

عقد مشارکت مدنی در نظام بانکی کشورهای اسلامی و حقوق موضوعه ایران

کیوان خرم‌فر^۱

چکیده

مشارکت مدنی از جمله عقود جدیدی است که در بانکداری اسلامی، در کشورهای مختلف تاسیس شده است. در عرف حقوقی ایران عقد مشارکت مدنی یا قرارداد مشارکت، به قراردادی گفته می‌شود که طی آن یک یا چند شریک و یک یا چند سازنده یا مجری طرح که سرمایه‌گذاری مشترکی را برای انجام طرح معینی آغاز می‌کنند. تعریف عقد مشارکت مدنی با شکل سنتی عقد شرکت تطابق کامل دارد و فقط تفاوت‌های اندکی دارد که در متن مقاله به آن پرداخته شده است. با توجه به اینکه هدف اصلی، بررسی وضعیت عقد مشارکت مدنی در حقوق موضوعه ایران و کشورهای اسلامی است؛ این امر می‌تواند در بردارنده نقاط مثبتی باشد که در راستای ارزیابی عملکرد بانکداری بدون ربا در ایران سودمند باشد؛ در این راستا عقود مشارکت، مضاربه، قرض الحسنه و مرابحه، از جمله عقود هستند که در تمام نظام‌های بانکداری اسلامی کشورهای مسلمان مورد استفاده قرار می‌گیرند. برخی عقود نیز نظیر استصناع، بیشتر در کشورهای اردن، عربستان و امارات متحده عربی رواج دارند. فرض بر این است که عملاً اطلاعات چندانی از عملکرد بانک‌های اسلامی در زمینه عقود مشارکتی، نحوه محاسبه سود واقعی و راهکارهای احتمالی مورد استفاده این بانک‌ها برای غلبه بر مشکلات اجرایی این عقود، به دست نمی‌دهد. کما اینکه آمارهای پراکنده نیز حاکی از سهم پایین عقود مشارکتی در فعالیتهای سرمایه‌گذاری و تأمین مالی بانک‌های اسلامی در کشورهای مختلف است.

واژگان کلیدی: عقد شرکت، مشارکت مدنی، نظام بانکی بدون ربا، حقوق موضوعه ایران، کشورهای اسلامی

مقدمه

حقوق بانکی مجموعه قواعد حاکم بر بانکها و موسسات اعتباری و فعالیت‌های حرفه‌ای آنها می‌باشد. بطور کلی امروزه دو نوع بانکداری غربی و اسلامی در دنیا متداول است؛ مبنای بانکداری غربی^۱ که بانکداری متعارف یا مرسوم نیز نامیده می‌شود، براساس عقد قرض و دریافت بهره استوار است، از این‌رو اصلی‌ترین وجه تمایز بانکداری غربی و بانکداری اسلامی ممنوعیت ربا می‌باشد؛ بطور مثال: مطابق ماده (۱۹۰۵) قانون مدنی فرانسه «شخص مجاز است برای صرف قرض وجه نقد یا هر مال منقول دیگر، شرط دریافت سود نماید». در بانکداری مرسوم اصل سرمایه حفظ می‌شود و سود متعلقه نیز ثابت و قطعی است. در این سیستم، عامل کارکرد و موفقیت بانک، دریافت سود در قبال قرض از وام‌گیرندگان و کارمزدی است که در نتیجه انجام سایر عملیات بانکی بدست می‌آورد.

در بانکداری اسلامی به جهت ممنوعیت اخذ بهره وضعیت کاملاً متفاوت است. بانکداری اسلامی که بر مبنای تطبیق فعالیت‌های بانکی با قواعد شرعی شکل گرفته، در حالت ایده‌آل به جای دریافت سود ثابت و قطعی باید در سود و زیان با مشتریان خود سهیم شود و بر این اساس باید روابط حقوقی خود با مشتریان را در قالب عقود دیگری به غیر از عقد قرض تنظیم نماید، البته دریافت هرگونه سود قطعی ربا محسوب نمی‌شود و در اسلام عقودی تحت عنوان عقود مبادله‌ای تشریح شده که اجازه دریافت سود معین در حالتی که فعالیت اقتصادی خاصی جزء صرف قرض وجود دارد را اجازه می‌دهد.

از نظر تاریخی، با پیروزی انقلاب اسلامی، اصول حاکم بر نظام اقتصاد اسلامی ایجاب می‌کرد که در ساختار اقتصادی موجود تغییرات مبنایی صورت گیرد و نظام بانکداری که بعنوان یکی از ارکان اساسی اقتصاد محسوب می‌گردد اصلاح شود. بر این اساس شورای انقلاب در تاریخ ۱۳۵۸/۰۳/۱۷ با هدف حفظ سرمایه‌های ملی و بکار انداختن اقتصاد کشور و صیانت و تضمین سپرده‌ها و پس‌اندازهای مردم^۲ در بانکها ضمن قبول اصل مالکیت مشروع و مشروط، کلیه بانکها را ملی اعلام نمود. ملی شدن بانکها تغییرات و تحولات بسیاری را در سیستم بانکی موجب شد. این تحولات با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا تکمیل گردید (مجتهد و حسن‌زاده، ۱۳۸۷: ۶).

^۱ Conventional Banking

^۲ بعد از انقلاب به جهت خروج سرمایه‌های هنگفت از کشور که غالباً توسط سرمایه‌داران بزرگ صورت می‌گرفت، بانکها از باز پس دادن سپرده‌های مردم ناتوان شدند و یکی پس از دیگری در آستانه اعلام ورشکستگی قرار گرفتند.

۱- مبانی عقد مشارکت مدنی

قرارداد مشارکت مدنی که در آن بانک و مشتری با مشارکت یکدیگر مبادرت به سرمایه‌گذاری و تقسیم سود به نسبت آورده خود می‌کنند؛ یکی از مهمترین قراردادهای بانکی شناخته می‌شود. در واقع به نظر بسیاری متخصصان، بانکداری اسلامی آن است که افراد با انعقاد عقد مشارکت در سود و زیان به نسبت شریک شوند. بانک‌های اسلامی در بسیاری از پروژه‌های خود از روش مشارکت بهره می‌برند. این بانک‌ها مشتریان را در بخشی از سرمایه شریک می‌کنند و در ازای آن از محصول و تولیدات پروژه، طبق توافق طرفین، تامین مالی می‌کنند. با بررسی قراردادهای مختلفی که در قانون عملیات بانکی بدون ربا جهت اعطای تسهیلات وجود دارد، می‌توان نتیجه گرفت که قرارداد مشارکت مدنی به دلیل گستردگی کاربرد آن بعنوان اصلی‌ترین ابزار تسهیلات اعتباری در بانکداری اسلامی قابل استفاده می‌باشد. در واقع به دلیل همین مشارکت بین بانک و مشتری در زمان اعطای تسهیلات، سود حاصل ناشی از انجام فعالیت اقتصادی بین طرفین تقسیم می‌گردد و حتی شبهه ربا به ذهن نیز متبادر نمی‌گردد (کریمی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۱۵). در ایران نیز قانون عملیات بانکداری بدون ربا در سال ۱۳۶۲ به تصویب رسید و در سال‌های بعدی با اصلاحیاتی مواجه شده است. در این قانون مشارکت مدنی از جمله عقود است که برای بانک‌ها برای تخصیص سپرده‌ها تعریف شده است (ماده ۳).

۵۵

برای اینکه مشارکت مدنی را مورد تحلیل قرار دهیم لازم است ابتدا کلیاتی را در رابطه با این عقد و برخی از خصایص آن ذکر نمائیم؛

۱-۱- مفهوم مشارکت مدنی

۱-۱-۱- شرکت مدنی

ماده (۵۷۱) ق.م. شرکت مدنی را چنین تعریف می‌نماید: "شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکان متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه" حال این شرکت هم می‌تواند اختیاری و هم قهری باشد. به موجب ماده (۵۷۳) ق.م. شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می‌شود یا در نتیجه عمل شرکا از قبیل مزج اختیاری یا قبول مالی مشاعا در ازای عمل چند نفر و نحوه این‌ها. طرز اداره کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرر بین شرکا خواهد بود و هریک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشند؛ مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی، سهم زیادتری منظور شده باشد (مواد ۵۷۵ و ۵۷۶) تعریف یاد شده از عناصر ذیل تشکیل می‌شود:

۱) اجتماع حقوق: شرط تحقق شرکت اجتماع حقوق می‌باشد بنابراین چنانچه دو یا چند شخص صاحب عین یا منفعت مالی می‌شود یا بطور مشترک حقی نسبت به شخص ثالث پیدا نمایند. جزء اول شرکت که اجتماع

حقوق اشخاص متعدد در شی واحد است تحقق پیدا می‌کند. در این تعریف حقوق، جنس تعریف می‌باشد و هر نوع اجتماعی را از جمله اجتماع حقوق اشخاص در شی واحد متعدد الاجزا که هر جزء آن بطور مشخصی به یکی از اشخاص تعلق دارد شامل می‌شود بنابراین چنانچه فردی فوت نماید و دارایی او به ورثه منتقل شود ورثه مزبور به کل دارایی مورث به صورت یک مجموعه صاحب می‌شوند و حق آنها مشترک در تمام اجزای اموال و دارایی متوفی می‌باشد.

۲) مالکین متعدد: ملاحظه گردید که برای تحقق شرکت اجتماع دو یا چند حق لازم و ضروری می‌باشد. حق نیز به تبع صاحبان آن متعدد است بنابراین چنانچه شخصی فوت نماید و تنها یک وارث منحصر داشته باشد، هیچ نوع شرکت قهری به سبب فوت مورث و از طریق اجرای قاعده ارث حاصل نمی‌شود.

