

تحلیل رویه‌ی قضایی پیرامون انعقاد قرارداد مشارکت مدنی بانکی به منظور تسویه تسهیلات قبلی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۰۶/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۶/۲۵)

عباس کریمی^۱، سیدابوالقاسم نقیبی^۲، علی‌رضا حسین‌بیگی^۳

۱. استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران*

۲. استاد گروه فقه و حقوق خصوصی دانشگاه شهید مطهری

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور

چکیده

قرارداد مشارکت مدنی که در آن بانک و مشتری با مشارکت یکدیگر مبادرت به سرمایه‌گذاری و تقسیم سود به نسبت آورده‌ی خود می‌کنند، یکی از مهم‌ترین قراردادهای بانکی شناخته می‌شود. با توجه به اینکه برخلاف عقود مبادله‌ای در قراردادهای مشارکتی نرخ سود توسط بانک مرکزی تعیین نمی‌گردد و فقط هر ساله حداقل نرخ سود مورد انتظار جهت انعقاد این قراردادها تصویب و ابلاغ می‌شود؛ بانک‌ها جهت کسب سود بیشتر مبادرت به اعطای تسهیلات در قالب این نوع قرارداد با هر نرخ سودی می‌نمایند. صرف‌نظر از صحیح بودن این اقدام بانک‌ها، متأسفانه در صورت عدم پرداخت اقساط تسهیلات، بانک به جای امهال بدهی مشتری یا تمدید مهلت بازپرداخت، مبادرت به اعطای تسهیلات جدیدی به مشتری در قالب عقد مشارکت که میزان آن معادل جمع مبلغ اصل، سود و خسارت تاخیر تسهیلات قبلی می‌باشد؛ نموده و بلافاصله با برداشت وجوه واریزی تسهیلات قبلی را تسویه می‌کند. تحلیل‌های مختلفی در مورد صحت عقد مشارکت فوق در محاکم دادگستری مطرح گردیده که با بررسی دیدگاه‌های قضایی و آراء محاکم خواهیم دید نظری که قرارداد را به جهت عدم وجود قصد باطل دانسته و به علت تسویه نشدن تسهیلات اولیه، بانک را مستحق دریافت طلب خود بر اساس آن قرارداد می‌داند، پذیرفته می‌باشد.

کلیدواژه‌گان: مشارکت مدنی، بانکداری اسلامی، قصد طرفین، بطلان.

مقدمه

قراردادهای مشارکت مدنی به عنوان یکی از پرکاربردترین قراردادهای بانکی که بانک با انعقاد آن مبادرت به اعطای تسهیلات به افراد می‌کند شناخته می‌شود. در واقع به نظر بسیاری از متخصصان، بانکداری اسلامی آن است که افراد با انعقاد عقد مشارکت در سود و زیان به نسبت شریک می‌شوند (درویشی، ۱۳۷۲: ۷۶). با بررسی قراردادهای مختلفی که در قانون عملیات بانکی بدون ربا جهت اعطای تسهیلات وجود دارد، می‌توان نتیجه گرفت که قرارداد مشارکت مدنی به دلیل گستردگی کاربرد آن به عنوان اصلی‌ترین ابزار تسهیلات اعتباری در بانکداری اسلامی قابل استفاده می‌باشد.

در واقع به دلیل مشارکت بین بانک و مشتری در زمان اعطای تسهیلات، سود حاصل ناشی از انجام فعالیت اقتصادی بین طرفین تقسیم می‌گردد و حتی شبهه ربا به ذهن نیز متبادر نمی‌گردد (هدایتی، ۱۳۷۱: ۳۱). با اینکه مزایای بسیاری در انعقاد قراردادهای مشارکتی وجود دارد به دلایل مختلفی ماهیت و چارچوب این قراردادها رعایت نمی‌گردد (موسویان، ۱۳۸۳: ۱۹۵). اعطای تسهیلات در قالب عقد مشارکت به منظور تسویه‌ی تسهیلات قبلی تنها یکی از مواردی است که اقدامات بانک برخلاف ماهیت قراردادهای مشارکت می‌باشد. بر اساس مقررات بانکی، بانک‌ها باید تسهیلات قبلی را وفق آیین‌نامه وصول مطالبات غیرجاری موسسات غیراعتباری استمهال کنند^۱ و یا اینکه پس از پایان مدت قراردادهای مشارکت با انعقاد یکی از عقود مبادله‌ای^۲ مانند فروش اقساطی حسب تبصره ۲ ماده ۱۰ دستورالعمل اجرایی مشارکت مدنی^۳ نسبت به خرید سهم شرکتی مشتری از وی اقدام کنند. اما بانک‌ها با توجه به اینکه نرخ سود قراردادهای مبادله‌ای در سال توسط بانک مرکزی اعلام می‌گردد و حداکثر آن مشخص است؛ بدون مجوز قانونی، قراردادهای جدید را در

۱. منظور از مطالبات غیر جاری مطالباتی از قبیل تسهیلات اعطایی به اشخاص حقیقی یا حقوقی که در طبقات سررسید گذشته، معوق و مشکوک‌الوصول قرار می‌گیرد، می‌باشد که بر اساس بخشنامه شماره ۱۸۴۸۴۷/۹۴ مورخ ۹۴/۷/۷ بانک مرکزی آیین‌نامه‌ی جدید وصول مطالبات غیر جاری موسسات اعتباری ابلاغ گردیده است. در ماده ۱۳ به بعد آن به نحوه استمهال مطالبات غیر جاری در مورد واحدهای تولیدی دچار مشکل و یا واحدهای تولیدی دارای مصوبه از کارگروه تسهیل و رفع موانع تولید اشاره شده است.

۲. عقود مبادله‌ای از انواع طبقه‌بندی ابزارهای اعتباری قانون عملیات بانکی بدون ربا هستند که شامل قراردادهای فروش اقساطی، اجاره به شرط تملیک، سلف و جعاله است و مهم‌ترین ویژگی این عقود نرخ سود ثابت آن‌ها می‌باشد.

۳. تبصره ۲ ماده ۱۰ دستورالعمل اجرایی مشارکت مدنی بیان می‌دارد: «فروش اقساطی سهم شرکتی بانک‌ها در شرکت‌های مدنی موضوع تبصره یک در زمان خاتمه قرارداد مجاز می‌باشد.»

قالب عقود مشارکتی منعقد می‌کنند تا بتوانند هر نرخ سودی را در قرارداد درج کنند. اگرچه در قراردادهای مشارکتی سود انتظاری بوده و اگر طرفین حصول سود معینی را پیش‌بینی کرده باشند سود تعیین شده نمی‌تواند ملاک عمل باشد (سلطانی، ۱۳۹۰: ۱۶۹).^۱ اما به دلایل گوناگونی از جمله عدم مصرف سرمایه در موضوع شرکت و نبود دفاتر تجاری و اینکه تسهیلات گیرندگان خود را نه یک شریک بلکه یک وام‌گیرنده می‌دانند؛ دادگاه نیز نمی‌تواند وارد بررسی موضوع گردد (همان: ۱۷۵) و در سررسید میزان طلب بانک را بر اساس نرخ سود مندرج در قرارداد محاسبه می‌کند.

رویه قضایی به عنوان یکی از منابع حقوق حتی از سایر منابع حقوق و قواعد حقوقی از عینیت بیشتری برخوردار است. قواعد قانونی در ذات خود انتزاعی بوده و توسط دادگاه‌ها تفسیر و حتی در برخی موارد تکمیل می‌گردد (کریمی، ۱۳۹۱: ۲۶۸). به همین دلیل در جهت تبیین بهتر موضوع سعی کرده‌ایم که با تحلیل رویه قضایی در کنار سایر منابع حقوق، تحلیل بهتری از موضوع ارائه کنیم. در مقاله‌ی حاضر فقط به بررسی و تحلیل نظرات مختلف و رویه‌های موجود در محاکم دادگستری در مورد انعقاد قرارداد مشارکت مدنی به منظور تسویه‌ی تسهیلات قبلی با فرض رعایت سایر شرایط و ارکان عقود مشارکتی می‌پردازیم و خواهیم دید که عده‌ای قرارداد مؤخر را باطل می‌دانند و عده‌ای دیگر این قراردادها را صحیح می‌دانند که در ادامه، هر یک از این نظرات را بررسی می‌کنیم. لازم به ذکر است اگرچه در عقود مشارکتی هر دو طرف شریک محسوب می‌شوند؛ اما جهت تمیز وام‌گیرنده و از طرفی با توجه به اینکه بحث اصلی ما انعقاد قرارداد می‌باشد از وام‌گیرنده به عنوان مشتری و نه شریک نام برده خواهد شد.

۱. حداقل و حداکثر نرخ تسهیلات عقود غیر مشارکتی هر ساله توسط بانک مرکزی در قالب بخشنامه به بانک‌ها اعلام می‌گردد و معمولاً حداقل نرخ سود مورد انتظار در عقود مشارکتی برابر با حداقل نرخ سود تسهیلات غیر مشارکتی تعیین می‌گردد؛ اما حداکثر نرخ سود در این سال‌ها تعیین نگردیده است، زیرا تعیین حداقل نرخ سود در عقود مشارکتی به منظور آن است که در صورتی که قرارداد مشارکتی به این میزان سودآوری داشته باشد، بانک مجاز در سرمایه‌گذاری در قرارداد می‌باشد. در سال‌های اخیر با توجه به سوء استفاده‌های بانک‌ها و اینکه محاکم نیز با توجه به عدم تعیین حداکثر نرخ سود خواسته اصلاح نرخ سود بانکی را رد می‌نمایند بانک مرکزی با صدور بخشنامه‌هایی از جمله بخشنامه ۹۴/۳۴۲۱۵ مورخ ۹۴/۲/۱۴ سقف نرخ سود مورد انتظار در عقود مشارکتی را تعیین کرده است.

۱. صحت قرارداد مشارکت مدنی بانکی به منظور تسویه ی تسهیلات قبلی

متأسفانه قراردادهای بانکی در مراحل انعقاد و اجرا دارای ایرادهای متعدد و متنوعی می‌باشند که برخی از این ایرادها باعث بطلان تمام قرارداد یا جزئی از آن می‌گردد. با توجه به اینکه موضوع بحث ما در مورد اعطای تسهیلات جهت تسویه تسهیلات قبلی است، با فرض عدم وجود اشکال دیگری در قرارداد، موضوع را بررسی می‌کنیم. همچنان که گفتیم در صورت توافق بانک و مشتری به منظور انعقاد قراردادی از نوع مشارکت به منظور تسویه ی تسهیلات قبلی عده‌ای انعقاد قرارداد دوم را صحیح می‌دانند. قائلین به اعتبار قرارداد، هریک به دلیلی آن را معتبر می‌دانند و به همین جهت اگرچه همه‌ی این افراد معتقد به صحت قرارداد هستند؛ ولی استناد آن‌ها به دلایل مختلف باعث شده است که هر یک آثار متفاوتی برای عقد دوم در نظر بگیرند که در ادامه با تقسیم‌بندی هریک از این نظرات با توجه به علتی که هریک از این رویه‌ها در آراء صادره از سوی طرفداران خود به آن استناد کرده‌اند به بررسی این نظرات می‌پردازیم.

۱-۱. نظریه صحت قرارداد مشارکت مدنی بانکی به لحاظ غیر معین قلمداد کردن این عقود طرفداران این نظریه بیان می‌دارند قرارداد مشارکت مدنی بر اساس ماده ۲۰ آیین‌نامه اعطای تسهیلات بانکی^۱ به محض واریز سرمایه به حساب مشترک واقع و عقد به طور صحیح منعقد می‌گردد؛ بنابراین عقد مشارکت با امضاء قرارداد و واریز سرمایه به حساب شریک محقق می‌گردد و بدین جهت قراردادهای مشارکت بانکی را نباید همان قرارداد مشارکتی قانون مدنی دانست.

