

## Abstract 4

*Interdisciplinary Researches in Jurisprudence, Vol 7, No. 1 (Serial 13), Autumn 2018 & Winter 2019*

### **Jurisprudential - Legal Analysis of Some Articles of Civil-Private Partnership Contract**

**Gholamreza Mesbahi Moghaddam\***  
**Mohammad Hossein Nemati \*\***

Received: 07/06/2018

Accepted: 28/10/2018

#### **Abstract**

Considering the wide use of Bank's Civil Participation Contract in the relations between customers and banks, the Markazi bank set the contract form for improving the quality of the contract in 2013. However, there are doubts about the terms of this contract. In this regard, in this study, two of the articles of the contract on civil partnership have been investigated. . Finally, it became clear that the suspicion of usury (Riba) applied in the term of guaranteeing profit. . In the case of the term to guarantee profit, it should be noted that this condition should be removed from the text of the contract. Accordingly, bank with number of preventive and assertive methods such as ensuring the profitability of the participation plan in different circumstances, obtaining adequate and liquid guarantee, credit and honorability of the client (partner) and the receipt of it according to his account records in different banks can minimize the loss of the participation plan and release the customer from bad account. Also, regarding the terms and conditions contained in the text of the contract, they can be adjusted to the discretion of the bank and the client and, as far as possible, the principle of justice and fairness are observed. The methodology of this research was in the form of a library and, in some cases, an interview with experts.

#### **Keywords**

Contribution Contract, Contract of Civil-Private Partnership, Bank's Civil Joint Venture, Term to Guarantee Profit, Imposed (Unfair) Terms.

---

\* Professor of the Department of Fiqh and Islamic Law Foundations at Imam Sadiq(a.s) University, Tehran, Iran, gh.mesbahi@gmail.com

\*\* Master's Degree Student of the Department of Private Law at Imam Sadiq(a.s) University, Tehran, Iran (Corresponding Author), mohammad.h.nematee14@gmail.com

## تحلیل فقهی - حقوقی برخی از مواد قرارداد مشارکت مدنی بانکی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۱۷

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۸/۰۶

غلامرضا مصباحی مقدم\*

محمدحسین نعمتی\*\*

### چکیده

با توجه به کاربرد فراوان قرارداد مشارکت مدنی بانکی در روابط بین مشتریان و بانک، بانک مرکزی جهت بالا بردن کیفیت این قرارداد، در سال ۱۳۹۲ اقدام به تنظیم قرارداد تیپ نمود اما با این حال در خصوص شروط ضمن این قرارداد شبهاتی وجود دارد. در همین رابطه در این پژوهش سعی شده که دو مورد از مواد قرارداد مشارکت مدنی مورد بررسی قرار گیرد. بر این اساس، مشخص گردید شبهه ربوی بودن در مورد شرط تضمین سود صدق می‌کند. از این رو ضروری است شرط مزبور از متن قرارداد حذف شود و بانک با رعایت تعدادی از روش‌های پیشگیرانه و اطمینان آور مانند اطمینان از سودآور بودن طرح مشارکتی در شرایط متفاوت، اخذ تضمین کافی و نقد شونده، اعتبار و خوش‌حسابی مشتری (شریک) و احراز آن طبق کارنامه حساب وی در بانک‌های مختلف، زیان ده بودن طرح مشارکت را به حداقل برساند و مشتری را هم از بدحساب شدن رهایی بخشد. همچنین در مورد شروط تحمیلی مندرج در متن قرارداد می‌توان آن‌ها را به اختیار بانک و مشتری تعدیل کرد و تا جایی که امکان دارد اصل عدل و انصاف را رعایت نمود.

### واژگان کلیدی

شرط تضمین سود، شروط تحمیلی، عقد شرکت، مشارکت مدنی بانکی.

---

\* استاد فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران [gh.mesbahi@gmail.com](mailto:gh.mesbahi@gmail.com)

\*\* کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

[Mohammad.h.nemateel4@gmail.com](mailto:Mohammad.h.nemateel4@gmail.com)

## مقدمه

یکی از کاربردی‌ترین قراردادهای نظام بانکی ایران قرارداد مشارکت مدنی است که امروزه یکی از بیشترین میزان تسهیلات اعطایی بانک‌ها را به خود اختصاص داده و در سیستم بانکداری موجود و در بخش تخصیص منابع از مهم‌ترین ابزارهای تأمین منابع مالی محسوب می‌شود چراکه به لحاظ کاربرد وسیع آن در بخش‌های متنوع اقتصادی شامل تولیدی (کشاورزی، صنعت و معدن)، خدماتی و بازرگانی، از قدرت مانور بالایی برخوردار است و به‌عنوان تأمین‌کننده سرمایه در گردش (هزینه‌های جاری) و سرمایه‌گذاری ثابت (هزینه‌های ثابت) در کلیه این بخش‌ها مورد استفاده قرار می‌گیرد.

بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، عقد مشارکت را در قالب مشارکت مدنی و مشارکت حقوقی با مشتریان خود منعقد می‌سازند. مقصود از مشارکت مدنی بانکی همان «عقد الشریکه» در کتب فقهی است که طرفین عقد در آن با درآمیختن اموال و سرمایه‌های یکدیگر توافق می‌کنند که در تجارت مشخصی با هم همکاری و سود آن را به نسبت سهم مشارکت بین خود تقسیم نمایند. با این توضیح، دو اصلاح فقهی «شرکه العنان» و «شرکه الأموال»، همان مشارکت مدنی در بانک می‌باشد که از سابقه طولانی در فقه برخوردار است. به‌موجب ماده (۷) قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، بانک‌ها مجازند به‌منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش‌های مختلف تولیدی و خدماتی، بخشی از سرمایه و منابع مورد نیاز را در قالب مشارکت تأمین کنند. عقود مشارکتی خود نیز به پنج نوع تقسیم می‌شوند که شامل مضاربه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مزارعه و مساقات است که تحقیق حاضر فقط به مقوله عقد مشارکت مدنی می‌پردازد.

بانک‌ها به سبب منافع زیادی که از این قرارداد می‌برند، تمایل شدیدی به انعقاد این قرارداد با مشتریان دارند. گذشته از محاسن و مزایای چنین قراردادی، وجود یک سری معایب و مضرات نیز باعث شده که فقها و حقوقدانان به کارکرد آن خدشه وارد سازند و در مواردی، شروط مندرج در قرارداد را باطل و حتی نیز مبطل قرارداد تلقی کنند چراکه برخی از شروط، ماهیت عقد مشارکت را زیر سؤال می‌برند و آن را به عقد دیگری مثل صلح تبدیل می‌کنند یا در مورد برخی شروط دیگر، شبهه ربوی بودن آن را

مطرح می‌سازند. برای نمونه در عقد مشارکت، سود و زیان باید به نسبت سهم طرفین تقسیم شود و هرکسی که سهم بیشتری دارد به همان میزان باید در سود و خسارت شریک باشد و بالعکس. لیکن در برخی مواد موجود در قرارداد، یک‌طرفه شرط تضمین سود برای بانک شده است و شریک را مجبور کرده‌اند که در هر صورت باید اصل سرمایه مشارکت و سود ابرازی را که در قرارداد درج شده است، بپردازد. حال دیگر بانک به این امر توجهی ندارد که آیا شریک در طرح مشارکتی سود کرده است و آیا ضرری را هم متحمل شده است؟ بنابراین، بانک به دنبال سود مقطوع و از پیش تعیین شده خود است. در جای دیگری هرگونه ضرر و زیانی را متوجه مشتری می‌داند که وی باید آن‌ها را از اموال خود تیرعاً جبران کند و در اصطلاح با گنجاندن شروط تحمیلی و اجحاف‌آمیز می‌خواهد به اهداف خود که همان دست‌یابی به منافع یک‌طرفه است نائل آید. اما همان‌طور که اشاره شد در قرارداد مشارکت که همان عقد شرکۀ العنان فقهی است، بانک باید به نسبت سرمایه و سهم خود در سود و زیان شریک باشد.

