



مشارکت مدنی؛ از ماهیت تا اجرا



یاسر عرب نژاد
مشاور حقوقی



منصور سالاری
مشاور و مدیر واحد حقوقی اتاق کرمان

مقدمه

خواهد شد، سپس اقسام عقود مشارکت را تعریف و در آخر به بررسی حقوقی عقد «مشارکت مدنی» به‌عنوان یکی از انواع عقود مشارکت و یکی از ۱۴ عقد بانکی، در نظام بانکداری بدون ربا می‌پردازیم و در این بین به انحرافی اشاره می‌شود که باعث شده اجرای این عقد توسط بانک‌ها، از آنچه قانون‌گذار در ورای آن دیده دور کند.

ویژگی‌های عقد مشارکت

عقد مشارکت توافقی است که بر اساس آن دو نفر یا بیشتر، با اموالشان به کسب‌وکار می‌پردازند و در سود و زیان حاصل‌شده شریک می‌شوند [۱].

عقود مشارکتی به دلیل ویژگی‌های معینی که دارد ریسک تولیدکننده و بالتبع ریسک فعالیت‌های اقتصادی را کاهش می‌دهد. این ویژگی‌ها را می‌توان به شرح زیر بیان کرد [۲]:

سرمایه یکی از عوامل مهم رشد و توسعه اقتصادی است و یکی از مراجع مهم تأمین آن؛ بخصوص در ایران؛ بانک‌ها هستند. در بانکداری اسلامی به جهت ممنوعیت دریافت ربا، بانک‌ها نمی‌توانند از محل عقد قرض و توافق بر میزان بهره، منتفع شوند^۱.

شیوه‌های اعطای تسهیلات بانکی، در قانون بانکداری بدون ربا در چهار گروه عقود مشارکت (مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مضاربه، مزارعه، مساقات)، عقود مبادله‌ای (فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، سلف، جعاله، خرید دین، مرابحه و استصناع)، سرمایه‌گذاری مستقیم و قرض‌الحسنه تقسیم می‌شوند، در این نوشتار، ابتدا مفهوم عقد مشارکت و ویژگی‌های آن بیان

۱ - ماده ۵۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵: هر نوع توافق بین دو یا چند نفر تحت هر قراردادی از قبیل بیع، قرض، صلح و امثال آن جنسی را با شرط اضافه با همان جنس مکمل و موزون معامله نماید و یا زائد بر مبلغ پرداختی، دریافت نماید ربا محسوب و جرم شناخته می‌شود ...

سرمایه موردنیاز شرکت‌های سهامی را تأمین می‌نمایند. منظور از مشارکت حقوقی (تأمین سرمایه) طبق ماده ۲۳ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)، تأمین قسمتی از «سرمایه» شرکت‌های سهامی جدید و یا خرید قسمتی از سهام شرکت‌های سهامی موجود می‌باشد؛ بنابراین مشارکت حقوقی فقط در شرکت‌های سهامی اعم از سهامی عام یا خاص پذیرفته شده است.

مضاربه

مضاربه عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین معامله سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند، صاحب سرمایه، مالک و عامل یا انجام دهنده کار، مضارب نامیده می‌شود.^۱ این عقد در قانون مدنی به عنوان یکی از عقود معین^۲ در فصل ششم از باب سوم قانون مذکور تعریف شده و صرفاً مربوط به فعالیت‌های تجاری است که در ماده ۲ قانون تجارت احصاء شده‌اند. این عقد در مقرر^۳ با مضمون مشابه بدین گونه تعریف شده است: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌شود با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند». بانک‌ها با اولویت دادن به تعاونی‌های قانونی می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی به عنوان مالک، سرمایه نقدی (منابع) لازم را در اختیار عامل اعم از شخص حقیقی یا حقوقی قرار دهند، البته انعقاد مضاربه با بخش خصوصی در امر واردات ممنوع است.

مزارعه

مطابق ماده ۷۱ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)، مزارعه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مزارع) زمین مشخص را برای مدت معینی به طرف دیگر (عامل) می‌دهد تا در زمین مذکور زراعت کرده و حاصل بین مزارع و عامل تقسیم گردد. مزارعه مختص امور زراعی است که در ماده ۵۸۱ قانون مدنی بامعنایی مشابه ماده فوق، به عنوان یکی از عقود معین قانون مدنی ذکر شده است.

