

بررسی کاربرد قاعده شرط در قراردادهای بانکی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۷/۱۲ تاریخ تأیید: ۱۳۹۵/۱۱/۱۳

محمدنقی نظریپور**

فرشته ملاکریمی***

چکیده

قاعده شرط پرکاربردترین قاعده فقهی در قراردادهای بانکی است؛ این قاعده بدین معناست که می‌توان در ضمن قراردادهای مختلف، شروطی گنجانند که عمل به آن در صورت برخورداری از شرایط صحت، لازم می‌باشد؛ بر اساس این قاعده هر شرطی را نمی‌توان در ضمن قرارداد گنجانند و لازم‌الوفاء دانست، بلکه شرط با دارا بودن ضوابطی لازم‌الوفاء می‌گردد.

پرسش اصلی مقاله این است که آیا بانک‌ها به‌طور صحیح از ظرفیت قاعده شرط در بستن قرارداد استفاده نموده‌اند؟ مقاله با روش توصیفی و تحلیل محتوا و با استفاده از منابع فقه امامیه، فرضیه زیر را بررسی می‌نماید که «شروط ضمن قرارداد در برخی از قراردادهای بانکی از لحاظ انطباق با ضوابط این قاعده، اشکال دارد» که در صورت اثبات این فرضیه، ضروری است که بانک‌ها از طریق بازبینی قراردادهای به رفع این اشکالات بپردازند. نتایج پژوهش گویای آن است که شروطی مانند وجه التزام، وکالت بلاعزل، جبران ضرر مضاربه دارای اشکال شرعی است؛ افزون بر این شروطی مانند تعیین هزینه‌های بیمه، خسارت‌های احتمالی، اسقاط خیار غبن به صورت تحمیلی و یک طرفه در جهت تضمین منافع بانک مقرر شده‌اند که تجمیع آن، قرارداد را از حالت منصفانه خارج نموده و متقاضی تسهیلات را در شرایط اضطرار قرار می‌دهد.

واژگان کلیدی: قاعده شرط، شرط صحیح، شرط باطل، شرط خلاف مقتضای قرارداد.

طبقه بندی JEL: N45, K12, G24.

*. مقاله پیش رو برگرفته از طرح پژوهشی «کاربرد قواعد فقهی در قراردادهای بانکی» است که در پژوهشکده پولی و بانکی توسط کارگروهی با حضور نویسندگان مقاله و حجج اسلام سیدعباس موسویان، مجید رضایی و محمدرضا یوسفی انجام گرفته است.

Email: nazarpur@mofidu.ac.ir.

** دانشگاه گروه اقتصاد دانشگاه مفید.

Email: f.mollakarimi@gmail.com.

*** پژوهشگر پژوهشکده پولی و بانکی.

مقدمه

در فقه اسلامی برخی از قواعد فقهی به حوزه معاملات مربوط می‌شود؛ به گونه‌ای که فقیه با ملاحظه این قواعد در مورد احکام شرعی معاملات نظر می‌دهد و حکم به درستی یا نادرستی یک قرارداد می‌نماید؛ به عبارت دیگر یکی از معیارهای درستی و نادرستی قرارداد، تطابق و یا عدم تطابق آن با قواعد فقهی است؛ با توجه به جایگاه قواعد فقهی در حوزه معاملات، توجه به این قواعد در بانکداری و مالیه اسلامی نیز دارای اهمیت است؛ به گونه‌ای که می‌توان ادعا نمود بدون شناخت و استفاده صحیح از این قواعد نمی‌توان به نظام بانکی و ابزارهای مالی سازگار با روح و اهداف شریعت اسلام در حوزه اقتصاد دست یافت. در همین راستا ضروری است که قراردادهای بانکی بر اساس قواعد و احکام عمومی باب معاملات که زیر عنوان کلی قواعد فقهی قرار دارد، مورد سنجش قرار گیرد، با توجه به گستردگی قواعد فقهی و تعدد قراردادهای بانکی این مقاله در صدد است پرکاربردترین قاعده فقهی یعنی قاعده شرط یا «المؤمنون عند شروطهم» را در نمونه‌ای از قراردادهای بانکی از جمله فروش اقساطی، جعاله، مرابحه و مضاربه بررسی نماید. فرضیه مقاله این است که «این قراردادهای بانکی متشکل از شروطی هستند که مشروعیت برخی از آنها بر اساس قاعده شرط قابل مناقشه است». ساختار مقاله بدین ترتیب است که پس از مقدمه نخست پیشینه پژوهش بیان می‌شود؛ سپس به تبیین معنای قاعده شرط، مدارک قاعده، اقسام شرط، تأثیر تخلف شرط و قلمرو قاعده می‌پردازد و در گام بعدی با نگاهی کاربردی این قراردادها را از دیدگاه قاعده شرط تحلیل و نقد می‌کند و در پایان جمع‌بندی و نتیجه‌گیری ارائه می‌شود.

۱۵۰

فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی / محمدتقی نظرپور و فرشته ملاکریمی

۱. پیشینه تحقیق

با توجه به اهمیت فقیهان شیعه به قواعد فقهی در استنباط حکم، ایشان از دیرباز در این زمینه به نوشتن کتب قواعد فقهی اقدام نموده‌اند؛ از میان فقیهان معاصر نیز برخی به تألیف کتبی در این زمینه پرداخته‌اند؛ قاعده شرط یکی از قواعد بحث‌شده در کتاب‌های قواعد فقهی است.

برخی از محققین نیز به صورتی ویژه به نوشتن کتبی با موضوع شرط پرداخته‌اند؛ سیدمحمدتقی خوئی در کتابی با عنوان الشروط و الالتزامات الابتدائیه فی العقود به صورت

گسترده به بحث شرط ضمن قرارداد پرداخته است؛ همچنین جعفر سبحانی نیز کتابی با عنوان *دراسات موجزه فی الخيارات و الشروط* یک مبحث را به بحث اقسام شرط و احکام آن اختصاص داده است.

پژوهش حاضر نیز می‌کوشد به صورت کاربردی قاعده شرط را تبیین و سپس به صورت مصداقی موارد کاربرد آن را تعیین، تحلیل و نقد نماید؛ وجه امتیاز این پژوهش نسبت به پژوهش‌های پیشین نگاه کاملاً کاربردی به قواعد فقهی است؛ در این مقاله تلاش شده است شروط ضمن قرارداد در نمونه‌ای از قراردادهای بانکی بررسی و آسیب‌شناسی شود؛ سپس برای رفع اشکالات موجود در قرارداد پیشنهادهایی ارائه گردد.

۲. قاعده شرط

قاعده شرط بدین معناست که می‌توان در ضمن قراردادهای مختلف، شروطی گنجاند که عمل به آن در صورت برخورداری از شرایط صحت، واجب است؛ بر اساس این قاعده هر شرطی را نمی‌توان در ضمن قرارداد گنجاند و لازم‌الوفاء دانست، بلکه شرط با دارابودن ویژگی‌های خاصی لازم‌الوفاء می‌گردد. کسی که شرط و تعهد بر عهده وی قرار داده شده است، مشروط‌علیه و کسی که شرط به نفع وی مقرر گردیده است، مشروط‌له خوانده می‌شوند.

معنای لغوی شرط

شرط واژه‌ای عربی است و گاهی در معنای حدثی یا مصدری به کار می‌رود و گاهی در معنای اسمی؛ شرط به معنای مصدری عبارت است از تعهد و به معنای اسمی نیز یعنی آنچه که تحقق یک امری بر آن توقف دارد؛ به طوری که اگر شرط منتفی شد، آنچه بر آن توقف دارد نیز منتفی می‌گردد (فراهیدی، ۱۴۱۰ق، ج ۶، ص ۲۳۵ / جوهری، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص ۱۳۶).

معنای اصطلاحی شرط

معنای شرط در فقه بسیار شبیه معنای لغوی است و تفاوت‌های اندکی با آن دارد؛ برخی از فقیهان، شرط را به معنای الزام و التزام تبعی در نظر گرفته‌اند و این همان معنای شرط ضمن قرارداد است (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۲۷ / انصاری، ۱۴۱۵ق، ص ۲۲۶)؛ گروهی دیگر از فقیهان

شرط را در «مطلق الزام و التزام» استعمال کرده‌اند و بر این اساس، اصطلاح شرط را علاوه بر «شرط ضمن قرارداد» در مورد «التزامات ابتدایی» نیز ذکر کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۱۰۶).

مدارک قاعده

در رابطه با اثبات و تبیین قاعده شرط می‌توان به آیات قرآن و روایات معصومان علیهم‌السلام استناد کرد:

الف) قرآن کریم

۱. «... أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱)؛ به موجب این آیه وفا به همه قراردادهای واجب است. با توجه به معنای «عقد» که هر نوع عهد و پیمان را در بر می‌گیرد و با توجه به جمع الف و لام داربودن «العقود»، آیه شریفه از جهت وسعت مفهومی در بالاترین حد قرار دارد و شامل همه عهدها، پیمان‌ها و قراردادهای می‌شود؛ به عبارت دیگر آیه، وفای به هرآنچه عرفاً قرارداد می‌گویند را واجب می‌داند و شامل تمام مصادیق عرفی قرارداد می‌شود و چنانچه گفته‌اند کامل‌ترین اطلاقی است که در مقام، وارد شده است (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۲۰۸) و چنانچه در معنای «وفای به عقد» گذشت مقصود از آن، عمل کامل و تمام، به قرارداد و مترتب کردن آثار و لوازم قرارداد است.
۲. «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا» (اسراء: ۳۴): به پیمان [خود] وفا کنید؛ زیرا که از پیمان، پرسش خواهد شد.

