



JOURNAL OF  
CYBER LAW

فصلنامه حقوق سایبر

Received: 06 /11/2025 Re-  
view: 28/11/2025

Accepted: 28 /11/2025

DOI: 10.22054/jocl.2025.8563.29572

Journal of Cyber Law  
No(2), Vol(2),89-103.  
ISSN: 0972-6934  
www.jocl.ir

## Substantive and Authority-Related Defects of Partnership Contracts with a Focus on Banking Partnership Agreements

Mohammadreza Zare<sup>1</sup>, Alireza Mazloom Rahni<sup>2\*</sup>, Ali RostamiFar<sup>3</sup>

1- PhD student, Department of Private Law, Qeshm Branch, Islamic Azad University, Qeshm, Iran

2\* - Assistant professor Department of Private Law Quds City Branch, Islamic Azad University, Shahr-e-Qods, Iran.

3- Assistant professor Department of Private Law, Qeshm Branch, Islamic Azad University, Qeshm, Iran.

### ABSTRACT

In banking partnership contracts, economic activity takes place between the bank and the customer. In this activity, the bank seeks to bear less risk, and what is implemented in banks as these contracts is different from what the legislator has called partnership. In order to achieve their goal, which is to reduce risk for their own benefit, banks sometimes include conditions that are contrary to the essence of the partnership contract, that is, conditions that conflict with the customer's real intention, in the partnership contract, and sometimes they upset the balance of the contract by adding unfair conditions that apparently follow the principle of correctness and are concluded based on correct contractual principles, but inwardly they are considered imposed conditions and the customer has inevitably agreed to accept them. Therefore, the acceptance of such conditions by the customer undermines the principle of justice and creates distrust between economic actors and banks, and as a result, corruption in the monetary and banking system. Therefore, it seems that banks do not have the structural and functional capabilities in accordance with Islamic and legal requirements. The present study, by examining the raised objections, examines these conditions and their examples in banking contracts and offers solutions to improve and overcome the current situation in banking partnership contracts. For example, instead of including conditions that are contrary to the nature of the partnership contract or unfair conditions in banking partnership contracts, by specializing banks that have the ability to monitor and perform better in these contracts in these areas, and by phasing the allocation of profits in partnership contracts, the risk of banks is reduced and the banking model is improved in this regard.

#### Keywords:

Islamic banking, challenges of partnership contracts, conditions that are contrary to the nature of the partnership contract, unfair conditions

Article Type: Research Article

**How to Cite:** Zare, M. , Mazloom Rahni, A. and RostamiFar, A. (2025). Substantive and Authority-Related Defects of Partnership Contracts with a Focus on Banking Partnership Agreements. *Journal of Cyber Law (JOCL)*, 1(1), 1-15. doi: 10.22054/jocl.2025.8563.29572

Journal of Cyber Law in Development and Evolution is licensed under a Creative Commons Attribution-Non Commercial 4.0 International License.

© Authors



Corresponding Author: a.mazloom@qodsiau.ac.ir

## ایرادات ماهیتی و اقتداری عقود مشارکتی با نگرشی بر عقود مشارکتی بانکی

محمد رضا زارع<sup>۱</sup>، علیرضا مظلوم رهنی<sup>۲\*</sup>، علی رستمی فر<sup>۳</sup>

۱- دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد قشم، دانشگاه آزاد اسلامی، قشم، ایران

۲- استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد شهر قدس، دانشگاه آزاد اسلامی، شهر قدس، ایران.

۳- استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد قشم دانشگاه آزاد اسلامی، قشم، ایران.

### چکیده

در عقود مشارکتی بانکی فعالیت اقتصادی بین بانک و مشتری صورت می‌پذیرد در این فعالیت بانک به دنبال تحمل ریسک کمتر است و آنچه در بانک‌ها به عنوان این عقود اجرا می‌گردد متفاوت از آنچه که شارع به نام مشارکت نام نهاده است می‌باشد بانکها برای رسیدن به هدف خود یعنی کمتر کردن ریسک به نفع خود، گاهی شروطی را خلاف که مقتضای ذات عقد مشارکت یعنی شروطی که با قصد واقعی مشتری در تعارض است در عقد مشارکت می‌کنجاند و گاهی نیز با اضافه نمودن شروطی غیر منصفانه تعادل قراردادی را بر هم می‌زنند که در ظاهر از اصل صحت تبعیت کرده و بر اساس اصول قراردادی صحیح منعقد شده لیکن در باطن شروطی تحمیلی قلمداد شده و مشتری به ناچار به پذیرش آن تن داده است بنابراین پذیرش چنین شروطی توسط مشتری موجب خدشه‌دار شدن اصل عدالت و ایجاد بی‌اعتمادی بین فعالان اقتصادی و بانک‌ها و در نتیجه فساد در عرصه نظام پولی و بانکی می‌گردد از این رو به نظر می‌رسد که بانک‌ها قابلیت ساختاری و کارکردی مطابق با الزامات شرعی و قانونی را ندارند. تحقیق حاضر با بررسی ایرادات مطروحه به بررسی این شروط و مصادیق آن در قراردادهای بانکی پرداخته و راهکارهایی را جهت اصلاح و برون رفت از وضعیت حاضر در عقود مشارکتی بانکی ارائه می‌دهد به عنوان مثال به جای گنجاندن شروطی خلاف مقتضای ذات عقد مشارکت و یا شروطی غیر منصفانه در قراردادهای مشارکت بانکی با تخصیص کردن بانکهایی که در این زمینه‌های توانایی نظارت و عملکرد بهتری در این عقود دارند و با مرحله ای کردن تخصیص سود در عقود مشارکتی ریسک بانک‌ها کمتر گردد و الگوی بانکداری در این زمینه اصلاح گردد.

### کلیدواژه‌ها:

بانکداری اسلامی، چالش‌های عقود مشارکتی، شروط خلاف مقتضای ذات عقد مشارکت، شروط غیر منصفانه

### نوع مقاله: پژوهشی

### نحوه استناد:

زارع، محمد رضا، مظلوم رهنی، علیرضا و رستمی فر، علی. (۱۴۰۴). ایرادات ماهیتی و اقتداری عقود مشارکتی با نگرشی بر عقود مشارکتی بانکی.

حقوق سایبری ۲(۲)، ۱۰۳-۸۹

نشریه حقوق سایبری در توسعه و تکامل تحت مجوز کرییتیو کامنز انتساب - غیر تجاری ۴٫۰ بین‌المللی منتشر شده است.

© نویسندگان



a.mazloom@godsiau.ac.ir: ایمیل نویسنده مسئول

## مقدمه

در دهه‌های اخیر بانکداری اسلامی رشد قابل ملاحظه‌ای داشته است اما همراه با رشد سریع بانکداری اسلامی مشکلات و چالش‌هایی در این صنعت به وجود آمده است یکی از چالش‌های پیش روی بانکداری اسلامی در خصوص ضعف به کارگیری عقود مشارکتی می‌باشد (توتونچیان، ۱۳۸۱، شماره ۶) در عقود مشارکتی بانکی یک جانبه گرایی در تشخیص و تفسیر عقود ملاحظه می‌گردد و از سویی برخی شروط خلاف مقتضای ذات قرارداد مشارکت هستند مانند شرط تامین زیان مالی توسط مشتری از اموال خود و یا سود معین در عقد مضاربه و گاهی شرط اسقاط خیار به نفع بانک در برخی موارد نیز در ظاهر برای تمدید قرارداد مشارکت بانکی به مشتری مهلت داده می‌شود ولی در واقع یک قرارداد صوری مجدد منعقد می‌گردد که طرفین برای انعقاد این عقد مجدد فاقد قصد واقعی هستند و مطالبات بانک از تسهیلات قبلی از مشتری با تسهیلات جدید تهاتر می‌گردد. یکی از چالش‌های مهم این عقود هم عدم تسلط کارکنان بانک‌ها در اداره طرح‌های مشارکتی است و صرفاً بانک‌ها نظارتی حداقلی بر پروژه‌های مشارکتی دارند و اداره مشارکت تماماً بر عهده شریک قرار می‌گیرد طبیعتاً هر شرطی بر هم زننده تعادل قراردادی طرف قوی یعنی بانک و به ضرر طرف ضعیف یعنی مشتری ایجاد می‌شود موجب سوء استفاده یکی از طرفین از قرارداد می‌گردد. قانونگذار در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ بانک‌ها را ملزم نموده تا از قراردادهایی مشخص برای فعالیت‌های خود استفاده کنند و از سویی ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰ همه دستگاه‌های اجرایی را مکلف نموده است تا قراردادهای خود را عادلانه کنند و تبصره این ماده بانک مرکزی را مشمول این حکم قرار داده و مقرر شده تا بانک مرکزی برای عادلانه شدن قراردادهای بانکی مبادرت به تهیه قراردادهای الحاقی و نمونه نماید که این موضوع بیانگر این است که بانک به عنوان نهادی بالاتر نسبت به طرف مقابل قرار دارد و جایگاه آن قدرتمندتر است و طبیعتاً قرارداد را مطابق منافع خود تنظیم می‌نماید. در این پژوهش در صدد شناخت دقیق مفهوم و ابعاد ایرادات ماهیتی و ایرادات اقتداری و ابعاد و شروط غیرمنصفانه در قراردادهای بانکی هستیم و به دنبال این موضوع هستیم که آیا بانک به عنوان یک ظرف قابلیت ارائه خدمات مالی تحت عنوان عقود مشارکتی را دارد یا خیر؟