۱. تقسیم سود و زیان به نسبت کار و سرمایه

در عقود مشارکتی، بانک و فعال اقتصادی (تسهیلات گیرنده) پیامدهای مطلوب و نامطلوب ناشی از این عقد را تحمل می‌کنند. بدین وسیله بانک به عنوان صاحب سرمایه با تأمین بخشی از سرمایه در فرایند تولید، همراه فعال اقتصادی (صاحب فعالیت) است و سود و زیان بین آن دو به نسبت مشارکت تقسیم می‌شود؛ بنابراین در عقود مشارکت تقسیم سود صرفاً به موفقیت موضوع مشارکت بستگی دارد و در صورت عدم موفقیت، بانک در زیان شریک است.

۲. متغیر بودن نرخ سود

در قراردادهای مشارکتی که بانک‌ها با طرف مقابل خود (فعال اقتصادی) منعقد می‌نمایند معمول است میزان سود مورد انتظار بانک، تعیین شود، اما این میزان سود، هرگز نمی‌تواند ملاک عمل طرفین قرار گیرد، چون سود واقعی در پایان قرارداد معلوم می‌شود و ممکن است میزان سود واقعی حاصله بسیار ناچیز باشد یا حتی اصل سرمایه کاهش یابد.

۳. اذنی بودن قرارداد

صرف شریک یا عامل (فعال اقتصادی متقاضی تسهیلات) در سرمایه‌ای که از طرف بانک در اختیار او قرار داده می‌شود، فقط به واسطه اجازه تصرفی است که بانک به وی می‌دهد و ایشان باید در دایره اذن بانک، تسهیلات دریافت شده را در فعالیت اقتصادی (موضوع مشارکت) استفاده کند، بنابراین رابطه بانک و تسهیلات گیرنده همان رابطه دو شریک خواهد بود.

۴. نیاز به نظارت مستمر بر فعالیت موضوع مشارکت

از آنجایی که بانک با فعال اقتصادی شریک می‌شود لازم است جهت تضمین سوددهی به صورت مستمر بر عملکرد شریک خود نظارت نماید، چون عدم نظارت کافی ممکن است منجر به تخطی و کوتاهی از سوی تسهیلات گیرنده و در نتیجه در معرض خطر قرار گرفتن سرمایه شود. امکانات و تخصص بانک‌ها جهت انجام این نظارت محدود است، به همین دلیل به دنبال اخذ سود تضمینی حتی در عقود مشارکت هستند.

تعریف انواع عقود مشارکت

مشارکت حقوقی

بانک‌ها، به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش‌های مختلف تولیدی، بازرگانی و خدماتی، قسمتی از

۱ - ماده ۵۴۶ قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴
 ۲ - عقود معین: عقودی هستند که قانون‌گذار آنان را با نام مشخص تعریف کرده است مانند اجاره، رهن، وکالت، صلح و ...
 ۳ - ماده ۳۶ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)



مساقات

مساقات معامله‌ای است که بین صاحب درخت با عامل، در مقابل سهم مشاع معین از ثمره، واقع می‌شود. ثمره شامل میوه و برگ و گل و غیره می‌باشد. به عبارت دیگر مساقات معامله‌ای است در مورد درختان، در مقابل سهم معینی از آن و زمانی صحیح است که به واسطه اقدامات انجام دهنده کار، افزایش میوه سبب شود [۳].

فرق مساقات با مزارعه این است که در مساقات درختان باردار جهت مراقبت و آبیاری و برداشت ثمره به عامل داده می‌شود و عامل با تلاش و سعی خود به وسیله آبیاری، سم پاشی، هرس و پیوند زنی موجب می‌شود که محصول بیشتری تولید شود، در مقابل این فعالیت، سهم معینی از محصول، عاید عامل می‌شود؛ ولی در مزارعه زمینی در اختیار عامل است تا کشت نماید. بانک‌ها مطابق ماده ۷۵ آیین‌نامه می‌توانند، به منظور افزایش بهره‌وری و تولید محصولات کشاورزی، باغات و درختان ثمری را که مالک عین و یا منفعت آن‌ها بوده و یا به هر عنوان، مجاز در تصرف و بهره‌برداری از آن‌ها باشند را به مساقات بدهند.