۳) شیء واحد: چنانچه تعدادی از اشیاء مشخصا به تعدادی از افراد تعلق داشته باشد، و یا شیء واحد متعدد الاجزائی باشد که هر جزء از آن اختصاص به یکی از افراد داشته باشد، شرکت اصطلاحی صدق پیدا نمی‌کند بنابراین منظور از شیء واحد این است که جزء جزء آن بطور مشاع و غیرقابل تمییز و تشخیص به همگی اشخاص اختصاص داشته باشد. خواه بسیط بوده یا مرکب از اجزای متعددی تشکیل یافته باشد و عنوان شیء واحد مانع از آن نیست که در اشیاء متعدد که آن متعلق به کلیه اشخاص می‌باشد، شرکت تحقق یابد.

۴) به نحو اشاعه: اشاعه جوهره و ماهیت شرکت است و برای تحقق شرکت حصول اشاعه ضروری و لازم می‌باشد. پس چنانچه اجتماع مشترک به نحو اشاعه تحقق نیافته باشد، شرکت اصطلاحی تحقق نپذیرفته است. مثلا خانه‌ای که از اجزای متعددی تشکیل شده است و هر جزء از آن به یکی از افراد تعلق دارد شرکت اصطلاحی صدق پیدا نکرده است و در واقع هر یک از اشخاص مالک اختصاصی سهم و قسمت خود می‌باشند بدون اینکه سهم او در سهم دیگران آمیخته باشد یا دیگران در سهم او بهره‌ای داشته باشند.

اشاعه به معنای انتشار حق در مجموع اجزاء است. بطوریکه قابلیت تمییز هر حق از سایر حقوق امکانپذیر نباشد و سهام اشخاص متعدد درهم آمیخته باشد. چنانکه تمیز و تشخیص سهام اختصاصی هر یک از آنها تنها بواسطه تقسیم صورت می‌پذیرد. در مالکیت مشاع در عین اینکه هر جزء از مال متعلق به یک شریک می‌باشد، دیگران نیز در آن جزء صاحب سهم و حق می‌باشند؛ لذا تصرف شرکاء در مال مشترک نیاز به اذن سایرین دارد و هیچ شریکی نمی‌تواند مستقلا بدون اذن دیگران در مال شرکت دخل و تصرف نماید؛ ماده (۵۸۱) و ماده (۵۸۲) ق.م.زیرا که تصرف در هر جزء از مال مستلزم تصرف در سهم سایرین می‌باشد. بنابراین ملاحظه می‌گردد که قید اشاعه فصل تعریف می‌باشد و برای خارج ساختن مواردی است که اشخاص اجتماع ساده‌ای از حقوق در یک مال متعدد الاجزاء دارند؛ مثلا چنانچه یکی مالک عین خانه و یکی مالک اعیان موجود در آن باشد؛ حقوق دو مالک در خانه جمع است بدون اینکه بین آن دو اشاعه برقرار باشد. همچنین قید اشاعه برای خارج ساختن مواردی است که حقوق اشخاص متعدد در شیء واحد به نحو بدلی جمع می‌باشد

و حق هر کدام از اشخاص بدل از حق دیگری قرار گیرد. مخصوصاً که هیچ یک از آنها پیش از تعیین حصه و تسلیم سهم به او مالکیت محقق نمی‌شود. اشاعه که صفت شرکت‌های مدنی است که مالکیت هریک از شرکا اصالت خود را از دست نمی‌دهد بلکه از حالت اختصاصی خارج می‌شود. اما شرکت‌های تجاری که شکل تحول یافته شرکت‌های موجود در حقوق موضوعه می‌باشند در آن مالکیت‌های جزء علاوه بر اینکه اصالت خود را از دست می‌دهند؛ دیگر در یک مالکیت مشترک ادغام نمی‌گردند. بلکه اجتماع مالکیت‌ها وجودی مستقل و جداگانه پیدا می‌کنند؛ مثلاً چنانچه چند شخص هریک سرمایه‌ای در قالب تشکیل شرکت‌های تجاری مانند شرکت‌های سهامی غیره به شرکت اختصاص دهند و لو اینکه نوع آورده‌ها یکسان یا گوناگون نباشد. پس از تحقق شرکت مالکیت خصوصی هر کدام نسبت به آورده خود از میان می‌رود و به طلب آنها از شرکت تبدیل می‌شود. لذا اشخاص مزبور دیگر مالک اموال شرکت و صاحب حق غیر در آن نمی‌باشند؛ بلکه سهامدار و طلبکار از شرکت محسوب و در سود و زیان آن شریک می‌شوند. مدیران شرکت نیز نمایندگان شرکت محسوب می‌گردند و تا زمانی که شرکت انحلال نیافته و مطالبات دیون آن تصفیه نشده است، شرکا حقی بر اموال موجود شرکت نخواهند داشت و طلبکاران شرکت نیز می‌توانند از اموال شرکت طلب خود را مطالبه نمایند. مثلاً در شرکت‌های تضامنی ابتدا از محل اموال شرکت طلب خود را مطالبه و وصول می‌نمایند و چنانچه دارایی شرکت کفایت طلب آنها را ننماید از دارایی شخص شرکاء طلب خود را وصول می‌نمایند. ۵۷

ذکر این نکته نیز خالی از فایده نیست که شرکت در معنای خاص خود یکی از عقود معین است که همراه با اشاعه در حق مالکیت ایجاد می‌شود، بطور مرسوم، هرگاه در حقوق مدنی نامی از شرکت برده می‌شود، مقصود همین معنی است. ولی تحلیل عقود معوض نشان می‌دهد که در گروهی از آنها طرفین برای به دست آوردن سود بیشتر روبروی هم قرار نمی‌گیرند؛ اما می‌خواهند در کنار هم باشند و نیروهای خود را در راه مشترک بکار برند. در این گروه مبادله مقدمه است و از عقد و تراضی نوعی اتحاد برای رسیدن به سود یا ثمره مشترک به وجود می‌آید.

شرکت در معنای گسترده خود، شامل عقد شرکت (به معنی خاص) عقد مضاربه، عقد مزارعه و مساقات می‌شود. این عقود هر کدام آثار و احکام خاصی در قانون مدنی دارد و در طول تاریخ استقلال و شخیصت یافته است. پس در عین حال که اوصاف مشترک ایجاب می‌کند تا در کنار هم قرار گیرند و از قواعد مشترکی که بر آنها حکومت می‌کند استفاده شود، ویژگی‌های هر شرکت نیز اقتضا دارد که نام خاص آن حفظ گردد و جداگانه مورد مطالعه قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۸).

۱-۱-۲- شرکت در قانون مدنی

شرکت مدنی بر دو قسم است: (۱) شرکت عقدی؛ (۲) شرکت غیرعقدی.

شرکت عقدی عبارت است از عقدی که بین دو یا چند نفر بر معامله نمودن به مالی که بین آنان مشترک می‌باشد، واقع می‌شود. به این شرکت، شرکت مدنی نیز گفته می‌شود. اثر این عقد این است که هریک از شرکاء به نمایندگی از طرف دیگران می‌تواند به وسیله کسب و معامله در مال شرکت تصرف نماید. هریک از شرکا مانند وکیل و عامل از طرف دیگران در امور شرکت عمل می‌نمایند. مگر آنکه شرکا قرارداد مخصوصی گذارند و اداره امور شرکت را به یک یا چند نفر واگذار کنند. که در این صورت معلوم می‌گردد که شرکا اذن تصرف بعنوان نمایندگی را از دیگران سلب نموده‌اند (امامی، ۱۳۹۱: ۱۳۷).

صاحب کتاب الوسیط می‌نویسد: شرکت عقدی است که به مقتضای آن دو نفر یا بیشتر ملزم می‌شوند که در یک امر مشروع مالی سهیم شوند به اینکه قسمتی از مال یا کارشان را در این شرکت قرار دهند تا آنچه را که از سود یا خسارت از این شرکت حاصل می‌شود بین خود تقسیم نمایند (سنه‌وری، بی‌تا: ۲۱۷).

شرکت عقدی یکی از عقود معینه است و باید علاوه بر کلیه شرایط اساسی برای صحت معامله مذکور در ماده (۱۹۰) قانون مدنی، دارای شرایط خاصه‌ای باشد که با اجتماع آن شرایط، عقد شرکت محقق می‌گردد. شرکت عقدی است جایز و هریک از شرکا می‌تواند هر زمان بخواهد آن را فسخ کند. و چون فسخ گردید، اذن در تصرف که مولد عقد بوده، زائل می‌شود. اما شرکت در اموال که اجتماع حقوق مالکین متعدد به نحو اشاعه در شی واحد است تا وقتی که مال مشترک تقسیم و یا تمامی آن تلف شود، باقی می‌ماند و همچنین در اثر فوت و جنون و سفه طبق ماده (۹۵۴) قانون مدنی عقد شرکت منفسخ می‌شود.

همچنین طبق آئین‌نامه مصوب هیأت وزیران شرکت مدنی: "شرکت مدنی برابر است با درهم آمیختن سهم شرکت مدنی متعلق به شرکاء به موجب قرارداد".^۱ قسمت اخیر ماده، اشاره به ماهیت قراردادی مشارکت مدنی دارد. به عبارت دیگر مشارکت مدنی را قراردادی می‌دانند که به موجب آن دو یا چند نفر سهم شرکت متعلق به خود را درهم آمیخته، اذن و نیابت در تصرف و اداره اموال مشترک را به یک یا تعدادی از شرکاء تفویض می‌نمایند. بطور ساده‌تر قراردادی است که مقتضای آن اذن و نیابت در تصرف و اداره اموال مشترک می‌باشد و درهم آمیختن سهم شرکت را می‌توان مقدمه تشکیل شرکت یا از آثار و نتایج قرارداد مشارکت دانست. به موجب این تعریف سهم شرکت شرکاء ممکن است وجوه نقد یا غیرنقدی باشد. بعنوان مثال در مشارکت مدنی در بانک‌ها، در بخش مسکن و ساختمان، سهم شرکت شریک یا شرکای بانک یعنی متقاضی استفاده از تسهیلات ممکن است زمین باشد یا مقتضای سهم شرکت خود را بدو در بنا به مصرف رسانیده و آن را به صورت مال غیرمنقول در آورد. در این صورت سهم شرکت او به میزان هزینه‌های انجام شده در بنا تقویم

^۱ ماده (۱۸) آئین‌نامه مصوب هیأت وزیران مورخ ۱۳۶۲/۱۰/۱۲

می‌گردد و به نسبت کل هزینه‌های انجام شده در بنا که سرمایه مشارکت مدنی را تشکیل می‌دهد درصد سهم شریک مشخص می‌شود و آنگاه بانک مابقی هزینه‌های عملیات را با توجه به مقررات مربوطه تامین می‌نماید. بدین ترتیب درصد سهم شرکت بانکی نیز مشخص می‌شود. همچنین به موجب این تعریف، قرارداد مشارکت مدنی ممکن است؛ توسط اشخاص حقیقی یا حقوقی با بانک منعقد گردد که از این حیث با مشارکت حقوقی قابل مقایسه است. زیرا مشارکت حقوقی به موجب تعریف به عمل آمده تنها توسط اشخاص حقوقی با بانک منعقد می‌شود.

