

بررسی علل عدم اجرای صحیح عقد مشارکت مدنی در بانکداری بدون ربا و راهکارهای تصحیح آن

سید اسدالله حسینی^۱

چکیده

از مهم‌ترین عملیات بانکی، جذب انواع سپرده‌ها و تخصیص آن جهت تأمین نیازهای مالی انواع فعالیت‌های اقتصادی است. بانک به‌عنوان واسطه بین سپرده‌گذاران و متقاضیان تسهیلات با انجام عملیات اعتباری خود، سبب انتقال منابع از اشخاصی که مستقیماً توانایی انجام شرکت در فعالیت‌های اقتصادی را ندارند به افرادی که نیازمند سرمایه هستند، می‌شود. نتیجه‌ی چنین عملیاتی، افزایش تولید، ایجاد اشتغال، ازدیاد کالا و خدمات و کاهش قیمت خواهد بود.

هدف از این پژوهش، بررسی مشکلات موجود در نحوه‌ی اجرای صحیح عقد مشارکت مدنی در سیستم بانکداری ایران است.

در سیستم بانکداری جمهوری اسلامی ایران برای تخصیص و تجهیز منابع از سه روش عقود مشارکتی، عقود مبادله‌ای و سرمایه‌گذاری مستقیم استفاده می‌شود. در این تحقیق، عقد مشارکت مورد بررسی و ارزیابی قرار گرفته است؛ عقد مشارکتی در مقام تئوری، چون بر اساس مبانی فقهی شکل گرفته، کمتر دچار مشکل است؛ لکن آن‌چه به‌عنوان یک معضل در سیستم بانکداری ایران می‌توان از آن نام برد، نحوه اجرایی کردن قوانین در بانکداری بدون ربا است.

کلیدواژه‌گان: بانک، عقد مشارکت مدنی، سیستم بانکداری، بانکداری ایران.

^۱. دانش‌پژوه دکتری علوم اقتصادی، جامعه المصطفی العالمیه؛ Asadallahhoseini@gmail.com

مقدمه

در اقتصاد اسلامی که بنای آن بر سرمایه‌گذاری، تأمین مالی مستقیم و حذف واسطه‌گری است قراردادهای متعددی وجود دارد که زمینه مناسبی را فراهم می‌کند. از مهم‌ترین آن عقد مشارکت مدنی است.

شرکت از معدود عقود است که از توانایی کم‌نظیری در بُعد اقتصاد خرد و کلان برخوردار است. اهمیت آن در اقتصاد خرد وقتی روشن می‌شود که صاحبان سرمایه به تنهایی قادر به ایجاد بنگاه تولیدی نباشند و در چارچوب عقد مشارکت سرمایه مشترک تشکیل داده و به هدف مورد نظر که همان به دست آوردن سود باشد دست پیدا کنند. در بخش اقتصاد کلان نیز از این عقد جهت تأمین منابع طرح‌های بزرگ و زیربنایی که نیازمند سرمایه‌های کلان هستند می‌توان استفاده کرد.

عقد مشارکت مدنی در تمامی بخش‌های اقتصادی اعم از صنعت، معدن، کشاورزی، دامپروری، ساختمان‌سازی، بازرگانی و خدماتی کاربرد دارد.

پیشینه تحقیق

در خصوص عقود اسلامی از جمله؛ (عقد مشارکت مدنی) در بانکداری اسلامی مقالات و کتابهای زیادی نوشته شده است. که؛ نویسندگان هریک بنابه نوع، دغدغه‌ی که داشته‌اند نسبت به این مسائل پرداخته‌اند. بعضی به بیان کاستی‌های قانونی در اجرایی کردن عقد مشارکت مدنی در نظام بانکداری اسلامی؛ برخی نیز به بیان کاستی‌های موجود در بانکداری اسلامی از جهت عدم آشنایی صحیح کارمندان بانک نسبت به عقد مشارکت مدنی، برخی هم به بیان کاستی‌ها که منجر به صوری شدن عقد می‌شود. بعضی به مشکل عدم نظارت شرعی در اجرایی شدن عقود مشارکتی و برخی نیز انعطاف ناپذیری نظام حسابداری رایج به عنوان یک مشکل در اجرایی کردن عقد مشارکت مدنی مطرح نموده‌اند.

به عنوان نمونه دانشمندان اسلامی با بررسی الگوی بانکداری اسلامی که از طریق نظام مشارکت در سود و زیان تأمین مالی می‌کنند، پیشنهاد‌های ارائه نموده‌اند که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

محسن‌خان در کتاب «مطالعات نظری در بانکداری ومالیه اسلامی» می‌نویسد: «بانکداری اسلامی، برای دریافت سپرده‌ها از دو طریق و دو باجه اقدام نماید. یک باجه سپرده‌های دیداری را فقط به عهده بگیرند که در این روش برای این سپرده‌ها هیچ بهره‌ای از ناحیه بانک پرداخت نمی‌گردد؛ این گونه سپرده‌ها دارای ذخیره قانونی صددرصد است. از ویژگی‌های این سپرده این است که امکان خلق پول در آن وجود ندارد و به جهت عدم بازدهی این سپرده‌ها بانک‌ها می‌توانند در قبال حفظ و نگهداری سپرده‌ها و ارائه خدمات، کارمزد متناسب دریافت نمایند.

محقق‌نیا در کتاب «ساختار بانکداری اسلامی و ارائه الگویی برای بانکداری اسلامی در ایران» الگوی تفکیک را پیشنهاد می‌کند؛ به این معنا که بین دو وظیفه سپرده‌پذیری و وام‌دهی بانک‌ها قطع ارتباط شود. بانک‌ها در ازای اعطای تسهیلات در سپرده‌های جاری و دیداری هیچ‌گونه سودی دریافت نکنند و منابع لازم برای اعطای تسهیلات از روش‌های دیگر تأمین گردد (محقق‌نیا، ۱۳۹۲، ص ۲۰۵).

داوودی و محقق‌نیا در مقاله «بانکداری محدود، جستارهای اقتصادی» ایده بانکداری محدود در نظام بانکداری اسلامی مطرح می‌کنند؛ این ایده در بحث قرض‌الحسنه اسلامی کاربرد دارد. در این روش وجوه به‌دست آمده از سپرده‌های جاری به تأمین مالی قرض‌الحسنه به نیازمندان اختصاص پیدا می‌کند. حکومت اسلامی از منفعی که از ناحیه نهاده‌سازی قرض‌الحسنه در جامعه عایدش می‌شود، بخشی از هزینه‌های بیمه‌ی سپرده‌ها را بپذیرد (داوودی، ۱۳۸۸، ص ۱۱۱). در قانون بانکداری بدون ربا، شیوه اعطای تسهیلات در چاقوب عقود بانکی با توجه به ماهیت‌شان به چهار دسته کلی قابل دسته‌بندی است: عقود مشارکتی، عقود مبادله‌ای، عقود با بازدهی متغیر، عقود با بازدهی ثابت و قرض الحسنه.

نگارنده در این تحقیق درصدد بررسی عقد مشارک مدنی است که قبل از ورد به بحث لازم است به چند قاعده فقهی که مربوط به عقد مشارکت مدنی است اشاره شود تا به نتیجه مطلوب دست پیدا کنیم.

قواعد فقهی مربوط به عقد مشارکت مدنی

۱- قاعده شرط

تعریف: در منابع فقهی قاعده شرط را اینگونه تعریف کرده اند: "الشرط امر زاید علی الثمن و المثلث علی وجه التزام دون التعلیق. مطلق تعهد است اعم از اینکه در ضمن عقد باشد یا مستقل از عقد (لنگرودی، ۱۳۸۷، ص ۲۲۵۶).

در ضمن عقود گوناگون می توان شرط هایی را لحاظ کرد که به آن شرایط ضمن عقد گفته می شود. در صورتی که شرط ضمن عقد به صورت کامل محقق شود عمل به آن واجب است.

شرط در لغت به معنای الزام و ملتزم شدن به چیزی را گویند (فیروزآبادی، بی تا، ص ۶۸) در اصطلاح نیز به تعهدی گفته می شود که در ضمن عقد دیگری شرط شده باشد (نظرپور، ۱۳۹۴، ص ۵).

شرط در معنای مصدری و معنای حدثی به معنای ملتزم کردن و یا ملتزم شدن به امری است؛ معنای شرط در حقوق و قانون مدنی بیشتر به این معنا استعمال می شود؛ چیزی که زیربنای اصلی حوادث حقوقی را تشکیل می دهد (ملاکریمی، ۱۳۹۴، ص ۵).
مدرک قاعده

الف) قرآن کریم: آیه شریفه: «... اوفوا بالعقود» و آیه مربوط به وفای به عهد: «... الموفون بعهدهم اذا عاهدوا...» ... که همه دلالت بر وفای به شرط و عهد دارند.
ب) روایات: روایتی از امام صادق (ع) نقل شده که فرمودند: مادامی که شرط مخالف کتاب الله نباشد مسلمانان ملزم به انجام آن هستند (حرعاملی، بی تا، ص ۳۵۳). همچنین از امیرالمؤمنین (ع) نقل شده که هرکس برای همسرش شرطی کند بر اساس روایت «المسلمون عند شروطهم» ملزم به وفای به آن شرط است؛ مگر این که مخالف کتاب الله باشد (عاملی، بی تا، ص ۳۵۳).

شرایط صحت شرط ضمن عقد

۱- قدرت بر وفای به شرط؛ مشروط علیه باید توان انجام شرط دارا باشد، در غیر این

صورت شرط باطل خواهد بود (زنجان، ۱۳۹۳، ص ۳۱۵).

۲- ذکر شرط درضمن عقد؛ شرط باید درضمن عقد بیاید و الا شرط ابتدایی بنابر آرای اکثر فقها واجب العمل نیست (همان).

۳- معقول بودن شرط؛ شرط باید غرض و فایده عقلایی داشته باشد؛ در غیر این صورت باطل است (همان).

۴- شرط باید معلوم باشد.

۵- شرط مخالف شرع نباشد، مثلاً شخصی در عقد قرض شرط زیادی بکند این شرط مخالف شرع است و باطل (همان).

۶- شرط نباید مخالف مقتضای عقد باشد؛ مثل شرط کردن بایع به عدم استفاده از میع؛ زیرا چنین شرطی باطل است (زنجان، ۱۳۹۳، ص ۳۱۵).

در اینجا لازم به نظر می‌رسد تا تعریف مفهوم «شرط خارج از عقد» نیز روشن شود: نقطه مقابل شرط ضمن عقد که شرط در متن عقد ذکر می‌شود شرط خارج از عقد است؛ به شرط خارج از عقد که پیش از عقد انشاء می‌شود شرط ابتدایی نیز گفته می‌شود.