## مروری بر منابع

در کشور مطالعاتی در خصوص چالش‌ها و موانع به کارگیری عقود مشارکتی و همچنین شروط غیرمنصفانه این گونه عقود صورت پذیرفته استادهقان منشادی (۱۴۰۱) در تحقیق خود به بررسی چالش‌ها و موانع به کارگیری و اجرای عقود مشارکتی در بانک‌های ایران پرداختند. در این تحقیق چالش‌های موجود در تنظیم قراردادهای مشارکتی در سیستم بانکی مورد بررسی قرار گرفته شده است. در این زمینه چالش‌های فقهی مورد بررسی قرار گرفته شده است و نشان داده شد که می‌توان با استفاده از ظرفیت کارشناسان رسمی دادگستری، به روزرسانی قانون عملیات بانکداری بدون ربا و ایجاد وحدت رویه در فرمت تنظیم قراردادها چالش‌های موجود در بانکداری اسلامی و عقود مشارکتی برطرف شود. مرادی و همکاران (۱۳۹۶) در تحقیق خود مسئولیت بانکها در عقود مشارکتی مورد بررسی قرار گرفته شده است. در این تحقیق شرط عدم مسئولیت در عقد مضاربه مورد بررسی قرار گرفته شده است، در این تحقیق عنوان شد که بر خلاف 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 می‌باشد. شهنازی و همکاران (۱۳۹۵) در تحقیق خود به

بررسی صوری بودن قراردادهای تسهیلات بانکی پرداختند. در واقع در این تحقیق نشان داده شده است که بیشتر عقود مشارکتی بانکها در ذهن مشتریان و کارکنان بانک به صورت صوری می باشد. در واقع میتوان عنوان کرد که امروزه مشتریان چون از نوع عقود اطلاع ندارند و یا فاکتورسازی میکنند یا بانکها مشارکت واقعی در عقود مشارکتی ندارند به همین دلیل قراردادهای مشارکتی در بانکها بیشتر به صورت صوری است. طالبی و همکاران (۱۳۹۱) در تحقیق خود به بررسی چالشهای استفاده از عقود مشارکتی در نظام بانکداری پرداختند. در این تحقیق عنوان شده است که آنچه که به عنوان عقود مشارکتی در بانکهای ایران انجام میشود در واقع با آنچه که در فقه بیان شده است تفاوت زیادی دارد. در واقع در این تحقیق عنوان شده است که بانک به عنوان یک ظرف توان گنجایش عقود مشارکتی به عنوان مظلوف را ندارد چرا که وظایف اقتصادی از یک طرف و فقه از طرف دیگر باعث شده است که بانکها قادر نباشند که عقود مشارکتی را به درستی انجام دهند. زیدوند و همکاران (۱۳۹۶) در تحقیق خود به بررسی تبیین حقوقی شروط ضمن عقود مشارکتی بانکی پرداختند و نشان دادند که شروط ضمن عقود مشارکتی باعث میشود که در ماهیت عقود مشارکتی تغییر و تحول صورت گیرد و در عمل این عقود تبدیل به عقود دیگر میشود که میتوان آن را شروط منصفانه نامید. دیناروند (۱۳۹۵) در تحقیق خود چالشهای اجرایی عقود مشارکتی در بانکداری اسلامی ایران مورد بررسی قرار گرفته شد. در این تحقیق نشان داده شد که نظام بانکداری اسلامی کشور و نظام بانکی مرسوم تفاوت زیادی وجود دارد که این تفاوتها باعث ایجاد مشکلاتی در جهت اجرایی شدن عقود مشارکتی شده است. روحانی و همکاران (۱۳۹۴) در تحقیق خود به بررسی فقهی و حقوقی مشارکت مدنی در بانکداری بدون ربا پرداختند.

## ایرادات ماهیتی و ایرادات اقتداری عقود مشارکتی

### ۱- ایرادات ماهیتی و اقتداری

موضوع عدم انطباق عقود مشارکتی در بانکداری اسلامی با آنچه به عنوان عقود مشارکتی در شرع مقدس اسلام معرفی شده است در مطالعات مختلف بررسی شده است (اقبال احمد خان ۱۳۸۷ و صمصامی و داوودی ۱۳۸۹) این عدم انطباق موجب شده که بانک ظرفیت لازم و پذیرش کافی عقود مشارکتی به شکل اصلی و شرعی آن را نداشته باشد و برای آنکه ریسک متحمله را کنترل نماید شرایط شرعی این حقوق را دستخوش تغییر قرار دهد و فی الواقع شروطی را تغییر می دهد که خلاف مقتضای ذات عقل می باشد که نهایتاً بر ماهیت عقد تاثیرگذار است و موجب باطل شدن عقد مشارکت می گردد عقد مشارکت توافقی است که بر اساس آن دو نفر یا بیشتر با اموالشان به کسب و کار می پردازند و در سود و زیان حاصل شده شریک می شوند (ایروانی ۱۳۸۳ جلد ۴ صفحه ۸۹).

### ۱-۱ ویژگی های عقود مشارکتی

مهمترین ویژگی های این عقود سود و زبانی است که به نسبت سهم شرکا باید تقسیم شود یا به نسبتی که در عقد معین نمودند و سود معین یعنی مبلغ معین در این عقود مشخص نمی گردد.

پس از عقد مشارکت اجازه تصرف در دارایی با همه شرکا است در مشارکت های مدنی چون جز عقود نیابتی تلقی می گردند و مبتنی بر نوعی و کالت به شریک برای انجام موضوع مشارکت هستند معمولاً این عقود جایز هستند و طرفین حق فسخ دارند و با تقاضای فسخ مشارکت پایان می یابد و اموال تقسیم می شوند از نظر فقهی ویژگی های بارز عقد مضاربه نیز بدین شرح است که سهم هر کدام از مالک یعنی فردی که سرمایه را فراهم می کند و عامل یعنی فردی که قرار است با سرمایه به کسب و کار پردازد از سود باید در زمان انعقاد قرارداد مشخص باشد تعیین سهم باید بر اساس

درصدی از کل سود فعالیت باشد و نمی‌توان یک میزان قطعی برای آن تعیین کرد. از سویی نمی‌توان بخشی از سود را به فرد ثالثی که در مضاربه نقشی ندارد اختصاص داد و سرمایه مالک در مضاربه باید نقدی باشد و مضاربه با دین و بدهی درست نیست و تنها راه مضاربه فعالیت تجاری است نه فعالیت‌های کشاورزی و غیره در مضاربه هر یک از طرفین در هر زمان بخواهند می‌توانند عقد را فسخ نمایند و عقد مضاربه عقدی جایز است و در صورت فسخ قبل از پایان کار کالا فروخته شده و سرمایه به مالک برگردانده می‌شود و از سویی عامل و سویی کاری که در مضاربه به عهده عامل گذاشته می‌شود باید در حد توانایی‌های او باشد. عامل عهده‌دار زیان حاصله نیست و فقط در سود تجارت شریک است و وی امین است و اگر بدون تقصیر او سرمایه از بین رفت او ضامن نیست. اما اگر مشارکت قرار باشد به همین صورت میان بانک مشتری واقع شود بانک با ریسک‌هایی مواجه خواهد شد که پذیرش آن برای یک نهاد کم ریسک مثل بانک بسیار سخت است بنا براین آنچه مشاهده می‌شود این است که بانک برای پوشش این ریسک‌ها در قراردادی که با مشتری امضا می‌کند مفادی را اضافه می‌کند و با وجود اینکه شاید بتوان از لحاظ شرعی اشکالی بر آن وارد کرد اما آنچه در واقع محقق می‌شود فاصله زیادی با آنچه مشارکت نامیده می‌شود دارد (صمصامی و داوودی ۱۳۸۹).

