

فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: ۷۸۸۶۴ Article Cod: Y۶SH۱۹A۲۷۸ ISSN-P: ۲۵۳۸-۳۷۰۱

ابطال قراردادهای مشارکت مدنی با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و با تأکید بر رویه قضایی

(تاریخ دریافت ۱۴۰۰/۰۷/۱۵، تاریخ تصویب ۱۴۰۰/۱۲/۱۸)

عباس عباسی کشکولی

کارشناس ارشد حقوق خصوصی و عضو کانون وکلای دادگستری فارس و کهگیلویه و بویر احمد

چکیده

بانک ها در پرداخت تسهیلات به اشخاص حقیقی و حقوقی بر اساس تنظیم قراردادهای با مشتریان خود اعم از حقیقی و حقوقی در سه قالب مشارکتی، مبادله ای و یا قرض الحسنه اقدام می نمایند که این قراردادهای اعتباری با سایر قراردادهای دارند. چنانچه قراردادهای منعقد به علت نبود رویه یکسان حقوقی و یا عدم آگاهی قضات در محاکم قضایی و یا کوتاهی بانکها در پیگیری احقاق حق با چالش مواجه گردند ضمانت اجرای عدم وجود شرایط اختصاصی هریک از عقود معین نیز بطلان قرارداد است. با توجه به اختلاف نظر موجود در این مورد که آیا در این عقود اشاعه در اموال لازم است و یا با انعقاد عقد ایجاد میگردد، همچنین اثر اقدام بانک فقط یک تخلف اداری نیست؛ بلکه به علت فقدان یکی از ارکان تشکیل عقد و سایر دلایل اعلامی میتوان گفت نظرات قائلین به صحت قرارداد مشارکت دوم صحیح نیست. در مورد نظرات قائلین به بطلان قرارداد باید گفت که اگرچه استدلال قائلین به پرداخت خسارت تأخیر به علت بطلان قرارداد و غاصب بودن شریک خالی از وجه نمیباشد، اما در فرض مذکور مشتری هیچگاه استیلائی بر وجه تسهیلات پیدا نکرده است. مطابق رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ مصوبات بانک راجع به حداقل و حداکثر سهم سود بانکها و مؤسسات اعتباری اعم از دولتی و غیردولتی جنبه آمره دارد؛ لذا مستند به ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی در امور مدنی، شرط مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات مذکور باطل است.

واژگان کلیدی: قرارداد، مشارکت مدنی، عقود بانکی، ابطال.

مقدمه

بانکها جزء موسسات و نهادهای مالی در سیستم اقتصادی کشور هستند که با توجه به وظیفه‌ی اصلی آنها در جمع‌آوری سپرده و پرداخت تسهیلات به تولید کنندگان در کشور می‌توانند زمینه‌ی رونق اقتصادی و به تبع آن ایجاد سرمایه‌گذاری و اشتغال را در کشور را فراهم نمایند. به طور کلی می‌توان نقش بانک‌ها را به دو مرحله تقسیم کرد:

۱- جذب انواع سپرده‌های مردم و بخش اقتصادی.

۲- به گردش در آوردن سپرده‌های جذب شده در رگهای اقتصادی کشور.

امروزه دعاوی بانکی اعم از این که علیه بانک یا له بانک باشد از اهمیت فوق‌العاده‌ای برخوردار است و درصد فراوانی از آن در دادگاه‌های حقوقی قابل توجه است. به نحوی که کمتر شعبه حقوقی است که یکی از انواع دعاوی بانکی در آن در حال رسیدگی نباشد، و در این خصوص باید قائل به تفکیک شد که در چه مواردی می‌توان کل قرارداد را باطل نمود و یا بی‌اثر نمود. توضیح این که قراردادهای بانکی نیز همانند همه قراردادهای می‌بایست دارای شرایط عمومی صحت قراردادها باشند در صورتی که در لحظه انعقاد قرارداد چنین شرایطی وجود نداشته باشد، متعاقب آن می‌توان با طرح دعوی صحیح حکم بطلان بر بی‌اعتباری قرارداد را از مرجع قضایی اخذ نمود. آنچه مسلم است این است که بانک‌ها در توسعه و رونق اقتصادی و تولید ملی نقش حیاتی دارند و نظام بانکی به عنوان شاهرگ حیاتی بر منافع تمامی نهادهای اقتصادی اثر می‌گذارد و این در حالی است که تجربه چندین ساله اجرای قانون بانکداری بدون ربا در جمهوری اسلامی ایران حاکی از آن است که نظام بانکداری با چالش‌های گوناگون و مهمی مواجه بوده است و از چالش‌های بسیار جدی اعتقاد محاکم قضایی صوری بودن و ربوی بودن قراردادهای بانکی می‌باشد، که متأسفانه منجر به ابطال قراردادهای بانکی می‌گردد و متعاقب آن متأسفانه زمینه برای سوء استفاده بعضی افراد فراهم می‌گردد که پس از دریافت تسهیلات کلان و به‌رمنده شدن از آن به دلایل فوق‌مبادرت به طرح دادخواست در محاکم قضایی مینمایند که نهایتاً به هدف خود نیز نائل می‌گردند. ادامه این روند و ابطال قراردادهای بانکی قطعاً سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال توسط بانک‌ها را با چالش جدی مواجه می‌کند و نابسامانی در نظام پولی و بانکی را در پی خواهد داشت، زیرا تولید که رکن مهم و اساسی اقتصاد کشور است در

گروه نظام بانکی دقیق و سیاست گذاری منظم در آن است و بدون آن تحقق، پویایی و شکوفایی اقتصادی کشور غیرممکن است. در کشور ما انتظارات زیادی از نظام بانکی وجود دارد و به قدری مهم است که گفته میشود اقتصاد ما بانک محور است، و اثر بخشی بانکها در اقتصاد ایران بسیار است. بنابراین می توانیم با توجه به اهمیت موضوع به این مهم تاکید کنیم که تغییرات و اصلاحات در نظام بانکی از واجبات است و اصلاح این نظام مستلزم برگزاری جلسات متعدد در مجلس شورای اسلامی، و استماع نظرات کارشناسان اقتصادی است و البته سیاست گذران و فعالان اقتصادی.

شروط مربوط به نرخ سود مازاد در قرارداد بانکی را ابطال و یا تعدیل نماید و این در حالی است که امروزه شاهد این هستیم که متاسفانه قضات در برخورد با این مسئله به صورت سلیقه‌ای عمل می کنند، و بدون توجه به اعتبار قراردادهای، اصل حاکمیت افراد در انعقاد و امضای قراردادهای، و از همه مهم تر اعمال ماده ۱۰ قانون مدنی در قراردادهای و بدون توجه به کارکرد و نقش اصلی و اساسی بانکها در اقتصاد کشور مبادرت به صدور رای مبنی بر ابطال قراردادهای بانکی می کنند و متاسفانه این مسئله به صورت یک رویه و یک امر عادی در محاکم قضایی گردیده است، و از مهم ترین تبعات آن سوء استفاده یک عده از افراد سودجو گردیده است.

در مجموع با عنایت به عملکرد نظام بانکی کشور و شبهه هایی که بر برخی از فعالیتهای آنان هم چون ربوی و صوری بودن در محاکم قضایی وجود دارد، که منجر به ابطال بدون چون و چرای آنها می گردد به نظر می رسد از اولویت های اصلی کشور و دولت در این مقطع زمانی، ایجاد تحولاتی اساسی در نظام و قانون بانکداری است که خروجی این تحول میتواند منجر به استقلال بانک مرکزی، نظارت قوی تر، فعالیت قوی تر بانکها براساس بانکداری بدون ربا، استقرار نظام حاکمیت شرکتی و عملکرد بهتر نظام بانکی گردد.

بخش اول: مفاهیم

تعریف مفاهیم لغوی و اصطلاحی یکی از بخش های مهم و ابتدایی هر پژوهشی است بنابراین در بخش حاضر به تعاریف و انواع شرکت پرداخته شده است. در این قسمت به بررسی و شناسایی مفاهیم لغوی و اصطلاحی پرداخته شده است.

بند اول: تعریف قرارداد

قرارداد. [ق] دارای پایداری، منصوب و مقرر و برقرار، تعیین شده، قول، شرط، پیمان، اقرار، دستور، قانون، ختم عمل، قرار نامه (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۹).

قرارداد یا عقد به توافق دو اراده ضروری در جهت ایجاد یک اثر حقوقی را گویند. به عبارت ساده تر هرگاه جهت به وجود آمدن یک اثر حقوقی همچون خرید (بیع)، اجاره و نظایر آن، نیاز به تلاقی و تراضی ضروری دو اراده باشد، عقد محقق می گردد. با این تعریف ماهیاتی چون وصیت تملیکی، وکالت، هبه و دیگر ماهیاتی که قبول قابل در آن قبول ضروری یا قبول عقدی نیست، از تعریف و شمول عقد خارج می شوند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۲۰).