در صحت و بطلان شرط ابتدایی بین فقها سه نظر وجود دارد:

۱- نظریه‌ی بطلان؛ به اعتقاد بسیاری از فقها چنین شرطی محکوم به بطلان است؛ دلیل اکثریت این است که شرط وقتی الزام‌آور می‌شود که در متن عقد ذکر شود. شرط ابتدایی هرچند قبل از عقد ذکر شده ولی چون در متن نیامده الزام‌آور نیست. (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ص ۵۵).

۲- نظریه‌ی صحت و دلایل آن؛ در مقابل نظریه مشهور جمعی از فقهای بزرگ شرط ابتدایی را لازم الوفاء می‌دانند؛ از جمله آن‌ها می‌توان به مرحوم یزدی، صاحب جواهر، محقق اصفهانی، میرزا حبیب الله رشتی و آیت الله خوئی اشاره نمود. به اعتقاد ایشان تبانی پیش از عقد سبب می‌شود تا تراضی به وجود شرط مقید شود و در نتیجه دلیل (اوفوا بالعقود) شامل این مورد نیز خواهد شد. دلیل دوم که به آن استناد کرده‌اند (المؤمنون عند شروطهم) می‌باشد.

۳- دیدگاه سوم قول به تفصیل است؛ مرحوم نائینی بین قول به بطلان و قول به صحت قول سومی را اختیار نموده است و آن قول به تفصیل است. ایشان معتقد است که اگر

شرط ابتدایی همانند شرط عرفی، عقد به دلالت التزامی به آن دلالت کند مشروع و معتبر بوده و در غیر این صورت الزام آور نیست.

۲- قاعده عدل و انصاف

اصل عدل و انصاف از قواعد اساسی شریعت است و در ابواب گوناگون فقهی جریان دارد. نظام حقوقی اسلام بر مبنای عدالت و رفتار منصفانه تشکیل شده است و از اصل عدالت به یک معیار کلی حاکم بر تمام مبادله‌ها یاد شده است (کرمانی، ۱۳۸۱، ص ۲۶۶).

در فقه اسلامی نسبت به انجام تعهدات به رعایت عدل و انصاف بسیار سفارش شده است. برخی از فقها همانند شیخ انصاری چنان به این قاعده تمسک می‌جسته که گویا منبع پنجم استنباط احکام است (اسکینی، ۱۳۶۵، ص ۱۰).

مقتضای قاعده رعایت اصل انصاف در تمامی معامله‌ها از ناحیه طرفین قرارداد نسبت به همدیگر است. از ویژگی‌های این قاعده سه‌هرگونه سوء استفاده و تضییع حقوق دیگران است؛ لذا ذکر هرگونه شرط که تحمیل بر دیگری باشد یا سبب ضرر و زیان دیگری شود برخلاف عدالت خواهد بود. به شروطی که منجر به ظلم و اجحاف به دیگری شود شروط تحمیلی گویند. علت تحمیل چنین شرطی از یک طرف معامله بر دیگری سوء استفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی و تخصص وی می‌تواند باشد (نظریور، ۱۳۹۴، ص ۵). ذکر چنین شرطی به حکم قاعده عدل و انصاف از صحت شرعی برخوردار نیست.

مدرک قاعده

مدارک قاعده عبارت است از:

الف) قرآن کریم: «قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ...» بگو پروردگارم به قسط فرمان داده است (اعراف، ۲۹). و «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ...» ای کسانی که ایمان آورده‌اید به عدالت و قسط قیام کنید.

ب) روایات: «عنه صلى الله عليه و آله: عدلُ ساعةٍ خيرٌ من عِبَادَةِ سِتِّينَ سَنَةً قِيَامٌ لَيْلِهَا وَ صِيَامٌ نَهَارِهَا، وَ جَوْرُ سَاعَةٍ فِي حُكْمٍ أَشَدُّ وَأَعْظَمُ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ مَعْاصِي سِتِّينَ سَنَةً» پیامبر

خدا (ص) فرمود: یک ساعت عدالت بهتر از شصت سال عبادت است که شبش به عبادت و روزش به روزه‌داری بگذرد و یک ساعت بی‌عدالتی در حکومت (داوری) نزد خدا سخت‌تر و سنگین‌تر از شصت سال گناه است (نرم افزار جامع الاخبار).

(ج) عقل: یکی از مبانی اصولی امامیه حسن و قبح عقلی است؛ بدین معنا که هر عقل سلیمی به حسن عدل و انصاف و مذمت و قبح ظلم حکم می‌کند. به تعبیر دیگر عدالت ذاتاً پسندیده است و عقل حکم به نیکو بودن آن می‌کند و ظلم و بی‌عدالتی ذاتاً ناپسند است و عقل حکم به زشتی آن می‌کند؛ در نتیجه هرآنچه را که عقل قبیح بشمارد شرع مقدس به حرمت آن حکم می‌کند (نظریور، ۱۳۹۴، ص ۸).

(د) اجماع: اجرای عدالت در جامعه مورد تأیید همه علمای اسلام است (همان).

۳- قاعده نفی غرر

فقها با استناد به روایت نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر» (حرعاملی، ۱۳۶۷، ص ۴۴). معامله‌ای را که در آن غرر وجود داشته باشد باطل می‌دانند (امام خمینی، ۱۹۸۶، ص ۲۹۵). لغویین واژه غرر را به معنای خطر، خدعه، نیرنگ، غفلت و جهل معنا کرده‌اند (ابن فارس، ۱۹۷۹م، ص ۳۸۱). با توجه به معنای واژه غرر اگر در معامله کسی به جهت تدلیس شخص مدلس دچار ضرر شود مغرورکننده ضامن است (موسویان، ۱۳۸۶، ص ۱۲۷). لذا خطر نبود عوضین، عدم قدرت بر تسلیم آن، مجهول بودن ارزش عوضین، عدم اطلاع از ویژگی‌های آن و معلوم نبودن شرایط معامله موجب غرر شده و بطولات معامله را به دنبال دارد.

شرایط لازم در محقق شدن غرر:

- ۱- شخص متضرر جاهل باشد.
- ۲- جهل انگیزه اتلاف یا استیلاء باشد.
- ۳- بین کار مدلس و پندار نادرست رابطه علیت وجود داشته باشد.
- ۴- مغرورکننده مقصر باشد (مراغی، ۱۴۱۷ق، ص ۳۱۱).

مدارک قاعده

(الف) بنای عقلا: مقتضای بنای عقلا بر این است که اگر فردی با گفتار و کردارش

موجب ضرر رساندن به دیگری شود عرف، گول‌زننده را محکوم به پرداخت خسارت می‌کند و عرفاً ضررزننده موظف به جبران خسارت است (نظرپور، ۱۳۹۴، ص ۱۲).

ب) روایات: روایت در باب معامله غرری اضافه بر روایت نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر» (حرعاملی، ۱۳۶۷، ص ۴۵۸). در سایر منابع فقهی نیز به همین مضمون وجود دارد که فقها از آن‌ها به عنوان سند قاعده غرر استفاده نموده‌اند؛ به عنوان مثال در مورد تدلیس زوجه مطرح شده است (نظرپور، ۱۳۹۴، ص ۱۲).

۴- قاعده ممنوعیت ربا

قاعده فوق جزء اصلی‌ترین قواعد فقهی به حساب می‌آید که هدف آن نهی از ربا و حرمت آن است. شرط زیاده در عقد قرض را ربا گویند. هر معامله دوره‌ای مشخص از حیث وقت را دارا می‌باشد. در صورت پایان یافتن مدت معامله و عدم بازپرداخت دین، بدهی تبدیل به دین و قرض می‌شود. اگر طلبکار به ازای تمدید مدت شرط زیاده بکند مرتکب ربای جاهلی شده که همه فقها بر حرمت آن متفقند (نظرپور، ۱۳۹۴، ص ۱۲).

مدرک قاعده

در حرمت ربا و مستند بودن آن به قرآن، سنت و اجماع جای هیچ شک و شبهه‌ای وجود ندارد؛ چنان‌که حضرت امام خمینی^(ره) حرمت ربا را از ضروریات دین می‌دانند (امام خمینی، ۱۹۶۸، ۵۳۶).

۵- قاعده استیمان

استیلاي شخص بر اموال دیگری را استیمان می‌گویند. اگر اموال در شخص امین بدون تعدی و تفریط تلف شود وی نسبت به مال تلف شده هیچ مسؤولیتی ندارد؛ نه نسبت به بازپرداخت مثل و نه قیمت آن. در صورتی که اتلاف مال به جهت کوتاهی شخص امین باشد دیگر این مورد از تحت عنوان قاعده فوق خارج شده و داخل در دایره‌ی قاعده اتلاف یا تسبیب خواهد شد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ق، ص ۹۱).

به هرگونه تصرف در اموال دیگری با اذن مالک یا شارع ید امانی گفته می‌شود که شامل ید محسن، ید مستأجر، ید مستعمر، ید مستودع، ید وکیل، ید شریک و ید مضارب می‌شود (نظرپور، ۱۳۹۴، ص ۱۲).

مدرک قاعده

مدرک قاعده عبارتند از:

الف) قرآن کریم: «ما علی المحسنین من سبیل....» (توبه: ۹۱) بر نیکوکاران عالم از هیچ راه حرج و زحمتی نیست. این آیه بر عدم مسئولیت محسن و امین دلالت دارد؛ زیرا امین هم از طرف شارع و هم از طرف مالک، برای نفع صاحب مال اقدام می‌کند. بنابراین هرگونه ضمان و مشقتی از وی نفی شده است.

ب) روایات: «عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ (ع) أَنَّهُ قَالَ لَيْسَ عَلَى الْمُؤْتَمَنِ ضَمَانٌ» (نوری، بی‌تا، ص ۱۷) بر شخص امین ضمان نیست.

۶- قاعده قصد

تمامی احکام و آثار مترتب بر معامله بستگی به توافق و قصد طرفین معامله دارد. فقها برای قاعده فوق دومعنا ذکر کرده‌اند:

الف) قوام هر معامله منوط به نیت و قصد طرفین شده است. از منظر فقها یکی از شرایط عقد قصد و نیت انجام قرارداد است؛ لذا عقد اشخاصی همانند غافل، خواب، فراموش‌کار، فردخاطی، شخصی که قصدش جدی نبوده بلکه از روی شوخی بوده و شخصی که از روی مستی وارد معامله شود باطل است (نظریور، ۱۳۹۴، ص ۱۲).

ب) معنای دوم این قاعده این است که آثار خاص هر قراردادی از قصد خاص آن تبعیت می‌کند؛ آثاری مانند تملیک، تعهد، لزوم، جواز و... (مراغی، ۱۴۱۷، ص ۱۵۹).