## ۲-۱ انعقاد مشارکت بر خلاف قصد باطنی مشتری

نظر به اینکه برخلاف عقود مبادله‌ای در قراردادهای مشارکتی نرخ سود توسط بانک مرکزی تعیین نمی‌گردد و فقط هر ساله حداقل نرخ سود مورد انتظار جهت انعقاد این قراردادها تصویب و ابلاغ می‌شود بانک‌ها جهت کسب سود بیشتر مبادرت به اعطای تسهیلات در قالب این نوع عقود با هر نوع نرخ سودی می‌نمایند جدای از صحیح بودن این اقدام بانک‌ها مع الاسف در صورت عدم پرداخت اقساط تسهیلات به جای امهال بدهی مشتری یا تمدید مهلت بازپرداخت مبادرت به اعطای تسهیلات جدیدی به مشتری در قالب عقد مشارکت که میزان آن معادل جمع مبلغ اصل و سود و خسارت تاخیر تسهیلات قبلی می‌باشد می‌نمایند و فوراً با برداشت وجوه واریزی تسهیلات قبلی را تسویه حساب می‌نمایند که به نظر می‌رسد به جهت عدم وجود قصد واقعی چنین عقدی باطل می‌باشد و صرفاً بانک برای تسویه نشدن تسهیلات اولیه مستحق دریافت طلب خود بر اساس آن قرارداد باشد.

## ۳-۱ درج شروط خلاف مقتضای ذات عقد مشارکت

از لحاظ فقهی معیار مخالفت با مقتضای عقود در واقع عدمی بودن شروط در نظر گرفته شده است و برخی فقها این مساله را بیان کرده اند. یک دیدگاه دیگر نیز وجود دارد که محتوا و مضمون عقد باید حفظ شود و شروط ضمن عقد نباید این محتوا را از بین ببرند (مراغی، ۱۴۱۷ ق، ج ۲: ۳۰۶-۳۰۷). البته در این زمینه دیدگاه‌های متنوع فقهی وجود دارد اما قویترین و معتبرترین معیار فقهی به معنای مخالفت با قصد جدی در نظر گرفته شده است؛ در این زمینه قاعده فقهی تبعیت از قصد با فحوی خود نیز بیانگر موضوع می‌باشد. در این مساله باید عنوان کرد که اگر مفاد شروطی که گذاشته می‌شود به گونه‌ای باشد که همه آثاری که بر عقد وجود دارد را از بین ببرد به صورت کامل در تنافی با مقتضای عقد قرار می‌گیرد (اصفهان‌ی، ۱۴۱۸ ق، ج ۵: ۱۵۳).

یکی از مهمترین شروط قراردادی در عقود مشارکتی بانکی از حیث مخالفت با مقتضای ذات عقد ماده ۱۱ فرم قرارداد یکنواخت مشارکت مدنی بانک مرکزی است در این ماده عنوان شده است که شرکت ملزم است که سهم شرکتی که از بانک گرفته و سود حاصله از آن را به علاوه ضرر و زیانی که به بانک وارد میکند از اموال خود تامین کند (ملاکریمی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۰۳). دیدگاه‌های مختلفی در این زمینه وجود دارد. یک دیدگاه عنوان می‌کند که این

ماده یک شرط ضمن عقد است و این شرط در منافات کامل با موضوع و محتوای حقیقی عقد مشارکت است و این شرط در واقع نوعی تضمین سود است که شریک را ملزم به به پرداخت می‌کند و این مساله جای اشکال است (نظریور، ۱۳۹۴: ۱۴۴). در واقع میتوان عنوان کرد که با توجه به معیارهای مختلف در تشخیص شروط خلاف مقتضای عقد این شرط با مضمون اصلی عقود مشارکت منافات دارد که در واقع این مساله با محتوای عقود مشارکت و همچنین مدلول مطابقی آن تناقض دارد (ملاکریمی و همکاران، ۱۳۹۷: ۱۰۳). البته برخی از دیدگاه‌ها عنوان کرده‌اند که این شرط یک توافق بین شریک و مشتری است که این مساله نیز میتواند این تفکر را در افراد ایجاد کند که این یک شرط تحمیلی است که مشتری باید قبول کند. یکی دیگر از شروط خلاف مقتضای ذات عقد در عقود مضاربه ای در ماده ۸ قرارداد مضاربه بانک مرکزی است که در آن ذکر شده است که اگر مضاربه باعث ایجاد ضرر و زیان شد مشتری که در عقود مضاربه ای عامل نامیده می‌شود در یک عقد لازم دیگری تعهد میکند که اصل سرمایه را به حساب بانک برگرداند و خسارت وارد شده را به میزانی که بانک تعیین میکند بپردازد همانطور که مشاهده میشود بر اساس شرایط مندرج در این قرار داد همه زیانهای متصور بر این خرید و فروش چه عمدی و چه سهوی بر عهده مشتری خواهد بود در فقه در عقود مضاربه عنوان شده است که عامل، امین است و شرط ضمان او خلاف مقتضای قرارداد است (علامه حلی، ۱۴۱۳ ق، ج ۲: ۳۳۱). این مساله نشان می‌دهد هنگامی که عامل به عنوان امین شناخته می‌شود در نتیجه ضامن نیست و شرط ضمان که در اینجا ذکر شده است با عدم ضمان امین در یک تناقض است بررسی این موارد نشان میدهد آنچه در عمل در بانک به عنوان عقد مشارکت استفاده میگردد بسیار متفاوت از شکل اولیه و اصلی مشارکت است در مفهوم اصلی مشارکت اگر هزینه‌ها از میزان پیش بینی شده بیشتر شد هر کدام از طرفین باید به نسبت مشارکت میزان اضافه را تامین کنند همچنین زیان ناشی از حوادث قهری و طبیعی موجب از میان رفتن سرمایه دو طرف میشود و قبول آن از سمت یکی از شرکا هیچ توجیهی ندارد.

## ۲- ایرادات اقتداری

### ۲-۱ یک جانبه گرایی در تشخیص و تفسیر عقود

بعضی از مواد قراردادهای بانکی، به نوعی تنظیم گشته است که در آنها تشخیص و ادعای بانک برای شریک، به شکل یک سویه، معتبر و لازم‌الاتباع تلقی گشته است (عطار شهرکی، ۱۴۰۰: ۲۰۲). موارد این تحکم و یک جانبه گرایی را می‌توان در نمونه‌های ذیل ملاحظه کرد:

الف) ملاک بودن تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در خصوص مطالبه‌ی گزارش مربوط به شیوه‌ی فعالیت شریک (ماده‌ی ۱۰).

ب) هماهنگی و نظارت بانک در خصوص خریداری حصه قابل فروش بانک حداقل به میزان اصل سهم‌الشرکه پرداختی بانک، سود و دیگر هزینه‌های صورت گرفته وفق قرارداد یا فروش آن به شخص ثالث (ماده‌ی ۱-۱۳).

ج) تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در خصوص تخلف شریک (ماده‌ی ۳-۱۳).

د) تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در خصوص تخلف از ضوابط و یا هر یک از شرایط و تعهدات این قرارداد و معتبر و غیرقابل اعتراض بودن تعبیر و تفسیر بانک / مؤسسه اعتباری در خصوص آنها (ماده‌ی ۱۷).

ه) تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در خصوص تخلف شریک و یا وثیقه‌گذار / وثیقه‌گذاران و یا ضامن / ضامنین از مفاد قرارداد (ماده‌ی ۲۲).

