

## مسئولیت بانکها در عقود مشارکتی (مشارکت مدنی و مضاربه)

ياسر مرادی<sup>۱</sup>

### چکیده

میزان مسئولیت بانکها در عقود مشارکتی به عنوان شریک تسهیلات گیرنده یکی از مهمترین سوالات روز جامعه حقوقی کشور است. امروزه بانکها سعی می نمایند تا ریسک خود در امور بانکی را با وضع شروط نافی مسئولیت در دو قالب قراردادی و عملیاتی (غیر قراردادی) کاهش دهند. در میان عقود مختلف بانکی، عقود مشارکتی و مشخصاً عقد مضاربه و مشارکت مدنی که برخلاف عقود مبادله ای، بحث مسئولیت بانک تسهیلات دهنده اهمیت بالایی دارد، متضمن شروط مشخص منتج به عدم مسئولیت می باشند؛ همچنین شرط عدم مسئولیت در موارد غیرقراردادی یعنی عملیات بانکی هم وجود دارد. البته برخی شروط عدم مسئولیت در اسناد تجاری هم وجود دارد که خارج از موضوع این تحقیق است. شرط عدم مسئولیت در عقد مضاربه با توجه به تجویز قانون مدنی در ماده ۵۵۸ و اجماع فقها، در قالب عقد خارج لازم بدون اشکال به نظر می رسد؛ هرچند با نظریه شروط تحمیلی، می توان تردیدهایی درخصوص صحت آن مطرح نمود؛ از این رو بانکها در این زمینه در قالب عقد صلح ضمان مضارب را شرط می کنند. برخلاف عقد مضاربه، شروط عدم مسئولیت بانکها در زیان احتمالی حاصل از مشارکت در قرارداد مشارکت مدنی، به نظر مشهور فقها از مصادیق شروط خلاف مقتضا و ماهیت عقد مشارکت می باشد.

**واژگان کلیدی:** نفی مسئولیت، ضمان مضارب، عقود مشارکتی، مسئولیت مدنی بانکها

## مقدمه

امروزه در ایران بانکها در دو مورد از شرط عدم مسئولیت بهره می‌برند؛ اول در قراردادهای بانکی و دوم در عملیات های بانکی که کمتر جنبه قراردادی دارند. نگارنده با بررسی عقود مختلف بانکی بدین نتیجه رسید که شرط عدم مسئولیت در قراردادهای مشارکتی از جمله مشارکت مدنی و مضاربه به نحو چشمگیرتری قابل مشاهده است.

از جمله روشهایی که براساس ماده هفت قانون بانکداری بدون ربا بانک می‌تواند با اشخاص حقیقی و حقوقی وارد معامله شود و نیازهای مالی آنان را تأمین نماید مشارکت مدنی است. این تسهیلات شباهت زیادی به تسهیلات مضاربه دارد در عین حال تفاوت‌های مهم و مزیت‌های ویژه‌ای دارد که باعث می‌شود در اغلب موارد به جای عقد مضاربه از این قرارداد مشارکت مدنی بازرگانی استفاده شود. در فقه و قانون مدنی، عقدی به نام «مشارکت مدنی یا حقوقی» وجود ندارد بلکه همان «عقد شرکت» است که بین بانک و مشتری منعقد می‌شود و تمام احکام عقد شرکت در آن جاری است. ماهیت قرارداد مشارکت مدنی و حقوقی عقد شرکت است. (موسویان، ۱۳۹۳، ص ۳۶۳)

در سایر عقود پیش خرید مانند استصناع، سلف، مساقات و مزارعه هم عملاً مشتریان با نوعی شرط عدم مسئولیت بانکها مواجه اند اما این امر در قراردادهای بانکی به نحوی اصلاح شده که اثر مستقیمی از این شروط مشاهده نمی‌گردد.

حال سؤال این است که آیا آزادی اراده طرفین می‌تواند در قالب شرطی یا قراردادی این مسئولیت را ولو اینکه خلاف مقتضی و ماهیت عقد باشد، از بین ببرد و یا کاهش دهد؟ آیا اجرای این اصل در رفع مسئولیتی که هنوز ایجاد نشده است مانعی نخواهد داشت؟ آیا تضادی میان توافق و منافع فرد زیان‌دیده و یا منافع جامعه در زمینه رواج شروط غیرمنصفانه به وجود نخواهد آمد؟ و این خود مسئله مهمی است که امروزه بین حقوقدانان مورد اختلاف است.

در این تحقیق که شامل دو مبحث اصلی است، تلاش شده تا در مبحث اول شرط عدم مسئولیت در قالب قراردادهای مشارکتی مورد بحث و تبیین قرار گیرد؛ تا آنگاه بتوانیم در مبحث دوم وضعیت حقوقی و فقهی این شرط را مورد واکاوی قرار داده و با بررسی نقطه نظرات فقها و حقوقدانان برجسته هریک از قراردادهای و عملیات های بانکی موجود را ساماندهی نماییم.

### مبحث نخست: تبیین شرط عدم مسئولیت در عقود مشارکتی

در واقع گسترش روز افزون فعالیت بانکها در زمان معاصر باعث شده تا این بنیاد اقتصادی سعی نماید تا دامنه گسترده فعالیت خود را با وضع شروط عدم مسئولیت در دو قالب قراردادی و عملیاتی (غیر قراردادی) کاهش دهد. در میان عقود مختلف بانکی، عقود مشارکتی و مشخصاً عقد مضاربه و مشارکت مدنی در دو بند اول و دوم به طور تشریحی مورد بررسی قرار می‌گیرد و در بند سوم به تبیین شرط عدم مسئولیت در موارد غیرقراردادی یعنی عملیات های بانکی خواهیم پرداخت.

نکته قابل توجه اینکه معمولاً چون بانکها در عقود مشارکتی قصد مشارکت واقعی با مشتری نداشته و صرفاً به چشم اعطای تسهیلات به آن نگاه می‌کنند، لذا با استفاده از موقعیت برتر اقتصادی خود و نیاز مشتریان به اخذ این تسهیلات شروطی را در قالب شروط عدم مسئولیت در ضمن عقد مشارکت می‌گنجانند که برخی بر این باورند که این شروط در زمره شروط غیرمنصفانه می‌باشند. البته شروط غیرمنصفانه نهادی است که در حقوق ما به صورت بنیادین مورد تصریح قانونگذار قرار نگرفته است و حتی تعریف مشخصی از آن وجود ندارد ولی در عین حال مبانی مشترک و فراوانی با قاعده لاضرر دارد که سالهاست در فقه و حقوق ما ریشه دوانده است. (کریمی، عباس؛ مرادی، یاسر، ۱۳۹۴، ص ۵۱)

هرچند که نمی‌توان در شرایط فعلی به استناد غیر منصفانه بودن شروط، درخواست ابطال آن شروط را در حقوق ما مطرح نمود ولی ضرورت بررسی مجزا یکایک شروط موجود در عقد فی مابین بانک و مشتری به عنوان دو شریک از باب تطبیق شرط خلاف مقتضای عقد اجتناب ناپذیر و ضروری به نظر می‌رسد چراکه در واقع تسهیلات گیرنده می‌تواند با استناد به شروط غیرمنصفانه ای که باعث خدشه به ماهیت قرارداد شده است، خواستار ابطال این شروط و یا حتی بطلان کل عقد گردد؛ یعنی در واقع تئوری پردازان حقوقی باید با تبیین مبانی سوءاستفاده از شروط ضمن قرارداد، در این زمینه به کمک رویه قضایی نوینی که اخیراً برای ابطال چنین شروطی آغاز شده، بیایند.

## بند نخست: تبیین شرط عدم مسئولیت در قرارداد مضاربه

به موجب ماده ۷ قانون عملیات بانکی بدون ربا بانکها مجازند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش های مختلف تولیدی و خدماتی بخشی از سرمایه و منابع مورد نیاز را در قالب مشارکت تامین نمایند. عقود مشارکتی نیز به پنج نوع تقسیم می شوند که شامل مضاربه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مزارعه و مساقات است. ماده ۹ قانون بانکداری بدون ربا مقرر می دارد: بانکها می توانند، به منظور فراهم ساختن تسهیلات لازم جهت گسترش امور بازرگانی، در چهارچوب سیاستهای بازرگانی دولت منابع مالی لازم را براساس قرارداد مضاربه در اختیار مشتریان با اولویت دادن به تعاونی های قانونی قرار دهند.