۱-۱-۱. تبیین نظریه غیر معین بودن مشارکت مدنی بانکی

طرفداران این نظریه بیان می‌دارند که قراردادهای بانکی متفاوت از عقود معین مندرج در قانون مدنی هستند. در واقع در قوانین پولی و بانکی کشور و آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های قانونی، شرایط و ویژگی‌های خاص برای این عقود مشخص و تعریف شده که در جهت بررسی این قراردادها این شرایط و ویژگی‌ها را باید مدنظر قرار دهیم. برای مثال در عقد مشارکت مدنی انعقاد عقد مشروط

۱. ماده ۲۰ آیین‌نامه اعطای تسهیلات بانکی: «شرکت مدنی در صورتی تشکیل و تحقق خواهد یافت که شرکا طبق قرارداد سهم‌الشرکه نقدی خود را به حساب مخصوصی که در بانک برای شرکت افتتاح می‌گردد واریز نمایند و...»

به واریز سهم‌الشرکه طرفین به حساب مشتری می‌باشد و با واریز سهم‌الشرکه عقد واقع می‌گردد. (آراء شماره ۹۲۰۴۲۵ و ۹۲۰۴۲۶ مورخ ۹۲/۴/۸ شعبه هفتم دادگاه عمومی حقوقی یزد).

بر اساس استدلال موافقان این نظریه عقد مشارکت پس از واریز سهم‌الشرکه به حساب مشترک منعقد می‌گردد و اقداماتی مانند برداشت وجه از حساب توسط بانک صحت عقد را متزلزل نمی‌کند؛ اما چون بانک با برداشت وجه از حساب مشارکت مانع اجرای قرارداد شده است، مستحق دریافت هیچ‌گونه سود و یا خسارت وجه التزامی نمی‌باشد. بر اساس این نظریه بانک فقط مستحق دریافت اصل وجه پرداختی خود که در چند سال قبل بابت عقد مشارکت دوم به حساب مشترک واریز و با برداشت آن قرارداد اول را تسویه کرده است، می‌باشد و هیچ‌گونه سود و یا خسارت تأخیری به بانک تعلق نمی‌گیرد؛ زیرا بانک با برداشت وجه از حساب مشترک مانع اجرای قرارداد شده است و اقدام بانک خارج از اراده متعهد است؛ بنابراین با توجه به اینکه هرگاه تأخیر یا عدم انجام تعهد نتیجه عمل خود متعهدله باشد، متعهد را نمی‌توان مسئول جبران خسارت ناشی از آن دانست، متعهد از مسئولیت در برابر متعهدله مبری می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۶۴).

۱-۲. تحلیل نظریه غیر معین بودن مشارکت مدنی بانکی

اگر چه ظاهر نظریه‌ی موصوف با توجه به اعلام صحت قرارداد به نفع بانک می‌باشد؛ اما این نظر به دلیل آن که بانک را فقط مستحق دریافت اصل مبلغ تسهیلات می‌داند به شدت به زیان بانک می‌باشد. در تحلیل نظریه موصوف باید بیان کرد که تاریخچه بانکداری بدون ربا در کشور نشان می‌دهد که پس از تصویب قانون بودجه سال ۱۳۶۰ و تکلیف دولت به تصویب قانونی برای حذف ربا از سیستم بانکی کشور و پس از تشکیل جلسات بسیار زیادی قانون عملیات بانکی بدون ربا به تصویب رسید (موسویان، ۱۳۸۳: ۱۳۷). در این قانون با اینکه از عقود معین متعددی که در نظام بانکی می‌توان از آنها استفاده کرد نام برده شده است؛ ولی هیچ‌کدام از عقود تعریف نشده‌اند و ارکان آن نیز تغییر نکرده‌اند و اگر چه در آیین‌نامه‌ی اعطای تسهیلات بانکی و یا دستورالعمل‌های اجرایی، هر یک از قراردادها تعریف شده‌اند؛ اما تعاریف صورت گرفته تعریف هر یک از این عقود در قانونی مدنی است که با توجه به اجرای آن در حقوق بانکی بیان شده است و هیچ‌یک از مقررات اعلامی در مورد هر یک از این عقود ماهیت این قراردادها را تغییر نداده است؛ بلکه با توجه به لزوم هماهنگی بین بانک‌های مختلف و اینکه این قراردادها با نظم عمومی در ارتباط هستند، قانون‌گذار

شرایط و ضوابط تنظیم این قراردادها را تعیین کرده است. حتی اگر بر طبق قوانین و مقررات بانکی به فرض مطلبی به عقود معین ذکر شده اضافه یا کم گردیده تا زمانی که به قواعد امری آن عقد تجاوز نشده است؛ بلاشکال می‌باشد و ماهیت عقد تغییر نخواهد کرد؛ زیرا اصل آزادی قراردادها در عقود معین نیز جاری است. (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۳۳) از سوی دیگر خواه این محتوا را همان قراردادهای مذکور در قانون مدنی و خواه عقود مدنی با همان نام ولی با ماهیتی جداگانه بدانیم، برای انعقاد آن‌ها باید شرایط اساسی صحت معامله از جمله قصد وجود داشته باشد. به عبارت دیگر به فرض که قرارداد مشارکت مدنی با واریز سهم‌الشرکه به حساب مشتری واقع گردد و این قرارداد عقد نامعینی به غیر از قرارداد شرکت مدنی باشد این موضوع مسلماً نافی لزوم وجود شرایط اساسی صحت قراردادها نیست. در واقع شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ قانون مدنی شرایطی است که باید در هر یک از عقود وجود داشته باشد و به همین جهت قواعد عمومی قراردادها در مواد مربوط به هر یک از عقود تکرار نشده و حتی در عقود معینی که در قانون مدنی ذکر شده از آن‌ها نشده است، مانند عقد بیمه و یا حتی عقود نامعین نیز این شرایط ذکر نمی‌گردد. برای مثال اگر قراردادی در مورد گازکشی بین دو شهر بین شرکت ملی گاز و پیمانکار منعقد گردد، آیا شرکت پیمانکار با وجود آن که در شرایط عمومی پیمان شرکت ملی گاز و شرایط خصوصی قراردادی مطلبی در مورد اهلیت و یا قصد و رضا نیامده است نمی‌تواند به اجبار، اکراه، فقدان قصد و یا عدم اهلیت استناد کند؟

نکته‌ی بسیار مهم در مورد فلسفه‌ی تدوین ماده‌ی ۲۰ آیین‌نامه‌ی مذکور می‌باشد که همانا تعیین ماهیت عقد شرکت است. در واقع بین فقها و همچنین بین حقوق دانان در مورد ماهیت عقد مشارکت اختلاف نظر وجود دارد. برخی عقدی را به عنوان عقد شرکت نمی‌شناسند. (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ۱۰۵). اکثریت فقها عقد شرکت را به عنوان عقدی از عقود معین به رسمیت شناخته و اثر آن را جواز تصرف مالکین مشاع در مال مشترک می‌دانند (امام خمینی، بی‌تا: ۶۲۴) و البته نظر دیگری نیز وجود دارد که علاوه بر اینکه عقد شرکت را از عقود معین معرفی می‌کند، اثر آن را علاوه بر جواز تصرف مالکین مشاع در مال مشترک، ایجاد اشاعه در اموال نیز می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۵-۱۶) با توجه به همین اختلاف نظر بین فقها و بین حقوق دانان در مورد اثر عقد، قانون‌گذار جهت جلوگیری از ایجاد تشدد آرا، ایجاد اشاعه را لازم دانسته و بیان کرده در صورت عدم وجود اشاعه در اموال باید اشاعه به صورت اختیاری و با واریز سهم‌الشرکه ایجاد گردد. نظر موصوف که مطابق نظر اکثریت فقها می‌باشد همان طور که اشاره شد، مطابق با نظر امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله است (امام خمینی، بی‌تا:

۶۲۵)؛ بنابراین مفاد ماده مذکور دلالت بر اینکه قرارداد مشارکت مدنی بانکی قراردادی جداگانه از شرکت مدنی به عنوان یک عقد معین می‌باشد، ندارد و در واقع در این ماده یکی از شرایط اختصاصی تشکیل عقد مشارکت مدنی ذکر گردیده است.

۱-۲. نظریه صحت قراردادهای مشارکت مدنی بانکی با توجه به معین و مستقل بودن عقد دوم طرفداران این نظریه اعلام می‌کنند قرارداد مشارکت مدنی بانکی عقدی نامعین و متفاوت از قرارداد مشارکت مدنی نمی‌باشد و در قوانینی و مقررات بانکی شرایط و ضوابط این عقود جهت هماهنگی بین بانک‌ها تعیین شده است. حال اگر قراردادی جهت تسویه‌ی قرارداد قبلی منعقد گردد این قرارداد به عنوان یک قرارداد مستقل از قرارداد قبلی صحیح می‌باشد و خللی به صحت عقد وارد نیست؛ زیرا ضمانت اجرای این تخلف ابطال قرارداد نمی‌باشد و قوانین بانکی نیز چنین ضمانت اجرایی را پیش‌بینی نکرده‌اند. تخلف بانک صرفاً یک تخلف اداری محسوب می‌گردد که اثر آن در ماهیت قرارداد باطل بودن مازاد نرخ سودی است که بانک بیش از میزان دستورالعمل‌های لازم‌الاجرای بانک مرکزی تعیین نموده است.

۱-۲-۱. تبیین نظریه‌ی معین و مستقل بودن قرارداد دوم

اصل صحت قراردادها است و اگر بانک به هر علتی برخلاف مقررات بانکی اقدام کرد، ضمانت اجرای این تخلف بانک ابطال قرارداد نمی‌باشد؛ بلکه قرارداد صحیح می‌باشد. اما از آنجا که بانک با برداشت وجوه واریزی بابت قرارداد مشارکت و محاسبه‌ی آن جهت تسویه‌ی وام‌های قبلی تخلف کرده است مستحق سود مشارکت نیست و از طرفی به دلیل اینکه بانک وفق مقررات قانونی از جمله دستورالعمل‌های اجرایی عقود مشارکت حق انعقاد قراردادهایی با مشتری که سود قابل پیش‌بینی آن کم‌تر از نرخ اعلامی هر ساله بانک مرکزی باشد را ندارد، بانک مستحق دریافت حداقل نرخ سود اعلامی در سال انعقاد قرارداد می‌باشد. (آراء شماره ۹۶۰۱۱۶ مورخ ۹۶/۱/۲۴ حوزه ۲۶ شورای حل اختلاف و ۹۴۰۲۹۳ مورخ ۹۴/۲/۳۰ شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان یزد)

بر اساس این نظر در صورت طرح دادخواست توسط بانک و احراز تخلف بانک در برداشت وجوه واریزی بابت مشارکت از حساب مشترک، دادگاه مشتری را محکوم به پرداخت اصل مبلغ و حداقل نرخ سود اعلامی در آن سال و خسارت تأخیر بر اساس حداقل نرخ سود مذکور می‌نماید.