پژوهش پیش رو با مطالعه در متن قرارداد، کتب، مقالات، پایان‌نامه‌ها، نظرات کارشناسان حقوقی، فقهی و اقتصادی برخی از اشکال‌های قرارداد را احصاء کرده و شروط نامشروعی را که ذیل مواد آن آورده شده، بررسی می‌کند.

#### ۱. کلیات و مفاهیم بنیادین شرط و عقد مشارکت مدنی بانکی

از آنجایی که گنجاندن هر ماده‌ای در قرارداد، نوعی از شرط گذاشتن برای مشتری است لذا به‌اختصار مفهوم لغوی و اصطلاحی شرط مورد بررسی قرار می‌گیرد و در ادامه، مفهوم لغوی، فقهی و حقوقی قرارداد مشارکت مدنی بیان می‌گردد.

##### ۱-۱. مفهوم لغوی و اصطلاحی شرط ضمن عقد

«شرط» کلمه‌ای عربی است و در لغت در معانی «لازم گردانیدن چیزی و لازم گرفتن آن»، «پیمان»، «تعلق دادن چیزی را به چیزی» به کار رفته است (سیاح، ۱۳۸۲، ج ۱، ص. ۲۶۲). شرط در معنای حقوقی از معنای لغوی آن دور نیفتاده و در معنای محصولی عبارت است از تعهد مستقیم یا غیرمستقیم مرتبط به عقد مشروط. همچنین در معنای

مصدری عبارت است از مرتبط کردن تعهد مستقیم یا غیرمستقیم به عقد مشروط، به اراده طرفه‌ای آن (شهیدی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص. ۱۹).

### ۲-۱. اقسام شرط ضمن عقد

شرط ضمن عقد به اعتبار نفوذ به شروط صحیح و شروط نامشروع به معنای اعم - که شامل باطل و باطل و مبطل می‌شود - تقسیم می‌گردد و شرط باطل نیز به شروط بی‌فایده، نامشروع و غیرمقدور منقسم می‌شود. همچنین شرط باطل و مبطل به شرط خلاف مقتضای ذات و شرطی که موجب جهل به عوضین می‌گردد، تقسیم می‌شود. از آنجا که در این مقاله، شروط نامشروع از جایگاه ویژه‌ای برخوردار است و هدف نهایی، یافتن شروط نامشروع اعم از خلاف قانون، خلاف شرع، خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه و... در قرارداد است، از میان شروط فوق، تنها این قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۳-۱. شرط نامشروع

همواره در مورد واژه «نامشروع» بین حقوق‌دانان ایرانی بحث بوده است. نظر غالب این است که تعبیر نامشروع، مفهومی اعم از خلاف قانون، خلاف نظم عمومی و اخلاق حسنه دارد. مواد (۹۷۵) و (۱۲۹۵) قانون مدنی و ماده (۶) قانون آئین دادرسی مدنی همین نظر را تأیید می‌کنند. منظور از شرط خلاف قانون شرطی است که خلاف قانون امری باشد نه قانون تکمیلی. همچنین شرطی که جهت نامشروع دارد نیز از مصادیق شرط نامشروع است و اعتبار ندارد. نیز باید گفت: شرطی که مخالف مواد (۹۵۹) و (۹۶۰) قانون مدنی است یعنی حق تمتع یا حق اجرای حقوق مدنی یا آزادی شخص را سلب می‌کند از مصادیق شرط نامشروع است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص. ۵۲۵).

در قوانین مختلف ایران، اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده که ناشی از ماده (۱۰) قانون مدنی است، در صورت مخالفت قرارداد با قانون محدود شده است. موادی که آزادی طرفین قرارداد، برای انعقاد قرارداد و درج شروط ضمن آن را قید می‌زند عبارت‌اند از: اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، مواد (۱۰)، (۲۱۵)، بند سوم ماده (۲۳۲) و (۹۷۵) قانون مدنی و ماده (۶) قانون آئین دادرسی مدنی. در ظاهر و متن همه موارد مذکور، هر قرارداد یا شرط ضمن آن که خلاف قانون یا نظم

عمومی یا اخلاق حسنه باشد یا مالیت نداشته باشد و دارای منفعت محله مقصوده نباشد و با موازین شرع انور مخالف باشد، محل ایراد است؛ به عبارت دیگر، هر شرطی که مخالف کتاب و سنت و یا قوانین آمره باشد باطل و از درجه اعتبار ساقط است. نتیجه این که واژه «نامشروع» به کار رفته در ماده (۲۳۲) قانون مدنی، مفهومی عام‌تر از شروط خلاف قوانین مدون دارد.

#### ۴-۱. تعریف لغوی، فقهی و حقوقی عقد مشارکت مدنی

راغب اصفهانی در کتاب مفردات الفاظ القرآن در مورد واژه «شرکت» چنین نوشته است: «شرکت و مشارکت، مخلوط نمودن دو ملک است. گفته شده، مالی است که برای دو نفر یا بیشتر باشد، چه آن چیز عین و یا از جنس معنا باشد؛ مانند مشارکت انسان و اسب در حیوانیت و مانند مشارکت اسبی با اسب دیگر در سرخی و سیاهی» (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲ق، ص. ۴۵۱).

در اصطلاح فقهی، شرکت عبارت است از: «اجتماع حقوق الملائک فی الشیء الواحد علی سبیل الشیاع» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص. ۱۰۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص. ۳۲۵؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۲۹۸؛ کاظمی، بی تا، ج ۳، ص. ۹۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱، ص. ۱۴۷)؛ اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه. قوانین موجود در ایران نیز تعریفی مشابه تعریف فقهی دارند. در ماده (۵۷۱) قانون مدنی در تعریف شرکت - که منظور از آن مالکیت مشاع است - چنین آمده است: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (تصویب‌نامه شماره ۸۸۶۲۰ هیئت وزیران) و دستورالعمل اجرائی مشارکت مدنی نیز در تعریف عقد مشارکت مدنی چنین بیان می‌دارند: «در آمیختن سهم الشرکه نقدی و یا غیر نقدی به اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع، طبق قرارداد<sup>۱</sup>. باید اشاره کرد که در این آیین‌نامه، به سرمایه و عمل در عقد مشارکت مدنی اشاره شده و در ماده (۲۰) در مورد سهم‌الشرکه آن صحبت شده است. طبق این آیین‌نامه، حداقل یا حداکثر نسبت سهم سود بین بانک و عامل توسط شورای پول و اعتبار تعیین خواهد شد.

همان‌طور که مشاهده می‌شود، این دو تعریف تفاوت فاحشی با هم ندارند و فقط در تعریف قانون عملیات بانکی بدون ربا قید «به منظور انتفاع» درج گردیده است که آن هم در تعریف عقد شرکت در قانون مدنی مستتر است؛ به عبارت بهتر، هدف از ایجاد شرکت رسیدن به منافع است، حال این منافع می‌تواند امری مادی باشد و یا معنوی. البته در عرصه بانکی، هدف اصلی نیل به منافع مادی است به گونه‌ای که هم بانک می‌خواهد از قرارداد منعقد سودی ببرد و هم مشتری.