معیار قراردادن تشخیص بانک، در تمامی موارد مربوط به اجرای طرح و تخلفات شریک و الزام وی به پذیرش آن‌ها و نیز الزام وی به قبول تفسیر بانک در خصوص مفاد قرارداد و مندرجات آن، به علاوه لزوم خریداری سهم شرکت بانک بعد از اتمام مدت مشارکت به قیمت اعلامی بانک و موارد مشابه دیگر، چنانچه سبب خلل در سلامت اراده و ارکان اساسی مشارکت نباشد، به خاطر عدم دخالت اراده‌ی آزاد شریک در تعیین آن‌ها و سوءاستفاده بانک از موقعیت بتر خود در تحمیل نظرات خویش، عوض ارجاع موارد مذکور به ارگانی بی طرف، شروطی غیرعادلانه و یک جانبه است که بر شریک تحمیل گشته است (عسگری و همکاران، ۱۳۹۹: ۳). بعضی از مواد قرارداد مشارکت مدنی بانکی به نوعی تنظیم گشته‌اند که در آن‌ها تشخیص و ادعای بانک برای شریک، به شکل یک سویه، معتبر و لازم الاتباع قلمداد گشته است. موارد این تحکم و یک طرفه گرایی را می‌توان در نمونه‌های ذیل رؤیت کرد:

الف) تشخیص بانک/ مؤسسه اعتباری در خصوص مصرف شدن سهم شرکت شریک در راستای اجرای طرح موضوع مشارکت و یا واریز آن به حساب مشترک مشارکت (تبصره ماده ۵).  
 ب) نظارت بانک/ مؤسسه اعتباری بر اداره امور شرکت مدنی (ماده ۷).  
 ج) ملاک بودن تشخیص بانک/ مؤسسه اعتباری در خصوص مطالبه گزارش مربوط به شیوه‌ی فعالیت شریک (ماده‌ی ۱۰).

د) هماهنگی و نظارت بانک در خصوص خریداری حصه قابل فروش بانک حداقل به مبلغ اصل سهم شرکت پرداختی بانک، سود و دیگر هزینه‌های صورت گرفته وفق قرارداد یا فروش آن به شخص ثالث (ماده‌ی ۱-۱۳).

ه) تشخیص بانک/ مؤسسه اعتباری در خصوص تخلف شریک (ماده‌ی ۳-۱۳).

و) تشخیص بانک/ مؤسسه اعتباری در خصوص تخلف از ضوابط و مقررات و یا هر یک از شرایط و تعهدات این قرارداد و معتبر و غیر قابل اعتراض بودن تعبیر و تفسیر بانک/ مؤسسه اعتباری در خصوص آن‌ها (ماده ۱۷).

ز) تشخیص بانک/ مؤسسه اعتباری در خصوص تخلف شریک و یا وثیقه گذار/ وثیقه گذاران و یا ضامن/ ضامنین از مفاد قرارداد (ماده‌ی ۲۲).

وقتی صحبت از مشارکت میشود دیگر یک جانبه گرایی جای تامل دارد و باید با دقت بیشتری به آن نگریسته شود. در عقود مشارکتی همانگونه که ذکر شد شروط زیادی هستند که در آن بانک نظر شریک خود را جویا نمیشود و به صورت یک طرفه آن شروط را تنظیم میکند و برخی تشخیصات و تفسیرها به صورت کاملاً دلخواهی صورت میگیرد که این مساله منجر به یک ظلم مضاعف به مشتریان میشود؛ چرا که بانک در واقع خود به صورت یک طرفه شروط را تفسیر و در موارد داوری خود به عنوان داور مشکلات را تشخیص و رای صادر میکند که این مساله چالش برانگیز است.

### ۳- شروط غیر منصفانه

#### ۱-۳ مفهوم شروط غیر منصفانه

شروط غیر منصفانه شرطی است که یکی از طرفین معامله با تکیه بر فوق و غالباً قدرت اقتصادی خود آن را در قرارداد درج می‌کند و طرف مقابل ناچار است موافقت خود را اعلام نماید شرط غیر منصفانه شرط ناعادلانه نیز نامیده شده است که خالی از تسامح نیست. در میان عالمان اسلام هیچ گونه اختلافی در پذیرش انصاف وجود ندارد در فقه اسلام موارد بسیاری دیده می‌شود که نسبت به تعهدهای ناشی از عقود انصاف رعایت شده است (جعفری لنگرودی ۱۳۵۴ صفحه ۹۹) برخی از فقها مانند شیخ انصاری نیز به این قاعده شدیداً و بسیار پررنگ تمسک جسته گویی آن را منبع پنجم

استنباط احکام می‌دانند (اسکینی ۱۳۶۵ صفحه ۱۰). پر واضح است اصل مترقی انصاف از اصول حیاتی و قواعد اسلامی است چرا که علاوه بر آیات و روایات فراوان عقل بر ضرورت و اهمیت آن تاکید دارد و از سویی بر تمام اصول اعتقادی به احکام تشریحی و معارف دینی و مقولات اخلاقی سایه انداخته است و از آنجا که روابط بین انسان‌ها از مهم‌ترین بخش‌های تشریح است از اصل انصاف تاثیر پذیرفته است و با رعایت اصل انصاف قوق و تکالیف انسان‌ها وضع شده است و فقها نیز با تمسک به این قاعده احکامی داده‌اند (نظریور ملا کریمی ۱۳۹۷ صفحه ۲۰۷). برابر اصل انصاف طرفین قراردادها مکلف به رعایت انصاف و عدم تضییع و اتلاف حقوق دیگران هستند و نقض انصاف و درج شروطی غیرمنصفانه در عقود از مصادیق ضرر رساندن به طرف قرارداد تلقی گردیده و بر مبنای آن اگر یک طرف با سوء استفاده از وضعیت اجتماعی یا تخصص خود یا وضعیت اقتصادی خود شرطی را به طرف دیگر تحمیل نماید که کم و بیش به صورت غیر منطقی به نفع یکی از طرفین قرار داده است مطابق قاعده انصاف و اصل لا ضرر صحیح نیست. مبانی فقهی شرط غیرمنصفانه را می‌توان علی‌رغم مستحذنه بودن مورد جستار قرار داد و در بین مباحث فقهی از جمله معامله در حالت اضطرار؛ رضای معاملی؛ حیل ربا؛ معاملات سفهی؛ اصطیاد نمود (امانی و حسنی ۱۳۹۶ صفحه ۶۱).

در قانون مدنی به صورت صریح به بحث شروط ناعادلانه یا غیرمنصفانه پرداخته نشده است لیکن در برخی مواد مثل ماده ۴۱۶ قانون مدنی و مواد ۱۹۰ تا ۱۹۵ به رضای معامله پرداخته شده است مثلاً در خیار غبن اگر به صورت ضمنی شرایط معامله به گونه‌ای باشد که یکی از طرفین با رضایت کامل معامله را امضا نکرده باشد و مغبون شده باشد این معامله قابل فسخ می‌باشد.

در قوانین موضوعه ایران قانون صریحی برای حمایت از طرف ضعیف قرارداد اعم از مصرف کننده با افراد طرف قرارداد یا موسسه‌های انحصاری یا شبه انحصاری مدون نشده اما در برخی از مواد قانونی مثل ماده ۴۵ قانون برنامه ۵ ساله چهارم اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی اعمال ذیل که منجر به رقابت در رقابت می‌شود ممنوع شده است ۱-سو استفاده از وضعیت اقتصادی مسلط ۲-تحمیل شرایط قراردادی غیرمنصفانه

## ۲-۳ ملاک‌های تشخیص قراردادهای متضمن شروط غیرمنصفانه

### ۱-۲-۳ موضوع برتر و انحصاری یک طرف

اصلی‌ترین خصلت ویژگی قراردادهای حاوی شروط غیرمنصفانه قدرت کاملاً برتر اقتصادی و نیز داشتن حق امتیاز انحصاری یا شبه انحصاری کالا و خدمات و تسهیلات یک طرف است به گونه‌ای که اگر در قرارداد این ویژگی وجود نداشته باشد به هیچ وجه عنوان قرارداد غیرمنصفانه بر آن صدق نمی‌کند.