مشارکت مدنی

مشارکت مدنی عبارت است از درآمیختن سهم شرکت مدنی و یا غیر نقدی به اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع، طبق قرارداد^۴.

بر اساس این تعریف بانک تمام یا بخشی از سرمایه مورد نیاز یک فعالیت اقتصادی را تأمین می‌کند و در نهایت بر اساس قرارداد منعقد شده با فعال اقتصادی (تسهیلات گیرنده)، در سود و زیان آن فعالیت، شریک می‌شود.

مشارکت در سود و زیان از مهم‌ترین ویژگی‌های عقد شرکت (مشارکت مدنی) است که قانون مدنی^۵ به این مهم تأکید نموده و می‌گوید: «هر یک 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».

در گزارش «عملکرد سه‌ماهه بخش پولی و بانکی سال ۱۳۹۵ بانک مرکزی»، وضعیت تسهیلات اعطایی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری به اینصورت توضیح داده شده که سهم عقود مشارکت

مدنی به بیش از ۴۳٫۵ درصد افزایش یافته و با ۲ درصد رشد نسبت به اسفند ۱۳۹۴، همراه بوده است [۴]. از این رو، بنا به اهمیت و فراگیر بودن این نوع عقد در ادامه به بررسی بیشتر آن می‌پردازیم.

ویژگی‌های مشارکت مدنی^۴

۱. مشارکت مدنی توسط بانک‌ها به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای فعالیت‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی صورت خواهد گرفت و موضوع مشارکت باید مشخص باشد.

۲. شرکت مدنی در صورتی تشکیل و تحقق خواهد یافت که شرکا طبق قرارداد سهم شرکت نقدی خود را به حساب مخصوصی که در بانک برای شرکت افتتاح می‌شود، واریز کنند. ۳. تأمین سرمایه در مشارکت مدنی می‌تواند به صورت نقدی و یا غیر نقدی باشد. در صورتی که تمام یا قسمتی از سهم شرکت غیر نقدی باشد، طبق مقررات مشارکت مدنی، این سهم شرکت باید به مدیر یا مدیران شرکت مدنی تحویل گردد.

۴. پرداخت سهم شرکت شرکا در مشارکت مدنی می‌تواند، طبق قرارداد به دفعات صورت گیرد.

۵. درآمیختن سهم شرکت مدنی طرفین به نحو مشاع؛ یعنی با انعقاد عقد، تفکیک آورده هر یک از طرفین ممکن نیست، چون سرمایه نهایی، به تمام شریکان تعلق دارد.

۶. مشارکت مدنی پس از اتمام موضوع شرکت تصفیه و مرتفع می‌شود^۵.

۷. فروش اقساطی سهم شرکت بانکی در پایان قرارداد مشارکت مدنی امکان‌پذیر است.

از جمیع موارد گفته شده تاکنون در مورد ویژگی‌های عقد مشارکت مدنی چنین برمی‌آید که جوهره آن، مشارکت طرفین در سود و زیان است، اما به کرات دیده شده که قراردادهای منعقد بین بانک و شریک (فعال اقتصادی)، یک‌جانبه و به گونه‌ای تنظیم گشته که سود بانک‌ها در آن تضمین شده است.

بررسی عملکرد بانک‌ها در اجرای عقد مشارکت مدنی

نحوه اجرای مشارکت مدنی به وسیله بانک‌ها با آنچه در قانون پیش‌بینی و تعیین شده است مغایرت دارد، در این عقود، بانک‌ها

۴ - آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)

۵ - طبق ماده ۵۸۷ قانون مدنی شرکت به یکی از طرق ذیل مرتفع می‌شود: (۱) در صورت تقسیم، (۲) در صورت تلف شدن تمام مال شرکت

۱ - ماده ۵۴۳ قانون مدنی و نیز ماده ۷۴ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)

