵ ق.م (هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می باشند مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد) اینست که چنین شرطی باطل است اما در خصوص اینکه آیا مفهوم مخالف این ماده با منطوق ماده ۱۱ قانون مدنی در خصوص اصل آزادی قراردادهای قابل جمع است و کدامیک مقدم است بین حقوقدانان اختلاف نظر است. کاتوزیان و بروجردی با این استدلال که برای نفوذ شرط لزومی ندارد که آنچه مورد تراضی قرار می گیرد در برابر عوض باشد. اگر شریک می تواند سهم خود را از سود به دیگری ببخشد، معلوم نیست چرا نمی تواند آن را ضمن عقد شرکت به او واگذار نماید؛ قائل به مقدم دانستن اصل آزادی قراردادهای هستند اما امامی قائل به مقدم بودن مفهوم ماده ۵۷۵ ق.م و بطلان چنین شرطی هستند (۱۳۹۱).

نکته دیگر قابل ذکر در خصوص آورده هر یک از شرکاء و اینکه آورده چه می تواند باشد، است. در فقه امامیه و فقه عامه نظر صریحی که در عقد مشارکت می توان آورده یکی از طرفین را عمل و تخصص او دانست، نکته قابل ملاحظه ای مشاهده نگردید. در حقوق ایران نیز بر مبنای ماده ۱۱ قانون مدنی تراضی طرفین قرارداد می تواند برای آنان ایجاد حق و تکلیف نماید و به عبارت بهتر در شرکت عقدی طرفین می توانند با تراضی آورده یکی از طرفین را عمل و یا تخصص وی دانست و بر مبنای این تخصص نسبت سهم الشرکه وی در کل مشارکت را تعیین کرد. فایده چنین امکانی در قراردادهای بانکی نمایان می شود آنهم در مواردیکه بانک می خواهد در یک پروژهای که حاصل ابتکار و تخصص مشتری خود است



کتابخانه مجلس شورای اسلامی

مطالعات نوین بانکی - دوره سوم، شماره سوم، زمستان ۱۳۹۹

۱۳۶

سرمایه گذاری نماید. از آنجائیکه معمولاً در چنین مواردی صاحبان تخصص و ایده پروژه، دانشمندان و دانشجویانی هستند که فاقد توانائی مالی لازمه جهت مشارکت با بانک ها هستند؛ اگر بانکها ملزم نباشند که در کنار آورده نقدی خود، آورده نقدی و یا غیر نقدی از قبیل زمین و ساختمان و تجهیزات مشتریان را در قرارداد مشارکت مدنی ممزوج نمایند می توانند در جهت حمایت مالی از پروژه های دانش بنیان، ایده و تخصص مشتری را به عنوان آورده مشارکت محسوب نموده و در محاسبات خود سهمی از مشارکت مدنی برای وی لحاظ نموده و با اعطای تسهیلات در قالب قرارداد مشارکت مدنی کمک شایان توجهی به طرحهای دانش بنیان نمایند.

طبق نظر بانکداری اسلامی در بعضی از تسهیلات مالی که در قالب قرارداد مشارکت مدنی اعطا می نماید و قصد فروش سهم خود را ندارد و از طرفی مشارکت در اداره پروژه مورد نظر را برای خود مشکل می داند مبادرت به اجاره دادن سهم خود به شریک می نماید. این کار مزایای عمده ای برای بانک خواهد داشت. یکی از این مزایا اینست که سود مشخصی هر ساله و یا هر ماهه عاید بانک می گردد. مزیت دیگر اینست که بخش خصوصی با تلاش در جهت سود آوری بیشتر نسبت به اداره پروژه مورد نظر نهایت تلاش و کوشش را خواهد نمود. تحلیل حقوقی چنین عملی بدین صورت است که: بانک به عنوان مالک حصه مشخصی از پروژه مورد نظر مبادرت به اجاره دادن سهم خود می نماید. حال نکته قابل بحث اینست که پس از اجاره دادن سهم خود، تکلیف مشارکت چه می شود؟ زیرا این شبهه وجود دارد که نمی توان همزمان برای یک عمل دو عنوان حقوقی در نظر گرفت. به نظر می رسد با اجاره دادن سهم بانک، عقد مشارکت زائل نمی شود چون بانک مبادرت به تملیک منفعت می نماید در نتیجه بانک نسبت به منفعت ملک خود مبادرت به انجام عمل حقوقی اجاره نموده است ولی عقد مشارکت در خصوص حصه بانک از قرارداد مشارکت وجود دارد. در نتیجه ورود همزمان دو عقد بر یک موضوع اتفاق نمی افتد.