### ۲-۲-۳ ویژگی‌های مفادی و شکلی

معمولاً این گونه قراردادها حاوی شروط تفصیلی زیادی هستند که غالباً به نفع طرف پیشنهاد کننده و بعضاً اجحافی و ظالمانه هستند و در آن جای هیچگونه مذاکره و بحث یا مناقشه‌ای در خصوص شروط یا قیمت کالا یا خدمات وجود ندارد برخی شروط که به نفع طرف پیشنهاد کننده مسئولیت وی را کاهش می‌دهد یا وی را از مسئولیت کاملاً معاف می‌دارد شروط عدم مسئولیت قراردادی گفته می‌شود در برخی موارد نیز شروط مسئولیت طرف مقابل را افزایش می‌دهند مثلاً برای تقصیرهای احتمالی او مجازاتی معین می‌کنند و دارای پیچیدگی خاصی است که فهمیدن آن برای مردم عادی دشوار است (سنهوری ۱۹۹۸ صفحه ۲۳) شروط غیر منصفانه معمولاً در فرم‌های آماده ارائه می‌گردند که افراد غالباً بدون مطالعه آنها را امضا می‌کنند بدون اینکه به تعهدات داخلی آنها توجهی داشته باشند ویژگی دیگر

قراردادهای حاوی شروط غیر منصفانه آن است که ناظر به مدت طولانی است و استمرار دارد یعنی محدود به زمان مختصری نیست و برای عموم به صورت یکسان و مستمر ارائه می‌گردد که دارای قدرت انحصاری است (قافی ۱۳۸۳ صفحه ۶۷-۶۸).

### ۳-۲-۳ اضطراری بودن

قراردادهای الحاقی حاوی شروط غیر منصفانه از مصادیق معاملات اضطراری محسوب می‌شود بسیاری از دکترین این نظریه را مورد پذیرش قرار داده و آن را از ضروریات زندگی روزمره بشر می‌دانند ملاک تشخیص ضروری از غیر ضروری نظر عرف است و گاهی در زمان و مکان مختلف متفاوت می‌گردد (قافی ۱۳۸۳ صفحه ۶۷) مرحوم کاتوزیان در این زمینه می‌فرماید در این گونه اعمال پیشنهاد دهنده توانایی تحمیل همه شرایط دلخواه را دارد و دیگری از روی اضطرار باید آن را بپذیرد همه در جامعه کم و بیش دچار ضرورت‌های زندگی هستند و به اضطراب به معاملاتی که نمی‌خواهند تن در می‌دهند چندان که می‌توان گفت تمام قراردادها کم و بیش در اثر اضطراب واقع می‌شود قانونگذار نیز با توجه به این حقیقت عیب رضا را در این گونه موارد نادیده می‌گیرد و معامله ناشی از اضطراب را نافذ می‌داند (کاتوزیان ۱۳۸۵ صفحه ۲۵ ۲۶ ۳۴ ۱۰۷).

### ۳-۲-۴ مصادیق شروط غیر منصفانه

به عنوان مثال مشتری متعهد می‌شود کلیه هزینه‌های مازاد بر سرمایه مورد نیاز پیش بینی شده مندرج در قرارداد را از اموال خود پرداخت کند و سهم بانک از هزینه‌های احتمالی را در ازای مبلغ اندکی مثلاً یک هزار ریال صلح نماید. ضمن نقد صلح همه تعهدات قرارداد را بپذیرد و حق فسخ را از خود سلب کند یعنی تبدیل عقد مشارکت به یک عقد لازم با استفاده از شرط ضمن عقد صلح در صورتی که تصفیه در زمان سررسید به هر دلیلی عملی نشد باید مال الاجاره دوران تصرف را به میزان درصد از سهم الشرکه به بانک برای هر سال به بانک بپردازد.

اگر زیانی متوجه سرمایه بانک شود حتی به علت حوادث قهری زیان وارد شده به اموال بانک را به میزانی که بانک مشخص می‌کند از اموال خود به طور مجانی به بانک تملیک کند.

از دیگر مصادیق شروط غیر منصفانه در قراردادهای بانکی می‌توان به شرط نیابت در تصرف و اداره‌ی شرکت اشاره نمود. در شرح این مقوله می‌بایست اذعان داشت شئون بانکداری بانک‌های اعطا کننده‌ی تسهیلات اقتضا نمی‌کند که بتوانند در قراردادهای مشارکت مدنی، اجرای طرح یا حتی نظارت کامل و دقیق بر آن را عهده‌دار گردند؛ زیرا بانکداری جدای از بنگاهداری و ورود تخصصی به حیطه‌های عملیاتی مشارکت بوده و این امر انحراف در مسیر بانکداری قلمداد می‌گردد؛ از این حیث بانک‌ها با اخذ تضامین مطلوب و وضع شروط اطمینان‌آور ناعادلانه، اداره‌ی طرح مورد مشارکت را به شریک (گیرنده‌ی تسهیلات) واگذار و خود صرفاً به نظارت حداقلی برای هزینه‌کرد سهم خود اکتفا می‌نمایند. بی‌تردید نباید این بایسته‌ی حقوقی از خاطر رود که طبق قواعد حاکم بر اشاعه، هیچ یک از شرکا نمی‌توانند بدون اذن دیگری در مال مشاع دست به تصرف زنند؛ چرا که انتشار حق مالکیت مشاع باعث می‌گردد در تصرف، تجاوز به حقوق دیگران باشد (مواد ۵۸۱ و ۸۵۲ ق.م).

در حقیقت ماده‌ی ۵۸۱ قانون مدنی، تصرف شریک که بدون اذن در مال مشاع تصرف می‌نماید را فضولی و غیرنافذ بر می‌شمرد. در ضمن شریک غیر مأذون در برابر افرادی که با آن‌ها وارد معامله شده مسئول است و طلبکاران حق مراجعه

به او را دارند. به همین خاطر است که در تبصره‌ی ذیل ماده‌ی ۵ قراردادهای مشارکت مدنی بانک‌ها تصریح گشته که «مصرف‌شدن وجوه برداشت شده قبلی در محل طرح، در هر مرحله موکول به تأیید کتبی بانک است.»

یعنی بانک، مصرف مبالغ و وجوه را موکول به اذن خود نموده و هر نوع دخل و تصرف بدون اذن خود را غیرنافذ قلمداد نموده است در همان حال بانک در بند دیگری از قرارداد منعقد با شریک، هر نوع تعهدات مالی فراتر از حد تعیین شده برای شریک مأذون را فضولی و غیرنافذ عنوان کرده و در ماده‌ی ۸ تأکید می‌نماید: «شریک متعهد شد که به هیچ‌وجه بیش از سهم‌الشرکه واریز به حساب و یا تحویل شده به مدیر یا مدیران شرکت، مجاز به انجام معامله و قبول تعهدات مالی نیست. شریک قبول و تعهد نمود کلیه‌ی هزینه‌های افزون بر هزینه‌ی اجرای طرح موضوع این قرارداد را از اموال و منابع خود تأمین و پرداخت نماید. شریک جمع هزینه‌های مذکور را به بانک صلح نمود و ضمن عقد صلح مزبور پذیرفت که سهم‌الشرکه بانک تغییری پیدا نکند و افزایش هزینه‌ها اثری در میزان سهم‌الشرکه مندرج در این قرارداد نداشته باشد.» بانک به‌علاوه در تبصره‌ی ذیل ماده‌ی ۹ قرارداد فوق‌الاشاره، انعقاد قرارداد شریک با پیمانکاران را مشروط به اطلاع و نظارت بانک بلاشکال تلقی کرده است.

#### ۴-عدم تطابق ماهیت بانک با عقود مشارکتی

بانک‌ها در نگاه خرد یک واسطه مالی در اقتصاد هستند که وظیفه آنها جمع آوری وجوه و ارائه تسهیلات به مصرف کنندگان و تولید کنندگان است سپرده گذاران وجوه اضافه خود را در مقابل دریافت سود به بانک می‌سپارند و بانک نیز در ازای دریافت بهره به متقاضیان تسهیلات وام می‌دهد این موضوع از لحاظ فقهی قابل پذیرش نیست چرا که ربا تلقی می‌گردد (ملا کریمی ۱۳۹۷ صفحه ۲۰۷).