۱-۲-۲. تحلیل نظریه‌ی معین و مستقل بودن قرارداد دوم

عکس‌العملی که در صوت نقض قانون توسط یک نفر از افراد جامعه با توجه به قدرت عمومی برای حفظ نظم و حقوقی که ضمن نقض آن قانون نقض شده به کار می‌افتد، ضمانت اجرا می‌گویند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۸۵) ضمانت اجرای قانونی ممکن است اداری، مدنی و جزایی باشد که البته ممکن است اقدامی دارای دو ضمانت اجرا و حتی دارای سه ضمانت اجرا باشد. ضمانت اجراها ممکن است دارای شباهت‌هایی با یکدیگر مانند تصویب جهت حفظ نظم عمومی باشند؛ اما هر یک دارای ویژگی‌های خاص خود مانند آیین دادرسی جداگانه و عنصر قانونی متفاوت هستند. (درویشی و زینالی، ۱۳۹۳: ۴۴) همان طور که بیان کردیم یک اقدام افراد ممکن است دارای ضمانت اجراهای متعدد باشد، بنابراین اقدام بانک ممکن است گاهی هم‌پوشانی داشته باشد و مانند اقدام یک شخص حقیقی دارای چند ضمانت اجرا باشد. اگرچه بانک‌ها مکلفند مقررات و آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های بانک مرکزی را رعایت کنند و در صورت تخلف از مقررات بانکی ضمانت اجراهای متعددی در این مورد پیش بینی شده است؛ اما تعیین یک ضمانت اجرا دلیلی بر این موضوع نیست که سایر ضمانت اجراها مانند ضمانت اجراهای مدنی دیگر اعمال نگردد. در واقع بر اساس ماده ۳۷ قانون پولی و بانکی کشور، بانک‌ها مکلفند قوانین و مقررات بانکی و آیین‌نامه‌های بانک مرکزی را رعایت کنند؛ از طرفی بانک بر اساس ماده ۳۱ قانون مذکور یک شرکت سهامی عام بوده که دارای شخصیت حقوقی مستقل است و همان طور که به جز در موارد خاص دارای کلیه اختیارات اشخاص حقیقی می‌باشد، در صورت انجام اقدامی خلاف قانون باید جواب‌گو باشند.

بنابراین می‌توان گفت که اگر چه ضمانت هر تخلفی مسلماً ابطال قرارداد نمی‌باشد؛ اما در فرض سؤال که اقدام بانک برخلاف مقررات می‌باشد و قانون‌گذار برای آن ضمانت مدنی پیش‌بینی کرده است؛ نمی‌توان صرفاً اقدام بانک را یک تخلف اداری محسوب کرد. اگرچه در برخی موارد ممکن است تخلف بانک دارای ضمانت اجرای مدنی و اداری و گاه همان تخلف فقط دارای ضمانت اجرای اداری باشد. برای مثال طبق ماده ۱۲ دستورالعمل اجرای مشارکت مدنی^۱ حداکثر مشارکت بانک در هر شرکت مدنی هشتاد درصد کل سرمایه تعیین گردیده است. حال اگر بانک در دو

۱. ماده ۱۲ دستورالعمل اجرای مشارکت مدنی بیان می‌دارد «حداکثر مشارکت بانک، در هر شرکت مدنی هشتاد درصد کل سرمایه

هر شرکت مدنی تعیین می‌گردد.»

قرارداد جداگانه ماده‌ی مذکور را رعایت نکند و در یک قرارداد میزان مشارکت نود درصد و در قرارداد دیگر صددرصد اعلام شود؛ آیا اثر تخلف از هر دو قرارداد یکسان خواهد بود؟ تعیین میزان مشارکت صددرصد که متأسفانه به وفور در قراردادهای مشارکت دیده می‌شود، در واقع خلاف ذات این عقد که فلسفه آن مشارکت طرفین در موضوع قرارداد به منظور کسب سود می‌باشد، است. در صورتی که اگر در قراردادی میزان مشارکت بانک نود درصد تعیین گردد اگر چه بانک تخلف کرده است، اما توافق صورت گرفته خلاف مقتضای ذات عقد نمی‌باشد. بنابراین اگر چه اصل صحت یکی از قواعد مهم فقهی می‌باشد و اگر چه برخی از فقها معتقدند اصل مذکور در صورت شک در وجود ارکان اصلی معامله نیز جاری می‌باشد و حتی مفاد ماده ۲۲۳ قانون مدنی را نیز مؤید پذیرش این نظر در حقوق مدنی اعلام می‌کنند (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲۰۵)؛ اما اولاً عقد با وجود قصد انشایی به وجود می‌آید؛ زیرا تا کاشف خارجی وجود نداشته باشد زمینه‌ی اجرای اصل صحت وجود نخواهد داشت و ماده ۲۲۳ قانون مدنی نیز دلالت بر تأیید این نظر دارد؛ زیرا باید معامله‌ای واقع شود تا در صورت شک در شرایط آن به اصل مذکور استناد کنیم (میرشکاری، ۱۳۷۷: ۷۰) و از طرفی استناد به اصل، در جایی است که شک در صحت یا بطلان عقد وجود داشته باشد. اما در جایی که مشتری با علم به نبود قصد مشارکت با بانک قراردادی به نام مشارکت منعقد می‌کند، شکی در اقدام خلاف ذات و ماهیت عقد وجود ندارد. لازم به ذکر است در بسیاری از نظریات مشورتی اداره کل امور حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه ضمانت اجرای تخلف از مقررات بانک مرکزی بطلان آن اقدامات ذکر شده است.^۱

۱-۳. نظریه صحت قراردادهای مشارکت مدنی بانکی به لحاظ تمدید قرارداد

در صورتی که تسهیلاتی در قالب مشارکت به مشتری جهت تسویه‌ی تسهیلات قبلی پرداخت گردد، قصد طرفین دادن مهلت به مشتری می‌باشد تا بتواند نسبت به پرداخت اقساط تسهیلاتی که معوق شده است، اقدام کند؛ بنابراین قرارداد دوم تمدید قرارداد اول و اعطای مهلت به مشتری است.

۱. نظریه مشورتی شماره ۲۵۴۵/۹۲/۷ اداره کل امور حقوقی و تدوین قوانین قوه قضائیه «با توجه به الزامی بودن رعایت مصوبات پولی و بانکی بانک مرکزی برای کلیه بانک‌ها از جمله در تعیین سود؛ قراردادهایی که در آن مازاد به میزان تعیین شده بانک مرکزی سود و جریمه تعیین شده نسبت به مازاد بر میزان تعیین شده در مصوبه بانک مرکزی فاقد اعتبار بوده و غیر قابل مطالبه است نتیجتاً دعاوی مطالبه آن‌ها نیز محکوم به بطلان است»

۱-۳-۱. تبیین نظریه تمدید قرارداد بودن انعقاد قرارداد دوم

طرفداران این نظریه معتقدند که دادن تسهیلات در قالب عقود مشارکتی و یا عقود دیگر به منظور امهال بدهی مشتری است و پس از آنکه بانک جهت دریافت اصل مبلغ و سود به مشتری مراجعه کرد و او نتوانست این مبلغ را عودت دهد، بانک به منظور اعطای مهلت به مشتری قرارداد جدیدی را منعقد می‌کند و اینگونه به مشتری مهلت می‌دهد تا بتواند تسهیلات قبلی را تسویه کند؛ فلذا قرارداد دوم تمدید قرارداد اول است. (رأی شماره ۹۴۰۴۳۲ مورخ ۹۴/۵/۱۷ شعبه ۱ اول دادگاه تجدیدنظر استان یزد) اگرچه امهال باید وفق مقررات قانونی صورت گیرد و اعطای تسهیلات در قالب مشارکت، تخلف بانک است ولی این موضوع باعث بطلان قرارداد نیست؛ چون امضای قرارداد تنظیمی بین طرفین، کاشف از قصد و اراده‌ی آنان در زمان انعقاد عقد است و اقدامات بعدی بانک در برداشت اصل و تسویهی وام قبلی خللی به قرارداد دوم وارد نمی‌کند. (آراء شماره ۹۴۰۲۸۴ مورخ ۹۴/۳/۱۸ شعبه دوم و شماره ۹۴۰۲۱۶ مورخ ۹۵/۸/۲۰ شعبه ۱ اول دادگاه تجدید نظر یزد) ذکر آراء مذکور به منظور نشان دادن وجود استدلال‌های مختلف است که منجر به صدور حکم یکسان می‌گردد. بر اساس استدلال اول، قصد طرفین، انعقاد قرارداد مشارکت نبوده بلکه دادن مهلت به مشتری بوده است؛ بنابراین قاضی باید بر اساس قصد واقعی ایشان که دادن مهلت به بدهکار است، رأی مقتضی را بر اساس قرارداد صادر کند. نظریه‌ی تمدید قرارداد بر دو اصل استوار است: توجه به اراده‌ی واقعی طرفین معامله که در فرض موضوع، خواسته‌ی ایشان تمدید قراردادهای قبلی، استناد به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی و امکان انعقاد عقود بانکی با توافق و شرایط تعیین شده توسط طرفین معامله بوده است. بر اساس استدلال دوم، اگرچه طرفین با انعقاد عقد مشارکت تخلف کرده‌اند اما ضمانت اجرای این تخلف ابطال قرارداد نیست؛ زیرا با امضای قرارداد، رضایت و قصد طرفین احراز و عقد منعقد می‌شود. در واقع، قائلین به نظر دوم معتقدند که قراردادهای بانکی، قراردادهای دارای جنبه‌ی کاملاً خصوصی بین بانک و مشتری است و طرفین به هر نحو که تمایل داشتند، می‌توانند قرارداد منعقد کنند و باید به اراده‌ی ایشان احترام گذاشت.

۱-۳-۲. تحلیل نظریه‌ی تمدید قرارداد بدون انعقاد قرارداد دوم

همان طور که بیان کردیم، طرفین در زمان انعقاد عقد، قصد مشارکت نداشته‌اند و قصد ایشان انعقاد قراردادی جهت اخذ تسهیلات به منظور تسویهی بدهی مشتری بوده است. اگرچه با توجه

به مواد ۱۹۱، ۱۹۶ و ۴۶۳ قانون مدنی، اراده‌ی باطنی حاکم است اما در مواردی که طرفین به تدریس دست زده‌اند تا رابطه‌ی واقعی خود را پنهان دارند و دیگران را دچار اشتباه کنند، هر چند عقد صوری نمی‌باشد؛ اما این فرض با جایی که عقدی به غلط توصیف شده است متفاوت می‌باشد؛ زیرا در فرض اخیر با تفسیر قرارداد می‌توان به ماهیت عقد پی برد. (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۳۲۷) ولی در فرض مسئله که قرارداد یک عقد وانمود شده است، بی‌گمان آن عقد باطل است؛ زیرا نقش این عقد ایجاد سرپوش برای عقد پنهانی است و از آن التزامی ایجاد نمی‌شود و عقد پنهانی نیز به فرض وجود شرایط ماهوی، زمانی درست است که افراد نخواهند با تجاوز به قانون و اخلاق، نظم عمومی را به هم بزنند (همان: ۳۳۲)

همچنین در مورد استدلال به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی باید گفت، اگر طرفین عقدی را انشا کنند که ماهیت آن عقدی از عقود معین است، نامگذاری آن به قرارداد ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی حقیقت آن را تغییر نمی‌دهد و این عقیده که عقود معین فاقد شرایط اختصاصی، مشمول ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی هستند، صحیح نیست؛ زیرا ضمانت اجرای فقدان شرایط اختصاصی عقد، بطلان معامله است و هرگز نمی‌توان چنین معامله‌ای را به استناد ماده‌ی ۱۰ صحیح دانست. (شهیدی، ۱۳۸۰: ۱۸۵)

از طرف دیگر نمی‌توان توافق طرفین را کاشف از انعقاد قرارداد امهالی دانست؛ زیرا اگر چه قاضی باید در صورت احراز اینکه قصد طرفین انعقاد قرارداد دیگری بوده است، بر اساس قصد ایشان مبادرت به صدور رأی کند، اما در موضوع مطروحه، قصد واقعی طرفین استمهال قرارداد بانکی یا تمدید قرارداد قبلی نبوده است؛ زیرا بانک در انعقاد عقد، به شرایط استمهال و تسویه‌ی قرارداد کاملاً آشنا است^۱؛ ولی به جهت کسب سود بیشتر و یا به جهت فراهم نبودن شرایط استمهال و اینکه حتی ممکن است مشتری شرایط استمهال را قبول ننماید؛ در زمان انعقاد قرارداد قصدی جهت استمهال یا تسویه‌ی قرارداد وجود نداشته است تا بتوان قصد واقعی طرفین را تسویه‌ی قرارداد قبلی یا استمهال وام دانست.