بند دوم: تعریف بانک

کلمه بانک از کلمه ایتالیایی بانکو "یا بنچ" به معنی صندلی گرفته شده است. بانکو صندلی ای بوده که در آنجا افرادی می نشستند و پول نزول داده و به انجام معامله می پرداخته اند. این کلمه طی سالها تغییر یافت (خلعبری، ۱۳۸۱: ۱۰۰). یکی از مهم ترین نهادهایی که در جامعه امروز وجود دارد بانک است. بانکها امروز به صورتی در زندگی روزمره افراد جامعه قرار گرفته اند که تصور زندگی بدون بانک محال به نظر می رسد. بانک که با مفهوم پول گره محکمی خورده است بسان قلبی می ماند که در رگهای جامعه پول را به جریان می اندازد. هر گونه تغییر و نابسامانی این قلب می تواند جامعه را فلج کند. این نهاد عظیم و قدرتمند در تمام جوامع پیشرفته و عقب افتاده به عنوان قدرت نفوذ، اقتدار و یا هر عامل قدرت در تمامی جوامع نقش بازی می کند (همان، ۱۰۲).

بند سوم: عقد قرض الحسنه

قرض الحسنه، عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین (قرض دهنده) مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر (قرض گیرنده) تملیک می کند که قرض گیرنده مثل و یا در صورت عدم امکان، قیمت آن را به قرض دهنده رد نماید. قرض الحسنه عقدی لازم است و از این رو مقروض نمی تواند قبل از انقضای مدت، طلب خود را مطالبه نماید. از نظر مدت زمان، قرارداد قرض الحسنه به طور متوسط از سلف و فروش اقساطی که قراردادهای کوتاه مدت هستند زمان بیشتری می برد و از

مشارکت مدنی و جعاله که عقود بلندمدت هستند کوتاه تر است. بانک ها در موارد ذیل مبادرت به پرداخت قرض الحسنه می نمایند: الف) به شرکت های تعاونی تولیدی و خدماتی (غیر از بازرگانی و معدنی) که فعالیت آنها اشتغال زا و برای تأمین مایحتاج ضروری جامعه است (موسویان، ۱۳۸۵: ۵۱).

ب) به افرادی که مستقماً به امر کشاورزی و دامپروری مبادرت می نمایند و همچنین به کارگاهها و واحدهای تولیدی متعلق به افراد با شرکت ها به منظور کمک به امر افزایش تولید در موارد ذیل:

۱- جلوگیری از توقف کارگاه ها و واحدهای تولیدی موجود

۲- راه اندازی کارگاه ها و واحدهای تولیدی راکد

۳- ایجاد و توسعه کارگاه ها و واحدهای تولیدی کوچک در شهرهای کوچک و روستاها.

ج) برای رفع احتیاجات افراد مثل، کمک برای ایجاد مسکن در روستاها، کمک هزینه تحصیل، درمان بیماری، تهیه جهیزیه، هزینه ها ازدواج و ... در واقع اعطای قرض الحسنه می تواند برای آن دسته افراد جامعه که بضاعت کافی برای تأمین نیازهای عمومی و ضروری خود ندارند، قدرت مالی نسبی ایجاد نماید (هدایتی و همکاران، ۱۳۹۱: ۹۹).

بند چهارم: عقود مشارکتی

یکی از مهم ترین عقود مشارکتی که در بانکداری اسلامی استفاده می گردد، عقد مشارکت است. «عقد مشارکت توافقی است که بر اساس آن دو نفر یا بیشتر با اموالشان به کسب و کار می پردازند و در سود و زیان حاصل شده شریک می شوند» این عقود دارای مشخصات و ویژگی های فقهی زیادی هستند که در این قسمت سعی می شود به برخی از مهم ترین ویژگی ها و شرایط صحت این عقود اشاره شود.

۱. مشارکت مدنی

عبارت است از درآمیختن سهم الشرکه نقدی و غیر نقدی متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع، طبق قرارداد مشارکت مدنی در تأمین منابع مالی مورد نیاز در امور

تولیدی، بازرگانی و خدماتی مورد استفاده قرار می گیرد. حداکثر مدت مشارکت مدنی در امور تولیدی و احداث مسکن و ساختمان و همچنین طرح های جدید خدماتی، سه سال است (موسویان، ۱۳۸۵: ۵۰۵). اشخاصی که بخواهند برای تأسیس یا توسعه فعالیت های تولیدی، بازرگانی یا خدماتی خود یا ادامه این گونه فعالیت ها با بانک مشارکت مدنی کنند باید افزون بر اطلاعات هویتی اطلاعاتی مانند موضوع مشارکت، میزان سرمایه مورد نیاز، حداکثر مدت مشارکت، پیش بینی خرید، هزینه و فروش، سهم سود پیشنهادی متقاضی، وثیقه ای که برای ضمانت حسن اجرای کار به بانک می سپارد را در اختیار بانک بگذارند. بانک با بررسی اطلاعات و تعیین میزان کل سرمایه مورد نیاز مشارکت مدنی، سهم بانک و شریک، نسبت سود شریک و بانک با رعایت تمام ضوابطی که در این امر برای بانک ها معین شده است، در صورت وجود توجیه کافی اقتصادی با آوردن شرایطی در ضمن قرارداد یا بدون شرط با درخواست مشتری، موافقت و به انعقاد قرارداد اقدام می کند. در قرارداد مشارکت مدنی می توان شرایطی را در ضمن قرارداد گنجاند، بانک می تواند با آوردن شرطی، حق نظارت بر کیفیت جذب سرمایه و برگشت آن در طول قرارداد را برای بانک محفوظ بدارد. در پایان هر سال مالی یا در پایان قرارداد سود حاصل از شرکت به تناسب سرمایه بین بانک و شریک تقسیم می شود. مشارکت مدنی بانکی همان قرارداد شرکت است که در متن های فقهی از آن به شرکت اموال یا شرکه العنان تعبیر می شود و مطابق ماده ۵۷۱ (قم) عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در اشیای واحد به صورت اشاعه» مشارکت مدنی از جمله عقدهای جایز بوده و طرفین هرگاه بخواهند می توانند آن را فسخ کنند. همچنین به موت، سقاهت و جنون هر یک از طرفین منحل خواهد شد. در این عقد تمام شرایط صحت عقد، مانند عقل، بلوغ، اختیار و نبود حجر به واسطه سفه و ورشکستگی لازم است (موسویان، ۱۳۸۵: ۵۶).

۲. مشارکت حقوقی

مشارکت حقوقی عبارت است از: تأمین قسمتی از سرمایه شرکت های سهامی جدید و یا خرید قسمتی از سهام شرکت های سهامی موجود. مشارکت حقوقی منحصر در شرکتهای سهامی عام و خاص انجام می پذیرد و برای تأمین تسهیلات بلندمدت مورد نیاز واحدهای تولیدی، بازرگانی، خدماتی مورد استفاده قرار می گیرد. این ابزار کار آمد اگر در قلمرو تأسیس و راه اندازی واحدهای جدید و یا تکمیل و توسعه واحدهای موجود به کار گرفته شود، موجب رشد تولید و خدمات بازرگانی شده که

منجر به افزایش کالا و خدمات در جامعه و در نتیجه کمک به توسعه اقتصاد کشور خواهد شد (نظر پور و کشاورزیان، ۱۳۹۲: ۴۹).

نکات لازم الرعایه در مشارکت حقوقی: مجموع سرمایه گذاری های بی واسطه و با واسطه هر مؤسسه اعتباری در اوراق بهادار منتشره از سوی اشخاص حقوقی، نباید از ۴۰ درصد سرمایه پایه مؤسسه اعتباری مزبور تجاوز نماید. مجموع سرمایه گذاری های بی واسطه و با واسطه هر مؤسسه اعتباری در اوراق بهادار منتشره از سوی هر شخص حقوقی، نباید از ۱۰ درصد سرمایه پایه مؤسسه اعتباری مزبور تجاوز نماید. مجموع سرمایه گذاری های بی واسطه و با واسطه هر مؤسسه اعتباری در اشخاص حقوقی خارج از بورس، نباید از ۵ درصد سرمایه پایه مؤسسه اعتباری تجاوز نماید. مؤسسات اعتباری صرفاً مجاز به سرمایه گذاری در شرکتهای سهامی هستند. مجموع سرمایه گذاری های بی واسطه و با واسطه هر مؤسسه اعتباری نباید از ۲۰ درصد سرمایه مندرج در اساسنامه شخص حقوقی تجاوز نماید. مجموع سرمایه گذاری های بی واسطه و با واسطه هر مؤسسه اعتباری در سهام هر یک از اشخاص حقوقی نباید از ۹۹ درصد سرمایه مندرج در اساسنامه شخص حقوقی سرمایه پذیر تجاوز نماید. واحدهایی که مؤسسه اعتباری در آنها مشارکت و یا سرمایه گذاری نموده باشند، تابع قانون تجارت خواهند بود، مگر این که مشمول قانون دیگری باشند. و مشارکت حقوقی برای تأمین تسهیلات بلند مدت مورد نیاز واحدهای تولیدی، بازرگانی و خدماتی مورد استفاده قرار می گیرد.