برابر اصل انصاف طرفین قراردادها مکلف به رعایت انصاف و عدم تضییع و اتلاف حقوق دیگران هستند و نقض انصاف و درج شروطی غیرمنصفانه در عقود از مصادیق ضرر رساندن به طرف قرارداد تلقی گردیده و بر مبنای آن اگر یک طرف با سوء استفاده از وضعیت اجتماعی یا تخصص خود یا وضعیت اقتصادی خود شرطی را به طرف دیگر تحمیل نماید که کم و بیش به صورت غیر منطقی به نفع یکی از طرفین قرار داده است مطابق قاعده انصاف و اصل لا ضرر صحیح نیست. نکته جالب توجه در طراحی الگوی عملیاتی بانکداری اسلامی است چرا که بانک همواره به عنوان واسطه باید باشد چون ماهیت و فلسفه بانک این است از سویی انتظاری که افراد و نهادها از بانک هم دارد دارند همین است با اجرای عقود مشارکتی به معنای ورود به همه مراحل اجرای یک پروژه شامل مطالعات امکان سنجی تامین منابع مالی رید تجهیزات ساخت پروژه و بهره‌برداری از آن است و این امر بانک را از ماهیت اصلی خود خارج و به یک شریک سرمایه‌گذاری تبدیل می‌نماید به دلایلی بانک توان انجام عقود مشارکتی را ندارد.

#### ۱-۴ دلایل

##### ۱-۱-۴ نبود توان و تخصص در بانک برای مشارکت ر بانک‌ها نیروهای انسانی

بانک‌ها به سبب کمبود توان کارشناسی و اجرایی نمی‌توانند وارد مراحل ساخت و بهره‌برداری از یک پروژه بشوند یا بر آن نظارت کنند چرا که بانک تنها یک نهاد مالی است و به همین جهت نیروهای انسانی و زیرساخت‌های اداری و تشکیلاتی آن متناسب با امور مالی طراحی شده است مثلاً نیروی انسانی فعال در بانک قاعدتاً نمی‌تواند در مورد حسن اجرا در ساخت و یا بهره‌برداری یک پروژه فناوری زیستی در حوزه اصلاح نباتات نظارت نماید.

##### ۲-۱-۴ نبود قصد واقعی برای مشارکت

در برخی موارد وقتی که یک مشتری با بانک وارد عقد مشارکت می‌گردد مشتری و بانک قصد واقعی برای مشارکت ندارند چرا که مشتری در پی اخذ تسهیلات برای تاسیس و یا تکمیل طرح خود می‌باشد و اصلاً تمایل ندارد بانک دخالتی در طرح داشته باشد و بانک هم توانایی اجرایی و یا نظارتی در مشارکت را ندارند و رجیح می‌دهد پروژه توسط مشتری انجام شود و بانک سود ثابت خود را دریافت کند و اگر مشارکت به معنای واقعی صورت پذیرد منابع بانک در پروژه قفل می‌شود و بانک توان تسهیلات دهی دیگر ندارد که این با وظیفه اصلی بانک در تضاد است ر این حالت که هیچ یک از بانک و مشتری قصد واقعی انجام مشارکت ندارند چگونه می‌توان انتظار داشت که عقد مشارکتی به صورت اصولی انجام پذیرد.

### ۳-۱-۴ عدم تطابق عقود مشارکتی با ریسک قابل پذیرش بانک

یکی از مهم‌ترین مصداق‌های عدم تطابق ماهوی عقد مشارکت با بانک تفاوت آنها در درجه ریسک است عقد مشارکت در ذات خود دربرگیرنده ریسک زیادی است اگر بانک به طور واقعی در یک پروژه مشارکت کند هرگونه زیان عمدی یا غیر عمدی یا خطری که در پروژه ممکن است حادث شود منابع بانک را وارد تهدید قرار می‌دهد و از آنجا که منابع بانک متعلق به خودش نیست و متعلق به سپرده گذاران است و سپرده گذاران هم ریسک‌پذیری کمی را تحمل می‌نمایند پذیرش این میزان ریسک برای بانک اساساً ممکن نخواهد بود و دلیل اصلی تغییر شکل قراردادهای مشارکتی در نظام بانکی همین موضوع است چرا که بانک نمی‌تواند این میزان از ریسک را پذیرا باشد با این وصف قرارداد را طوری تغییر می‌دهد تا ریسک‌های پروژه را به مشتری تحمیل نموده و به دریافت سود ثابت اکتفا می‌کند.

### ۴-۱-۴ بروز اختلال در ساز و کار اعمال سیاست پولی

بانک به عنوان مجری سیاست‌های پولی نیز شناخته می‌شود و اجرای سیاست‌های انقباضی و انبساطی از طریق ابزارهایی که در کارکردهای بانکی ناخته شده است صورت می‌پذیرد قاعدتاً عقود مشارکتی تامین سرمایه طرح‌ها و تعهداتی را بر عهده بانک می‌گذارد که اجتناب ناپذیر می‌باشد و بانک موظف است نیاز مالی طرح را تامین نماید که موجب اختلال در فرایند سیاست‌های پولی بانک مرکزی می‌گردد همچنین از آنجا که در سیستم اقتصاد ایران تعیین حداکثر نرخ تسهیلات بخش‌های مختلف اقتصادی بر عهده بانک مرکزی است اگر بانک از عقود مشارکتی برای تامین مالی استفاده کند این ابزار کارایی خود را از دست می‌دهد برای مثال وقتی که بانک مرکزی در قالب آیین نامه‌هایی نرخ مجاز تسهیلات دهی بانک‌ها را کاهش می‌دهد در نظر دارد تسهیلات بانکی آسانتری با هزینه پایینتری به تولید کنندگان برسد و کاهش سطح قیمت‌ها را در بر داشته باشد این سیاست زمانی اجرا خواهد شد که بانک‌ها در قالب عقود مبادله‌ای تسهیلات ارائه کنند اما اگر بانک‌ها به صورت واقعی یا صوری برای سرپیچی از دستورالعمل بانک مرکزی در قالب عقود مشارکتی تسهیلاتی ارائه نمایند بانک مرکزی دیگر نمی‌تواند نرخ برای این نوع تسهیلات دهی معین کند و اعمال سیاست پولی به این روش ممکن نخواهد بود.

### ۵-۱-۴ ایجاد اختلال در سود مورد انتظار سرمایه گذاران

موکول نمودن نرخ سود پروژه‌ها و طرح‌ها انعطاف‌پذیری و تنوع زیادی در نرخ سودهای بانکی ایجاد می‌نماید که نهایتاً در نرخ بازدهی مورد انتظار سرمایه‌گذارانی که در خارج از بانک فعالیت می‌کنند ایجاد اختلال می‌کند. بر اساس نظریه‌های اقتصادی وقتی که سرمایه‌گذاری در بخش‌های مختلف اقتصادی ارزیابی می‌گردد نرخ سود حاصل از آن با نرخ سود بدون ریسک در اقتصاد مقایسه می‌گردد اگر نرخ سود این سرمایه‌گذاری از نرخ سود بدون ریسک به اندازه

بیشتر باشد که صرف ریسک در آن حوزه را پوشش دهد سرمایه‌گذاری انجام می‌شود در غیر این صورت سرمایه‌گذار ترجیح می‌دهد پول خود را صرف دریافت همان نرخ سود بدون ریسک کند با وجود عقود مبادله‌ای فعالیت‌های مبتنی بر آن که با ریسک بسیار کمی همراه است نرخ سود با ریسک کم قابل تعریف است از آنجا که بخش عمده‌ای از فعالیت‌های نظام بانکی بر اساس همین عقود مبادله‌ای در حال انجام است.

### ۶-۱-۴ عدم جهت دهی منابع افراد ریسک‌گریز به سمت سرمایه‌گذاری

برای تجمیع فراد با ذائقه‌های ریسکی متفاوت نهادهای متفاوتی به وجود آمده است افراد ریسک‌پذیرتر به سمت شرکت‌های سرمایه‌گذاری و بیمه‌ها می‌روند و افراد ریسک‌گریز وجوه خود را به بانک می‌دهند در صورتی که بانک‌ها تنها از حقوق مبادله‌ای برای اعطای تسهیلات استفاده کنند درآمد آنها با ریسک بسیار پایینی همراه خواهد بود و بر همین مبنا می‌توانند به سپرده‌گذاران خود سود با ریسک پایین بدهند ولی اگر بانک شروع به فعالیت مشارکتی کند دیگر واسطه‌های مالی یک نهاد ریسک‌پذیر به حساب می‌آید و دیگر انتظار نمی‌رود به سرمایه‌گذاران خود در درآمدی با ریسک کم بدهد و این موضوع موجب می‌گردد که افرادی با ریسک‌گریز به سمت سرمایه‌گذاری در بانک‌ها هدایت نشوند بنابراین در چنین نظام اقتصادی بخشی از منابع بی‌استفاده و سرگردان می‌ماند.