پس از تعریف، نوبت به بررسی برخی از شروط مندرج در قرارداد می‌رسد. این پژوهش، «شرط تضمین سود» و «شروط تحمیلی» را مورد بحث قرار می‌دهد.

## ۲. شرط تضمین سود

به موجب ماده (۷) قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، بانک‌ها مجازند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش‌های مختلف تولیدی و خدماتی، بخشی از سرمایه و منابع مورد نیاز را در قالب مشارکت تأمین کنند. عقود مشارکتی نیز به پنج نوع تقسیم می‌شوند که شامل مضاربه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مزارعه و مساقات است که بحث حاضر فقط به مقوله عقد مشارکت مدنی می‌پردازد.

در میان شروط مندرج در قرارداد مشارکت مدنی، شرط تضمین سود یکی از شروطی است که بین فقها و حقوقدانان محل مناقشه بسیار است و شبیه ربوی بودن آن وجود دارد؛ چراکه قبل از اجرای شروط طرح مشارکت، بانک مشتری را مجبور به قبول پرداخت سود تضمینی با درصد مشخص می‌کند؛ این در حالی است که معلوم نیست در شرایطی که در آینده به وجود خواهد آمد اجرای طرح سودآور باشد یا خیر. به دیگر سخن، ممکن است مشتری اصلاً سودی از موضوع مشارکت نبرد و در حالت بدتر امکان دارد متوجه ضرر نیز بگردد. حال بانک با درج چنین شرطی در هر شرایطی از مشتری اصل سرمایه، سود تضمینی و کلیه خسارات وارده به خود (بانک) را مطالبه می‌کند و دیگر به تقصیر وی اعم از تعدی و تفریط توجه نمی‌کند. در واقع بانک بیشتر به دنبال سود خود است تا اصل مشارکت. با این وجود باید به بررسی صحت و سقم این مسئله پرداخت.

## ۱-۲. شرط تضمین سود و شرط عدم پذیرش زیان در قرارداد مشارکت مدنی

در هر قراردادی یکی از اهداف بانکها به دست آوردن سود است که قرارداد مشارکت مدنی بانکی هم مستثنا از آن نیست. معمولاً بانکها تلاش می‌کنند با ابزارهایی که در اختیار دارند میزان سود خود را بیشتر کنند و حداقل ضرر را بپذیرند. در برخی از قراردادها مثل مشارکت نیز عدم مسئولیت در پذیرش زیان شرط می‌گردد. در عالم حقوق گنجاندن این شرط در ضمن قرارداد مشارکت مدنی محل تضارب آراست. مطابق نظر کاشانی (۱۳۸۸) شرکت در زیان، یکی از ویژگی‌های عقد شرکت است. معافیت یکی از شریکان از تحمل زیان با مفهوم شرکت سازگار نیست. ممکن است زیان در مورد یک شریک به گونه‌ای محدود شود ولی به هر حال باید نوعی مشارکت در جبران زیان برای همه شریکان در نظر گرفته شود. به همین جهت قراردادهایی که تحت عنوان مشارکت مدنی میان بانکها و اشخاص منعقد می‌گردند و بانک با توسل به شیوه‌های گوناگون، راه هرگونه زیانی را بر خود می‌بندد نمی‌توان عقد شرکت محسوب کرد. این قراردادها چیزی جز پوششی برای قرارداد پرداخت وام در برابر بهره نیستند (ص. ۷۰).

در قراردادهای مشارکت مدنی که بر پایه قانون عملیات بانکی بدون ربا میان بانکها و اشخاص بسته می‌شود، بانک با گرفتن سفته، چک و یا وثیقه و یک بهره مشخص و تضمین شده که به اصل مبلغ پرداخت شده به شریک می‌افزاید، راه هرگونه ورود زیان را به خود می‌بندد. در توجیه آن نیز می‌گویند که بانک یک مؤسسه مالی است و نباید در عملیاتی که انجام می‌دهد زیان کند.

در ماده (۱۱) قراردادهای بانک با مشتریان، تناسب میان سود و سرمایه به هم خورده و با شرایطی که در قرارداد آمده، شریک موظف شده سود معینی را که توسط شورای پول و اعتبار معین شده به عنوان سود ابرازی بپردازد و حتی در صورت زیان شرکت، از اموال خود متبرعاً به بانک صلح نماید. یکی از اهداف و شاید یکی از ارکان اصلی عقد مشارکت مدنی، تبعیت سود و زیان از سرمایه‌هاست. این موضوع در ماده (۵۷۵) قانون مدنی نیز آمده است که: «هر یک از شرکا به نسبت خود در نفع و ضرر سهیم هستند». شراکت طرفین در سود به نسبت سهم الشرکه، از ارکان عقد شرکت است. این ویژگی



عقد شرکت به لحاظ این که از اصول اساسی این عقد است مورد بحث حقوقدانان قرار گرفته است. پرسش این است که آیا این ویژگی، از مقتضیات عقد شرکت است یا از آثار عقد می باشد و آیا شرط خلاف آن، خلاف ذات یا همان ماهیت عقد است یا خیر؟ و اثر این شرط بر عقد چیست؟

البته اگر شرط سود بیشتر در مقابل عملی خاص باشد مثل تخصص یا مهارتی خاص، اختلافی بین فقها و حقوقدانان وجود ندارد (مدنی بجستانی، ۱۳۸۹، ص. ۱۱۲). آنچه محل بحث است، شرط تخصیص سود بیشتر به یکی از شرکا در حالتی است که عملی زیادتر توسط شریک انجام نشده باشد.

در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی، سود معینی برای بانک تعیین می گردد که چه بسا در مواردی از سود واقعی بیشتر و در مواردی از سود واقعی کمتر باشد. به همین جهت بررسی این شرط و مغایرت آن با مقتضای ذات عقد شرکت یا عدم مخالفت آن حائز اهمیت است. نظرات مختلفی در این خصوص ابراز گردیده است.

برخی از فقها این شرط را به علت این که برای تملیک سود بیشتر به کسی که سرمایه بیشتر دارد و کار زیادتر هم نمی کند، سببی وجود ندارد یا این که این شرط نه خود معاوضه است، نه در عقد معاوضی ضمیمه یکی از دو عوض شده است و نه مقصود هبه بخش زائد است، باطل می دانند (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص. ۲۴۷). این گروه بطلان شرط را باعث بطلان ترازی در اداره مال مشترک (عقد شرکت) می دانند و اعتقاد دارند که ربح تابع است و هرکدام کاری انجام داده باشد، اجرت آن را می گیرد. ابن ادریس این قول را به اکثر فقها نسبت داده (۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۴۰۰) و ابن زهره ادعای اجماع بر آن نموده است (۱۴۱۷ق، ص. ۲۶۴).

شیخ طوسی نیز از معتقدان به بطلان شرط و بطلان عقد به تبع شرط است که اظهار داشته چنانچه با تساوی در مال، شرط تفاضل سود کنند و یا با تفاضل مال شرط تساوی در سود کنند، شرکت باطل است (۱۴۰۷ق، ج ۳، ص. ۳۳۲).

شهید ثانی نیز به علت این که سود در مقابل عوضی قرار نگرفته است و سایر اسباب تملک نیز موجب تملک نشده است، شرط و عقد را باطل می داند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص. ۲۰۰).