تعریف به عمل آمده از مشارکت مدنی توسط آئین‌نامه و دستورالعمل کامل و منطقی (جامع و مانع) نمی‌باشد، زیرا که به جای بررسی ماهیت و ذات شی به ذکر پاره‌ای از اوصاف و مشخصات فرعی مبادرت شده است. یکی از آن معایب این است که در تعریف مشارکت از درهم آمیختن سهم شرکتی سخن به میان آمده است، حال آنکه می‌دانیم که مزج دو یا چند مال یکی از اسباب تحقق شرکت می‌باشد نه ماهیت آن و نه تنها سبب آن. مزج و اختلاط دو مال ممکن است مقدمه و زمینه‌ای جهت انعقاد قرارداد شرکت و اذن تصرف و اداره مال مشترک تلقی شود یا مطابق نظری که برای قرارداد شرکت اثری مستقل قائل است، درهم آمیختن اموال، نتیجه تملیک و در مقام اجرای قرارداد مشارکت مدنی صورت می‌گیرد و در واقع به موجب این نظر آنچه که سبب تملیک است قرارداد شرکت است نه مزج و اختلاط اموال. مزج مقدمه‌ای جهت اجرای قرارداد شرکت ۵۹ و تصرف و اداره اموال مشترک می‌باشد نه شرط تحقق آن. مزج مقدمه‌ای جهت اجرای قرارداد شرکت و تصرف و اداره اموال مشترک می‌باشد نه شرط تحقق آن. بدین ترتیب ماهیت مشارکت مدنی به هیچ نحو ارتباط با مزج و درهم آمیختن سهم شرکتی ندارد بلکه ماهیتی قراردادی دارد که عبارت است از توافق دو یا چند اراده جهت ایجاد ملکیت مشاع و تصرف در اموال مشترک (بهمنی، ۱۳۷۴: ۴۵). ایراد دیگری که بر این تعریف وارد است مسامحه‌ای است که قانونگذار در نحوه استفاده از لفظ اشاعه اعمال نموده است، زیرا که ظاهر ماده حاکی از آن است که درهم آمیختن سهم شرکتی به نحو اشاعه سبب تحقق شرکت است. با این بیان اشاعه قید تعریف محسوب می‌شود و چنانچه درهم آمیختن و مزج به نحو اشاعه نباشد، شرکت حاصل نمی‌گردد. اما همانطور که می‌دانیم اشاعه نتیجه مزج و درهم آمیختن اموال است نه قید آن و اصلاً نیازی به ذکر اشاعه در تعریف نبوده است، زیرا که اشاعه نتیجه اجرای یکی از اسباب قهری یا ارادی شرکت می‌باشد (همان، ۴۶).

۱-۳-۱- انطباق عقد مشارکت مدنی با شرکت عقدی

شرکت عقدی، اشاعه یا مالکیتی مشاع است که در نتیجه اجرای عقدی از عقود مانند بیع، اجاره، صلح یا هبه به وجود می‌آید؛ مثلاً چنانچه دو نفر با یکدیگر مشترکاً خانه‌ای را خریداری نمایند یا منفعت غیر را مشترکاً

اجاره کنند، یا مالی مشاعا به دو یا چند نفر بطور غیرمعمول تملیک شود، مالکیت مشاع در این حالت، در نتیجه اجرای عقدی از عقود تملک حاصل شده است که شرکت مزبور را شرکت عقدی می‌نامند. اما در خصوص عقد شرکت که واجد آثار و نتایجی باشد و همان نتایج عقود تملیکی را داشته باشد اختلاف نظر وجود دارد. تعدادی از مولفین کتب حقوقی منکر وجود عقدی به نام شرکت شده‌اند. این عده اعتقاد دارند آنچه که ماهیت و جوهره شرکت را تشکیل می‌دهد اشاعه در مالکیت است که این اشاعه ممکن است در نتیجه عوامل متعددی مانند ارث و امتزاج متعدد دو مال یا عوامل ارادی و در نتیجه اجرای عقدی از عقود تملیکی یا مزج ارادی دو مال حاصل آید. بنابراین دیگر نیازی به وجود قرارداد مستقل به نام شرکت نمی‌باشد اختیار تصرف در مال مشترک نیز با اذن مالک آن امری زائد به مفهوم شرکت است. به اعتقاد این عده عدم پایبندی شرکا بر باقی ماندن در حالت اشاعه دلیلی بر جواز عقدی به نام شرکت به حساب نمی‌آید؛ بلکه هریک از شرکا به مصداق تسلطی که بر اموال خود دارند هر زمان که بخواهند می‌توانند مطالبه تقسیم بنمایند و با تقسیم مال مشاع و تعیین حصة اختصاصی خود از حالت و وضعیت اشاعه یا شرکت خارج شوند. بنابر همین نظر نیابت و اذن در تصرف که از جانب مالک اعطا می‌شود به مانند ابقاع می‌ماند و نیازی به قبول مخاطب آن ندارد. لذا هر زمان که مخاطب اذن علم به وجود اذن و رضایت صاحب آن داشته باشد می‌تواند به مقتضای آن عمل نماید؛ در حالیکه اگر ملتزم به اعطاء اذن و نیابت در قالب عقد گردیم چنانچه مخاطب اذن آن را رد نماید یا مدتی که عرف نیابت اذن مورد تردید می‌باشد سپری گردد اعطاء مجدد آن نیاز به قرارداد جدید دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۱۲).

عده‌ای دیگر قائل به وجود عقدی مستقل به نام شرکت می‌باشند و اعتقاد دارند که شرکت، عقدی است که ثمره آن جدای از تصرف مالکین متعدد در مال مشترک می‌باشد؛ بنابراین آن را در زمره عقود اذنی آورده‌اند و مقتضا و اثر آن را اعطای اذن و نیابت از جانب صاحبان اموال مشاع می‌دانند. چنانچه همین اذن و نیابت از جانب مالکین به اشخاص ثالث در خصوص تصرف در اموال مشاع اعطا گردد؛ می‌تواند تحت عنوان مضاربه یا وکالت درج گردد. در عقد شرکت چگونگی و نحوه تصرف در اموال مشترک حدود اذن و نیابت شرکای ماذون و سود و زیان آن مشخص می‌شود. لذا شرکت، پیمانی جائز و در زمره عقود اذنی می‌باشد و هریک از شرکا می‌تواند از اذن و نیابت اعطایی رجوع نماید. همچنین اذن مزبور در اثر حوادث مانند فوت، جنون، عقد صاحب اذن یا شریک ماذون از میان می‌رود؛ زیرا که به موجب ماده (۹۵۴) قانون مدنی عقود جائز در اثر فوت، جنون و سفه یکی از طرفین از میان می‌رود که قدر مسلم و متیقن آن عقود جائز اذنی مانند وکالت، شرکت و مضاربه از این قبیل می‌باشد؛ اما به هر تقدیر به اعتقاد این عده عقد مزبور قادر به ایجاد مالکیت مشاع و اشاعه که جوهره شرکت است؛ نمی‌باشد. علاوه بر این تصریح به اینکه مزج دو مال لازمه شرکت است و اختصاص یافتن عقد به شرکت در اعیان و لزوم تملیک بخشی از دو مال به وسیله عقد بیع، صلح و هبه بر می‌آید که

در نظر اینان اشاعه سبب دیگری دارد و عقد شرکت تنها یک عقد فرعی است که امکان تصرف در مال مشترک را ایجاد و نحوه تقسیم سود و زیان را تعیین می‌نماید و به منزله وکالت در اداره امور مال مشاع است (نجفی، ۱۴۳۲: ۲۸۹).

تنها در نوشته‌های اندکی از متاخرین از فقها و نویسندگان حقوقی می‌توان پی به اصالت قرارداد شرکت برد؛ چراکه این عده آن را در کنار بیع، صلح و هبه موثر در تملیک و مالکیت مشاع می‌دانند. از میان نویسندگان حقوق مدنی نیز تنها کاتوزیان قائل به اصالت برای قرارداد شرکت می‌باشد و اثر آن را تملیک و ایجاد ملکیت مشاع می‌داند. اما غالب نویسندگان حقوق مدنی به تبع اکثریت فقها اثری فرعی و تبعی برای شرکت قائلند و آن را فرع بر وجود اشاعه می‌دانند و تنها از شرکت بعنوان وسیله‌ای جهت اداره و تصرف در مال مشترک یاد می‌کنند (امامی، پیشین: ۱۳۹).