قرارداد همان عهد است با این تفاوت که قرارداد همراه نوعی توثیق می‌باشد؛ بنابراین عهد شامل تمام مصادیق قرارداد می‌شود؛ برخلاف قرارداد که شامل همه مصادیق عهد نمی‌باشد؛ از سوی دیگر با توجه به اینکه «ال» در «العهد» جنس است، دلالت بر پیمان خاصی نمی‌کند، بلکه ناظر به جنس پیمان‌هاست و از آنجاکه واژه عهد اصطلاح عرفی است، آیه ناظر به عهد عرفی می‌باشد؛ بنابراین آیه بر لزوم وفای هرآنچه از نظر عرف، عهد و پیمان شمرده می‌شود، خواهد بود.

ب) روایات

- روایات متعددی مضمون «المؤمنون عند شروطهم» را آورده‌اند؛ به ذکر دو نمونه بسنده می‌شود:
۱. موثقه اسحاق بن عمار از امام صادق علیه السلام که در آن امام از پدرشان نقل کرده است: علی علیه السلام گفته است هرکس برای زوجه‌اش شرطی کند باید به آن وفا کند؛ زیرا «المسلمون عند شروطهم الا شرطاً حراماً حلالاً او احلاً حراماً» (حائری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۲۰۸).
 ۲. روایت علی بن رثاب از موسی بن جعفر علیه السلام که در آن امام به عبارت «المسلمون عند شروطهم» اشاره کرده است (همان، ج ۱۵، ص ۴۹).

شرایط صحت شرط

در منابع فقهی برای صحت و نفوذ شرط، شرایطی در نظر گرفته شده است؛ مهم‌ترین این شروط عبارت‌اند از:

۱۵۳

فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی / بررسی کاربرد قاعده شرط ...

۱. شرط می‌بایست مقذور بوده و شخص از انجامش ناتوان نباشد.
۲. شرط ذاتاً و فی نفسه جایز باشد؛ از این رو نمی‌توان ساخت شراب یا حمل و نقل وسایل قمار و دیگر محرّمات الهی را شرط نمود.
۳. شرط باید در نظر عقلاً دارای انگیزه و مقصودی قابل اعتنا باشد؛ اگرچه این مقصود تنها در مورد شخصی که به نفع او شرطی بسته شده، مورد توجه و مدنظر قرار گیرد.
۴. شرط نباید مخالف کتاب و سنت باشد.
۵. شرط، با مقتضای قرارداد منافات و مخالفت نداشته باشد؛ شرطی که با مقتضای قرارداد منافات دارد، ناصحیح شمرده می‌شود.
۶. شرط، مجهول نباشد؛ به گونه‌ای که موجب ضرر گردد؛ زیرا شرط در حقیقت بخشی از عوض یا معوض است و جهالت و نامعلوم بودن یکی از عوضین موجب ضرر در بیع می‌گردد.
۷. شرط می‌بایست در قالب قرارداد و در متن آن ذکر گردد؛ از این رو اگر پیش از انجام قرارداد، تعهدی بسپارد و در هنگام اجرای قرارداد یادی از آن نکند، پایبندی به شرط مزبور واجب نخواهد بود و از شروط ابتدایی محسوب می‌شود که بنا بر رأی مشهور الزام‌آور نیست (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۷۵ / بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۵۸).

اقسام شرط

شرط به اعتبارهای گوناگونی قابل تقسیم‌بندی است؛ شرط را نخست به اعتبار ارتباط آن با قرارداد و سپس به لحاظ متعلق آن بررسی خواهیم کرد:

۱. اقسام شرط بر اساس ارتباط آن با قرارداد

الف) شرط ابتدایی: شرط ابتدایی شرطی است که مستقل و جدا از قرارداد بدون ارتباط با قرارداد اصلی واقع می‌شود؛ یعنی الزام و التزاماتی که در ضمن قرارداد نوشته نشده و به قرارداد مرتبط نمی‌باشد؛ در فقه امامیه، بیشتر فقیهان، اعتباری برای تعهدات مستقل قائل نمی‌باشند و بر این باورند تعهدی برای شخص ایجاد نمی‌کند (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۵۳/نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۴۱).

ب) شرط ضمنی: آن است که مرتبط با قرارداد دیگری است؛ مانند اینکه شرطی در ضمن قرارداد بیع مطرح شود؛ شرط ضمنی خود نیز دارای اقسامی است.

۲. تقسیم شرط به لحاظ متعلق آن

شرط فعل: شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از طرفین قرارداد یا بر شخص ثالثی شرط شود؛ مانند اینکه در ضمن قرارداد بیع شرط شود که مثلاً مشتری، خانه فروشنده را رنگ بزند؛ ماده ۲۳۴ قانون مدنی شرط فعل را این‌گونه تعریف می‌کند: شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی از یکی از متعاملین یا بر شخص خارجی شرط شود.

شرط نتیجه: آن است که تحقق امری در خارج شرط شود؛ مانند اینکه فروشنده در ضمن معامله‌ای با مشتری شرط کند که من خانه‌ام را به تو به این قیمت می‌فروشم به شرط اینکه فلان زمین تو مال من باشد؛ در صورت صحت این شرط، مشروط، به محض تحقق قرارداد اصلی، خودبه‌خود تحقق پیدا می‌کند و برای انتقال و تحقق آن نیاز به قرارداد جدیدی نیست؛ یعنی تعهد تبعی و اصلی با همان یک قرارداد تحقق پیدا می‌کند.

درباره شرط نتیجه بین فقیهان اختلاف است؛ گروهی آن را پذیرفته‌اند و لازم‌الوفاء می‌دانند؛ ولی گروهی آن را باطل می‌دانند (حکیم، ۱۴۰۴ق، ج ۱۳، ص ۳۰۶/انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶، ص ۵۹)؛ البته قانون مدنی بنا بر نظر فقیهانی که موافق شرط نتیجه بوده‌اند، این

شرط را پذیرفته و لازم‌الوفاء دانسته است؛ ماده ۲۳۴ قانون مدنی می‌گوید: «شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود ...».

شرط وصف: شرط صفت عبارت از شرطی است که موضوع آن صفتی از صفات مورد معامله که عین خارجی است، باشد؛ برای نمونه در قرارداد بیع یک کتاب، مشتری شرط می‌کند که به شرطی این کتاب را خریداری می‌کنم که به وسیله انتشارات خاصی چاپ شده باشد. ماده ۲۳۵ قانون مدنی در مورد شرط صفت می‌گوید: «هرگاه شرطی که در ضمن قرارداد شده است شرط صفت باشد و معلوم شود آن صفت موجود نیست کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت».

تأثیر تخلف از شرط

اگر مشروط‌علیه از تعهد و عمل به شروط ضمن قرارداد تخلف نماید، می‌توان او را به ایفای شرط اجبار کرد و در صورت امتناع وی، امر را به محاکم قضایی ارجاع داد یا اینکه قرارداد را فسخ کرد؛ حق فسخ و حق الزام مشروط‌علیه به اجرای شرط در عرض هم هستند نه در طول یکدیگر و مشروط‌له می‌تواند هرکدام از این دو حق را اعمال نماید. (نراقی، ۱۴۱۷ق، ص ۱۳۶).

۳. قلمرو قاعده

این قاعده در همه قراردادهای اعم از قراردادهای عهدی، تملیکی، مالی و غیر مالی و معوض و غیر معوض کاربرد دارد. طبق اصل آزادی اراده، طرفین قرارداد حق دارند توافقات خود را به صورت تعهد و شرط در ضمن آن بگنجانند؛ در واقع با توجه به اینکه قرارداد یک عمل حقوقی دوجانبه است و وقتی واقع می‌شود که طرفین آزادانه با یکدیگر وارد گفت‌وگو شوند و به توافق برسند، گنجاندن شروطی در ضمن قرارداد به نفع طرفین یا یکی از آنها صحیح و جایز است. اراده انسان در قالب شروط ضمن قرارداد می‌تواند بر قراردادهایی که بین افراد حقیقی و حقوقی قابل تصور است، اثرگذار باشد و در این رابطه تفاوتی بین اشخاص حقیقی و حقوقی و معاملات فردی و اجتماعی نمی‌باشد؛ شایان ذکر است با توجه به پافشاری شریعت مقدس اسلام بر رعایت عدل و انصاف در همه شئون و مناسبات اجتماعی، بایسته است شروط ضمن قرارداد به‌گونه‌ای تنظیم شود که یکی از طرفین قرارداد را در حالت

اضطرار قرار ندهد؛ به گونه‌ای که قرارداد به صورت یک‌طرفه، غیر منصفانه و گاهی ظالمانه بسته شود؛ بی‌تردید چنین قراردادی با مهم‌ترین هدف شریعت یعنی عدل و قسط سازگاری ندارد.

۴. کاربرد قاعده در بانکداری اسلامی

از آنجایی که در بانکداری ربوی چون تجهیز و تخصیص بر مبنای پذیرش قرارداد قرض به شرط مازاد است، افراد به‌خوبی این را درک می‌کنند؛ ولی در بانکداری اسلامی در صورت به‌کارگیری قرارداد قرض در تجهیز و تخصیص منابع نمی‌توان سودی را پرداخت و یا گرفت؛ برای پرداخت و یا دریافت سود لازم است از عناوین قراردادی و یا ایقاعی ویژه‌ای استفاده نمود؛ بنابراین بانکداری اسلامی، قراردادمحور است و ماهیت همه ابزارهای مالی اسلامی در زمینه تجهیز و تخصیص منابع را عقود و قراردادهای اسلامی تشکیل می‌دهد؛ پس بانک و مشتری بسیاری از توافقات خود را در چارچوب عقود و به صورت شرط ضمنی در قرارداد می‌گنجانند؛ بر همین اساس می‌توان مدعی شد که یکی از پرکاربردترین قواعد فقهی، قاعده شرط می‌باشد.

