



Critique and Analysis of Standardized Forms of Banking Contracts in Terms of Contractual Requirements from the Perspective of Islamic Jurisprudence and Law

Mohammad Sadegh Khorsandi

Abstract

Conventional banking operations are not accepted in the Islamic economic legal system due to the prohibition of usury (riba). Therefore, Islamic jurists and legal scholars have proposed and expanded the use of specific contract structures (nominated contracts) to execute banking operations. Between 2013 and 2015, the Money and Credit Council of the Central Bank approved standardized forms of banking contracts, requiring all banks and financial institutions to adopt these forms in their financial and credit operations. This article aims to assess the compliance of these forms with the jurisprudential and legal requirements of the aforementioned nominated contracts and their obligations. The findings show that, while these standardized forms have contributed to organizing banking operations, the lack of conformity with the jurisprudential and legal requirements of these contracts has, in some cases, led to contractual flaws. The invalidity of the contract, usurious (riba-containing) transactions, and the emergence of judicial complexities and challenges in banking activities—which undermine speed and trust in economic relations—are some of the undesirable outcomes of using these forms in banking operations.

Keywords

1. Contract requirements
2. Banking contracts forms
3. Banking operations
4. Banking facilities



نقد و تحلیل فرم های متحد الشکل عقود بانکی از لحاظ الزامات عقد از منظر فقه و حقوق

محمدصادق خرسندی^۱

چکیده

عملیات بانکی متعارف در نظام حقوق اقتصادی اسلام به دلیل حرمت ربا مورد پذیرش نمی باشد؛ ازاین رو فقها و حقوقدانان اسلامی استفاده از قالب های عقود معین در تحقق عملیات بانکی را پیشنهاد و گسترش داده اند. شورای پول و اعتبار بانک مرکزی در سال های ۱۳۹۲ تا ۱۳۹۴ اقدام به تصویب فرم های متحدالشکل عقود بانکی نموده و تمام بانک ها و مؤسسات مالی و اعتباری را ملزم نمود تا در عملیات بانکی و اعتباری خود این فرم ها را ملاک عمل قرار دهند. در این مقاله سعی بر این بوده است تا میزان تطابق این فرم ها با ضوابط و قواعد فقهی و حقوقی عقود معین مزبور و الزامات آن مورد سنجش قرار بگیرد. بررسی ها نشان می دهد فرم های مزبور اگرچه در راستای نظم دهی به عملیات بانکی مؤثر بوده اند، اما عدم تطابق مفاد آن ها با الزامات فقهی و حقوقی عقود معین، در برخی موارد منجر به خلل در روند قرارداد می گردد. بطلان قرارداد، ربوی شدن معامله و ایجاد پیچیدگی ها و معضلات قضایی در روند فعالیت بانک ها که مخل عنصر سرعت و اعتماد در روابط اقتصادی است، از نتایج نامطلوب استفاده از این فرم ها در عملیات بانکی است.

کلیدواژه:

الزامات عقد، فرم های عقود بانکی، عملیات بانکی، تسهیلات بانکی

۱. دانشجوی دکتری مدیریت و برنامه ریزی - استاد حوزه علمیه مروی

**۱. مقدمه**

مدنی و میزان تطبیق آن با قواعد فقهی، بر آن‌اند که مخالفت با مقتضای ذات عقد، اکل مال به باطل و ربوی بودن شرط تضمین سود، عمده‌ترین اشکالات فقهی موجود در این‌گونه قراردادها می‌باشند؛ رفع این اشکالات در گرو حذف ماده مربوطه در قرارداد دانسته شده است.

در پژوهشی دیگر، قلیچ و ملاکریمی (قلیچ و ملاکریمی، ۱۳۹۴) جریمه تأخیر تأدیه را به عنوان یکی دیگر از اشکالات فقهی قراردادهای بانکی معرفی کرده و استفاده از روش‌های تشویقی نظیر جایزه خوش‌حسابی و روش‌های تنبیهی نظیر تعزیرات قانونی را جایگزین مناسبی برای آن معرفی می‌کنند. همچنین محبی (محبی، ۱۳۹۸) در جهت حل مشکل وجه التزام یا عقد صلح مبتنی بر پرداخت مبلغی در فرض تأخیر تأدیه، استفاده از شرط وجه التزام ضمن عقود مبادله‌ای فیما بین بانک و گیرنده تسهیلات و همچنین داخل کردن وجه التزام در سود اصلی پیش‌بینی شده و تخفیف آن به عنوان جایزه خوش‌حسابی را به عنوان راهکار پیشنهاد کرده است.

۱-۱. الزامات مشترک عقود

برخی از الزامات عقود مختص عقد

هر یک از عقود بانکی از لحاظ فقهی و حقوقی الزاماتی دارند که عدم رعایت آن‌ها به صحت و سلامت عقد خلل وارد می‌سازد. از سوی دیگر، در اثر مشکلات ایجاد شده در زمینه عملیات بانکی با محوریت عقود بانکی مصرح در قانون عملیات بانکی بدون ربا، شورای پول و اعتبار بانک مرکزی در سال‌های ۱۳۹۲ تا ۱۳۹۴، در راستای اجرای تبصره ذیل ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار^۱ مصوب ۱۳۹۰، اقدام به تصویب فرم‌های متحدالشکل عقود تسهیلات بانکی نموده و تمامی بانک‌ها و مؤسسات مالی را ملزم کرد تا در اجرای عملیات بانکی، از فرم‌های مزبور در چهارچوب قانون عملیات بانکی بدون ربا استفاده نمایند.

در این پژوهش که با روش توصیفی و تحلیلی صورت گرفته است، الزامات عقود بانکی از منظر فقه و حقوق مورد توجه قرار گرفته و میزان رعایت این لوازم در فرم‌های متحدالشکل قرارداد بانکی در بخش تسهیلات و سایر قوانین مربوطه در صحنه عمل به تفصیل مورد بررسی قرار می‌گیرد. نظریور و ملاکریمی (نظریور و ملاکریمی، ۱۳۹۴) در یک تحقیق حول قرارداد مشارکت

۱. ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶: «کلیه دستگاه‌های اجرایی مکلفند به منظور ایجاد تراضی و عادلانه نمودن قراردادهای و قراردادهای الحاقی در انعقاد قرارداد با شرکت‌های بخش خصوصی و تعاونی برای خرید کالا یا خدمت، از فرم‌های یکنواخت استفاده نمایند و یک نسخه از این فرم‌ها را برای هر کدام از اتاق‌ها ارسال دارند. تبصره - بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مکلف است ظرف شش ماه پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون فرم‌های یکنواختی برای هر یک از عقود اسلامی که منجر به اعطاء تسهیلات می‌شود، همچنین نحوه اعطاء تسهیلات و شیوه‌های اخذ ضمانت نامه از بخش‌های خصوصی و تعاونی متناسب با اعتبارسنجی مشتریان را تهیه کند و به تصویب شورای پول و اعتبار برساند و بر حسن اجرای آن نظارت نماید.»



خاصی نبوده و عدم رعایت آن‌ها در هر یک از عقود مربوط به عملیات بانکی موجب ورود خلل به صحت عملیات مزبور می‌شود:

۱-۱. تقارن اطلاعات

از جمله لوازم مشترک در عقود مشارکتی، اطلاعات متقارن طرفین قرارداد است (باقری و بستانی، ۱۳۹۳: ۱۲۲). در روند اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا، شرایط تحقق اطلاعات نامتقارن فراهم می‌گردد؛ شرایطی که طی آن یک طرف قرارداد اطلاعات خاصی در مورد قرارداد دارد که طرف دیگر از آن محروم است (ابریشمی و دیگران، ۱۳۹۵: ۴۸) (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۶) و می‌تواند با سوءاستفاده از این اطلاعات، طرف دیگر را استثمار نماید (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۱۴). لزوم توجه به این مسئله از آن جهت است که در عقود مشارکتی، حسن اجرای عقد صرفاً منوط به شرایط اقتصادی مناسب مشتری نیست؛ بلکه امانت‌داری، صداقت و حسن نیت او نیز تعیین‌کننده است (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۶). چراکه گیرنده تسهیلات به عنوان عامل، اطلاعات بیشتری نسبت به پروژه و نحوه فعالیت و سودآوری آن دارد تا بانک به عنوان کارفرما (ابریشمی و دیگران، ۱۳۹۵: ۴۹). این در حالی است که در منابع دینی اسلام بر برابری و شفافیت اطلاعات و صداقت بین طرفین معامله تأکید شده است (صادقی سقدل و خانزاده، ۱۳۹۵:

۲۱۰). ضوابطی چون لزوم مشخص بودن قیمت (العاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.: ۲۰۶) و کیفیت کالا، موضوع، نوع و شروط مبادله، زمان قبض و اقباض (صادقی سقدل و خانزاده، ۱۳۹۵: ۲۲۱) و تعالیمی نظیر ممنوعیت غش در معامله (حر عاملی، ۱۴۳۴ ه.ق.: ۴۱۴)، لزوم وفای به عهد، پرهیز از تبلیغات دروغین در معاملات، نفی غرر، منع آرایش و تزئین کالا (العاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.: ۲۱۹)، نهی از تلقی رکنان (العاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.: ۲۲۵)، نهی از احتکار (العاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.: ۲۲۶)، منع از کم‌فروشی (حر عاملی، ۱۴۳۴ ه.ق.: ۳۸۱)، منع از تبانی بر گران‌فروشی (حر عاملی، ۱۴۳۴ ه.ق.: ۳۹۴)، منع از دلالی و واسطه‌گری (العاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.: ۲۲۴)، منع از نجش (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ه.ق.: ۳۴۸) و ورود در معامله دیگری (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ه.ق.: ۴۵۳)، منع از سوگند خوردن در معاملات (العاملی (شهید ثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.: ۲۲۰) و منع از شکایت از محدودیت درآمد و سود (حر عاملی، ۱۴۳۴ ه.ق.: ۴۱۲)، پیش‌بینی خیار غبن در معاملات و همچنین قواعد فقهی لا ضرر، احترام مال مسلمان، المؤمنون عند شروطهم، همگی به عنوان منبع فقهی لزوم تقارن اطلاعات در معاملات مورد استناد قرار گرفته‌اند (صادقی سقدل و خانزاده، ۱۳۹۵: ۲۱۲-۲۲۰).