براساس این قاعده وقتی شخصی پولی را در اختیار بانکدار قرار می‌دهد اگر قصدش انعقاد قرارداد ودیعه باشد اثر این قصد این است که بانکدار مجاز به تصرف در مال ودعی نخواهد بود و حق هیچ‌گونه تصرفی در آن ندارد؛ و اگر پول را به قصد قرض در اختیار بانک قرار بدهد در این جا اثر تملیک بر این قصد مترتب بوده و بانک مالک مال مورد نظر شده و با مالک‌شدن، حق هرگونه تصرف را پیدا می‌کند. بنابراین تفاوت در قصد است که آثار و احکام قراردادها از هم متمایز می‌شود.

مدرک قاعده

مدارک قاعده دلایلی هستند که براعتبار و حجیت قاعده فقهی دلالت دارند و آنها

عبارتند از:

الف) روایات: « مُحَمَّدٌ بْنُ الْحَسَنِ الطُّوسِيُّ قَالَ رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ص أَنَّهُ قَالَ: الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ » نظر فقها بر آن است که این امر مخصوص عبادات نیست و شامل معاملات نیز می‌شود (مکارم شیرازی، ۱۳۹۴، ۳۷۱).

ب) اجماع: اولین دلیلی که فقها بر حجیت این قاعده به آن تمسک جسته‌اند اجماع است. از آنجا که فقها در اثبات این قاعده به دلایلی از قرآن و روایت استناد نموده‌اند، این اجماع مدرکی شمرده می‌شود و فاقد اعتبار است؛ بنابراین باید به ادله‌ی دیگر تمسک جست (همان).

ج) عقل: عمده دلیلی که برای حجیت این قاعده می‌توان به آن تمسک جست عقل است؛ زیرا امور اعتباری معلول فرض و اعتبار است و عقدها نیز به تبع دیگر اعمال حقوقی در زمره امور اعتباری قرار دارند و قوام و وجودشان بر فرض و قصد است (خویی، ۱۳۸۴، ص ۲۴۲). بنابراین با توجه به اعتباری بودن عقدها اگر قصد منتفی شود به تبع آن، عقد نیز منتفی می‌شود و قصد رکن اصلی عقد شمرده می‌شود (همان).

مشارکت مدنی

تعریف: در منابع فقهی به چهار نوع شرکت اشاره شده است: شرکت العنان، شرکت الابدان، شرکت المفافوضه و شرکت الوجوه.

شرکت العنان در نزد امامیه عبارت است از ممزوج کردن اموال دو یا چند نفر با همدیگر. وجه نام‌گذاری آن این است که عنان اموال به صورت مساوی در همه‌ی شرکا است.

شرکت الابدان یا همان شرکت در عمل عبارت است از قرارداد اشتراک بین دو یا چند نفر که هرکدام صنعت و حرفه‌ی خودشان را محور شرکت قرار دهند.

شرکت المفافوضه عبارت است از بناگذاری شرکت توسط دو یا چند نفر بدین صورت که اگر هرکدام منافع همانند غنیمت، حیات، ارث و تجارت به‌دست آورد سایرین نیز در آن شریک باشند. این‌گونه شراکت از نظر شرع باطل است.

شرکت الوجوه عبارت از این‌که دو یا چند نفر بر اساس جایگاهی که در نزد مردم

دارند قرارداد شرکت می‌بندند که از اعتماد مردم نسبت به خودشان استفاده نموده و اموالی را بدون پرداخت وجه خرید و فروش کنند و از سود حاصله استفاده کنند؛ چنین شرکتی از نظر فقهی جایز نیست (سبزواری، ۱۳۷۹ش، ص ۳۲۰).

از انواع شرکت‌های مطرح شده فقط شرکت العنان از نظر شریعت جایز است و سه نوع دیگر باطل هستند.

در منابع فقهی از مشارکت مدنی به (شرکه العنان یا شرکه الاموال) تعبیر شده است و آن عبارت است از درهم ساختن سهم الشرکه نقدی یا غیر نقدی طرفین معامله (بانک و شریک وی) به صورت مشاع (عاملی، بی‌تا، ص ۳۲۹). برای انجام کار مشخص در زمینه فعالیت‌های اقتصادی، تولیدی، بازرگانی و خدماتی به مدت معین به انگیزه سود بردن طرفین.

بر اساس ماده (۱۸) تعریف مشارکت مدنی بدین صورت است: درآمیختن سهم الشرکه نقدی یا غیرنقدی اشخاص حقیقی یا حقوقی متعدد به صورت مشاع به قصد نفع بردن.

طبق ماده (۵۷۱) ق.م، شرکت مدنی عبارت است از اجتماع حقوق مالکان متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه حال این شرکت می‌تواند به صورت قهری یا اختیاری باشد. براساس ماده (۵۷۳) ق.م شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می‌شود یا در نتیجه عمل شرکا از قبیل مزج اختیاری یا قبولی مالی مشاعا در ازای عمل چند نفر و نحوه مدیریت کردن اموال مشترک تابع شرایط مقرر بین شرکا خواهد بود که هرکدام از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم خواهند بود.

براساس قانون مدنی، شرکت مدنی بردو قسم است:

۱) شرکت عقدی: عبارت است از عقدی که بین دو یا چند نفر بر معامله نمودن بر مالی که بین آنان مشترک می‌باشد، واقع می‌شود. اثر شرکت عقدی این است که هریک از شرکاء به نمایندگی از سایرین می‌توانند به وسیله کسب و معامله به مال الشرکه تصرف نمایند و هریک از شرکاء همانند وکیل و یا عامل از طرف دیگران عمل می‌نمایند (امامی، ۱۳۹۱ص ۱۳۷). شرکت عقدی یکی از عقود معینه است که علاوه بر دارا بودن شرایط

عمومی باید شرایط اختصاصی ذکر شده در قانون مدنی را نیز دارا باشد تا شرایط، عقد شرکت محقق شود. شرکت عقدی از جمله عقود جایزه هستند که هریک از شرکاء می‌توانند هرزمانی که بخواهند آن را فسخ نمایند.

۲) شرکت غیرعقدی یا همان شرکت مطلق براساس ماده (۵۷۱) ق.م. عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه، حال این مال مشاع می‌تواند عین خارجی باشد، همانند خانه، باغ، زمین، یا منفعت باشد مانند منفعت خانه که اجاره داده شده است. یا حق باشد مانند حق خیار، حق شفعه.... که از شرکت عقدی به عقد مشارکت مدنی تعبیر می‌کنند.

ویژگی‌های عقد مشارکت مدنی

۱- طبق ماده‌ی (۵۸۶) ق.م. مشارکت مدنی از عقود جایز است مگر این‌که طرفین معامله ضمن عقد لازمی حق اختیار فسخ را از خود ساقط کرده باشند (عاملی، ۱۳۹۱، ص ۳۳).

۲- با فوت، سفاهت، مجنون شدن طرفین معامله، عقد از بین می‌رود.

۳- مشارکت مدنی مشارکت در تأمین سرمایه نقدی و غیرنقدی است؛ برخلاف مضاربه که منحصر در تأمین سرمایه نقدی است.

۴- سهم الشرکه نقدی طرفین به نحو مشاع است.

۵- هدف از مشارکت مدنی، قصد نفع بردن مادی از معامله است برخلاف قرض الحسنه که ملاک نفع مادی نیست.

۶- در مشارکت مدنی، منابع مالی در همه حوزه‌های اقتصادی همانند تولیدی، بازرگانی و خدماتی به کار گرفته می‌شود.

۷- در مشارکت مدنی چگونگی تسویه حساب باید معلوم و مشخص باشد.

۸- تحقق مشارکت مدنی در گرو افتتاح حساب مشترک توسط شرکا است که هرکدام سهم الشرکه خود را در آن واریز کنند.

۹- مدت زمان مشارکت مدنی حداقل یک ساله و حداکثر سه ساله است. اداره‌ی مشارکت مدنی طبق قرارداد بر عهده بانک یا شرکای دیگر است.

۱۰- شرکای بانک در یک شرکت مدنی، می‌توانند اشخاص حقیقی و یا حقوقی باشند همچنین بانک میتواند با بیش از یک شریک مشارکت نماید.

۱۱- شرکت مدنی با مشخصات فوق باید طبق قرار داد تشکیل شود (خرم فر، ۱۴۰۰، ۱۵).

شرایط فقهی عقد مشارکت مدنی

با توجه به ماده ۲۳ منظور از مشارکت مدنی عبارت است از تأمین قسمتی از سرمایه‌ی شرکت‌های سهامی جدید و یا خرید قسمتی از سهام شرکت‌های سهامی موجود. پس این عقد همان عقد شرکت است که بانک خود به عنوان شریک در انجام یک پروژه خاصی وارد شده است و در سود و زیان آن شریک خواهد بود. با توجه به بحث شرکت از نظر فقها در آن اشکالی به نظر نمی‌رسد.

ماده‌ی (۱۹) قانون عملیات بانکی هدف از قرارداد مشارکت مدنی را ایجاد تسهیلات برای فعالیت‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی بیان می‌کند (آیین نامه قانون عملیات بانکی، ماده ۱۸، ۱۹).

قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی مصوب ۱۳۹۲/ ۶/۲۶ از حیث قواعد فقهی قابل نقد و بررسی است. اینک درصدد هستیم قواعد فقهی به کار رفته در این قرارداد را تبیین نماییم.

ارکان عقد مشارکت مدنی

۱- متعاقدين باید اهلیت معامله را داشته باشند، به تعبیر دیگر تمام شرایط صحت عقد همانند بلوغ، عقل، اختیار، نبودن حجر به واسطه سفه و ورشکستگی لازم است (حسینی عاملی، ۱۳۹۱، ش، ۳۹۵).

۲- صیغه عقد با تمام شرایطش از جمله با صیغه صحیح اجرا شود.

۳- مال مورد مشارکت، باید معلوم باشد؛ - هم از نظر مقدار و هم از نظر جنس - مجهول بودن و یا عین نبودن مال در معامله کفایت نمی‌کند. همچنین مال باید عین باشد و دین و منفعت در معامله کفایت نمی‌کند (همان).

التزام به شرط ضمن عقد واجب است و شریک در حکم امین است؛ اگر مال در نزد

وی بدون افراط و تفریط تلف شود ضامن نیست(همان).

۴- اگر در تسهیم سود شرطی نکرده باشند، سود برحسب میزان سرمایه تسهیم می‌شود(حلی، بی‌تا، ص ۲۳۶).

سؤالی که در اینجا مطرح است آن است در صورتی که سهم طرفین مساوی باشد ولی یکی از طرفین شرط زیاده در سود بکند آیا چنین شرطی جایز است یا خیر؟ اکثر علما قائل به بطلان چنین شرطی هستند و مرحوم سید مرتضی چنین شرطی را می‌پذیرند(همان).