۱۵۶

فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی / محمدتقی نظربور و فرشته ملاکریمی

شروط صحیح در قراردادهای بانکی

بسیاری از شروطی که در ضمن قراردادهای بانکی درج می‌شود از دید مطابقت با قاعده شرط صحیح می‌باشند؛ بانک‌ها عموماً با در نظر گرفتن دو هدف این شروط را در متن قراردادها می‌گنجانند. این اهداف عبارت‌اند از:

۱. شروط ایجادکننده تعهد

بستن هر قراردادی از سوی طرفین قرارداد با هدف معینی صورت می‌گیرد؛ در واقع قراردادن تکالیف مشخص و اعطای حقوق به هریک از طرفین معامله در جهت تحقق هدف موردنظر در قرارداد صورت می‌گیرد؛ برخی از این حقوق و تکالیف مقتضای خود قرارداد است و برخی نیز به صورت توافقی و در قالب شرط در ضمن قرارداد گنجانده می‌شود؛ مختصری از مهم‌ترین شروطی که به همین منظور در نمونه‌ای از قراردادهای بانکی قرار داده شده است عبارت‌اند از:

قرارداد فروش اقساطی

ردیف	شرط ضمن عقد در قرارداد*	تحلیل و بررسی شرط
۱	اظهار و تشخیص فروشنده در خصوص تخلف خریدار از مفاد قرارداد و نیز تشخیص خسارت وارده به فروشنده در موارد تخلف از سوی وی و تأخیر در پرداخت اقساط کافی است و خریدار حق اعتراض را از خود به کلی سلب نمود.	اگر رأی و تشخیص بانک به عنوان فروشنده در مواردی همچون تخلف از مفاد قرارداد و تخمین مقدار خسارت مبنا قرار گیرد، معامله از حالت انصاف خارج می‌شود؛ چراکه در این موارد مرجع تشخیص می‌بایست نهاد بی‌طرفی باشد که علاوه بر برخورداری از تخصص و صلاحیت لازم، با حفظ منافع طرفین به اظهارنظر و صدور رأی بپردازد.
۲	از تاریخ امضای مبایعه‌نامه پرداخت کلیه عوارض، مطالبات و مالیات‌های قانونی بر عهده خریدار می‌باشد.	در این ماده پرداخت موارد مالیات بر عهده کسی قرار داده شده است که مؤدی مالیاتی محسوب نمی‌شود؛ به موجب این شرط مسئولیت تحصیل‌کننده درآمد در خصوص پرداخت مالیات به طرف مقابل او منتقل شده است و او تعهد پرداخت موضوع قرارداد را بر اساس شرط ضمن عقد پذیرا شده است؛ این شرط در واقع خلاف اقتضای اطلاق عقد است؛ یعنی اگر چنین توافقی صورت نمی‌گرفت، فروشنده موظف به پرداخت مالیات بود؛ گفتنی است شرط خلاف اطلاق عقد از لحاظ شرعی با مشکلی مواجه نیست.
۳	نظر به اینکه خریدار با امضای این قرارداد اعلام نمود که شغل و فعالیت وی در امر خاصی و زیرمجموعه بخش اقتصادی است که وی معرفی نموده و	مطابق چارچوب قرارداد فروش اقساطی، بانک بنا بر تقاضای تسهیلات‌گیرنده، مورد معامله را صرفاً به منظور استفاده در امر معینی به خریدار فروخته است؛ بنابراین موضوع قرارداد مقید به این شده

۱۵۷

فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی / بررسی کاربرد قاعده شرط ...

*. مطالبی که در این ستون نوشته می‌شود برگرفته از متن قرارداد میان بانک و مشتریان است و نوشتن نام بانک‌ها ضروری تشخیص داده نشد.

<p>است که خریدار، تسهیلات را صرف خرید کالای مشخصی نماید؛ تخلف از این شرط، موجب حال شدن بدهی می‌گردد و قرارداد را در معرض فسخ قرار می‌دهد؛ حال شدن مطالبات و فسخ قرارداد اثر طبیعی تخلف از شرط می‌باشد و مطابق اقتضای شرط است.</p>	<p>بانک نیز بنا بر تقاضای وی مورد معامله را صرفاً به منظور استفاده در امر فوق به خریدار فروخت، بنابراین خریدار متعهد شد مورد معامله را فقط در شغل اعلام شده استفاده کند و چنانچه خلاف امر فوق برای بانک مکشوف شود و یا آنکه خریدار مورد معامله را در غیر شغل قید شده استفاده کند، تخلف از مفاد قرارداد محسوب و موجب حال شدن کلیه مطالبات بانک در موضوع این قرارداد می‌شود و در آن صورت بانک حق فسخ معامله را دارد.</p>	
<p>این شرط موافق با اقتضای قرارداد ضمان است؛ در صورت عدم ایفای تعهدات از سوی خریدار، بانک حق دارد برای وصول مطالبات خود به شخص ضامن رجوع کند؛ البته ماهیت قرارداد ضمان نقل ذمه به ذمه است؛ یعنی بانک فقط حق رجوع به ضامن را دارد و نمی‌تواند همزمان به خریدار و ضامن رجوع کند. قسمت پایانی این ماده دارای ابهام است؛ یعنی روشن نیست که بانک پس از مراجعه به خریدار و ناامید شدن از وی به متعهدین رجوع می‌کند یا همزمان به هر دوی آنها رجوع می‌کند؟</p> <p>در فرض نخست مطابق و در صورت دوم مخالف اقتضای عقد ضمان است. اگر منظور بانک، فرض دوم یعنی عقد ضمان به صورت تضامنی باشد، باید به صورت شفاف‌تری آن را تصریح نماید.</p>	<p>در این قرارداد متعهد/ متعهدین متضامناً با خود خریدار انجام کلیه تعهدات و پرداخت بدهی‌هایی را که در ارتباط با انجام موضوع این قرارداد بر عهده خریدار است، تعهد نمودند؛ همچنین شرط شده بانک به استناد این قرارداد حق دارد علاوه بر مراجعه به خریدار برای ایفای تعهدات خریدار به متعهد/ متعهدین نیز مراجعه نماید.</p>	<p>۴</p>

۵	امضاکنندگان قبول نمودند که کلیه مندرجات قرارداد را پذیرفته و نسبت به آن هیچ‌گونه اختلافی ندارند؛ خریدار و متعهد حق هرگونه اعتراضی را نسبت به مفاد قرارداد از خود سلب و اسقاط نمودند.	این شرط از جمله مواردی است که با سلب حق اعتراض از تسهیلات‌گیرنده، قرارداد را از حالت انصاف خارج می‌کند؛ با توجه به اینکه قرارداد به صورت یک فرایند کلی اجرا می‌شود، عادلانه نیست که با تحمیل شروط ضمنی، بخشی از حقوق مشتریان تضییع گردد؛ به نظر می‌رسد چنین شرطی از رویکرد عدل و انصاف جایز نباشد.
---	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

قرارداد جعاله

ردیف	شروط ضمن قرارداد	تحلیل و بررسی شرط
۱	مبلغ قرارداد (اجرت یا جعل) تعیین شده و همچنین شرط شده که جاعل، جعل را به صورت اقساط ماهانه در سررسیدهای مقرر پرداخت نماید.	طبق قرارداد جعاله، جعل پس از انجام خدمت و تحویل آن به جاعل به ملکیت عامل در می‌آید؛ مطابق اطلاق قرارداد جعاله پرداخت جعل می‌بایست به صورت فوری و نقدی صورت گیرد؛ ولی در اینجا از طریق شرط ضمن عقد، پرداخت جعل به صورت اقساطی توافق شده است؛ این شرط توافق متعاقدین بر خلاف اطلاق قرارداد است و از حیث شرعی اشکالی ندارد.
۲	جاعل به بانک حق و اختیار داد که انجام قسمتی از موضوع جعاله را به تشخیص و صلاحدید خود به دیگری واگذار نماید؛ جاعل متعهد شد که وکالت مزبور را به صورت مجانی انجام دهد.	مطابق قرارداد جعاله، عامل باید تمام یا قسمتی از عمل را انجام دهد تا مستحق دریافت جعل گردد؛ بنابراین در صورتی که انجام عمل توسط عامل رأساً شرط نشده باشد، جایز است بخشی از عمل را به دیگری واگذار نماید؛ این شرط مطابق با ضوابط قرارداد جعاله و صحیح است و بانک را در واگذاری قسمتی از جعاله وکیل می‌نماید.
۳	جاعل به عنوان نماینده بانک متعهد شد که با تسهیلات دریافتی،	در گام بعدی قرارداد، جاعل به نیابت از بانک به بستن جعاله ثانویه می‌پردازد؛ در واقع بانک با استفاده از حق