قانون مدنی نیز به صراحت متذکر قراردادی به نام شرکت نمی‌شود اما در مواردی پراکنده سخن از آثار قراردادی موسوم به شرکت به میان آورده و اثر آن را اذن در تصرف و اداره اموال مشترک می‌داند. بعنوان مثال ماده (۵۷۷) مقرر می‌دارد؛ شریکی که در ضمن عقد به اداره کردن اموال مشترک ماذون شده است که منظور عقد شرکت می‌باشد. از این گذشته بهترین دلیل در خصوص وجود عقدی به نام شرکت در قانون مدنی این است که از آن در فصل مربوط به عقود معین و در کنار سایر عقود مانند بیع، اجاره و غیره نام برده نشده ۶۱ است و الا چنانچه منظور از شرکت تنها مالکیت مشاع بوده باشد؛ قانونگذار می‌توانست آن را در فصل مربوط به مالکیت بیان کند. با این وجود قانون مزبور نیز به تبع نظر اکثریت اثر شرکت را محدود به اذن و نیابت می‌داند؛ چنانچه این ظهور که نتیجه سکوت قانون است با اصالت عدم جمع نمائیم باید نظریه مشهور را در این خصوص پیدا نمائیم. به نظر می‌رسد که عقیده‌ای را که مبنی بر اصالت عقد شرکت است باید تقویت نمود؛ زیرا که این به نظر با روح امری بودن قانون منافاتی ندارد. اصل آزادی قرارداد نیز مقتضی آزادی اشخاص در تعیین محتوای عقود می‌باشد. به علاوه نتیجه‌ای که به وسیله عقود چون بیع، صلح و هبه قابل تحقق است چرا با قرارداد شرکت قابل حصول نباشد و اگر قصد متعاقبین این است که اشاعه یا اتحادی به وجود آید و مالکیت خاص خود را با سهم مشاعی از مالکیت یکدیگر مبادله کنند چه مانعی برای نفوذ این خواست مشترک وجود دارد به خصوص که در تقسیم مال مشترک عکس همین مبادله انجام می‌پذیرد و مالکیت مشاع بدون آنکه به هیچ تمهید یا قراردادی نیاز باشد به مالکیت اختصاصی و خصوصی تبدیل می‌شود (کاتوزیان، پیشین: ۲۳).

در قوانین مدون، مشارکت به دو قسم مشارکت مدنی و مشارکت حقوقی تفکیک می‌شود. اگرچه هریک از این دو نوع مشارکت در نتیجه توافق شرکا و آوردن مالی یا امتیازی به وجود می‌آید، ولی بین شرکت حقوقی و شرکت مدنی تفاوت‌های اساسی وجود دارد (حاجیان، ۱۳۹۰: ۵۳-۵۱).

از لحاظ حقوقی، در شرکت حقوقی شخصیتی مستقل از شرکا به وجود می‌آید که اصطلاحاً شخصیت حقوقی نامیده می‌شود. آورده شرکا از مالکیت آنان اخراج و به این شخصیت حقوقی اختصاص پیدا می‌کند. مسئولیت مدنی اشخاص حقوقی، جدا و منفک از اشخاص حقیقی تشکیل دهنده آنها و طلبکاران حق مراجعه به شرکای شرکت را ندارند.

دارایی شرکت، وثیقه تعهدات شرکت است و در موقع انحلال منحصرأ تضمین بدهی شرکت به طلبکاران خواهد بود. ورشکستگی شرکت، ملازمه قانونی با ورشکستگی شرکا ندارد و مسئولیت هر شریک در مقابل دیون و بدهی‌های شرکت، حداکثر محدود به سرمایه اولیه شرکاست.

در شرکت مدنی، چنین شخصیتی به وجود نمی‌آید. مالکیت هر شریک به نسبت سهم الشرکه بر مال الشرکه باقی می‌ماند. تمام اقداماتی که در شرکت صورت می‌گیرد، به نام شرکا انجام می‌شود و شرکا شخصا در مقابل اشخاص ثالث، طبق قواعد حقوق مدنی مسئول هستند. در این حالت، هریک از شرکا به نسبت سهم خود ضامن بدهی شرکت است.

۶۲

در ماده (۱۸) آئین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا، مشارکت مدنی به این صورت تعریف شده است: "مشارکت مدنی عبارت است از در آمیختن سهم الشرکه نقدی و یا غیرنقدی به اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد، به نحو مشاع به منظور انتفاع طبق قرارداد". مشارکت مدنی، یک تاسیس حقوقی است که برای نخستین بار در نظام بانکداری اسلامی در ایران بکار رفته است. تعریف عقد مشارکت مدنی با شکل سنتی عقد الشرکت تطابق کامل دارد، به جزء اینکه ماده (۲۲) آئین‌نامه از لحاظ اقتصادی، آثاری مشابه با شرکت حقوقی را بر آن مترتب می‌سازد. به این شکل که تعهدات مالی در محدوده سرمایه اولیه به صورت شرط ضمن عقد تضمین می‌شود. بدین ترتیب، تفاوت مشارکت مدنی با مشارکت حقوقی در این است که مشارکت مدنی به بانک‌ها اجازه می‌دهد که خارج از محدوده بازار بورس، از طریق مشارکت با مال نقدی یا غیرنقدی مبادرت به تأمین مالی کنند.

در ماده (۲۳) آئین‌نامه، مشارکت حقوقی، به این صورت تعریف می‌شود: "منظور از مشارکت حقوقی، عبارت است از تأمین قسمتی از سرمایه شرکت‌های سهامی جدید و یا خرید قسمتی از سهام شرکت‌های سهامی موجود."

۱-۲-۱- ارکان شرکت مدنی

تشکیل شرکت مدنی مبتنی بر اراده آزاد شرکا بوده و قبل از هر چیز نیازمند به انعقاد قرارداد می‌باشد. بدیهی است که قرارداد شرکت مانند هر قرارداد دیگری تابع مقررات مندرج در ماده (۱۹۰) قانون مدنی است. این مقررات عبارت است از شرایطی که اجتماع و انسجام آنها موجب تحقق عقد می‌شود و عدم وجود تمام یا یکی از آن شرایط موصوف، حسب مورد سبب بطلان یا عدم نفوذ عقد شرکت و یا ایجاد حق خیار برای ذینفع خواهد بود. هرچند این شرایط مربوط به کلیه عقود هستند ولیکن بعضی از آن شرایط چهره ویژه‌ای در شرکت داشته و ایجاب می‌کند مستقلاً مورد مطالعه قرار گیرند. البته شرایط مزبور اختصاص به شرکت‌های مدنی دارند و در شرکت‌های قهری هیچ یک از این شرایط لحاظ نمی‌شود.

۱-۲-۱- قصد و اراده و اهلیت متعاقدان

فقه‌های امامیه در مبحث شرکت عقدی، تنها از شرایط متعاقدين از جمله قصد، اختیار، نداشتن حجر، سفه یاد کرده‌اند و از ذکر سایر شرایط خودداری کرده‌اند (محقق، بی تا: ۱۳). در اینجا به اختصار از قصد و تراضی و اهلیت بعنوان عناصر اصلی و سازنده شرکت مدنی می‌پردازیم.

۱) تراضی شرکاء

۶۳

تحقق شرکت مدنی منوط به قصد و رضای شرکاست و قصد و رضای مزبور بایستی با آگاهی از ماهیت شرکت ابراز گردیده باشد. بدین ترتیب قرارداد شرکت در صورتی قرارداد تلقی می‌شود و صحیح می‌باشد که اولاً شرکا قصد خود را به ایجاد قرارداد شرکت و نه به انعقاد قراردادی دیگر که ممکن است مشابه قرارداد شرکت باشد، اعلام کرده باشند (مواد ۱۹۱ و ۱۹۳ ق.م). ثانیاً شرکا در صورتی موثر بوده و موجب تشکیل شرکت می‌شود که واقعی باشد (ماده ۴۶۳ ق.م). بنابراین هرگاه چند نفر به ظاهر شرکتی را تشکیل دهند بدون آنکه قصد همکاری داشته باشند یا اینکه تنها قصد داشته باشند که سرمایه‌ای به شرکت اختصاص دهند، شرکت تحقق نخواهد یافت. در حقیقت آنچه شرکت مدنی را از اشاعه محض مجزی می‌نماید قصد همکاری مشترک در شرکت است که در اشاعه از آن خبری نیست. مفهوم قصد در شرکت از این جهت از مفهوم قصد در سایر عقود متمایز می‌شود که در شرکت برخلاف سایر عقود معوض شرکا بطور معمول یک هدف مشترک را دنبال می‌کنند. مثلاً در حالیکه در قرارداد بیع، خریدار و فروشنده در تضاد با یکدیگر هستند و هر یک در صدد تأمین منافع خویش است، در قرارداد شرکت شرکا دارای منافع مشترک بوده و از این لحاظ در کنار یکدیگرند. به همین لحاظ است که در شرکت مدنی شخصیت شرکا از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار بوده بطوریکه هیچ شریکی حاضر به شرکت با شریک دغل و معسری نیست. بنابراین اشتباه در شخصیت شرکا موجب بطلان عقد شرکت می‌گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۱: ۴۶۷). همچنین اشتباه در نوع شرکت موجب

بطلان شرکت است، زیرا اشتباه در نوع عقد به ماهیت شرکت مربوط می‌شود؛ بدین ترتیب شرکایی که قصد تشکیل شرکت مدنی را داشته‌اند نمی‌توانند متعهد به تشکیل شرکت نسبی نمود (صفائی، ۱۳۹۹: ۴۵). علاوه بر این هرگاه قرارداد شرکت بر اثر تدلیس و خدعه یکی از شرکا منعقد شده باشد شرکای دیگر خیار فسخ داشته و این خیار پس از اطلاع از تدلیس فوری است (ماده ۴۴۰ ق.م).

۲) اهلیت شرکاء

دیگر شرط اساسی و لازم برای صحت معاملات اهلیت می‌باشد (بند ۲ ماده ۱۹۰). اهلیت برای دارا بودن حقوق با زنده متولد شدن انسان شروع و با مرگ او تمام می‌شود (اهلیت تمتع ماده ۹۶۵) و حتی حمل از حقوق مدنی متمتع می‌گردد مشروط بر اینکه زنده متولد شود (ماده ۹۷۵). لیکن هیچکس نمی‌تواند حقوق خود را اجرا نماید مگر اینکه برای این امر اهلیت قانونی داشته باشد (اهلیت استیفاء، ماده ۹۵۸).