عدم رعایت اصل تقارن اطلاعات



می‌تواند حسب مورد منجر به «کژگزینی»^۱ یا «کژمنشی»^۲ گردد؛ در حالت اول، عدم دسترسی دقیق بانک به اطلاعات و توانمندی‌های مشتری و ویژگی‌های طرح‌ها و فعالیت‌های او سبب انتخاب اشتباه و قرار گرفتن منابع مالی در اختیار افراد نالایق می‌گردد (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۷). این مسئله در بلندمدت سبب حذف افراد با ریسک پایین از سهمیه منابع بانکی و تخصیص عمده آن به افراد با ریسک بالا خواهد شد (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۱۵). و در حالت دوم، گیرنده تسهیلات، وجوه دریافت شده را در فعالیت‌های نامطلوب با ریسک بالا و بدون نظارت بانک به کار می‌گیرد یا درآمدها و هزینه‌های واقعی فعالیت خود را از بانک مخفی نگاه می‌دارد (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۷). بدیهی است که در هر دو صورت، بانک و نظام اقتصادی دچار ضررهای غیرقابل پیش‌بینی اعم از عدم یا تأخیر بازپرداخت تسهیلات، کاهش رشد اقتصادی (طغیانی، صمدی و صادقی، ۱۳۹۴: ۷)، اتلاف منابع مالی و هدایت نقدینگی به بخش‌های مضر اقتصاد نظیر دلالی و... خواهند شد.

۲-۱. شرط وجه التزام

در زمینه شروط ضمن عقد نیز ضوابطی وجود دارد که عدم رعایت آن‌ها به صحت عقد خلل وارد می‌سازد. یکی از شروط

قراردادی قابل تأمل در نظام فقهی و حقوقی اسلام، شرط وجه التزام تأخیر تأدیه دین است (محبی، ۱۳۹۸: ۴۱۳). مواد ۷ قرارداد قرض الحسنه، ۸ قرارداد خرید دین، ۹ و ۱۰ قراردادهای مزارعه و مساقات، ۱۰ قراردادهای اجاره به شرط تملیک، سلف، جعاله، استصناع، مرابحه و مضاربه، و بند چهار ماده ۱۳ قرارداد مشارکت مدنی، در مورد این شرط است و در خصوص صحت شرعی آن به دلیل شبهه ربوی بودن، بین فقها اختلاف نظر است (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۵) (آهنگران و ملاکریمی خوزانی، ۱۳۸۹: ۱۸۳). برخی فقها نظیر آیت‌الله صافی گلپایگانی (صافی گلپایگانی، ۱۳۸۲)، آیت‌الله فاضل لنکرانی (فاضل لنکرانی، بی‌تا: ج ۱ ص ۳۰۷)، آیت‌الله گلپایگانی (گلپایگانی، ۱۴۰۵: ق: ۱۹۱) و آیت‌الله مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ق: ۱۹۶)، دریافت وجه التزام را به عنوان یک شرط کیفری مالی، ولو ضمن عقد خارج لازم و با هدف ملزم کردن بدهکار به پرداخت بدهی خود، پذیرفته‌اند (آهنگران و ملاکریمی خوزانی، ۱۳۸۹: ۱۸۲-۱۸۶). برخی دیگر نیز مشروعیت آن را تحت عنوان تعزیر مالی و با استناد به حدیث نبوی که بیان می‌دارد: «مسامحه و مماطله کسی که به پرداخت بدهی خود قادر است، آبرو و مجازات وی را حلال می‌کند.» (بروجردی، ۱۴۲۹: ق: ۷۱۹) مورد تأکید قرار داده‌اند (آهنگران و ملاکریمی

1. Adverse Selection

2. Moral Hazard



خوزانی، ۱۳۸۹: ۱۸۶ و ۱۸۷).

در نقطه مقابل، برخی دیگر از فقها نظیر مرحوم صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۱۵ق: ۱۲۱)، شیخ انصاری (انصاری، ۱۴۱۵ق)، آیت الله تبریزی (تبریزی، ۱۴۱۶ق) و امام خمینی (ره) (موسوی خمینی، بی تا: ۴۵۷) هرگونه تأجیل دین در مقابل زیاده را مشمول عنوان و حکم ربای جاهلی دانسته اند. از آنجا که وجه التزام درج شده در قراردادهای بانکی نظیر فروش اقساطی یا عقود مشارکتی به عنوان راهی برای افزایش مدت پرداخت در نظر گرفته شده و بازدارندگی عرفی ندارد، می تواند مشمول این عنوان باشد (آهنگران و ملاکریمی خوزانی، ۱۳۸۹: ۱۹۹).

۳-۱. تنجیز عقد

همچنین با وجود اختلاف بین فقها در جزئیات، به نظر اکثریت ایشان یکی از شرایط اصلی صحت عقود، تنجیز عقد است؛ به طوری که بر آن ادعای اجماع شده است (الحسینی الحائری، ۱۴۳۸ ه.ق.: ۶۸) (الحسینی المراغی، ۱۴۱۷ ه.ق.: ۲۰۴). بر این اساس، عقدی که معلق به امر دیگری شده باشد، باطل تلقی می گردد (امامی، ۱۳۸۲: ۱۷۷). این شرط نه تنها در عقود لازم، بلکه در عقود جایز نیز جاری می باشد (برجی و حق خواه، ۱۳۹۶: ۷۱). در بند چهار مواد ۱۵ قرارداد قرض الحسنه، ۱۶ قرارداد خرید دین، ۱۸ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع و مرابحه، ۱۹ قراردادهای مزارعه و مساقات،

۲۱ قرارداد اجاره به شرط تملیک، ۲۲ قرارداد مضاربه و ۲۳ قرارداد مشارکت مدنی شرط شده است که بانک وکیل بلاعزل و وصی بعد از فوت مالک یا مالکین مورد وثیقه است؛ بدین ترتیب، عقد وکالت و وصایت معلق به فوت شده است، در حالی که منجز بودن از شرایط صحت عقد می باشد (نظریور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۵۰). مضافاً بر این که عقد وصایت در مواد مزبور با دو ایراد دیگر نیز مواجه می باشد:

- اولاً، از جهت ایجاب و قبول، در عقد وصایت، موصی ایجاب کننده و وصی قبول کننده ایجاب می باشد (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۲۴۰). این در حالی است که در متن قراردادهای مزبور، علی الظاهر این بانک است که وصی بودن خود را به موصی ارائه کرده و موصی قبول می کند.
- ثانیاً، عقد وصایت از جانب موصی تا زمانی که در قید حیات باشد، جایز است (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۲۴۰). لذا مشتری بانک می تواند پس از انعقاد قرارداد بانکی، عقد وصایت را - که بر خلاف عقد وکالت دارای شرط عدم فسخ نمی باشد - به صورت یک طرفه فسخ کند. بدین ترتیب، بانک در استیفای حقوق خود از وثیقه پس از فوت مشتری دچار مشکل خواهد شد.



۴-۱. شروط تحمیلی

از دیگر مواردی که می‌توان به آن اشاره کرد، تحمیل شروط ضمن عقد بر مشتری توسط بانک است (شهبازی غیائی، ۱۳۹۵: ۱۰). فرم‌های مصوب شورای پول و اعتبار دارای تعداد قابل توجهی از شروط تحمیلی هستند که متقاضیان تسهیلات ناچار به قبول و امضای شروط مزبور می‌باشند. این مسئله با فلسفه وجودی فرم‌های مزبور که به تصریح ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار عبارت است از ایجاد تراضی و عادلانه نمودن قراردادهای، در تضاد است؛ چراکه نه تنها تراضی نسبت به شروط مزبور در عمل حاصل نمی‌شود، بلکه محتوای این شروط مخالفت قطعی با اصل عدالت در قراردادها دارد. مهم‌ترین این شروط در فرم‌های مزبور عبارت‌اند از:

۱. شرط پذیرش اعتبار دفاتر و صورت حساب‌های بانک یا مؤسسه اعتباری و عدم حق اعتراض به آن‌ها در تمام موارد و نزد تمامی مراجع رسمی، موضوع مواد ۴ قرارداد خرید دین، ۵ قرارداد قرض الحسنه، ۶ قرارداد اجاره به شرط تملیک، ۷ مرابحه، ۸ قراردادهای سلف، جعاله و استصناع، ۱۴ قراردادهای مزارعه و

مساقات و ۱۷ قراردادهای مشارکت مدنی و مضاربه.^۱

۲. حق انحصاری تشخیص تخلف مورد قبول متقاضی برای بانک و صدور اجرائیه جهت وصول مطالبات، موضوع مواد ۵ و ۱۴ قرارداد قرض الحسنه، ۱۵ قرارداد خرید دین، ۱۷ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع، مرابحه، ۱۷ و ۲۱ قرارداد مضاربه، ۱۷ و ۲۲ قرارداد مشارکت مدنی، ۱۸ قراردادهای مزارعه و مساقات و ۲۰ قرارداد اجاره به شرط تملیک.^۲

۳. حق غیرقابل رجوع در مورد استیفای مستقیم دیون توسط بانک‌ها و مؤسسات اعتباری از موجودی هر یک از حساب‌ها، اموال و اسناد مشتری یا ضامن نزد بانک، در صورت عدم پرداخت در سررسید، رأساً و بدون نیاز به حکم قضایی یا اجرایی و غیرقابل اعتراض و لازم‌الاجرا برای مشتری و ضامن، موضوع مواد ۹ قرارداد قرض الحسنه، ۱۰ قرارداد خرید دین، ۱۲ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع، مرابحه، مزارعه و مساقات، ۱۳ قرارداد اجاره به شرط تملیک،

۱. متن ماده: «دفاتر و صورت حساب‌های بانک/مؤسسه اعتباری در هر مورد معتبر است. دفاتر و صورت حساب‌های بانک/مؤسسه اعتباری از نظر اعلام به مراجع قضایی و یا دفاتر اسناد رسمی و ادارات و دوایر اجرای ثبت جهت محاسبات بعدی در جریان عملیات اجرایی در هر مورد ملاک عمل می‌باشد.»

۲. متن ماده: «در صورتی که به تشخیص بانک/مؤسسه اعتباری، مستاجر (مشتری) و یا وثیقه‌گذار/گزاران و یا ضامن/ضامنین از مفاد این قرارداد تخلف نمایند، بانک/مؤسسه اعتباری می‌تواند نسبت به صدور اجرائیه جهت وصول مطالبات خود به طرفیت هر یک از اشخاص یاد شده اقدام نماید.»