۱. دادن مهلت به مشتری و استمهال تسهیلات، دارای فرایند مشخص و آیین‌نامه‌ها و بخشنامه‌های خاصی مانند آیین‌نامه‌ی وصول مطالبات غیرجاری موسسات اعتباری می‌باشد و اعطای مهلت منوط به انجام مقدمات و اقدامات متعددی از جمله تصویب کمیسیون اعتبارات بانک یا تصویب هیئت‌ها و یا کارگروه‌ها خاص مانند کارگروه تسهیل و رفع موانع تولید است.

۲. بطلان قرارداد مشارکت مدنی بانکی به منظور تسویه تسهیلات بانکی

برخلاف افرادی که معتقدند قراردادی که جهت تسویه تسهیلات قبلی اعطا شده، صحیح است؛ برخی این قراردادها را باطل می‌دانند. طرفداران این نظریه برخلاف طرفداران نظریه صحت قرارداد، در مورد علت بطلان قرارداد دارای استدلال واحد می‌باشند اما آثار بطلان قراردادی که جهت تسویه تسهیلات قبلی داده شده است، به نظر پیروان این گروه متفاوت و گاه متعارض می‌باشد؛ به همین جهت ابتدا نظریه‌ی موصوف را مورد تحلیل قرار داده و در ادامه آثار بطلان عقد را با توجه به تفاوت در دیدگاه‌ها، به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۲-۱. تحلیل نظریه‌ی بطلان قرارداد مشارکت مدنی بانکی به منظور تسویه تسهیلات بانکی

هرچند در برخی موارد، هدف بانک از اعطای تسهیلات جدید، کمک به مشتریان خود و دادن مهلت به ایشان برای پرداخت بدهی می‌باشد اما در بسیاری از موارد بانک فقط به منافع خود توجه کرده است و حتی مشتری را در وضعیت بدتری قرار می‌دهد؛ زیرا با وجود اینکه نرخ سود در قرارداد مشارکت جدید، به احتمال زیاد، از نرخ سود و خسارت تعلق گرفته به آن در قرارداد قبلی کمتر است، اما بانک‌ها با انعقاد قرارداد دوم اولاً نرخ سود قراردادی بالاتری نسبت به قرارداد اول تعیین می‌کنند؛ ثانیاً علاوه بر تضمینات اخذ شده در قرارداد قبلی تضمینات دیگری نیز از مشتریان خود اخذ می‌کنند؛ ثالثاً با انعقاد قرارداد جدید، مشتری دیگر نمی‌تواند از امتیازاتی قانونی که ممکن است دولت یا مجلس در مورد تسهیلات معوق شده بانکی تصویب کنند یا در آینده تا سررسید تسهیلات بعدی تصویب شوند (مانند بخشودگی جرایم)، استفاده کند. همچنین فشارهایی که مراجع مختلف از جمله کارگروه تسهیل و رفع موانع تولید، هیئت‌های حمایت از صنایع، ستاد فرماندهی اقتصاد مقاومتی استان‌ها و ستاد اجرای سیاست‌های اقتصاد مقاومتی قوه قضاییه جهت کمک به وام‌گیرندگان مخصوصاً شرکت‌ها و کارخانه‌ها به بانک وارد می‌کنند، از بین می‌رود و رابعاً بانک کل طلب خود از بابت اصل، سود و خسارت تأخیر (با کسر ۶ درصد مازاد سود و حتی گاه به اضافه‌ی همین ۶ درصد) را در زمان اعطای تسهیلات جدید محاسبه و آن را به عنوان اصل آورده‌ی خود در قرارداد مشارکت جدید اعلام می‌کند و بدین طریق به راحتی از مبلغ سود و خسارت تأخیر نیز سود و خسارت دریافت می‌کند که این اقدام منجر به افزایش غیر قابل تصور بدهی مشتری در آینده خواهد شد.

طرفداران این نظریه به دلیل نبود قصد واقعی انعقاد قرارداد مشارکت، قرارداد را باطل می‌دانند. همان طور که می‌دانیم مراحل شکل‌گیری اراده در عقد عبارت است از: تصور و ادراک عمل، تصدیق، تصمیم و رضایت به انجام عمل و اجرای تصمیم و بروز اراده. (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۲: ۸۷) در زمان تنظیم قرارداد، مراحل شکل‌گیری اراده در هر یک از طرفین وجود دارد اما آنچه که در ظاهر نشان داده می‌شود (اراده‌ی ظاهری) مقصود ایشان نبوده است. به عبارت دیگر، بین اراده‌ی ظاهری و باطنی تعارض وجود دارد. در جهت حل این تعارض برخی اراده‌ی ظاهری را پذیرفته و برخی قائل به رجحان اراده‌ی باطنی شده‌اند. به نظر می‌رسد هیچ یک از نظرات، بطور مطلق، صحیح نباشد و وظیفه‌ی دادرس آن است که باتوجه به آنکه در ایجاد عمل حقوقی اراده‌ی ظاهری مبرز اراده‌ی باطنی است، در کشف عمل حقوقی از اراده‌ی ظاهری مدد جوید. (نقیبی، ۱۳۸۴: ۱۹۰) اگر با تعدیل این اراده‌ها توان الگویی از حاکمیت اراده‌ی طرفین (مانند فرض موضوع کنونی که طرفین به منظور اعطای وام جهت تسویه‌ی تسهیلات قبلی مبادرت به انعقاد عقد مشارکت می‌کنند) به دست آورد، باید اراده‌ی باطنی را ارجح دانست؛ زیرا اکثر فقها، حقوق‌دانان و همچنین رویه‌ی قضایی، اصالت را به اراده‌ی باطنی می‌دهند و قصد انشا، یعنی اراده‌ی واقعی طرفین را عنصر سازنده عقود می‌دانند. (بیگدلی و مالکی، ۱۳۹۱: ۱۰۹) همچنین مواد مختلف قانون مدنی از جمله مواد ۶۵، ۶۶، ۱۹۶، ۴۶۳ و ۴۶۴ دلالت بر اصالت اراده‌ی باطنی دارد. اما موضوع دیگری که باید به آن توجه کرد آن است که اراده‌ی باطنی نیز در جهت انعقاد قرارداد صحیح دیگری نمی‌باشد که قاضی با تفسیر قرارداد و احراز وجود شرایط قانونی آن، نسبت به کشف قصد واقعی طرفین اقدام کند. به عبارتی طرفین معامله (بانک و مشتری) با وجود شناخت ارکان اساسی قرارداد مشارکت مدنی، از جمله لزوم وجود آورده توسط ایشان، ایجاد مالکیت مشاع و تقسیم سود و زیان، (کاتوزیان، ۱۳۸۳: ۱۸) آنها قصد انجام معامله‌ای را برخلاف قانون دارند و از آن‌جا که توافق برخلاف قانون باطل است، عقد دیگری هم منعقد نمی‌شود. همان طور که می‌دانیم یکی از موانع اصل آزادی قراردادها قانون است. آنچه در اینجا از قانون مدنظر است معنی خاص آن نیست و اخلاق حسنه و نظم عمومی را نیز شامل می‌شود. (عادل، ۱۳۸۰: ۸۰) در قراردادهای مشارکت بانکی با توجه به اهمیت موضوع، قوانین متعددی راجع به این قراردادها، از جمله قانون عملیات بانکی بدون ربا تصویب گردیده و دخالت دولت و حکومت در آن‌ها بسیار بیشتر از عقد شرکت مدنی مندرج در قانون مدنی است؛ زیرا با گسترش تعریف نظم عمومی و دخالت هر چه بیشتر حکومت‌ها در قراردادهای خصوصی مخصوصاً در مواقعی که انجام

یا عدم انجام این نوع قراردادها در سطح کلان با نظم جامعه ارتباط دارد، اختیار اشخاص در تنظیم شرایط و تعیین آثار معاملات کاسته شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۴۱) در واقع «اگرچه اصل بر آزادی طرفین در قرارداد است ولی این آزادی محدود به حفظ نظم عمومی و رعایت اخلاق حسنه است... وظیفه‌ی قاضی کنترل اخلاق حسنه و نظم عمومی است و این نظارت نیاز به ایراد هم ندارد. پاسداری از اخلاق حسنه و نظم عمومی بر عهده قاضی است. اگر شرط یا قراردادی نامشروع باشد اعمال آثار بر آن ممنوع است و این موضوع در محکمه قابل استماع نیست (مواد ۱۰ و ۱۷۵ قانون مدنی)» (رأی شماره‌ی ۹۷۰۱۲۳ مورخ ۹۷/۲/۹ شعبه‌ی اول دادگاه عمومی حقوقی میبد).

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

۲-۲. آثار نظریه‌ی بطلان قرارداد مشارکت مدنی بانکی به منظور تسویه‌ی تسهیلات بانکی با وجود آنکه طرفداران بطلان عقد همگی بر بطلان عقد با استدلال مشابهی اتفاق نظر دارند، اما در مورد آثار بطلان عقد اجماع ندارند؛ برخی معتقدند با توجه به باطل بودن قرارداد باید اصل وجه پرداختی به بانک عودت گردد؛ عده‌ای با توجه به نبودن قرارداد بین طرفین، وجه پرداختی را قرض الحسنه می‌دانند و گروهی با این استدلال که با باطل بودن عقد باید وجه پرداختی به بانک عودت گردد، نظر به پابرجا بودن قراردادی که بابت تسویه‌ی آن تسهیلات اعطا شده است، دارند که در ادامه به بررسی هریک از این نظرات می‌پردازیم.

۱. بطلان کل عقد بتعذر الوفاء بمضمونه.

۲-۲-۱. پرداخت اصل مبلغ تسهیلات و خسارت تأخیر

طرفداران این نظریه اگرچه عقد مشارکت را باطل می‌دانند و مشتری را مستحق دریافت مبلغ تسهیلات پرداخت شده به او بابت تسهیلات دوم نمی‌دانند، ولی برخی ید مشتری را ضمانی و مشتری را از زمانی که بر این وجوه استیلاء پیدا کرده است، ضامن و بانک را مستحق دریافت خسارت تأخیر می‌دانند. برخی با توجه به اینکه بانک با رضایت، این وجوه را به مشتری داده است، ید مشتری را امانی و بدین جهت بانک را از تاریخ سررسید وام محق دریافت خسارت دانسته‌اند. اما از طرفی عده‌ای که در هر دو گروه قبلی از جهت استدلال قرار می‌گیرند با استناد به قاعده‌ی اقدام و اینکه با باطل شدن عقد شروط ضمن آن هم باطل می‌شود، حکم به پرداخت خسارت تأخیر از تاریخ مطالبه، یعنی تقدیم دادخواست می‌دهند که در ادامه به بررسی هریک از این نظرات می‌پردازیم.