شرکای شرکت مدنی بایستی اهلیت انجام دادن معامله را داشته باشند. منظور از اهلیت مزبور مطابق ماده (۲۱۱) قانون مدنی، این است که شریک، بالغ و عاقل و رشید باشد به عبارت دیگر اهلیت عبارت از توانایی قانونی شخص برای انجام اعمال حقوقی است. بنابراین علاوه بر دارا بودن حق، شرکای شرکت مدنی بایستی اهلیت اجرای حق را نیز داشته باشند. یعنی عاقل و بالغ و رشید باشند بدین ترتیب محجورین مانند صغار و اشخاص غیر رشید و مجانین، بدون اجازه و رضایت ولی یا قیم خود نمی‌توانند در شرکتی وارد گشته و یا فعالیت آن را برعهده بگیرند (ماده ۱۲۱۴ ق.م).

علاوه بر اهلیت استیفاء، متقاضیان باید صلاحیت و شرایط لازم برای انجام عملیات موضوع شرکت را داشته باشند. مثلاً در جائیکه موضوع شرکت، بازرگانی خارجی و در بخش واردات، صادرات، یا موضوع آن فعالیت‌های صنعتی می‌باشد، متقاضی باید مجوزهای لازم برای عملیات مزبور را به دست آورد و بطور کلی باید اهلیت تجاری خاص برای انجام اعمال مورد نظر داشته باشد. در واقع متقاضی بدون در دست داشتن مجوزهای لازم و احراز شرایط قانونی فاقد اهلیت قانونی برای انعقاد قرارداد مشارکت با بانک تلقی می‌شود، لذا از این دید، اهلیت مفهوم گسترده‌تری پیدا می‌کند و اهلیت انجام اعمال مشارکت را نیز در بر می‌گیرد.

اشخاص حقوقی نیز مانند اشخاص حقیقی از اهلیت تمتع برخوردار می‌باشند. به موجب ماده (۵۸۸) ق.ت "شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد طبیعی قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت و بنوت و امثال ذلک."

اهلیت اشخاص حقوقی با ثبت آنها در دفتر ثبت شرکت‌ها به فعلیت می‌رسد و پس از به ثبت رسیدن واجد اهلیت لازم برای انجام معاملات و فعالیت‌های موضوع خود می‌باشند.

علاوه بر این باید مجوزهای لازم و موافقت‌های اصولی را برای انجام عملیات مشارکت از مراجع ذیربط کسب نمایند بعنوان مثال درجائیکه موضوع شرکت استحصال و استخراج معادن می‌باشد، باید موافقت اصولی و پروانه بهره‌برداری از وزارت معادن و فلزات کسب نموده باشند.

۱-۲-۲- ایجاب و قبول

همچنان که شرکت، بر اجتماع حقوق مالکان در یک چیز واحد بطور مشاع دلالت می‌کند، بر عقدی که بین دو یا چند نفر واقع می‌شود نیز دلالت دارد. از این‌رو شرکت، از جمله عقود به حساب می‌آید که احتیاج به ایجاب و قبول دارد و در مورد آن می‌توان حکم به صحت و بطلان داد. از ظاهر کلمات فقها چنین پیدا است که در شرکت عقدی نیاز به ایجاب و قبول می‌باشد. صاحب کتاب الشرحه فی الاسلام در شرحی بر عروه الوثقی می‌نویسد: شرکت‌های عقدی احتیاج به ایجاب و قبول دارد. در مورد ایجاب و قبول اینکه باید لفظ باشد یا کتابت و اشاره هم کفایت می‌کند و اینکه باید به لفظ ماضی باشد و عاقد در صدد انشاء باشد و شرایط دیگر نظرات فقها گوناگون است. مثلاً مرحوم محقق حلی در شرایع الاسلام می‌فرماید: غیر لفظ کفایت نمی‌کند، فقط در صورت عذر اشاره کافی است و این عقد منعقد می‌شود مگر با لفظ ماضی و ظاهر عمومات و ادله عدم اشتراط تقدیم ایجاب و قبول است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۳).

صاحب الفقه علی‌المذاهب الاربعه می‌نویسد: برای شرکت عامه از کانی است: دو عاقد، صیغه و محل (که) ۶۵ عبارتست از مال و اعمال).

صاحب منهج الصالحین نیز می‌نویسد: ایجاب و قبول به هر لفظی که دلالت بر مقصود نماید واقع می‌شود و لو اینکه این لفظ صریح در مقصود نباشد. همچنین لازم نیست که ایجاب و قبول به لفظ عربی باشد حتی بیان کردن ایجاب و قبول به صورت انشائی جایز است (موسوی خوئی، ۱۴۱۰: ۱۴).

سید اردبیلی در کتاب فقه الشریکه می‌فرماید: ایجاب و قبول کاشف از تراضی طرفین است و اینکه آنها در صدد تبدیل مالکیت محدوده به ملکیت مشاعه هستند تا بدان ملتزم شوند. آنچه کاشف از تراضی است گاهی لفظ است و گاهی کتابت و گاهی اشاره و گاهی عمل و لکن چون لفظ قبل از کتابت و اشاره مظهر نیت است و در دلالت صراحت بیشتری دارد و از اشتباه دورتر است، علماً به لفظ اکتفا کرده و از آن در تعبیرات‌شان تجاوز ننموده‌اند. اما این عمل علماء نه از جهت خصوصیتی است که در لفظ پنهان است و در غیر لفظ نیست یا اینکه بگوئیم به خاطر وجود دلیل تعبدی شرعی از کتاب و سنت اکتفاء به لفظ دون غیر لفظ است بلکه اعتبارش فقط به خاطر صراحت کشف و قوت دلالت آن بر معنا و مقصود است لذا اگر زمانی چیزی همانند لفظ در صراحت و دوری از اشتباه پیدا شود مثل کتابت، می‌تواند جانشین لفظ شود و اینکه فقهای گذشته آن را بیان نکرده‌اند شاید به خاطر عدم انتشار کتابت در آن زمان‌ها بوده است. پس بنابراین بحث از لزوم

صیغه ماضی یا کفایت صیغ دیگر مثل مضارع و امر و لزوم حقیقی بودن معنا یا جواز استعمال مجاز در ایجاب و قبول، بی‌فایده است. البته باید عاقد در صدد انشاء باشد نه اخبار و اعلان از آنچه که الان محقق می‌شود یا در آینده به وقوع خواهد پیوست یا قبلاً محقق شده است.

پس اگر فرض کرده و قبول نمائیم که عقد بر معاطاه عملی صدق نمی‌کند چراکه عقد اختصاص به لفظ و کتابت و اشاره دارد، چه از حیث لغت و چه از حیث عرف، پس با عمل اعطاء و اخذ به قصد تحقق شرکت عقد تحقق پیدا نمی‌کند. حداقل می‌گوئیم شرکت معاطاتی مثل بیع معاطاتی است همانطور که در بیع معاطاتی عقد صدق نمی‌کند و عمل در تحقق عنوان بیع کفایت می‌کند، در شرکت نیز چنین است. پس شرکت معاطاتی مثل بیع معاطاتی صحیح است؛ چون صحت معاطات اختصاص به بیع ندارد بلکه در معاملات دیگر نیز جاری است که شرکت عقدی از جمله آنهاست (موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴: ۴۰).

۲- بررسی قانون بانکی مرتبط با مشارکت مدنی در ایران

پس از پیروزی انقلاب اسلامی مباحث جدی حول محور بانکداری اسلامی شکل گرفت و مبنا بر این قرار گرفت تا قواعد حقوق بانکی برمبنای 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 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 مبنا 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 سهم‌الشرکه وجه نقد باشد، بایستی آن را به حساب مخصوصی که در بانک برای مشارکت افتتاح می‌شود، واریز کنند و در صورتی که سهم‌الشرکه 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 سهم‌الشرکه ممکن است به دفعات صورت پذیرد و در این صورت، هر مقدار از سهم‌الشرکه‌ها که پرداخت شود به همان میزان مشارکت تحقق پیدا می‌کند.

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

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

۴) مقصود از مشارکت و ایجاد شرکت مدنی، انتفاع و بهره‌برداری مشروع از سرمایه و سهم‌الشرکه‌ها است. بنابراین، بانک فقط در شرکتی می‌تواند شریک شود که مقصود از آن انتفاع باشد.

۶۷

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 می‌نماید. 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 طرح‌های 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 سهم‌الشرکه بانک و نحوه تقسیم سود بایستی در قرارداد مشخص شود و میزان سهم‌الشرکه بانک نمی‌تواند 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 نمی‌خواهد بیش 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).

۳- بررسی قوانین و مقررات کشورهای اسلامی درباره عقد مشارکت مدنی

بانکداری اسلامی، در آغاز با حضور موسسات و شرکت‌هایی که از دریافت و پرداخت بهره به هر شکل ممکن امتناع می‌ورزیدند و صرفاً به منظور تامین مالی طرح‌ها سرمایه‌گذاری می‌کردند و یا حتی به قصد رفع نیاز مشتریان فعال بودند؛ پا به عرصه وجود نهاد. این اتفاق در اواسط قرن بیستم در تعداد معدودی از کشورهای اسلامی رخ داد. امروزه نظام بانکداری اسلامی بطور چشمگیری در جهان روبه گسترش بوده و در اغلب کشورهای اسلامی (۵۶ کشور) به موازات نظام‌های رایج بانکی در حال فعالیت است. حتی در بعضی کشورها نظام مالی اسلامی بر موسسات رایج بانکی غلبه کرده و بیشترین حجم سپرده‌گذاری را جذب کرده است. یکی از دلایل مهم چنین گرایشی در میان کشورها، توسعه و گسترش دین اسلام در جهان است که با توجه به اصول و اندیشه‌های اقتصادی اسلام، مسلمانان در نقاط مختلف جهان تمایل دارند سرمایه‌شان را در نظام‌های مالی اسلامی سپرده‌گذاری کنند و همین عامل، موجب رونق بانکداری اسلامی شده است.