اجرای دقیق و واقعی عقد مشارکت مدنی به خودی خود می تواند امتیازها و نتایج مطلوبی را برای اقتصاد کشور داشته باشد که از مهمترین آنها می توان به تطابق با عدل و قسط ، کاهش هزینه های تولید ، افزایش تولید و عرضه کل ، افزایش سرمایه گذاری و اشتغال و حل مشکلات ناشی از تمديد قراردادهای بانکی اشاره کرد. این درحالیست که اگر عقود مشارکتی واقعی استفاده شود، بانک باید وارد بخش واقعی اقتصاد شده و ریسکهای مترتبه را نیز بپذیرد.

اگرچه ممکن است که عقودهای مشارکتی و بویژه قرارداد مشارکت مدنی ؛ موضوع اولیه قرارداد بانکی با متقاضی باشد ، اما بانکها بطور عموم پیش بینی حداقل سود مورد انتظار را در زمان انعقاد قرارداد بدون توجه به واقیت های پیش آمده درباره موضوع مشارکت و میزان سود یا زیان محقق شده ، تعیین ، محاسبه و در تاریخ سررسید از مشتری مطالبه می نمایند. در اینصورت ماهیت عقد مشارکت به بیان ساده بصورت عقدی است که به سبب آن ، افراد وجوهی را از بانک دریافت کرده و در زمان سررسید ، همین وجوه را به همراه حداقل سود مورد انتظار بانک بازپرداخت می کنند یعنی عقد مشارکت مدنی در عمل به عقدی با بازدهی ثابت تبدیل شده است ، بدین معنا که مشتری باید با وجه دریافتی از بانک وارد فعالیت موضوع عقد شود و در پایان بر اساس قرارداد مشارکت ، سهم سود از پیش تعیین شده بانک را بپردازد. در صورتیکه مشارکت باید بصورت واقعی صورت می پذیرفت و هر دو طرف بانک و متقاضی در سود و زیان پروژه به نسبت سهم الشرکه سهم می شدند. تقسیط سهم الشرکه در قرارداد مشارکت باید به مثابه یکی از انواع استراتژی های خروج از طرح از جانب هر کدام از شریکها تلقی گردد. در اینصورت در پایان مدت مشارکت مدنی یا دوره ساخت ، باید طرفین مطابق با استاندارد مشخص به ارزش گذاری پروژه مبادرت ورزند و قیمت روز را مبنای تقسیط به حساب آورند چرا که ممکن است در خلال دوره مشارکت به علت وقایع واقعی اقتصاد ، دارائی پدید آمده در محل مشارکت ، نه تنها با ارزش افزوده همراه نبوده باشد بلکه ارزش آنها از میزان اسمی هزینه های صرف شده نیز کمتر شده باشد. حتی شاید در پایان دوره ساخت ،



پروژه مورد بحث به رغم توجه پذیری اولیه، دیگر به لحاظ مالی و اقتصادی یا حتی فنی قابل توجه نباشد. در اینصورت بانک به عنوان شریک باید سهمی از خسارت را متقبل شود که در عمل اینگونه نیست. بررسی قرارداد مشارکت از دید قواعد فقهی نشان می‌دهد اگرچه قانونگذار در تدوین قرارداد به این مسئله اهتمام داشته اما همچنان اشکال‌هایی وجود دارد که مشروعیت قرارداد را متزلزل می‌کند. از جمله؛ در ماده یازده، شرط تضمین سود با اشکالهایی مانند مخالفت با مقتضای عقد، اکل مال بالباطل و ربوی بودن روبه رو است. رفع این اشکال‌ها به حذف چنین شرطی منوط است. یک طرفه بودن قرارداد به جهت تحمیلی بودن بسیاری از شرطها و وکالت بلاعزل از دیگر اشکال‌های موجود در قرارداد است. درج بسیاری از شرط‌های ضمن عقد از آن حاکی است که بانک به لوازم و شرایط اجرای قرارداد مشارکت متعهد نیست و قصد و انگیزه واقعی برای اجرای قرارداد ندارد؛ بنابراین می‌کوشد مشارکت را در واقعیت، تبدیل به قراردادهای مبادله‌ای سازد. عقود مشارکتی، در مقام عمل، تبدیل به قراردادهای مبادل‌های با نرخ سود معین شده‌اند. گرچه عوامل مختلفی همچون عدم آموزش کافی، نبود نظارت و کنترل مؤثر و بی‌اعتنایی مشتریان نسبت به مفاد قراردادهای مشارکتی از علل و عوامل صوری شدن و تغییر ماهیت عقود مشارکتی به حساب می‌آید. لکن دلیل اصلی رشد قراردادهای مبادله‌ای، به ویژه فروش اقساطی و تغییر ماهیت عقود مشارکتی را باید در تناسب بیشتر عقود مبادله‌ای با ماهیت بانک و انتظارات مشتریان بانک جستجو کرد.