در این نوع تسهیلات، بانک به عنوان مالک و صاحب سرمایه، تأمین کننده سرمایه مضاربه است و تسهیلات گیرنده به عنوان عامل، انجام تجارت موضوع قرارداد مضاربه را به عهده می گیرد و در پایان مدت قرارداد، سود حاصل از تجارت و بازرگانی، به نسبتی که در قرارداد مشخص شده و در متن قرارداد درج می شود، بین بانک و عامل تقسیم خواهد شد و نسبت این تقسیم براساس توافق اولیه که در قرارداد درج می شود خواهد بود. ماده ۳۶ آیین نامه اجرایی قانون بانکداری بدون ربا در تعریف تسهیلات مضاربه بانکی مقرر می دارد: «مضاربه قراردادی است که بموجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده دار تأمین سرمایه (نقدی) می شود با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند».

اشخاص حقیقی یا حقوقی که می خواهند سرمایه تجاری خود را از راه مضاربه با بانک تأمین کنند؛ افزون بر اطلاعات هویتی باید اطلاعاتی مانند موضوع مضاربه، میزان سرمایه لازم برای مضاربه مورد نظر، مبالغ تقریبی هزینه های مربوطه، حداکثر مدت لازم برای دوره مضاربه، پیش بینی میزان فروش، نسبت پیشنهادی متقاضی برای تقسیم سود حاصله از مضاربه، نوع وثیقه ای که متقاضی برای تضمین حسن اجرای قرارداد، در اختیار بانک بگذارد. بانک با بررسی اطلاعات مذکور و تعیین میزان کل سرمایه مورد نیاز مضاربه و نسبت سهم سود طرفین با رعایت ضوابطی که در این امر برای بانکها معین شده است در صورت وجود توجیه کافی با تقاضای مشتری موافقت و اقدام به انعقاد قرارداد می نماید. (موسویان، ۱۳۹۳، ص ۳۵۳)

بانکها حق دارند در طول مدت مضاربه بر عملکرد عامل و نحوه مصرف و برگشت وجوه نظارت کنند و اگر این نظارت به درستی انجام شود به میزان قابل توجهی از بروز زیانهای احتمالی جلوگیری می کند. مضاربه عقدی جایز است و هر یک از طرفین هر زمان که بخواهد می تواند قرارداد را فسخ کند و این برای طرف دیگر ریسک شمرده می شود. بخصوص در تسهیلات بانکی، اگر قرار باشد که عامل بعد مدتی، قرارداد را فسخ کند و سودی به بانک نرساند بانک متضرر می شود. برای اینکه عامل نتواند قرارداد را با استفاده از خاصیت جواز آن فسخ کند، حق فسخ وی را در ضمن یک عقد خارج لازمی ساقط می کنند. برخی از بانکها برای تحقق عقد صلح، مبلغی مثلاً به میزان ۱۰۰۰۰ ریال به عامل می پردازند و در متن قرارداد چنین قید می کنند: «عامل با دریافت ۱۰۰۰۰ ریال، عقد صلحی با بانک منعقد کرد و ضمن این عقد لازم خارج، تمام مفاد قرارداد را قبول نمود و حق فسخ آن را از خود ساقط نمود.»

عامل نمی تواند در برابر کاری که انجام می دهد غیر از سهم خود از سود، اجرتی مطالبه کند. اما اگر نوع کار به صورتی است که عرفاً از یک یا چند کارگر استفاده می شود عامل می تواند اجرت کارگر را جزء هزینه های کار به حساب آورد و مطالبه کند، ولی اگر اعمالی را که طبق عرف بایستی به اجیر رجوع کند خود شخصاً انجام دهد مستحق اجرت نخواهد بود. (نجفی، ۱۹۸۱م، ج ۲۶، ص ۳۴۵؛ امام خمینی، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۱، ص ۵۶۲) اما مطابق مواد ۶ تا ۸ دستورالعمل اجرایی قرارداد مضاربه، اجرای کل عملیات مضاربه به وسیله عامل بوده و هزینه های، خرید کالا، بیمه و حق ثبت سفارش، حمل و نقل، انبارداری، حقوق گمرکی و سود بازرگانی، هزینه بانکی، هزینه های بسته بندی به عنوان هزینه های قابل قبول است و سایر هزینه های متعلقه به معامله یا معاملات موضوع مضاربه با مصالحه طرفین به عهده عامل خواهد بود. از نظر فقهی همه این مسائل یا مقتضای خود قرارداد مضاربه است و یا می توان به صورت شرط ضمن عقد آورد. (امام خمینی، همان، ص ۵۸۱ و ۵۸۲)

در ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی آمده است. «بانکها موظفند برای جبران خسارت وارد بر اصل سرمایه ضمن عقد صلح موضوع ماده ۸ این دستورالعمل، از عامل، تعهد کافی دریافت نمایند.»

توضیح اینکه از نظر شرعی، فقها بر این باورند که در عقد مضاربه، عامل امین است و اگر بدون افراط و تفریط او، سرمایه تلف یا معیوب شود یا هر نوع خسارت دیگری رخ دهد، همه به عهده مالک یعنی بانک است و عامل، ضامن نیست. اگر مالک شرط کند که تمام یا قسمتی از زیان معامله بر عهده عامل باشد، این شرط باطل است ولی برخی فقها اصل مضاربه را صحیح می‌دانند (نجفی، همان، ج ۲۶، ص ۳۷۸، امام خمینی، همان، ج ۲، ص ۲۶۹؛ مواد ۵۵۶ و ۵۵۸ ق.م)؛ اما اگر این شرط در ضمن عقد خارج لازم مقرر شده باشد، صحیح است. یعنی اگر مالک (بانک) شرط کند که در صورت وقوع خسارت، عامل، کل یا بخشی از آن را از مال خودش جبران کند چنین شرطی صحیح است.

نکته مهم دیگر در مسئله تقسیم سود و زیان مضاربه است. به‌طور معمول مالک و عامل برای انعقاد قرارداد مضاربه، بر اساس واقعیات بازار سودی را پیش‌بینی می‌کنند که به آن سود انتظاری گفته می‌شود. هر چند میزان سود انتظاری باید براساس واقعیات بازار و شرایط اقتصادی باشد؛ اما با این حال این سود فقط برای تصمیم‌گیری جهت ورود یا عدم ورود به انعقاد قرارداد است؛ بنابراین آنچه که ملاک تقسیم سود در پایان مدت قرارداد است، سود واقعی و محقق شده است نه سود انتظاری که میزان این سود واقعی ممکن است بیشتر از سود انتظاری یا کمتر یا مساوی آن باشد.

در واقع شرط عدم مسئولیت توسط بانکها چنین مواقعی بروز پیدا می‌کند که بانکها با مشتریان خود شرط می‌کنند که در صورت وارد شدن هرگونه خسارت احتمالی به اصل سرمایه و یا حتی سود پیش‌بینی شده، مسئولیتی نخواهند داشت و تسهیلات گیرنده باید این خسارت را تقبل نماید که در مبحث دوم به آثار و وضعیت حقوقی این شرط عدم مسئولیت خواهیم پرداخت.

### بند دوم: تبیین شرط عدم مسئولیت در قراردادهای مشارکت مدنی

در سالیان اخیر مشارکت مدنی به دلیل نرخ بالای سود آن، بیشترین سهم را در میان تسهیلات اعطایی به خود اختصاص داده است چراکه بانک مرکزی برای عقود مشارکتی سقف سود بیشتری در نظر گرفته و از همین رو بانکها تمایل بیشتری به انعقاد این عقد با مشتریان خود دارند. مشارکت مدنی نوع خاصی از مشارکت است که در برخلاف مشارکت‌های تجاری، شرکت شخصیت حقوقی جدید پیدا نمی‌کند و تابع مقررات حقوق مدنی است.