<p>خود در واگذاری قسمتی از جعاله، جاعل را به عنوان وکیل خود در بستن جعاله ثانویه می‌گمارد.</p>	<p>موضوع جعاله را از طریق پیمانکار یا پیمانکاران ذی‌صلاح در قالب جعاله ثانویه انجام دهد.</p>	
<p>با استفاده از ظرفیت شرط ضمن عقد، مسئولیت نظارت بر عهده جاعل قرار داده شده است؛ ولی درباره مسئولیت هرگونه عیب و نقص باید گفت که جاعل به عنوان وکیل بانک از ید امانی برخوردار است و تنها در فرض تعدی یا تفریط ضامن است؛ این شرط بر خلاف اطلاق قرارداد و بی‌اشکال است؛ اگر قرارداد به صورت مطلق بسته می‌شود، نماینده بانک، امین به شمار می‌آید.</p>	<p>نظارت بر عمل‌کرد پیمانکار یا پیمانکاران بر عهده جاعل می‌باشد و مسئولیت هرگونه عیب و نقص در موضوع جعاله بر عهده وی می‌باشد.</p>	۴
<p>این شرط نشان می‌دهد در قرارداد، جهتی ویژه شرط شده است که تعهد به آن ضروری است؛ یعنی جاعل باید تسهیلات را در همان جهتی که شرط شده است، مصرف نماید؛ اساساً مبلغی که به جاعل داده می‌شود نه در قالب جعاله اول، بلکه در قالب جعاله دوم است؛ در واقع جاعل در قرارداد اول، وکیل بانک در قرارداد دوم است که پول را به پیمانکار که عامل در قرارداد دوم است، برساند؛ بنابراین مشتری به عنوان وکیل بانک مجاز به هر نوع تصرفی نیست.</p>	<p>جاعل متعهد است که تسهیلات دریافتی را منحصراً جهت تحقق موضوع قرارداد به کار گیرد و مصرف تمام یا بخشی از آن در غیر موضوع قرارداد و یا پرداخت بدهی و یا واگذاری آن به شخص دیگر مجاز نمی‌باشد.</p>	۵
<p>در این قرارداد مشتری که جاعل در قرارداد اول است به وکالت از بانک، اجرای موضوع جعاله دوم را بر عهده گرفته است؛ یعنی مشتری در قرارداد دوم وکیل بانک است تا با پیمانکار به صورت نقدی قرارداد جعاله دوم را ببندد؛ در این صورت هزینه اضافی بر عهده پیمانکار (عامل) است.</p>	<p>اگر اجرای جعاله مستلزم صرف هزینه‌های اضافی باشد، هزینه بر عهده شخصی است که در درجه اول به عنوان عامل، انجام کار بر عهده خود اوست؛ چون عامل تعهد به انجام نموده است.</p>	۶

<p>به مقتضای قاعده تسبیب* جبران خساراتی که از ناحیه تأخیر یا عدم ایفای تعهدات متوجه بانک می‌شود، بر عهده جاعل، ضامن/ ضامن‌ها می‌باشد؛ با گنجاندن این ماده به صورت شرط ضمن قرارداد بر آن تأکید شده است.</p>	<p>۷ مطابق قرارداد هزینه‌های پیگیری وصول مطالبات بر عهده جاعل، ضامن/ ضامن‌ها باشد.</p>
<p>این ماده مطابق با اقتضای قرارداد جایز و همچنین شروط ضمنی آن است.</p>	<p>۸ عامل (بانک) حق دارد در صورت تخلف جاعل از شرایط و مفاد قرارداد، قرارداد را یک‌جانبه فسخ و همه مطالبات خود را به صورت یکجا وصول نماید.</p>
<p>اطلاق قرارداد مقتضی آن است که طرفین قرارداد از حق خیار برخوردار می‌باشند؛ اسقاط حق خیار از دو طرف قرارداد یا یکی از آنها می‌تواند در متن قرارداد شرط شود؛ البته قرارداد جایز می‌باشد و شروط در ضمن قرارداد جایز مادامی که قرارداد موجود است، لازم است وفا شود و وقتی قرارداد جایز به هم بخورد شرط هم منتفی می‌شود و در عرف عمل به آن لازم نخواهد بود؛ بنابراین اسقاط حق خیار در قالب قرارداد صلح که از جمله قراردادهای لازم می‌باشد، صورت گرفته است؛ برای اطمینان از ضمانت‌آوردن شرایط قرارداد از جمله وکالت، وجه التزام و غیره نیز باید آن را در ضمن قرارداد خارج لازم شرط کرد؛ البته قرارداد خارج لازم مانند بیع و یا صلح باید به صورت واقعی بسته شود.</p>	<p>۹ گیرنده تسهیلات از طریق قرارداد صلح، کلیه اختیارات را از خود ساقط نمود؛ از طریق قرارداد خارج لازم هم کلیه مفاد قرارداد و شرایط این قرارداد از جمله وکالت، وجه التزام و غیره را پذیرفته و حق فسخ آن را از خود سلب نموده است.</p>

*. مطابق این قاعده در صورتی که شخص، مالی را به‌طور مستقیم تلف نکند؛ ولی برای تلف کردن، زمینه‌سازی و مقدمه‌چینی کند، کار او را اتلاف به تسبیب گویند و ضامن خسارتی است که از این راه به بار آمده است.

قرارداد مرابحه

ردیف	شروط ضمن قرارداد	تحلیل و بررسی شرط
۱	در صورتی که قبل از خرید مورد معامله، مبلغ تسهیلات تلف شود و از بین برود مشتری مکلف است از مال خود به طور مجانی به بانک تملک نماید.	در قرارداد مرابحه مشتری به عنوان وکیل بانک به خرید مورد معامله اقدام می‌نماید؛ این ماده خلاف قاعده استیمان است؛ چراکه مفاد قاعده استیمان این است که چنانچه شخصی بر مال دیگری استیلا یابد مادامی که تعدی یا تفریط نکند، ضامن نیست؛ منظور از عدم ضمان آن است که اگر مال مورد تصرف، تلف شود، مثل یا قیمت از شخص امین قابل مطالبه نیست؛ اطلاق قاعده اقتضا می‌کند ید وکیل، ید امانی باشد؛ ولی در این ماده با قاعده اقدام تخصیص خورده است؛* البته در قرارداد می‌بایست تصریح شود اگر مبلغ تسهیلات قبل از خرید تلف یا مبیع (کالا) بعد از خرید تلف شود، مشتری مکلف است به طور مجانی از مال خود به بانک تملیک کند؛ از آنجاکه نمی‌توان حکم استیمان را با شرط برداشت، مشتری متعهد می‌شود از مال خود مبلغ خسارت را جبران نماید.
۲	در صورتی که قرارداد به هر دلیلی توسط بانک فسخ گردد، مشتری متعهد است کلیه مطالبات بانک را به صورت یکجا پرداخت و همچنین وجه التزام را طبق قرارداد بپردازد.	اقتضای قرارداد بیع این است که در صورت فسخ قرارداد به هر دلیلی، عوضین می‌بایست به مالک اصلی خود برگردد؛ البته در این ماده پرداخت کلیه مطالبات و وجه التزام نیز به صورت شرط ضمن قرارداد آمده است.

۱۶۲

فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی / محمد تقی نظرپور و فرشته ملاکریمی

* مطابق نظر فقیهان اگر کسی اقدام به اسقاط احترام مال خود کند و به زیان خویش به کاری دست زند، دیگر حق ندارد از باب خسارتی که دیده است، تقاضای جبران ضرر کند؛ بنابراین اگر کسی مال خود را به کودکی یا دیوانه‌ای بسپارد و آن کودک یا دیوانه مال را تلف کند، نمی‌تواند از آنان خسارت بخواهد؛ زیرا خود به زیان خویش اقدام کرده است.

<p>اصل اولی قاعده استیمان و عدم ضمان امین (وکیل) است؛ ولی با این شرط می‌توان این اصل را تقیید زد و وکیل را ضامن نمود.</p>	<p>مشری متعهد است چنانچه قبل از خرید اموال یا خدمات برای بانک یا فروش اموال یا خدمات خریداری شده به خود، سرمایه بانک به هر دلیلی تلف شود از مال خود به‌طور مجانی به بانک تملیک نماید.</p>	۳
<p>در این ماده احراز تخلف خریدار از مفاد قرارداد به نظر و تشخیص بانک منوط شده است؛ همچنین حق هرگونه اعتراض و طرح دعوا از خریدار سلب شده است؛ به نظر می‌رسد قرارداد بانک به عنوان مرجع تشخیص خسارت و همچنین سلب حق اعتراض از مشتری خلاف قاعده عدل و انصاف می‌باشد و قرارداد را در شرایط نابرابر قرار می‌دهد.</p>	<p>تشخیص تخلف خریدار از هر یک از شرایط و تعهدات قرارداد با بانک می‌باشد، صرف اظهار بانک در وقوع تخلف برای خریدار/ ضامن‌ها الزام‌آور بوده و خریدار/ ضامن‌ها حق هرگونه ادعا و اعتراض را از خود سلب و ساقط نمودند.</p>	۴

قرارداد مضاربه

تحلیل و بررسی شرط	شروط ضمن قرارداد	ردیف
<p>شرط تعیین مدت صحیح است؛ ولی معنای صحت شرط این نیست که قرارداد مضاربه لازم می‌شود؛ بلکه تنها فایده آن عدم جواز تصرف عامل در سرمایه پس از انقضای مدت است.</p>	<p>مدت قرارداد تا تاریخ مشخصی تعیین شده است.</p>	۱
<p>این شرط عمل به ضوابط قرارداد مضاربه است که تعیین حصه معین مضارب و عامل را ضروری می‌داند؛ با تعیین دقیق نحوه تقسیم سود و زیان اصل شفافیت رعایت شده است.</p>	<p>نحوه تقسیم سود و زیان بین بانک و مشتری به صورت درصد مشخصی تعیین شده است.</p>	۲
<p>مطابق اطلاق قرارداد مضاربه، عامل از ید امانی</p>	<p>عامل، ضمن قرارداد لازم خارج - صلح</p>	۳