بر این اساس، مبنای بطلان این است که تعهد یکی از دو طرف برای تملیک سود بیشتر به طرف دیگر بدون علت است و عوضی هم در مقابل آن قرار ندارد. این نظر توسط برخی از حقوقدانان نیز تأیید شده با این استدلال که هر یک از شرکا در مال مشترک شریک است، در نمائات حاصله و همچنین نقص به همان نسبت شریک خواهد بود زیرا نمائات تابع ملک است و برای شریک هرگاه بدون کار و عمل نفع بیشتری در نظر بگیرند، باطل است؛ زیرا آن زیاده در مقابل چیزی قرار نگرفته تا معاوضه‌ای باشد و تعهد بدون علت است و اگر در شرط ضمن عقد باشد به علت مخالفت با اقتضاء عقد شرکت، شرط باطل و عقد هم باطل می‌شود زیرا اقتضاء عقد شرکت این است که نمائات به نسبت مال شرکت تسهیم شود، چون نمائات تابع اصل ملک است (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص. ۲۰۹).

برخی دیگر نیز شرط را باطل و اگر علت عمدۀ عقد باشد، آن را مبطل عقد دانسته‌اند. کریمی (۱۳۸۸) در مقاله‌ای که در زمینه مقتضای عقد نگاشته، با تمسک به نظریه علامه حلی در این باب، بدین نظر قائل گردیده است (ص. ۱۵). کاشانی (۱۳۵۶) نیز معتقد است اگر سهم شرکت مساوی باشد سود نیز باید به‌طور مساوی تقسیم شود و اگر سهم شرکا مختلف باشد، سود به نسبت سهم تقسیم می‌شود؛ بنابراین چنین شرطی باطل و اگر علت عمدۀ عقد باشد، عقد نیز باطل است (ص. ۱۳).

مبنای استدلال مذکور این است که به هر نحوی که دو یا چند نفر در یک مالی شریک شدند یعنی حقوق آن‌ها در مال مزبور به هر نحو اشاعه مجتمع گردید، شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر آن مال سهم می‌باشند مگر این که مطابق ماده (۵۷۵) قانون مدنی، برای یک یا چند نفر از آن‌ها در مقابل عملی سهم زیادتری منظور شده باشد (عدل، ۱۳۸۵، ص. ۳۴۵).

ظاهر ماده (۵۷۵) قانون مدنی صرفاً در مواردی که عمل زیادتری صورت گیرد، شرط سود بیشتر را مجاز دانسته و این امر منطبق با نظر اول و تأیید بطلان این شرط است. در موردی که سود بیشتر در برابر عمل منظور می‌شود، عنوان استثناء بر قاعده کلی دارد که باید تفسیر محدود شود و نفوذ تراضی منوط به وجود عوض شریکی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۲، ص. ۴۷). گرچه در ادامه کاتوزیان به علت تعارض این

نظر با اصول مورد قبول قانون مدنی، این نظر را رد می‌کنند ولی به نظر می‌رسد که ظاهر قانون در این زمینه صریح می‌باشد.

در مقابل، گروهی از فقها شرط را باطل ولی عقد را صحیح می‌دانند و شرط زیادی ریح برای یکی از طرفین را مفید اباحه می‌دانند. بر اساس این نظر، مادامی‌که عین این زیادت باقی است، طرق دیگر حق رجوع به مشروط له را دارد (عابدیان، ۱۳۷۹، ص. ۱۶۹).

برخی از فقیهان مانند سید مرتضی نیز این شرط را نافذ می‌دانند (سید مرتضی، ۱۴۱۵ق، صص. ۴۷۰-۴۷۱). مطابق نظر عده‌ای از حقوقدانان، این قول به سبب عموماتی نظیر «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (ماده: ۱) و «تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» (نساء: ۲۹) و با تأکید بر تراضی طرفین، اقوی به نظر می‌رسد و مراد از امر به وفای به عقود و شروط، عمل به مقتضای آن عمل است (مدنی بجستانی، ۱۳۸۹، ص. ۱۲۳).

از طرف دیگر، برخی تناسب سود به نسبت را از آثار عقد دانسته و همگام با این گروه از فقها، بر مبنای اصل آزادی قراردادهای، شرط مخالف آن را معتبر دانسته‌اند. بر مبنای ماده (۱۰) قانون مدنی، تراضی طرفین قرارداد می‌تواند برای آنان ایجاد حق و تکلیف کند مگر این‌که با قانون مخالفت صریح داشته باشد. پس برای اختصاص دادن سود بیشتر به یکی از شریکان نیاز به سبب معین و پیش‌ساخته قانونی نیست و عقد مشترک آنان خواه به صورت شرط باشد و یا با قرارداد مستقل، می‌تواند این وضع حقوقی را به وجود آورد. اصل آزادی قراردادهای بر سراسر معاملات حکومت دارد و مفهوم مواد قانون باید بر مبنای این اصل معین شود. پس در تعارض مفهوم مخالف ماده (۵۷۵) با اصل آزادی قراردادهای، باید از این ظهور چشم پوشید و چنین تعبیر کرد که قانون‌گذار خواسته است شایع‌ترین فرضی را که به موجب شرط برای شریکی سهم زیادتری از سود معین می‌شود، یادآوری کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۲، ص. ۴۸).

مطابق ماده (۵) دستورالعمل اجرایی مشارکت مدنی، قبل از مبادرت به انعقاد قرارداد مشارکت مدنی و سود انتظاری ناشی از آن در طول مدت، قرارداد باید قابل برگشت و مشارکت قابل تسویه باشد. گرچه در قانون عملیات بانکی بدون ربا آمده که سود انتظاری در صورت تحقق به بانک پرداخت خواهد شد ولی در دستورالعمل اجرایی

عبارت «در صورت تحقق» حذف شده و همین عامل باعث شده تا بانک‌ها بین نرخ سود مورد انتظار و نرخ سود، هیچ‌گونه تفاوتی قائل نشوند. در ماده (۸) و (۹) این دستورالعمل که در متن قراردادهای تنظیمی بانک‌ها نیز آمده، تأکید شده که حداقل سود مورد انتظار در مورد معامله‌های موضوع مشارکت‌های مدنی و حداقل یا حداکثر نسبت سهم بانک‌ها توسط شورای پول و اعتبار تعیین خواهد شد. گرچه در تعریف مشارکت مدنی و ضوابط اجرایی آن، تنظیم‌کنندگان آئین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و قرارداد تیب مشارکت مدنی از تعریف قانونی عقد شرکت دور نیفتاده‌اند و به اولین شرط اساسی مشارکت که امتزاج اموال شرکا است توجه داشته و آن را الزامی و راهکار چگونگی امتزاج آن را مشخص و تعریف کرده‌اند، ولی اشاره به حداقل سود به این معنی است که به‌رغم عدم تحقق سود مورد انتظار، شریک بانک موظف است حداقل سود مورد مطالبه بانک را بپردازد و بنا بر نظر شهید ثانی و شیخ طوسی، اصل تبعیت سود از سرمایه که یکی دیگر از ارکان عقد شرکت و جزء ماهیت عقد شرکت است رعایت نگردیده و شرطی برخلاف این اصل پیش‌بینی شده که خلاف مقتضای عقد مشارکت است و حتی تراضی در آن به علت مغایرت با قانون فاقد اعتبار است.