۲ - ماده ۱۸ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا

۳ - ماده ۵۷۵

تصویب شورای پول و اعتبار برسند. فرم قرارداد مشارکت مدنی در جلسه ۱۱۶۵ شورای پول و اعتبار به تاریخ ۱۳۹۲/۰۶/۲۶ به تصویب رسید و از تاریخ ۱۳۹۲/۰۹/۰۲ لازم‌الاجرا شد. با این حال رد پای تضمین سود در قرارداد مذکور یافت می‌شود، به‌طور مثال در بند یک ماده ۱۳ فرم یکنواخت مشارکت مدنی، شریک متعهد شده در پایان مدت مشارکت، بلافاصله حصة (سهیم) قابل‌فروش بانک را حداقل به مبلغ اصل سهم شرکتی پرداختی بانک، سود و سایر هزینه‌های انجام‌شده، طبق قرارداد خریداری یا با هماهنگی بانک به فروش رساند و طبق جدول محاسباتی بانک تسویه‌حساب نماید. همان‌گونه که روشن است مبنای محاسبه ارزش سهم شرکتی در پایان قرارداد مشارکت مدنی، سود مورد انتظار بانک است نه قیمت واقعی سهم شرکتی. در صورتی که قیمت مورد نظر بانک نسبتی با قیمت حقیقی سهم شرکتی در بازار نداشته باشد، می‌توان شرط مذکور را راهی برای تقلب نسبت به قانون و در نتیجه نامشروع و یا حتی خلاف مقتضای ذات عقد مشارکت تلقی کرد، زیرا مقتضای ذات مشارکت، تسهیم در سود و زیان است و این شرط جایی برای این امر باقی نمی‌گذارد.^۴

از طرف دیگر ممکن است اشخاصی از جمله بانک‌ها، چنین دفاع کنند که طرفین، بر یک قیمت به‌عنوان قیمت مورد انتظار توافق می‌نمایند و همان باید پرداخت شود، اما آنچه واقع می‌شود، فقط بار اثبات دعوا در خصوص قیمت سهم شرکتی را جابجا می‌کند و شریک (تسهیلات‌گیرنده) می‌تواند نادرست بودن^۵ قیمت مال مشترک و به تبع آن برآورد سهم شرکتی بانک را اثبات و آنچه را که بانک به‌ناحق دریافت نموده را استرداد کند [۲]؛ زیرا طبق ماده ۳۰۱ قانون مدنی، کسی که عمداً یا اشتبهاً چیزی را که مستحق نبوده است، دریافت کند ملزم است آن را به مالک تسلیم کند. در چنین مواردی، طبق ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی، مدعی (تسهیلات‌گیرنده) باید در دادگاه اشتباه صورت گرفته در تقویم مال موضوع مشارکت یا همان قیمت سهم شرکتی را اثبات نماید.

مثال دوم مربوط به ماده ۱۱ فرم فوق (قرارداد مشارکت مدنی) است که در آن آمده است: «... شریک ملزم و متعهد شد که سهم شرکتی متعلقه بانک به همراه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین

از همان ابتدا، نرخ‌های مربوط به پیش‌بینی حداقل سود را بدون توجه به واقعیت و میزان سود محقق، تعیین و محاسبه نموده و به دلیل عدم اطلاع فعالان اقتصادی (تسهیل‌گیرنده) از قوانین و مقررات، می‌توانند با روش‌هایی سود مورد انتظار خود را تضمین و دریافت نمایند.

از این‌رو، برای بررسی انحراف پیش‌آمده در عملکرد بانک‌ها در اجرای این عقد نسبت به آنچه قانون‌گذار مدنظر قرار داده، در ادامه ابتدا به‌صورت اجمالی هدف اصلی و بنیادین ایجاد و توسعه شبکه بانکی و ارائه تسهیلات از نظر قانون‌گذار پرداخته می‌شود و بر اساس آن عملکرد بانک‌ها در راستای اهداف قانون‌گذار بررسی می‌شود.

۱. سیاست و اوامر قانون‌گذار

تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به‌منظور رسیدن به اشتغال کامل و قرار دادن وسایل کار در اختیار همه‌کسانی که قادر به کارند ولی وسایل کار ندارند، در شکل تعاونی، از راه وام بدون بهره یا هر راه مشروع دیگر که نه به تمرکز ثروت در دست افراد و گروه‌های خاص منتهی شود و نه دولت را به‌صورت یک کارفرمای بزرگ مطلق درآورد، در قانون اساسی^۱ مورد تأکید قرار گرفته است، این مهم در قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)^۲ مصوب ۱۳۶۲/۰۶/۰۸ چنین عنوان شده است: «اعطای وام و اعتبار و ارائه سایر خدمات بانکی به تعاونی‌های قانونی جهت تحقق بند ۲ اصل ۴۳ قانون اساسی».

استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل (با ضوابط اسلامی)، به‌منظور تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت و رشد اقتصاد کشور، به‌عنوان یکی از اهداف نظام بانکی در جمهوری اسلامی ایران بیان‌شده و اعطای وام و اعتبار بدون ربا (بهره) طبق قانون و مقررات نیز به‌عنوان یکی از وظایف این نظام مقرر گردیده است.^۳

۲. سیاست و روش بانک‌ها

با تصویب «قانون بهبود مستمر محیط کسب‌وکار» در سال ۱۳۹۰، به‌موجب تبصره ماده ۲۳، بانک مرکزی موظف شده بود ظرف شش ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون، فرم‌های یکنواختی را برای هر یک از عقود، مبنای اعطاء تسهیلات بانکی قرار دهد، این فرم‌ها می‌بایست ظرف مدت ۶ ماه تهیه و به

۱ - بند ۲ اصل ۴۳

۲ - بند ۱۰ ماده ۲

۳ - بند یک ماده ۱ و بند ۹ ماده ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)

۴ - مقتضای ذات عقد مشارکت در ادامه بیشتر توضیح داده خواهد شد.

۵ - منظور از نادرست: سهم شرکتی بانک، آن قدر زیاد ارزش‌گذاری شده که عرفاً قابل مسامحه و پذیرش نباشد (ماده ۴۱۷ قانون مدنی)



ساختن عقد را نداشته‌اند، زیرا اگر طرفین قصد جدی بر انجام عقد داشته باشند، نباید شرطی در قرارداد بیاورند که برخلاف مقتضای آن باشد؛ مانند عقد صلحی که در مثال دوم گفته شد [۶].

استفتاء و پاسخ مراجع عظام تقلید در خصوص شروط ضمن عقود مشارکتی بانکی

در مورد عملکرد بانک‌ها در نحوه انعقاد و اجرای قراردادهای مشارکتی، از مراجع عظام تقلید بدین گونه سؤال شده است: «گنجاندن برخی از شروط در ضمن قراردادهای بانکی گواهی است بر اینکه بانک و مشتری قصد حقیقی و واقعی برای انعقاد قرارداد ندارند. به‌عنوان مثال بانک به‌جای اینکه قرض ربوی دهد، تحت عنوان مشارکت، مقداری سرمایه در اختیار متقاضی قرار می‌دهد تا متقاضی به‌عنوان عامل، آن را در یک فعالیت اقتصادی سودآور به جریان درآورد. طبق قرارداد شرکت، بانک و مشتری می‌بایست در سود و زیان سهام‌دار باشند. حال اگر در عقد شرکت به‌منظور دفع ضرر از یکی از متعاملین، شرطی گنجانده شود، چنین شرطی با روح و ماهیت این عقد منافات دارد؛ چراکه در عقد شرکت شرکاء در سود و زیان شریک‌اند، لیکن با چنین شرطی تسهیم و تقسیم سود و زیان منتفی می‌گردد. آنچه متعاقبین می‌بایست در این عقد قصد کنند، مفهوم شراکت در اصل سرمایه و در سود و زیان است. با چنین شرطی در ابتدای عقد، گویی متعاملین قصد شراکت را ندارند.

سؤال اصلی این است که آیا گنجاندن چنین شرطی که بنا بر برخی از دیدگاه‌های فقهی هم شرط کردن آن بلاشکال است با روح و مقتضای عقود مشارکتی منافات ندارد؟ آیا این شروط گواهی از عدم قصد واقعی متعاملین نمی‌باشد؟» [۷]

• آیت‌الله نوری همدانی:

شرط مذکور صحیح نیست و موجب بطلان عقد شرکت نیز می‌شود.

• آیت‌الله مظاهری:

اگر ظاهر قرارداد طبق یکی از عقود شرعی باشد، معامله صحیح است، اما معلوم است که تا انسان مجبور نباشد پرهیز از این گونه سرمایه‌گذاری‌ها بسیار به‌جا است.