### نتیجه‌گیری

بررسی نحوه اجرای عقود مشارکتی در بانک نشان می‌دهد آنچه در بانک اجرا می‌شود به آنچه در فقه به عنوان مشارکت معرفی شده دارای تفاوت بسیاری می‌باشد و دلیل اصلی این تفاوت‌ها قابلیت‌های بانک از یک سو و ویژگی‌های عقود مشارکتی از سوی دیگر است. بانک به عنوان یک واسطه مالی دارای خصوصیات است که اجرای صحیح عقود مشارکتی را نمی‌تواند در بر گیرد به عنوان مثال نبود توان تخصصی در نظارت و اجرای پروژه‌های مشارکتی و از سوی استفاده از منابع سپردگزارانی که عمدتاً ریسک‌گریز هستند مهم‌ترین خصیصه‌های این نهاد مالی است که با اجرای مشارکت در تعارض می‌باشد و از سویی اگر بانک هم بتواند ساختار خود را ه گونه‌ای تغییر دهد که قادر باشد عقود مشارکتی را به همان نحو مورد تاکید در شرع انجام دهد در مورد وظایف خود در سطح اقتصاد کلان ناکارآمد عمل خواهد کرد و در صورت اجرای عقود مشارکتی دیگر نرخ سود بانکی نمی‌تواند به عنوان نرخ سود کم ریسک ملاکی برای ارزیابی سرمایه‌گذاری‌ها باشد به همین جهت بانک‌ها برای استفاده از حقوق مشارکتی مجبور به تغییر قراردادهای خود هستند که اجرای این عقود را با ویژگی‌های خود در سطح خرد و وظایف خود در سطح کلان همراه کند به همین دلیل همانطور که پیشتر گفته شد آنچه در عمل اجرا می‌شود با ماهیت آنچه به عنوان عقد مشارکت توسط شارع معرفی شده بسیار متفاوت است. در عقود مشارکتی بانکی برخی شروط ایراد ماهیتی دارند و برخی عقود غیرمنصفانه تلقی می‌گردند اگرچه ظاهر این شروط از اصل صحت تبعیت می‌کنند و بر اساس اصول قراردادی صحیح منعقد می‌شوند اما در باطن خلاف مقتضای ذات عقد مشارکت هستند و یا الحاقی و غیر منصفانه تلقی می‌گردد که موجب کاهش اعتماد فعالان اقتصادی در نظام بانکی می‌گردد و از آنجایی که بانک به دلیل توان مالی بالایی که دارد موقعیت برتری در قرارداد پیدا می‌کند. به موجب تبصره ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰ بانک مرکزی مکلف شده است تا قراردادهای الحاقی نمونه برای حفظ عدالت قراردادی بانکی تنظیم نماید که به موجب این قرارداد بانک در سود و زیان شریک نبوده و حتی در صورت حصول زیان مستحق مطالبه سرمایه اعطا قلمداد می‌گردد به عنوان مثال برخی شروط در عقود مشارکتی بانکی به روشنی موجب عدم توازن در موقعیت قراردادی ناعادلانه و نهایتاً برتری بانک

را برطرف قرارداد تضمین می‌کند و در برخی موارد شرط عدم پذیرش زیان و تضمین سرمایه نیز که توسط بانک‌ها صورت می‌گیرد مغایر با ماهیت عقد مشارکت مشخص داده می‌شود چرا که اشاعه در مالکیت تضمین سرمایه و عدم پذیرش زیان را غیر ممکن می‌سازد مضافاً پرداخت زیان از اموال شریک نیز به دلیل نامشخص بودن زیان احتمالی باعث جهل به مورد شرط بوده و امکان‌پذیر نیست. اما برای برون رفت از مشکلات فوق الذکر می‌توان پیشنهادهای داد به عنوان مثال میتوان با محاسبه سود در انتهای فعالیت اقتصادی مشترک و واگذاری شرکت به گیرنده تسهیلات و بازگشت سرمایه بانک به صورت تدریجی یا به کارگیری امتیازات قراردادی به نفع شریک تداوم فعالیت شرکت با وجود کناره‌گیری برخی از شرکا و استفاده از ظرفیت نهادهای نظارتی در جهت رفع نگرانی‌های بانک و تعدیل شروط تحمیلی و غیرمنصفانه قدم برداشت. میتوان شرکت‌های تخصصی در هر یک از حوزه‌های مشارکت با استفاده از متخصصان و تحلیلگران مالی و مشاوران اقتصادی و بانکداران و غیره به منظور اجتناب از مشکلات اجرایی احتمالی؛ این شرکت‌ها در خارج از بانک‌ها به عنوان نهادهای مستقل و تحت نظارت بانک مرکزی ایجاد نمود. و از سویی تسهیلات در قالب عقود مشارکتی در هر حوزه صرفاً توسط بانک تخصصی حوزه مربوط پرداخت شود و هر یک از بانک‌های تخصصی کشور عهده‌دار پرداخت تسهیلات مشارکتی در قلمرو تخصصی خود باشد و استفاده از کارشناسان خبره رای هر یک از زیر بخش‌ها در بانک تخصصی ضرورت دارند و سایر بانک‌های تجاری نیز به اعطای تسهیلات از طریق عقود مبادله‌ای اقدام کنند و سود دوران مشارکت نیز به صورت مرحله‌ای و پلکانی متناسب با پیشرفت طرح و با در نظر گرفتن ارزش زمانی پول و استفاده از ریاضیات مالی در محاسبات تعیین شود و بعد از پایان دوره مشارکت سعی گردد تا بانک سهم خود را به صورت جز به جز در مقاطع مختلف زمانی به نام مقتضیات زمانی و محیطی و با نرخ‌های شناور به فروش برساند تا از این طریق همگام با واقعیات بازار سود واقعی خود را مطالبه کنند. آموزش کارکنان نظام بانکی فرهنگ‌سازی و بالا بردن آگاهی آحاد جامعه از یک سو و تغییر در آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اجرایی به منظور سهولت روش‌های کار و اصلاح و ساده‌سازی قراردادها مطابق با استانداردها و نیازمندی‌های روز از سوی دیگر از جمله مواردی است که به حل مشکلات عقود مشارکتی کمک می‌کند. با توجه به اینکه بانک‌ها شریک مشتری و یا صاحب سرمایه هستند عملاً اموال موضوع تسهیلات را به عنوان تضمین به شمار می‌آورند که می‌توان به منظور تعدیل پشتوانه و وسایل سنتی نظام بانکی از وسایق متنوع و در دسترس همچون اوراق بهادار انواع سپرده‌های سرمایه‌گذاری بلند مدت اوراق مشارکت اوراق سهام شرکت‌های معتبر و غیر استفاده کرد. پیشنهاد میشود که مراجعی و گروه‌های برای حل مشکلات احتمالی در هنگام ایجاد اختلاف بین مشتری و بانک در نظر گرفته شود که این مراجع نه بانک و نه مشتریان باشد بلکه به عنوان یک مرجع بیطرف به جای آنکه تعبیر و تفسیر شروط ضمن عقد با بانک باشد سعی کند که بندها را بی طرفانه تفسیر و تشخیص دهد. با استفاده از راهکارهای فوق‌ی‌توان شروط غیرمنصفانه و الحاقی را در عقود مشارکتی تعدیل نموده و از سویی ظرفیت صحیحی برای بانک‌ها جهت اجرای صحیح عقود مشارکتی در بستر شریعت فراهم نمود (حاجیان ۱۳۹۰ ص ۱۱۸ - ۱۲۲).

## منابع

### ۱. فارسی

اسکینی ربیعا (۱۳۵۷) منابع حقوقی بیع تجاری بین المللی مجله حقوقی بین المللی ش  
 اصفهانی، محمد حسین کمپانی (۱۴۱۸ ق). حاشیه کتاب المکاسب. ج ۵، چ ۱، ثم: انوار الهدی

اقبال احمد و خانت طریق الله ۱۳۸۷ چالشهای پیش روی بانکداری اسلامی ترجمه حسین میثمی و مسلم بمانپور دانشگاه امام صادق و بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران

امامی مسعود حسنی محد مهدی (۱۳۹۶) مبانی اخلاقی حقوقی و فقهی شر غیر منصفانه مجله قضاوت دوره ۱۷ ش ۹۱ امامی، اسدالله (۱۳۷۸). تحلیل مبانی فقهی حقوقی شرط عدم مسئولیت قراردادی. مجله مجتمع آموزش عالی. شماره ۲ انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ق). المکاسب. ج ۶، ج ۱، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری. انصاری، مرتضی (۱۴۳۴). فرائد الاصول. قم: مجمع الفکر الاسلامی.