۲-۲-۱-۱. پرداخت خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ پرداخت تسهیلات

این گروه اعلام می‌کنند با طرح دادخواست توسط مشتری مبنی بر ابطال قرارداد بدلیل عدم مشارکت واقعی احراز می‌گردد مشتری بر فساد عقد علم داشته و به لحاظ بلااثر بودن عقد فاسد استحقاقی نسبت به تصرف در وجوه واریزی به حساب او بابت تسویه تسهیلات قبلی ندارد و بدین جهت قصور وی در بازپرداخت وجوه استیلاء شده مشخص است به عبارتی با توجه به باطل بودن عقد، ید مشتری نسبت به وجوه دریافتی ید ضمانی است. نظر فوق مستند به نظر اکثریت فقهای شیعه می‌باشد که حتی برخی از فقها ادعای اجماع آن را نیز می‌نمایند (انصاری، ۱۳۸۸: ۲۶۱). حقوق‌دانان نیز این نظر را پذیرفته‌اند. به نظر ایشان خواه مشتری عالم به فساد معامله باشد خواه جاهل، باید مالی را که به دست آورده است، به صاحبش رد کند و الا مانند غاصب ضامن عین و منافع مال می‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۵۶)

طرفداران نظر فوق با توجه به استدلال مذکور بیان می‌کنند چون ید مشتری ضمانی است، او مکلف است بدون درخواست بانک، وجه پرداختی را عودت دهد و در صورت عدم پرداخت با توجه به عدم لزوم مطالبه بانک، باید خسارت تأخیر تأدیه را از زمان پرداخت وجه پرداخت کند؛ زیرا این خسارت در واقع با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۷۳۳ مورخ ۹۳/۷/۱۵ دیوان عالی

کشور^۱ و ماده ۳۹۱ قانون مدنی غرامت وارد شده به بانک می‌باشد و مشتری که در این مدت پول به حسابش واریز شده است باید از عهده‌ی این غرامات برآید. با توجه به رأی وحدت رویه و مفاد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، یکی از این غرامات، پرداخت مابه‌التفاوت کاهش ارزش پول است. در واقع طرفداران این نظریه مستند به مواد مختلفی از جمله ماده ۳۲۰ قانون مدنی در بحث غصب معتقدند از زمانی که وجه تسهیلات دوم به حساب مشتری واریز می‌شود و او در آن تصرف می‌کند، چون این وجوه با عقد فاسد بدست آمده مشتری هیچ حقی نسبت به آن ندارد، باید منافع مال و خسارات را جبران کند و یکی از این خسارات‌ها، خسارت کاهش ارزش پول می‌باشد. (رأی شماره‌ی ۹۵۰۲۳۱ مورخ ۹۵/۲/۸ شعبه‌ی اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان یزد)

۲-۲-۱. پرداخت خسارت تأخیر تأدیه از تاریخ سررسید وام

طرفداران این نظریه بیان می‌کنند اگر چه قرارداد باطل و ید مشتری ضمانتی است، او تکلیف دارد که وجه پرداختی را عودت دهد؛ البته با توجه به اینکه بانک با اختیار خود و با علم به باطل بودن معامله و اینکه انتقالی صورت نمی‌پذیرد مال خود را در اختیار مشتری قرار می‌دهد. در واقع ید مشتری امانی است و وجه پرداختی در نزد وی امانت و مشتری در حکم امین است. (عاملی شهید ثانی)، (۱۴۱۳ق: ۱۷۴) بر اساس این دیدگاه مشتری تکلیفی به عودت وجه ندارد؛ مگر آن که پرداخت‌کننده وجوه پرداختی را مطالبه کند و از آن‌جایی که در قرارداد صراحتاً به گیرنده وجه اعلام شده است که نسبت به بازپرداخت وجه پرداختی از تاریخ سررسید اقدام کند، بانک از این تاریخ مستحق دریافت خسارت تأخیر تأدیه می‌باشد. (آرای شماره‌ی ۹۴۰۵۵۲ مورخ ۹۴/۱۱/۲۸ شعبه‌ی ۵ دیوان عالی کشور و ۹۲۰۰۰۱۹ مورخ ۹۲/۱/۱۷ شعبه‌ی دوم دادگاه تجدید نظر و ۹۲۰۱۱۱۶ مورخ ۹۲/۹/۱۰ شعبه‌ی اول دادگاه عمومی حقوقی شهرستان یزد)

۱. رأی وحدت رویه شماره‌ی ۷۳۳- ۱۳۹۳/۷/۱۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور «به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد، یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می‌ماند و حسب مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مرقوم، اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق لغیر درآید، بایع ضامن است و باید ثمن را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، از عهده غرامات وارد شده بر مشتری نیز برآید و چون ثمن در اختیار بایع بوده است در صورت کاهش ارزش ثمن و اثبات آن، با توجه به اطلاق عنوان غرامات در ماده ۳۹۱ قانون مدنی بایع قانوناً ملزم به جبران آن است؛ بنابراین دادنامه شماره ۳۶۰ مورخ ۱۳۸۹/۳/۳۱ شعبه یازدهم دادگاه تجدیدنظر استان آذربایجان غربی در حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها لازم‌الاتباع است.»

۲-۲-۱-۳. پرداخت خسارت تأخیر از تاریخ مطالبه (تقدیم دادخواست)

استدلال این گروه مانند گروه قبلی است. در واقع طرفداران این نظریه با وجود اینکه معتقدند قرارداد باطل است و باید وجه پرداختی و خسارت تأخیر عودت گردد ولی خسارت را از تاریخ مطالبه رسمی بانک، یعنی تقدیم دادخواست و یا اظهارنامه محاسبه می‌کنند. در واقع ایشان بیان می‌کنند که اگرچه قرارداد مشارکت باطل است اما اقدام بانک که با علم به باطل بودن قرارداد و عدم انتقال مالکیت، مال خود را به مشتری داده است، حکایت از آن دارد که بانک مال را به امانت نزد مشتری قرار داده است و چون قرارداد مشارکت باطل است، کلیه‌ی شروط و مواعد ذکر شده از جمله مهلت سررسید وام یا پرداخت اقساط نیز باطل است و نمی‌توان مستند به چنین قراردادی اعلام کرد که بانک از تاریخ سررسید وجوه واریزی را مطالبه کرده است بلکه تاریخ مطالبه، تاریخ تقدیم دادخواست می‌باشد. (آرای شماره‌ی ۹۵۰۸۷۸ مورخ ۹۳/۴/۱۰ شعبه‌ی دوم دادگاه تجدیدنظر استان و ۹۶۰۰۳۹ شعبه‌ی دوم دادگاه حقوقی یزد)

برخی دیگر از طرفداران این نظریه اگر چه معتقدند که ید مشتری ضمانتی است و دلیلی بر امانی بودن ید مشتری وجود ندارد و مشتری مکلف است با توجه به قاعده‌ی علی‌البد مال را سریع به مالک آن عودت دهد و گرنه از همان لحظه که مال را تصرف کرده است مسئول هرگونه تلف و یا نقصان و یا منافع مستوفات یا غیر مستوفات می‌باشد، اما این مسئولیت در جایی است که ضرر مستند به فعل مشتری باشد در حالی که در فرض مسئله بانک با توجه به قاعده‌ی اقدام به زیان خود عمل کرده است. وقتی بانک با آگاهی عملی را انجام می‌دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او می‌شود، واردکننده‌ی زیان مسئول نخواهد بود؛ به عبارتی قاعده‌ی اقدام جلوی اجرای قواعد ضمان قهری را می‌گیرد؛ زیرا وقتی صاحب مال حرمت مال خود را ضایع کند، دلیلی بر حمایت از وی وجود ندارد. از طرفی عنصر اصلی قواعدی مانند اتلاف، تسبیب و یا لاضرر «استناد» است و با اقدام زیان‌دیده استناد به شخص مسبب مرتفع می‌گردد. (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۲۲) همچنان که برخی بر این نظرند که عدم علم مشتری به باطل بودن عقد مشمول قاعده غرور می‌باشد و در صورتی که مشتری با اطلاع از بطلان معامله، مال را دریافت نمی‌کرد و تحویل دهنده علم به باطل بودن عقد داشت، اقدام تحویل دهنده باعث فریب و مغرور شدن مشتری می‌شود. (قدیری، بی تا: ۲۵۵)

در تحلیل نظرات مذکور باید گفت در هریک از این نظرات به این نکته که عقد موصوف بابت تسویه‌ی وام دیگری پرداخت شده و آن وام در سیستم حسابداری بانک، با وجوه پرداختی حاصل

از وام دوم تسویه شده است، توجهی نگردیده است. طرفداران این گروه در حقیقت وام مذکور را تسویه شده محسوب کرده و بدون ورود در قرارداد تسهیلات اولیه، فقط با توجه به باطل بودن عقد دوم، رأی به عودت اصل وام می‌دهند و خسارت تأخیر را نیز با توجه به استدلالات خود از تاریخ‌های اعطای وام، سررسید آن و یا مطالبه‌ی بانک، قابل مطالبه می‌دانند. ایشان تفاوتی بین پرونده‌ای که تسهیلات بابت تسویه‌ی وام قبلی باطل است با پرونده‌ای که تسهیلات به علت دیگری مثلاً مشارکت صددرصدی بانک در قرارداد مشارکت مدنی باطل است، نمی‌گذارند.

فارغ از ایراد مذکور که به نظر طرفداران هر سه گروه وارد است، در تحلیل هر یک از نظرات فوق نیز باید گفت که در مورد نظریه‌ی پرداخت خسارت از زمان اعطای تسهیلات اگر چه استدلال طرفداران نظریه‌ی موصوف به قاعده‌ی غضب می‌باشد، اما در واقع وجه واریزی به حساب مشترک، هیچ‌گاه به مشتری تحویل داده نشده است و از طرفی اگر چه حساب مشترک بین بانک و مشتری می‌باشد ولی مشتری حق برداشت از این حساب را ندارد؛ بنابراین مبلغ تسهیلات تحویل مشتری نشده است. همان طور که می‌دانیم یکی از ارکان اصلی غضب استیلا می‌باشد. قبض و استیلا بر مال با توجه به نوع مال متفاوت است؛ استیلا مفهومی عرفی دارد و برای تشخیص آن باید به عرف مراجعه کرد. (نقی‌زاده، هاشمی، ۱۳۹۲: ۲۵ و قاسم‌زاده، ۱۳۹۰: ۱۹۲) اگر چه بسیاری از فقها تسلیم و قبض مال را منوط به انتقال مال از محل خود دانسته‌اند (بحر العلوم، ۱۴۰۳: ۱۲۰) اما قدر متیقن آن است که مشتری در صورتی بر تسهیلات استیلا دارد که توانایی جابه‌جایی آن را داشته باشد. حال آنکه در فرض مذکور بانک در همان زمان وجه مذکور را از حساب مذکور به حساب دیگری منتقل کرده است؛ بدین جهت نمی‌توان حکم غضب را در این مورد جاری دانست.

اما در تحلیل نظریه‌ی دوم و برخی از قائلین به نظریه‌ی سوم که مبنای نظر خود را بر امانی بودن ید مشتری قرار داده‌اند و گفته‌اند که بانک با وجود علم به باطل بودن معامله، مال خود را تسلیم خریدار می‌کند که این عمل حکایت از امانت بودن مال است، (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۵: ۴۱) باید بیان کرد که قصد طرفین به هیچ عنوان امانت دادن مال نیست. طرفین با توافق خود می‌خواهند مقررات قانون را رعایت نکنند و مال را در قالب عقود که شروط توافق شده‌ی بین طرفین خلاف ذات آن است، به مشتری تحویل دهند. به عبارتی اذن در تصرف مشتری در وجه مذکور مقید به انتقال مالکیت به مشتری است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۵۶) و قصد امانت دادن مال وجود ندارد. قانون مدنی نیز در این

مورد همین نظر را پذیرفته است و بر اساس ماده‌ی ۳۶۶ قبض‌کننده‌ی مال به بیع فاسد را مکلف به رد آن به صاحبش می‌داند.

اما استدلال دیگری که طرفداران نظریه‌ی سوم به آن تمسک می‌جویند استناد به قاعده‌ی اقدام است. بر اساس این قاعده اگر فردی با علم و آگاهی کاری را انجام دهد که باعث ورود ضرر توسط افراد دیگر به خود گردد، اتلاف‌کننده یا مسبب حادثه مسئول نیست؛ زیرا مالک مال، حرمت مال خود را رعایت نکرده و باعث از بین رفتن آن شده است. در تحلیل این نظریه باید گفت از لحاظ عقلی و شرعی بانک مال خود را در معرض تلف و یا ورود ضرر قرار نداده است، بلکه با یک قرارداد مفصل و محکم، قسمتی از دارایی خود را در قالب اعطای تسهیلات به فردی پرداخت کرده است که اگر چه برخی نظر به باطل بودن اقدام بانک دارند ولی بسیاری هم همان طور که بیان شد این عمل بانک را صحیح می‌دانند. به عبارتی اگرچه بانک تسهیلات را به حساب مشتری واریز می‌کند و مالی را در اختیار مشتری قرار می‌دهد ولی هدف و قصد بانک انتقال وجه به مشتری جهت دارا شدن وی به منظور تسویه‌ی تسهیلات قبلی است و مشتری با توجه به این امر و با رضایت بانک مال را تصرف می‌کند و اینکه قانون‌گذار به جهت مذکور معامله را باطل و اراده‌ی بانک را بی‌اثر می‌داند و انتقال را به رسمیت نمی‌شناسد، دلالت بر اقدام بانک به ضرر خودش و تحمل ضرر بالاخص با وجود علم مشتری به باطل بودن عقد ندارد.