<p>برخوردار است و فقط در فرض تعدی و تفریط ضامن می‌باشد؛ این شرط گرچه خلاف اطلاق قرارداد است، اشکال شرعی ندارد و عامل را در غیر تعدی و تفریط نیز ضامن قرار داده است؛ از آنجایی که قرارداد مضاربه جایز است، این شرط در ضمن قرارداد خارج لازم درج می‌شود تا الزام‌آور گردد.</p>	<p>- قبول نمود چنانچه به هر دلیل حتی حوادث قهری، زیان و نقصانی متوجه اصل سرمایه بانک گردد، معادل آن را به اضافه هزینه‌های احتمالی وارد شده، از اموال دیگر خود به‌طور مجانی به بانک پرداخت و تملیک نماید.</p>	
<p>این شرط مطابق با اقتضای قرارداد مضاربه است بدین‌صورت که عامل موظف است پس از پایان قرارداد، رأس‌المال (سرمایه) و حصه مضارب از سود حاصله را پرداخت نماید.</p>	<p>عامل متعهد شد که در پایان مدت قرارداد، سهم بانک مشتمل بر اصل سرمایه و سهم سود محقق‌شده را نقداً به بانک پرداخت و تسویه نماید.</p>	۴
<p>این شرط نیز تأکید بر وظایف عامل در قرارداد مضاربه است که می‌بایست فعالیت‌های لازم و البته مشروع را جهت کسب سود بیشتر انجام دهد.</p>	<p>عامل متعهد گردید کلیه اقدامات لازم جهت اجرای عملیات موضوع مضاربه را تا حصول سود مورد انتظار معمول داشته و الزامات و مقررات شرعی و قانونی و متعارف را رعایت نماید.</p>	۵
<p>در صورتی که قرارداد مضاربه به صورت مطلق بسته می‌شد، عامل می‌توانست خودش یا دیگری به انجام مضاربه مبادرت ورزد؛ ولی این شرط تصریح می‌کند که عامل شخصاً باید موضوع مضاربه را انجام دهد؛ این شرط در واقع خلاف اطلاق قرارداد است و از جهت شرعی صحیح می‌باشد.</p>	<p>عامل متعهد گردید که هر نوع عملیات لازم جهت اجرای مضاربه را رأساً انجام دهد و حق واگذاری آن را به دیگری بدون موافقت بانک ندارد.</p>	۶
<p>اطلاق قرارداد مضاربه مقتضی آن است که عامل می‌تواند سرمایه را در هر فعالیت سودآوری به کار گیرد؛ مگر اینکه جهت خاصی در قرارداد شرط شده باشد؛ این شرط در واقع موضوع مضاربه را مقید به همان موردی نموده است که بین بانک و مشتری توافق شده است.</p>	<p>عامل پذیرفت و تعهد نمود که سرمایه مضاربه را منحصراً جهت تحقق موضوع قرارداد به کار گیرد و مصرف تمام یا بخشی از سرمایه در غیر موضوع قرارداد و یا واگذاری آن به شخص دیگر مجاز نیست.</p>	۷

<p>در قرارداد مضاربه هزینه‌های مربوط به موضوع قرارداد می‌بایست از اصل سرمایه تأمین گردد؛ مگر اینکه عامل، این هزینه‌ها را بر عهده گرفته باشد؛ این شرط در واقع خلاف اطلاق قرارداد مضاربه است.</p>	<p>عامل پذیرفت که سایر هزینه‌های احتمالی لازم جهت اجرای عملیات مضاربه از قبیل هزینه‌های اداری و دستمزد را از منابع و اموال خود پرداخت نماید و جمع این هزینه‌ها را به بانک صلح نمود.</p>	۸
<p>این شرط تأکید بر یکی از احکام مضاربه است؛ مبنی بر اینکه اگر قرارداد به صورت مطلق بسته شود، عامل موظف است بیع و شراء را به صورت نقدی انجام دهد؛ اگر خرید و فروش به صورت نسیه انجام شود در حکم بیع فضولی است و صحت آن متوقف بر کسب اجازه از صاحب سرمایه می‌باشد.</p>	<p>عامل متعهد گردید کلیه معاملات موضوع مضاربه را نقداً انجام داده و از خرید و فروش نسیه خودداری نماید.</p>	۹
<p>نکته قابل توجه در این ماده این است که تعیین مدت، قرارداد را لازم نمی‌کند؛ ولی با این شرط عامل حق و اختیار فسخ را از خود سلب می‌کند؛ البته شرط در ضمن قرارداد جایز، جایز است؛ یعنی مادامی که قرارداد موجود است لازم است وفا شود و وقتی قرارداد جایز به هم بخورد، شرط هم منتفی می‌شود؛ مگر اینکه شروط ضمن قرارداد به وسیله قرارداد خارج لازم، لازم گردد.</p>	<p>عامل، ضمن قرارداد خارج لازم حق فسخ قرارداد را تا آخر مدت کامل تسویه حساب از خود سلب و اسقاط نمود.</p>	۱۰

<p>از لوازم طبیعی قرارداد این است که در صورت تخلف از مفاد و شروط آن، قرارداد در معرض فسخ قرار می‌گیرد؛ در این ماده ضمن اشاره به فسخ قرارداد، عامل موظف به خرید کالای موضوع مضاربه به قیمت روز شده است؛ این قیمت‌گذاری دو حالت دارد: یا سود نشان می‌دهد یا ضرر؛ اگر سود نشان داد که مسئله‌ای نیست؛ ولی اگر سود نداشت و حاصل فروش کمتر از اصل سرمایه بود، عامل باید جبران کند؛ یعنی اصل سرمایه و سود را به علاوه وجه التزام بپردازد؛ وجه التزام نیز چون دینی وجود ندارد و تعهد است، مورد موافقت فقیهان است.</p>	<p>اگر مشتری به هر دلیلی تخلف کرد، بانک حق فسخ دارد و عامل، مکلف به خرید کالای موضوع مضاربه به قیمت روز است.</p>	<p>۱۱</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

۱۶۶

۲. الزام مشتری به ایفای تعهدات

گنجاندن شروط ضمن عقد در قراردادهای بانکی در برخی موارد با هدف الزام و پایبند نمودن مشتری به ایفای تعهداتش، صورت می‌گیرد؛ بانک‌ها در این زمینه غالباً از شروط یکسانی در قراردادهای خود استفاده می‌نمایند که متداول‌ترین آنها عبارت‌اند از:

- **وجه التزام:** در همه قراردادهای بانکی به صورت شرط ضمن قرارداد مقرر شده در صورت انجام‌ندادن تعهدات به وسیله خریدار و ضامن‌ها، مبلغی به عنوان وجه التزام دریافت می‌شود؛ هر مبلغی هم که بابت وصول مطالبات از خریدار و ضامن‌ها گرفته می‌شود به طور مساوی بین اجزای بدهی - اصل، سود و وجه التزام - تقسیم می‌شود؛ مطابق قرارداد هزینه‌های پیگیری وصول مطالبات به صورت تضامنی بر عهده خریدار و ضامن‌هاست؛ این ماده شرط ضمن قرارداد است و در رابطه با مشروعیت و صحت آن بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد که در ادامه از آن سخن خواهیم گفت.
- **حال شدن بدهی:** از این روش در قرارداد فروش اقساطی استفاده شده است؛ بدین صورت که تأخیر در پرداخت اقساط و تخلف از شرایط و یا انجام‌ندادن هر یک از تعهدات نوشته‌شده در قرارداد از طرف خریدار موجب حال شدن کلیه دیون خواهد بود؛ با توجه به اینکه فروش اقساطی قرارداد بیع و لازم است، شروط ضمن آن نیز لازم

است و نیازی به درج شروط در قالب قرارداد خارج لازم نیست؛ این ماده نیز شرط ضمن قرارداد به صورت شرط نتیجه است و به تبع قرارداد فروش اقساطی لازم‌الوفاء می‌باشد؛ مطابق این ماده اگر خریدار به مفاد قرارداد عمل نکرد؛ مثلاً در تأدیه بدهی تأخیر کرد، کلیه دیون وی حال می‌گردد؛ شرط‌کردن این شرط به نحو شرط نتیجه بی‌اشکال است؛ حتی نزد فقیهانی که شرط نتیجه را مثلاً در اجاره به شرط تملیک نمی‌پذیرند، این شرط بلامانع است؛ زیرا تحقق این شرط که حال‌شدن دیون است، به سبب خاصی احتیاج ندارد؛ البته ممکن است در قرارداد برخی از بانک‌ها نیز این‌چنین مقرر شود که فروشنده در صورتی که مطالبات خود را حال نکرده باشد، حق دارد نسبت به فسخ قرارداد و استرداد مورد معامله و ضبط مبالغ پرداختی به عنوان وجه التزام اقدام نماید؛ در واقع اگر مشتری ثمن معامله را نیاورد، بایع حق دارد معامله را فسخ و مبیع را برگرداند؛ این حق که به صورت شرط ضمنی در قرارداد گنجانده شده، از مصادیق قاعده شرط به شمار می‌آید؛ مقتضای شرط این است که اگر مشتری به شرط عمل نکرد، قرارداد در معرض فسخ قرار می‌گیرد.

- **دریافت وثایق:** بانک‌ها در ابتدای بستن قرارداد از مشتریان وثایقی دریافت می‌کنند تا در صورت تخلف مشتری از تعهدات خود، در جهت وصول مطالبات خود از طریق تملیک وثایق اقدام نمایند؛ وصول مطالبات از طریق وثایق به صورت شرط در ضمن درج می‌گردد.

شروط ناصحیح در قراردادهای بانکی

برخی از شروط نوشته‌شده در قراردادهای بانکی از لحاظ مطابقت با قاعده شرط دارای اشکال می‌باشند؛ با بررسی نمونه‌ای از قراردادهای بانکی به معرفی این شروط و ارائه پیشنهادهایی جهت رفع اشکالات آن می‌پردازیم:

۱. شروط مخالف کتاب و سنت

الف) در قرارداد فروش اقساطی مقرر گردیده در صورت پرداخت‌نشدن بدهی ناشی از این قرارداد در سررسیدها علاوه بر مبلغ پرداخت‌نشده، مبلغی به عنوان وجه التزام بر ذمه خریدار تعلق خواهد گرفت و خریدار متعهد و ملزم به پرداخت آن به فروشنده می‌باشد؛ اصل تعهد

وجه التزام در این ماده مطابق قاعده شرط، شرط ضمن قرارداد محسوب می‌شود که مطابق مصوبه شورای نگهبان اگر به صورت شرط فعل باشد، بی‌اشکال است و تفاوت ماهوی با ربا دارد؛ با وجود موافقت شورای نگهبان، این راهکار با شبهات جدی روبه‌رو است؛ توضیح اینکه اگر بانک‌ها با هدف مهلت‌دادن به مشتری اقدام به دریافت جریمه نمایند، مصداق ریاست؛ یعنی پرداخت مبلغ بیشتر در مقابل تأخیر در پرداخت دین؛ این اشکال اختصاصی به قرارداد قرض نداشته و به همه قراردادهای مدت‌دار اعم از مبادله‌ای و مشارکتی وارد می‌باشد؛ به عبارت دیگر شامل همه قراردادهایی می‌شود که پس از بستن قرارداد مبلغ آن به صورت دین در ذمه مشتری بانک مستقر شده و لازم است در موعد مقرر پرداخت گردد.