• آیت‌الله سیستانی:

اگر شرط به نحوی باشد که کشف از عدم قصد جدی معامله کند، موجب بطلان آن است.

و پرداخت نماید». این صلح ربوی^۱ که به‌صورت شرط ضمن عقد آمده، با توجه به بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی دارای اشکال است چون ماهیت قرارداد مشارکت را زیر پرسش می‌برد و قرارداد را از تعریف مشارکت خارج می‌کند. این صلح اگر شریک را در فرض زیان ده بودن موضوع مشارکت به پرداخت سود ملزم نماید، به‌طور حتم اشکال دارد؛ چون شریک (فعال اقتصادی) به پرداخت سودی که محقق نگردیده ملزم شده که مصداق قاعده اکل مال بالباطل است [۵].

همان‌طور که گفته شد برای تحقق مشارکت مدنی به معنای حقیقی، ایرادی در قوانین و مقررات بانکی وجود ندارد؛ بلکه مشکل، نحوه عملکرد بانک‌ها است چرا که عقد مشارکت را به عقدی با سود معین و قطعی تبدیل می‌کند که با ماهیت و ذات مشارکت در تعارض است. مقتضای ذات مشارکت، مالکیت مشاع و تسهیم در سود و زیان است و شرطی که باعث زیان به یک‌طرف شود و مغایر ذات عقد مشارکت باشد، طبق احکام شرعی و قانون باطل تلقی شوند. در ادامه شروط مغایر با مقتضای عقد از دو منظر فقهی و قانونی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

شروط مغایر با مقتضای عقد مشارکت از منظر شرع و قانون

۱. شرط و شرایط صحت شرط در فقه

در ضمن یک عقد، شرط‌هایی را می‌توان قرار داد که عمل به آن در صورتی واجب است که شرایط صحت شرط را داشته باشد. برخی از این شرایط که با موضوع بحث مرتبط هستند عبارت‌اند از:

• معقول بودن: شرط باید دربردارنده غرض عقلایی باشد. اگر در قرارداد شرطی شود که هیچ غرض و فایده‌ی عقلایی نداشته باشد، باطل و بی‌اثر است.

• عدم مخالفت با شرع: این امر به‌صورت مسلم میان همه فقیهان پذیرفته شده است که نباید مورد تعهد مخالفتی با دستورهای شارع مقدس داشته باشد.

• عدم مخالفت با مقتضای عقد: مخالفت گاه با مفاد قرارداد است؛ این شرط باطل و بی‌اثر خواهد بود. گاهی شرط موردنظر با آثار عرفی یا شرعی یک قرارداد در منافات است، در این صورت این شرط به علت مخالفت با مقتضای عقد باطل است. شرط خلاف مقتضای ذات عقد حاکی از آن است که طرفین، قصد واقع

۲. شرط و شرایط صحت آن در قانون مدنی

شرط در اصطلاح حقوقی عبارت است از: «ماهیت حقوقی تبعی که به صورت وابسته به یک عقد انشاء می‌گردد» [۸] به دیگر سخن، مراد از شرط، تعهدی است که در ضمن عقد، قرار می‌گیرد [۹]. قانون^۱ شرطی که نامشروع باشد را باطل اعلام کرده ولی آن را مفسد عقد ندانسته است. منظور از شرط نامشروع، هر شرطی است که مخالف قانون، اخلاق حسنه و یا نظم عمومی باشد. بنابراین در صورتی که در یک عقد، شرطی درج شود که خلاف قانون باشد، عقد صحیح است ولی آن شرط باطل است؛ اما قانون‌گذار شرطی که خلاف مقتضای عقد باشد را باطل و موجب بطلان عقد دانسته است؛ یعنی هم عقد باطل است و هم شرط ضمن آن. منظور از مقتضای ذات عقد، همان‌طور که گفته شد اثری است که اگر از عقد گرفته شود، جوهره آنچه مورد رضایت طرفین است، از بین می‌رود [۱۰]؛ مانند اینکه شرطی در عقد مشارکت مدنی درج شود که اثر عقد مشارکت، یعنی سهیم بودن شرکا در سود و زیان را به طور مطلق نفی کند.