در این مبحث به بررسی ساختار و عملکرد بانکداری اسلامی در برخی از کشورهای مسلمان می‌پردازیم تا از این رهگذر، زمینه مقایسه عملکرد بانکداری بدون ربا در ایران با تجارب مشابه سایر کشورهای مسلمان در جهت ارزیابی بهتر نظام بانکی ایران فراهم آید.

۳-۱- عربستان

در کشور عربستان که از پیشگامان توسعه بانکداری اسلامی محسوب می‌شود، در زمینه ارائه انواع خدمات بانکی، مطابق با اصول شریعت به فعالیت مشغول می‌باشند. که عمده‌ترین آنها شرکت بیمه سرمایه‌گذاری بانک توسعه اسلامی، شرکت توسعه و سرمایه‌گذاری البرکه، شرکت سرمایه‌گذاری و بانک الراجی، بانک ملی تجاری و بانک الجزیره هستند. در این بخش به صورت نمونه به عملکرد بانک الجزیره می‌پردازیم:

بانک الجزیره عربستان در سال ۱۹۷۵ میلادی تاسیس شد. این بانک یکی از مهمترین موسسات مالی شبه جزیره عربستان محسوب می‌شود که در طیف گسترده‌ای به ارائه خدمات مالی و بانکی به خصوص در چارچوب قوانین اسلامی می‌پردازد. بانک الجزیره در سال ۱۹۹۲ دست به تغییرات وسیعی در نظام مالی خود زد که این تغییرات در سال ۱۹۹۳ با روی کار آمدن یک گروه مدیریتی جدید، به صورتی فعال دنبال شد. از جمله این تغییرات، ادغام ۲۳ شعبه این بانک در قالب ۱۳ شعبه با ارائه خدماتی بسیار متنوع‌تر و مدرن‌تر بود. در نتیجه این اقدامات، بانک در سال ۱۹۵۵ به حد بالایی از سودآوری خود رسید و پس از آن به صورت منظم

و پایدار نرخ بازده سرمایه‌گذاری بانک رو به افزایش نهاد. از دیگر اقدامات صورت گرفته، تشکیل کمیته‌ای به نام کمیته شریعت در سال ۲۰۰۰ میلادی بود که متشکل از گروهی از فقها و متخصصان علم اقتصاد است. وظیفه این کمیته بررسی و تحقیق در ارتباط با میزان تطابق و سازگاری محصولات ارائه شده توسط بانک با قوانین شریعت اسلام و بانکداری بدون رباست. مهمترین فعالیت بانک الجزیره عبارت‌اند از بانکداری اسلامی، خدمات مربوط به حق‌العمل‌کاری و عملیات مربوط به اوراق مشارکت و اوراق قرضه است. این بانک نیمی از سهم بازار عربستان را به خود اختصاص داده است و جمع دارایی‌هایش بالغ بر ۳/۱ میلیارد دلار است (حسن-زاده و سلطانی، ۱۳۸۵: ۲۵).

۳-۱-۱- شیوه‌های تجهیز منابع مالی

بانک الجزیره عربستان از طریق سپرده‌های دیداری، پس‌انداز و سرمایه‌گذاری به تجهیز سپرده‌های مشتریان خود می‌پردازد. خدمات مربوط به سرمایه‌گذاری اسلامی که توسط این بانک ارائه می‌شود، شامل طیف وسیعی از محصولات مربوط به صندوق‌های تعاونی اسلامی و معاملات کوتاه مدت مرابحه می‌شود. صندوق‌های تعاونی، این امکان را به مشتریان بانک می‌دهد که در بازارهای داخلی و خارجی سرمایه‌گذاری کنند و در نهایت این صندوق‌ها بازگشت سودی مناسب را به سپرده‌گذاران تضمین می‌کنند. بانک الجزیره در قالب عقد مرابحه، به مشتریان خود امکان سرمایه‌گذاری کوتاه مدت را می‌دهد. در این نوع از سرمایه‌گذاری، درصد مشخصی از سود براساس منفعت حاصل شده در این قرارداد، بطور سالانه پرداخت می‌شود (همان، ۲۶).

۳-۱-۲- شیوه‌های اعطای تسهیلات

بانک الجزیره، طیف وسیعی از تسهیلات و خدمات مالی اسلامی را که در عین حال متناسب با نیاز و تقاضای مشتریان است؛ طراحی کرده و مورد استفاده قرار می‌دهد. شیوه‌های تامین مالی اسلامی بانک الجزیره عربستان عبارتند از:

(۱) مضاربه، مشارکت (تقسیم سود و زیان) و ... ؛

(۲) مرابحه، اجاره، سلم (معاملات سلف)، استصناع (هزینه و دستمزد).

۳-۲- بانک اسلامی دبی

تشکیل "بانک اجتماعی ناصر" بعنوان نخستین بانک اسلامی در کشور مصر و حمایت قدرت حاکم از چنین نظام جدیدی، موجب ایجاد انگیزه برای عده‌ای از تجار که در کشور امارت متحده عربی به فعالیت مشغول بودند شد تا نسبت به تاسیس بانکی کاملاً اسلامی در کشور دبی اقدام کنند. بانک اسلامی دبی در سال ۱۹۷۵ تاسیس شد و نخستین بانکی بود که به ابتکار و خواست بخش خصوصی ایجاد گردید. هرچند که

حمایت دولت از این بانک، نقشی بسیار مهم و اساسی داشت. بانک اسلامی دبی، فعال‌ترین بانک اسلامی در امارت متحده عربی است و به جزء دفتر مرکزی آن که در دبی مستقر است، ۲۲ شعبه دیگر آن نیز تحت نظارت دفتر مرکزی، در سراسر کشور امارت مشغول به فعالیت هستند. سابقه این بانک در زمینه بانکداری اسلامی به بیش از ۲۹ سال می‌رسد.

فعالیت‌های بانک، بطور کامل با قوانین اسلام منطبق است و براساس منع ربا و با نظارت کمیته شریعت صورت می‌پذیرد. سرمایه ثبت شده این بانک، معادل با یک میلیارد دینار امارت متحده عربی است. مهمترین زمینه‌های فعالیت آن؛ عرضه خدمات بانکی منطبق بر بانکداری اسلامی، سرمایه‌گذاری و جوه بانکی به صورتی که منجر به کسب سطح بهینه‌ای از سود برای بانک و مشتریان شود، هماهنگی، همکاری و یکپارچگی با سایر موسسات مالی که مطابق با قوانین اسلامی عمل می‌کنند- حمایت از ایجاد نظام مالی اسلامی، ایجاد زمینه و بسترهای مناسب برای گسترش عملیات اسلامی در تمامی عرصه‌های اقتصاد- از طریق سرمایه‌گذاری بانک در صنعت، کشاورزی، تجارت و بخش املاک و ساختمان- و به وجود آوردن فرصت‌های شغلی مناسب، می‌باشد.

۳-۲-۱- شیوه‌های تجهیز منابع مالی

در بانک اسلامی دبی، شیوه‌های تجهیز سپرده مشتریان از سه طریق حساب‌های جاری، حساب‌های پس‌انداز و حساب‌های سپرده سرمایه‌گذاری صورت می‌پذیرد. حساب‌های جاری عبارتند از سپرده‌هایی که بهره به آنها تعلق نمی‌گیرد و مانده بستانکار حساب همیشه با درخواست مشتری قابل پرداخت است؛ ضمن این نکته که مشتری دارای حق برداشت از حساب از طریق چک، گیشه‌های پرداخت پول و یا دستگاه‌های خودپرداز هست.

حساب‌های پس‌انداز به دارنده حساب این اجازه را می‌دهد که پول خود را هر زمانی که بخواهد سپرده‌گذاری کند اما برداشت به یک باره در طول ماه محدود می‌گردد و وجوه پس‌انداز شده، برطبق اصول مضاربه سرمایه‌گذاری می‌گردد و سود حاصل از این سرمایه‌گذاری بین سرمایه‌گذار (دارنده حساب) و بانک، براساس حداقل مانده ماهانه و طبق درصدی که آخر هر سال اعلام می‌شود؛ پرداخت می‌گردد.

امکان افتتاح حساب سرمایه‌گذاری در طول یک سال، به صورت ۴، ۶، ۸ و یا ۱۲ ماهه وجود دارد. وجوه پس‌انداز شده از طریق قرارداد مضاربه سرمایه‌گذاری می‌شود و سود در سررسید و طبق توافق صورت گرفته، پرداخت می‌گردد.

۳-۲-۲- شیوه‌های اعطای تسهیلات

بانک اسلامی دبی از روش‌های زیر اقدام به اعطای تسهیلات می‌کند:

- مضاربه، مشارکت (تقسیم سود و زیان)؛
- مراجعه، وکالت، استصناع (هزینه و دستمزد) و ...؛
- قرض‌الحسنه (خدمات بدون بهره) (حاجیان و همکاران، ۱۳۹۰: ۱۶۰).

۳-۳- بانکداری اسلامی در پاکستان

روند اسلامی کردن نظام بانکی پاکستان که مقدمات آن قبلاً صورت گرفته بود؛ از سال ۱۹۸۰ آغاز گردید. در سپتامبر ۱۹۷۷ وظیفه تهیه و تدوین طرح منطبق بر اصول شریعت اسلامی برای اقتصاد این کشور به "شورای جهان‌بینی اسلامی" پاکستان واگذار شد. برای این منظور در نوامبر ۱۹۷۷، شورا گروهی از اندیشمندان اقتصاد و خبرگان امور بانکی را تعیین کرد. یکی از وظایف اصلی تعیین شده برای این گروه، ارائه طرق ممکن برای حذف بهره از اقتصاد پاکستان بود. اعضای هیأت یاد شده گزارش خود را در فوریه ۱۹۸۰ به "شورای جهان‌بینی اسلامی" پاکستان ارائه کرد. در جهت تطبیق کامل گزارش یاد شده با اصول اسلامی، شورا اصلاحات و تعدیلات لازم را در آن معمول و پس از اصلاح و آماده شدن کامل آن، گزارش آماده شده را در ژوئن ۱۹۸۰ به ریاست جمهوری پاکستان تسلیم کرد که پس از تایید، برای اجرا ابلاغ گردید. به این ترتیب پس از اعلام دولت پاکستان مبنی بر ممنوعیت انجام معاملات ربوی در نظام مالی کشور که شامل بانک‌ها نیز می‌شد؛ بانکداری براساس نرخ بهره ممنوع گردید.