منابع و مأخذ

الف) کتب فارسی

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸) دوره عقود معین، شرکت سهامی انتشار
- موسویان سید عباس، میسمی، حسین (۱۳۹۳)، بانکداری اسلامی ۱ مبانی نظری تجارب عملی، انتشارات پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، حقوق مدنی) قواعد عمومی قراردادها، انتشارات کتابخانه گنج دانش
- = امامی، سید حسن (۱۳۹۱)، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۱)، حقوق مدنی، انتشارات کتابخانه گنج دانش تهران
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، دوره حقوق مدنی مشارکتها و صلح، انتشارات کتابخانه گنج دانش
- موسویان، سید عباس (۱۳۹۱)، بازار سرمایه اسلامی، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- رضوی، مهدی (۱۳۸۴)، سیر تکامل بانکداری در ایران با رویکرد بدون ربا، بانک توسعه صادرات ایران
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۶۷)، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش
- ابراهیمی، محمد حسین (۱۳۷۷)، مضاربه در اسلام، دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۲)، تشکیل تعهدات و قراردادها، انتشارات بهشهر تهران
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۶)، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، انتشارات کتابخانه گنج دانش



- صفایی، سیدحسین (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، نشر میزان
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، کتاب خانه گنج دانش
- انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی (۱۳۸۴)؛ دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، انتشارات محراب فکر
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)؛ فرهنگ عناصرشناسی، تهران، کتاب خانه گنج دانش
- حاجیان، محمدرضا (۱۳۹۰)، موانع و مشکلات اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی کشور، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی

ب) کتب عربی

- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۱) جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، موسسه کیهان
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۱) مکاسب الجزء الثاني الخيارات، دار الذخائر
- یزدی، محمد کاظم (۱۹۹۳)، عروه الوثقی، موسسه الاعلمی للمطبوعات

ج) مقالات

- امین، سید امیر مهدی (۱۳۸۶)، اصل لزوم قراردادها در فقه و قانون مدنی ایران، ماهنامه کانون وکلای دادگستری، شماره ۱۱۴
- کمیحانی، اکبر و نظریور، محمدتقی (۱۳۸۷)، چگونگی کاربرد مشارکت در قانون عملیات بانکی بدون ربا، فصلنامه پژوهشی اقتصاد اسلامی، ش ۳۱
- جلیلی، مهدی، فصیحی زاده، علیرضا، طباطبایی، سیدمحمدصادق. (۱۳۹۸). تحلیل فقهی مبانی لزوم یا جواز عقد شرکت از منظر فقه اسلامی با نگاهی به رویه قضایی ایران. پژوهش حقوق خصوصی، ۸(۲۸)، ۳۹-۶۲

- حسنى، بهاره، بياتى، محمد حسين. (۱۳۹۷). بررسى فقهى حقوقى قراردادهاى مشاركت عمومى - خصوصى در نظام حقوقى ايران. مطالعات فقه و حقوق اسلامى، ۱۰(۱۹)، ۸۹-۱۱۴.
- عبدالهى نژاد، عبدالكريم و زرقى، موسى (۱۳۹۰)، جستارى در شركت و جوه ، فصلنامه فقه جعفرى و حقوق نوين، شماره ۱
- تفرشى، محمد عيسى و قنواتى، جليل (۱۳۷۷)، ارکان عقد مشاركت در حقوق اسلام و حقوق ايران، مجله مدرس علوم انساني، شماره ۶
- احتشامى، هادى و قاسميان مزار، مجيد، بررسى فقهى و حقوقى نقش مدت در قرارداد مشاركت، فصلنامه فقه، شماره ۶۸
- دكتر جعفرى لنگرودى محمد جعفر (۱۳۵۱) مقاله عقد قرض، مجله حقوقى وزارت دادگستري
- موسويان، سيد عباس، بررسى فقهى - اقتصادى بازار اقتصادى ثانوى سپرده هاى مدت دار، مجله فقه اهل بيت، ش ۱۷ و ۱۸
- شعبانى، احمد و سيفلو، سجاد، مقايسه تطبيقى بانكدارى و كالتى و شراكتى و ارائه راهكار جديد، مجله معرفت اسلامى، سال سوم، شماره اول

پروژه نگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی