

سنجدش قراردادهای الحقی عملیات بانکی با قاعده

عدالت و ممنوعیت ربا

حسین حمدي^۱

میلاد سلطانی^۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۶/۱۳

چکیده

بانک برای اجرای نقش تأمین مالی جهت فعالیت‌های اقتصادی مکلف به کاربرد قراردادهای معینی که در قانون عملیات بانکی بدون ربا مورد تصریح قرار گرفته است می‌باشد تا ابتدا منابع پولی را تحت عنوان سپرده سرمایه‌گذاری از جامعه جذب نماید و سپس به عنوان وکیل از این منابع به متقاضیان تسهیلات اعطای نماید. در تبصره ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰ بانک مرکزی مکلف شد تا قراردادهای الحقی عملیات بانکی یکنواخت را تنظیم نماید تا عدالت قراردادی حفظ شود زیرا یکی از اهداف بانکداری بدون ربا استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل به منظور تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت و رشد و اقتصاد کشور بوده است. بانک مرکزی به این تکلیف خود عمل کرده است. مطالعه این قراردادها در راستای سنجدش میزان دستیابی به عدالت و پیشرفت اقتصاد ایران هدف این مقاله بوده است. یافته‌های این مقاله بیانگر این است که در این قراردادهای نمونه، عدالت قراردادی رعایت نشده است زیرا بانک موقعیت برتر خود را حفظ کرده است و شروط خمن عقدی وجود دارد که با هدف کسب سود به هر طریقی به نفع بانک گنجانده شده است که در نتیجه حکمت تحریم ربا را خدشه‌دار می‌سازد. ربا هر سود ناشی از اجحاف و تعدی می‌باشد که شارع مقدس اسلام و قوانین ایران بر همین اساس آن را نهی کرده‌اند. لازم است تا در راستای دستیابی به پیشرفت اقتصادی قراردادهای الحقی یکنواخت بانکی به‌طور واقعی عادلانه شوند.

کلمات کلیدی: قرارداد نمونه، عدالت قراردادی، ربا، بانک

طبقه‌بندی JEL: G31, G38

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی تهران (نویسنده مسئول)
std_hamdi@khu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی تهران
Soltany.milad@yahoo.com

مقدمه

بانک به عنوان یک شخص حقوقی با ماهیت خصوصی وظیفه‌ای عمومی بر عهده دارد که براساس آن مبادرت به تأمین مالی نیازهای اقتصادی می‌کند. تناسبی بین جایگاه بانک و متقاضیان وجود ندارد و بانک می‌تواند بهدلیل توان مالی بالا، اراده خود را تحمل کند. قانون‌گذار در قانون عملیات بانکی بدون ربا ۱۳۶۲، بانک‌ها را ملزم نمود تا از قراردادهای مشخصی برای فعالیت خود استفاده کنند که می‌توان آن را اصل توقيفی بودن قراردادهای بانکی نامید. در عمل، تضمینی برای عدم‌تحمیل اراده بانک وجود نداشت. به همین خاطر، ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰، همه دستگاه‌های اجرائی را مکلف نمود تا قراردادهای خود را عادلانه کنند و تصره این ماده، بانک مرکزی را مشمول این حکم قرار داد و مقرر شد تا بانک مرکزی، برای عادلانه شدن قراردادهای بانکی، مبادرت به تهییه قراردادهای الحقی و نمونه نماید. چنین تکلیفی، بیانگر این است که باید بانک را به عنوان نهادی عمومی تلقی کرد که موقعیت بالاتری نسبت به طرف مقابل دارد؛ زیرا قرارداد الحقی زمانی منعقد می‌شود که یک طرف به پشتواهه جایگاه قدرتمند خود بر طرف مقابل برتری داشته باشد و شرایط قرارداد را مطابق منافع خود تنظیم نماید. بانک مرکزی به این تکلیف عمل کرده است و به همین خاطر، ضرورت دارد تا قراردادهای نمونه بانکی مورد مطالعه قرار گیرند تا میزان مطابقت آنها با قاعده عدالت و ممنوعیت ربا سنجیده شود. از منظر این پژوهش، قاعده عدالت به این معناست که تا جای ممکن، فاصله بین قوی و ضعیف کاهش یابد و انصاف، یعنی برابری ایجاد شود و اگرچه، برابری مطلق امکان‌پذیر نیست، ولی باید تا حد امکان، از ضعیف در برابر قوی حمایت نمود تا فاصله کاهش یابد و به همین خاطر اگر در هر قراردادی شروطی با انگیزه سوءاستفاده از موقعیت طرف ضعیف قرارداد درج شده باشد، قرارداد غیرعادلانه می‌شود. ربا نیز براساس همین دیدگاه تعریف می‌شود زیرا ربا به هر زیاده و سودی گفته می‌شود که از راه غیر عادلانه و ظلم و تعدی و تحمیل اراده قوی بر ضعیف حاصل شده باشد و منع ربا، حکمتی جز جلوگیری از تعمیق بی‌عدالتی ندارد.