مشارکت مدنی در عملیات بانکی در ماده ۱۸ آئین‌نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا به شرح ذیل تعریف شده است: «در آمیختن سهم الشرکه نقدی و یا غیر نقدی متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع طبق قرارداد»

۱- مقصود از مشارکت و ایجاد شرکت مدنی انتفاع و بهره‌وری مشروع از سرمایه و سهم الشرکه‌ها است. در مشارکت مدنی می‌تواند انگیزه‌های متفاوتی وجود داشته باشد ولی آنچه که در مشارکت مدنی بانکی به صراحت در قانون آمده، قصد بهره‌وری و سودجویی و انتفاع است.

۲- در آمیختن سهم الشرکه‌ها: شریک بانک و بانک می‌بایست سهم الشرکه‌های خود را به هم در آمیختن به نحوی که با هم یک مال مشاع را تشکیل دهند که قابل تفکیک و جدایی نباشد.

این سهم الشرکه می‌تواند نقدی و یا غیر نقدی باشد. علی‌الاحوال در آمیختن سهم الشرکه‌ها بهم یک مال مشاعی را تشکیل می‌دهد، که از مقررات حاکم بر مال مشاع تبعیت می‌نماید.

در تعاریف موجود از عقد مشارکت در قانون مدنی و فقه، فقط به جنبه اشاعه آن توجه کرده‌اند و اثر آن را مد نظر قرارداده‌اند ولی به ماهیت عقد و هدف و انگیزه‌ی عقد مشارکت توجهی نشده است.

در تعریف قانون مدنی آمده «شرکت عبارتست از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه» این تعریف که تحت تاثیر تعریف فقها تدوین شده بیانگر تمام ویژگی‌های عقد شرکت و از جمله ارکان و شرایط اساسی آن نیست.

در تعریف فقها آمده «عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشی واحد علی سبیل الشیاع و هذا هو الذی به یتدرج اشركه فی جمله العقود» (طباطبایی، ج ۹، ص ۵۳)

برخی از حقوق‌دانان به معامله نمودن به مالی که بین شرکا مشترک است تاکید کرده و اظهار داشته اند «شرکت عقدی عبارتست از شرکت بین دو یا چند نفر بر معامله نمودن به مالی که بین آنان مشترک می باشد و آن را شرکت مدنی گویند. اثر عقد مذکور آن است که هر یک از شرکا به نمایندگی از طرف دیگران می تواند به وسیله کسب و معامله در مال الشرکه تصرف نماید. هر یک از شرکاء مانند وکیل و عامل از طرف دیگران در امور شرکت عمل می نماید، مگر آنکه شرکاء قرارداد مخصوصی معلوم می گردد که شرکاء اذن تصرف به عنوان نمایندگی را از دیگران سلب نموده اند.» (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۲۱۴)

برخی از حقوق دانان به هدف عقد شرکت توجه کرده و تصریح کرده اند، هدف شرکت این است که اموال به شیوه خاص و به وسیله اشخاص معین اداره شود و سود و زیان ناشی از آن بین شرکاء تقسیم گردد و بنا به این هدف عقد شرکت نیز باید در تعریف آن جای شایسته داشته باشد و همین نکته است که به عقد معنی می دهد و آن را از اشاعه ساده جدا می سازد. (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۱۶ و ۱۷) با این تعریف گرچه به هدف عقد شرکت توجه شده ولی صرفاً هدف مادی و تجاری در نظر نبوده و در شرکت می تواند اهداف دیگری نیز مد نظر شرکا باشد. به همین جهت در تعریف عقد شرکت آمده «عقدیست که به موجب آن دو یا چند شخص به منظور تصرف مشترک و تقسیم سود و زیان و گاه مقصد دیگر حقوق خود را در میان می نهد تا بجای آن مالک سهم مشاع از مجموعه شوند.»

بر اساس این تعریف :

۱- هر یک از شریکان باید مالی را به عنوان آورده خود در این اجتماع بگذارد این مال ممکن است مبلغی پول یا خدمت باشد ولی در فقه امامیه موضوع شرکت باید حق مالکیت باشد. (این امر اثر تملیکی به دنبال دارد)

۲- اموال شرکت باید به طور مشاع به مالکیت همه شریکان درآید.

۳- سود و زیان به تناسب سهم شریکان مشاع تقسیم می شود. (همان، ص ۱۸)

حال در باب شرط عدم مسئولیت در قراردادهای مشارکت مدنی باید به ماده ۱۱ قراردادهای بانک با مشتریان اشاره کرد که در آن تناسب میان سود و سرمایه به هم خورده و با شرایطی که در قرارداد آمده، شریک موظف شده سود معینی را که توسط شورای پول و اعتبار معین شده به عنوان سود ابرازی بپردازد و حتی در صورت زیان شرکت، از اموال خود متبرعا به بانک صلح نماید.

از سوی دیگر در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی شرط شده که سهم الشرکه بانک تضمین شده و چنانچه ضرر و زبانی به آن وارد آید، شریک متعهد به جبران خسارت است؛ حال باید دید آیا این شرط با ماهیت عقد مشارکت مدنی مخالف است یا خیر؟ که پاسخ به این سوالات در مبحث دوم صورت خواهد گرفت.

### مبحث دوم: ساماندهی شرط عدم مسئولیت در قراردادها و عملیات بانکی

در مبحث اول به تبیین شرط عدم مسئولیت در قراردادها و عملیات بانکی در سه بند مجزا پرداخته و این مساله تبیین گردید که بانکها با در نظر گرفتن شروط عدم مسئولیت در قراردادهای مشارکت مدنی، مضاربه و همچنین عملیات بانکی، به دنبال کاهش مسئولیت خود در فعالیت های روزمره شان هستند. حال در این مبحث هم به بررسی فقهی و حقوقی وضعیت این شروط خواهیم پرداخت.

### بند نخست: ساماندهی شرط عدم مسئولیت در قرارداد مضاربه

در عقد مضاربه، مالک فردی را انتخاب می کند تا با سرمایه او به فعالیت تجاری اشتغال ورزد. بنابراین مالک با میل خود سرمایه اش را در اختیار عامل قرار می دهد. این وضعیت موجب می شود که عامل عنوان امین را پیدا کند. ماده ۵۵۶ در این رابطه مقرر می دارد: «مضارب در حکم امین است...»

در عین حال در عقد مضاربه، سود حاصله به نسبت مورد توافق تقسیم می گردد اما زیان، فقط متوجه سرمایه است. بنابراین

مال المضاربه در برابر خسارت، تضمین شده نیست و عامل مسئولیتی ندارد جز اینکه در صورت عدم موفقیت قرارداد، فعالیت عامل بی‌مزد می‌ماند.

گفته شد که تصرف عامل در سرمایه، تصرف امانی است و او به عنوان وکیل از طرف مالک دادوستد می‌کند. التزامی که عامل در عقد مضاربه برعهده دارد، تنها نسبت به فراهم آوردن وسایل تجارت و کوشش در راه حفظ سرمایه و بهره برداری درست از آن است، نه اینکه نتایج عمل خود را تضمین کند. به همین جهت، تعهد او را در این باره، تعهد به «وسیله» تعبیر می‌کنند، نه تعهد به «نتیجه». بنابر این اگر در اثر نوسانات قیمتها یا رکود فعالیتهای اقتصادی، عامل، موفق به کسب سود نشود و یا از این بابت خسارت به سرمایه وارد آید، او ضامن نیست و همان‌گونه که ماده ۵۵۶ قانون مدنی مقرر داشته است، تنها در صورت تقصیر (تعدی و تفریط) ضامن مال مضاربه می‌باشد. (صفرار، ۱۳۷۷، ص ۲۵)

حال سوال تحقیق ما در اینجا مطرح می‌گردد که اگر بانک خود را در ضرر و زیان مسئول نداند و در واقع شرط عدم مسئولیت برای خود قائل باشد، اینجا چنین شرطی صحیح است یا خیر؟ حقوقدانان و فقها این مبحث را تحت عنوان ضمان مضارب مطرح و به طور مفصل در این خصوص بحث کرده‌اند. در واقع در بحث مورد نظر ما، نتیجه ضمان مضارب همان عدم مسئولیت بانک است.