۱۵ قرارداد مضاربه و ۱۶ قرارداد مشارکت مدنی. این شرط علاوه بر تحمیلی بودن، خلاف مندرجات قانون تجارت در مورد نحوه تصفیه حساب تجار متوقف و ورشکسته نیز می باشد؛ چراکه مطابق قوانین مربوط به ورشکستگی، دین تاجر متوقف یا ورشکسته به بانک اگر دارای وثیقه نباشد باید در کنار سایر دیون وی قرار گرفته و بانک در زمره سایر طلبکاران و غرماً درآید؛ اگرچه در مقام عمل، عموماً دین افراد به بانک دارای وثیقه یا ضامن می باشد.^۱

۴. تعهد مشتری به بیمه اموال موضوع قرارداد و وثایق در برابر آتش سوزی، انفجار، زلزله، سیل، صاعقه و سایر خطرات مرتبط به تشخیص بانک یا مؤسسه اعتباری به هزینه خود و به نفع بانک، موضوع مواد ۱۳ قرارداد قرض الحسنه، ۱۴ قرارداد خرید

دین، ۱۶ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع و مرابحه، ۱۷ قراردادهای مزارعه و مساقات، ۱۹ قرارداد اجاره به شرط تملیک، ۲۰ قرارداد مضاربه و ۲۱ قرارداد مشارکت مدنی.^۲

۵. تعهد مشتری به پرداخت کلیه هزینه های ثبت قرارداد از جمله حق الثبت و حق التحریر بدون حق رجوع به بانک یا مؤسسه اعتباری، موضوع مواد ۱۸ قرارداد قرض الحسنه، ۱۹ قرارداد خرید دین، ۲۱ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع و مرابحه، ۲۳ قراردادهای مزارعه و مساقات، ۲۵ قرارداد اجاره به شرط تملیک، ۲۶ قرارداد مضاربه و ۲۷ قرارداد مشارکت مدنی.^۳

۶. سلب و اسقاط حق هرگونه ایراد و اعتراض نسبت به مفاد قرارداد و نیز نسبت به اقدامات اجرایی بانک یا مؤسسه اعتباری برای وصول

۱. متن ماده: « مستاجر (مشتری) و ضامن/ضامنین طی عقد لازم، به طور غیر قابل رجوع به بانک/مؤسسه اعتباری اجازه و اختیار دادند که هرگونه مطالبات خود ناشی از این قرارداد را اعم از مستقیم یا غیر مستقیم پس از سر رسید یا حال شدن دیون و در صورت عدم پرداخت، از موجودی هر یک از حساب ها (ریالی و ارزی)، اموال و اسناد آنان نزد بانک/مؤسسه اعتباری و یا سایر بانک ها و موسسات اعتباری، راساً و بدون نیاز به حکم قضائی یا اجرایی برداشت نموده و به حساب بدهی مستاجر (مشتری) منظور نماید.... اقدام بانک/مؤسسه اعتباری در این خصوص برای مستاجر (مشتری) و ضامن/ضامنین غیر قابل اعتراض و لازم الاجرا می باشد. »

۲. متن ماده: « مستاجر (مشتری) تعهد نمود اموال موضوع عملیات ناشی از این قرارداد و حسب مورد در صورت تقاضای بانک/مؤسسه اعتباری هر آن چه مورد وثیقه قرار می گیرد را پس از امضای قرارداد حاضر، در مدت انجام آن، همه ساله به مبلغی که مورد موافقت بانک/مؤسسه اعتباری باشد در برابر آتش سوزی، انفجار، زلزله، سیل، صاعقه و سایر خطرات مرتبطی که بانک/مؤسسه اعتباری تعیین می کند، نزد یکی از شرکت های بیمه مجاز، به هزینه خود و به نفع بانک/مؤسسه اعتباری بیمه نماید و بیمه نامه را بلادرنگ به بانک/مؤسسه اعتباری تسلیم کند... در صورتی که مستاجر (مشتری) تعهدات خود را به شرح فوق انجام ندهد، بانک/مؤسسه اعتباری می تواند وثائق را وکالتاً از طرف مستاجر (مشتری) به هزینه خود بیمه نموده و مبلغ هزینه شده را از مستاجر (مشتری) مطالبه یا به حساب وی منظور نماید...»

۳. متن ماده: « کلیه هزینه های مربوط به ثبت قرارداد حاضر از جمله حق الثبت و حق التحریر، بدون حق رجوع به بانک/مؤسسه اعتباری، کلاً به عهده مستاجر (مشتری) است. »



(بیگدلی و ارزشنگی، ۱۳۹۳) که در عمل اتفاق نمی‌افتد؛ لذا صحت این شروط و آثار مترتب بر آن مورد خدشه است.

از جمله این موارد می‌توان به مواد ۴ قرارداد مضاربه در مورد سلب حق رجوع و فسخ، ۸ همان قرارداد در مورد تعهد عامل به بازپرداخت اصل سرمایه در فرض زیان، تبصره ماده ۱۰ قرارداد مزبور راجع به تعهد عامل به پرداخت اصل سرمایه پرداختی بانک به علاوه فواید مترتب بر آن در صورت عدم پرداخت وجوه در سررسید مقرر، و تبصره ماده ۱۲ قرارداد مذکور در مورد تعهد عامل به پرداخت اصل سرمایه پرداختی بانک در فرض استفاده غیرمجاز از تسهیلات اعطایی و ۱۷ قرارداد خرید دین، ۱۹ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع، مرابحه، ۲۰ قراردادهای مزارعه و مساقات، ۲۳ قرارداد مضاربه، ۲۴ قرارداد مشارکت مدنی در مورد سلب حق عزل و ضم امین و وکیل و غیره در کلیه وکالت‌های تفویضی به بانک و همچنین حق اجرای مورد وکالت توسط خود موکل اشاره کرد؛ نکته قابل توجه در این مورد، ذکر شرط اخیر در مواد ۱۶ قرارداد قرض الحسنه و ۲۲ قرارداد اجاره به شرط تملیک بدون ذکر عقد خارج لازم است؛ به عبارت دیگر، در قراردادهای مزبور، مشتری به عنوان شرط قراردادی، حق عزل و ضم وکیل و امین و غیره و حق اجرای مورد

مطالبات خود و ایفای تعهدات مشتری در هر مرحله از عملیات اجرایی توسط وی، موضوع مواد ۲۰ قرارداد قرض الحسنه، ۲۱ قرارداد خرید دین، ۲۳ قراردادهای سلف، جعاله، استصناع و مرابحه، ۲۵ قراردادهای مزارعه و مساقات، ۲۶ قرارداد اجاره به شرط تملیک، ۲۸ قراردادهای مشارکت مدنی و مضاربه.^۱

۷. اسقاط کلیه اختیارات، علی‌الخصوص اختیار عیب و غبن در عقود دارای اختیار طبق مفاد مواد ۳ قرارداد خرید دین، ۵ قرارداد اجاره به شرط تملیک، ۶ قرارداد مرابحه و ۷ قراردادهای سلف، مزارعه و مساقات، و اسقاط حق رجوع و فسخ به صورت مستقیم یا ضمن قرارداد لازم خارج در عقود دیگر طبق مواد ۴ قرارداد مضاربه، ۶ قراردادهای استصناع و مشارکت مدنی و ۷ قرارداد جعاله.

۵-۱. عقد خارج لازم

در نهایت، آنچه در فرم‌های متحدالشکل مزبور تحت عنوان شرط ضمن عقد لازم خارج ذکر شده است، بنا بر رأی دادگاه تجدیدنظر در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۰۰۱۳۸۵ مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۲۷، از لحاظ صحت و آثار، منوط به تحقق واقعی چنین عقدی در خارج است

۱. متن ماده: «... تمامی امضاکنندگان قبول نمودند که کلیه مندرجات قرارداد را پذیرفته و نسبت به آن هیچ گونه اختلافی ندارند و مستاجر (مشتری)، ضامن/ضامنین و وثیقه‌گذار/گذاران حق هر گونه ایراد و اعتراضی را نسبت به مفاد قرارداد و نیز نسبت به اقدامات اجرایی بانک/موسسه اعتباری برای وصول مطالبات خود و ایفای تعهدات مستاجر (مشتری) در هر مرحله از عملیات اجرایی، از خود سلب و اسقاط نمود.»



بانکی با این ویژگی‌ها مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲. الزامات عقود مبادله‌ای (تخصیص

منابع (۱)

در این مبحث به الزاماتی پرداخته خواهد شد که مختص عقود خاص می‌باشند. از این رو تنها عقودی مطرح خواهند شد که الزامات آن‌ها تناسب لازم با عملیات بانکی را نداشته باشد.

۱-۱-۲. الزامات عقد اجاره به شرط تملیک

صرف نظر از اختلافات موجود در تعیین ماهیت این قرارداد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۷۸)، فرم قرارداد اجاره به شرط تملیک مصوب شورای پول و اعتبار بانک مرکزی، غیر از آنچه تحت عنوان شروط تحمیلی از آن یاد شد، مغایرت دیگری با ضوابط و موازین عقد اجاره ندارد؛ برخی از شروط تحمیلی مزبور نیز مختص عقد اجاره به شرط تملیک بوده و در سایر قراردادهای کاربردی ندارند، از جمله:

۱. تعهد مستأجر به پرداخت کلیه

هزینه‌های مربوط به مورد اجاره شامل هزینه‌های تعمیرات، تکمیل و نگهداری و ... حتی در مواردی که اساسی و کلی باشد بر اساس بند ۳ ماده ۷. این در حالی است که ماده ۴۸۶ قانون مدنی به عنوان یک اصل، این هزینه را بر عهده موجر قرار داده است؛ اگرچه امکان شرط خلاف در

وکالت را در کلیه وکالت‌های تفویضی در همین قرارداد از خود سلب نموده است که با توجه به جایز بودن اصل وکالت مطابق ماده ۶۷۸ قانون مدنی، شروط مزبور نیز جایز بوده و در فرض عزل وکیل، از اعتبار ساقط خواهند بود. دیوان عالی کشور در رأی خود در دادنامه شماره ۳۷۲/۹۰۹۹۷۰۹۰۹۹۷۰۹۳ مورخ ۱۳۹۳/۰۸/۲۸ بر این نظر صحه می‌گذارد. (الهی و ربانی نژاد، ۱۳۹۳)

بنا بر آنچه تاکنون بیان شد، روشن گردید که در فرم‌های متحدالشکل قراردادهای بانکی برخی از الزامات مشترک عقود بانکی از جمله لزوم تقارن اطلاعات طرفین قرارداد، عدم افزایش بدهی در قبال افزایش مدت بازپرداخت، لزوم تنجیز عقد و عدم تعلیق آن، عدم وجود شروط تحمیلی به یک طرف قرارداد و لزوم وجود واقعی عقد خارج لازم در موارد مقتضی رعایت نشده‌اند. در بخش بعدی، الزامات اختصاصی عقود و میزان تطبیق فرم‌های متحدالشکل با این الزامات مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲. الزامات اختصاصی عقود

عمده عملیات بانکی در دو حیطه تخصیص منابع و تجهیز منابع تحقق می‌یابد. در حیطه تخصیص منابع، بانک از دو دسته عقود مبادله‌ای و عقود مشارکتی بهره می‌برد که هر یک ویژگی‌های خاص خود را دارد. در ادامه، ویژگی‌های هر یک از عقود مبادله‌ای، عقود مشارکتی و عقود بخش تجهیز منابع و تطبیق فرم‌های متحدالشکل



خرید موضوع اجاره می‌کند که در بسیاری موارد، در مقام عمل، کالایی خریداری نمی‌شود؛ و یا بانک مشتری را به فروشنده مد نظر خود ارجاع می‌دهد تا کالای مد نظر را دریافت کند و بانک مبلغ کالا را به فروشنده می‌پردازد؛ در هر دو حالت بانک در حین قرارداد، مالک منفعت عین مستاجر نیست و قدرتی بر تسلیم آن ندارد.