در نتیجه این شرط در قراردادهای بانکی جزو شروط غیرمنصفانه و از مصادیق سوء استفاده از شروط ضمن قرارداد محسوب می‌شود (کریمی، و مرادی، ۱۳۹۴، ص. ۵۶).

### ۳. شروط تحمیلی مندرج در قرارداد مشارکت مدنی بانکی

پس از اتمام بحث در مورد شرط تضمین سود، حال به مبحث شروط تحمیلی پرداخته خواهد شد.

#### ۳-۱. مفهوم تحمیلی بودن شروط

شروط تحمیلی و غیرمنصفانه از اصطلاحات جدیدی است که از حقوق کشورهای اروپایی وارد نظام حقوقی ایران شده است و بین حقوقدانان و قانون‌گذار ما هنوز هم مفهومی مبهم و ناشناخته است چراکه دامنه شمول آن گسترده است و قانون خاصی هم در مورد مصادیق آن وجود ندارد. برخی از قوانین مثل قانون تجارت الکترونیک از لفظ شروط غیرمنصفانه استفاده کرده اما به شرح و بسط آن ورود نکرده است. این شروط

به خاطر نفوذ صاحبان قدرت و منافع طرف قوی قرارداد، به قراردادهای مختلف راه پیدا کرده است.

تصوری که مردم عادی از تشکیل یک قرارداد و معامله در ذهن دارند بدین صورت است که طرفین معامله در شرایطی کاملاً برابر و آزاد به گفت و شنود می‌پردازند و با مذاکرات پیش از قرارداد، خواسته‌ها و اهداف و منافع خود را بیان می‌کنند. هرکدام از اطراف معامله نفعی متضاد از نفع طرف مقابل را دنبال می‌کند لیکن در نهایت با گفتگو و رسیدن به نقطه‌ای مطلوب که هر دو طرف را راضی کند، معامله را منعقد می‌کنند.

شیوه مرسوم بیان شده در فوق مربوط به زمانی است که متعاملین از جهت اوضاع و احوال اقتصادی در شرایط نسبتاً یکسانی باشند، هر دو به یک اندازه نسبت به انعقاد قرارداد نیازمند هستند و این شرایط اقتصادی مساوی و نیاز دو جانبه، امکان مذاکره و چانه زدن و در نهایت به توافق رسیدن را به آنها می‌دهد. بر اساس تجربه، هرگاه برابری نسبی اقتصادی بین طرفین معامله بر هم بخورد و تنها یکی از طرفین ناگزیر از انعقاد هر چه سریع‌تر معامله باشد و طرف قوی‌تر نیز از این فشار و ناچاری مطلع باشد، تنها طرف ضعیف است که باید از مواضع خود دست بکشد و به خواسته‌های طرف قوی‌تر گوش دهد و به بیان دیگر آنچه را طرف قوی‌تر ابراز می‌دارد، بی‌هیچ چانه زدنی بپذیرد چراکه وی به انعقاد این قرارداد نیازمند است و برای نیل به آن مجبور است خواسته‌های طرف مقابل را قبول کند. همچنین ممکن است در برخی از مواقع گزینه دیگری برای انعقاد معامله وجود نداشته باشد و طرف‌های معامله شرایطی مثل هم داشته باشند یا بلکه شرایط سخت‌تری بگذارند؛ قراردادهای تیپ (یکسان) بانکی که در آنها متن قرارداد یکی است و تفاوتی ندارد، نمونه‌ای از این قراردادها هستند. بنابراین مشتری با هر بانکی بخواهد وارد مذاکره شود با شرایط یکسانی روبروست و عملاً برای وی گزینه‌های دیگری موجود نیست لذا مجبور است در مقابل خواسته‌های بانک که معمولاً قدرت برتر است کوتاه بیاید، هرچند در مواقعی به نفع وی نباشد.

در قرن ما بر خلاف روال گذشته، دیگر سخنی از مذاکرات پیش از قرارداد نیست. در جوامع فعلی به‌ویژه با استفاده روزافزون بنگاه‌های اقتصادی و عرضه‌کنندگان کالاها و خدمات از قراردادهای نمونه (استاندارد فرم) یا الحاقی، دیگر فرصت و امکانی برای

مذاکره و چانه‌زنی و گرفتن مشورت و سنجیدن منافع و مضار معامله باقی نمی‌ماند و قراردادها به شکل «یا آن را ببند یا رها کن»<sup>۱</sup> توسط طرف قوی‌تر دیکته می‌گردند و فرصتی برای درج کردن شرط توسط طرف دیگر قرارداد وجود ندارد (امینی عابدیان، و کرمی، ۱۳۹۱، ص. ۱۷۹). البته منظور این است که در قراردادها و معاملاتی مثل تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان، بیمه‌گذار و بیمه‌گر، بانک و مشتری و... دیگر سخنی از مذاکرات پیش از قرارداد وجود ندارد چون که طرف قوی‌تر، از قبل قرارداد را تنظیم کرده و طرف مقابل فقط می‌تواند آن را قبول کند. این امر بیشتر در قراردادهای مصرف اتفاق می‌افتد.

عرف معاملات این‌گونه است که یک ایجاب کامل و البته غیرقابل تغییر از سوی طرف قدرتمند اعمال می‌شود و شخصی که به انعقاد این قرارداد محتاج است می‌تواند این متن قرارداد از پیش نوشته شده را بپذیرد یا نپذیرد. آزادی و توانایی او در همین حد خلاصه می‌شود؛ یعنی نمی‌تواند اصل قرارداد یا شروط ضمن آن را دست‌کاری کند و شروط دلخواه را به آن اضافه نماید. در واقع مشتری در یک پازل تعریف شده قدم برمی‌دارد و نمی‌تواند اجزای آن را جابجا کند.

### ۲-۳. تعریف لغوی و اصطلاحی شروط تحمیلی

شرط تحمیلی به زبان فرانسوی clause abusive نامیده می‌شود و در کامن لا و اتحادیه اروپا تحت عنوان Unfair Terms یا Imposed Terms شناخته می‌شود و قانون تجارت الکترونیک ایران<sup>۳</sup> نیز به پیروی از نظام‌های حقوقی مذکور، اصطلاح شروط غیرمنصفانه را برگزیده است. یکی از حقوقدانان در این باره می‌گوید: «به نظر می‌رسد، بهترین معادلی که بتواند عنصر اصلی این شروط را که سوء استفاده از موقعیت برتر است منعکس سازد، همان اصطلاح شروط تحمیلی است. این اصطلاح نخستین بار در ماده ۳۵ قانون ۱۹۷۸ فرانسه که جهت حمایت از مصرف‌کنندگان به تصویب رسید به این شرح تعریف شد: شرطی تحمیلی محسوب می‌شود که با سوء استفاده از قدرت اقتصادی یک طرف قرارداد به طرف دیگر تحمیل شده و به صورت افراطی به نفع طرف سوء استفاده کننده از این قدرت باشد» (کریمی، ۱۳۸۱، ص. ۶۱). بنابراین منظور از