۲-۲-۲. محاسبه بر اساس عقد قرض الحسنه

برخی می‌گویند در صورت باطل بودن قرارداد هر چند قرارداد مشارکت مدنی به جهت عدم قصد واقعی انجام مشارکت باطل است، اما قدر متیقن اراده‌ی طرفین انعقاد قرارداد قرض الحسنه با نرخ سود اعلامی بانک مرکزی در زمان انعقاد عقد است؛ زیرا یقیناً طرفین حداقل به این نرخ سود رضایت دارند. (رأی شماره‌ی ۹۳۰۱۵۳۵ - ۹۳/۱۲/۷ شعبه‌ی اول دادگاه حقوقی یزد)

نظر موصوف مهجور است و در دکترین حقوقی و همچنین رویه‌ی قضایی طرفداری ندارد اما بسیاری از وکلا و مردم در اظهارات و دفاعیات خود در جلسات رسیدگی و یا در لوایح تقدیمی به دادگاه، تقاضای صدور رأی بر این اساس را دارند. ایراد نظریه‌ی موصوف واضح است؛ زیرا اولاً، هر چند قرض الحسنه همان احکام عقد قرض را دارد ولی در حقوق بانکی معنای خاص تری پیدا می‌کند؛ چرا که بر اساس قانون عملیات بانکی بدون ربا و همچنین آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های

مربوط به قرض الحسنه، این تسهیلات فقط در موارد خاص قابل پرداخت است و از طرفی حداکثر کل وام قرض الحسنه‌ی اعطایی به وسیله‌ی بانک‌ها، ده درصد جمع کل تسهیلات اعطایی بانک در هر سال باید باشد. همچنین مدت بازپرداخت این تسهیلات با سایر تسهیلات متفاوت است. (صادقی پایین کولایی، ۱۳۹۱: ۲۴۹) ثانیاً، در عقد قرض الحسنه برخلاف سایر عقود که جهت کسب منفعت منعقد می‌شود، هدف دریافت سپرده‌های بدون سود از مردم و دادن وام بدون بهره به اشخاص نیازمند است. (السان، ۱۳۹۳: ۱۲۰) در واقع در عقد قرض الحسنه اصلاً بحثی از سود وجود ندارد و مبلغی که از وام گیرنده اخذ می‌شود، بابت کارمزد اعطای تسهیلات است که حداکثر ۴ درصد و نحوه‌ی محاسبه‌ی آن بدین نحو است که کارمزد قرض الحسنه در ابتدای اعطای تسهیلات برای مدت باقیمانده‌ی همان سال و برای سالهای بعد در ابتدای هر سال به نسبت باقیمانده، محاسبه و دریافت می‌شود. (عرب مازار، کیقبادی، ۱۳۸۵: ۲۰) ثالثاً، هدف بانک از انعقاد قرارداد تسهیلات دوم تحت قالب مشارکت، پرداخت وام به مشتری جهت تسویه‌ی تسهیلات اول و اخذ سود بالاتر از سودهای اعلامی بانک مرکزی است و مسلماً هیچ‌گونه قصدی مبنی بر اعطای تسهیلات در قالب قرض الحسنه نداشته است؛ زیرا بانک مجاز است که وفق مقررات قانونی (تبصره‌ی ۲ ماده ۱ دستورالعمل اجرای مشارکت مدنی) قرارداد دوم را در قالب فروش اقساطی سهم‌الشرکه منعقد کند و چندین برابر نرخ سود قرض الحسنه دریافت کند؛ لذا انعقاد قرارداد مشارکت به جهت کسب سود بیشتر حتی بیش از نرخ سود اعلامی بانک مرکزی در فروش اقساطی حکایت از فقدان قصد انعقاد قرارداد قرض الحسنه می‌نماید.

۲-۲-۳. بی‌حقی بانک نسبت به قرارداد دوم و رجوع به قرارداد قبلی

یکی از آثار بطلان عقد عدم انتقال مالکیت مال اخذ شده است. برخلاف نظر برخی از مذاهب اهل سنت مانند حنفی و مالکی که در بعضی از موارد عقد باطل را مفید مالکیت می‌دانند در فقه امامیه فقها اتفاق نظر دارند که عقد باطل مفید انتقال مالکیت نیست. عده‌ای از فقها در این مورد ادعای اجماع کرده‌اند و علاوه بر آن معتقدند با توجه به اینکه اصل، عدم انتقال ملکیت است؛ لذا انتقال آن نیاز به اسبابی دارد. در فرضی که طرفین سبب انتقال را عقد قرار داده و سایر اسباب انتقال را اراده نکرده‌اند، اگر سبب مذکور باطل باشد، دلیلی بر انتقال مالکیت وجود نخواهد داشت. (کلانتری، ۱۳۹۱: ۹۰) فقهای شیعه و حقوق‌دانان ایرانی بر این عقیده‌اند که عقد باطل قبل و یا بعد از

قبض مال افاده‌ی مالکیت نمی‌کند، ولی به نظر برخی از فقهای اهل تسنن عقد فاسد بعد از قبض افاده‌ی مالکیت می‌کند؛ اگرچه این ملکیت فاسد است و انتفاع از عین مملوک مباح و قانونی نیست؛ چرا که انتفاع از عین مورد معامله در عقد فاسد به استقرار فساد می‌انجامد که فعل حرام است. (شهابی، ۱۳۹۴: ۵۹۶)

در قراردادهای مشارکتی که بانک وام را جهت تسویه‌ی تسهیلات به حساب واریز می‌کند و پس از آن از حساب برداشت می‌کند؛ اگرچه در بعضی از موارد به دلیل رعایت شکل قرارداد، حساب مشترکی نیز افتتاح می‌گردد اما مشتری حق برداشت از این حساب مشترک را ندارد و بلافاصله پس از واریز مبلغ تسهیلات به این حساب، وجه واریزی از آن برداشت و تسهیلات قبلی تسویه می‌شود. اگرچه یکی از آثار بطلان معامله ضمان گیرنده‌ی مال می‌باشد و برخی به همین دلیل مشتری را در عقود بانکی ضامن عودت اصل و پرداخت خسارت تأخیر می‌دانند. اما باید دقت کرد که قبض یا انتقال، شرط تحقق ضمان است. در مورد کیفیت قبض با توجه به نوع مال اختلاف نظر وجود دارد. شکی نیست همانطور که در مواد ۳۶۹، ۳۷۵ و ۳۸۲ قانون مدنی اشاره شده است، باید به عرف مراجعه کرد. استیلا بر مال مخصوصاً در جایی که مال وجه نقد باشد، با قبض و یا حداقل امکان قبض بدون وجود هیچ‌گونه مانعی صورت می‌گیرد. در جایی که بانک وجه را به حسابی واریز می‌کند که فقط خودش حق برداشت از این حساب را دارد، اگرچه این حساب به نام حساب مشترک قرارداد مشارکت افتتاح شده است، مسلماً نه استیلائی بر این پول وجود دارد و نه عرف آن را در حکم تسلیم مال می‌داند؛ در حالی که در بحث غضب حتی رفع ید مالک بر مال بدون آنکه غاصب بر مال تسلطی داشته باشد، کفایت نمی‌کند. (شهید اول، ۱۴۱۷ ق: ۱۰۵) طرفداران این دیدگاه بر این نظرند که در قراردادهای مشارکتی که جهت تسویه‌ی تسهیلات قبلی پرداخت می‌گردد، بانک وجهی را بابت مشارکت موضوع قرارداد دوم به مشتری پرداخت نکرده است؛ بلکه آن را بابت تسویه‌ی تسهیلات قبلی از حساب مشترک بلافاصله پس از واریز برداشت و به حساب تسهیلات قبلی واریز می‌کند و آن تسهیلات را تسویه می‌کند و چون قرارداد مشارکت به دلایل پیش گفته باطل است و مبلغ تسهیلات به قبض مشتری درنیامده است، مشتری بابت عین یا منافع این وجوه ضامن نیست؛ زیرا یکی از ارکان دعوی، غضب استیلا بر مال غیر است و از طرفی چون مبلغ تسهیلات که جهت تسویه تسهیلات قبلی محاسبه شده است، باید در سرفصل قبلی خود قرار گیرد، قرارداد دوم تسویه شده تلقی نمی‌شود و آن قرارداد همچنان با همه‌ی شرایط مندرج در آن پابرجا

خواهد بود. (آرای شماره‌ی ۹۴۰۱۰۰ مورخ ۹۴/۱/۲۹ شعبه‌ی اول دادگاه عمومی حقوقی یزد و شماره‌ی ۹۵۰۱۲۱۷ مورخ ۹۵/۱۷/۱۲ شعبه‌ی دوم دادگاه تجدیدنظر و ۹۴۰۴۳۲ شعبه‌ی اول دادگاه تجدیدنظر یزد)

همان طور که در ابتدا بیان شد، در نوشتار فقها و حقوق دانان کمتر به موضوع مقاله پرداخته شده است و بدین جهت سعی کرده‌ایم که دیدگاه‌های قضایی مطروحه در این موضوع را بیان و سپس آن‌ها را تحلیل کنیم. مسلماً با توجه به مراتب اعلامی در تحلیل این دیدگاه‌ها، بهترین شیوه‌ی تحلیل دادرسانی است که با اتخاذ دیدگاه‌هایی که تاکنون بیان شد با این نظر مخالف بوده و در آراء خود اعلام نظر کرده‌اند. برخی از این قضات بر آنند که پس از واریز سهم‌الشرکه به حساب مشترک توسط هر یک از طرفین، با توجه به مواد مختلف آیین‌نامه‌ی اعطای تسهیلات بانکی و دستورالعمل اجرایی قرارداد مشارکت مدنی، عقد مشارکت منعقد می‌شود. این دسته از حقوق دانان بر این نظرند که قرارداد مشارکت مدنی بانکی، عقد معینی است که شرایط آن در قانون و آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های بانک مرکزی مشخص شده است و چون این قوانین امری هستند، دیگر نباید در مواردی که این قوانین صراحت دارند به قانون مدنی استناد کرد؛ زیرا قانون برای تشکیل این عقد، فقط واریز سهم‌الشرکه را لازم دانسته است؛ لذا وجود سایر شرایط لازم نمی‌باشد. (رای شماره‌ی ۹۴۰۶۵۲ مورخ ۹۴/۷/۴ شعبه‌ی دوم دادگاه تجدیدنظر استان یزد)

برخی دیگر نیز در آرای صادره‌ی خود در تحلیل نظریه‌ی موصوف اشاره می‌کنند که در صورت برداشت وجوه توسط بانک، اگر چه این ایراد مطرح است که قصد انعقاد عقد به عنوان یکی از شرایط اساسی صحت قراردادها وجود ندارد، لیکن باید دقت کرد که قصد تصمیم‌دهی برای ایجاد عمل حقوقی است؛ لذا رضایت گیرنده‌ی تسهیلات پس از تصور عمل حقوقی و سنجش منافع و ضررها نسبت به تحقق عقد مشارکت و با انگیزه‌ی تسویه‌ی بدهی سابق حاصل گردیده و با امضای قرارداد که کاشف از قصد درونی است، امر متصور را ایجاد نموده است. به بیان دیگر، گیرنده‌ی تسهیلات بدون هیچ محدودیت قانونی، اراده و قصد انشای عقد مشارکت را با انگیزه‌ی تسویه‌ی بدهی قبلی خود نموده و انگیزه نمی‌تواند به صحت عقد خدشه وارد کند. (رای پرونده شماره‌ی ۹۳۰۴۰۸ مورخ ۹۳/۴/۱۰ شعبه‌ی اول دادگاه حقوقی یزد)