در اینجا دو پرسش مطرح می‌شود. پرسش نخست این است که انتشار قراردادهای الحقی بانکی توسط بانک مرکزی با هدف ایجاد عدالت براساس چه منبع قانونی و مبنای توجیهی اتفاق افتاده است؟ پرسش دوم این است که آیا قراردادهای الحقی بانکی با هدف خود یعنی ایجاد عدالت مطابقت دارد یا خیر؟

۱. منبع قانونی و مبنای توجیهی الزام بانک مرکزی به تدوین قراردادهای الحقی بانکی با هدف تضمین عدالت

از دیدگاه فلسفه حقوق، منظور از منبع قانونی، قاعده الزامآوری است که توسط مرجع صلاحیتداری که اختیار انشای قانون را دارد تصویب شده است و منظور از مبنای، چرایی و توجیه است که طی آن، توجیه عقلایی یک قانون و اثر آن بر روابط اجتماعی ارائه می‌شود (خوئینی، ۱۳۹۳: ۱۵). در این قسمت، ابتدا منبع قانونی الزام بانک مرکزی به تدوین قراردادهای الحقی بانکی مورد بررسی واقع می‌شود و سپس به مبنای چرایی این اقدام پرداخته می‌شود.

۱-۱. منبع قانونی الزام بانک مرکزی به تدوین قراردادهای الحقی بانکی

منبع قانونی این الزام، ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر فضای کسب و کار مصوب سال ۱۳۹۰ می‌باشد که طی آن، قانون‌گذار به صراحت از «عادلانه نمودن قراردادها» به عنوان علت حکم سخن به میان آورده. این ماده مقرر می‌دارد: «کلیه دستگاه‌های اجرائی مکلفند به منظور ایجاد تراضی و عادلانه نمودن قراردادها و قراردادهای الحقی در انعقاد قرارداد با شرکت‌های بخش خصوصی و تعاونی برای خرید کالا یا خدمت، از فرم‌های یکنواخت استفاده نمایند و یک نسخه از این فرم‌ها را برای هر کدام از اتفاق‌ها ارسال دارند».

اگرچه، حکم ابتدایی این ماده در مورد دستگاه‌های اجرائی بوده است ولی تبصره ذیل آن، بانک مرکزی را هم مشمول تکلیف مقرر در حکم قرارداده است؛ یعنی، اگرچه بانک از مفهوم دستگاه اجرائی خروج تخصصی دارد، ولی باید از همان تکلیفی که برای این دستگاه‌ها وضع شده است تبعیت نماید. همان‌گونه که در مباحث استنباط حقوقی سخن به میان آمده است، مطابق قاعده حکومت (انصاری، ۱۴۱۴، ۱: ۵۳۵) حکم ماده به صورت تعبدی توسعه پیدا کرده است. این نظر با عنایت به تعریف دستگاه اجرایی در ماده ۵ قانون مدیریت خدمات کشوری ۱۳۸۶ تقویت می‌شود. این ماده ابتدا مصادیق دستگاه اجرایی را این‌گونه بیان کرده است: «کلیه وزارت‌خانه‌ها، مؤسسات دولتی، مؤسسات یا نهادهای عمومی غیردولتی، شرکت‌های دولتی...» سپس از عبارت «... و کلیه دستگاه‌هایی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر و یا تصریح نام است...» استفاده نموده است و مصادیق آن را چنین بیان کرده است: «... از قبیل شرکت ملی نفت ایران، سازمان گسترش و نوسازی صنایع ایران، بانک مرکزی، بانک‌ها و بیمه‌های دولتی...» پس شمول احکام دستگاه اجرایی به مصادیق اخیرالذکر فقط در جایی است که بدان تصریح شود و این امر معنایی جز قاعده حکومت ندارد.