شرط تحمیلی در قراردادها شرطی است که یکی از متعاقدین با سوء استفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی و یا تخصصی خویش به طرف مقابل تحمیل می‌کند. در تعاریفی که از شروط تحمیلی و غیرمنصفانه ارائه شده است، غالباً بر معیارهای نوعی و عرفی از جمله ویژگی ظالمانه بودن، سوء استفاده از حق یا یک طرفه بودن تأکید شده و با رفتار انسانی معقول و متعارف در وضعیت زمان عقد مقایسه گردیده است. معیارهای نوعی ارائه شده هرچند به روشن شدن جهت حرکت قضات و سامان‌دهی نظام حقوقی در حمایت از طرف ضعیف قرارداد کمک می‌کنند و به قضات یاری می‌دهند تا با استمداد از جهت‌گیری‌های بیان شده در تعریف، به تشخیص مصادیق پردازند و از سردرگمی نجات یابند، لیکن باید توجه داشت که ترس از اعمال سلیقه شخصی برخی دادرسان و تشمت و آشفتگی آرای قضایی در نتیجه برداشت‌های نادرست و بعضاً هدفمند از این معیارها، ارائه ضابطه و مبانی شفاف غیرمنصفانه بودن را ضروری می‌سازد. در حقیقت، نیاز نظام حقوقی ایران با آنچه در تعریف‌های مزبور از تحمیلی و غیرمنصفانه بودن آمده است برآورده نمی‌شود به نحوی که خلأ معیارهای عینی و محسوس برای تشخیص آن همچنان وجود دارد (ساردویی نسب، و کاظم پور، ۱۳۹۰، ص. ۴۴). در واقع در تعاریف موجود، معیارها و ملاک‌های کلی از این شروط ارائه می‌شوند و قاضی می‌تواند از آن تفسیر موسع یا مضیق داشته باشد. در نهایت می‌توان چنین ابراز نظر کرد که غیرمنصفانه بودن قرارداد، حالتی از قرارداد است که بر اساس برداشت قضایی دادرس موجب سوءاستفاده طرف دارای موقعیت برتر از طرف ضعیف‌تر قرارداد می‌شود؛ این حالت می‌تواند ناشی از نابرابری طرفین در قدرت معاملی و یا توان چانه‌زنی افراد باشد و یا این نابرابری ممکن است در نتایج قرارداد برای یک نفر باشد که غیرمنصفانه جلوه کند.

فشاری که در این شروط وجود دارد و معامل را وادار به قبول شرایط طرف قوی‌تر می‌کند فشار درونی و ناشی از نیاز او به انعقاد قرارداد است و گرنه فشار بیرونی از سوی طرف قوی‌تر و یا شخص ثالث بر او وارد نمی‌شود. ناگفته پیداست فشار غیرمستقیم ناشی از انحصاری بودن موقعیت طرف قوی‌تر به فشار درونی ناشی از نیاز مصرف‌کننده (طرف دیگر قرارداد) افزوده می‌شود.

فشاری که بر طرف ضعیف معامله وارد می‌شود مشابه فشاری است که در معامله اضطراری بر شخص مضطر وارد می‌آید و البته تفاوت این معامله با معامله اضطراری این است که در معامله اضطراری، طرف معامله یا از اضطرار معامل خویش ناآگاه است و یا بر فرض آگاهی، عملی در جهت تشدید اضطرار یا سوء استفاده از اضطرار او انجام نمی‌دهد. اما در بحث شروط تحمیلی، علاوه بر آن‌که طرف ضعیف به انعقاد معامله نیازمند و از این حیث واجد شرایط اضطراری است، طرف مقابل او نیز یا از این اضطرار آگاه است چراکه خود زمینه این اضطرار را ایجاد کرده است مثل مواقعی که رقبای تجاری را حذف و خود انحصار تولید کالای ضروری و اساسی را به دست گرفته است و یا شرایط اضطراری و فشار آن را تشدید می‌کند. اینجاست که طرف قوی با تکیه بر موقعیت برتر اقتصادی، اجتماعی و یا حتی تخصصی خویش، آنچه را می‌خواهد بر طرف مقابل تحمیل می‌کند (براهیمی، ۱۳۸۰، ص. ۲۵).

نکته مهمی که در مبحث شروط تحمیلی حائز اهمیت است مربوط به نابرابری یا عدم تعادل قراردادی ناشی از این شروط است. در حقیقت، نابرابری موجود در عقود مجانی و نیز عقود اتفافی، ناشی از طبیعت قرارداد است زیرا که در عقود مجانی مثل هبه غیر معوض، تعادل عوضین معنایی ندارد و عدم تعادل ناشی از غبن یا اضطرار نیز به علت کوتاهی یا وضعیت خاص شخص قربانی نابرابری ایجاد می‌شود؛ در حالی که نابرابری مرتبط با شروط تحمیلی ریشه در توانایی و سوء استفاده یکی از متعاقدین از قدرت دارد و شاید به همین دلیل باشد که این نابرابری در دستورالعمل اروپایی «نابرابری معنادار» خوانده شده است (کریمی، ۱۳۸۱، ص. ۷۹).

هرچند توضیح غیرمنصفانه بودن به‌ویژه در قراردادی که برای دو طرف سودمند و مفید است، بسیار سخت‌تر از آن است که تصور می‌شود، لیکن مبهم ماندن این مفهوم، هم برای شهروندان و هم برای دست‌اندرکاران عدالت قضایی سودمند نیست؛ چون نمی‌توان از پیامدهای ناخوشایند آن گذشت زیرا مبهم ماندن مفهوم این واژه می‌تواند موجب شود قراردادی که از نظر قواعد عمومی، ارکان صحت را داراست توسط دادگاه نادیده گرفته شود. از یک سو، این امکان به زیان طرفی است که قرارداد را به تصور سودآور بودن منعقد کرده است و از سویی دیگر؛ اختیار گسترده قضات، راه را برای



اعمال سلیقه‌های شخصی و سوء استفاده‌های احتمالی و وسیع باز می‌کند و سبب سستی اصل استواری قراردادی می‌شود؛ زیرا در هر قرارداد، اشخاص، حتی طرف ضعیف به دنبال تأمین بیشتر منافع خود هستند و عدم اجرای آن توسط دادگاه، موجب عقیم شدن اهداف دو طرف می‌شود. از سوی دیگر، وجود تعریف روشن و دقیق، مسئولان و قضات را که به دنبال احقاق حق و گسترش عدالت واقعی در جامعه هستند، از سردرگمی در تصمیم‌گیری نجات خواهد داد و ایشان خواهند توانست با استناد به مفاهیم ارائه شده در تعریف و با اتکا به رویه‌های موجود، قاطعانه تصمیم خود را در خصوص منصفانه نبودن یک قرارداد یا درج شروط تحمیلی در آن که موجب خدشه به اصل قرارداد می‌شود و با اصل عدالت و انصاف در تضاد است، اتخاذ کنند. به همین دلیل، وجود یک تعریف از واژه شروط تحمیلی، کمک مؤثری به استحکام مبانی حقوق قراردادی می‌کند و نیز می‌تواند اتخاذ تصمیم قضایی از سوی قضات دادگاه‌ها را تسهیل کند (کاظم پور، ۱۳۹۲، ص. ۳۲).

### ۳-۳. شروط تحمیلی در فقه و حقوق ایران

#### ۳-۳-۱. شروط تحمیلی در فقه

در فقه امامیه در مورد شروط تحمیلی بحثی به میان نیامده است و همان‌طور که اشاره شد این شروط از کشورهای غربی وارد فرهنگ حقوقی ما شده است؛ اما آنچه که روشن است فقه امامیه با استناد به قواعد فقه می‌تواند از درج این شروط در عقد ممانعت کند و یا در صورت درج، آن شروط را تعدیل کند یا حکم به حذف یا بطلان آن‌ها بدهد.