ماده ۵۵۸ صریحاً مقرر داشته که «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت، متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است...». با وجود تصریح مقنن به اینکه شرط ضمان مضارب، ضمن عقد مضاربه موجب بطلان عقد مزبور است ولی در ذیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی راهکار قانونی تجویز شده که مقرر می‌دارد: «...مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود بمقدار خسارت یا تلف مجانا بمالک، تملیک کند.» در واقع قانون مدنی، اشتراط ضمان مضارب را به دو صورت عنوان ساخته است. نخست آنکه در ضمن عقد مضاربه شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد. دوم آنکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجانا به مالک تملیک کند.

مقصود ماده از کلمه «بطور لزوم» آن است که امر مزبور ضمن عقد لازم، بطور شرط قرارداد شده. در عمل بانکها به هنگام اعطای تسهیلات بانکی به مشتریانشان و بهنگام انعقاد مضاربه، ضمن عقد صلح تأمینات و تضمینات مناسب از عامل اخذ می‌کنند تا در صورت ورود خسارت بتوانند جبران زیان وارد شده را بخواهند. از این رو، به موجب ماده ۱۲ دستورالعمل اجرائی مضاربه «بانکها موظفند برای جبران خسارات وارده بر اصل سرمایه ضمن عقد صلح... از عامل تعهد کافی اخذ نمایند.» زیرا عقد صلح از عقود لازم است؛ اگر چه در مقام عقود جایز واقع شده باشد و جز در موارد قانونی قابل فسخ نیست. (صفرار، همان، ص ۲۷)

ایرادی که بر شرط تملیک مجانی به مقدار تلف یا خسارت، وارد می‌شود اینست که چون میزان خسارت به هنگام توافق بر شرط، مشخص نیست، شرط مزبور مجهول می‌ماند، در نتیجه این سؤال مطرح می‌شود که آیا شرط مجهول فوق، خللی به عقد می‌رساند یا خیر؟ پاره ای معتقدند که شرط مزبور اگر چه مجهول است ولی موجب بطلان معامله نمی‌گردد. (امامی، ۱۳۶۸، ج ۲، ص ۱۰۲) زیرا هرگاه هدف شرط مجهول، مورد عقد نباشد سرایت به عوضین نمی‌کند و شرط و عقدی که شرط ضمن آن درج شده، صحیح خواهند بود. از سوی دیگر، قانون، شرط مجهول را بطور مطلق از شروط باطله نشمرده است. گروه دیگری اظهار می‌دارند که معلوم و معین بودن مورد معامله یکی از قواعد عمومی قراردادها است (بند ۳ ماده ۱۹۰ و ماده ۲۱۶ قانون مدنی). بنابراین شرط مجهول، اگر به عقد نیز صدمه نزند و موضوع اصلی معامله را مبهم نسازد، بیگمان باطل است زیرا که شرط مجهول در نهایت موجب «غرر» می‌شود که در شرع نهی شده است. (کاتوریان، ۱۳۶۸، ج ۳، ص ۱۸۸) هرچند قانون مدنی شرط ضمان مضارب را باعث بطلان عقد دانسته اما در این زمینه فقها و حقوقدانان نظرات متفاوتی دارند که ریشه این بحث به این امر مهم بر می‌گردد که آیا شرط عدم مسئولیت صاحب سرمایه خلاف مقتضی و ماهیت عقد است یا خیر؟

**دسته اول** بر این باوند که مقتضای عقد مضاربه و به عبارت دیگر، اثر طبیعی آن، این است که هیچ‌گونه خسارتی متوجه عامل نباشد. بنابراین شرط بر خلاف این جهت، باطل است زیرا تسلیط مضارب بر سرمایه بر اساس خواست و میل مالک صورت

گرفته و اجازه مالک در این رابطه وجود دارد پس عامل، امین و نایب از جانب مالک می باشد. لازمه امین بودن عامل، آنست که او مسؤولیتی نسبت به تلف یا نقص سرمایه و یا خسارت به آن نداشته باشد. بنابراین اگر ضمان او شرط شود، بدان معنی است که او امین نمی باشد و این امر با مفاد عقد و مدلول مطابقی آن، مغایرت دارد و این امر موجب بطلان عقد خواهد بود. طرفداران این نظریه، محققینی مانند علامه حلی در قواعد و تذکره و محقق کرکی در جامع المقاصد و شیخ طوسی در مبسوط می باشد. عبارت علامه در قواعد چنین است: «... و لو شرط ما ینافیة فالوجه بطلان العقد مثل ان یشترط ضمان المال او سهما فی الخسران...» (علامه حلی، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۲۴۴)

اگر شرطی شود که منافات با عقد داشته باشد، عقد باطل است. مثل اینکه شرط شود که مضارب ضامن مال مضاربه باشد یا سهمی از زیان را بر عهده بگیرد.

مرحوم محقق کرکی در جامع المقاصد در شرح عبارت علامه می فرماید: «... وجه البطلان ان هذه شروط باطله لمنافاتها مقتضى العقد شرعا فيبطل العقد لان التراضي المعتبر فيه ح لم يقع الاعلى وجه الفاسد فيكون باطلا و يحتمل ضعيفا صحة العقد و بطلان الشرط...» (محقق کرکی، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۴۶۵)

البته برخی از فقهای که می گویند ضامن ساختن عامل صحیح نیست، معتقدند که اگر شرط ضمان مضارب به صورت شرط فعل باشد، صحیح است. یعنی در صورت وقوع خسارت، اگر چه به عنوان مضاربه زیان متوجه سرمایه است، اما می توان عامل را متعهد نمود که آن را جبران کند. در این رابطه ذکر عبارتی از تحریر الوسیله بی مناسبت نیست.

«ولو اشترط المالك على العامل ان يكون شريكا معه في الخسارة كما هو شريك في الربح ففي صحة وجهان، اقواهما العدم، نعم لو كان مرجعه الى اشتراط انه على تقدير وقوع الخسارة على المالك خسر العامل نصفه مثلا من كيسه لا باس به، و لزم العمل به لو وقع في ضمن عقد لازم، بل لا يبعد لزوم الوفاء به ولو كان في ضمن عقد جائز مادام باقيا، نعم له فسخه ورفع موضوعه...» (امام خمینی، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۱، ص ۶۱۲)

اگر مالک شرط کند که عامل با او در خسارت شریک باشد همانگونه که در سود شریکند، در صحت این شرط دو وجه است که اقوای آنها عدم صحت شرط می باشد. ولی اگر شرط مذکور به این شکل باشد که بر فرض وقوع خسارت بر مالک، عامل نصف آن را مثلا از کیسه خودش متحمل شود، اشکالی در آن نیست و اگر شرط مذکور در ضمن عقد لازمی درج شده باشد عمل به آن لازم است، حتی اگر در ضمن عقد جائزی واقع شده باشد، بعید نیست که لازم الوفاء باشد تا زمانی که عقد اصلی جائز باقی باشد. بله، چون شرط در ضمن عقد جائز صورت گرفته است مشروط علیه می تواند با فسخ عقد جائز، موضوع تعهد را از بین ببرد و بدین صورت خود را از اجرای شرط فارغ سازد.

**دسته دوم** برخلاف دسته اول، شرط ضمان مضارب و عدم مسئولیت صاحب سرمایه را خلاف مقتضا و ماهیت عقد نمی دانند. برخی از فقهاء مانند صاحب جواهر می گویند: این صحیح است که زیان، متوجه مال باشد و در روایات نیز چنین آمده است، اما این موضوع نه بدان جهت است که مضاربه، در بافت خود چنین اثری دارد و به اصطلاح مقتضای عقد چنین است بلکه اطلاق قرارداد و سکوت آن بر حسب معمول سبب می شود که خسارت متوجه عامل نگردد. بنابراین، اگر طرفین در ضمن عقد خود تصریح کرده و شرط کنند که زیانی متوجه سرمایه نشود، شرطی بر خلاف اثر طبیعی و مقتضای عقد نکرده اند. بلکه صرفا به شرطی پای بند شده اند، که با اطلاق قرارداد سازگار نیست و این چنین شرطی هم اشکال ندارد. (صفار، ۱۳۷۷، ص ۳۰)

این فقیه در جای دیگر می فرماید: شرط ضمان مضارب، منافاتی با اینکه سرمایه، امانت در دست اوست نمی باشد. زیرا در بسیاری از امانات، ید متصرف محکوم به ضمان می باشد. مثل عاریه طلا و نقره یا عاریه ای که شرط ضمان شده است و مقبوض بالسوم و نظایر آنها. بلکه حتی در بسیاری از صورتهای مضاربه، ضمان عامل وجود دارد و وضع همچنین است در صورتیکه بر عامل پرداخت مقداری از خسارت بر سرمایه شرط شود. بنابراین در جمیع این موارد که شرط مخالف با مقتضای اطلاق عقد است نه مقتضای ذات، شرط صحیح است. (نجفی، ۱۹۸۱ م، ج ۲۶، ص ۳۴۲)

نویسندگان حقوق مدنی، علی رغم تصریح مقنن به مبطل بودن شرط ضمان مضارب، به این عقیده متمایل هستند که شرط ضمان مضارب را مخالف با مقتضای اطلاق عقد بدانند و در نتیجه قائل به صحت آن باشند.