نتیجه‌گیری

بر مبنای مطالبی که ذکر شد روشن است حتی با وجود تصویب فرم یکنواخت قرارداد مشارکت مدنی توسط شورای پول و اعتبار همچنان اشکال‌های اساسی وجود دارد که مشروعیت قرارداد مشارکت مدنی را متزلزل می‌کند؛ چون برخی از شروطی که در آن به عنوان شرط ضمن عقد گنجانیده شده است نامشروع و یا خلاف مقتضای ذات عقد مشارکت است. فرم قرارداد مذکور که با قرارداد مشارکت، شباهتی ندارد، همچنان بانک‌ها را در اخذ سود تضمینی معین و از پیش تعیین شده، حمایت و قانون‌گذار را از اهداف خود دور می‌کند. به بانک‌ها پیشنهاد می‌شود در صورتی که قصد مشارکت واقعی با فعال اقتصادی را ندارند بجای اضافه کردن شروط مغایر با ذات عقد مشارکت، از انعقاد این عقود صرف‌نظر و از روش‌های دیگر با نرخ سود معین مانند قرارداد استصناع استفاده کنند؛ یعنی سفارش ساخت کالا یا پروژه‌ای را در برابر مبلغی معین بپذیرد، سپس ساخت آن کالا یا پروژه را در برابر مبلغی دیگری به پیمانکار یا سازنده سفارش دهد، در این صورت تفاوت مبلغ این دو قرارداد، سود قطعی بانک را تشکیل می‌دهد.

اما پیشنهاد به فعالان اقتصادی:

همان‌طور که گفته شد مقررات مربوط به سیاست‌های پولی، بانکی و قراردادها از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی تلقی می‌شود، بنابراین توافقی و تراضی اشخاص و بانک‌ها برخلاف مقررات مذکور فاقد اثر حقوقی بوده و نافذ نمی‌باشد. تسهیلات گیرنده در ابتدا بایستی تقاضای ابطال شروط باطل و یا قرارداد را از مرجع ذیصلاح درخواست نماید و بعد از موفقیت در این مرحله نسبت به مطالبه خسارات خود از بانک‌ها، اقدام نمایند، به عبارتی دیگر، شرط ضمن عقد، تسهیلات گیرنده متعهد را به ایفای آن ملزم می‌کند ولی در صورتی که وی با بانک به شرط باطل توافقی نمایند، راهی برای اعتراض نزد مراجع قضایی و اثبات نادرست بودن آن باز است.

منابع

- [۱] طالبی، محمد؛ کیانی، حسن، ریشه‌یابی چالش‌های استفاده از عقود مشارکتی در نظام بانکداری جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲، بهار و تابستان ۱۳۹۱، ص ۵۶-۳۷
- [۲] سلطانی، محمد، حقوق بانکی، بنیاد حقوقی میزان، چ سوم، ۱۳۹۵
- [۳] صیادی، مهدی؛ نرگسیان، محمد، متون فقه، آراء سبز، چ سوم، ۱۳۹۱
- [۴] شمشیری، محسن، عملکرد وام بانکی در سال ۹۵، تارنما اقتصاد گردان، شهریور ۱۳۹۵ کد ۸۰۸۷۶
- [۵] نظریپور، محمدتقی؛ ملاکریمی فرشته، بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی، شماره ۵۷، بهار ۱۳۹۴، ص ۱۴۴
- [۶] احسانگر، نورا، بررسی فقهی و حقوقی شروط باطل و تأثیر آن در عقود، شماره ۱۰، سال پنجم، پاییز و زمستان ۱۳۹۲، ص ۵۱-۲۹
- [۷] ملاکریمی، فرشته، حکم شرط جبران ضرر در عقود مشارکتی، تارنما پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی جمهوری اسلامی، مهر ۱۳۹۲ کد ۵۰۳۴۲
- [۸] بیات، فرهاد، بیات، شیرین، شرح جامع حقوق مدنی بر اساس نظریات علمای برجسته حقوق، چ نهم، تابستان ۱۳۹۵
- [۹] صابری، حسین؛ صفایی، مریم، نگرشی بر تأثیر شروط باطل در عقد، شماره ۹۰، پاییز ۱۳۹۱، ص ۱۲۶-۱۰۱
- [۱۰] کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چ سی و هشتم، میزان، پاییز ۱۳۹۲

۱ - بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی

۲ - بند ۱ ماده ۲۳۳ قانون مدنی