شرط‌کردن جریمه دیرکرد در قرارداد قرض، مصداق شرط انتفاع است؛ زیرا طبق ادله حرمت ربای قرضی، دریافت هرگونه مبلغ اضافی بر رأس‌المال در قرارداد قرض حرام است؛ پس گنجاندن چنین شرطی در قرارداد قرض جایز نیست و در سایر قراردادهای مدت‌دار مصداق ربای جاهلی یعنی تمدید مهلت در مقابل افزایش بدهی است؛ ربای جاهلی نوعی ریاست که در مطلق دیون ناشی از قراردادهای اسلامی اعم از قرض و غیر قرض جاری است؛ افزون بر این، از عبارت «بر ذمه خریدار» این نکته استفاده می‌شود که وجه التزام به صورت شرط نتیجه در قرارداد گنجانده شده است که با مصوبه شورای نگهبان مطابقت کامل ندارد؛ در واقع تعلق به ذمه، سبب مجزا از قرارداد می‌خواهد و ایجاد آن از طریق شرط نتیجه دارای اشکال است؛ در این ماده در قالب شرط ضمنی دیگری به بانک وکالت داده است که در صورت عدم ایفای تعهد مشتری، مطالبات خود را از طریق برداشت از حساب‌ها، وثایق و سپرده‌های خریدار نزد بانک یا تملیک وثایق وصول نماید؛ عبارت پایانی این ماده نیز در قالب شرط ضمن قرارداد تصریح می‌کند مفاد این ماده مانع از پیگیری عملیات اجرایی و قانونی برای وصول مطالبات فروشنده نخواهد بود؛ اقتضای شرط اول این است که در صورت عدم تأدیه به‌موقع بدهی، قرارداد در معرض فسخ قرار می‌گیرد و بانک حق مراجعه به محاکم قضایی به واسطه این شرط را ندارد؛ بلکه از باب ادله امر به معروف می‌تواند مشتری را از طریق محاکم قضایی مجبور به تأدیه دین نماید؛ با توجه به این نکته بانک تلاش کرده علاوه بر فسخ قرارداد، حق رجوع به محاکم را به صورت شرط ضمنی در قرارداد گنجانده تا بتواند از باب ادله شرط و به عنوان یک حق شخصی، وصول مطالبات

خویش را از محاکم قضایی پیگیری نماید؛ این شرط علاوه بر ایجاد حق مشخص برای بانک می‌تواند انگیزه بیشتری برای مشتریان نیز در جهت بازپرداخت به‌موقع اقساط ایجاد نماید. اشکال دیگر درباره وجه التزام این است که هم شامل تخلف‌های مربوط به پرداخت بدهی می‌شود و هم در مورد تخلف از دیگر ضوابط و شروط قرارداد مصداق می‌یابد؛ البته حکم فقهی وجه التزام نسبت به دو فرض فوق متفاوت است؛ فقیهان در مورد مشروعیت شرط گذاشتن و دریافت وجه التزام در رابطه با تخلف از پرداخت بدهی (دین) اختلاف نظر دارند؛ ولی نسبت به سایر تخلف‌ها میان فقیهان اتفاق نظر وجود دارد؛ این شرط از این حیث که کدام‌یک از انواع تخلف را در بر می‌گیرد، مبهم، نارسا و فاقد شفافیت است؛ همچنین در قرارداد باید نرخ وجه التزام و نرخ سود به‌طور دقیق مشخص شود؛ این در حالی است که بانک‌ها همان آئین‌نامه بانک مرکزی را در قرارداد گنجانده‌اند و نسبت به تعیین دقیق وجه التزام غفلت نموده‌اند.

۱۶۹

فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی / بررسی کاربرد قاعده شرط ...

در مجموع پیشنهاد می‌شود برای رفع مشکلات موجود درباره راهکار وجه التزام از روش‌های دیگری که از اجماع فقهی برخوردار است، استفاده نمود؛ برای حل معضل تأخیر تأدیه می‌بایست از روش‌های تنبیهی و تشویقی کنار هم استفاده کرد و با طراحی یک بسته سیاستی برای مشتریان انگیزه و الزام کافی برای پرداخت به‌موقع بدهی ایجاد کرد؛ راهکارهای جدید یعنی «وجه التزام ابتدایی در قالب قرارداد صلح» و «اضافه نمودن وجه التزام به سود معامله از ابتدا» به دلیل برخورداری از مشروعیت فقهی و کارایی مناسب می‌تواند در کنار سایر ابزارها استفاده شود؛ هر بانکی می‌تواند متناسب با شرایط و ضوابط خود، به طراحی ابزارهای تشویقی بپردازد و با توجه به عوامل تأخیر، مدت تأخیر و مبلغ بدهی نیز ابزارهای تنبیهی را به کار گیرد؛ اگر گیرنده تسهیلات به خاطر تخلف و پیمان‌شکنی از پرداخت بدهی یا انجام تعهدات سر باز زند، بهترین راهکار جریمه فرد متخلف از طریق الزامات تعهدی است که به عنوان وجه التزام و در قالب قرارداد صلح در نظر گرفته شده است؛ البته محرومیت افراد متخلف از خدمات بانکی نیز می‌تواند تأثیر زیادی در کاهش مطالبات غیرجاری داشته باشد؛ پیشنهاد می‌شود راهکار فوق در قالب ماده‌ای به صورت زیر در قرارداد گنجانده شود:

بانک‌ها می‌توانند قبل از بستن قرارداد تسهیلات، قرارداد صلحی با متقاضیان تسهیلات ببندند که در آن قرارداد، بانک به پرداخت تسهیلات متعهد گردیده و مشتری مبلغی معادل وجه التزام معین را به نفع بانک بر عهده می‌گیرد؛ مشروط بر اینکه در صورت پرداخت بدهی ناشی از قرارداد تسهیلاتی مطابق سررسیدهای مقرر، بانک کل یا بخشی از بدهی ناشی از صلح را به نفع گیرنده تسهیلات ابراء کند.

راهکار دیگر این است که جریمه به عنوان تعزیر مالی از مشتریان متخلف که با وجود تمکن مالی از تأدیه به موقع بدهی سر باز زدند، دریافت شود و به حساب خزانه و یا بانک مرکزی واریز گردد. در این روش خسارات وارده به بانک، از محل جرائم، جبران و تدارک میشود.

ب) در قرارداد فروش اقساطی اسقاط کافه اختیارات خصوصاً خیار غبن فاحش شرط شده است؛ در این ماده حق اعمال کلیه اختیارات از مشتری سلب شده است و به صورت ویژه بر اسقاط حق خیار غبن فاحش تأکید شده است؛ مطابق دیدگاه بیشتر فقیهان و حقوقدانان اسقاط خیار غبن فاحش حتی در صورت تصریح در قرارداد نافذ نمی‌باشد؛ بنابراین در صورت وقوع غبن فاحش خریدار می‌تواند از خیار غبن استفاده نماید؛ حتی اگر قبلاً در قرارداد چنین حقی را از خود سلب نموده باشد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۵، ص ۱۵۷-۱۶۸/ موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ج ۴، ص ۴۰۰)؛ برای رفع اشکال شرعی می‌بایست این شرط اسقاط کافه اختیارات حذف گردد و بانک وظیفه خود نسبت به تحویل کالا به صورت صحیح و سالم را بپذیرد.

ج) در قرارداد مرابحه خریدار، ضامن و یا ضامن‌ها به بانک اختیار وکالت بلاعزل و وصایت دادند تا در صورت تأخیر یا تخلف از هر یک از شرایط و تعهدات، کلیه دیون به حال تبدیل شود و بانک حق دارد مطالبات خود را یکجا برداشت نماید؛ این شرط مربوط به وکالت بلاعزل و وصایت بانک می‌شود؛ وکالت در زمان حیات و وصایت بعد از حیات، شرط ضمن قرارداد لازم است؛ نکته قابل بحث در اینجا صحت وکالت بلاعزل است و اینکه آیا با وجود چنین شرطی، عزل وکیل از سوی موکل نافذ است یا غیرنافذ و آیا طرفین می‌توانند در خصوص عدم عزل با یکدیگر تراضی و توافق نمایند؟

در منابع فقهی در باب وکالت، از این فرع سخنی به میان نیامده است؛ ولی با تأمل در نظر کسانی که جواز قرارداد وکالت را اقتضای ذات قرارداد می‌دانند، می‌توان این‌گونه نتیجه گرفت که شرط وکالت بلاعزل، شرط خلاف مقتضای قرارداد به حساب می‌آید و در نتیجه فاقد اعتبار است (حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۳۸۱ / نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۷، ص ۳۵۷)؛ افزون بر این، با توجه به اعتباری بودن مفهوم وکالت به نظر می‌رسد استمرار آن وابسته به فرض رضایت موکل باشد؛ اگر موکل، وکیل را از وکالت عزل کند، طبیعتاً وکالت فسخ می‌شود؛ حتی اگر در ضمن قرارداد خارج لازم شرط عدم عزل وکالت شده باشد (موسوی خمینی، ۱۴۰۴ق، ص ۱۷۵)؛ با ملاحظه این اشکالات جدی می‌بایست این شرط حذف گردد؛ با به‌کارگیری روش‌های پیشنهادی همچون وجه التزام ابتدایی در قالب قرارداد صلح در جهت الزام مشتریان به ایفای تعهدات، می‌توان از گنجاندن چنین شروطی در قرارداد صرف‌نظر کرد.