۲. مطابق ماده ۴۸۱ قانون مدنی: «هرگاه عین مستاجر به واسطه عیب از قابلیت انتفاع خارج شده و نتوان رفع عیب نمود، اجاره باطل می‌شود.» این ماده در اجاره اموال مثلی که می‌توان مورد اجاره را به صورت کلی معلوم کرد، مشکلی ایجاد نمی‌کند؛ چراکه مطابق ماده ۴۸۲ در چنین موردی موجر ملزم به تبدیل می‌شود. اما در مورد اموال قیمی که عین مشخص موضوع اجاره است، ماده ۴۸۱ دلالت بر بطلان اجاره دارد؛ این بطلان بر خلاف فسخ، منوط به اراده طرفین نیست تا بتوان آن را مشمول اسقاط حق فسخ دانست. این مسئله حیطه فعالیت بانک در قالب عقد اجاره به شرط تملیک را محدود به اموال مثلی و اعیان کلی می‌کند.

۳. ید مستأجر نسبت به عین مستاجر، امانی است (الطباطبائی الیزدی،

این ماده پیش‌بینی شده است، ولی این شرط زمانی واجد اثر است که حاصل توافق طرفین و غیرتحمیلی باشد.

۲. همچنین تعهد مستأجر به پرداخت تمام هزینه‌های انتقال مالکیت، استفاده یا عمل و نصب اموال مورد اجاره شامل مالیات، عوارض، حق الثبت، حق الوکاله و ... موضوع ماده ۸.

اما آنچه در مورد این عقد حائز اهمیت است، ابهام در مورد برخی ضوابط و موازین قانونی عقد اجاره در قانون مدنی است که در فرم مزبور اشاره‌ای به آن‌ها نشده است؛ لازمه این امر، رجوع به ضوابط عقد اجاره در قانون مدنی است که پایبندی به برخی از آن‌ها با عملیات بانکی سازگاری ندارد؛ اهم این موارد به شرح زیر است:

۱. مطابق ماده ۴۷۰ قانون مدنی، قدرت بر تسلیم عین مستاجر در صحت اجاره شرط است؛ از سوی دیگر، مطابق ماده ۴۷۳ قانون مدنی، موجر باید لااقل مالک منفعت عین مستاجر باشد. در قرارداد اجاره به شرط تملیک، بانک در هنگام انعقاد قرارداد نه مالک عین مستاجر است و نه مالک منافع آن و بالتبع قدرت تسلیم در حین قرارداد را نیز ندارد؛ بلکه یا مبلغی را نقداً به مشتری پرداخته و وی را وکیل در



۱۴۲۸ ه.ق. ۶۱)؛ لذا در فرض تلف عین مستاجر، مستأجر ضامن نخواهد بود. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۹۶) با توجه به اینکه در عقد اجاره به شرط تملیک، تملیک عین مستاجر در پایان دوره اجاره صورت می‌گیرد، تلف عین مستاجر از مال بانک خواهد بود. ماده ۴۹۳ قانون مدنی بیان می‌دارد: «مستأجر نسبت به عین مستاجر ضامن نیست به این معنی که اگر عین مستاجر بدون تفریط یا تعدی او کلاً یا بعضاً تلف شود، مسئول نخواهد بود...» ماده ۴۸۳ قانون مدنی در چنین حالتی مقرر می‌دارد: «اگر در مدت اجاره عین مستاجر به واسطه حادثه کلاً یا بعضاً تلف شود، از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود و در صورت تلف بعض آن، مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه تقلیل نسبی مال الاجاره نماید.» بنابراین، در فرض تلف کلی عین مستاجر، قرارداد اجاره منفسخ می‌شود و اراده طرفین دخالتی در وضعیت قرارداد ندارد؛ ماده ۴۹۶ قانون مدنی تأکید می‌کند که «عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستاجر از تاریخ تلف باطل می‌شود...» همچنین در فرض تلف بعض، چون مستأجر حق فسخ

قرارداد را از خود سلب نموده است، می‌تواند تقاضای کاهش اجاره‌بها را بدهد. در حالیکه بانک‌ها زیر بار انفساخ قرارداد یا کاهش اجاره‌بها و هزینه تلف مال نمی‌روند. از سوی دیگر، ماده ۱۶ قرارداد مقرر می‌دارد که در فرض فسخ قرارداد از جانب بانک، مستأجر مستحق دریافت اقساط پرداخت شده و مبلغ پیش‌پرداخت موضوع ماده ۴ قرارداد منهای سود و هزینه‌های بانک است؛ در حالیکه در عقد اجاره، فسخ قرارداد چنین حقی برای مستأجر ایجاد نمی‌کند و حتی اگر مبنای چنین حقی را فسخ قرارداد از جانب بانک بدانیم، این سوال همچنان باقی است که چرا سود اقساط از شمول چنین حکمی مستثنا شده‌اند؛ این در حالی است که اقساط مزبور در واقع ماهیتی جز اجاره‌بها ندارند و حکم اجاره‌بها در هر صورت باید یکسان باشد.

۴. نکته دیگر، حکم ماده ۱۱ قرارداد اجاره به شرط تملیک است که به شرط تملیک می‌پردازد. مطابق این ماده: «در صورتی که مستأجر نسبت به پرداخت کل مال الاجاره و سایر مطالبات ناشی از این قرارداد که بر ذمه وی تعلق گرفته است اقدام نماید، بانک/مؤسسه اعتباری ... عین مستاجر را در ملکیت مستأجر



عنوان کسی که شرط تملیک به نفع او شده است، حق فسخ قرارداد را از خود سلب نموده است؛ بنابراین، در فرض ممتنع بودن یا ممتنع شدن انجام شرط، مشتری متضرر می‌گردد.

۲-۱-۲. الزامات عقد بیع اقساطی و عقد

مراجعه

دو عقد بیع اقساطی و مراجعه از آنجا که بر پایه عقد بیع شکل می‌گیرند (العاملی (الشهید الثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.، ۲۹۰)، دارای الزامات مشترکی می‌باشند.

در این قراردادها بانک کالای مورد نیاز مشتری را خریداری کرده و به صورت اقساط یا به صورت مراجعه در اختیار او قرار می‌دهد. بدیهی است که تحقق این عقود، منوط به حقیقت داشتن و واقعی بودن مفاد آن است. از این رو، ابتدا بانک باید حقیقتاً مالک کالا شده و سپس مشتری، کالای مزبور را به یکی از طرق مذکور از بانک خریداری نماید. با توجه به نیاز این عملیات به نیرو و هزینه زیاد، بانک‌ها با پرداخت مبلغ کالا به خود مشتری به صورت نقد یا اعتبار، او را وکیل می‌کنند تا از طرف بانک کالا را خریده و به خود بفروشد.

یکی از مهم‌ترین الزامات عقد بیع، وجود موضوع و مورد معامله است؛ (العاملی (الشهید الثانی)، ۱۴۲۷ ه.ق.، ۱۹۹) به طوری که فقدان موضوع باعث بطلان عقد می‌گردد.

درمی‌آورد. این ماده دلالت بر این دارد که شرط تملیک در قرارداد مزبور، از نوع شرط فعل می‌باشد و نه شرط نتیجه. بدیهی است در صورت امتناع بانک از این کار، فرآیند الزام طبق مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی صورت می‌پذیرد. در این باره باید به دو نکته توجه نمود: اول اینکه مطابق آنچه پیش‌تر ذکر شد، تشخیص تخلف از قرارداد منحصراً در اختیار بانک است و مشتری حق هرگونه ایراد و اعتراض را از خود سلب نموده است (مواد ۲۰ و ۲۶ قرارداد)؛ لذا بانک می‌تواند مطابق ماده ۱۶ قرارداد، با ادعای تخلف مشتری از انجام تعهدات خود، قرارداد را فسخ نموده و با برگرداندن اقساط دریافتی و پیش‌پرداخت مشتری، سود و هزینه‌های خود را دریافت دارد. در صورت ارجاع اختلاف به محاکم قضایی نیز حکم به نفع بانک خواهد بود، چراکه مطابق ماده ۶ قرارداد، دفاتر و صورت حساب‌های بانک معتبر و ملاک عمل در مراجع قضایی و رسمی می‌باشند. دوم اینکه مطابق ماده ۲۴۰ قانون مدنی، اگر انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که در زمان عقد ممتنع بوده است، مشروط‌له حق فسخ خواهد داشت. در فرض حاضر، مشتری به



(شهیدی، ۱۳۸۳: ۱۸) در عقود بیع موضوع عملیات بانکی، در بسیاری موارد اساساً موضوعی برای معامله وجود ندارد و طرفین صرفاً با هدف اعطای وام و بازپس‌گیری اصل و سود آن در طی زمان مشخص اقدام به انعقاد چنین قراردادی می‌کنند. بدیهی است در چنین فرضی، قرارداد باطل خواهد بود.

مسئله دیگر، تفکیک بین عقد و تعهد به عقد است. فرم قرارداد بانکی بین بانک و مشتری منعقد می‌شود و فروشنده کالا نقشی در آن ندارد؛ لذا با توجه به اینکه در زمان انعقاد قرارداد، بانک کالا را خریداری نکرده است، مشتری طبق ماده ۲ قرارداد صرفاً متعهد می‌شود که در فرض خرید کالا توسط بانک، آن را از بانک خریداری نماید. بنابراین، موضوع قرارداد، انشای عقد بیع است نه انتقال مالکیت مبیع. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۷) در این حالت اگر بانک خود اقدام به خرید کالای مزبور نماید ولی مشتری از خرید کالا منصرف شود، مشکلات جدی برای بانک ایجاد خواهد شد که تنها از طریق مراجعه به مراجع قضایی قابل حل است. (شهیدی، ۱۳۸۳: ۶۹) این مسئله با توجه به ضرورت اصل سرعت و اطمینان در روابط تجاری پیچیده موجود، هزینه‌هایی را بر بانک تحمیل می‌کند که مخل کارویژه

اصلی آن است. همچنین در فرض ممنوع یا محدود شدن خرید و فروش موضوع معامله یا غیرمقدور شدن تسلیم آن در فاصله بین دو قرارداد، الزام مشتری به خرید کالا از بانک غیرمقدور می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۵۷؛

۲-۱-۳. الزامات عقد سلف

یکی از الزامات عقد سلف، عدم امکان فروش مبیع قبل از سررسید موضوع سلف است (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۹۷) که عدم توجه به آن، مقبولیت فقهی اینگونه معاملات را دچار خدشه خواهد کرد. (نظریور و لطفی‌نیا، ۱۳۹۴: ۱۴۹ و ۱۵۴) این مسئله معضلی است که در بحث از سلف موازی مطرح است. در سلف موازی، خریدار سلف اول، موضوع معامله را قبل از سررسید سلف اول، به صورت سلف به شخص ثالثی می‌فروشد. (صادقی‌مقدم و دیگران، ۱۳۹۵: ۳۳) حقوقدانان برای رفع معضل سلف موازی، چنین مقرر کرده‌اند که در سلف دوم، کالایی که از نظر جنس و خصوصیات شباهت کاملی با مبیع سلف اول دارد، موضوع قرارداد قرار گیرد. (ره‌پیک و کریمیان، ۱۳۹۵: ۵۷) با این وجود، ظاهر مواد ۴ و ۵ قرارداد سلف بانکی، دلالت بر این دارد که مبیع سلف دوم، همان مبیع سلف اول می‌باشد که مجدداً به خود فروشنده سلف اول فروخته می‌شود.^۱ البته نکته قابل توجه در این مواد، عدم تحقق سلف موازی است؛

۱. متن ماده ۴: «بانک/موسسه اعتباری حق اختیار فروش کالای موضوع این قرارداد را به فروشنده در سررسید تحویل به مبلغ ... دارد.»