ایروانی محمداقرا ۱۳۸۳ دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی قم ایزدی فر، علی اکبر (۱۳۷۹). بررسی موضوع بهره در مضاربه بانکی. مقالات و بررسی‌ها. شماره ۶۸ باریکو، علیرضا (۱۳۸۷). وضعیت شرط تضمین سود. فصلنامه حقوق. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی. دوره ۳۸، شماره ۴ تفرشی، محمد عیسی و فنوانی، جلیل (۱۳۷۷). ارکان عقد مضاربه در حقوق اسلام و حقوق مدنی ایران. مجله مدرس. شماره ۹ تو تونجیان ایرج ۱۳۸۱ آیا بانکداری ایران اسلامی است؟ فصلنامه اقتصاد اسلامی سال دوم شماره ۶ جعفری لنگرودی محمد جعفر ۱۳۵۴ دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات دانشگاه تهران حاجیان محمدرضا ۱۳۹۰ موانع و مشکلات اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی کشور پژوهشکده پولی و بانکی حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ ق). تذکره الفقها. ج ۱۰، ج ۱، قم: موسسه آل البيت.

حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر (بی‌تا) تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه. ج ۱، مشهد: موسسه آل البيت علیهم السلام. حمدی، حسین؛ سلطانی، میلاد. (۱۳۹۹). «سنجش قراردادهای الحاقی عملیات بانکی با قاعده عدالت و ممنوعیت ربا»؛ اقتصاد و بانکداری اسلامی، دوره ۹، ش ۳۰

خمینی، روح الله (۱۳۶۸). تحریر الوسيله. تهران: نشر موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی خویی، سید محمد تقی موسوی (۱۴۱۴ ق). الشروط او الالتزامات التبعية فی العقود. ج ۱، ج ۱، بیروت: دارالمورخ العربی دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). لغت‌نامه، تهران، چاپ دانشگاه تهران.

دهقان منشادی، محمد (۱۴۰۱)، چالش‌ها و موانع به کارگیری و اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی ایران و راهبردهای اصلاح و رفع آنها. مجله اقتصاد و بانکداری اسلامی، دوره: ۱۱، شماره: ۴۰ دیناروند، الهه (۱۳۹۵)، چالشهای اجرایی عقود مشارکتی در بانکداری اسلامی ایران و ارائه راهکار، اولین همایش بین المللی انسجام مدیریت و اقتصاد در توسعه شهری، تبریز

راغبی، محمد علی؛ فراهانی فرد، سعید و ملاکریمی، فرشته (۱۴۰۱). آسیب‌شناسی روش‌های امهال مطالبات غیر جاری با معیار قصد جدی. فصلنامه علمی اقتصاد اسلامی. سال بیست و دوم. شماره ۸۶

روحانی، محمد و خادمیان، محمدحسین و نجاریان، علی اکبر (۱۳۹۴)، بررسی فقه و حقوقی عقد مشارکت مدنی در بانکداری بدون ربا، اولین همایش ملی پژوهش‌های کاربردی حسابداری، مدیریت اقتصاد، دامغان زمان‌زاده بهبهانی، مه‌ری، رهامی، محسن؛ ناجی زواره، مرتضی. (۱۳۹۷). واکاوی جایگاه اصول دادرسی عادلانه در فقه امامیه، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۹، شماره دوم (پیاپی ۴۸)

زیدوند، حمیدرضا و قیوم زاده، محمود (۱۳۹۶). تبیین حقوقی شروط ضمن عقود مشارکتی بانکی، سومین کنفرانس بین المللی تکنیک‌های مدیریت و حسابداری، تهران

سلطانی، محمد و حدادی، شهرزاد (۱۳۹۶). تحلیل حقوقی و اقتصادی سود معین در مضاربه بانکی. مجله حقوقی دادگستری. سال هشتاد و یکم. شماره نود و نهم

سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۱۷ ق). دلیل تحریر الوسيله - فقه الربا. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی شهنازی، روح اله و پناهی، معجبی (۱۳۹۵). سنجش میزان صوری بودن قراردادهای تسهیلات بانکی: مطالعه موردی بانک ملت شیراز. مجله اقتصاد و بانکداری اسلامی، دوره: ۵، شماره: ۱۶

صفار، محمد جواد (۱۳۷۷). نقد و تحلیل حقوقی ماده ۵۸۸ قانون مدنی. مجله نامه مفید. قم. شماره ۱۴

- صفایی، سید حسین. (۱۳۸۳). دوره‌ی مقدماتی حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۲، تهران: نشر میزان
- صمصامی حسین و داوودی پرویز ۱۳۸۹ به سوی حذف و بازار نظام بانکی از نظریه تا عمل دانایی و توانایی طالبی، محمد و کیانی، حسن (۱۳۹۱). ریشه یابی چالش های استفاده از عقود مشارکتی در نظام بانکداری جمهوری اسلامی ایران. دوفصلنامه تحقیقات مالی اسلامی، دوره: ۱، شماره: ۲
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸ ه.ق). حقوق مدنی. ج ۴، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸). حقوق مدنی. جلد چهارم. چاپ دوم، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- عسگری، صادق؛ منجزی، سعید. (۱۳۹۹). «بررسی شروط تحمیلی در قراردادهای بانکی»؛ دومین کنفرانس ملی حقوق، علوم اجتماعی و انسانی، روانشناسی و مشاوره
- عطار شهرکی، سیده مریم؛ قریشی، سید مهدی؛ جوادی، محمدحسن. (۱۴۰۰). «رهیافتی فقهی و حقوقی بر شروط تحمیلی در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی»؛ اقتصاد اسلامی، س ۲۱، ش ۸۲
- عطریان، فرامرز. (۱۳۹۶). اداره خوب «مطالعه تطبیقی نظام حقوقی ایران و اتحادیه اروپا»، تهران: میزان
- علوی رضوی، سید یحیی (۱۳۸۸). شرط ضمان عامل در قرارداد مضاربه. فصلنامه اقتصاد اسلامی.
- عیوضی، محمدرحیم. (۱۳۸۲). تبیین مشارکت سیاسی و رفتار انتخاباتی، اطلاعات سیاسی و اقتصادی، شماره ۱۹۵-۲۱۰
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸). مقدمه علم حقوق و مطالعه در حقوق خصوصی ایران. تهران: به نشر وابسته به آستان قدس رضوی مرکز فرهنگی شهید آیت الله مدرس
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۶). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، تهران: سهامی انتشار
- کریمی، عباس؛ مرادی، یاسر. (۱۳۹۴). «سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایراکتیو اتحادیه اروپا»؛ مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، س ۱، ش ۱
- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۲۹) الکافی. جلد ۱۰. قم: دارالحدیث للطباعه و النشر
- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ ق). الکافی. ج ۱۰، قم: دارالحدیث للطباعه و النشر ۲۹۷
- مرادی، یاسر و کریمی، عباس (۱۳۹۶)، مسئولیت بانک ها در عقود مشارکتی (مشارکت مدنی و مضاربه). مجله اقتصاد و بانکداری اسلامی، دوره: ۶، شماره: ۲۱
- مراغی، سید میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ ق). العناوین الفقهیه. ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم
- معین، محمد. (۱۳۸۶). تهران، چاپ سوم، نشر زرین.
- مقصودی، رضا؛ محقق داماد، سید مصطفی؛ علامه، سید مهدی؛ مظلوم رهنی، علیرضا و اسدی کوه آباد، هرمز (۱۴۰۲). شرط خلاف مقتضای ذات عقد. آموزه های فقه مدنی. دوره پانزدهم، شماره ۲۷-۳۱۷-۳۳۶
- ملاکریمی، فرشته و راغبی، محمد علی (۱۳۹۷). خلاف مقتضای عقد در عقود مشارکتی. فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۱۳ ه.ق) جامع الشتات فی اجوبه السوالات. ج ۳، تهران: موسسه کیهان
- نظرپور محمد تقی ملاکریمی فرشته ۱۳۹۷ کاربرد قواعد فقهی در نمونه ای از قراردادهای بانکی تهران پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی ایران