در هماهنگی با دستورات صادر شده از طرف دولت پاکستان، در ژانویه ۱۹۸۰، باجه‌های مجزایی در بانک‌های تجاری و نیز در یک بانک خارجی برای قبول سپرده براساس روش تسهیم در سود و زیان^۱ تأسیس گردید. طی سه سال بعد، اقداماتی به منظور ایجاد ابزارهای جدید غیر ربوی به عمل آمد که این اقدامات شامل عملیات خرید و فروش کالاهای دولت و نمایندگی‌های وابسته به دولت، اسناد صادراتی، سرمایه‌گذاری در سهام در امر مشارکت، پرداخت وام به موسسه‌های اعتباری تخصصی که قبلاً فعالیت‌های خود را به عملیات غیر ربوی تغییر داده بودند، وام‌دهی براساس اصول مشارکت مدنی و اجاره به شرط تملیک و مضاربه بود.

در اوایل ژانویه ۱۹۸۵ اقدامات جدیدی به اجرا درآمد تا نظام بانکی را طی شش ماه، رسماً به نظامی بدون بهره تبدیل کند. بدین ترتیب، در اولین مرحله نظام مالی به صورت کامل با موازین اسلامی تطبیق و تبعاً براساس این موازین تکمیل گردید. از آن تاریخ به بعد تمام وام‌های اعطایی بانک‌ها به دولت، شرکت‌های

^۱ Profit and Loss Sharing

دولتی و شرکت‌های سهامی دولتی و خصوصی می‌بایست صرفاً براساس روش‌های مشخص شده وام‌دهی اسلامی (غیرربوی) انجام می‌شد.

۳-۳-۱- شیوه‌های اعطای تسهیلات

قواعدی را که توسط این بانک‌ها برای اعطای تسهیلات پذیرفته شده است می‌توان در قالب چهار اصل زیر بیان کرد:

(۱) اصل تسهیم سود و زیان؛

(۲) اصل مبتنی بر هزینه و دستمزد؛

(۳) اصل خدمات بدون بهره؛

(۴) اصل کمک.

۳-۳-۲- اعطای تسهیلات بانکی

شیوه‌های تامین مالی در نظام بانکداری پاکستان عبارتند از: مضاربه، مشارکت، گواهی‌های مدت‌دار مشارکت، مشارکت سهمی، اجاره به شرط تملیک، مشارکت در اجاره، فروش اقساطی، قرار بیع، تامین هزینه توسعه، وام‌های بدون بهره با کارمزد و قرض‌الحسنه.

۷۲ (۱) مضاربه: در این نوع معامله، منابع توسط بانک در اختیار متقاضی بعنوان عامل قرار می‌گیرد تا در یک فعالیت اقتصادی، در مقابل درصد از پیش تعیین شده‌ای از سودی که به دست می‌آید؛ سرمایه‌گذاری شود. در طول مدت طرح، عامل منحصراً صاحب طرح محسوب می‌شود و بانک، مدیر طرح خواهد بود و سود حاصل بین طرفین تقسیم خواهد شد. در عین حال در صورت بروز زیان، یک عدم تقارن وجود دارد، بدین معنا که در مضاربه، زیان‌های مالی صرفاً برعهده وام‌دهنده است و وام‌گیرنده، تنها وقت و نیروی صرف شده در طرح را از دست خواهد داد. لذا اینگونه ترتیبات، سرمایه انسانی را عملاً در حد سرمایه مالی قرار می‌دهد.

(۲) مشارکت: در قرارداد مشارکت، تامین کنندگان منابع مالی بیش از یک نفر است که تمام آنها با نسبت‌های متفاوت سرمایه‌گذاری می‌کنند و دقیقاً به نسبت سرمایه تامین شده، در سود شریک می‌شوند. تفاوت اساسی بین این دو نوع تامین مالی - مضاربه و مشارکت - در تعداد شرکای معامله است. اسناد مربوط به عقود مشارکت، قابل انتقال نیست و در بازار سرمایه نمی‌توانند مورد معامله قرار گیرد (شمع‌ریزی، ۱۳۷۰: ۱۲۲-۱۲۰).

(۳) گواهی‌های مدت‌دار مشارکت: گواهی‌های مدت‌دار مشارکت، اسناد قابل انتقال شرکت‌ها هستند که دارای سررسید تا حداکثر ده سال هستند و به منظور مبادرت در امر مشارکت موقت - یا مشارکت - مورد استفاده قرار می‌گیرند. در زمان حاضر، هیچگونه تعریف قانونی برای این معاملات متصور نیست؛ اما می‌توان آن را به

منزله یک توافق مالی تلقی کرد که بین یک موسسه مالی و شرکت تجاری، براساس مشارکت در سود و زیان طی مدت سررسید گواهی انجام شود. عملیات مربوط به مضاربه و گواهی مدت‌دار در امر مشارکت، عمدتاً توسط موسسات اعتباری تخصصی شامل موسسه سرمایه‌گذاری بانک‌ها با مسئولیت محدود و شرکت سرمایه‌گذاری پاکستان صورت می‌گیرد (میرجیلی، ۱۳۷۰: ۷۲-۷۰).

۴) **مشارکت سهامی:** این نوع مشارکت در واقع همان سرمایه‌گذاری در سرمایه سهامی است؛ در حقیقت تامین مالی از طریق مشارکت سهامی، شباهت نزدیکی با بازار سهامی در آن، توسط مردم، بانک‌ها- حتی بانک مرکزی- و دولت قابل خریداری است.

۵) **اجاره و اجاره به شرط تملیک:** بانک می‌تواند محصولی را خریداری کند و آن را در ازای مبلغ معین و مدت زمان مشخص به وام گیرنده اجاره دهد. روش اجاره، خصوصاً برای تامین مالی میان مدت و بلندمدت مفید است. در روش اجاره به شرط تملیک، بانک‌ها و سایر موسسات مالی می‌توانند وجوه مورد نیاز برای خرید دارایی‌های ثابت را تامین کنند. این دارایی‌ها می‌توانند کلاً در مالکیت تامین کننده وجه یا مالکیت مشترک بانک و مشتری باشند؛ گرچه استفاده و مراقبت از دارایی‌های ثابت منحصر برعهده مشتری است.

۳-۴- مالزی

۷۳

قانون بانکداری اسلامی به شیوه جدید از سال ۱۹۸۳ رسماً کار خود را در این کشور آغاز کرد. ظهور این نوع بانکداری (اسلامی) در مالزی تحت تاثیر دو دسته عوامل خارجی و داخلی قرار داشت. عوامل خارجی شامل تاسیس بانک‌های اسلامی در خاورمیانه در اواسط دهه ۱۹۷۰ مقارن با تاسیس بانک توسعه اسلامی در عربستان سعودی بود. از سوی دیگر در داخل این کشور، تحولاتی از جمله تاسیس "موسسه پس‌انداز زائرین" (حاجیان و دیگران، پیشین: ۳۹). به منظور تسهیل زیارت مکه برای مسلمانان مالزی از طریق پس‌انداز سپرده و تقاضای آنها برای تاسیس بانک اسلامی، دولت را وادار به پاسخگویی می‌کرد. بطور کلی بانکداری اسلامی مالزی به منظور جایگزینی نظام مرسوم کشور ایجاد نشده است، بلکه تاسیس آن با هدف فراهم ساختن یک نظام مالی پاسخگو در برابر نیازهای مالی مسلمانان صورت گرفته است.

نخستین بانک اسلامی که در این کشور تاسیس گردید، بانک اسلامی مالزی برهاد^۱ بود که فعالیت خود را از ژوئیه ۱۹۸۳ آغاز کرد. اکنون که بیش از یک دهه از فعالیت‌های بانک اسلامی برهاد می‌گذرد. این بانک با فعالیت‌های رو به رشد سریع خود ثابت کرده است که بانکداری اسلامی در مالزی، روندی پیشرو در کشور دارد. در ۱۷ ژانویه ۱۹۹۲ این بانک در فهرست شورای عالی بورس اوراق بهادار کوالالامپور قرار گرفت.

^۱ Bank Islam Malaysia Berhad (BIMB)

اهداف بلندمدت بانک مرکزی مالزی، ایجاد نظام بانکداری اسلامی کارا، پیشرفته و جامع است که به شکل معناداری در اثربخشی و کارایی بخش مالی مالزی سهیم باشد. به هر حال همانند هر نظام بانکی، نظام بانکی اسلامی نیز نیازمند سه عنصر حیاتی است تا بتواند بعنوان نظامی قدرتمند و انعطاف‌پذیر ظاهر گردد:

- تعداد زیادی از نقش‌آفرینان جهانی؛

- تنوع وسیعی از ابزارها؛

- زیرساخت‌های جامع مالی.

علاوه بر این، پایه و اساس نظام بانکداری اسلامی باید منعکس‌کننده ارزش‌های اسلامی و عدالت اقتصادی-اجتماعی و در صورت و معنا اسلامی می‌باشد. بانک مرکزی مالزی برای دستیابی به سه هدف بالا رویکردی گام به گام را در پیش گرفت:

در نخستین مرحله، این بانک به معرفی و شناساندن ویژگی‌های بانکداری اسلامی در سطح ملی، با استفاده از نیروهای وسیعی که تا حد امکان قادر به دسترسی به تمام افراد کشور بودند، کرد. پس از بررسی دقیق جوانب مختلف، بانک مرکزی به موسسات بانکی کشور اجازه داد تا در شعب و سازمان‌های خود به ارائه خدمات بانکی اسلامی بپردازند.