متن ماده ۵: «فروشنده حق اختیار خرید کالای موضوع این قرارداد از بانک/موسسه اعتباری به مبلغ مندرج در ماده ۴ در سررسید تحویل را دارد.»



قرارداد جعاله مصوب شورای پول و اعتبار، برای در امان ماندن از آثار جواز این عقد، در ماده ۷ مقرر می‌دارد: «جاعل ضمن عقد خارج لازم، تمامی تعهدات و مفاد این قرارداد را پذیرفته و حق فسخ این قرارداد را از خود سلب نمود.» اگرچه قرار دادن تعهدات ناشی از این قرارداد و همچنین سلب حق فسخ در ضمن عقد خارج لازم آثار سوء جواز عقد برای عملیات بانکی را از بین می‌برد، ولی عدم وجود واقعی چنین عقدی در عالم واقع، اعتبار شرط مزبور را مختل می‌سازد.

اما آنچه بیش از هر چیز در قرارداد جعاله بانکی حائز اهمیت است این است که عملی که برای آن جعل قرار داده می‌شود، عمدتاً در عالم واقع وجود خارجی ندارد. از آنجا که بند ۱ ماده ۵ قرارداد جعاله این امکان را به بانک می‌دهد که جاعل را نماینده خود در انجام موضوع جعل قرار دهد، در غالب موارد، متقاضی تسهیلات از این شیوه جهت دریافت تسهیلات نقدی بهره می‌برد، در حالی که در عالم واقع عملی صورت نمی‌پذیرد.

در مجموع آنچه بیان شد، می‌توان نتیجه گرفت که نویسندگان فرم‌های متحدالشکل قراردادهای بانکی، در راستای تأمین کارکردهای عملیات بانکی، برخی الزامات ویژه عقود مبادله‌ای اجاره به شرط تملیک، بیع اقساطی، مرابحه، سلف و جعاله را مورد توجه قرار نداده‌اند که این مهم صحت و مشروعیت این عقود را تحت الشعاع قرار

بلکه طرفین تنها حق خرید و فروش موضوع معامله را در سررسید برای مشتری و بانک پیش‌بینی می‌نمایند. در این حالت اگرچه سلف موازی شکل نمی‌گیرد، ولی این مشکل ایجاد می‌شود که اگر مشتری در سررسید قرارداد سلف، از خرید محصول خود از بانک امتناع ورزد، بانک مستمسک قانونی برای الزام او به خرید محصول را نخواهد داشت.

۲-۴. الزامات عقد جعاله

عقد جعاله از لحاظ عدم لزوم تعیین کیفیت عمل و اجرت من جمیع الجهات (العاملی) (الشهید الثانی)، (۱۴۲۴ ه.ق. ۷۹)، قالب مناسبی برای عملیات بانکی به نظر می‌رسد. ماده ۵۶۳ قانون مدنی می‌گوید: «در جعاله معلوم بودن اجرت من جمیع الجهات لازم نیست ...» و ماده ۵۶۴ همین قانون نیز بیان می‌دارد: «... ممکن است عمل هم مردد و کیفیت آن نامعلوم باشد.» با این وجود، در قرارداد جعاله مصوب شورای پول و اعتبار نیز ردپای شروط تحمیلی خاص این قرارداد مشاهده می‌شود؛ تبصره ماده ۵ در مورد ناتمام ماندن جعاله بیان می‌دارد: «جاعل حق هرگونه ایراد و اعتراض نسبت به ناتمام ماندن عملیات جعاله و جعل بانک/مؤسسه اعتباری را از خود سلب و اسقاط نمود.»

گذشته از این مورد، به تصریح فقها (العاملی) (الشهید الثانی)، (۱۴۲۴ ه.ق. ۸۱) و ماده ۵۶۵ قانون مدنی، جعاله تعهدی جایز است و تابع احکام عقود جایز می‌باشد.



می دهد.

۲-۲. الزامات عقود مشارکتی (تخصیص منابع)

(۲)

برخی الزامات قراردادی در بین تمامی عقود مشارکتی یکسان است؛ از این رو قبل از پرداختن به الزامات خاص هر یک از عقود مشارکتی، می بایست نقاط اشتراک آنها را به عنوان عقود مورد استفاده در عملیات بانکی مورد توجه قرار داد.

از جمله این الزامات مشترک، عدم قابلیت تعیین سود یا زیان و میزان آن قبل از اتمام قرارداد است. این مسئله به قدری اهمیت دارد که برخی اندیشمندان، عدم تضمین و اطمینان را ذاتی این عقود دانسته اند (قائمی اصل و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۱۰). بنا بر این اصل، چنانچه سود واقعی قرارداد بیش از سود علی الحساب تعیین شده باشد، باید تفاوت سود مزبور پرداخت شود و اگر کمتر باشد، سود اضافه پرداخت شده باید مسترد گردد. این در حالی است که در مقام عمل، از یک طرف، بانک در فرض کمتر بودن نرخ سود واقعی از سود علی الحساب، توانایی استرداد وجوه اضافه پرداخت شده را نداشته و آن را هبه می نماید (قائمی اصل و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۱۲) و از سوی دیگر، گیرندگان تسهیلات صرف نظر از تفاوت نرخ سود واقعی با نرخ سود تعیین شده، موظف به پرداخت نرخ سود معین شده توسط بانک می باشند. این مسئله در مورد زیان نیز مطرح است؛ مطابق عقود مشارکتی، بانک در زیان

مشتري شريك است؛ اما آنچه در عمل اتفاق می افتد، عدم پذیرش زیان از سوی بانک است. در حقیقت بانک با تحمیل شرایط قراردادی خاص بر مشتریان، حاضر به شراکت با مشتری در زیان حاصل از پروژه نیست (مستخدمین حسینی، ۲۰۱۶). گذشته از موارد مزبور، هر یک از عقود مشارکتی دارای الزامات خاص خود است که در ادامه مورد بررسی قرار می گیرد:

۲-۲-۱. الزامات عقد مشارکت مدنی

عقد مشارکت مدنی دارای الزامات و موازینی است که عدم رعایت آنها در عملیات بانکی موجب ایجاد مشکل و مخدوش شدن مشروعیت آن شده است. اهم این اشکالات عبارتند از: شرط مخالف مقتضای عقد؛ اکل مال به باطل و ربوی بودن شرط تضمین سود (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۳۷).

۲-۲-۱-۱. الزامات شرط ضمن عقد

شرطی که در ضمن عقد مشارکت مدنی تحقق می یابد، الزاماتی دارد که عدم رعایت آنها حسب مورد، شرط یا عقد را باطل می سازد. اولین لازمه شرط طبق ماده ۲۳۳ قانون مدنی این است که نباید مخالف با مقتضای عقد باشد. مخالفت با مقتضای عقد به سه صورت قابل فرض است: اول اینکه مفاد شرط، متلازم عقد صحیح دیگری باشد؛ دوم اینکه مخالفت شرط با مفاد عقد



مقتضای عقد که حاکی از تقسیم سود و زیان به نسبت سهم‌الشرکه است، می‌باشد (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۴).

همچنین در ماده ۲۱ قرارداد مشارکت مدنی شرط شده است که شریک بانک موظف به پرداخت هزینه بیمه مورد وثیقه و اموال موضوع مشارکت است؛ این شرط در زمینه بیمه مورد وثیقه بلاشکال است، اما هزینه بیمه موضوع مشارکت، یکی از اقلام مشارکت است که باید بر عهده هر دو شریک قرار گیرد (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۶). همچنین مطابق ماده ۲۳۲ قانون مدنی، شرط نباید مخالف با شرع داشته باشد والا باطل خواهد بود. ماده یازده مذکور به سه دلیل خلاف شرع نیز می‌باشد: اول اینکه در فرض عدم سود و الزام شریک به پرداخت سود، مصداق اکل مال به باطل تحقق می‌یابد؛ دوم اینکه این ماده قرارداد شرکت را از ماهیت اصلی آن خارج و شریک را ملزم به پرداخت زیاده‌ای می‌کند که اضافه بر رأس‌المال و ربا است؛ دلیل سوم هم الزام شریک به قبول چنین شرطی است که مصداق بارز تحمیل شرط بر مشتری و غیرشرعی می‌باشد (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۴).

از جمله شروط تحمیلی دیگر که در قرارداد مزبور وجود دارد، شرط اداره تبرعی امور شرکت توسط گیرنده تسهیلات موضوع ماده ۷ قرارداد است. تبصره ماده مزبور حق تشخیص قصور گیرنده تسهیلات در اداره شرکت مدنی را نیز به بانک واگذار می‌کند.

به معنای عدم قصد طرفین نسبت به انجام عمل حقوقی باشد؛

و سوم اینکه مفاد شرط، آثار عرفی یا شرعی عقد را مختل سازد.

در هر دو فرض اخیر، شرط باطل و بی‌اثر خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۳۱۱). یکی از آثار شرعی عقد مشارکت مدنی، تقسیم سود و زیان به نسبت سهم طرفین است (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۱۷۲). در قرارداد مشارکت مدنی، سود حاصل از مشارکت در پایان قرارداد به نسبت سهم مشاع شرکا بین آن‌ها تقسیم می‌شود؛ مگر اینکه شریکی کار بیشتری انجام داده و به تناسب آن، سهم بیشتری دریافت کند. در هر صورت، سهم بیشتر بدون کار اضافی از نظر فقها و ماده ۵۷۵ قانون مدنی مردود است (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۱) و موجب بطلان شرط و عقد (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۱۷۲): «هر یک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشد مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آن‌ها در مقابل عملی، سهم زیادتری منظور شده باشد.»