بخش دوم: بررسی سایر عقود بانکی

بند اول: مضاربه

مضاربه، قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده دار تأمین سرمایه نقدی می گردد با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند. عامل در عقد مضاربه همانند امین محسوب می شود؛ به این معنی که در صورت وارد شدن خسارت یا از بین رفتن سرمایه مضاربه، عامل ضامن نیست بلکه خسارت متوجه به سرمایه است، مگر اینکه عامل در حفظ و مراقبت سرمایه کوتاهی کرده باشد. در واقع در اینجا عامل ریسک از دست دادن وقت و نیروی کار را تقبل می کند و زیان تمام به سرمایه می رسد. منظور از سرمایه وجوهی است که بابت تأمین هزینه های معامله صرف می شود که می تواند شامل: قیمت خرید کالا، هزینه های بسته بندی،

حمل و نقل، انبارداری، بیمه و حق ثبت سفارش و غیره باشد. در قرارداد مضاربه شرط است که سرمایه گذاری تنها در کار تجارت باشد، پس هرگاه هدف از سرمایه گذاری کارهای دیگر مانند کشاورزی، صنعت و غیره باشد عقد مضاربه صحیح نیست. مضاربه از جمله عقود جایز و تسهیلات کوتاه مدت حداکثر یک ساله است که ویژگی های زیر را شامل می شود (ایروانی، ۱۳۹۰: ۱۳۳) سهم هر کدام از مالک (فردی که سرمایه را فراهم می کند) و عامل (فردی که قرار است با سرمایه به کسب و کار بپردازد) از سود باید در زمان انعقاد قرارداد مشخص باشد. تعیین سهم باید بر اساس درصدی از کل سود فعالیت باشد و نمی توان یک میزان قطعی برای آن تعیین کرد. اختصاص بخشی از سود به فرد ثالثی که نقشی در مضاربه ندارد، صحیح نیست سرمایه مالک باید به صورت نقدی باشد و مضاربه با دین (بدهی) و یا کالا صحیح نیست. در مضاربه کسب سود باید تنها از راه فعالیت های تجاری انجام شود و اگر از روش های دیگری مثل کشاورزی یا تولید، سود ایجاد شود، به آن مضاربه اطلاق نمی شود. مضاربه عقدی جایز است؛ یعنی هر کدام از دو طرف می توانند در هر زمان آن را فسخ کنند، مگر اینکه در ضمن یک عقد لازم ثالث، عدم فسخ آن تا مدت معین شرط شود در صورت فسخ قرارداد پیش از پایان کار، کالا فروخته می شود، سرمایه به مالک بازگردانده می شود و اگر سودی ایجاد شده بود، به نسبت تعیین شده تقسیم می شود؛ کاری را که عامل در مضاربه بر عهده می گیرد، باید در حد توانایی او باشد.

بند دوم: مساقات

معامله ای است که بین صاحب درخت و مانند آن، با عامل منعقد می گردد و بر اساس آن صاحب درخت، درخت یا درختان خود را به عامل می سپارد تا وی فعالیت های مربوط به نگهداری و آبیاری را انجام دهد و در مقابل بخشی از محصول را مالک شود. عقد مساقات در مورد درختانی صحیح است که دارای ریشه ثابت باشند و از آنها میوه مورد استفاده به دست آید. درختان باید فعال و میوه رسان باشند؛ بنابر این مساقات در مورد درختانی که به میوه ننشسته اند و تا پایان قرارداد میوه نخواهند داشت صحیح نیست. به موجب قانون عملیات بانکی بدون ربا بانک ها فقط می توانند به عنوان مالک (باغدار) باغات و درختان مثمری را که مالک عین یا منفعت آنها بوده و یا به هر عنوان مجاز در تصرف و بهره برداری از آنها باشند به منظور افزایش بهره وری و تولید محصولات کشاورزی به مساقات داده و عنداللزوم نیز سایر عوامل لازم نظیر آب، کود، سم و وسیله حمل و نقل را تأمین نمایند

(هدایتی و همکاران، ۱۳۹۱: ۱۵۰). به طور کلی ویژگی عقود مشارکتی را می توان به صورت زیر بیان کرد:

(۱) مستمر بودن قرارداد: معاهده های مشارکتی، ماهیتی استمراری دارند و تا پایان فعالیت اقتصادی و سررسید معاهده، قرارداد، استمرار دارد، برای مثال، وقتی چند نفر جمع شده، از طریق مشارکت مدنی، سرمایه فعالیت اقتصادی را تأمین می کنند تا زمانی که فعالیت مذکور ادامه دارد و شرکت منحل نشده، قرارداد استمرار دارد. همین وضعیت در دیگر معاهده های مشارکتی نیز وجود دارد.

(۲) مشارکت در نتایج سود و زیان: در معاهده های مشارکتی، دو طرف یا طرفین به تمام حوادث و پیامدهای مثبت و منفی فعالیت اقتصادی ملتزم هستند، اگر نتیجه فعالیت سود سرشار بود، برای همه توزیع می شود و اگر ضرر بود، برای همه است و اگر هیچ چیز نبود، نتیجه برای همه می شود.

(۳) متغیر بودن سود: مقدار سود صاحبان شرکت، تحت تأثیر متغیرهای اقتصادی کل جامعه و متغیرهای تأثیرگذار بر بنگاه مربوطه قرار دارد، در نتیجه در ابتدای سال مالی گرچه می توان با توجه به پارامترهای گوناگون، دامنه سود انتظاری را پیش بینی کرد، سود تحقق یافته در پایان دوره مالی مشخص می شود.

(۴) اذنی بودن قرارداد: یعنی سرمایه ای که بانک در اختیار واحدها می گذارد به مالکیت آنها در نمی آید بلکه تنها اذن تصرف به آنها داده می شود.

(۵) نیاز به نظارت و کنترل دارد: نتیجه منطقی ویژگی های پیشین این است که شریکان و صاحبان فعالیت اقتصادی برای استیفای کامل حقوق خود، به صورت پیوسته و مستمر جریان هزینه ها و درآمدها را نظارت و کنترل کنند، چون احتمال انواع اشتباهات مالی وجود دارد.

بند سوم: مزارعه

مزارعه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مزارع) زمین مشخصی را برای مدت معینی به طرف دیگر (عامل) می دهد تا در زمین مذکور زراعت کرده و حاصل بین مزارع و عامل تقسیم گردد. مزارعه عقدی لازم و یکی از روش های تأمین مالی کوتاه مدت در بخش کشاورزی محسوب می

شود زیرا حداکثر مدت مزارعه یک سال می باشد مگر اینکه دوره زراعی موضوع قرارداد بیش از یک سال باشد (هدایتی و همکاران، ۱۳۹۱: ۱۹۷). بانک ها می توانند به منظور افزایش بهره وری و تولید محصولات کشاورزی به عنوان مزارع، اراضی مزروعی را که مالک آنها بوده و یا ملکی باشد که به هر عنوان مجاز در تصرف و بهره برداری از آن باشند، طبق قرارداد به مزارعه واگذار نمایند.