۵- قصد، اراده

۶- اهلیت متعاقدان

فقهای در مبحث شرکت عقدی، تنها به شرایط متعاقدين از جمله قصد، اختیار، محجر نبودن، و عدم سفاهت پرداخته‌اند ولی از ذکر سایر شرایط خود داری کرده‌اند از جمله آنها قصد، تراضی و اهلیت داشتن است که این سه شرط بعنوان عناصر اصلی و سازنده شرکت مدنی به حساب می‌آیند(محقق، بی تا، ۱۳).

کاربرد قاعده شرط در قرارداد مشارکت مدنی

براساس ماده(۶) شریک، حق فسخ قرارداد را در ضمن عقد خارج لازم از خود سلب نموده است. شرط وقتی نافذ است که در ضمن عقد خارج لازم بیاید حال آن‌که در این ماده سقوط حق فسخ به صورت شرط در ذیل قاعده شرط آمده است نه در ضمن عقد خارج لازم؛ پس چنین شرطی از اعتبار ساقط خواهد بود(نظریور، ۱۳۹۴، ص ۱۵).

طبق ماده(۱۱) شریک ملزم به تضمین سهم الشرکه بانک یا مؤسسه اعتباری به اضافه سود تحصیل شده یا جبران ضرر و زیان در صورت خسارت در قالب عقد صلح تبرعاً از اموال خودش است.

صلحی که به صورت شرط ضمن عقد آمده با اشکالاتی مواجه است:

الف) ماهیت قرارداد مشارکت، مشارکت در سود و زیان است و اخذ شرط تضمین اصل سرمایه و سود حاصل نشده برخلاف مقتضای عقد مشارکت است. ذکر چنین شرطی یک نوع تضمین سود محقق نشده محسوب می‌شود و شرعاً اشکال دارد.

ب) چنین شرطی به دلایل زیر برخلاف کتاب و سنت است:

۱- در صورت عدم تحصیل سود و الزام شریک به پرداخت سود حاصل نشده مصداق اکل مال به باطل است.

۲- ذکر چنین شرطی شبهه ربای حکمی را به دنبال خواهد داشت؛ زیرا در این قرارداد بانک در قبال اعطای تسهیلات، شریک را ملزم به پرداخت سود حاصل نشده کرده و چنین شرطی باطل است؛ چون قرارداد را از حالت مشارکت خارج می‌سازد.

۳- اجبار شریک به پذیرش چنین شرطی به خصوص نسبت به پرداخت سود، تحمیل شرط بر مشتری است (همان).

این ماده باید اصلاح شود و بانک شرط تضمین سود در فرض عدم سود را حذف کند. بر اساس ماده (۱۶) قرارداد، شریک و ضامن در ضمن عقد خارج لازم به بانک اجازه و اختیار تام غیرقابل رجوع می‌دهد تا پس از پایان مدت، در صورت عدم بازپرداخت تسهیلات، بانک مطالبه خود را از موجودی حساب‌ها، اموال و اسنادی که در نزد خودش یا بانک‌های دیگر است بدون حکم قضایی به‌طور مستقیم برداشت نماید.

اجازه‌ی که در این ماده از آن سخن به میان آمده همان وکالت بلاعزل است. حال پرسشی که به ذهن می‌آید این است که آیا وکالت بلاعزل صحیح است؟ و از طرفی این وکالت در ذیل قاعده شرط آمده است. در جواب باید گفت اولاً صحت چنین شرطی باید اثبات شود و ثانیاً وکالت، یک امر اعتباری است و با اجاره‌ی موکل استمرار پیدا می‌کند؛ در صورتی که موکل، وکیل را خود فرض نکند چنین وکالتی به‌طور طبیعی فسخ می‌شود (نظریور، ۱۳۹۴، ص ۱۲).

در ماده (۲۰) قانون به منظور حسن انجام کار، گرفتن وثیقه شرط شده است. باید بررسی کرد که این شرط مطابق ضوابط رهن است یا وثیقه؟ به نظر می‌رسد جزء مصادیق وثیقه باشد و گرفتن وثیقه‌ی بانکی در قالب عقد رهن جایز نیست؛ زیرا قوام عقد رهن، وجود دین است حال آن که در عقد مشارکت مدنی رابطه‌ی بین بانک و متقاضی تسهیلات، رابطه طلبکار و بدهکار نیست؛ بلکه رابطه آن‌ها رابطه‌ی شریک با شریک است. بنابراین بانک جهت حسن انجام تعهدات ناشی از قرارداد مشارکت، همچنین جهت

اطمینان از بازپرداخت تسهیلات، مستحق اخذ وثیقه است ولی نه در قالب عقد رهن (موسویان و فیروز آبادی، ۱۳۸۷، ص ۲۲، ۲۳).

کاربرد قاعده عدل و انصاف در قرارداد مشارکت مدنی

برخی از تبصره‌های قرارداد، تحکیم بر مشتری است. همانند تبصره شماره (۵) که تشخیص و پیش بینی بانک برای شریک معتبر و لازم‌الاجراء دانسته شده است. به عنوان مثال تشخیص بانک در جهت به کارگیری سهم‌الشرکه شریک در موضوع قرارداد مشارکت یا واریز آن به حساب مشترک از ناحیه بانک به شریکش تحمیل شده است و این برخلاف آزادی و عدالت است (همان).

همچنین در سطر آخر ماده (۸) افزایش هزینه‌ها نادیده انگاشته شده و نادیده گرفتن هزینه‌ها در قرارداد، نوعی بی‌عدالتی به حساب می‌آید. البته تحمیل چنین شرایطی بر مشتری را می‌توان تحت عنوان قاعده اضطرار نیز مطرح کرد. طبق این قاعده نباید شرایط قرارداد طوری باشد که مشتری در حالت اضطرار قرار بگیرد.

البته می‌توان این ماده را به این صورت اصلاح کرد که اگر مشتری بدون رضایت بانک کاری کند که هزینه موضوع مشارکت افزایش پیدا کند بانک نسبت به هزینه ایجاد شده هیچ مسئولیتی ندارد؛ ولی اگر در صورت عدم کوتاهی مشتری هزینه‌ها بالا رفت، نمی‌توان آن را بر مشتری تحمیل کرد.

طبق بند یک ماده (۱۳) اگر بانک اراده فروش حصه‌ی خود را بکند مشتری ملزم است یا خودش بخرد یا با هماهنگی بانک به شخص ثالث بفروشد. متعهد کردن مشتری به چنین شرطی تحمیل بر مشتری است؛ زیرا بانک نباید شریک خودش را مجبور به خرید سهم‌الشرکه‌اش کند، بلکه مشتری باید نسبت به خرید و عدم آن مختار باشد.

بند سه ماده (۱۳) شریک را به پرداخت جریمه ملزم می‌سازد. در صورت عدم عمل به تعهداتش و ذکر چنین شرطی از نظر فقها مورد تأیید است؛ اما آنچه به عنوان اشکال در این ماده می‌توان مطرح کرد معیار قرارداد دادن تشخیص بانک نسبت به تخلف مشتری است؛ زیرا دلایل مشتری برای قصور وی مورد بررسی قرار نمی‌گیرد؛ چه بسا ممکن است علت تخلف مشتری تغییر شرایط اقتصادی و مشکلات مالی باشد که در این صورت مشتری را

نمی‌توان متخلف نامید. در صورت تخلف مشتری مبلغ جریمه سزاوار است توسط کارگروه تخصصی و مستقل از بانک تعیین شود و اگر توسط بانک تعیین قیمت شود این خود تحمیل بر مشتری است.

در ماده (۱۷) تصریح شده که کلیه‌ی دفاتر و صورت‌حساب‌های بانک معتبر بوده و کسی نسبت به آن‌ها حق اعتراض ندارد. علاوه بر آن تشخیص تخلف از مقررات و شرایط مندرج در قراردادهای بانکی قابل قبول است. همچنین آمده است: شریک حق هرگونه اعتراض و ایراد نسبت به مندرجات قرارداد و محاسبه‌ها و اقدام‌های اجرایی تا دریافت کامل حقوق بانک را از خود سلب نموده است. این ماده نه تنها بر مشتری بلکه بر کلیه گیرندگان تسهیلات تحمیل و غیرمنصفانه است. اقتضای عدالت بر این است که مشتری نسبت به اشتباه‌های احتمالی صورت‌گرفته در محاسبه‌ها و اقدام‌های اجرایی بانک حق اعتراض داشته باشد و احراز تخلف مشتری توسط نهاد غیربانکی انجام شود.

موضوع بند چهارماده (۲۳) وثیقه است. وثیقه اقتضا می‌کند که در صورت فروش وثیقه ابتدا حق ذی حق ادا شود. ولی بر اساس شرطی که در ماده ذکر شده، در صورت فروش وثیقه مشتری باید بدهی خود را ادا کند. دلیل تحمیل بودن این شرط بر مشتری خلاف انصاف بود آن است؛ چون مشتری باید بین ادای بدهی و جایگزینی وثیقه جدید مخیر باشد (نظریور، ۱۳۹۴، ص ۱۲).

همچنین در این ماده، بانک شرط کرده که وکیل و وصی مالک یا مالکان وثیقه، در صورت فوت بتوانند از ناحیه وثیقه مطالبه خود را وصول نمایند. اشکال این شرط معلق کردن وکالت و وصایت بر فوت مالک یا مالکان وثیقه است؛ در حالی که از شرایط صحت عقد منجز بودن آن است.

برای رفع این اشکال عبارت را باید این‌گونه تنظیم کند: «بانک وکیل و وصی مالک یا مالکان است که اگر آن‌ها فوت کردند، اقدام‌هایی را انجام دهد.»

نکته حائز اهمیت دیگر در این ماده این است که اگر بهای ملک در صندوق ثبت یا دادگستری سپرده شده باشد بانک به میزان مطالبه خود حق دریافت از سپرده را خواهد داشت. اگر وجوه سپرده شده به میزان مطالبه بانک نباشد مشتری متعهد شده تمام بدهی

خود را بنابر تشخیص بانک به صورت فوری پرداخت نماید.

اشکال وارد بر این مورد، الزام مشتری به تأدیه دیونی است که هنوز تاریخ سر رسیدش نرسیده و این با عدالت و انصاف مخالف است.

کاربرد قاعده غرر در قرارداد مشارکت مدنی

در ماده (۲) موضوع قرارداد مشارکت مدنی طرح عنوان شده است. اشکال وارد بر این عنوان عدم شامل شدن این واژه بر بعضی از مصادیق مشارکت همانند سرمایه در گردش است، زیرا موضوع قرارداد مشارکت مدنی ایجاد توسعه فعالیت اقتصادی و تأمین سرمایه در گردش است. سزاوار است برای شفافیت بیشتر موضوع مشارکت جایگزین واژه طرح شود تا تمام مصادیق مشارکت مدنی را شامل شود.

برای جلوگیری از غرر در ماده (۳) سرمایه و سهم الشرکه طرفین معامله به صورت دقیق مشخص شده است. همچنین در ماده (۴) تصریح شده که بانک و شریک وی موظفند سهم الشرکه خود را به حساب مشترک واریز نمایند. اشکالی که به ذهن تبادر می‌کند درباره آورده شریک است که ممکن است غیرنقدی باشد و در این صورت نمی‌توان آن را در حساب مشترک واریز نمود. بنابراین برای رعایت شفافیت و جلوگیری از غرری شدن معامله، موارد غیرنقدی نیز باید تصریح و اندازه‌گیری شود.

طبق ماده (۱۲) طرفین معامله پس از پایان مدت قرارداد و کسر تمامی هزینه‌های مشارکت از درآمد، سود به نسبت مشخص و از پیش تعیین شده بین بانک و مشتری تقسیم می‌شود و مشخص بودن سود هرکدام موجب شفافیت و عدم غرر می‌شود. در همین ماده تصریح شده که در صورت فروش نرفتن موضوع مشارکت، شریک مجبور است آن را به قیمت روز یا قیمت مورد موافقت بانک خریداری نماید. در صورتی که بانک به تنهایی قیمت‌گذاری کند این خود نوعی تحمیل بر مشتری است و مردود می‌باشد. برای جلوگیری از چنین گمانه‌زنی‌هایی پیشنهاد می‌شود که عبارت «قیمت مورد موافقت بانک» به عبارت «توافق طرفین» تبدیل شود.

بر اساس ماده (۲۰) دریافت وثیقه جهت حسن انجام معامله شرط شده است. به نوع وثیقه و نحوه قبض و اقباض نیز اشاره شده است لکن ذکر عبارت ذیل در قرارداد از ابهام

برخوردار است «پس از قبض وثیقه حسب مورد مندرج در ماده به عمل آمد و مورد وثیقه به طور صحیح و سالم تحویل مالک داده شد» زیرا ممکن است مقصود از عبارت این باشد که وثیقه پس از قبض از اداره‌ی ثبت به مالک یا مالکان برگردانده شده و بانک موظف به نگهداری آن نیست.

معنای دومی که می‌توان تصور کرد عبارت است از این‌که آن‌چه در اختیار بانک به عنوان سپرده گذاشته شده قابل معامله نیست. برای رفع ابهام مناسب است معنای دقیق ماده مشخص و روشن شود.

کاربرد قاعده (کل قرض جر منفعته فهو ربا) در قرارداد مشارکت مدنی

طبق ماده (۱۱) در صورتی که بانک دچار خسران و زیان شود، شریک در قالب عقد صلح و تبرعاً از اموال خود جبران خسارت نماید.

صلحی که در این ماده مطرح شده به صورت شرط ضمن عقد است و شبهه ربوی بودن را به دنبال دارد؛ زیرا این شرط معامله را از حالت مشارکت مدنی خارج کرده و شریک را ملزم به پرداخت چیزی در قبال اعطای تسهیلات نموده است؛ چون معلوم نیست پس از انجام معامله شریک سود می‌کند یا ضرر؟ الزام شریک به پرداخت سود حاصل نشده شرط اضافه بر رأس‌المال است و سزاوار است در این ماده بانک شرط تضمین سود در فرض عدم سود را حذف کند (همان).

کاربرد قاعده استیمان در قرارداد مشارکت مدنی

بر اساس بند دو ماده (۱۳) اگر بانک به دلیل تأخیر در اجرای موضوع مشارکت توسط مشتری دچار خسارت شود مسئولیت جبران خسارت برعهده شریک بانک است. این شرط وقتی عملی می‌شود که ضمان‌آور باشد و شرط در صورتی محقق می‌شود که تأخیر شریک در انجام معامله از روی افراط و تفریط باشد. پس بررسی علت تأخیر انجام معامله در صورتی که شریک مقصر تشخیص داده شد ضامن جبران خسارت خواهد بود و در غیر این صورت ضامن نیست. بطور خلاصه این قاعده در صدد بیان این مسأله است که مادامی که افراط و تفریط از ناحیه مشتری نسبت به اجرای موضوع مشارکت، احراز نشود براساس مفاد شرایط ضمان مشتری نسبت به بانک هیچ گونه مسئولیتی ندارد و بانک حق ندارد مشتری به پرداخت خسارت الزام کند.

کاربرد قاعده قصد در قرارداد مشارکت مدنی

در ماده هفت تصریح شده است: «اداره امور شرکت مدنی با رعایت مفاد قرارداد حاضر و قوانین جاری، تبرعاً به عهده شریک و با نظارت بانک/مؤسسه اعتباری است.» گذاشتن اداره شرکت به عهده شریک اشکال ندارد؛ اما اگر وی را به صورت تبرعی مجبور به قبول مسئولیت بکنیم اشکال دارد؛ بنابراین لازم است که حق عاملیت برای شریک در نظر گرفته شود و آن را به عنوان هزینه مدیریت و هزینه مشارکت به حساب آورد. اگر شریک را اجبار به قبول اداره مشارکت مدنی بسازیم این نکته بیانکننده عدم قصد واقعی برای تحقق مشارکت است. البته در بسیاری از عقود شروطی که در ضمن عقد لحاظ می شود دلیلش تضمین سود بانکی از ناحیه شریک و شانه خالی کردن بانک از هرگونه ضرر و زیان احتمالی است. وقتی مجموع این شروط را کنار هم قرار بدهیم از یک واقعیت حکایت دارد و آن عدم قصد مشارکت در سود و زیان است. بانک با در نظر گرفتن شرایط ضمن عقد می خواهد سود خود را تضمین نموده و خسارت و زیان احتمالی در معامله را به گردن شریک بیندازد. در نتیجه معامله از ناحیه قصد دچار آسیب می شود.

برای حل این مشکل بانک ها شروط را حذف نموده و سهم خود در ضرر و زیان و همچنین خسارت های احتمالی بپذیرد تا قصد واقعی در مشارکت محقق شود.

لوازم اجرای عقد مشارکت مدنی

اشخاص حقیقی و حقوقی که بخواهند برای تأسیس یا توسعه فعالیت های تولیدی، بازرگانی و خدماتی با بانک وارد معامله مشارکت مدنی شوند بایستی اطلاعات ذیل (موضوع مشارکت، میزان سرمایه مورد نیاز، مدت زمان معامله، وثیقه ای برای ضمانت حسن اجرای کار) را در اختیار بانک قرار دهد و بانک نیز با بررسی اطلاعات در صورت اطمینان کافی اقتصادی با اخذ شرایطی در ضمن عقد یا بدون اخذ شرایط با درخواست مشتری موافقت و اقدام به انعقاد قرارداد می نماید. در پایان سال مالی یا در پایان دوره، سود حاصل از شرکت به تناسب سهم سرمایه هرکدام بین بانک و شریک تقسیم می شود (موسویان، ۱۳۹۰، ص ۵۴۲).

در قرارداد مشارکت مدنی می توان شرایطی را در ضمن عقد لحاظ کرد. بانک

می‌تواند با ذکر شرط ضمن عقد، حق نظارت بر کیفیت، جذب سرمایه و برگشت آن در طول مدت قرارداد را برای خود تضمین کند و در پایان قرارداد یا در پایان هر سال مالی سود حاصل از شرکت را به تناسب سرمایه بین بانک و شریک تقسیم نمایند (نظرپور، ۱۳۹۴، ص ۱۲).

نحوه استفاده از عقد مشارکت مدنی در نظام بانکی جمهوری اسلامی ایران

بررسی انجام شده از انطباق شرایط عقد مشارکت با عنوان عقد مشارکت در بانکداری اسلامی نشان‌دهنده‌ی فاصله زیادی بین قانون بانکداری بدون ربا و عمل به آن در مرحله اجرا وجود دارد.

به عنوان مثال وقتی فردی به عنوان متقاضی تسهیلات به بانک مراجعه می‌کند طبق قراردادی که بین طرفین معامله امضا می‌شود بانک در طرح سرمایه‌گذاری مشارکت نموده و متعهد به پرداخت اقساطی سهم خود از سرمایه پیش‌بینی شده - با توجه به پیشرفت کار- به تسهیلات‌گیرنده می‌شود. در نتیجه به میزان مشارکت در سود بدست آمده از طرح نیز سهم خواهد شد (طالی و کیانی، ۱۳۹۱، ص ۱۲). مشارکت واقعی وقتی تحقق پیدا می‌کند که سود از میزان پیشرفت طرح حاصل شده باشد و بر اساس توافق، به نسبت سهم هر کدام بین طرفین معامله تقسیم شود. مشارکت واقعی همواره با ریسک بالای همراه است ولی بانک به عنوان یک نهاد کم‌ریسک هرگز زیر بار ریسک‌های سنگین مشارکت نمی‌رود؛ لذا برای فرار از ریسک، در قراردادهای بندهای را اضافه می‌کند که آنچه در واقع محقق می‌شود فاصله زیادی با مشارکت واقعی دارد.

آقایان حسین صمصامی و پرویز داودی در کتاب «به سوی حذف ربا از نظام بانکی از نظریه تا عمل، دانایی توانایی» در پیوست فصل دوم، نمونه‌ای از یک قرارداد مشارکت مدنی را که بین بانک و مشتری منعقد می‌شود به صورت کامل ارائه کرده‌اند و براساس این قرارداد مشارکت، مشتری متعهد می‌شود:

- پرداخت تمام هزینه‌های مورد نیاز مازاد بر اصل سرمایه را باید مشتری پرداخت کند و سهم بانک از این هزینه‌ها را در ازای مبلغ ناچیزی صلح نماید.

• عقد مشارکت از عقود جایز است و به محض اراده، هریک از طرفین معامله می‌توانند معامله را فسخ کنند؛ در حالی که در قراردادهای بانکی مشتری در قالب عقد صلح ضمن پذیرفتن تمامی تعهدات مندرج در قرارداد، حق فسخ معامله را نیز از خود سلب نموده و عقد جایز را تبدیل به عقد لازم کرده است.

• پس از پایان سررسید به هر دلیلی اگر تسویه حساب انجام نشود مشتری موظف است در قبال دورانی که سرمایه در اختیارش بوه مال الاجاره را به میزان درصدی معین از سهم الشرکه به بانک پرداخت کند.

• اگر در فرایند سرمایه‌گذاری حوادثی قهری اتفاق بیفتد و از ناحیه آن سرمایه بانک دچار خسارت شود مشتری مجبور است اموال بانک را به میزانی که خود بانک تعیین می‌کند به صورت مجانی به بانک بپردازد.