ماده یازده قرارداد مشارکت مدنی مصوب شورای پول و اعتبار در سال ۹۲ مقرر می‌دارد: «... شریک ملزم و متعهد شد که سهم‌الشرکه متعلقه بانک/مؤسسه اعتباری به همراه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک/مؤسسه اعتباری را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت کند.» این شرط که در قالب عقد صلح بیان شده است، به نوعی تضمین سود محقق نشده و خلاف



همچنین ماده ۱۲ قرارداد، شریک را ملزم می‌سازد که در فرض فروش نرفتن موضوع مشارکت، شخصاً اقدام به خرید آن نموده و وجه آن را به حساب مشترک مشارکت مدنی واریز نماید.

شروط ضمن قرارداد همچنین نباید خلاف قاعده عدل و انصاف باشد. شروط تحمیلی مذکور در قرارداد مشارکت مدنی، علاوه بر ایجاد خدشه در اراده شریک بانک، خلاف قاعده عدل و انصاف نیز می‌باشد (قراملکی و دادخواه، ۱۳۹۲: ۱۱۴ و ۱۱۵).

۲-۱-۲-۲. جایز بودن عقد

از جمله لوازم عقد مشارکت مدنی، جایز بودن آن است؛ لذا هر یک از طرفین هرگاه بخواهند می‌توانند آن را فسخ نمایند؛ همچنین عقد به فوت، سفاهت یا جنون هر یک از طرفین منحل خواهد شد (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۰). ماده ۶ قرارداد مشارکت مدنی بیان می‌دارد که شریک بانک ضمن عقد لازم خارج، حق رجوع و فسخ قرارداد را از خود سلب می‌نماید. اگرچه این ماده از لحاظ شرعی و حقوقی بلااشکال است، ولی عقد خارج لازم باید به طور واقعی تحقق پیدا کند تا شرط مزبور نافذ باشد (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۴)؛ در حالی که در عمل چنین نیست.

۲-۱-۲-۳. امانی بودن عقد

عقد مشارکت مدنی از عقود امانی است؛ بدین معنا که ید شرکا در مورد موضوع مشارکت، ید امانی بوده و تنها در صورت

تعدی و تفریط ضامن خواهند بود (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۱۷۳). در حالی که بند ۲ ماده ۱۳ تصریح می‌نماید: «شریک مسئول جبران ضرر و زیان بانک و عواقب ناشی از تأخیر در اجرای موضوع مشارکت خواهد بود». این بند با اصل امانی بودن ید شریک در تعارض است (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۵۶).

۲-۱-۲-۴. عدم وجود رابطه دین

موضوع شرکت مطابق نظر جمیع فقها و همچنین قانون مدنی باید عین خارجی یا منفعت و یا حق باشد (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۱۷۱) و نه دین، خدمات یا اعتبار؛ عین خارجی مزبور به طور مشاع به ملکیت همه شرکا درمی‌آید؛ لذا در مشارکت مدنی، هیچ یک از طرفین مدیون دیگری نمی‌شود؛ بنابراین گرفتن وثیقه در قالب عقد رهن در این نوع از عقود جایز نیست؛ چرا که رهن مختص رابطه دین بین طلبکار و بدهکار است و در قرارداد مشارکت مدنی بانک ممکن است تا پایان قرارداد اساساً دینی ایجاد نشود. در ماده بیست قرارداد مشارکت مدنی جهت حسن انجام تعهدات، شرط وثیقه گنجانده شده است که در قالب رهن از مشتری بانک دریافت می‌شود و این مسئله با ماهیت مشارکت مدنی در تناقض است (موسویان و فیروزآبادی، ۱۳۸۷: ۱۲۲). البته بانک می‌تواند جهت اطمینان از بازپرداخت تسهیلات، وثیقه کافی بگیرد؛ ولی این وثیقه نباید در قالب عقد رهن باشد (خاوری، ۱۳۸۲: ۲۴۶). وثیقه اعم از رهن است و در



مصالحه بر عامل تحمیل می‌نماید.
 ۲. ماده ۸ مبنی بر تعهد عامل نسبت به اصل سرمایه بانک ضمن عقد خارج لازم و ماده ۹ مبتنی بر همین تعهد در فرض عدم قدرت عامل بر انجام یا اتمام موضوع قرارداد که ناشی از دلیلی خارج از اراده عامل باشد.
 ۳. تعهد عامل به خرید موضوع مضاربه به قیمت روز یا قیمت مورد موافقت بانک در فرض فروش نرفتن آن بر اساس تبصره ماده ۸.

علاوه بر این، قرارداد مزبور دارای نقاط ابهامی نیز می‌باشد؛ برای نمونه، مطابق بند ۲ ماده ۶ این قرارداد، هزینه بیمه کالا جزو هزینه‌هایی است که عامل می‌تواند از محل سرمایه مضاربه پرداخت نماید؛ حال آنکه ماده ۲۰ همین قرارداد، عامل را متعهد می‌سازد تا اموال موضوع عملیات ناشی از قرارداد را به هزینه خود و به نفع بانک بیمه نماید.
 از منظر حقوقی و تطابق قرارداد با ضوابط قانون مدنی، آنچه در مورد عقد شرکت بیان شد، با اختلافات جزئی در مورد عقد مضاربه نیز صادق است.

الف. الزامات شرط ضمن عقد

در قرارداد مضاربه نیز مانند قرارداد مشارکت، برخی از شروط با مقتضای عقد سازگار نیستند. یکی از اقتضائات عقد مضاربه، شراکت طرفین در سود و حمل زیان بر مالک است؛ شراکت طرفین در سود که

آن، برخلاف رهن، قبض وثیقه توسط ذینفع، شرط صحت عقد اصلی نیست؛ مال مورد وثیقه نیز می‌تواند برخلاف رهن، اعم از عین و دین باشد (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۴۶).
 بر همین اساس، برخی اندیشمندان گرفتن ضمان در عقود بانکی را مصداق قاعده «ضمان ما لم یجب» و باطل دانسته‌اند. بر اساس این قاعده، ضمان دینی که سبب آن به وجود نیامده باشد، باطل است. در عقد مشارکت که موضوع آن انجام تعهد است، نه تنها در زمان انعقاد عقد دینی وجود ندارد، بلکه ممکن است تا پایان مدت قرارداد نیز دینی ایجاد نشود (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۵۸). البته برخی اندیشمندان با توسعه مصادیق عقد ضمان، ضمان تعهد انجام کار را نیز پذیرفته‌اند؛ اما آنچه در عقد ضمان بانکی مد نظر است، ضمانت حسن انجام کار است که پذیرش آن تحت عنوان ضمان، به معنای توسعه مفهومی آن بوده و عقد جدیدی به حساب می‌آید؛ لذا مشمول عنوان ضمان ما لم یجب خواهد بود (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴: ۱۵۹).

۲-۲-۲. الزامات عقد مضاربه

در قرارداد مضاربه مصوب شورای پول و اعتبار نیز برخی شروط، تحمیلی و خاص این عقد می‌باشند؛ از جمله:

۱. تبصره ماده ۶ که بعد از مشخص شدن محل هزینه‌کرد سرمایه مضاربه در متن ماده، باقی هزینه‌ها را با عنوان



مورد تصریح ماده ۵۴۶ قانون مدنی می باشد، بر اساس ماده ۵۴۸ همین قانون باید به صورت جزء مشاع از کل منفعت حاصله باشد. در مورد زیان نیز ماده ۵۵۸ مقرر می دارد: «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است مگر اینکه به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.» قرارداد مضاربه مصوب شورای پول و اعتبار، اگرچه در زمینه تقسیم سود و مطابق ماده ۵ خود اختلافی با ضوابط فقهی و حقوقی ندارد، ولی در مورد زیان در ماده ۸ مقرر می دارد: «در صورتی که نتیجه عملیات مضاربه منجر به زیان شود، عامل با امضای این قرارداد و ضمن عقد خارج لازم دیگری متعهد گردید اصل سرمایه متعلقه را به حساب بانک/ مؤسسه اعتباری منظور نماید.» این ماده خلاف مقتضای عقد مضاربه است؛ چرا که علاوه بر این که عقد خارج لازم در واقعیت وجود ندارد، تعهد عامل طبق مفاد این ماده بر برگرداندن اصل سرمایه، بیش از آنکه شباهت به شرط تملیک مجانی خسارت از طرف عامل به مالک داشته باشد، شبیه شرط ضمان اصل سرمایه بانک و مطابق ماده ۵۵۸ قانون مدنی باطل و مبطل عقد است. تبصره ماده ۸ مذکور و همچنین ماده ۹ قرارداد، دلالت شرط مقرر در متن ماده ۸ بر ضمانت اصل سرمایه را تأیید می کند. تبصره

ماده ۸ بیان می کند: «در صورتی که موضوع مضاربه به فروش نرفته باشد، به قیمت روز یا قیمت مورد موافقت بانک/مؤسسه اعتباری از طرف عامل شخصاً خریداری و وجه آن به حساب مضاربه واریز و سود حاصل به تناسب مقرر فوق بین بانک/مؤسسه اعتباری و عامل تقسیم و سهم سود عامل به حساب وی منظور خواهد شد.» این تبصره به نوعی تضمین اصل سرمایه بانک توسط عامل است. همچنین ماده ۹ در مورد فسخ قرارداد توسط بانک به دلیل عدم قدرت عامل بر انجام یا اتمام آن بیان می دارد: «... در این صورت عامل مکلف به بازپرداخت سرمایه مضاربه و در صورت تحصیل سود، پرداخت سهم بانک/مؤسسه اعتباری از سود مکتسبه است.» حال آنکه اگر فسخ بانک به معنای بطلان معامله از ابتدا تفسیر شود، آنگونه که اقتضای بازپرداخت سرمایه مضاربه به بانک است، تقسیم سود مکتسبه بی مبناست؛ بلکه سود متعلق به بانک بوده و عامل اجرت المثل عمل خود را می گیرد؛ و اگر فسخ به معنای ابطال معامله از حین فسخ باشد، که به نظر می رسد چنین است، بازپرداخت سرمایه مضاربه به بانک معنایی جز تضمین اصل سرمایه بانک ندارد.

تبصره ماده ۱۰ قرارداد پا را فراتر گذاشته و علاوه بر تضمین اصل سرمایه بانک توسط عامل، تعهد وی به پرداخت سود را نیز از جانب او تضمین می کند: «مانده مطالبات ... شامل مانده از اصل سرمایه مضاربه پرداختی



بانک/مؤسسه اعتباری به علاوه فواید مترتب بر آن می باشد که عامل ضمن عقد خارج لازم تقبل نموده و ملزم به پرداخت آن گردیده است.» صحبت از نرخ سود مورد انتظار در مواد ۱۰، ۱۱ و ۱۲ قرارداد و همچنین تعیین آن در ماده ۱۳ مؤیدی بر تضمین سود معامله از جانب عامل می باشد.

آنچه در عقد مشارکت مدنی در مورد مخالفت شروط تضمین کننده اصل سرمایه و سود با شرع و همچنین مخالفت شروط تحمیلی با قاعده عدل و انصاف بیان شد، در مورد عقد مضاربه نیز صادق می باشد.