بخش سوم: مبانی مشارکت مدنی

مطابق قاعده لاضرر و ید، هر شخصی که به غیر خسارت نامتعارف وارد نماید مکلف به جبران خسارت می باشد. در این خصوص از شرط صلح این قبیل هزینه ها به مبلغ کم بها و ناچیز استفاده می نماید و با تعیین مبلغی به عنوان خسارت تأخیر در پرداخت دین که معمولاً سود مورد نظر بانک به علاوه شش می باشد. علی رغم مدنی بودن قرارداد شراکت مدنی، لیکن قرارداد مشارکت مدنی ماهیت تجارتی داشته و موجب یک شخصیت حقوقی واحد برای هر قرارداد می باشد که ماده ۲ از قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز مؤید این نظر می باشد. تقسیم سود و زیان شراکت، می بایست بر اساس حصه و آورده هر یک و پس از حصول منافع محاسبه و تقسیم گردد، مگر پرداخت سود بیشتر در عوض کار یا حصه ی بیشتر در عمل بانک از انجام معامله نسبت به تعیین سود مورد نظر خود اقدام نموده و نیز علی رغم میزان سود هر شریک در شرکت می بایست از منافع آتی محاسبه گردد. لیکن بانک میزان سود خود را از اصل سرمایه محاسبه می نماید و بر شریک، شرط بر پرداخت آن می نماید. در نتیجه جدای از عدم امکان تعیین میزان سود قبل از انجام و خاتمه ی موضوع شرکت، این شرط با ایراد احتمال عدم تساوی منافع و سود شرکاء مواجه می شود، به علت این که دریافت سود بیشتر از حصه ی بانک، عوضی برای شریک ندارد، لذا اخذ مابه التفاوت فاقد وجاهت قانونی می باشد. البته بانک در فرض عدم حصول هیچ گونه سود و منفعت واقعی از قرارداد شرکت، از شرط ضمن قرارداد جهت اخذ وجه استفاده می نمایند و اخذ این وجوه را تحت عنوان تعهد به نتیجه، مسئولیت و یا شرط پرداخت از سایر دارایی های شخص شریک معرفی می نمایند و نه تحت عنوان سود حاصل از شرکت. مطابق قواعد کلی شرکت و سایر عقود و در فرض تلف مال الشرکه و زایل شدن وصف کمالی هر مال، تراضی و شرکت منحل می گردد. لذا ضرر و خسارت می بایست از هر دو طرف محاسبه گردد. لیکن بانک با درج شرط ضمنی در قرارداد و ایجاد مسئولیت مطلق بر شریک، پرداخت

حاصله و حتی سود را بر عهده شریک می گذارد. قرارداد مشارکت مدنی از جمله عقود مندرج در قانون مدنی است که از نفوذ ماده ۱۰ قانون مدنی، اصل حاکمیت اراده اشخاص نیز بهره گرفته است. می توان گفت عقدی است معوضین و تملیکی، قصدی و رضایی، مشروط و تحمیلی و یک تعهدی، گروهی و چند طرفه. در خصوص ایجاد شراکت در مال، عقدی است قطعی و آنی و در خصوص حصول منافع آینده، شانس و احتمالی است و در خصوص امکان حصول بهره و انتفاع از منافع، عقدی است مشروط. قرارداد مشارکت مدنی قراردادی است جمعی و بر خلاف توافق اراده ها، اراده ها همه برای نفع و هدف واحد و در یک سو می باشند (گلشن، ۱۳۸۷: ۶۲۸). از نظر آثار نیز قرار داد، در سرایت به اشخاص ثالث آشکارتر می باشد و احتمال صدق عمل حقوق جمعی نیز وجود دارد به استناد قرارداد مشارکت مدنی، بانک و مشتری و شروط ضمنی مندرج در آن، طرفین چندین قرار داد اتحادی را تراضی و منعقد می نمایند و یکی از این تراضی ها، نقش مرکزی نیروی الزام آور و قرارداد اصلی را دارا می باشد و سایر شروط من جمله نقش تراضی فرعی را دارا می باشند. در خصوص قانون عملیات بانکی بدون ربا، جدای از ایرادات وارده، این قانون به عنوان اساسنامه بانکها تلقی می گردد که می بایست کلیه دستورالعمل های داخلی و اجرایی منطبق بر این قانون باشد و نیز در راستای چهار چوب تعیین شده فعالیت نماید.

بند اول: سود در شرکت

یکی از مبانی عقد شرکت، حق بهره مندی هر شریک از عواید و منافع یا سود حاصله از شرکت می باشد. مراد از منفعت، صرف منفعت مال نیست که موضوع عقد اجاره واقع می شود، بلکه هر گونه اعمال مفید و یا امتیازی است که در نتیجه ی انعقاد عقد شرکت فراهم می شود. موضوع مهم، مقدار و میزان سهم هر شریک از منافع و عواید شرکت است در ماده ۵۷۵ قانون مدنی میزان و مقدار بهره مندی هر شریک از عواید شرکت، به نسبت سهم المشارکه او تعیین شده است، به استناد این ماده میزان سهم سود هر شریک باید به نسبت آورده ی او معین شود و در صورتی به شریکی مقدار سود بیشتر از نسبت آورده تعلق می گیرد که او عملی را برای شرکت انجام داده باشد و در قبال انجام آن سود و منافع مازادی اختصاص داده شود با این وجود حال سؤالی که ایجاد می شود این است که آیا می توان در ضمن عقد شرکت توافق کرد که ضرر بر بعضی از شرکاء وارد و در بعضی دیگر وارد نشود و در صورت درج چنین شرطی، وضعیت آن باطل یا مبطل و یا نافذ است؟ (گلپایگانی، ۱۳۸۹:

۱۶۹). بعضی معتقدند شرط عدم ورود خسارت معتبر نیست، زیرا شرط مزبور به این معنا است که مشر و طله از منفعت یا سود احتمالی بهره مند ولی از زیان و ضرر احتمالی مصون باشد. استناد به بهره مندی از سود و مصونیت از ضرر نمی تواند دلیل توجیهی برای بطلان شرط عدم ورود خسارت باشد. زیرا بهره مندی از سود احتمالی از عقدی ملازمه ای با مسئولیت تحمل زیان احتمالی ناشی از آن ندارد، به طوری که اگر اولی محقق شود دومی نیز باید وجود داشته باشد. به همین جهت بعضی چنین شرطی را نافذ دانسته اند. سود حاصل از مشارکت به نسبت سرمایه تقسیم می شود و در صورتی که زیانی بدون ارتکاب تقصیر و یا تعدی و تفریط از ناحیه شر یک مأذون در ادارهی شرکت متوجه شرکت مدنی شود، طبیعتاً این زیان هم بایستی به نسبت سهم الشرکه بین شرکاء تقسیم شود. اما بانک به منظور تشویق و ترغیب شریک در فعالیت هر چه بیشتر و رعایت صرفه و صلاح شرکت به منظور کسب سود مشروع و حفظ منافع خود معمولاً در قراردادها شرط می کند که در صورت ورود خسارت هرگونه زیان و ضرری به سرمایه شرکت مدنی، شریک معادل زیان وارده به بانک را مجاناً از اموال خود جبران کند و شرط مذکور صحیح و قابل قبول است. باید توجه شود اگر شرط گردد از زیان حاصله چیزی متوجه بانک نخواهد بود، چنین شرطی باطل است. لیکن قید شرط به شرح فوق الذکر مقید به این معنی است که زیان حاصله متوجه بانک می گردد، اما شریک از اموال خود معادل زیان به بانک مجاناً تملیک می کند (خاوری، ۱۳۸۲: ۲۶۹). آیا می توان در عقد شرکت شرط کرد که با توجه به مساوی بودن سرمایه دو شریک، سود یکی از آنها بیشتر شود؟ یا با وجود اختلاف سرمایه، سود آنان مساوی باشد؟ در این مسئله بین فقها اختلاف نظر وجود دارد:

(۱) تقسیم سود حتماً باید بر حسب سرمایه انجام گیرد و چنین شرطی الزام آور نیست و یا باطل است و موجب بطلان قرارداد شرکت می شود. این نظریه بین فقها مشهور است و اجماع نیز در این مورد نقل شده است.

(۲) چنین شرطی الزام آور است و مانعی ندارد و با وجود این شرکت، قرارداد شرکت نیز صحیح است.

(۳) عقد شرکت با وجود این شرط صحیح است ولی عضو شرکت، سود بیشتر را با اجازه و حلال کردن عضو دیگر می تواند تصرف نماید و نه به موجب قرارداد شرکت، بنابر این چنین شرطی صحیح نیست. هم چنین شرط کردن زیان افزوده برای یکی از اعضاء به موجب قرارداد شرکت باطل است،

ولی خود عقد شرکت صحیح است و زیان بر حسب سرمایه توزیع می شود. در بین این سه نظریه، فتوای اول که از شهرت فتوایی برخوردار است از قوت بیشتری بهره مند است (گلپایگانی، ۱۳۸۱: ۷۷).