موثرترین و کاراترین گامی که توسط بانک مرکزی مالزی برداشته شد، افزایش تعداد موسساتی بود که خدمات بانکی اسلامی را در کوتاه‌ترین زمان و با کمترین هزینه ارائه می‌کردند. در همین راستا در سال ۱۹۹۳ بانک مرکزی طرحی را با عنوان "طرح بانکداری اسلامی" یا SPI معرفی کرد. در سال ۱۹۹۴ بازار پولی بین بانکی بعنوان یک واسطه کوتاه مدت بین بانک‌های اسلامی و موسسات SPI و ابزارهای‌شان تشکیل شد. بعنوان بخشی از تلاش‌ها در جهت موثر و هم‌انگ ساختن تعابیر و تفاسیر شرعی در میان بانک‌های اسلامی و شرکت‌های تکفل، بانک مرکزی مالزی در سال ۱۹۹۷ اقدام به تاسیس کمیته مشورتی شریعت برای بانکداری اسلامی و تکلف کرد (حاجیان و دیگران، پیشین: ۱۴۹).

۳-۵- بانک اسلامی اردن

نخستین بانک اسلامی که در اردن تاسیس شد؛ برای تامین مالی و سرمایه‌گذاری بود (موسویان، ۱۳۸۴: ۱۵۰-۱۶۲). این بانک بعنوان یک شرکت سهامی عام در سال ۱۹۷۸ با سرمایه ۴ میلیون دینار اردنی و با هدف تامین مالی، بانکداری و فعالیت‌های سرمایه‌گذاری مطابق با قوانین شریعت اسلامی آغاز بکار کرد. سرمایه این بانک در طول سال‌های فعالیت بانک، به تدریج افزایش یافت بگونه‌ای که در زمان حاضر سرمایه بانک معادل ۶۵ میلیون دینار اردنی (۹۲ میلیارد دلار) است (حاجیان و دیگران، پیشین: ۱۳۴).

تجهیز منابع پولی در بانک اسلامی اردن در قالب سپرده‌ها و اوراق مضاربه صورت می‌گیرد. سپرده‌ها برحسب دینار اردنی و همچنین ارزهای خارجی، در دو نوع متمایز حساب‌های امانی و حساب‌های سرمایه‌گذاری پذیرفته می‌شوند.

بانک اسلامی اردن در توزیع سود و زیان سرمایه‌گذاری‌های خاص و مشترک، تفکیک قائل می‌شود حساب سود و زیان سرمایه‌گذاری‌های خاص به صورت مستقل صورت می‌گیرد و بانک و سپرده‌گذاران براساس نسبت‌های مشاع از پیش اعلام شده، در سود شریک می‌شوند. در صورت بروز زیان، بانک بعنوان وکیل و امین سپرده‌گذاران، تنها ضامن خسارت‌هایی است که در اثر کوتاهی یا تخلف وی حاصل می‌شود. اما حساب سود و زیان سرمایه‌گذاری‌های مشترک که عمده سرمایه‌گذاری‌های بانک را تشکیل می‌دهد؛ به صورت زیر است: براساس ماده (۲۱) قانون بانک اسلامی اردن، شورای اداری بانک موظف است که در ابتدای هر سال مالی، سهم سود اموال داخل در سرمایه‌گذاری‌های مشترک و همچنین سهم هریک از حساب‌های سرمایه‌گذاری مشترک را به صورت عمومی اعلام کند. براساس این ماده گروه‌های زیر در سود سرمایه‌گذاری مشترک سهیم‌اند:

۱) بانک اسلامی اردن براساس میزانی که از اموال خاص خود در این سرمایه‌گذاری‌ها وارد کرده است؛

۲) سپرده‌گذاران در حساب‌های سرمایه‌گذاری مشترک؛

۳) دارندگان اوراق مضاربه.

شیوه‌های تامین مالی و سرمایه‌گذاری در بانک اردن عبارتند از: قرض‌الحسنه، مباحه، مضاربه، مشارکت، سرمایه‌گذاری مستقیم، اجاره به شرط تملیک و تامین مالی املاک و مستغلات. مشارکت در بانک اسلامی اردن به دو صورت اجرا می‌شود:

۱) مشارکت کاهش یابنده: در این روش، بانک با تامین مالی تمام یا بخشی از یک پروژه سودآور، با متقاضی شریک می‌شود، بر این اساس که همواره بخشی از سهم سود شریک تا تسویه حساب نهایی نزد بانک باقی بماند. از این‌رو، سهم بانک در مشارکت، به تدریج کاهش می‌یابد و سهم شریک افزایش می‌یابد تا مشارکت پایان پذیرد.

۲) مشارکت دائمی: در این روش، طرفین قرارداد براساس نسبت‌های از پیش توافق شده در سود حاصل، شریک‌اند.

نتیجه‌گیری

مشارکت مدنی عبارت است از درآمیختن سهم الشرکه نقدی و یا غیرنقدی به اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد، به نحو مشاع به منظور انتفاع طبق قرارداد. مشارکت مدنی، یک تاسیس حقوقی است که برای نخستین بار در نظام بانکداری اسلامی در ایران به صورت گسترده بکار رفته است؛ با بررسی قراردادهای مختلفی که در قانون عملیات بانکی بدون ربا جهت اعطای تسهیلات وجود دارد، می‌توان نتیجه گرفت که قرارداد مشارکت مدنی به دلیل گستردگی کاربرد آن بعنوان اصلی‌ترین ابزار تسهیلات اعتباری در بانکداری اسلامی قابل استفاده می‌باشد. در واقع به دلیل همین مشارکت بین بانک و مشتری در زمان اعطای تسهیلات، سود حاصل ناشی از انجام فعالیت اقتصادی بین طرفین تقسیم می‌گردد و حتی شبهه ربا به ذهن نیز متبادر نمی‌گردد. مطالعات انجام شده درباره عملکرد بانک‌های اسلامی در کشورهای مختلف، در بردارنده نقاط مثبتی است که می‌تواند در راستای ارزیابی عملکرد بانکداری بدون ربا در ایران سودمند باشد لیکن عملاً اطلاعات چندانی از عملکرد این بانک‌ها در زمینه عقود مشارکتی، نحوه محاسبه سود واقعی و راهکارهای احتمالی مورد استفاده این بانک‌ها برای غلبه بر مشکلات اجرایی این عقود، به دست نمی‌دهد. کما اینکه آمارهای پراکنده نیز حاکی از سهم پایین عقود مشارکتی در فعالیتهای سرمایه‌گذاری و تامین مالی بانک‌های اسلامی در کشورهای مختلف است.

۷۶

در تطبیق قوانین بانکداری ایران با بانک‌های اسلامی، به این نتایج می‌رسیم که انواع مختلفی از حساب‌های سرمایه‌گذاری برای تجهیز وجوه سپرده‌گذاران در بانک‌های اسلامی مورد استفاده قرار می‌گیرد. بانک‌ها این سپرده‌ها را در سرمایه‌گذاری‌های مشترک بکار برده و صاحبان این وجوه را در سود و زیان حاصل با بانک شریک می‌گردانند. بانک‌های اسلامی هیچگونه تضمینی برای ارزش یا مبالغ اسمی این سپرده‌ها در نظر نمی‌گیرند و نرخ بازده ثابتی نیز برای آنها تعیین نمی‌کنند. در تطبیق قوانین بانکداری ایران با بانک‌های اسلامی، به این نتایج می‌رسیم که انواع مختلفی از حساب‌های سرمایه‌گذاری برای تجهیز وجوه سپرده‌گذاران در بانک‌های اسلامی مورد استفاده قرار می‌گیرد. بانک‌ها این سپرده‌ها را در سرمایه‌گذاری‌های مشترک بکار برده و صاحبان این وجوه را در سود و زیان حاصل با بانک شریک می‌گردانند. بانک‌های اسلامی هیچگونه تضمینی برای ارزش یا مبالغ اسمی این سپرده‌ها در نظر نمی‌گیرند و نرخ بازده ثابتی نیز برای آنها تعیین نمی‌کنند. مشارکت، مضاربه، قرض‌الحسنه و مرابحه، عقود هستند که در تمام نظام‌های بانکداری اسلامی کشورهای مسلمان مورد استفاده قرار می‌گیرند. برخی عقود نظیر استصناع، بیشتر در کشورهای اردن، عربستان و امارات متحده عربی رواج دارند. بانک‌های اسلامی مالزی تنها بانک‌هایی هستند که اصطلاحات عربی نظیر کفالت، وکالت، حواله و اجرت را در توصیف قراردادهای منعقد شده در چارچوب عقود اسلامی بکار می‌برند.

فهرست منابع

فارسی:

- ۱- امامی، سید حسن (۱۳۹۱)، **حقوق مدنی**، ج ۲، 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- شمع‌ریزی، 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 ۹، 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 دیدگاه‌های 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.

عربی:

- ۱۳- سنهوری، عبدالرزاق (بی تا)، **الوسیط (فی شرح القانون المدنی الجدید)**، ج ۵، بیروت: دراحیاء التراث العربی.
- ۱۴- محقق حلی، ابولقاسم‌الدین جعفر (۱۴۰۸)، **شرایع الاسلام**، ج ۲، قم: موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
- ۱۵- موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۱۴)، **فقه الشریکه**، قم: مکتب الاعلام الاسلامی.
- ۱۶- موسوی خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۰)، **منهاج الصالحین، فتاوی آیت‌اله خویی**، ج ۲، چ ۲۸، قم: چاپ مهر.
- ۱۷- نجفی، محمد حسین (۱۴۳۲)، **جواهر الکلام**، ج ۲۶، چ ۶، تهران: المکتبه الاسلامیه.