ب. جایز بودن عقد

نظر فقها (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۱۷۵) و تصریح ماده ۵۵۰ قانون مدنی بر این است که «مضاربه عقدی است جایز». بنابراین و همانطور که در بندهای ۱ و ۲ ماده ۵۵۱ قانون مدنی ذکر شده است، به موت یا جنون یا سفه احد طرفین یا مفلس شدن مالک به خودی خود منفسخ می گردد. جواز این عقد و آثار آن مانند سایر عقود بانکی با اهداف و عملکرد نظام بانکی سازگاری ندارد؛ لذا قرارداد مضاربه مصوب شورای پول و اعتبار در ماده ۴ مقرر می دارد: «... عامل ضمن عقد خارج لازم، حق رجوع و فسخ قرارداد را از خود سلب و ساقط نمود.» شرط مزبور همانطور که در عقد مشارکت بیان شد، علیرغم عدم مخالفت با شرع و قانون، به دلیل عدم تحقق عقد خارج لازم، وجهه شرعی و قانونی نداشته

و فاقد اعتبار می باشد.

یکی دیگر از عوامل انفساخ عقد مضاربه به حکم بند ۴ ماده ۵۵۱، عدم امکان انجام تجارتی است که منظور طرفین می باشد. این در حالی است که ماده ۹ قرارداد مضاربه مصوب شورای پول و اعتبار در چنین مواردی، اختیار فسخ را به بانک داده و بانک را مستحق دریافت اصل سرمایه مضاربه و سهم سود در صورت تحصیل آن می داند. ماده ۵۶۰ قانون مدنی با بیان اینکه «به غیر از آنچه فوقاً مذکور شد، مضاربه تابع شرایط و مقرراتی است که به موجب عقد بین طرفین مقرر است» این نکته را می رساند که مقررات قانون مدنی در زمینه عقد مضاربه صبغه آمرانه داشته و توافق طرفین در مورد موضوعات مورد تصریح قانون مدنی بی اثر می باشد. لذا چون مفاد ماده ۹ قرارداد مضاربه حکمی خلاف بند ۴ ماده ۵۵۱ دارد، در این زمینه نافذ نمی باشد.

ج. امانی بودن عقد

عقد مضاربه نیز مانند عقد مشارکت مدنی، از جمله عقود امانی است (شهید ثانی، ۱۳۸۰: ۱۷۷). ماده ۵۵۶ قانون مدنی در این زمینه بیان می دارد: «مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی شود مگر در صورت تفریط یا تعدی.» بند ۳ ماده ۵۵۱ قانون مدنی نیز تصریح می کند که در صورت تلف شدن تمام سرمایه و ربح، عقد مضاربه منفسخ می شود. مقتضای امانی



بودن عقد، عدم تعهد عامل نسبت به مالک در فرض انفساخ عقد است. همچنین از آنجا که بر اساس مفهوم مخالف ماده ۵۶۰ قانون مدنی، قواعد و ضوابط این قانون در حیطه عقد مضاربه جنبه آمرانه دارند، لذا توافق طرفین مبتنی بر ضمان عامل نسبت به اصل سرمایه مضاربه نافذ نخواهد بود. مواد ۸ و ۹ قرارداد مضاربه که مورد اشاره قرار گرفت، با تضمین اصل سرمایه مضاربه، عقد مضاربه را از ماهیت امانی آن خارج می‌کنند که با توجه به آمرانه بودن قواعد قانون مدنی در حیطه عقد مضاربه، شروط مذکور در مواد مزبور باطل خواهند بود.

۲-۳. الزامات عقود مزارعه و مساقات

قراردادهای مزارعه و مساقات مصوب شورای پول و اعتبار تعارض و تنافی خاصی با الزامات عقود مزارعه و مساقات در نظام فقهی و حقوقی ندارند. در زمینه عقود مزبور و با توجه به متن ماده ۲۴ قراردادها که مقرر می‌دارد: «سایر مواردی که در این قرارداد پیش‌بینی نشده است، حسب مورد، تابع مفاد مبحث اول (و دوم) فصل پنجم قانون مدنی می‌باشد.» باید در موارد سکوت به قانون مدنی مراجعه نمود. ماده ۵۲۷ قانون مدنی در مورد خروج زمین از حالت انتفاع مقرر می‌دارد: «هرگاه زمین به واسطه فقدان آب یا علل دیگر از این قبیل از قابلیت انتفاع خارج شود و رفع مانع ممکن نباشد، عقد مزارعه منفسخ می‌شود.» اگرچه شورای پول و اعتبار در ماده ۲ قراردادهای مزارعه و مساقات، اقرار به

رؤیت زمین و قابلیت زرع و سقی را به امضای مشتری بانک می‌رساند، اما اقرار مزبور ناظر به زمان انعقاد قرارداد است؛ حال آنکه ماده ۵۲۷ قانون مدنی از وضعیتی صحبت می‌کند که زمین در اثنای اجرای قرارداد از قابلیت انتفاع خارج می‌گردد. لذا حکم ماده مزبور به انفساخ قرارداد در چنین فرضی در قراردادهای بانک نیز جاری است و می‌تواند باعث متضرر شدن بانک گردد. چرا که ماده ۵۳۳ بیان می‌دارد: «اگر عقد مزارعه به علتی باطل شود، حاصل مال صاحب بذر است و طرف دیگر ... مستحق اجرت‌المثل خواهد بود.» بنابراین، در فرض انفساخ قرارداد، بانک تنها می‌تواند اجرت‌المثل زمین را دریافت کند. مطابق ماده ۵۳۵ قانون مدنی، این نتیجه در فرض عدم زراعت عامل نیز جاری است: «اگر عامل زراعت نکند و مدت منقضی شود، مزارع مستحق اجرت‌المثل است.» البته این حکم در مورد بطلان عقد مساقات جاری نیست، چرا که مطابق ماده ۵۴۴ قانون مدنی «در هر مورد که مساقات باطل باشد یا فسخ شود، تمام ثمره مال مالک است و عامل مستحق اجرت‌المثل خواهد بود.»

نکته دیگر، امانی بودن ید عامل طبق مفاد قانون مدنی است. ماده ۵۳۶ در این زمینه مقرر می‌دارد: «هرگاه عامل به طور متعارف مواظبت در زراعت ننماید و از این حیث حاصل کم شود یا ضرر دیگر متوجه مزارع گردد، عامل ضامن تفاوت خواهد بود.» حکم مزبور با توجه به اینکه قانون‌گذار در



در این زمینه تنها نکته‌ای که می‌توان به آن اشاره کرد، نحوه محاسبه کارمزد بانک است. مطابق ماده ۴ قرارداد قرض مصوب شورای پول و اعتبار: «... کارمزد متعلقه معادل ... درصد نسبت به مانده قرض الحسنه اعطایی موضوع این قرارداد در سال می‌باشد ...». تعیین کارمزد به صورت درصدی از مانده مطالبات، دلیل و وجه عقلی یا فقهی و حقوقی ندارد. اگر کارمزد بانک در ارائه خدمات بر اساس میزان تسهیلات اعطایی مشخص گردد، ماهیت خود را از دست داده و صبغه سود پیدا خواهد کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۶۲۶).

۲-۳-۲. الزامات عقد وکالت

بانک‌ها از مشتری وکالت می‌گیرند تا از جانب او به فعالیت اقتصادی بپردازند؛ این وکالت بر مشتری تحمیل شده و مشتری مجبور به قبول آن است. همچنین بانک‌ها باید جزئیات اقداماتی را که از سوی مشتری انجام می‌دهند گزارش داده و بر مبنای عقد وکالت، حساب معاملات خود را برای موکل خود تشریح نمایند (مستخدمین حسینی، ۲۰۱۶)؛ ماده ۶۶۸ قانون مدنی در مورد تعهدات وکیل مقرر می‌دارد: «وکیل باید حساب مدت وکالت خود را به موکل بدهد ...» اما در عمل چنین اتفاقی نمی‌افتد.

از سوی دیگر، بانک‌ها به اقتضای سمت وکالت و مطابق ماده ۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا موظفند سود حاصل از عملیات

مقام بیان و قانون‌گذاری است، دارای مفهوم مخالف می‌باشد که حکایت از امانی بودن ید عامل دارد.

هر آنچه در این قسمت در مورد عقد مزارعه بیان شد، به حکم ماده ۵۴۵ قانون مدنی در مورد مساقات نیز جاری است؛ مگر استثنایی که بیان آن گذشت.

بدین ترتیب ملاحظه می‌شود که برخی از الزامات اختصاصی عقود مشارکتی مشارکت مدنی، مضاربه، مزارعه و مساقات در فرم‌های متحدالشکل قراردادهای بانکی رعایت نشده‌اند.

۲-۳. الزامات عقود بخش تجهیز منابع

در این بخش، الزامات دو عقد قرض و وکالت را به عنوان اصلی‌ترین عقود موجود در بخش تجهیز منابع مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۲-۳-۱. الزامات عقد قرض

عقد قرض هم در بخش تجهیز و هم در بخش تخصیص منابع مورد استفاده قرار می‌گیرد. تفاوت استفاده از این قرارداد در این دو بخش، در مسئله کارمزد خلاصه می‌شود. بانک در بخش تجهیز منابع، سرمایه مدنظر را در قالب عقد قرض از مشتری دریافت کرده و در زمان سررسید یا عندالمطالبه همان مبلغ را باز می‌گرداند. اما در بخش تخصیص منابع، بانک علاوه بر بازپس‌گیری اصل سرمایه، مبلغی را که به صورت درصدی از اصل سرمایه تعیین می‌شود، به عنوان کارمزد خدمات ارائه شده دریافت می‌دارد.



بانکی را بر اساس قرارداد منعقد و متناسب با مدت و مبلغ سپرده‌گذاری، پس از جدا کردن سهم منابع بانک به نسبت مدت و مبلغ و همچنین حق الوکاله، به سپرده‌گذاران بپردازند. بر این اساس، زمان تعیین نرخ سود قطعی در پایان مدت قرارداد بانک با مشتری است. بانک‌ها برای اینکه بتوانند ماهانه به سپرده‌گذاران سود پرداخت نمایند، نرخ سود احتمالی تحت عنوان سود علی‌الحساب را متعهد می‌شوند تا در پایان قرارداد و بر اساس سود قطعی به دست آمده با سپرده‌گذار تسویه حساب نمایند. حال اگر نرخ سود علی‌الحساب به نرخ سود تضمینی و از پیش توافق شده تبدیل گردد که بانک حتی در شرایط زیان موظف به پرداخت آن باشد، خلاف مقتضیات عقد وکالت خواهد بود.