ایراد نظریه‌ی اول مشخص است؛ زیرا قرارداد مشارکت مدنی بانکی همان طور که گفتیم چیزی غیر از مشارکت مدنی نیست. مفاد مواد آیین‌نامه‌ی اعطایی همانند یکی از شرایط تشکیل عقد شرکت مدنی تشکیل شرکت را منوط به واریز سهم‌الشرکه به حساب مشترک کرده است. در واقع به این

دلیل که بین فقها در مورد اینکه اثر عقد شرکت ایجاد اشاعه در اموال است اختلاف نظر وجود دارد و به نظر اکثریت فقها عقد شرکت چنین اثری ندارد. ماده‌ی مذکور تنظیم گردیده است تا طرفین نسبت به ایجاد اشاعه اقدام کنند (امام خمینی (ره)، بی تا: ۶۲۵) و متوجه باشند که صرف انعقاد عقد مشارکت مدنی بدون ایجاد اشاعه باعث تحقق این عقد نیست؛ بنابراین این موضوع امر جدیدی در عقد مشارکت نیست تا وجود این مقررات را دلیل متفاوت بودن آن بدانیم. ضابطه‌ی تشخیص عقد معین از غیر معین، مجموعه‌ی آثاری است که قانون به ذات عقد معین نسبت داده است و ماهیت یک عقد غیر معین نمی‌تواند دارای آثار ذاتی عقد معین باشد. (شهبیدی، ۱۳۸۰: ۱۸۸) بنابراین به صرف اینکه در مقررات بانکی راجع به عقد مشارکت مدنی ماده‌ای وجود دارد که این ماده در عقد شرکت مدنی وجود ندارد، نمی‌توان ماهیت عقد را تغییر داد و آن را عقدی غیر معین دانست. به فرض که قرارداد مشارکت مدنی بانکی را قراردادی متفاوت از عقد شرکت قانون مدنی بدانیم؛ مسلماً در موارد سکوت قوانین بانکی باید به قانون مادر یعنی قانون مدنی مراجعه کنیم. همچنین علی‌رغم آنکه در مواد مختلف آیین‌نامه و دستورالعمل‌های بانکی در مشارکت مدنی، انعقاد قرارداد منوط به واریز سهم‌الشرکه به حساب مشترک اعلام شده است، ولی این موضوع منافاتی با لزوم وجود شرایط لازم برای صحت عقد که در همه قراردادهای این شرایط باید وجود داشته باشد، ندارد.

در مورد استدلال دوم باید گفت که در همه‌ی عقود اصل بر لزوم وجود شرایط و قواعد عمومی قراردادها است و مسلماً در قراردادهای بانکی نیز که از قراردادهای الحاقی می‌باشد، (شاه‌محمودی، ۱۳۹۴: ۵۹) دقت در وجود شرایط صحت قراردادها، از جمله وجود قصد و رضا جهت جلوگیری از تضییع حقوق مشتری دو چندان است؛ اگرچه انگیزه نمی‌تواند به صحت عقد خدشه‌ای وارد کند و در این مورد شکمی وجود ندارد؛ اما استدلال موصوف متضمن این ایراد اساسی است که قصد به معنای علت غایی را با قصد به معنای انشا خلط کرده است. در واقع، وقتی در متون حقوقی شرایط قصد در عقد و ایقاع بیان می‌شود، منظور انشا است. قصد یک امر اعتباری است که با انشا و تصور فرد به وجود می‌آید. وقتی طرفین قرارداد، قصد انشای معامله‌ای که اعلام می‌کنند را ندارند و یا معنای آن را نمی‌دانند، انشایی صورت نمی‌گیرد تا عقدی واقع شود. (آهنگران، ۱۳۹۲: ۷) در واقع طرفداران نظر اعلامی، معنی قصد را هدف طرفین از انعقاد عقد می‌دانند که در صورت توافق بر چنین هدفی (برای مثال انعقاد قرارداد مشارکت) این عقد واقع می‌گردد که مسلماً منظور از قصد به عنوان یکی از ارکان عقد چنین تعریفی از قصد نمی‌باشد. اگر طرفین معامله در زمان انعقاد قرارداد

نوع عقد را ندانند و یا سهواً و یا عمداً نوع عقد را اشتباه ذکر کنند، چون اراده‌ی باطنی و قصد طرفین بر انعقاد آن معامله بوده، لذا وظیفه دادرس احراز قصد طرفین و جاری کردن مقررات حاکم بر آن عقد در رابطه‌ی طرفین است؛ زیرا طرفین قصد انجام آن معامله را داشته‌اند؛ مثلاً اگر فردی پولی را به بانک بدهد، ممکن است این عمل قرض، مضاربه، مزارعه، ودیعه، جعاله، وکالت و غیره باشد و وظیفه‌ی دادرس احراز قصد طرفین خواهد بود. اما در اینجا طرفین به تدلیس دست زده‌اند تا رابطه‌ی واقعی خود را پنهان کنند. طرفین با علم به مقررات و ارکان عقد مشارکت مدنی مبادرت به انعقاد قراردادی به نام مشارکت مدنی کرده‌اند؛ بدون آنکه قصد مشارکت داشته باشند یا وجهی بابت مشارکت به شریک داده شود. از طرفی طرفین قصد انجام معامله‌ی مشروع دیگری را نیز نداشته‌اند که با تفسیر اراده‌ی آن‌ها انعقاد آن قرارداد را محرز بدانیم. همچنین این عقیده که عقد معین فاقد شرایط اختصاصی عقد غیرمعین است، صحیح نمی‌باشد؛ زیرا ضمانت اجرای شرایط اختصاصی، بطلان معامله می‌باشد و هرگز نمی‌توان چنین معامله‌ی را حتی به استناد ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی صحیح دانست. (شهیدی، ۱۳۸۰: ۱۸۶)

طرفداران این نظریه در صورتی که بانک دادخواست مطالبه‌ی اصل و سود و خسارت را مستند به قرارداد تسهیلات دوم کند، دو نظر متفاوت دارند که در ادامه هر یک از این نظرات را بررسی می‌کنیم.

۲-۲-۱. صدور حکم بر بی‌حقی بانک

در زمانی که بانک مستند به قرارداد مشارکت دوم طلب خود را مطالبه می‌کند، از آنجایی که این قرارداد باطل است و از طرفی چون قاضی باید در محدوده‌ی خواسته‌ی خواهان رسیدگی و انشای رأی نماید، وی حق ندارد طلب بانک را بر اساس قرارداد اولیه محاسبه کند و بدین جهت حکم بر بی‌حقی خواهان باید صادر گردد تا بانک با توجه به باطل بودن قرارداد دوم مستند به قرارداد اول دادخواست خود را مجدداً مطرح کند. (آرای شماره‌ی ۹۵۰۵۱۲ مورخ ۹۵/۱۰/۱۳ شعبه‌ی ۱۸ دیوان عالی کشور و ۹۵۰۱۵۳۵ مورخ ۹۳/۱۲/۱۷ شعبه‌ی اول دادگاه عمومی حقوقی یزد)

در واقع طرفداران این نظر بیان می‌دارند که دادگاه قانوناً حق ندارد از موضوع و حدود خواسته‌ی خواهان خارج شود و با توجه به ملاک مواد ۲ و ۴ قانون آیین دادرسی مدنی، دادگاه مکلف است در حدود خواسته‌ی خواهان اعلام نظر کند. لذا چون خواسته‌ی بانک مستند به قرارداد مشارکت

دوم می‌باشد و قرارداد دوم باطل است و وجوه پرداختی توسط بانک که بدون پرداخت به مشتری از حساب وی برداشت و به حساب مشتری جهت تسویه‌ی وام قبلی واریز شده است، باید از آن حساب کسر گردد و به سرفصل قبلی خود واریز شود. از طرفی خواسته‌ی بانک مستند به این قرارداد است و دادگاه باید در مورد خواسته، مستند به ماده ۹۷۵ قانون مدنی و با توجه به اینکه قرارداد مشارکت مخالف قانون و نظم عمومی است که برخی از آن به نظم عمومی اقتصادی هدایت کننده یا ارشادی که هدف آن تنظیم اقتصاد ملی است نام می‌برند، (الف، ۱۳۸۴: ۹۰) حکم به بی حقی صادر کند و بانک می‌تواند مجدداً مستند به قرارداد اول اقامه‌ی دعوی نماید.

۲-۲-۳-۲. صدور حکم بر اساس قرارداد اول

عده‌ای دیگر با این استدلال که با توجه به باطل بودن قرارداد دوم قرارداد اول همچنان به قوت و اعتبار خود باقی است بر این نظرند که مشتری باید به تعهدات خود طبق قرارداد اول، البته با رعایت مقررات بانک مرکزی عمل کند و از این رو محاسبه باید بر اساس قرارداد اول انجام و حکم به محکومیت مشتری صادر شود. فرض مذکور همان طور که بیان شد در جایی است که بانک، خواهان دعوی باشد و مسلماً در جایی که مشتری خواهان دعوی باشد و خواسته‌ی خود را ابطال قرارداد اعلام کرده است، مطرح نمی‌شود. (آرای شماره‌ی ۹۵۰۴۷۶ - ۹۵/۵/۱۴ شعبه‌ی دوم، ۹۴۰۴۳۳ - ۹۴/۵/۱۷ و ۹۴۰۴۳۲ شعبه‌ی اول دادگاه تجدیدنظر استان یزد)

بررسی مطالبات بانک بر اساس قرارداد قبلی، به نظر طرفداران این نظریه خارج از خواسته‌ی خواهان نیست؛ زیرا در واقع خواسته‌ی خواهان مطالبه‌ی بدهی مشتری بابت تسهیلات اعطایی است که این بدهی همان بدهی‌ای است که از زمان قرارداد اول به وجود آمده است و انعقاد قراردادهای بعدی اگر بطور صحیح و قانونی برای مثال در قالب عقود مبادله‌ای، از جمله فروش اقساطی واقع می‌گردید، به منظور مشخص کردن شیوه‌ی پرداخت اقساط خرید سهم‌الشرکه‌ی موضوع قرارداد اول (مشارکت مدنی) و یا استمهال بدهی آن قرارداد است و اگر قراردادهای بعدی به هر دلیلی مانند انعقاد قرارداد جهت تسویه‌ی قرارداد قبلی یا عدم واریز سهم‌الشرکه به حساب مشترک و به طور کلی به هر علتی باطل باشد، مطالبه‌ی طلب مستند به قراردادهای بعدی در واقع مطالبه‌ی طلب بانک از مشتری بابت همه‌ی قراردادهایی است که در طول یکدیگر جهت اعطای وام منعقد شده‌اند.