دکتر امامی در این زمینه می‌گوید: «بنظر می‌رسد که شرط مزبور بر خلاف اطلاق عقد است نه ذات آن تا عقد باطل باشد، ولی چون ماده صریح است، لذا عقد مضاربه ای که در آن شرط ضمان شده باشد، ناچار باید باطل دانست». (امامی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۱۱۰)

دکتر کاتوزیان نیز ضمن مخالف خواندن مبنایی که قانون مدنی در عقد مضاربه پذیرفته با آنچه که در عقد عاریه مورد قبول قانونگذار واقع شده، می‌گوید: «در نظر عرف چنین شرطی با مقتضای امانت و نمایندگی، مبیانت ندارد». (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۱۳۲)

به هر حال هرچند در این زمینه اختلاف نظرهای جدی میان حقوق دانان و حتی فقها وجود دارد اما قانون مدنی و به تبع آن بانکه راه حل ساده تر یعنی قالب عقد صلح برای ضمان مضارب و عدم مسئولیت بانکه را برگزیده اند؛ هرچند که این عقد صلح می‌تواند خود یکی از مصادیق شروط غیرمنصفانه باشد که در مورد مشارکت مدنی مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهد گرفت.

البته نباید فراموش کرد که این عقد صلح صرفاً تضمین اصل سرمایه را در نظر می‌گیرد و شامل تضمین سود نمی‌شود یعنی فقها اخذ سود احتمالی از مضارب را شرعی نمی‌دانند اما در قراردادهای مضاربه بانکی، در بخش نحوه تصفیه مضاربه آمده است که "عامل قبول و تعهد نمود که کلیه وجوه حاصل از فروش کالای موضوع مضاربه را به محض فروش کالای مورد مضاربه به حساب مخصوص مندرج در این قرارداد واریز نماید. در صورتی که در پایان قرارداد تمام یا قسمتی از کالای موضوع مضاربه به فروش نرسیده باشد، عامل تقبل نمود موجودی کالای فروش نرفته را به قیمت روز یا قیمت مورد توافق طرفین که در هر صورت از قیمت تمام شده به .... درصد کمتر نخواهد بود، خریداری نموده و وجه مربوط را به حساب مذکور واریز نماید. ضمناً عامل به بانک وکالت بلاعزل داد که معادل ارزش روز کالای فروش نرفته را از سهم سود عامل و یا سایر اموال وی استیفا نموده و یا به هر نحو که مصلحت می‌داند نسبت به استیفای حقوق خود اقدام نماید."

در تبصره ماده ۸ قراردادهای متحد الشکل بانک مرکزی برای قرارداد مضاربه هم در عبارات مشابهی آمده است: "در صورتی که موضوع مضاربه فروش نرفته باشد، عامل به قیمت روز یا قیمت مورد موافقت بانک، شخصاً کالا را خریداری و وجه آن را به حساب مضاربه واریز و سود حاصل به تناسب سرمایه تقسیم خواهد شد."

در واقع این امر را باید نوعی تعهد مشتری یا همان مضارب به خرید کالای موضوع مضاربه دانست که هدف نهایی آن تضمین سود بانک در قراردادهای مضاربه ولو عملیات های زیانده است؛ بانکهها صرفاً به همین تعهد به خرید کفایت نکرده و از مشتریان خود یک وکالت بلاعزل برای دریافت سود احتمالی می‌گیرند تا در صورتی که مشتری به تعهد خود عمل نکرد، با این وکالت نامه بتوانند سود مضاربه را از وی اخذ نمایند. چنین به نظر می‌رسد که این امر نوعی تغییر شکلی تعهدات برای نیل به هدف نهایی تضمین سود در قرارداد مضاربه است که مورد تایید نهایی قانونگذار و شارع نمی‌باشد.

### بند دوم: ساماندهی شروط عدم مسولیت در عقد مشارکت مدنی

شروط عدم مسولیت در عقد مشارکت مدنی منعقد بین بانکهها و مشتریانشان، در قالب دو شرط بروز پیدا می‌کند. اول شروط عدم مسولیت در خصوص پذیرش زیان و تضمین سرمایه و دیگر شرط عدم مسولیت در تقسیم سود و زیان که به طور جداگانه به تشریح آنها و نظرات فقها و حقوقدانان در این خصوص می‌پردازیم.

#### الف. تبیین شروط عدم مسولیت در خصوص پذیرش زیان و تضمین سرمایه

در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی شرط شده که سهم شرکت بانکه تضمین شده و چنانچه ضرر و زیانی به آن وارد آید، شریک متعهد به جبران خسارت است؛ حال باید دید آیا این شرط با ماهیت عقد مشارکت مدنی مخالف است یا خیر؟ بر اساس بررسی‌های فوق‌الذکر ماهیت عقد مشارکت مدنی در قراردادهای بانکی و دستورالعمل قانون عملیات بانکی بدون ربا، مشارکت به قصد انتفاع است یعنی قصد انتفاع و سودجویی انگیزه اصلی در انعقاد عقد مشارکت مدنی است و هرگونه شرط



مغایر با آن می تواند به ارکان این عقد و قرارداد خلل وارد آورد. منافات شرط با غرض و انگیزه اصلی چیزی است که مورد توجه فقها نیز به عنوان شرط مغایر مقتضای قرار گرفته است. (شیخ انصاری، ۱۳۷۸، ج ۸، ص ۷۲)

با این معیار یکی از شروط خلاف مقتضای عقد شرط پذیرش ضرر و زیان یک طرف عقد است که این امر برخلاف شیاع در عقد شرکت است؛ البته در مورد اصل این موضوع در عقد شرکت اختلاف است. برخی از فقهاء مثل شهید اول حکم به جواز این شرط نظر داده اند ولی برخی از فقها مثل ابن ادریس شرط را به علت این که منافای با مقتضای عقد شرکت بوده (مقتضای عقد شرکت مشارکت طرفین در سود و زیان است) باطل دانسته اند. (هادوی تهرانی ۱۳۸۷، ص ۴۵) نظرات حقوقدانان نیز در این خصوص متفاوت است. برخی از حقوقدانان با استناد به مفاد ماده ۵۷۵ ق.م گفته اند که «همچنین اگر شرط شود که زیانهای احتمالی متوجه یکی از شرکا نشود، این شرط بی اعتبار است.» (کاشانی، ۱۳۵۶، ص ۳۵)

دکتر امامی نیز معتقد است: «هر یک از شرکاء در مال مشترک به نسبت سهم خود مشاعا شریک است و در نمائات حاصله و همچنین در نقصان به همان نسبت شریک می باشند زیرا نمائات تابع ملک است. نقص هم بر ملک تحمیل می شود. هر یک از شرکاء به نسبت ثمن فروش مال مشترک و اجرت المسمی یا اجرت المثل و خسارات مذکور به نسبت سهم خود مشاعا شریک می باشد زیرا عوض در حکم معوض است. بنابراین در صورت فروش مال مشترک هر جزء از ثمن در مقابل هر جزء از مبیع و در اجاره مال مشترک هر جزء از مال الاجاره در مقابل هر جزء از منافع مشترک قرار می گیرد و در آن چه سوخت می گردد نیز همگی شریکند.» (امامی، ۱۳۷۹، ج ۲، ص ۲۰۹)