با توجه به این که در ماده ۵۷۵ قانون مدنی مقدار و سهم سود هر شریک به نسبت میزان سرمایه او اعلام شده است، آیا شرکاء می توانند خلاف این نسبت با این حکم را توافق کنند؟ اگر شرط سود بیشتر نسبت به آورده در قبال انجام فعلی از طرف مشروط له باشد به اتفاق نظر تمام صاحب نظران چنین شرطی نافذ است و در ماده ۵۷۵ قانون مدنی نیز شرط مزبور، نافذ و صحیح محسوب شده است. ولی اگر سود بیشتر در قبال انجام کاری از طرف مشروط له نباشد، قانون مدنی در مورد وضعیت آن ساکت است ولی نظریات حقوقی در مورد آن مختلف است. بعضی معتقدند توافق سود بیشتر به نسبت مال الشرکه بدون انجام عمل اگر مستقل باشد، بدون علت است و اگر در قالب شرط ضمن عقد باشد، باطل و مبطل عقد است، زیرا چنین شرطی خلاف مقتضای ذات عقد شرکت است. چون اقتضای ذات عقد شرکت، مشارکت شرکاء در سود به نسبت آوردهی آنان می باشد و طبق ماده ۲۳۳ قانون مدنی شرط خلاف مقتضای عقد، موجب بطلان قرارداد می شود. این وجه با قواعد و اصول حقوقی منطبق نیست، زیرا اصل تساوی شرکاء در سود به نسبت سرمایه یا مال - الشرکه در شرکت ها، یک اصل عقلایی است و عقد شرکت ذات و اطلاقا از این موضوع منصرف است و نمی توان چنین امری را اثر ذاتی عقد شرکت محسوب کرد، چون آثار ذاتی آثاری است که بلافاصله بعد از انعقاد عقد محقق می شود و بدون آن عقد مفهوم خود را از دست می دهد، در حالی که در هنگام عقد شرکت سود و منفعتی فعلا وجود ندارد، بلکه شرکاء متعهد شده اند که در جهت حصول آن تلاش کنند. علاوه بر این در فقه نیز مستند بطلان شرط، مخالفت با اثر ذاتی عقد اعلام نشده، بلکه برای اثبات بطلان «اکل مال به باطل» استناد کرده اند. بعضی دیگر مراد از عبارت «بطلان شرکت» را به بطلان شرط تفسیر کرده و فقط در موردی شرط را موجب بطلان قرار داد محسوب کرده اند که علت عمده ی عقد باشد. این وجه نیز مانند وجه پیشین بدون دلیل است، زیرا با توجه به اصل صحت عقد و شرط، دلیل خاصی وجود ندارد که دلالت بر بطلان شرط سود بیشتر کند. به همین جهت بعضی با وجود استظهار خلاف از قانون مدنی معتقدند ماده ۵۷۵ قانون مدنی ظاهر در این است که شرط سود بیشتر، بدون این که مشروط له کاری انجام دهد باطل است ولی شایسته نیست که به این ظهور اعتماد شود، بلکه باید از آن دست برداشت، زیرا قاعده سلطه و حاکمیت اراده بر مال و هم چنین ماده ۱۰ قانون مدنی اقتضا دارد

که چنین شرطی نافذ باشد، چون تقسیم سود به نسبت آورده، اثر ذاتی عقد شرکت نیست بلکه اثر اطلاقی آن است و شرکاء می توانند بر خلاف آن شرط کنند. اصولاً اگر حکم ماده ۵۷۵ قانون مدنی ظاهر در بطلان شرط سود مازاد باشد، مشکل می توان از آن صرف نظر کرد و نظریه ی دیگری ارائه داد، زیرا اجتهاد در مقابل نص فاقد اعتبار است.

بنابراین این موضوع لازم به بررسی است که آیا حکم ماده ۵۷۵ قانون مدنی حکمی از احکام آمره است که ظاهر در بطلان شرط سود مازاد به نسبت مقدار مال الشرکه باشد یا قاعده ای از قواعد حاکم بر اموال و یا اثری از آثار اطلاقی عقد شرکت می باشد؟ اگر حکم این ماده آمره باشد، شرط سود بیشتر یکی از مصادیق شرط خلاف قانون و نامشروع محسوب می شود و طبق بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی باطل است. ولی اگر حکم این ماده قاعده ای از قواعد تکمیلی حاکم بر اموال و یا اثر اطلاقی عقد شرکت باشد چنین شرطی نافذ است، زیرا به اتفاق تمام صاحب نظران قواعد مربوط به اموال از قواعد تکمیلی است و مالک به استناد قاعده سلطه می تواند هر نوع تصرفات عقلایی در مال خلاف قواعد تکمیلی و یا اثر اطلاقی عقد انجام دهد، هر چند مستند بیشتر کسانی که شرط را صحیح دانسته اند، حکم این ماده را اثر اطلاقی عقد شرکت اعلام کرده اند، ولی قوی و موجه تر این است که عقد شرکت ذات و اطلاق ناظر بر سود نیست و حکم این ماده قاعده حقوقی تابعیت منافع از عین است که در ماده ۳۲ قانون مدنی نیز پیش بینی شده است. بر مبنای این قاعده، هر کس مالک عین مال است مالک منافع آن نیز می باشد، ولی این قاعده مانع نمی شود مالک آن را مجانی و یا معوض به دیگری تملیک یا واگذار کند. بنابر این نویسندگان قانون مدنی چون عقد شرکت را به مفهوم مالکیت مشاعی تعریف کرده اند، در این مورد نیز به استناد قاعده ی تابعیت منفعت از عین، حکم به مالکیت هر شریک از منافع به میزان مالکیت او از عین مال الشرکه کرده اند. ولی این حکم مانع توافق شرکاء بر خلاف آن نیست.

در نتیجه شرط سود بیشتر برای شریک دیگر یا حتی برای ثالث ولو تمام سود، اگر متعارف و عقلایی باشد صحیح و نافذ است. پس حکم بهره مندی از منافع به نسبت سرمایه، حکمی منطقی و ناشی از حق مالکیت است، زیرا به استناد قاعده ی تابعیت منافع از عین که اصلی عقلایی است، هر شریکی به نسبت آورده ی خود از سود، شریک می شود. ولی این حکم حاکم بر اراده شریک نیست، بلکه او می تواند تمام یا قسمتی از سود را به نفع دیگری در قالب شرط نتیجه توافق کند (باریکلو، ۱۳۸۸: ۹۹)

بخش چهارم: ویژگی های عقود مشارکتی و ویژگی های مشارکت مدنی

بر اساس کتب فقهی برخی از مهم ترین شرایط و ویژگی های مطرح در اجرای صحیح عقد مشارکت به صورت زیر است: پس از عقد مشارکت، هیچ کدام از شرکا بدون اجازه دیگر شرکا اجازه تصرف در اموال و دارایی های موضوع مشارکت را ندارند؛ عقد شرکت جایز است؛ یعنی هر کدام از شرکا هر زمان که بخواهد می تواند تقاضای فسخ مشارکت را بنماید، اما زمانی با تقاضای فسخ یکی از شرکا مشارکت پایان می یابد و اموال تقسیم می شود که در این مسئله موجب ضرر مالی دیگر شرکا نشود؛ سود و زیان به نسبت سهم هر طرف در موضوع مشارکت تقسیم می شود، مگر این که در ابتدای مشارکت یک نسبت دیگر برای تقسیم سود و زیان مورد توافق قرار گرفته باشد (ایروانی، ۱۳۹۰: ۲۲)

بند اول: ویژگی های مشارکت مدنی

ویژگی های مشارکت مدنی را به ترتیب ذیل می توان بر شمرد:

(۱) طبق ماده ۵۸۹ قانون مدنی، «اگر برای شرکت، ضمن عقد لازمی مدت معین نشده باشد، هر یک از شرکا، هر وقت بخواهند می توانند رجوع کنند. بنابر این مشارکت مدنی ماهیت جایز است؛ مگر آنکه ضمن عقد لازمی، اختیار فسخ از طرفین سلب شود.

(۲) مشارکت مدنی، بر خلاف مضاربه که سرمایه نقدی مورد نیاز را منحصرأ طرف مالک تأمین می کند، مشارکت در تأمین سرمایه است، اعم از نقدی و غیر نقدی.

(۳) در آمیختن سهم الشرکه نقدی طرفین به نحو مشاع، از ویژگی های مشارکت مدنی است.

(۴) مشارکت مدنی، بر خلاف قرض الحسنه به قصد انتفاع انجام می شود.

(۵) مشارکت مدنی در صورتی تحقق خواهد یافت که شرکا بر اساس قرارداد، سهم الشرکه نقدی خود را به حساب شرکت واریز کنند و چنانچه اگر تمام یا قسمتی از سهم الشرکه غیر نقدی باشد، باید با توافق شرکا، تقویم و ارزش ریالی آن در شرکت لحاظ شود.

(۶) مشارکت مدنی در تأمین منابع مالی مورد نیاز در امور تولیدی، بازرگانی و خدماتی مورد استفاده

قرار می گیرد.

(۷) در مشارکت مدنی، باید نحوه تسویه مشارکت مشخص شود.