۱۷۱

د) در قرارداد تصریح شده مسئولیت خریدار، ضامن / ضامن‌ها در خصوص تعهدات و تخلفات ناشی از قرارداد تضامنی می‌باشد؛ برخی از فقیهان این شرط را خلاف مقتضای قرارداد ضمان می‌دانند؛ چون ضمان، نقل ذمه است نه ضم ذمه؛ مطابق احکام قرارداد ضمان، ضمانت دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است، باطل است؛ در قراردادهای بانکی نیز هنوز قرارداد بسته نشده و دین تحقق پیدا نکرده تا ضمان صحیح باشد؛ برای رفع این اشکال باید قرارداد ضمان و گستره شمول آن را به خوبی تبیین نمود؛ قرارداد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بر عهده بگیرد؛ حال باید دید آیا می‌توان دایره قرارداد ضمان را از معنای مصطلح فقهی آن توسعه داد به‌طوری‌که مصادیق جدید آن را نیز در برگیرد؟

بیشتر فقیهان شیعه بر این باورند اثر ضمان، نقل ذمه است؛ یعنی هنگامی که شخصی ضامن دیگری می‌شود، در واقع می‌پذیرد که به جای او مدیون باشد و طلبکار دیگر مزاحم مدیون اصلی نشود (جزیری، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۴۹)؛ ولی مشهور فقیهان عامه بر این باورند که اثر ضمان، ضم ذمه است؛ یعنی طلبکار می‌تواند از همه کسانی که ذمه‌شان مشغول است، تمام طلب خود را دریافت نماید؛ بلکه هر کدام از این ذمه‌ها بدل دیگران است؛ به‌گونه‌ای که اگر یکی از متعهدان وفا کند، عهده دیگران نیز بری می‌شود (همان، ص ۲۲۰)؛ مطابق دو

دیدگاه بالا، ضمان مربوط به دین و بدهی است؛ ولی به نظر می‌رسد می‌توان اثرات دیگری هم برای ضمان در نظر گرفت که عبارت‌اند از: ضمان تعهد انجام کار و ضمانت حُسن انجام کار؛ اثر ضمان اگر تعهد انجام کار باشد توسعه مصداق است و اگر ضمانت حُسن انجام کار باشد، توسعه مفهومی است و به عنوان یک قرارداد مستحدث تلقی می‌شود؛ اگر ضمان را از معنای مصطلح فقهی آن توسعه دهیم، به نحوی که منحصر به بدهی و دین نشود و تعهد را نیز در برگیرد، اشکال مرتفع می‌گردد؛ چراکه این قاعده در مورد بطلان ضمانت دین و بدهی است که سبب آن ایجاد نشده است؛ ولی آنچه که درباره قرارداد ضمان بانکی معتبر است، ضمانت حُسن انجام کار است.

۲. شروط مخالف قاعده انصاف

الف) یکی از شروط دیگر در قراردادهای بانکی در مورد عزل وکیل و ضمّ امین و وکیل به صورت شرط است؛ بانک حق وکالت بلاعزل و حق توکیل را برای خود شرط کرده؛ ولی این حقوق و همچنین حق هرگونه اعتراض و طرح دعوی را از مشتری و ضامن/ ضامن‌ها سلب نموده؛ پس این ماده تحمیل بر مشتری به حساب می‌آید.

ب) در قرارداد مضاربه بانکی آمده است خرید و فروش هر نوع کالا یا مال دیگر با استفاده از سرمایه مضاربه به هر طریق دیگر تخلف از شرایط قرارداد است و در آن صورت بانک اختیار دارد معامله را فسخ و به استناد این قرارداد نسبت به مطالبه و وصول مطالبات و خسارات وارد شده به بانک اقدام نماید؛ تشخیص و محاسبه میزان خسارت وارد شده به بانک ناشی از تخلف عامل از مفاد این قرارداد با بانک است و عامل، ضمن قرارداد خارج لازم حق هرگونه ایراد و اعتراض نسبت به اقدامات بانک را از خود سلب و ساقط نمود؛ تخلف عامل از مفاد قرارداد یا شروط ضمن آن اگر حق فسخ ایجاد کند، مقتضای قرارداد و شرط است؛ ولی سلب حق اعتراض و ایراد از عامل و محاسبه میزان خسارت به تشخیص بانک که به صورت شرط در قرارداد گنجانده شده، تحمیل بر مشتری است.

با توجه به اینکه بسیاری از مفاد قراردادها تحمیلی است؛ از سوی دیگر به جهت حفظ حقوق مشتریان و سپرده‌گذاران نمی‌توان همیشه به محاکم قضایی رجوع کرد، تشکیل مؤسسات ناظر - داور و حکم - برای تشخیص خسارات و ... ضروری است؛ هم‌اکنون

نهادهای رتبه‌بندی وجود دارد که به کارهایی از جمله ارزیابی طرح‌ها، دارایی‌ها، بازدهی طرح‌ها می‌پردازد؛ این مؤسسات تشخیص و محاسبه میزان خسارات را نیز می‌تواند به عنوان یک خدمت جدید ارائه دهد.

ج) مطابق مقتضای قرارداد مضاربه، عامل تعهد نمود سرمایه مضاربه را جهت تحقق مضاربه و فقط به منظور خرید و پرداخت بهای کالا و هزینه‌های ضروری شامل هزینه‌های بیمه، انبارداری و ... استفاده کند؛ ولی دیگر هزینه‌های اداری احتمالی در قالب قرارداد صلح بر عهده مشتری گذاشته شده است؛ اگر این هزینه‌ها قابل توجه باشد؛ چون جزء هزینه‌های مضاربه به شمار می‌آید، اجبار عامل به پرداخت آن حتی در قالب صلح نوعی تحمیل بر مشتری است.

د) مطابق قرارداد مضاربه عامل پذیرفت و تعهد نمود کالای مورد خریداری را پس از خرید تا زمان فروش به نفع بانک بیمه کامل نماید؛ بیمه نمودن کالای مورد خریداری پس از خرید تا زمان فروش به نفع بانک، تحمیل بر مشتری است؛ چراکه بیمه جزء هزینه‌های مضاربه است و تحمیل آن بر مشتری ممکن است قرارداد را از حالت مضاربه خارج نماید.

ه) همچنین در قرارداد مضاربه شرط شده عامل در پایان مدت قرارداد و یا در زمان فسخ معامله در صورتی که تمام یا قسمتی از کالا به فروش نرسیده باشد، موجودی کالای مزبور را با موافقت بانک به قیمت روز یا قیمت مورد توافق بانک شخصاً خریداری کند؛ اگر خرید کالا به قیمت روز باشد، این شرط اشکالی ندارد؛ ولی اگر قیمت، تنها مورد توافق بانک باشد، تحمیل بر مشتری است و می‌بایست بر اساس توافق طرفین صورت گیرد.

و) مطابق قرارداد مضاربه عامل، ضمن قرارداد خارج لازم تعهد نمود چنانچه به سرمایه بانک خسارت و یا نقصانی وارد شود آن را از اموال خود جبران و مجاناً و بلاعوض پرداخت نماید؛ اقتضای قاعده استیمان این است که ید عامل امانی باشد؛ مگر در صورت تعدی و تفریط؛ ولی در اینجا به مقتضای قاعده شرط توافق شده عامل در غیر تعدی و تفریط هم ضامن باشد؛ اما فقیهان در قرارداد مضاربه در مورد شرط ضمان عامل و جبران ضرر اختلاف نظر دارند؛ گروهی بر این باورند عامل ضامن نیست و شرط ضمان آن، خلاف مقتضای قرارداد است؛ زیرا در این زمینه روایاتی موجود است که نمونه‌ای از آن عبارت است از:

«الْحَلْبِيُّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ أَلْمَالُ الَّذِي يَعْمَلُ بِهِ مُضَارَبَةٌ لَهُ مِنَ الرَّيْحِ وَ لَيْسَ عَلَيْهِ مِنَ الْوَضِيعَةِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُخَالَفَ أَمْرَ صَاحِبِ الْمَالِ»؛ امام صادق علیه السلام فرمود: مالی که با آن مضاربه صورت می‌گیرد، [عامل] در سود آن شریک است؛ ولی خسارتی به او نسبت داده نمی‌شود؛ مگر آنکه با مالک مخالفت کرده باشد (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۷، ص ۱۸۸).

از این روایت در نگاه کلی استنباط می‌شود که اگر صاحب سرمایه عامل را ضامن نماید، شرط باطل است؛ در واقع روایت در عدم جواز شرط ضمان در مضاربه صریح می‌باشد؛ در این زمینه فرقی ندارد که حکم به عدم جواز به دلیل تعبد باشد یا اینکه شرط مخالف مقتضای قرارداد تلقی شود؛ در هر دو صورت این شرط صحیح نمی‌باشد و به دلیل مخالفت با کتاب، شرط غیر مشروع به شمار می‌آید (الهام و دیگران، ۱۳۹۳، ص ۵۲).

در مقابل این دیدگاه، گروهی از فقیهان نیز بر این باورند اگر به صورت شرط فعل و خارج از قرارداد باشد، بی‌اشکال است و خلاف مقتضای قرارداد به شمار نمی‌رود؛ بنابراین عامل، ملزم به عمل به این شرط است که ضرر را از مال خود جبران نماید و به او بدهد؛ این گروه برای اثبات مدعای خود به روایاتی تمسک می‌کنند که حکم به جواز چنین شرطی نموده است.

به نظر می‌رسد دیدگاه نخست صحیح‌تر است؛ زیرا قول مخالف سعی در توجیه روایات دال بر عدم جواز شرط ضمان در قرارداد مضاربه نموده‌اند که با توجه به وجود روایات صریح، نمی‌توان از ظاهر روایات دست کشید و این مخالفت با ظهور خلاف قواعد اصولی می‌باشد؛ اخبار و روایاتی هم که بر جواز چنین شرطی دلالت دارند، مورد استثنا را بیان می‌کند؛ یعنی حالتی که عامل افراط و تفریط کرده است؛ بی‌گمان در چنین حالتی عامل ضامن می‌باشد و در این باره اختلافی بین فقیهان وجود ندارد (همان).