در نهایت، وکالت عقدی جایز است و طبق ماده ۶۷۹ همین قانون: «موکل می‌تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند، مگر اینکه وکیل با عدم عزل در ضمن عقد لازمی شرط شده باشد.» این در حالی است که نمی‌توان در عقود بانکی به سپرده‌گذار این اجازه را داد که هر زمانی که خواست، سپرده خود را مسترد دارد. در چنین مواردی شرط وکالت بلاعزل ضمن عقد خارج لازم اگرچه می‌تواند کارگشا باشد، اما همان‌طور که قبلاً ذکر شد، این امر منوط به تحقق واقعی عقد لازم در خارج است که در عمل اتفاق نمی‌افتد.

نتیجه‌گیری

فرم‌های متحدالشکل قراردادهای

بانکی مصوبه شورای پول و اعتبار بانک مرکزی در سال‌های ۹۲ تا ۹۴ که هم‌اکنون نیز مورد استفاده بانک‌ها در عملیات بانکی می‌باشند، اگرچه حرکتی مثبت در راستای نظم‌دهی به ضوابط و مقررات عملیات بانکی در نظام اقتصادی به شمار می‌آیند، اما عدم رعایت ضوابط و قواعد عمومی و اختصاصی عقود معین به‌کار گرفته شده در فرم‌ها در کنار تحمیل بسیاری از شروط ناخواسته به مشتریان، به صحت و اعتبار قراردادهای بانکی خلل وارد می‌سازد. این خلل در موارد مختلفی نظیر تعلیق عقد، عدم وجود موضوع معامله، شرط وجه التزام، شروط تحمیلی، عدم رعایت ویژگی‌های شرط ضمن عقد و عدم وجود عقد خارج لازم، منجر به بطلان عقد یا شرط شده و در مواردی نظیر لزوم تقارن اطلاعات طرفین معامله، امانی و جایز بودن برخی عقود، عدم اجرای تعهد به عقد و صلاحیت تشخیص متخلف، منجر به پیچیدگی‌های حقوقی و قانونی می‌گردد که تنها با ورود دادگاه به موضوع قابل حل می‌باشد. این مسئله با لزوم رعایت اصل سرعت و اعتماد در نظام اقتصادی در تعارض است.

از این رو پیشنهاد می‌گردد نواقص موجود در فرم‌ها با هم‌اندیشی فقها و حقوقدانان اصلاح شده، کارگزاران نظام بانکی و مشتریان تحت آموزش و آگاهی نسبت به حقوق و وظایف خود در هر یک از قراردادهای مربوطه قرار گیرند.



منابع

۹. انصاری، شیخ مرتضی. کتاب المکاسب. جلد ۶. قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری (ره)، ۱۴۱۵ق.
۱۰. آهنگران، محمد رسول، و فرشته ملاکریمی خوزانی. "بررسی فقهی و حقوقی وجه التزام بانکی." فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی ۴۰ (زمستان ۱۳۸۹): ۱۷۹ - ۲۰۸.
۱۱. باقری، محمود، و مصطفی بستانی. "تحلیل اقتصادی عقود مضاربه و مشارکت در چهارچوب بانکداری اسلامی نابرابری اطلاعاتی و کاهش کارایی." تحقیقات حقوقی ۶۷ (۱۳۹۳): ۱۰۵ - ۱۳۴.
۱۲. برجی، یعقوبعلی، و منیر حق خواه. "ملاک شناسی احکام معاملات و آثار آن در فقه امامیه." آموزه های فقه مدنی ۱۶ (پاییز و زمستان ۱۳۹۶): ۵۷ - ۸۰.
۱۳. بروجردی، سید حسین. جامع احادیث شیعه. جلد ۱۸. تهران: فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ق.
۱۴. بیگدلی، و ارژنگی. "وکالت بلاعزل ضمن عقد خارج لازم." (شعبه ۳۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران) ۱۳۹۳.
۱۵. تبریزی، جواد. إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب. جلد ۴. قم: موسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۶ق.
۱۶. حر عاملی، محمد بن حسن. تفصیل وسائل الشیعه الى مسایل الشریعه. جلد ۶. ۱۰ جلد. قم: ذوی القربی، ۱۴۳۴ ه.ق.
۱. ابریشمی، حمید، و دیگران. "مخاطره اخلاقی در عملیات بانکی بدون ربا." دانش مخاطرات ۳، شماره ۱ (بهار ۱۳۹۵): ۴۷ - ۶۰.
۲. الحسینی الحائری، السید کاظم. فقه العقود. جلد ۲.۲ جلد. قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۳۸ ه.ق.
۳. الحسینی المراغی، السید میر عبد الفتاح. العناوین الفقهیة. جلد ۲.۲ جلد. قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ه.ق.
۴. الطباطبائی الیزدی، السید محمد کاظم. العروة الوثقی مع تعلیقات عدة من الفقهاء العظام. جلد ۶.۵ جلد. قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۸ ه.ق.
۵. العاملی (الشهید الثانی)، الشیخ زین الدین. الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. جلد ۲.۴ جلد. قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۷ ه.ق.
۶. العاملی (الشهید الثانی)، الشیخ زین الدین. اروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. جلد ۳.۴ جلد. قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۴ ه.ق.
۷. الهی، و ربانی نژاد. "تاثیر شرط عدم عزل وکیل بر عقد وکالت." (شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور) ۱۳۹۳.
۸. امامی، سید حسن. حقوق مدنی. جلد ۱. تهران: اسلامیه، ۱۳۸۲.



۱۷. حسینی عاملی، سید محمد جواد. مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. جلد ۱۲. ۱۲ جلد. قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ه. ق.
۱۸. خاوری، محمود رضا. حقوق بانکی. جلد ۴. تهران: موسسه عالی بانکداری ایران، ۱۳۸۲.
۱۹. ره پیک، حسن، و محمد رضا کریمیان. "ماهیت و آثار قرارداد سلف موازی." دیدگاه های حقوق قضایی ۷۵ - ۷۶ (۱۳۹۵): ۵۵ - ۸۰.
۲۰. شهبازی غیائی، موسی. اظهارنظر کارشناسی درباره: «طرح بانکداری جمهوری اسلامی ایران» ۱. کلیات طرح. دفتر مطالعات اقتصادی (گروه بازارهای مالی)، تهران: مرکز پژوهش ها مجلس شورای اسلامی، ۱۳۹۵، ۱۶.
۲۱. شهید ثانی. مباحث حقوقی شرح لمعه. تدوین توسط اسد الله لطفی. تهران: مجد، ۱۳۸۰.
۲۲. شهیدی، مهدی. حقوق مدنی ۶ عقود معین ۱. تهران: مجد، ۱۳۸۳.
۲۳. صادقی سقدل، حسین، و یاور خانزاده. "اطلاعات نامتقارن و جایگاه آن در اقتصاد اسلامی." مطالعات اقتصاد اسلامی ۱۶ (بهار و تابستان ۱۳۹۵): ۱۹۹ - ۲۲۶.
۲۴. صادقی مقدم، محمد حسن، میثم موسی پور، و جلال سلطان احمدی. "تحلیل فقهی - حقوقی «قرارداد سلف موازی استاندارد» ابتکاری جدید برای بازار سرمایه." دانش حقوق مدنی ۱۰ (۱۳۹۵): ۲۷ - ۴۰.
۲۵. صافی گلپایگانی، لطف الله. "پاسخ به استفتای پژوهشکده حوزه و دانشگاه در مورد جریمه تأخیر." قم، ۱۳۸۲.
۲۶. طغیانی، مهدی، سعید صمدی، و زیبا صادقی. "تحلیل موضوع «اطلاعات نامتقارن» در قراردادهای مشارکتی بانکداری بدون ربا و راهکارهای آن." معرفت اقتصاد اسلامی ۱۳ (پاییز و زمستان ۱۳۹۴): ۵ - ۲۲.
۲۷. فاضل لنکرانی، محمد. جامع المسائل. جلد ۱. قم: انتشارات امیر قلم، بی تا.
۲۸. قائمی اصل، مهدی، و دیگران. "بررسی عوامل تعیین کننده سود خالص در بانکداری بدون ربا با تاکید بر تفاوت سود قطعی و علی الحساب (مطالعه موردی: نظام بانکداری بدون ربا ایران)." دو فصلنامه علمی پژوهشی مطالعات اقتصاد اسلامی ۸، شماره ۱۶ (بهار و تابستان ۱۳۹۵): ۱۰۵ - ۱۳۶.
۲۹. قراملکی، علی مظهر، و علی دادخواه. "پژوهشی پیرامون قاعده عدل و انصاف." پژوهش های فقهی ۱۳ (۱۳۹۲): ۱۰۵ - ۱۱۸.
۳۰. قلیچ، وهاب، و فرشته ملاکریمی. "تحلیل چالش های جریمه تاخیر تادیه در بانکداری بدون ربا و ارائه راهکار جایگزین." فصلنامه علمی پژوهشی



- العربی، ۱۴۱۵ق.
۴۰. نظریور، محمد نقی، و فرشته ملاکریمی. "بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی." فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی ۱۵، شماره ۵۷ (بهار ۱۳۹۴): ۱۳۷ - ۱۶۶.
۴۱. نظریور، محمد نقی، و یحیی لطفی نیا. "اجرای صحیح تسهیلات سلف در بانکداری اسلامی به کمک بورس تخصصی کالا در مورد کالاهای استاندارد بورسی." دو فصلنامه علمی پژوهشی تحقیقات مالی اسلامی ۴، شماره ۸ (بهار و تابستان ۱۳۹۴): ۱۳۳ - ۱۵۸.
- اقتصاد اسلامی ۱۵، شماره ۵۹ (پاییز ۱۳۹۴): ۱۲۹ - ۱۵۵.
۳۱. کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی معاملات معوض - عقود تملیکی. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
۳۲. دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی - قرارداد - ایقاع. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
۳۳. گلپایگانی، سید محمد رضا. مجمع الوسائل. جلد ۲. قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۰۵ق.
۳۴. محبی، محمد تقی. "تحلیل مقایسه ای اخذ دیرکرد توسط بانک ها در قانون جاری و طرح جدید عملیات بانکی بدون ربا و ارائه راهکار عملی." مطالعات اقتصاد اسلامی ۲۲ (۱۳۹۸): ۴۰۷ - ۴۳۱.
۳۵. مستخدمین حسینی، حیدر. شبهات مردم درباره بانکداری بدون ربا / آیا عملیات بانکی ربوی است؟ خبرگزاری مهر، (۱۳ آوریل ۲۰۱۶).
۳۶. مکارم شیرازی، ناصر. استفتائات جدید. جلد ۱. قم: مدرسه امام علی ابن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۷ق.
۳۷. موسوی خمینی، سید روح الله. تحریر الوسيله. قم: موسسه دارالعلم، بی تا.
۳۸. موسویان، سید عباس، و سید محمد فیروزآبادی. بانکداری در آئینه شریعت. قم: وثوق، ۱۳۸۷.
۳۹. نجفی، محمد حسن. جواهر الکلام. جلد ۲۳. بیروت: دار احیاء التراث