(۸) فروش اقساطی سهم الشرکه بانک در مشارکت های مدنی تولیدی، صنعتی، معدنی، کشاورزی، احداث مسکن و ساختمان و همچنین طرح های جدید خدماتی در زمان خاتمه قرارداد امکان پذیر است.

(۹) مشارکت مدنی در امور بازرگانی، دارای شرایطی کاملاً مشابه مضاربه است؛ با این تفاوت که: الف: در مضاربه صددرصد سرمایه و در مشارکت مدنی درصدی از سرمایه موردنیاز برای اجرای عملیات موضوع مشارکت، از طرف بانک تأمین می شود. ب: هزینه های قابل قبول، منحصر به هزینه های اصلی نیست و هر نوع هزینه دیگر با توافق طرفین می تواند در قرارداد قید شود. ج: برخلاف مضاربه که نقدی انجام می پذیرد، پرداخت سهم الشرکه در مشارکت مدنی می تواند در چندین مرتبه تأمین شود (ابراهیمی، ۱۳۸۱: ۹۰).

بخش پنجم: بررسی مشکلات و موانع مشارکت مدنی و ابطال قراردادهای مشارکت مدنی بانک ها

بند اول: بررسی مشکلات و موانع مشارکت مدنی

در این بخش به این مسئله پرداخته شده است که چرا عقود اسلامی، به ویژه مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی ایران، به طور کامل اجرا نشده است.

۱. فقدان اعتماد

اعطای تسهیلات بر اساس عقود با بازده متغیر و مشارکتی، نیازمند اعتماد متقابل بانک و مشتری به همدیگر است و این اعتماد، زمانی شکل می گیرد که دست کم، پیش فرض های ذیل در جامعه شکل بگیرد؛

۱- در اثر شفاف بودن قیمت ها در بازار کالاها و خدمات و بازار عوامل تولید، از یک طرف هزینه -

های تولید، انبارداری، حمل و نقل، بیمه، تبلیغات و فروش و از طرف دیگر، قیمت فروش محصول و به دنبال آن، دامنه سود (حداقل و حداکثر سود) صنعت مورد فعالیت مشخص باشد.

۲- در اثر رواج فرهنگ بیمه، هزینه های اتفاقی که در اثر حوادث غیر مترقبه رخ می دهند، از طریق انواع بیمه پوشش داده شوند.

۳- بانک نیروی متخصص و ابزار لازم را برای کنترل و نظارت طرح های گوناگون اقتصادی داشته باشد؛ به طوری که هر وقت بخواهد (گرچه به صورت انتخابی تصادفی)، بتواند فعالیت موردنظر را کنترل و بر آن نظارت کند و مشتری از این توانایی با خبر باشد.

۴- در مواردی که به علل گوناگون بین بانک و طرف قرارداد بانک، اختلاف پیش می آید، قانون روشن و محکمه مشخصی برای داوری و اجرای حکم در اسرع وقت وجود داشته باشد.

۵- مسئولان بانک در عمل نشان دهند که به تحولات اقتصاد حقیقی ملتزم اند و قصد انتقال خسارت به طرف قرارداد بانک را ندارند در حالی که مطالعه وضع حاکم بر اقتصاد و عملکرد بانک و مشتریان نشان می دهد که این اعتماد در حداقل ممکن است و هیچ یک از پیش فرض های پیشین، یا اصلاً محقق نشده است یا در پایین ترین سطح قرار دارد؛ برای مثال، وقتی مشتری می بیند بانک در قرارداد مشارکت مدنی، املاک و دارایی های او را به نرخ کمیتر از ارزش بازار، قیمت گذاری می کند (تا سهم خود را در مجموع سرمایه بیشتر نشان دهد)، به بانک بدبین شده، انگیزه ارائه اطلاعات کامل درباره منافع به دست آمده را از دست می دهد.

۲. فقدان ساختار مناسب

سابقه طولانی نظام بانکی ایران در نظام ربوی، سازمان و نیروی انسانی متخصص، حتی حسابداری متناسب با ماهیت بانکداری ربوی را که نقل و انتقال و مدیریت وجوه می باشد، پدید آورده است. در حالی که برای اجرای قانون بانکداری بدون ربا به ساختار دیگری نیاز است که بتواند در بازار حقیقی اقتصاد، فعال باشد؛ زیرا در این نظام، بانک از پدیده ای به طور کامل «برونزا» در مقایسه با اقتصاد حقیقی، به نهادی «درونزا» و فعال تبدیل می شود؛ در نتیجه، به سازمان و نیروی انسانی و حسابداری متناسب با آن نیاز دارد؛ در حالی که پس از تصویب قانون بانکداری بدون ربا، کمترین تغییر ساختاری

در نظام بانکی پدید نیامده است.

۳. فقدان آموزش کافی

کار در نظام بهره، روان و آسان است. کارگزار بانک، بدون توجه به انگیزه و توان متقاضی، همین که به بازگشت اصل و فرع وام اطمینان یافت، با گرفتن ضمانت کافی، وام را در اختیار مشتری می گذارد و در سررسید معین اصل و فرع پول را وصول می کند. در بانکداری بدون ربا نیز، عقود با بازده ثابت، با مختصر تفاوتی چنین هستند؛ در حالی که عقود با بازده متغیر، به ویژه عقود مشارکتی، اگر درست اجرا شوند، نیازمند ورود در بازارهای حقیقی اند که این امر، مستلزم آموزش سطح بالای متصدیان اعطای تسهیلات بانکی است. پس از تصویب قانون بانکداری بدون ربا، گام های مهمی در برگزاری دوره های آموزشی به منظور آموزش قوانین بانکی جدید انجام گرفته است و میگیرد؛ ولی برای آشنایی کارگزاران بانک با روابط و مناسبات حاکم بر اقتصاد حقیقی، اقدامی صورت نگرفته است. در نتیجه بانکداری به سمت عقود که بالاترین تخصص را در آن دارند تمایل می یابند.

بند دوم: ابطال قرارداد مشارکت مدنی بانکی به منظور تسویه ی تسهیلات بانکی

بر خلاف افرادی که معتقدند قراردادی که جهت تسویهی تسهیلات قبلی اعطا شده، صحیح است؛ برخی این قراردادها را باطل می دانند. طرفداران این نظریه برخلاف طرفداران نظریه ی صحت قرارداد، در مورد علت بطلان قرارداد دارای استدلال واحد می باشند اما آثار بطلان قراردادی که جهت تسویه تسهیلات قبلی داده شده است، به نظر پیروان این گروه متفاوت و گاه متعارض می باشد. هر چند در برخی موارد، هدف بانک از اعطای تسهیلات جدید، کمک به مشتریان خود و دادن مهلت به ایشان برای پرداخت بدهی می باشد اما در بسیاری از موارد بانک فقط به منافع خود توجه کرده است و حتی مشتری را در وضعیت بدتری قرار می دهد؛ زیرا با وجود اینکه نرخ سود در قرارداد مشارکت جدید، به احتمال زیاد، از نرخ سود و خسارت تعلق گرفته به آن در قرارداد قبلی کمتر است، اما بانک ها با انعقاد قرارداد دوم؛ اولاً نرخ سود قراردادی بالاتری نسبت به قرارداد اول تعیین می کنند؛ ثانیاً علاوه بر تضمینات اخذ شده در قرارداد قبلی تضمینات دیگری نیز از مشتریان خود اخذ می کنند؛ ثالثاً با انعقاد قرارداد جدید، مشتری دیگر نمی تواند از امتیازاتی قانونی که ممکن است دولت یا مجلس در مورد تسهیلات معوق شده بانکی تصویب کنند یا در آینده تا سررسید تسهیلات بعدی تصویب

شوند (مانند بخشودگی جرایم)، استفاده کند. همچنین فشارهایی که مراجع مختلف از جمله کارگروه تسهیل و رفع موانع تولید، هیئت های حمایت از صنایع، ستاد فرماندهی اقتصاد مقاومتی استان ها و ستاد اجرای سیاست های اقتصاد مقاومتی قوه قضائیه جهت کمک به وام گیرندگان مخصوصا شرکت ها و کارخانه ها به بانک وارد می کنند، از بین می رود و رابع بانک کل طلب خود از بابت اصل، سود و خسارت تأخیر (با کسر ۶ درصد مازاد سود و حتی گاه به اضافه ی همین ۶ درصد) را در زمان اعطای تسهیلات جدید محاسبه و آن را به عنوان اصل آوردهی خود در قرارداد مشارکت جدید اعلام می کند و بدین طریق به راحتی از مبلغ سود و خسارت تأخیر نیز سود و خسارت دریافت می کند که این اقدام منجر به افزایش غیر قابل تصور بدهی مشتری در آینده خواهد شد.