نتیجه

آرای مختلفی در مورد اعطای تسهیلات در قالب مشارکت مدنی به منظور تسویه تسهیلات قبلی در مراجع قضایی سراسر کشور صادر گردیده و حتی در بسیاری از موارد آرای صادره متعارض بوده و به تأیید مراجع عالی از جمله دیوان عالی کشور نیز رسیده است. به طور کلی این نظرات را می‌توان به دو دسته تقسیم‌بندی کرد: عده ای معتقدند که قرارداد دوم که در جهت تسویه قرارداد اول منعقد شده است، صحیح می‌باشد و عده ای دیگر قرارداد را باطل می‌دانند. قائلین به صحت قرارداد دوم، هریک به دلیلی این قرارداد را صحیح می‌دانند و به همین جهت آرای متفاوتی نیز در مورد اثر قرارداد دوم با وجود اعتقاد به صحت آن صادر گردیده است. برخی با این استدلال که عقد مشارکت مدنی بانکی با عقد شرکت مدنی متفاوت است، می‌گویند که عقد مذکور قراردادی غیرمعین است که با افتتاح حساب مشترک و واریز سهم‌الشرکه، توسط طرفین بر اساس ماده ۲۰ آیین‌نامه‌ی اعطای تسهیلات بانکی منعقد می‌گردد. اما با توجه به اینکه بانک وجه واریزی به حساب مشترک را برداشت می‌کند مانع اجرای قرارداد شده و به همین جهت فقط استحقاق دریافت اصل مبلغ تسهیلات را دارد. برخی دیگر با اعلام مستقل بودن عقد دوم، اقدام بانک را فقط یک تخلف دانسته‌اند که ضمانت اجرای آن را استحقاق بانک به دریافت حداقل نرخ سود اعلامی بانک مرکزی در عقود مشارکتی می‌دانند. همچنین عده ای نیز با این استدلال که دادن تسهیلات به منظور استمهال بدهی مشتری می‌باشد، امضای قرارداد دوم را تمدید قرارداد قبلی با رضایت طرفین می‌دانند و بانک را مستحق دریافت اصل، سود و خسارت تأخیر طبق قرارداد می‌شمارند. در مقابل، رویه‌ی قضایی دیگری نیز وجود دارد که طرفداران آن، قرارداد دوم را باطل می‌دانند. برخلاف طرفداران گروه اول که هر گروه با استدلالی قرارداد را صحیح دانسته‌اند و با توجه به استدلال خود آثار متفاوتی برای اقدام بانک در نظر می‌گیرند، طرفداران این گروه با دلایل واحد که مهمترین آن عدم وجود قصد انعقاد عقد مشارکت است، قرارداد دوم را باطل می‌دانند. اما با توجه به برداشتی که هریک از آن‌ها از آثار عقد باطل دارند، برخی اثر بطلان عقد را عودت اصل مبلغ تسهیلات و خسارت تأخیر تأدیه می‌دانند که در مورد تاریخ شروع محاسبه‌ی خسارت تأخیر با توجه به اینکه ید شریک را امانی یا ضمانتی بدانند، حکم به استحقاق بانک به دریافت خسارت تأخیر از تاریخ‌های اعطای تسهیلات، سررسید تسهیلات و مطالبه‌ی بانک (تقدیم دادخواست) نموده‌اند. بر اساس آخرین دیدگاه، وظیفه‌ی

دادرس با توجه به باطل بودن قرارداد دوم، صدور حکم بر اساس قرارداد اول و رجوع به آن قرارداد است؛ زیرا قرارداد بعدی باطل است و اثری بر عقد باطل مترتب نیست.

به نظر می‌رسد با توجه به اینکه طرفین در زمان انعقاد قرارداد دوم قصد دارند با تدلیس (سرپوش گذاشتن بر عقد پنهانی و به اشتباه انداختن دیگران) روابط قراردادی واقعی خود را پنهان کنند و از طرفی، عقد پنهانی نیز در صورت وجود سایر شرایط، در صورتی صحیح است که افراد نخواهند با تجاوز به قانون، اخلاق و نظم عمومی را (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۳۲) مخصوصاً در عقود بانکی که شائبه‌ی ربا در آن وجود دارد بر هم بزنند؛ لذا عقد دوم باطل است. ضمانت اجرای عدم وجود شرایط اختصاصی هریک از عقود معین نیز بطلان قرارداد است. فلسفه‌ی اینکه در عقود مشارکت مدنی بانکی ذکر گردیده است با واریز سهم‌الشرکه به حساب مشترک، عقد محقق می‌شود، ایجاد وحدت رویه در عقود بانکی است؛ با توجه به اختلاف نظر موجود در مورد این است که آیا در این عقود اشاعه در اموال لازم است و یا با انعقاد عقد ایجاد می‌گردد. همچنین اثر اقدام بانک فقط یک تخلف اداری نیست؛ بلکه به علت فقدان یکی از ارکان تشکیل عقد و سایر دلایل اعلامی می‌توان گفت نظرات قائلین به صحت قرارداد مشارکت دوم صحیح نیست. در مورد نظرات قائلین به بطلان قرارداد باید گفت که اگرچه استدلال قائلین به پرداخت خسارت تأخیر به علت بطلان قرارداد و غاصب بودن شریک خالی از وجه نمی‌باشد، اما در فرض مذکور مشتری هیچ‌گاه استیلائی بر وجه تسهیلات پیدا نکرده است. از طرف دیگر باید توجه کرد تسهیلات دوم جهت تسویه‌ی تسهیلات قبلی برداشت شده است و در صورتی که قرارداد دوم را باطل اعلام کنیم قرارداد اول تسویه نشده باقی خواهد ماند؛ زیرا مبلغی که به‌وسیله‌ی آن بانک نسبت به تسویه‌ی قرارداد بعدی اقدام کرده است، باید به سرفصلی قبلی خود واریز شود؛ فلذا وظیفه‌ی دادگاه در صورت طرح دعوی بطلان عقد دوم توسط شریک، اعلام بطلان عقد و در صورت طرح دعوی مطالبه‌ی وجه توسط بانک، محاسبه‌ی بدهی شریک بر اساس قرارداد اول است؛ با توجه به ماده‌ی ۹۷۵ قانون مدنی و اینکه در واقع خواسته‌ی بانک مطالبه‌ی بدهی مشتری بابت تسهیلات اعطایی است که از زمان قرارداد اول بوجود آمده است و انعقاد قراردادهای بعدی به منظور مشخص کردن نحوه‌ی پرداخت اقساط خرید سهم‌الشرکه‌ی بانک توسط شریک موضوع قرارداد اول می‌باشد، خواهد بود.

منابع

فارسی

- آهنگران، محمدرسول (۱۳۹۲)، نگاهی نوین به قاعده «تبعیت عقد از قصد» با تأکید بر کاربردهای آن در بانکداری اسلامی، **معرفت اقتصادی**، شماره اول، پیاپی ۹، صص ۱۵۷-۱۷۶.
- السان، مصطفی (۱۳۹۳)، **حقوق بانکی**، یک جلد، چاپ سوم، تهران: انتشارات سمت.
- الفت، نعمت الله (۱۳۸۴)، نظم عمومی و الزام به انعقاد قرارداد، **فصلنامه حقوق اسلامی**، شماره ۷، صص ۷۹ تا ۱۰۴.
- بیگدلی، سعید و مالکی، اعظم (۱۳۹۱)، جایگاه اراده‌های ظاهری و باطنی در فقه و حقوق موضوعه، **مجله حقوقی دادگستری**، شماره ۸۰، صص ۸۷-۱۱۷.
- تقی‌زاده، ابراهیم و هاشمی، سیداحمدعلی (۱۳۹۳)، **مسئولیت مدنی (ضمان قهری)**، چاپ پنجم، تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، **مقدمه عمومی علم حقوق**، تهران: انتشارات گنج دانش.
- درویشی، ابراهیم (۱۳۷۳)، جایگاه عقد مشارکت مدنی در میان سایر عقود اسلامی، **فصلنامه بانک**، شماره ۱۴، صص ۷۶-۸۲.
- درویشی، بابک، زینالی، امیر علی (۱۳۹۳)، ماهیت ضمانت اجراهایی اداری در نظام حقوق ایران، **مجله تحقیقات حقوقی آزاد**، شماره ۲۵، صص ۳۶-۵۸.
- سلطانی، محمود (۱۳۹۰)، **حقوق بانکی**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- شاه‌محمودی، محسن (۱۳۹۴)، **حقوق بانکی، عقد موجد وثیقه بانکی**، چاپ او، تهران: انتشارات مجد.
- شهابی، مهدی، افضلی، عبدالواحد (۱۳۹۴)، تحلیل تطبیقی عقد فاسد در قانون مدنی ایران و افغانستان، **فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی**، شماره ۴، صص ۵۸۳-۶۰۳.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۱)، **حقوق مدنی - اصول قراردادها و تعهدات**، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، **حقوق مدنی - تشکیل قراردادها و تعهدات**، چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، **حقوق مدنی - آثار قراردادها و تعهدات**، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- صادقی پایین کولابی، علی‌اکبر (۱۳۹۱)، **دانشنامه تخصصی منابع بانکی**، چاپ اول، تهران: مولف.
- عادل، مرتضی (۱۳۸۰)، توافق بر خسارت قراردادها، **مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، شماره ۵۳، صص ۷۷-۱۱۲.
- عرب مازار، عباس، کیقبادی، سعید (۱۳۸۵)، جایگاه قرض الحسنه در نظام بانکی ایران، **مجله اقتصاد اسلامی**، شماره ۲۲، صص ۱۳-۴۶.
- قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۹۰)، **الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد**، چاپ نهم، تهران: انتشارات میزان.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، **دوره عقود معین حقوق مدنی - معاملات معوض، عقود تملیکی، بیع، معاوضه، اجاره و قرض**، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی - اعمال حقوقی**، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، **حقوق مدنی - مشارکت‌ها و صلح**، چاپ ششم، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، **قواعد عمومی قراردادها**، جلد سوم، چاپ سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کریمی، عباس، رضایی نژاد، همایون (۱۳۹۱). نقش دادرس در احراز قاعده ماهوی در حقوق موضوعه جمهوری اسلامی ایران، **فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی**، دوره ۴۲، صص ۲۵۱-۲۷۰.
- کلانتری، عباس، حسامی شهر رضایی، زینب، شاکری، محسن (۱۳۹۱)، آثار بطلان یا فساد عقد یا ایقاع بر مال مقبوض و تطبیق آن با حقوق مصر، **فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی**، شماره ۹، صص ۸۷-۱۱۲.
- محقق داماد، سیدمصطفی، قناتی، جلیل، وحدتی، حسن و عبدی، ابراهیم (۱۳۹۳)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد دوم، چاپ سوم، قم: نشر سمت.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۹)، **قواعد فقه - بخش مدنی**، جلد اول، چاپ بیست و ششم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- موسوی بجنوردی، سید محمود (۱۳۷۵)، **قاعده اقدام، نشریه دیدگاه‌های حقوق قضایی**، شماره ۲، صص ۲۳-۴۲.
- موسویان، سیدعباس (۱۳۸۳)، **بانکداری اسلامی**، چاپ چهارم، تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.
- میرشکاری، عباس (۱۳۸۷)، **اصل صحت، مجله کانون**، شماره ۸۷، صص ۵۹-۷۳.
- نقیبی، سید ابوالقاسم (۱۳۸۴)، نظریات حاکمیت اراده ظاهری و باطنی در حقوق اسلام و ایران، **پژوهش نامه مبانی فقهی حقوق اسلامی**، بهار ۸۴، دوره ۲، صص ۱۷۷-۱۹۶.
- هدایتی، رضا (۱۳۷۱)، **مروری بر اجرای بانکداری اسلامی، نشریه داخلی بانک ملی ایران**، شماره ۲۵، صص ۲۶-۳۱.

عربی

- امام خمینی، روح اله (بی تا)، **تحریر الوسیله**، ۲ جلد، جلد اول، چاپ اول، قم: دارالعلم.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۸۸)، **المکاسب**، ترجمه: اصغر محمدی، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
- بحر العلوم، محمد (۱۴۰۳ق)، **بلغه الفقیه**، ۴ جلد، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: انتشارات مکتبه الصادق.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، **الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه**، جلد سوم، چاپ دوم، قم: انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام**، جلد سوم، قم: مؤسسه معارف اسلامي.
- قدیری، محمد حسن (بی‌تا)، **کتاب البيع**، چاپ اول، تهران: انتشارات مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- محقق‌حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق)، **شرايع الاسلام في المسائل الحرام و الحلال**، جلد دوم، چاپ دوم، قم: انتشارات اسماعیلیان.