البته صرف نظر از چالش فقهی در مورد شرط جبران ضرر توسط عامل در شرایطی که افراط و تفریط نکرده می‌توان گفت این شرط مخالف عدل و انصاف است؛ بنابراین گنجاندن آن در قراردادهای بانکی به نحوی که تبدیل به یک فرایند کلی و همیشگی شود، موجب تضییع حقوق مشتریانی می‌شود که نسبت به بانک در شرایطی نابرابر قرار دارند.

در مورد شرط پرداخت سود در فرض عدم سود در قرارداد مضاربه، این شرط گویای قصدداشتن فرد در مضاربه است و انصراف عرفی به قرض با بهره دارد؛ گویا طرفین معامله

هرگونه مشارکتی را نادیده گرفته و تنها وجهی را به شرط زیاده ردوبدل می‌کنند؛ به نظر می‌رسد نوشتن بسیاری از شروط ضمن قرارداد گویای آن است که بانک به لوازم و شرایط اجرای قرارداد مضاربه به عنوان یک قرارداد مشارکتی متعهد نیست و قصد و انگیزه واقعی برای اجرای قرارداد ندارد؛ بنابراین می‌کوشد مضاربه را در واقعیت، تبدیل به قراردادهای مبادله‌ای سازد؛ با توجه به اشکالات قرارداد می‌توان از روش‌های پیشنهادی مانند ایجاد بانک‌ها و شعب تخصصی و ایجاد مؤسسات امین استفاده کرد.

در مجموع می‌توان گفت در بسیاری از موارد در تنظیم و بستن قراردادهای بانکی تنها با رویکرد صرف فقهی به تبیین موضوع، احکام و شروط قرارداد پرداخته می‌شود؛ چه بسا اینکه این شروط به صورت مجزا از جهت فقهی بی‌اشکال باشد؛ ولی در کنار سایر شروط، نتایجی را در پی بیاورد که قرارداد را از ماهیت و کارکرد واقعی و ماهیت اولیه خود خارج سازد؛ در واقع مجموعه این شروط با ذات، ماهیت و مقاصدی که قرارداد در پی آن است، در تناقض باشد؛ به بیان دیگر، ممکن است یک شرط در سطح خرد مطابق با شریعت تلقی شود؛ ولی همان شرط از دیدگاه کلان، تطابق چندانی با شریعت نداشته باشد؛ در بسیاری از موارد شروط ضمن قرارداد در قراردادهای بانکی صرفاً با هدف تضمین منفعت بانک صورت می‌پذیرد؛ در مقابل، این شروط حق هرگونه چانه‌زنی از مشتری را سلب نموده و مشتری را در شرایطی قرار می‌دهد که برای دریافت تسهیلات مجبور به پذیرش مفاد قرارداد گردد؛ درحالی‌که بار سنگین مسئولیت‌ها و خسارات احتمالی نیز بر عهده وی قرار دارد؛ در قراردادهای مشارکتی شروطی گنجانده می‌شود که با دفع هرگونه ضرری از بانک، قرارداد را از حالت مشارکتی خارج ساخته و کاملاً به قراردادهای مبادله‌ای با نرخ سود ثابت و از پیش تعیین‌شده تبدیل می‌نماید؛ این مسئله اگرچه از لحاظ خرد در فقه اسلامی بی‌اشکال است؛ ولی ضمن مغایرت با روح قراردادهای مشارکتی، در ابعاد کلان نیز موجب می‌شود اقتصاد جامعه از مزایای این قراردادها محروم شود.

افزون بر این شروط ضمن قرارداد نیز اماره‌ای برای کشف قصد متعاملین به شمار می‌آید؛ گنجاندن شروطی که قرارداد را از ماهیت و کارکرد واقعی خویش خارج سازد، گویای قصد جدی نداشتن طرفین معامله می‌باشد؛ این شروط شاید به صورت مستقل منع شرعی نداشته باشند؛ ولی در صورتی که منجر به تغییر ماهیت قرارداد شود، صحیح نمی‌باشد.

۵. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

- قاعده شرط در قراردادهای بانکی دارای اهمیت و کاربرد وسیعی است؛ بررسی این قاعده در برخی از قراردادهای بانکی از جمله فروش اقساطی، جعاله، مرابحه و مضاربه گویای آن است که بسیاری از توافقات بانک و مشتری در قالب شرط ضمن عقد در قرارداد نوشته شده است؛ در این قراردادها بانک با استفاده از ظرفیت قاعده شرط، قرارداد را بسته است؛ به طوری که می‌توان ادعا کرد بخش بیشتر قرارداد را شروط ضمن قرارداد تشکیل می‌دهد.
- این شروط در برخی از موارد با قاعده شرط و ضوابط آن انطباق دارد و در برخی موارد نیز مطابقت ندارد؛ در صورتی که شرط مشروع، مقدور، موافق با اقتضای قرارداد و دارای منفعت عقلایی باشد، در زمره شروط صحیح قرار می‌گیرد و عمل به آن واجب می‌باشد؛ اگر هریک از شروط از شرایط صحت برخوردار نباشد، شرط باطل محسوب می‌گردد و لازم‌الوفاء نمی‌باشد.
- شروط ضمن عقد با دو هدف در قرارداد درج می‌شود: ایجاد تعهداتی برای طرفین معامله و الزام آنها به ایفای تعهدات؛ بسیاری از شروط در قراردادهای بانکی تعهدات طرفین معامله را تأکید و تصریح می‌کند و چارچوب حقوق و تکالیف متعاملین را مشخص و شفاف می‌سازد؛ برخی از شروط دیگر نیز در جهت الزام متعاملین در راستای عمل به مفاد و شروط قرارداد می‌باشد؛ این شروط در واقع تضمینی برای ایفای تعهدات از سوی مشروط‌علیه می‌باشد.
- شروط صحیح در قرارداد عمدتاً درباره انجام موضوع قرارداد، نحوه بازپرداخت تسهیلات، تأدیه به موقع بدهی، نحوه وصول مطالبات معوق، رجوع به ضامن یا ضامن‌ها در صورت معوق شدن مطالبات، تملیک وثایق و ... می‌باشد.
- شروطی همچون وجه التزام، وکالت بلاعزل، شرط جبران ضرر در قرارداد مضاربه از جهت شرعی دارای شبهات و اشکالات جدی می‌باشد؛ وجه التزام با مخالفت زیادی از سوی فقیهان مواجه است و مشروعیت آن قابل‌خنده است؛ وکالت بلاعزل با توجه به

اعتباری بودن مفهوم وکالت شرط صحیحی نیست و موکل هر زمان که بخواهد می‌تواند وکیل را عزل نماید؛ گرچه این عزل از لحاظ تکلیفی بر موکل حرام است؛ ولی از لحاظ وضعی موکل از آن زمان به بعد حق تصرف در موارد وکالت ندارد؛ شرط جبران ضرر در قرارداد مضاربه نیز افزون بر چالش فقهی که در مورد مشروعیت آن وجود دارد، از حیث عادلانه بودن و انطباق با قاعده عدل و انصاف اشکال جدی دارد.

• شروطی همچون تعیین هزینه‌های بیمه، خسارت‌های احتمالی، اسقاط خیار غبن به صورت تحمیلی و یک‌طرفه در جهت تضمین منافع بانک مقرر شده‌اند که تجمیع آن قرارداد را از حالت منصفانه خارج نموده و متقاضی تسهیلات را در شرایط اضطرار قرار می‌دهد؛ این مسئله قرارداد را از جهت مطابقت با قاعده شرط دچار اشکال جدی می‌کند.

۱. الهام، صادق، حسین‌علی سعدی و حمید اسدی؛ «بطلان شرط ضمان در قرارداد مضاربه بانکی در بانکداری اسلامی»؛ فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، س ۱۰، ش ۳۷، ۱۳۹۳.
۲. انصاری، شیخ مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ قم: کنگره بزرگداشت شیخ اعظم انصاری رحمته الله علیه، ۱۴۱۵ق.
۳. بجنوردی، سیدحسن موسوی؛ القواعد الفقهية؛ قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
۴. جزیری، عبدالرحمن و سید محمدیاسر مازح؛ الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام، بیروت: دارالتقلین، ۱۴۱۹ق.
۵. جوهری، اسماعیل بن حماد؛ الصحاح؛ بیروت: دار العلم للملایین، ۱۴۱۰ق.
۶. حائری، سیدکاظم حسینی؛ فقه العقود؛ ج ۲، قم: مجمع اندیشه اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۷. حکیم، سیدمحسن؛ مستمسک عروة الوثقی؛ ج ۳، کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی رحمته الله علیه، ۱۴۰۴ق.
۸. حلّی، جعفرین حسن؛ شرائع الإسلام؛ ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.

۹. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ حاشیة المکاسب؛ قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۰ق.
۱۰. طوسی، ابوجعفر؛ تهذیب الأحکام؛ ج ۴، تهران: دار الکتب الإسلامیة، ۱۴۰۷ق.
۱۱. فراهیدی، خلیل بن احمد؛ کتاب العین؛ ج ۲، قم: نشر هجرت، ۱۴۱۰ق.
۱۲. مراغی، سید میر عبدالفتاح؛ العناوین الفقہیة؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
۱۳. موسوی خمینی، سیدروح الله؛ زیدة الأحکام؛ تهران: سازمان تبلیغات اسلامی، ۱۴۰۴ق.
۱۴. —؛ کتاب البیع؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۳۷۹.
۱۵. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام؛ ج ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۹۸۱م.
۱۶. نراقی، احمد؛ عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.