• در صورتی که بانک تمایل به فروش سهم الشرکه خود داشته باشد، مشتری متعهد است که سهم بانک را اضافه بر سود متعلق به مشارکت مدنی تضمین نماید.

• اگر قیمت سهم الشرکه‌ی بانک نسبت به نرخ بازار کمتر باشد مشتری باید آن را به قیمت بالاتری خریداری نموده و ما به التفاوت را از مال خود به صورت مجانی به بانک بپردازد (طالبی و کیانی، ۱۳۹۱، ص ۱۵).

نظام بانکداری موجود از ناحیه برخی اندیشمندان اقتصادی کشور اعم از تحصیل کرده‌های دانشگاهی و دانش‌آموختگان حوزوی منتقدانی جدی دارد؛ به اعتقاد بسیاری از این کارشناسان، اشکالات نظام بانکی بیشتر مربوط به جنبه‌ی ساختاری است.

برخی از اشکالاتی که از سوی بسیاری از کارشناسان پذیرفته شده عبارتند از:

۱- عدم ارائه تعریفی روشن و کاربردی از نظام بانکی و تبیین قلمرو قوانین حاکم بر آن.

۲- عدم قابلیت نظام بانکی کشور برای طراحی الگوهای مناسب با انواع مؤسسه‌های اعتباری بانکی و غیربانکی.

۳- عدم جامعیت و نارسایی قانون درباره اهداف و سلیقه‌های سپرده‌گذاران؛

۴- نداشتن جامعیت و نارسایی قانون درباره هدفها و سلیقه‌های متقاضیان

تسهیلات؛

۵- صوری شدن معاملات در سیستم بانکی کشور؛

۶- هزینه بالای اجرای صحیح عقدها با ماهیت بانکها؛

۷- ضعف توان و عدم وجود کارشناسان متخصص در بانکها برای تعیین طرح‌های

فنی و اقتصادی بالا؛

۸- ضعف نظام نظارتی و بازرسی کارآمد در نظام بانکی؛

۹- وجود شبهه‌ی ربا در عملیات بانکی کشور (عیسوی، ۱۳۹۷، ص ۱۷).

با توجه به موارد فوق، می‌توان به این نتیجه دست یافت که آنچه در عمل در ضمن عقد مشارکت اتفاق می‌افتد با آنچه در قانون به اسم عقد مشارکت پیش‌بینی شده فاصله بسیاری وجود دارد؛ زیرا آنچه در قانون به آن اشاره شده، در صورتی که هزینه‌ها از میزان پیش‌بینی شده بیشتر شود هزینه‌های ایجاد شده به عهده طرفین معامله به میزان مشارکت‌شان است؛ و در صورتی که اصل سرمایه توسط حوادث طبیعی دچار خسارت شود خسارت ناشی از آن به عهده بانک و مشتری است و تحمیل آن بر مشتری هیچ توجیه عقلایی و شرعی ندارد. همچنین بانک با ملزم کردن مشتری به خرید سهم‌الشرکه به اضافه درصدی مشخص از سود، در صدد تضمین سود است؛ حال آن‌که مقتضای مشارکت واقعی مشارکت در سود و زیان است.

عدم تطابق ماهیت بانک با عقد مشارکت مدنی در حوزه خرد

از نگاه خرد وظیفه بانک واسطه‌گری مالی است؛ به این معنا که بانک وجوه مازاد سپرده‌گذاران را جذب کرده و در اختیار متقاضیان تسهیلات که همان تولیدکنندگان و مصرف‌کنندگان است قرار می‌دهد. بانک‌ربوی برای جذب سپرده‌گذاران ساز و کاری طراحی نموده و آن نرخ بهره است. نظام بانکداری متعارف در قبال دریافت سپرده افراد بهره پرداخت می‌کند و برای ارائه تسهیلات نیز بهره دریافت می‌کند. این سازوکار در نظام بانکداری اسلامی قابل قبول نیست؛ زیرا شرط دریافت مازاد در قبال قرض، ربا محسوب می‌شود و شریعت اسلامی آن را حرام کرده است (ایروانی، ۱۴۲۲ق، ص ۳۵). در نظام

بانکداری اسلامی راهکارهای دیگری جایگزین سازوکار بانکداری متعارف تعریف شده که بهره در فرایند جلب و جذب سرمایه هیچ جایگاهی ندارد و آن راهکار، استفاده از عقود اسلامی است (طالبی و کیانی، ۱۳۹۱، ۱۳).

هدف از تأسیس بانکداری اسلامی آلوده نشدن جامعه اسلامی با معضلی به نام ربا است. رباخواری در منابع اسلامی به منزله جنگ با خدا و رسولش بیان شده و بر اساس آموزه‌های دین اسلام جامعه‌ی به شکوفایی و رستگاری دست پیدا می‌کند که از خوردن لقمه‌های حرام بپرهیزد. امروزه بانکداری متعارف در ازای سپرده‌های که جذب می‌کند به سپرده‌گذاران، بهره که همان ربای شرعی است پرداخت می‌کند و چنین روشی از نظر شریعت اسلامی محکوم است. سازوکاری که نظام بانکداری اسلامی برای جذب وجوه مازاد سپرده‌گذاران در قانون تعریف کرده روش‌های مختلفی دارد که یکی از آنها مشارکت در سود و زیان است؛ ولی متأسفانه بانک در مقام عمل و اجرایی کردن این قانون با مشکلاتی مواجه بوده که در ذیل به تک تک آنها پرداخته خواهد شد.

برخی معتقدند که به چند دلیل نقش بانک به عنوان واسطه مالی باید حفظ شود:

۱- فلسفه وجود بانک بحث واسطه‌گری است.

۲- انتظار افراد و نهادهای فعال در حوزه اقتصاد نیز همین است.

۳- اگر بانک بخواهد تمامی مراحل اجرایی عقود مشارکتی را که شامل انجام مطالعات پروژه، امکان سنجی آن، تأمین منابع مالی، خرید تجهیزات، ساخت پروژه و بهره برداری از آن انجام دهد از ماهیت اصلی‌اش که همان واسطه‌گری مالی باشد خارج شده و به یک شریک سرمایه‌گذار تبدیل می‌شود (همان).

۱- نبود توان و تخصص در بانک برای مشارکت

بانک به عنوان واسطه مالی در بخش زیرساخت‌های اداری، نیروی انسانی و تشکیلات متناسب به خودش را اقتضا دارد؛ زیرا زیرساخت آن بر مبنای مشارکت شکل نگرفته و نمی‌تواند عقد مشارکت را به صورت دقیق و کارشناسی شده انجام دهد. ساختار مشارکت نیازمند افراد کارشناس است که در ساخت، اجرا و بهره‌برداری یک پروژه نظارت کافی داشته باشند؛ در حالی که بانک فاقد چنین ساختاری است. به عنوان مثال بانک

چگونه می‌تواند در مورد حسن ساخت و بهره‌برداری یک پروژه فناوری زیستی در حوزه اصلاح نباتات نظارت داشته باشد؟(همان).

۲- نبود قصد واقعی برای مشارکت

موارد زیادی مشاهده شده که طرفین قرارداد یعنی بانک و گیرنده تسهیلات در معامله قصد مشارکت واقعی را نداشته‌اند و چون راهکار دیگری برای دریافت تسهیلات در بانک تعریف نشده مشتری از روی اجبار تن به انعقاد قرارداد در ضمن عقد مشارکت داده است. هدف گیرنده تسهیلات، تأسیس و یا تکمیل طرح مورد نظرش است و هیچ تمایلی ندارد دیگران درکارش نظارت کنند؛ ازطرف دیگر بانک نیز به جهت ساختاری که دارد توان ورود و نظارت بر پروژه‌های مشارکتی را ندارد و بنابراین ترجیح می‌دهد همه امور مربوط به پروژه توسط مشتری انجام شود و خود به سود ثابتی که در قرارداد تعیین شده دست پیدا کند. همچنین بانک برپرض مشارکت در طرح‌های واقعی، منابع وی در طرح‌ها قفل شده و توان ارائه تسهیلات به افراد دیگر را از دست خواهد داد و این با وظیفه اصلی‌اش در تضاد است. وقتی طرفین معامله قصد واقعی در مشارکت ندارند چگونه انتظار می‌رود که عقد به صورت اصولی انجام شود؟(همان).

۳- عدم تطابق مشارکت با ریسک قابل پذیرش بانک

علت دیگر عدم تطابق بانک با عقود مشارکتی، ماهیت آن‌هاست. عقود مشارکتی ذاتاً دربردارنده ریسک بالایی است و بانک، برعکس آن به شدت ریسک‌گریز بوده و نسبت به پذیرش ریسک بسیار حساس است. با این وصف بانک عملاً نمی‌تواند وارد معامله با ریسک بالا شود؛ زیرا منابعی که بانک در اختیار دارد متعلق به سپرده‌گذاران است. از طرفی ذات عقود مشارکتی مشارکت در سود و زیان را اقتضا دارد و اگر بانک بخواهد به صورت واقعی در پروژه شریک شود با خطر و زیان عمدی و غیرعمدی که پروژه با آن مواجه است شریک می‌شود و بانک نمی‌تواند چنین خطری را بپذیرد. دلیل اصلی تغییر شکل قرارداد مشارکتی در نظام بانکداری عدم پذیرش ریسک از ناحیه بانک است؛ لذا بانک برای فرار از پذیرش ریسک، بندهای را در قرارداد لحاظ می‌کند که حداقل امکان همه ریسک‌های موجود در پروژه به عهده مشتری باشد و سود ثابتی را برای خودش تضمین نماید(همان).

۴- ریسک بالای فضای کسب و کار

وجود مشکلات ساختاری، تحریم اقتصادی و تأمین مالی جهت تجهیز کارخانه، پروژه‌های سرمایه‌گذاری را برای مجریان آن با مشکلاتی مواجه ساخته است؛ انجام طرح‌های اقتصادی از ریسک بالایی در زمینه طراحی، ساخت، تجهیز و توسعه برخوردار است و همین ریسک بالا سبب عدم تمایل بانک به استفاده از عقود مشارکتی شده و زمینه استفاده از سایر عقود را فراهم نموده و در صورت استفاده از عقود مشارکتی موجب صوری شدن آن شده است (احمدی، حاجی آبادی، ۱۳۸۹، ص ۱۰).

۵- عدم انعطاف پذیری نظام حسابداری رایج

حسابداری بانکی باید قابلیت رهگیری انواع سپرده‌ها از ابتدای جذب آن تا مرحله بهره‌برداری و برداشت توسط مشتریان را داشته باشد؛ به عنوان مثال شخص ودیعه‌گذار سپرده خود را با هدف اعطای قرض‌الحسنه به دیگران، در اختیار بانک قرار می‌دهد و بانک باید این توانای را داشته باشد که سپرده مذکور را در قالب قرض‌الحسنه به مشتری اعطا کند یا اگر مشتری با هدف کسب سود اقدام به سپرده‌گذاری کند، بانک باید سپرده وی را در قالب عقود مشارکتی سرمایه‌گذاری نماید؛ در حالی که حسابداری نظام بانکی به شدت انعطاف ناپذیر بوده و توانایی جداسازی دقیق حساب‌های مربوط به عقود مشارکتی از هم و از سایر حساب‌ها را ندارد و همین امر باعث عدم اجرای درست و واقعی عقود مشارکتی شده است (همان).

۶- سنخیت ذاتی نهاد بانک با رابطه دائن و مدیون

نقش ذاتی بانک متعارف، واسطه‌گری مالی بوده و مسئولیت انتقال بهره و ریسک را به عهده دارد و پایه و اساس آن را قرض تشکیل می‌دهد. شریعت اسلام، عقد قرض را ممنوع اعلام کرده است - مگر این که در قالب قرض‌الحسنه انجام شود. - ورود بانک - با چنین ویژگی‌هایی در عرصه مشارکت که اساس آن را مشارکت در سود و زیان تشکیل می‌دهد با فلسفه وجودی این نهاد که رابطه آن به صورت دائن و مدیون است در تضاد است (سبحانی، ملکی، ۱۳۹۳، ص ۱۸).

عدم تطابق ماهیت بانک با عقود مشارکتی در حوزه کلان

بانک با توجه به ساختار وجودیش اگر بخواهد در عرصه عقود مشارکتی ورود پیدا

کند و آن را تمام و کمال اجرا نکند دچار معضلاتی جدی می‌شود و راه‌حل آن تغییر ساختار بانک است؛ یعنی با تغییر ساختار می‌تواند به طرح‌های تخصصی حوزه‌های مختلف اشراف فنی و نظارتی داشته باشد و یا از سپرده‌های با درجه ریسک بالا استفاده نماید. با این اوصاف دیگر اسم این نهاد را نمی‌توان بانک گذاشت و نباید از آن کارکرد بانک را انتظار داشت. این امر درحوزه اقتصاد کلان با مشکلاتی مواجه خواهد شد و باعث می‌شود نتواند به وظایفی که درحوزه اقتصاد کلان به عهده دارد عمل کند. اینک به برخی از مصادیق عدم تطابق بانک با عقود مشارکتی در سطح کلان اشاره می‌شود:

۱- بروز اختلال در سازوکار اعمال سیاست‌های پولی

بانک به عنوان مجری سیاست‌های پولی می‌تواند با ابزاری که در اختیار دارد با توجه به شرایط موجود، سیاست انبساطی یا انقباضی انجام دهد. از طرفی بانک با توجه به تعهداتی که در قبال عقود مشارکتی جهت تأمین سرمایه طرح به عهده دارد موظف است قطع نظر از انقباضی یا انبساطی بودن سیاستش، منابع مالی طرح‌ها را تأمین نماید. این امر سبب اختلاف در سیاست‌های پولی بانک مرکزی خواهد شد (همان).

یکی از ابزارهای سیاست پولی بانک مرکزی تعیین حداکثر نرخ تسهیلات در بخش‌های مختلف اقتصاد است و در صورت استفاده بانک از عقود مشارکتی جهت تأمین مالی، باعث از بین رفتن کارایی این ابزار خواهد شد.

به عنوان مثال بانک می‌خواهد روند اعطای تسهیلات را با کاهش دادن نرخ تسهیلات سرعت بخشد تا شاهد کاهش سطح قیمت‌ها و افزایش تولید باشیم؛ این سیاست در صورت مؤثر است که بانک‌ها در قالب عقود مبادله ای ارائه تسهیلات نمایند و چنانچه بخواهند از دستورالعمل بانک مرکزی شانه خالی کنند می‌توانند در قالب عقود مشارکتی ارائه تسهیلات نمایند و در این صورت بانک مرکزی قادر به تعیین نرخ برای این نوع تسهیلات نخواهد بود و اعمال سیاست پولی با این روش ناممکن خواهد بود (همان).

۲- ایجاد اختلال در سود مورد انتظار سرمایه‌گذاران

یکی از مواردی که باعث جذب سرمایه‌گذاری در اقتصاد می‌شود، نرخ سود بانکی است و موکول کردن آن به نرخ سود طرح‌ها و پروژه‌ها سبب تنوع زیادی در نرخ سود

بانکی خواهد شد. این امر سبب بروز اختلاف در نرخ بازدهی مورد انتظار سرمایه‌گذاران فعال خارج از بانک می‌شود. بر اساس نظریات اقتصادی، نرخ سود حاصل از سرمایه‌گذاری در بخش‌های مختلف اقتصاد با نرخ سود بدون ریسک در اقتصاد مقایسه می‌شوند و در صورتی که نرخ سود دو سرمایه‌گذار از نرخ سود بدون ریسک بیشتر باشد سرمایه‌گذاری انجام می‌شود و در غیر این صورت سرمایه‌گذار ترجیح می‌دهد پول خود را صرف دریافت نرخ سود بدون ریسک کند. در اقتصاد اسلامی سود تضمین شده یا همان سود بدون ریسک وجود ندارد، اما سرمایه‌گذاری در قالب عقود مبادله‌ای با ریسک بسیار کمی همراه است و نرخ سود سپرده‌های بانکی یکی از بهترین مصادیق نرخ سود با ریسک کم است (همان).

۳- عدم جهت دهی منابع افراد ریسک‌گریز به سمت سرمایه‌گذاری

اقتصاد متعارف برای جذب سپرده‌های سپرده‌گذار با هرسلایقه و ذائقه ریسکی سازوکار متفاوتی طراحی نموده است؛ به‌عنوان مثال افراد ریسک‌پذیر سرمایه‌های خود را در شرکت‌های بیمه سرمایه‌گذاری می‌کنند ولی افراد ریسک‌گریز وجوه خود را در اختیار بانک قرار می‌دهند.

در بانکداری اسلامی افراد ریسک‌گریز می‌توانند در قالب عقود مبادله‌ای سرمایه‌گذاری کنند؛ زیرا کسب درآمد از این طریق با ریسک پایینی همراه است و اگر بانک‌ها وارد فعالیت‌های اقتصادی در ضمن عقود مشارکتی شوند لازمه عقود مشارکتی، ریسک‌پذیری آن است و در نتیجه این عقود نمی‌توانند به سپرده‌گذاران درآمدی با ریسک پایین اعطا کنند و بانک‌ها نیز از جذب سپرده‌ها با ریسک پایین عاجز بوده و بخشی از منابع بلااستفاده مانده و در جامعه رها خواهد شد (همان).

۴- عقد مشارکت مدنی با کارکرد بهره

بانک به دلیل عدم قدرت نظارت بر پروژه‌های که در قالب عقد مشارکت سرمایه‌گذاری می‌کنند توانایی احراز میزان سود و زیان پروژه را ندارد و کارکردش همان کارکرد عقود با بازده ثابت است (علوی، ۱۳۹۶، ص ۲۹). بانک با اضافه کردن شرایطی همانند عقد ضمان، هبه و... در قرارداد درصدد تضمین اصل سرمایه سود ثابت است؛ در

حالی که عقود مشارکتی به دنبال توزیع عادلانه ریسک و بازدهی بین طرفین قرارداد است.

۵- ضعف نظام آموزش بانکداری اسلامی

پیشرفت هر جامعه در گرو قوانین حاکم بر آن و معرفت و شناخت نسبت به قوانین است و قانون بانکداری نیز از این قاعده مستثنی نیست. قانون بانکداری اسلامی زمانی از کارایی لازم برخوردار خواهد شد که مردم و کارگزاران نسبت به آن قوانین آگاهی لازم و کافی پیدا کنند. بانکداری بدون ربا از پیچیدگی‌های برخوردار است و مادامی که مردم و مسئولین آموزش لازم نبینند کارکنان بانک و مشتریان آن نسبت به وظیفه خویش آگاهی لازم را ندارند. این عدم آگاهی نسبت به قوانین بانکی مشکلات ذیل را به دنبال خواهد داشت:

- صوری شدن عقود
- بطلان قراردادها
- حرمت درآمدها
- بی‌مبالاتی مردم نسبت به رباخواری
- همکاری نکردن افراد باایمان با بانک
- ربوی شدن نظام بانکی

۶- اعتبار به گزارش سود، زیان و خطر اخلاقی

پس از انجام طرح و فعالیت اقتصادی توسط شرکت‌ها امکان خطر اخلاقی وجود دارد؛ به این صورت که شرکت گیرنده تسهیلات در دادن گزارش سود و زیان ممکن است هزینه‌های اجرای طرح را بیش از مقدار مصرف شده و سود تحصیل شده را کمتر از واقع گزارش کنند و این مسئله خطر اخلاقی ریسک اعتباری را به دنبال خواهد داشت. ریسک اعتباری به این معنا است که ممکن است بازپرداخت وام توسط مشتری با تأخیر صورت بگیرد و یا اصلاً پرداخت نگردد که در نتیجه بانک را با مشکل نقدینگی مواجه خواهد ساخت (همان).

۷- ضعف نظام نظارتی کارآمد

هر سیستمی دارای اهداف منحصر به خودش است و هر عضوی با توجه به مسئولیتی که به عهده گرفته برای تحقق آن هدف تلاش می‌کند. برای این که اعضا از مسیری که

برای آن‌ها تعریف شده منحرف نشوند نیاز به یک نهاد نظارتی است و وجود چنین نهادی در بانکداری اسلامی از اوجب واجبات به حساب می‌آید؛ اما متأسفانه این نظارت در سیستم بانکداری اسلامی ایران به شدت ضعیف است و حتی در بسیاری از موارد پس از پرداخت تسهیلات نیز کنترل و نظارت وجود ندارد (مهدوی، ۱۳۹۲، ص ۷۵).

عملکرد عقود مشارکتی در بانکداری بدون ربا

انتقادات وارد بر عملکرد قانون بانکداری اسلامی اکثراً مربوط به ضوابط، آیین‌نامه‌ها، نحوه اجرای عقود مشارکتی و شناسایی سود واقعی است؛ طوری که برخی از اندیشمندان عرصه بانکداری اسلامی قائل به حذف این عقود از نظام بانکی هستند و برخی دیگر نیز درصدد حل مشکلات، شبهات و شناسایی سود واقعی و ارائه راه حل مناسب برای اجرای صحیح عقود مشارکتی هستند (موسویان، ۱۳۸۶ ص ۱۸).