اگر در پی عقد مشارکت زبانی بر مال مشترک وارد شود، این زیان به نسبت سهم هر یک از شرکا به آنها تعلق می گیرد؛ پس سود یا اصل سرمایه زمانی بازپرداخت خواهد شد که واقعا اصل سرمایه و سودی تحقق داشته باشد. به عبارت دیگر اگر تضمین سود و اصل سرمایه به معنای تضمین آن در هر صورت باشد، چه طرح واقعا سودی در پی داشته باشد و چه چنین نباشد، این امر با مقتضای مشارکت منافات دارد و در واقع از حیل ربا یا خود «ربا» خواهد بود. (هاشمی شاهرودی، ۱۳۷۶، ص ۱۲)

«بنابراین با توجه به حرمت ربا در حقوق اسلام قابل بررسی است که آیا شرط پیش تعیین سود معین برای یک طرف که همان سرمایه گذار است شرطی صحیح و نافذ است و یا به دلیل عدم مشروعیت آن باطل می باشد. در مراجعه با آراء صاحب نظران حقوق اسلامی در باب مضاربه که نوعی سرمایه گذاری غیر مستقیم امروزی است و باب شرکت که یک نوع سرمایه گذاری مستقیم اشتراکی معاصر است، مشهور فقهاء شرط پیش تعیین سود قبل از انجام سرمایه گذاری را ممنوع و آن را باطل محسوب کرده اند.» (همان، ص ۱۴)

این شرط که فرد متعهد گردد تا خسارت وارده به سرمایه را از اموال خودش جبران کند نیز مورد انتقاد قرار گرفته است. «ماده ۵۵۸ قانون مدنی قسمت دوم ماده آشکارا در تضاد با بخش اول ماده است. این راه حل از نظر حقوقی و فقهی نیز مورد انتقاد است زیرا میزان خسارت در هنگام عقد مجهول است و این جهالت به همه تعهدات طرفین گسترش یافته و به آنها آسیب می رساند.» (کاشانی، ۱۳۸۱، ص ۴۷) این در حالی است که این شرط عینا در عقود مشارکت مدنی بانکها آمده است لذا با توجه به نکات فوق الذکر، اصرار بانکها بر عدم حذف این بند در قراردادهای مشارکت مدنی، باعث خلل جدی به صحت قرارداد خواهد شد چراکه این امر قطعاً سوء استفاده از موقعیت برتر اقتصادی بانکها بوده و از مصادیق شروط تحمیلی می باشد.

### ب. تبیین شرط عدم مسئولیت در تقسیم سود و زیان

یکی از اصول اساسی در عقد شرکت تقسیم سود و زیان به نسبت سهم الشرکه است. اگر سهم الشرکه مساوی باشد، سود نیز باید به طور مساوی تقسیم شود و اگر شرط سود حاصله از شرکت متعلق به یکی از شرکاء باشد و یا آنکه سود بیشتری با وجود تساوی سهم برای یکی از شرکاء در نظر گرفته شود، این نوع شرکت باطل است. همچنین اگر سود مساوی با وجود اختلاف میزان سهم شرکاء در نظر گرفته شود. منظور از بطلان شرکت در این مورد این است که شرط باطل است و اگر این شرط علت عمده عقد باشد، عقد نیز باطل است. (کاشانی، ۱۳۵۶، ص ۱۱)

در ماده ۱۱ قراردادهای بانک با مشتریان، تناسب میان سود و سرمایه به هم خورده و با شرایطی که در قرارداد آمده، شریک موظف شده سود معینی را که توسط شورای پول و اعتبار معین شده به عنوان سود ابرازی بپردازد و حتی در صورت زیان شرکت، از اموال خود متبرعا به بانک صلح نماید.

یکی از اهداف و شاید یکی از ارکان اصلی عقد مشارکت مدنی تبعیت سود و زیان از سرمایه هاست. این موضوع در ماده ۵۷۵ ق.م نیز آمده است «که هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم هستند.» شراکت طرفین در سود به نسبت سهم شرکت از ارکان عقد شرکت است. این ویژگی عقد شرکت به لحاظ این که از اصول اساسی این عقد است مورد بحث حقوقدانان قرار گرفته که آیا این از مقتضیات عقد شرکت است و یا از آثار عقد می باشد و آیا شرط خلاف آن، خلاف ذات یا همان ماهیت عقد یا خیر؟ و اثر این شرط بر عقد چیست؟

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

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

نظرات مختلفی در این خصوص ابراز گردیده است :

۱- برخی از فقها این شرط را به علت این که سببی برای تملیک سود بیشتر به کسی که سرمایه بیشتر دارد و کار زیادتر هم نمی کند وجود ندارد، نه خود معاوضه است، نه در عقد معاوضی ضمیمه یکی از دو عوض شده است، و نه مقصود هبه بخش زاید است، باطل می دانند. این گروه بطلان شرط را باعث بطلان تراضی در اداره مال مشترک (عقد شرکت) می دانند و اعتقاد دارند که ربح تابع مال است و هر کدام کاری انجام داده باشد اجرت آن را می گیرد.

«این نظر که ابن ادریس آن را نسبت به اکثر داده و از طرف ابن زهره نقل دعوی اجماع به آن شده و دلیل اینان آن است که آن زیادتی ربی که برای آن یکی شرط شده در مقابل آن عوضی نیست، پس از باب این است که شرط کند که شخصی مالک مال غیر شود بدون سببی» (میرازی قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۱۴)

شیخ طوسی نیز از معتقدان به بطلان شرط و بطلان عقد به تبع شرط است که اظهار داشته چنانچه با تساوی در مال شرط تفاضل سود کنند و یا با تفاضل مال شرط تساوی در سود کنند، شرکت باطل است. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ ه.ق، ج ۳، ص ۳۳۳)

شهید ثانی نیز به علت این که سود در مقابل عوضی قرار نگرفته است و سایر اسباب تملک نیز موجب تملک نشده است، شرط و عقد را باطل می داند. (شهید ثانی، ۱۹۹۲ م، ج ۴، ص ۲۰۰)

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

برخی دیگر نیز شرط را باطل و اگر علت عمده عقد باشد آن را مبطل عقد دانسته اند. دکتر عباس کریمی در مقاله ای که در زمینه مقتضای عقد نگاشته اند و در ابتدای بحث به آن اشاره شد، با تمسک به نظریه علامه حلی در این باب، بدین نظر تمسک جسته اند. این نظریه قائلین دیگری نیز دارد که چنین گفته اند: «اگر سهم شرکت مساوی باشد سود نیز باید به طور

مساوی تقسیم شود و اگر سهم شرکاء مختلف باشد، سود به نسبت سهم تقسیم می شود. بنابراین چنین شرطی باطل و اگر علت عمده عقد باشد، عقد نیز باطل است.» (کاشانی، ۱۳۵۶، ص ۱۳)

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

ظاهر ماده ۵۷۵ ق.م صرفاً در مواردی که عمل زیادتری صورت گیرد، شرط سود بیشتر را مجاز دانسته و این امر منطبق با نظر اول و تایید بطلان این شرط است. در موردی که سود بیشتر در برابر عمل منظور می شود، عنوان استثناء بر قاعده کلی دارد که باید تفسیر محدود شود و نفوذ تراضی منوط به وجود عوض شریکی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۴۷) گرچه در ادامه دکتر کاتوزیان به علت تعارض این نظر با اصول مورد قبول قانون مدنی، این نظر را رد می کند ولی بنظر می رسد که ظاهر قانون صریح است.