طرفداران این نظریه به دلیل نبود قصد واقعی انعقاد قرارداد مشارکت، قرارداد را باطل می دانند. همان طور که میدانیم مراحل شکل گیری اراده در عقد عبارت است از: تصور و ادراک عمل، تصدیق، تصمیم و رضایت به انجام عمل و اجرای تصمیم و بروز اراده. (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۲: ۸۷) در زمان تنظیم قرارداد، مراحل شکل گیری اراده در هر یک از طرفین وجود دارد اما آنچه که در ظاهر نشان داده می شود (اراده ی ظاهری) مقصود ایشان نبوده است. به عبارت دیگر، بین ارادهی ظاهری و باطنی تعارض وجود دارد. در جهت حل این تعارض برخی ارادهی ظاهری را پذیرفته و برخی قائل به رجحان اراده ی باطنی شده اند. به نظر می رسد هیچ یک از نظرات، بطور مطلق، صحیح نباشد و وظیفه ی دادرس آن است که با توجه به آنکه در ایجاد عمل حقوقی ارادهی ظاهری مبرز اراده ی باطنی است، در کشف عمل حقوقی از اراده ی ظاهری مدد جوید. (نقیبی، ۱۳۸۴: ۱۹۰) اگر با تعدیل این اراده ها نتوان الگویی از حاکمیت ارادهی طرفین (مانند فرض موضوع کنونی که طرفین به منظور اعطای وام جهت تسویه ی تسهیلات قبلی مبادرت به انعقاد عقد مشارکت می کنند به دست آورد، باید اراده ی باطنی را ارجح دانست؛ زیرا اکثر فقها، حقوق دانان و همچنین رویه قضایی، اصالت را به اراده ی باطنی می دهند و قصد انشاء، یعنی اراده ی واقعی طرفین را عنصر سازنده عقود می دانند. (بیگدلی و مالکی، ۱۳۹۱: ۱۰۹) همچنین مواد مختلف قانون مدنی از جمله مواد ۶۵، ۶۶، ۱۹۶، ۴۶۳ و ۴۶۴ دلالت بر اصالت اراده ی باطنی دارد. اما موضوع دیگری که باید به آن توجه کرد آن است که اراده ی باطنی نیز در جهت انعقاد قرارداد صحیح دیگری نمی باشد که قاضی با تفسیر قرارداد و احراز وجود شرایط قانونی آن، نسبت به کشف قصد واقعی طرفین اقدام کند. به عبارتی طرفین معامله (بانک و مشتری) با

وجود شناخت ارکان اساسی قرارداد مشارکت مدنی، از جمله لزوم وجود آورده توسط ایشان، ایجاد مالکیت مشاع و تقسیم سود و زیان، (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۸) آنها قصد انجام معامله ای را بر خلاف قانون دارند و از آنجا که توافق بر خلاف قانون باطل است، عقد دیگری هم منعقد نمی شود. همان طور که می دانیم یکی از موانع اصل آزادی قراردادها قانون است. آنچه در اینجا از قانون مدنظر است معنی خاص آن نیست و اخلاق حسنه و نظم عمومی را نیز شامل می شود. (عادلی، ۱۳۸۰: ۸۰)

در قراردادهای مشارکت بانکی با توجه به اهمیت موضوع، قوانین متعددی راجع به این قراردادها، از جمله قانون عملیات بانکی بدون ربا تصویب گردیده و دخالت دولت و حکومت در آنها بسیار بیشتر از عقد شرکت مدنی مندرج در قانون مدنی است؛ زیرا با گسترش تعریف نظم عمومی و دخالت هر چه بیشتر حکومت ها در قراردادهای خصوصی مخصوصا در مواقعی که انجام یا عدم انجام این نوع قراردادها در سطح کلان با نظم جامعه ارتباط دارد، اختیار اشخاص در تنظیم شرایط و تعیین آثار معاملات کاسته شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۴۱) در واقع «اگر چه اصل بر آزادی طرفین در قرارداد است ولی این آزادی محدود به حفظ نظم عمومی و رعایت اخلاق حسنه است... وظیفه ی قاضی کنترل اخلاق حسنه و نظم عمومی است و این نظارت نیاز به ایراد هم ندارد. پاسداری از اخلاق حسنه و نظم عمومی بر عهده قاضی است. اگر شرط یا قراردادی نامشروع باشد اعمال آثار بر آن ممنوع است و این موضوع در محکمه قابل استماع نیست (مواد ۱۰ و ۱۷۵ قانون مدنی)» (رای شماره ی ۹۷۰۱۲۳ مورخ ۹/۲/۹۷ شعبی اول دادگاه عمومی حقوقی میبد).

استدلال دیگر طرفداران این گروه بر اساس نظر حقوق دانانی است که بیان می کنند قصد در معنای انشا قابل تقسیم به صورت و واقعی نیست بلکه با وجود دارد یا ندارد. اگر طرفین قرارداد بانکی ماهیت عقود مشارکتی را تصور نکنند، قصد وجود ندارد و به تبع آن عقدی هم وجود ندارد. (آهنگران، ۱۳۹۲: ۹) پس عقدی که طرفین در ظاهر به عنوان عقد مشارکت منعقد کرده اند به دلیل نبودن قصد که یکی از ارکان عقد است، محقق نمی شود. همچنین با توجه به قاعده ی فقهی بطلان عقد در صورت تعذر اجرای آن، یکی از شرایط اساسی صحت معاملات امکان اجرای آن در عالم خارج است؛ بنابراین اگر موضوع قرارداد در عالم خارج قابل تحقق نباشد، چنین قرارداد منعقد نمی گردد و در صورت انعقاد خود به خود منحل می شود؛ زیرا صحت یک عقد مقتضی عمل به ذات آن است.

بخش ششم: رأی وحدت رویه شماره ۷۹۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

در ماده ۲۷ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/ ۴/ ۱۸ با آخرین اصلاحات و ماده ۷ آیین نامه فصل ۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا که بیان می دارد بانک ها ملکف اند دستورها و بخشنامه های بانک مرکزی را که به موجب قوانین و آیین نامه های متکی به آن صادر می گردد به موقع اجرا نمایند و با ملحوظ نظر قراردادادن ماده ۹۷۵ قانون مدنی که مقرر می دارد محکمه نمی تواند قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده یا به علت دیگری مخالف با نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد و همچنین با توجه به بندهای ۱ و ۴ ماده ۱۴ قانون پولی و بانکی کشور و ماده ۱۵ و بندهای ۱ و ۳ ماده ۲۰ قانون عملیات بانکی بدون ربا شخصاً ناظر بر قراردادهایی است که مطابق قانون مذکور تنظیم گشته اند و اینکه بانک ها نمی توانند در سایه عملیات بانکی بدون ربا مبادرت به درج شروط تحمیلی در قراردادها نمایند و اینکه بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در حین اجرای نظام پولی و بانکی کشور می تواند در امور بانکی و پولی دخالت و نظارت نموده و به تعیین نرخ رسمی بهره وام ها مبادرت ورزد و با توجه به گستردگی شبکه بانکی در کل کشور و تأثیر مستقیم و آشکار آثار ناشی از قراردادهای بانکی بر نظم عمومی و اقتصادی کشور نمی توان تنها به اصل حاکمیت اراده در اینگونه قراردادها تکیه نمود بلکه با توجه به تأثیر مستقیم این دسته از قراردادها بر نظام اقتصادی جامعه مستنداً به مقررات و قوانین مذکور بایستی از اجرایی شدن جزئی و یا کلی قراردادهایی که بر خلاف مقررات حاکم بر نظام بانکی کشور تنظیم شده اند جلوگیری به عمل آید تا خدشه ای بر نظم عمومی و اقتصادی کشور وارد نگردد و از طرفی هر چند ماده ۱۰ قانون مدنی به اصل آزادی اراده در توافقات حاصله بین اشخاص مختلف اشاره دارد، لیکن نظر به اینکه ماده مذکور شرط نفوذ قراردادهای خصوصی را عدم مخالفت صریح قانون دانسته است. از آنجا که، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تنظیم کننده نظام پولی و اعتباری کشور و ناظر بر حسن اجرای آن است و مصوبات بانک مذکور راجع به حداقل و حداکثر سهم سود بانک ها و مؤسسات اعتباری اعم از دولتی و غیردولتی جنبه آمره دارد. بنا به مراتب و با عنایت به ماده ۶ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، شرط مندرج در قرارداد اعطای تسهیلات بانکی نسبت به سود مازاد بر مصوبات مذکور باطل است.