نظریه «سوء استفاده از حق» در حقوق ایران که برگرفته از قاعده فقهی لاضرر است و عمری به قدمت فقه اسلامی دارد، می‌تواند برای حذف یا تعدیل شروط تحمیلی به کار آید. در واقع کسی که در حین انعقاد قرارداد شروطی را به طرف مقابل تحمیل می‌نماید و به این طریق امتیاز افراطی از قرارداد به دست می‌آورد، از حق انعقاد قرارداد خویش سوء استفاده کرده است. نمونه‌ای از سوء استفاده از حق، قراردادهای بانکی هستند که در ضمن آن شروطی را به مشتری تحمیل می‌کنند که نفع حداکثری بانک‌ها را تأمین می‌کند و کمترین مخاطره را برای آن‌ها دارد. این نظریه به این شرح است که

هیچ‌کس نمی‌تواند در اجرا و اعمال حق خویش به دیگری ضرر نامتعارف بزند. اجرای هر حق مستلزم برخی محدودیت‌ها و زیان‌ها برای دیگران است و سوء استفاده از حق وقتی مطرح می‌شود که این زیان‌ها و محدودیت‌ها خارج از عرف باشد. کارکرد قاعده لاضرر در کنترل اعمال و اجرای حق از دریچه اصل (۴۰) قانون اساسی<sup>۴</sup> وارد حقوق موضوعه ایران شده است. قاعده لاضرر حول محور «ضرر» دور می‌زند و هر ضرری به دیگری را نفی می‌کند و در نفی ضرر، توجهی به اراده‌ای که موجب تحقق ضرر شده است ندارد. گرچه روش و سیره عملی فقها در استفاده از این قاعده نفی تمام احکام ضرری است اما سابقه تاریخی آن ناظر به فرض سوء استفاده از حق می‌باشد (براهیمی، ۱۳۸۰، صص. ۶۶-۶۷).

### ۳-۲-۳. ضمانت اجرای قاعده لاضرر درباره شروط تحمیلی

بعضی از ضررها لازمه زندگی اجتماعی و همزیستی مسالمت‌آمیز انسان‌ها هستند. بی‌تردید چنین ضررهایی خارج از شمول قاعده لاضرر هستند. ضرری مشمول قاعده لاضرر می‌شود که ناروا باشد و ضررهای ناشی از زندگی اجتماعی را کسی در عرف ناروا نمی‌پندارد که بخواهد مشمول قاعده لاضرر شود. قاعده لاضرر ابزار کامل و مفیدی به منظور حذف شروط تحمیلی از قراردادها به دست می‌دهد که ضمن نفوذ و بقاء قرارداد، تنها شرط گزاف و تحمیلی مندرج در آن را نفی می‌کند. آنچه ملازمه عرفی با تحقق ضرر دارد تنها شرط تحمیلی است و بس. مفاد قرارداد منعقد شده نه تنها ضرری نیست بلکه مطابق با نیاز مشتری (مصرف‌کننده) و صاحبان حرف (بانک‌ها) است لیکن در تنظیم آن شروطی به نفع بانک و به ضرر مشتری درج شده است.

### ۳-۳-۳. حکم شروط تحمیلی در فقه و حقوق ایران

در مورد حکم شروط تحمیلی نمی‌توان با قاطعیت اظهار نظر کرد؛ علت این است که این شروط، مفهومی نوظهور در فقه و حقوق ایران هستند و بزرگان فقه و حقوق در مورد آن مطلب روشنی بیان نکرده‌اند. لیکن آنچه که از فحوای آراء فقهی و حقوقی به دست می‌آید این است که اگر شروط مزبور به ارکان عقد ضربه‌ای وارد کنند و صحت ارکان عقد را زیر سؤال ببرند و یا ماهیت عقد را تغییر دهند یا ضرر قابل توجهی به طرف ضعیف قرارداد وارد سازند، این شروط باطل‌اند و در مواردی که شرط

نامشروعی به معنای عام حساب شوند و مضمول ماده (۲۳۳) قانون مدنی گردند، باطل و موجب بطلان عقد نیز می‌شوند. اما در مواردی که ضرر معتنا به‌ای به طرف دیگر قرارداد وارد نمی‌سازند یا به ماهیت قرارداد خدشه نمی‌زنند، در صورت اعتراض و طرح دعوا قابل تعدیل توسط محکمه هستند. البته در برخی از قراردادها همین حق اعتراض به مفاد قرارداد نیز به‌طور کلی سلب و اسقاط شده است و طرف ضعیف از این حق محروم شده است.

### ۳-۴. مصادیقی از مواد قرارداد مشارکت مدنی که دارای شروط تحمیلی هستند

قرارداد مشارکت مدنی بانکی که از طرف بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تنظیم شده و به تصویب رسیده است، دارای شروطی است که به نظر می‌رسد برخی از آن‌ها غیرمنصفانه و تحمیلی باشد و به خاطر برتری اقتصادی بانک و قدرت چانه‌زنی بالای وی، مشتری ناچار به پذیرش آن‌هاست و الا قراردادی منعقد نمی‌شود.

برخی از مواد و تبصره‌های قرارداد، تحکم بر مشتری است؛ به این معنا که تشخیص و ادعاهای بانک برای شریک، معتبر و لازم الاجراء دانسته شده است (نظرپور، و ملاکریمی، ۱۳۹۴، ص. ۱۴۸) مانند تبصره ماده (۵) قرارداد مشارکت مدنی که مقرر می‌دارد: «تشخیص بانک/ مؤسسه اعتباری در مورد مصرف شدن سهم شرکت شریک در جهت اجرای طرح موضوع مشارکت و یا واریز آن به حساب مشترک مشارکت، برای شریک معتبر و لازم‌الاجرا می‌باشد. مصرف شدن وجوه برداشت شده قبلی در محل طرح، در هر مرحله موکول به تأیید کتبی بانک/ مؤسسه اعتباری می‌باشد». مطابق تبصره، تشخیص بانک درباره مصرف شدن سهم شرکت شریک در جهت اجرای طرح موضوع مشارکت یا واریز آن به حساب مشترک مشارکت، به‌صورت یک‌طرفه به شریک تحمیل شده و این برخلاف اصل آزادی اراده در قراردادها و نیز اصل عدل و انصاف است (نظرپور، و ملاکریمی، ۱۳۹۴، ص. ۱۴۸).

بند اول ماده سیزده نیز بیان می‌دارد که «در پایان مدت مشارکت و در صورت درخواست بانک، بلافاصله حصه قابل فروش بانک را حداقل به مبلغ اصل سهم شرکت پرداختی بانک، سود و سایر هزینه‌های انجام شده طبق قرارداد حاضر، خریداری یا با هماهنگی و نظارت بانک، آن را به شخص ثالث به فروش رسانده و طبق جدول

محاسباتی که از سوی بانک به رؤیت شریک می‌رسد با بانک تسویه حساب نماید». در این بند، تحمیلی بودن کاملاً به چشم می‌خورد چراکه شریک باید پس از پایان قرارداد مشارکت، حصه قابل فروش بانک را خریداری نماید. این حصه توسط بانک قیمت‌گذاری می‌شود و برای آن حداقل مشخص شده است؛ درحالی که این مبلغ می‌توانست توسط کارشناسی بی‌طرف که مورد تراضی بانک و مشتری باشد، تعیین گردد. همچنین نباید وی مجبور به خرید سهم شرکت بانک شود و باید در این مسئله مختار باشد. نکته دیگر این‌که آوردن کلمه سود می‌تواند به قرارداد خدشه وارد کند چون ممکن است پس از انقضای مدت مشارکت، قرارداد سودی نکرده باشد و حال آن‌که بانک تقاضای سود کرده است.

#### جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

قرارداد مشارکت مدنی یکی از عقود پرکاربرد در نظام بانکی کشور است. یکی از دلایل آن، این است که این قرارداد سود خوبی نصیب طرفین عقد مخصوصاً بانک می‌کند. به خاطر همین استقبال از انعقاد چنین قراردادی بالاست. در این پژوهش برخی از مواد قرارداد مشارکت مدنی بانکی که به نظر نگارنده دارای اشکال است، بررسی شده است. برای مثال شرط تضمین سود که شبهه ربوی بودن در آن وجود دارد و همچنین شروط تحمیلی که برخی از آن‌ها ممکن است به ارکان عقد خدشه وارد سازد، مورد مذاکره قرار گرفته است.

در باب شرط تضمین سود عده‌ای معتقدند که این شرط باید حذف شود چراکه با اشکال‌های مخالفت با مقتضای عقد، اکل مال بالباطل و ربوی بودن روبروست. به نظر نگارنده می‌توان با حذف شرط تضمین سود از پیش تعیین شده و درصد آن، به اصل قرارداد مشارکت بازگشت؛ بدین معنا که بانک و مشتری به اندازه سهام خود در مال مشارکت، در سود و زیان شرکت شریک باشند. لیکن برای این‌که بانک با اطمینان خاطر بیشتری وارد در طرح‌های مشارکتی شود باید ابتدا به سابقه مشتریان خود در بانک عامل و سایر بانک‌ها توجه کند و احراز کند که آیا فرد مشتری شخص خوش‌حسابی است یا نه. در صورتی که سابقه خوبی دارد با وی در طرح‌های مختلف مشارکت کند و در غیر این صورت مشارکت بی‌معنا می‌شود و برای بانک خسارت به

بار می‌آورد. این امر با ایجاد یک سیستم و سامانه اطلاعات حساب مشتریان امکان‌پذیر است که در آن سوابق مثبت و منفی افراد به صورت به روز درج می‌شود و راهی آسان برای پی بردن به سابقه اشخاص است.

در خصوص مبحث شروط تحمیلی نیز می‌توان گفت که معمولاً در قراردادهای بانکی چنین شروطی وجود دارد چراکه بانک به عنوان قدرت برتر، شروط را به مشتری تحمیل می‌کند و فرصت انتخاب به وی نمی‌دهد؛ از این رو، راهکاری که به نظر می‌رسد این است که شروط تحمیلی مندرج در قرارداد مشارکت مدنی را باید تعدیل نمود و در برخی موارد، به مشتری حق انتخاب بیشتری داد؛ بدین معنا که شروط به گونه‌ای طراحی و تصویب شوند که مشتری در مضیقه قرار نگیرد. در حال حاضر قراردادها به نوعی نوشته شده‌اند که در صورت امتناع مشتری از پذیرش برخی از شروط مندرج در آنها، بانک حاضر به انعقاد قرارداد با مشتری نخواهد بود و این خود به حقوق مشتری لطمه می‌زند چراکه قدرتی برای اظهار نظر ندارد.

#### یادداشت‌ها

۱. ماده (۱۸) آیین‌نامه دستورالعمل اجرائی (آیین‌نامه تسهیلات اعطایی بانکی).
2. Take it or leave it.
۳. ماده (۴۶) قانون تجارت الکترونیک ایران مصوب ۱۳۸۲ش. مقرر می‌دارد: «استفاده از شروط قراردادی خلاف مقررات این فصل و همچنین اعمال شروط غیرمنصفانه به ضرر مصرف‌کننده، مؤثر نیست».
۴. اصل (۴۰) قانون اساسی ایران: هیچ‌کس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.

#### کتابنامه

- ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰ق). *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- ابن زهره حلبی، حمزه (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع الی علمی الأصول و الفروع*. قم: مؤسسه امام صادق(ع).
- امامی، سید حسن (۱۳۶۸). *حقوق مدنی*. تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامیة.

امینی، منصور؛ عابدیان، میرحسین؛ و کرمی، سکینه (۱۳۹۱). نحوه مقابله نظام‌های حقوقی با شروط ناعادلانه قراردادی و سکوت قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان در ایران. *مجله تحقیقات حقوقی*، ۱۳(۵۹)، ۷۱-۲۱۲.

بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). *الحائث الناضره فی أحكام العترة الطاهرة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.  
براهیمی، گیتی (۱۳۸۰). *اعمال قواعد عمومی قراردادها در شروط تحمیلی* (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). قابل بازیابی از گنج، پایگاه اطلاعات علمی ایران (ایران‌داک). [45d3ce42537fadbf75ca5761e1a2df0f](https://doi.org/10.45d3ce42537fadbf75ca5761e1a2df0f).

بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰). *حقوق تعهدات و قراردادها با مطالعه تطبیقی در فقه مذاهب اسلامی و نظام‌های حقوقی*. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).  
راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ق). *مفردات ألفاظ القرآن*. لبنان-سوریه: دارالعلم و الدار الشامیة.

ساردویی نسب، محمد؛ و کاظم پور، سید جعفر (۱۳۹۰). مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد. *مجله حقوقی دادگستری*، ۷۵(۷۵)، ۳۷-۷۳.  
سیاح، احمد (۱۳۸۲). *فرهنگ بزرگ جامع نوین*. تهران: انتشارات اسلام.

سید مرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۵ق). *الانتصار فی انفرادات الإمامیه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.  
شهیدی، مهدی (۱۳۸۶). *حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)*. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجلد.

شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: کتابفروشی داوری.

طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). *الخلاف*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

عابدیان، میرحسین (۱۳۷۹). *شروط باطل و تأثیر آن در عقد*. تهران: ققنوس.  
عدل، مصطفی (۱۳۸۵). *حقوق مدنی*. قزوین: انتشارات طه.

- علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام فی معرفه الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). ایضاح الفوائد فی حلّ مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین (مشارکتها- صلح). تهران: کتابخانه گنج دانش.
- کاشانی، سید محمود (۱۳۸۸). حقوق مدنی: قراردادهای ویژه. تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- کاظم پور، سید جعفر (۱۳۹۲). راهکارهای حمایت از طرف ضعیف قرارداد. تهران: انتشارات فکرسازان.
- کاظمی، جواد بن سعد (بی تا). مسالک الأفهام إلى آیات الأحكام. بی جا: بی نا.
- کریمی، عباس (۱۳۸۱). شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها. مجله پژوهش‌های حقوقی، (۱)، ۷۵-۸۲.
- کریمی، عباس (۱۳۸۸). نگاهی نو به مفهوم شرط خلاف مقتضای عقد؛ کتاب بر منهج عدل. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کریمی، عباس؛ و مرادی، یاسر (۱۳۹۴). سوء استفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا. فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی/انتشارات، (۱)، ۳۹-۷۰.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرایع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- مدنی بجستانی، سید مجتبی (۱۳۸۹). شروط ضمن عقد مشارکت مدنی (پایان‌نامه کارشناسی ارشد). دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۱۳ق). جامع الشتات فی أجوبه السؤالات. تهران: مؤسسه کیهان.
- نظریپور، محمد نقی؛ و ملاکریمی، فرشته (۱۳۹۴). بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی. فصلنامه اقتصاد اسلامی، (۵۷)، ۱۳۷-۱۶۶.