۲- گروهی از فقها شرط را باطل ولی عقد را صحیح می دانند و شرط زیادتی ربح برای یکی از طرفین را مفید اباحه می دانند. بر اساس این نظر طرف دیگر مادامی که عین این زیادت باقی است، حق رجوع به مشروط له را دارد. (عابدیان، ۱۳۸۷، ص ۱۶۹)

۳- برخی از فقیهان نیز از جمله سید مرتضی به نقل از صاحب جامع الشتاب بااستناد به "اوفو بالعقود" و "تجاره عن تراض" و تاکید بر تراضی طرفین، این شرط را نافذ می دانند و صاحب جامع الشتاب نیز این نظر را تایید می کند: این قول به سبب همان عمومات اقوی است و مراد از امر به وفای به عقود و شروط عمل به مقتضای آن عمل است. (مدنی بجستانی، ۱۳۸۹، ص ۱۲۳)

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

همانطور که قبلاً بیان شد، در ماده ۵ دستورالعمل اجرایی مشارکت مدنی بانکها مکلف شده اند، قبل از مبادرت به انعقاد قرارداد مشارکت مدنی و سود انتظار ناشی از مشارکت مدنی در طول مدت قرارداد دقابل برگشت و مشارکت قابل تسویه باشد. گرچه در قانون عملیات بانکی بدون ربا آمده که سود انتظاری در صورت تحقق به بانک پرداخت خواهد شد ولی در دستورالعمل اجرایی عبارت « در صورت تحقق » حذف شده و همین عامل باعث شده تا بانکها بین نرخ سود مورد انتظار و نرخ سود، هیچ گونه تفاوتی قائل نشوند.

در ماده ۸ و ۹ این دستورالعمل که در متن قراردادهای تنظیمی بانکها نیز آمده تاکید شده که حداقل سود مورد انتظار در مورد معامله های موضوع مشارکتهای مدنی و حداقل یا حداکثر نسبت سهم سود بانکها توسط شورای پول و اعتبار تعیین خواهد شد.

گرچه در تعریف مشارکت مدنی و ضوابط اجرایی آن تنظیم کنندگان آیین نامه ها، دستورالعملها و قراردادهای مشارکت مدنی از تعریف قانونی عقد شرکت دور نیفتاده اند، به اولین شرط اساسی مشارکت که امتزاج اموال شرکاء است توجه داشته و آن را الزامی و راهکار چگونگی امتزاج آن را مشخص و تعریف کرده اند ولی زمانی که به حداقل سود اشاره کرده، به این معنی است علی رغم عدم تحقق سود مورد انتظار، شریک بانک موظف است، حداقل سود مورد مطالبه بانک را بپردازد و بنا به نظر

شهید ثانی و شیخ طوسی اصل تبعیت سود از سرمایه که یکی دیگر از ارکان عقد شرکت و جزء ماهیت عقد شرکت است، رعایت نگرديده و شرطی بر خلاف این اصل پیش بینی شده که خلاف مقتضای عقد مشارکت است و حتی تراضی در آن به علت مغایرت با قانون فاقد اعتبار است لذا این شرط در قراردادهای بانکی جزو شروط غیر منصفانه و از مصادیق سوء استفاده از شروط ضمن قرارداد محسوب می‌گردد. (کریمی، عباس؛ مرادی، یاسر، ۱۳۹۴، ص ۵۶)

البته نگارنده بر این باور است که همان دلیلی که باعث شده شارع ضمان مضارب در قبال اصل سرمایه را در قالب عقد خارج لازم بپذیرد، باعث می‌شود با وحدت ملاک از عقد مضاربه که در قرارداد مشارکت مدنی هم تضمین اصل سرمایه پذیرفته شود چراکه علت تجویز شارع در عقد مشارکت این بوده که چون مضاربه نوعی از عقد مشارکت است که در آن صاحب سرمایه حضور ندارد و همه کار در دست مضارب است، شرط تضمین اصل سرمایه پذیرفته شده است؛ دقیقاً در قراردادهای مشارکت مدنی بانک هم مانند مضاربه، بانک به عنوان صاحب سرمایه حضور ندارد و لذا می‌توان در قراردادهای مشارکت مدنی، تضمین اصل سرمایه را پذیرفت.

### نتیجه

در واقع گسترش روز افزون فعالیت بانکها در زمان معاصر باعث شده تا این نهاد اقتصادی سعی نماید تا دامنه گسترده فعالیت خود را با وضع شروط عدم مسئولیت در دو قالب قراردادی و عملیاتی (غیر قراردادی) کاهش دهد. در میان عقود مختلف بانکی، عقود مشارکتی و مشخصاً عقد مضاربه و مشارکت مدنی متضمن شروط مشخص و بارز عدم مسئولیت می‌باشند؛ همچنین شرط عدم مسئولیت در موارد غیرقراردادی یعنی عملیات های بانکی هم به وضوح وجود دارد.

امروزه اخذ تسهیلات از بانکها به یکی از امور رایج و شایع در میان مردم بویژه تولیدگران تبدیل شده است؛ در این میان بانکها با توجه به نرخ سود بالاتر و شرایط سخت گیرانه تر عقود مشارکتی، به این نوع از قراردادها بیشتر تمایل دارند اما متأسفانه به جای تلاش برای اجرای صحیح این عقد، تلاش‌ها به استفاده از قالب ظاهری این عقد معطوف شده است تا جایی که در قرارداد تیپ مشارکت، به جای واژه "شریک" از واژه "تسهیلات گیرنده" استفاده شده است؛ در واقع بانکها و حتی مشتریان بدون آنکه قصد مشارکت واقعی داشته باشند، در عقدی وارد می‌شوند که از نظر حقوقی آثار و تبعات بسیار زیادی برای طرفین به دنبال خواهد داشت و در مقابل با وضع شروط مختلف عدم مسئولیت برای خود، سعی در کاهش ریسک خود دارند.

در باب شرط عدم مسئولیت در عقد مضاربه، شرط عدم مسئولیت بانکها یا همان ضمان مضارب در قراردادهای میان بانک و مشتریان وجود دارد که قانون مدنی، شرط ضمان مضارب را به دو صورت عنوان ساخته است. نخست آنکه در ضمن عقد مضاربه شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد. دوم آنکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجانا به مالک تملیک کند؛ به همین دلیل بانکها به هنگام اعطای تسهیلات بانکی مضاربه به مشتریان، ضمن عقد صلح تضمین مناسب از عامل اخذ می‌کنند تا در صورت ورود خسارت بتوانند جبران زیان وارد شده را بخواهند. ماده ۱۲ دستورالعمل اجرائی مضاربه نیز بیان داشته که «بانکها موظفند برای جبران خسارات وارده بر اصل سرمایه ضمن عقد صلح... از عامل تعهد کافی اخذ نمایند.»؛ اگرچه می‌توان این بند از قرارداد میان بانک و مشتریان را از مصادیق شروط غیرمنصفانه بر شمرد.

هرچند قانون مدنی شرط ضمان مضارب را باعث بطلان عقد دانسته اما در این زمینه فقها و حقوقدانان نظرات متفاوتی دارند که ریشه این بحث به این امر مهم بر می‌گردد که آیا شرط عدم مسئولیت صاحب سرمایه خلاف مقتضی و ماهیت عقد است یا خیر؟ در این میان دو نظر عمده وجود دارد:

دسته اول بر این باورند که مقتضای عقد مضاربه و به عبارت دیگر، اثر طبیعی آن، این است که هیچ‌گونه خسارتی متوجه عامل نباشد. بنابراین شرط بر خلاف این جهت، باطل است زیرا تسلیط مضارب بر سرمایه بر اساس خواست و میل مالک صورت گرفته و اجازه مالک در این رابطه وجود دارد پس عامل، امین و نایب از جانب مالک می‌باشد.

البته برخی از فقهایی که می‌گویند ضامن ساختن عامل صحیح نیست، معتقدند که اگر شرط ضمان مضارب به صورت شرط فعل باشد، صحیح است. **دسته دوم** برخلاف دسته اول، شرط ضمان مضارب و عدم مسئولیت صاحب سرمایه را خلاف مقتضا و ماهیت عقد نمی‌دانند. علمای حقوق از جمله دکتر کاتوزیان و دکتر صفایی قائل به این نظر هستند.

البته تمامی مباحث و نکات فوق الذکر و تجویز قانون در باب ضمان مضارب در باب ضمان در قبال اصل سرمایه می‌باشد و تضمین سود توسط بانکها حتی در عقد مضاربه جایز نمی‌باشد لذا بانکها با درج نوعی شرط تعهد مضارب به خرید کالای موضوع مضاربه با قیمت مشخص، هدف نهایی تضمین سود بانک در قراردادهای مضاربه ولو عملیات های زیانده را دنبال می‌کنند؛ بانکها صرفا به همین تعهد به خرید کفایت نکرده و از مشتریان خود یک وکالت بلاعزل برای دریافت سود احتمالی می‌گیرند تا در صورتی که مشتری به تعهد خود عمل نکرد، با این وکالت نامه بتوانند سود مضاربه را از وی اخذ نمایند. چنین به نظر می‌رسد که این امر نوعی تغییر شکلی تعهدات برای نیل به هدف نهایی تضمین سود در قرارداد مضاربه است که مورد تایید نهایی قانونگذار و شارع نمی‌باشد.