نتیجه گیری

یکی از موارد تنفیذ شده به بانک ها، امکان انعقاد قرارداد مشارکت مدنی مطابق ماده ۷ از قانون عملیات بانکی بدون ربا می باشد. جدای از اصل آزادی قراردادهای، جهت تنفیذ قراردادهای مختلف مبتنی بر عدم مخالفت با قوانین آمرانه و عدم لزوم تراضی اشخاص در قالب های معین قانونی، جهت ایجاد هر قرارداد و تراضی از جمله شراکت مدنی، نیازمند برخی شروط و شرایط خاص می باشد. جدای از شرایط عمومی اعتبار معاملات مندرج در ماده ۱۹۰ قانون مدنی، رعایت شرایط اختصاصی صحت شرکت نیز ضروری می باشد. ماده ۵۷۱ قانون مدنی در این خصوص اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه را شرط صحت قرارداد شرکت ندانسته است. در نتیجه بانک می بایست جهت ایجاد قرارداد شرکت، نسبت به تعیین حصه ی خود به عنوان آورده و خروج افراز در حصه ی خود، ایجاد اشاعه در حصه طرف مقابل و در نتیجه ایجاد اجتماع حقوق اقدام نماید. از جمله شروط مندرج در قرارداد می توان شرط صفت، فعل و نتیجه اشاره نمود. بانک به عنوان مثال از شرط نتیجه جهت ایجاد مسئولیت قراردادی شریک در حفظ و حراست از اموال شرکت و مسئولیت مطلق او در پرداخت هرگونه خسارت و نیز از شرط فعل جهت مباشرت شریک در انجام امور اداره و حراست و پرداخت هزینه های نگهداری، تعمیر و ... در مال موضوع شرکت استفاده می نماید. بانک جهت تضمین بازپرداخت اصل سهم الشرکه خود، سود مورد نظر و از پیش تضمین شده و میزان خسارت احتمالی، تأخیر در تأدیه دین توسط شریک، از قالب های مختلفی استفاده می نماید. برخی را به عنوان شرط ضمنی مندرج در قرارداد مشارکت مدنی قرار می دهد، به نحوی که یکی جنبه ی اصل و دیگری جنبه ی فرعی و تبعی داشته باشد. لذا هدف اصلی بانک ایجاد عقد شرکت می باشد و جهت حسن اجرای این تراضی و رسیدن به اهداف فوق الذکر از عقود دیگر از قبیل صلح، ودیعه، وکالت و نیز مسئولیت تضامنی و... به عنوان قرارداد فرعی و تبعی استفاده می نماید. از جمله این شروط فرعی، شرط مباشرت شریک در اداره انحصاری و شخصی در مال الشرکه می باشد. جهت بازگشت سرمایه و خاتمه ی شرکت و عدم امکان الزام بانک در بقاء شرکت که سود و منافع بانک را تأمین نمی نماید، بانک به شریک شرط مدت جهت خاتمه و تسویه حساب شرکت می نماید در نتیجه پس از پایان مدت شراکت، شریک مطابق شروط مندرج در قرارداد مکلف به تصفیه حساب، تمییز حقوق، تقسیم مال الشرکه خود را به وسیله ی قرارداد فروش اقساطی واگذار می نماید.

ضمانت اجرای عدم وجود شرایط اختصاصی هریک از عقود معین نیز بطلان قرارداد است. فلسفه ی اینکه در عقود مشارکت مدنی بانکی ذکر گردیده است با واریز سهم الشرکه به حساب مشترک، عقد محقق میشود، ایجاد وحدت رویه در عقود بانکی است؛ با توجه به اختلاف نظر موجود در مورد این است که آیا در این عقود اشاعه در اموال لازم است و یا با انعقاد عقد ایجاد میگردد. همچنین اثر اقدام بانک فقط یک تخلف اداری نیست؛ بلکه به علت فقدان یکی از ارکان تشکیل عقد و سایر دلایل اعلامی میتوان گفت نظرات قائلین به صحت قرارداد مشارکت دوم صحیح نیست. در مورد نظرات قائلین به بطلان قرارداد باید گفت که اگرچه استدلال قائلین به پرداخت خسارت تأخیر به علت بطلان قرارداد و غاصب بودن شریک خالی از وجه نمیشد، اما در فرض مذکور مشتری هیچگاه استیلائی بر وجه تسهیلات پیدا نکرده است. از طرف دیگر باید توجه کرد تسهیلات دوم جهت تسویه ی تسهیلات قبلی برداشت شده است و در صورتی که قرارداد دوم را باطل اعلام کنیم قرارداد اول تسویه نشده باقی خواهد ماند؛ زیرا مبلغی که به وسیله ی آن بانک نسبت به تسویه ی قرارداد بعدی اقدام کرده است، باید به سرفصلی قبلی خود واریز شود؛ فلذا وظیفه ی دادگاه در صورت طرح دعوی بطلان عقد دوم توسط شریک، اعلام بطلان عقد و در صورت طرح دعوی مطالبه ی وجه توسط بانک، محاسبه ی بدهی شریک بر اساس قرارداد اول است؛ با توجه به ماده ی ۳۳۱ قانون مدنی و اینکه در واقع خواسته ی بانک مطالبه ی بدهی مشتری بابت تسهیلات اعطایی است که از زمان قرارداد اول بوجود آمده است و انعقاد قراردادهای بعدی به منظور مشخص کردن نحوه ی پرداخت اقساط خرید سهم الشرکه بانک توسط شریک موضوع قرارداد اول میباشد، خواهد بود.

منابع و مآخذ

الف) کتب

- آهنگران، محمد رسول، ۱۳۹۲، نگاهی نوین به قاعده تبعیت عقد از قصد، با تأکید بر کاربردهای آن در بانکداری اسلامی، معرفت اقتصادی، شماره اول، پیاپی ۹.
- ابراهیمی، محمدحسین، ۱۳۸۱، نظام اقتصاد اسلامی، تهران: انتشارات تامین.
- ابروانی، محمد باقر، ۱۳۹۰، دروس تمهیدیه فی الفقه استدلالی، قم: کوثر.
- باریکلو، علیرضا، ۱۳۸۸، حقوق مدنی، عقود معین - عقود مشارکتی - توثیقی - لازم، تهران: مجد.
- خاوری، محمود رضا، ۱۳۸۲، حقوق بانکی، تهران: موسسه بانکداری عالی ایران.
- خلعتبری، فیروزه، ۱۳۸۱، مجموعه مفاهیم پولی و بانکی بین المللی، تهران: شبابوز.
- دهخدا، علی اکبر ۱۳۷۷، لغتنامه دهخدا، تهران: امیرکبیر.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۱، دوره مقدماتی حقوق مدنی - اعمال حقوقی، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۳، حقوق مدنی - مشارکتها و صلح، تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۷، قواعد عمومی قراردادها، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- گلپایگانی، محمود، ۱۳۸۶، مبانی فقهی نام مشارکت در بانکداری بدون ربا، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- گلشن، هاشم، ۱۳۸۷، بررسی ماهیت حقوقی مشارکت مدنی و آثار آن در نظام بانکی وفقه، گزیده ای از پایان نامه علمی در زمینه حقوق مدنی، ج ۵، تهران: انتشارات جاودانه.
- محقق داماد، سید مصطفی، قنات، جلیل، وحدتی، حسن، عبدی، ابراهیم، ۱۳۹۲، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ج ۲، تهران: سمت.
- موسویان، عباس، ۱۳۸۵، بانکداری بدون ربا از نظریه تا عمل، تهران: موسسه فرهنگی دانش و اندیشه.
- نظریور، محمد تقی، کشاورزبان، اکبر، ۱۳۹۲، الزامات احیای عقد مشارکت حقوقی راهبردی برای تحقق بانکداری در نظام بانکداری بدون ربا، فصلنامه علمی پژوهشی راهبردی اقتصادی، سال دوم، شماره ۷.

- هدایتی، علی اصغر، سفری، علی اصغر، کلهر، حسن، بهمنی، محمود، ۱۳۹۱، عملیات بانکی داخلی (تخصیص منابع)، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، تهران: موسسه عالی بانکداری ایران.

ب) مقالات

- بیگدلی، سعید، مالکی، اعظم، ۱۳۹۱، جایگاه اراده های ظاهری و باطنی در فقه و حقوق موضوعه، مجله حقوقی، دادگستری، شماره ۸۰.
- عادل، مرتضی، ۱۳۸۰، توافق بر خسارت قراردادهای، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۳.
- نقیبی، سید ابوالقاسم، ۱۳۸۴، نظریات حاکمیت اراده ظاهری و باطنی در حقوق اسلام و ایران، پژوهشنامه مبانی فقهی حقوق اسلامی، دوره ۲.