پژوهش‌کده پولی و بانکی در کتاب «مشکلات و موانع اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی کشور» بسیاری از نقاط ضعف نظام بانکی در جهت عملیاتی کردن عقود مشارکتی را مورد بررسی قرار داده است و موانعی که در این کتاب توسط نگارنده جمع‌آوری شده است از مهمترین چالش‌های صوری شدن عملیات بانکی بدون ربا قلمداد می‌گردد که در ذیل به آن‌ها اشاره می‌شود:

- عدم شفافیت آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های بانکی درباره اجرای عقود مشارکتی؛
- عدم شفافیت رابطه بانک و مشتری در مراحل اجرای عقود؛
- فقدان میزان تعیین نسبت سود بین طرفین معامله؛
- عدم مشارکت بانک با مشتری در زیان احتمالی؛
- وجود مخاطرات اخلاقی از ناحیه مشتری؛
- فقدان تخصص کافی بانک‌ها در حوزه‌های مختلف جهت ورود به مشارکت واقعی؛
- لحاظ نمودن بندهای در متن قرارداد از طرف بانک جهت تضمین سود قطعی؛
- نبود ضمانت اجرا برای الزام شریک به پرداخت سهم الشریکه؛
- عدم مشارکت بانک در مدیریت موضوع مشارکت و مدیریت کامل موضوع مشارکت توسط شریک؛

• امکان انحراف تسهیلات پرداختی از عقود مشارکتی و هزینه کردن آن در خارج از طرح؛

• ثابت بودن سهم بانک با وجود نرخ‌های تورم بالا در دوره مشارکت (مهدی زاده، حاجیان، شمس فخر، اکرمی، ۱۳۹۱، ص ۲۵).

کارکرد عقود مشارکتی در نظام بانکداری بدون ربا همانند عقود مبادله ای است.

به اعتراف بانک، نظارت بر نتیجه فعالیت تسهیلات گیرنده در قالب عقود مشارکتی و احراز میزان سود، از حیطه توانایی بانک خارج است. بانک برای تضمین سود قطعی برای خودش از عقود ضمان، هبه و... در ضمن عقود مشارکتی استفاده می کند. به عبارت دیگر بانک در واقع با افزودن چنین عقودی به نوعی همان ساختار بهره را پیاده می کند و با این عقود سود را برای خودش و زیان را برای مشتری قطعی می سازد. امروزه نه تنها نرخ سود قابل دریافت از مشتری در عقود مشارکتی و مبادله ای یکسان است؛ بلکه نرخ دریافت سود در عقود مشارکتی برای بانک نسبت به عقود مبادله ای بیشتر است؛ زیرا دریافت کنندگان تسهیلات در قالب عقود مشارکتی اضافه بر زیان محتمل، درصد معینی از سود را به نفع بانک نیز تضمین می کنند و در واقع شخص متقاضی هرگز با بانک مشارکت نمی کند (صمصامی، توکلی، ۱۳۹۱، ص ۲۶).

نتیجه گیری

در بررسی عقد شرکت در نظام بانکداری اسلامی ایران، به این نتیجه دست پیدا کردیم که عقد مشارکت مدنی قابلیت‌های گسترده‌ای در افزایش رشد اقتصادی جامعه دارد؛ از جمله کاهش هزینه‌های تولید، افزایش تولید، افزایش سرمایه‌گذاری، اشتغال زایی، کاهش سطح عمومی قیمت‌ها، ثبات اقتصادی و نزدیک شدن به حقیقت بانکداری بدون ربا. با این حال در عمل به دلیل عدم ساختار مناسب آموزشی، فقدان اعتماد کافی، سهم عقود با بازدهی ثابت و تغییر ماهیت عقود مشارکتی سیستم بانکداری به سمت بانکداری ربوی گرایش پیدا کرده است.

بانک‌ها به دلیل ماهیت ریسک‌گریزی که دارند نسبت به هرگونه تحمل ریسک از خودشان واکنش نشان داده و با لحاظ کردن قیود و بندهای در متن قرارداد درصدد

تضمین سود قطعی هستند. عقود مشارکتی با توجه به ماهیت ریسکی که دارند اقتضای مشارکت در سود و زیان را دارد و در صورت پذیرش ریسک از ناحیه بانک و ورود آن در عرصه فعالیت‌های اقتصادی واقعی آثار بسیار مثبتی را به دنبال خواهد داشت (بانک هرگز وارد چنین معامله‌ای نخواهد شد).

در عقد مشارکت مدنی به دلیل نحوه اجرای پروژه، مدیریت آن، تولید محصولات با بازار فروش مناسب و خیلی از عوامل دیگر سودی ثابتی وجود ندارد و این امر موجب می‌شود که بانک - که از سپرده‌های مردم استفاده می‌کند - جرأت نکند در چنین پروژه‌هایی سرمایه‌گذاری کند؛ بلکه تمایل بیشتری به سمت عقود با بازده ثابت - همانند عقود مبادله‌ای داشته باشند.

فهرست منابع

❖ قرآن

- ۴- ابن فارس، احمد (۱۹۷۹م) معجم مقائیس اللغة، دارالفکر.
- ۵- ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴)، لسان العرب، ج ۵، چ ۳، بیروت، دارصادر.
- ۶- احمدی، سید روح الله، حاجی آبادی، بهاروندی، احمد، راهکارهای اجرای صحیح عقدهای مشارکتی در نظام بانکی ایران (۱۳۸۹)، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، سال دهم، ش ۳۸.
- ۷- اسکینی، ربیعا، منابع حقوقی بیع تجارت بین المللی (۱۳۶۵) مجله حقوقی.
- ۸- ایروانی، محمد باقر (۱۴۲۲ق) دروس تمهیدیه فی الفقه الاستدلالی، توحید، مرکز العالمی للدراسات الإسلامیة.
- ۹- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش.
- ۱۰- حرعاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة، بی تا، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث.
- ۱۱- حرعاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة، بی تا، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث.
- ۱۲- حسینی عاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۸)، مفتاح الکرامه، فی شرح قواعد العلامه، چ ۱، بیروت، دارالتراث.
- ۱۳- حلی، علامه (۱۴۲۰)، تحریر الاحکام، ج ۳، مؤسسه الامام الصادق (ع).
- ۱۴- خرم فر، کیوان (۱۴۰۰)، عقد مشارکت مدنی در نظام بانکی کشورهای اسلامی و حقوق موضوعه ایران، مجله بین المللی پژوهش ملل، ش ۶۹.
- ۱۵- خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، بی تا، تهران، مکتبه العلمیه الاسلامیه.
- ۱۶- خوئی سید ابوالقاسم (۱۳۷۰)، مصباح الفقاهة (المکاسب)، قم، انصاریان.
- ۱۷- خوئی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۰)، مصباح الفقاهة (المکاسب)، قم، انصاریان.
- ۱۸- سبحانی، حسن و ملکی منصور (۱۳۹۳)، محدودیت های بانکداری مشارکتی و لزوم تفکیک نهادی کارکرد تأمین مالی در جهت اصلاح نظام بانکداری اسلامی، معرفت اقتصادی، سال پنجم، ش ۲.

- ۱۹- سبزواری، علی (۱۴۲۱)، جامع الخلاف والوفاق بین الإمامیه و بین أئمة الحجاز والعراق، زمینه سازان ظهور امام عصر علیه السلام، قم.
- ۲۰- صمصامی، حسین، توکلی، امیرحسین (۱۳۹۱)، معرفت اقتصادی، سال سوم، ش ۲.
- ۲۱- طالبی، محمد، کیانی، حسن (۱۳۹۱)، ریشه یابی چالش های استفاده از عقود مشارکتی در نظام بانکداری جمهوری اسلامی ایران، تحقیقات مالی اسلامی، سال اول، ش ۲.
- ۲۲- علوی، سیدیحیی (۱۳۹۳)، بانکداری بدون ربا، (چالشها واهکارها)، چ ۲، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
- ۲۳- عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۹۳)، قواعد فقه، بخش حقوق خصوصی، تهران، سمت.
- ۲۴- عیسوی، محمود (۱۳۹۷)، بررسی فقهی قوانین وعملکرد شرکت های لیزینگ، مؤسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی، دوفصلنامه معرفت اقتصاد اسلامی، ش ۲۵۳.
- ۲۵- ماده ۱۸ و ۱۹ آیین نامه قانون عملیات بانکی.
- ۲۶- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶ق)، قواعد فقه، ج ۱، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- ۲۷- مراغی، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، العناوین الفقیه، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین.
- ۲۸- مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۰)، القواعد الفقهیه، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
- ۲۹- مهدوی، سیدحسین (۱۳۹۲)، کاربرد نظارت در بانکداری اسلامی خصوصی، مجموعه مقالات یازدهمین کنفرانس بانکداری اسلامی، مؤسسه عالی بانکداری ایران.
- ۳۰- مهدی زاده وهمکاران (۱۳۹۱)، موانع ومشکلات اجرایی عقود مشارکتی درنظام بانکی کشور، پژوهشکده پولی و بانکی.
- ۳۱- موسوی بجنوردی، سید حسن، (۱۳۷۷ش) القواعد الفقهیه، چ اول، الهادی، قم.
- ۳۲- موسویان، سید عباس (۱۳۸۶)، پیشنهاد اصلاح قانون واکاوی عملیاتی بانکداری بدون ربا، اقتصاد اسلامی، ش ۲۵.
- ۳۳- موسویان، سیدعباس و سید محمد فیروزآبادی (۱۳۸۷)، بانکداری در آینه شریعت، وثوق.
- ۳۴- موسویان، سیدعباس (۱۳۸۶)، ابزارهای مالی اسلامی (صکوک)، قم، سازمان انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- ۳۵- موسویان، سیدعباس (۱۳۹۰)، طرح تحول نظام بانکی (اصلاح قانون والگوی عملیاتی بانکداری بدون ربا، چ ۱، قم، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی.

- ۳۶- موسویان، سیدعباس. (۱۳۹۰). طرح تحول نظام بانکی (اصلاح قانون والگوی عملیاتی بانکداری بدون ربا، چ اول، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، قم.
- ۳۷- النائینی لآملی، (۱۳۵۵) المكاسب والبيع.
- ۳۸- نراقی، احمد، عوائد الأيام، بی تا، بی جا.
- ۳۹- نرم افزار جامع الأخبار: ۱۲۱۶/۴۳۵.
- ۴۰- نظریور، محمدنقی، ملاکریمی، فرشته، بررسی قرارداد مشارکتی مدنی بانک مرکزی ازدیدگاه قواعد فقهی، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی.
- ۴۱- نوری، حسین بن محمد تقی (۱۳۲۰ق)، مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل، موسسه آلالبیت^(ع)، الاحیاء التراث.
- ۴۲- نوری کرمانی، محمد امیر (۱۳۹۰)، موضوع شناسی ربا، قم، نورعلم.