در باب **شرط عدم مسئولیت در عقد مشارکت مدنی** هم باید گفت که هر چند شرط عدم مسئولیت در قراردادهای مختلف امروزه به طور کامل پذیرفته شده اما در واقع در قرارداد مشارکت مدنی چون هیچ یک از طرفین قصد واقعی عقد شرکت ندارند، با وضع شروط متعدد ضمن عقد سعی در تحمیل شروط مدنظر خود بر طرف مقابل هستند؛ شروطی که بنابراین یافته‌های این تحقیق در برخی موارد ماهیت عقد را دچار تغییر کرده و پایه‌های آن را متزلزل می‌نمایند. آنچه در قراردادهای مشارکت مدنی بانک به عنوان شرط ضمن عقد آمده، نه برای تکمیل و توضیح قرارداد بلکه برای هدف سودآوری است که از اول در سیستم بانکداری به آن توجه شده ولی به علت محدودیتهای شرعی از جمله ممنوع بودن اخذ ربا، نظام بانکداری را ناگزیر ساخته است تا با استفاده از این شرایط هدف مورد نظر بانکداری را که در همه نظامهای بانکداری دنیا بر آن مبنا بانکداری شکل گرفته تامین گردد.

در پاسخ به سوال اصلی تحقیق در این بخش یعنی امکان سوءاستفاده از شروط مندرج در قراردادهای مشارکت مدنی در قالب شروط عدم مسئولیت، باید گفت این امر قطعا در بخش‌هایی قراردادهای فی ما بین بانک و مشتریان که قراردادهای تیپ می‌باشد، رخ داده است که برخی از آنها جزو شروط مغایر با ماهیت و برخی دیگر جزو شروط مغایر با آثار لازم این عقد می‌باشند. در میان شروط ضمن عقد مشارکت مدنی، شروط مغایر با مالکیت و اشاعه در مالکیت مشاهده نگردید اما شرط عدم پذیرش زیان و تضمین سرمایه که توسط بانکها صورت می‌گیرد، بر اساس یافته‌های این تحقیق، مغایر با ماهیت عقد مشارکت تشخیص داده شد چراکه اشاعه در مالکیت، تضمین سرمایه و عدم پذیرش زیان را غیر ممکن می‌سازد، ضمن آنکه پرداخت زیان از اموال شریک نیز به دلیل نامشخص بودن زیان احتمالی، باعث جهل به مورد شرط بوده و امکان پذیر نمی‌باشد.

البته جدای از نتیجه گیری فقهی - حقوقی فوق الذکر، نگارنده به عنوان کارشناس بانکی و از باب نگاه عرفی به فقہف بر این باور است که همان دلیلی که باعث شده شارع ضمان مضارب در قبال اصل سرمایه را در قالب عقد خارج لازم بپذیرد، باعث می‌شود با وحدت ملاک از عقد مضاربه که در قرارداد مشارکت مدنی هم تضمین اصل سرمایه پذیرفته شود چراکه علت تجویز شارع در عقد مشارکت این بوده که چون مضاربه نوعی از عقد مشارکت است که در آن صاحب سرمایه حضور ندارد و همه کار در دست مضارب است، شرط تضمین اصل سرمایه پذیرفته شده است؛ دقیقا در قراردادهای مشارکت مدنی بانک هم مانند مضاربه، بانک به عنوان صاحب سرمایه حضور ندارد و لذا می‌توان در قراردادهای مشارکت مدنی، تضمین اصل سرمایه را پذیرفت اما تضمین سود قطعا غیرشرعی و غیرقانونی خواهد بود.

در پایان پیشنهاد می‌گردد محققان و دست اندرکاران شبکه بانکی کشور به جای وضع شروط عدم مسئولیت که بعضا دارای اوصاف شروط غیرمنصفانه هم می‌باشد، با بهره گیری از موسسات تخصصی فنی به مشارکت واقعی در کلیه عقود مشارکتی با مشتریان خود رو بیاورند تا بتوانند هم از مزایای سود بالای مشارکت واقعی بهره مند گردند و هم قالب شرعی و حقوقی عقود را رعایت نمایند و یا در صورتی که امکان نظارت و ورود دقیق به پروژه های مشارکتی را ندارند، به جای بهره گیری از این گونه عقود، از عقود مبادله ای و عقود جدید بانک مرکزی مانند مرابحه بهره ببرند.

## منابع و مأخذ

- امامی، اسدالله؛ عبدی، صادق، تحلیل مبانی فقهی- حقوقی شرط عدم مسئولیت قراردادی، مجله مجتمع آموزش عالی، شماره ۲، ۱۳۷۸
- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۲، تهران، اسلامی، چاپ دوم، ۱۳۶۸
- بهمنی، محمد و بهروز اخلاقی؛ عقد مشارکت مدنی و چگونگی اعمال آن در نظام بانکداری بدون ربا؛ پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۴
- جلیلی، معصومه، شرط عدم مسئولیت و مفاهیم مشابه، مجله کانون، تهران، شماره ۷۲، ۱۳۸۶
- خاوری، محمود رضا، حقوق بانکی، چاپ اول، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۹
- خمینی، روح اله الموسوی، تحریر الوسیله، ج ۱، مطبوعات دارالعلم، قم، ۱۴۱۳ ه.ق
- رئیس، مصطفی؛ بانکداری اسلامی و چالش‌های فراروی؛ تهران: گام چهارم، ۱۳۷۸
- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)، ج ۴، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۶
- شیخ طوسی، محمدبن حسن، الخلاف، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ه.ق
- صفر، محمد جواد، نقد و تحلیل حقوقی ماده ۵۵۸ قانون مدنی، مجله نامه مفید، قم، شماره ۱۴، ۱۳۷۷
- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، قزوین، انتشارات طه، چاپ دوم، ۱۳۸۵
- معصومه فرزانه، مسئولیت مدنی متقابل بانک و مشتری، پایان نامه کارشناسی ارشد، گیلان، دانشگاه پردیس بین‌الملل، ۱۳۹۱
- فخارطوسی، جواد، تلخیص مکاسب شیخ انصاری (مکاسب محرمه)، قم، عالمه، ۱۳۷۸
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۱ و ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ ۵، ۱۳۸۲
- کاشانی، محمود، مبانی حقوقی و مقررات بهره و زیان دیر کرد، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۷۶، ۱۳۸۱
- کاشانی، محمود، شرکت مدنی، نشریه حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال دوم، ۱۳۵۶
- کاشف الغطاء، محمدحسین، تحریر المجله، تهران، مکتبه مرتضویه، ۱۳۵۹
- کریمی، عباس، نگاهی نو به مفهوم شرط خلاف مقتضای عقد، برمنهج عدل (مقالات اهدا شده به استاد ناصر کاتوزیان)، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸
- کریمی، عباس؛ مرادی، یاسر، سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی، فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، تهران، انتشارات بانک مرکزی، ۱۳۹۴
- لطفی، اسدالله ترجمه مباحث حقوقی شرح لمعه، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۱
- مدنی بجستانی، سید مجتبی، شروط ضمن عقد مشارکت مدنی؛ پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، شهیدبهشتی، ۱۳۸۹
- موسویان، سیدعباس، مقدمه ای بر بانکداری بدون ربا در ایران، تهران، انتشارات بانک کشاورزی، چاپ اول، ۱۳۹۳
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن، جامع الشتات فی اجوبه السوالات، ج ۳، تهران، کیهان، ۱۳۷۱
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، ج ۳، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۱
- هادوی تهرانی، مهدی، مبانی فقهی اوراق مشارکت، مجموعه مقالات دهمین سمینار بانکداری اسلامی، ۱۳۸۷
- هاشمی، سید محمود، بانکداری اسلامی، مجله تحقیقات اسلامی، شماره ۱ و ۲، سال دوازدهم، ۱۳۷۶