تبصره ماده ۲۳ اين گونه انشاي حكم كرده است: «بانک مرکزي جمهوري اسلامي ايران مكلف است ظرف شش ماه پس از لازم الاجراء شدن اين قانون فرمهاي يکنواختي برای هر يك از عقود اسلامي که منجر به اعطاء تسهيلات می شود، همچنین نحوه اعطاء تسهيلات و شيووهای اخذ ضمانتنامه از بخش‌های خصوصی و تعاو尼 متناسب با اعتبارسنگی مشتریان را تهیه کند و به تصویب شورای پول و اعتبار برساند و بر حسن اجرای آن نظارت نماید.».

در اين تبصره از اصطلاح فرم يکنواخت استفاده شده است که اصطلاح دقيقی نیست زира، قرارداد بهدلیل وجود اعتباری، نمی‌تواند با فرم کاغذی يا مادی که يك موجود طبیعی و نفس‌الامری است يکسان تقی شود؛ به عبارت دیگر، در اینجا اصطلاح فرم در معنای حقیقی خود به کار نمی‌رود بلکه در معنای مجازی يعني قرارداد به کار برده شده است که در مباحث اصول استنباط حقوقی، بدان رابطه حال و محل گفته می‌شود؛ يعني محل قرارگیری يك چيز در معنای همان چيز به کار برده می‌شود (زراعت، ۱۳۹۱: ۵۴).

فرم يکنواخت معنایي غير از قرارداد استاندارد و همشکل ندارد. زира همان‌گونه که گفته شده است؛ استانداردسازی قرارداد، برای ساده‌سازی و سرعت‌بخشی به روابط حقوقی انجام می‌پذيرد تا با يکنواختی مفاد و مندرجات قرارداد، بتوان حقوق و تعهدات طرفين را به خوبی حمایت کرد (قاسمی، ۱۳۸۸: ۳۱۸).

اصطلاح فرم يکنواخت در اين تبصره را باید به معنای قرارداد الحاقی تعبیر کرد؛ زира اين تبصره به ماده ۲۳ قانون الحاق شده است و در متن ماده از اصطلاح قرارداد الحاقی در کنار اصطلاح فرم يکنواخت استفاده شده است.

در اين تبصره از عبارت اعطاء تسهيلات سخن رفته است. شبیه اين عبارت در قانون عملیات بانکی بدون ربا ۱۳۶۲ نیز به کار رفته است. در اين قانون چهارده قرارداد برای نظام بانکی در نظر گرفته شد که باید در چهارچوب آنها به اعطای سرمایه جهت فعالیت‌های اقتصادی اهتمام ورزیده شود.

دو عبارت «تجهیز منابع پولی» و «تسهيلات اعطائی بانکی» برای نام‌گذاري فصل‌های دوم و سوم مورد استفاده قرار گرفته است. عبارت «تجهیز منابع» برای تعیین قراردادهایی به کار رفت که بانک به وسیله آنها به جذب پول از جامعه مبادرت می‌کند؛ زира در بانکداری بدون ربا، بانک باید به عنوان وکیل و واسطه در فعالیت‌های اقتصادی عمل نماید؛ به طوری که، به عنوان وکیل پول‌های جذب شده از جامعه را به فعالیت‌های اقتصادی تزریق کرده و کسب سود نماید تا این سود بین مالکان پول که سپرده‌گذار نامیده می‌شوند و بانک که واسطه نامیده می‌شود تقسیم شود.

ماده ۳ این قانون چنین گفته است: «بانک‌ها می‌توانند، تحت هر یک از عناوین ذیل به قبول سپرده مبادرت نمایند:

الف- سپرده قرض‌الحسنه: ۱- جاری ۲- پس‌انداز ب - سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار...».

در تبصره این ماده، بانک فقط در سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار به عنوان وکیل سپرده‌گذار قلمداد شده است. این تبصره می‌گوید: «سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار که بانک در به کار گرفتن آنها وکیل می‌باشد، در امور مشارکت، مضاربه، اجاره به شرط تمليک، معاملات اقساطی، مزارعه، مساقات، سرمایه‌گذاری مستقیم، معاملات سلف و جuale مورد استفاده قرار می‌گیرد». در سپرده سرمایه‌گذاری، هدف کسب سود است بنابراین بانک باید در فعالیت‌های تجاري و اقتصادي سرمایه‌گذاری کند و اگر سودی حاصل شد بین طرفین تقسیم می‌شود. ماده ۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا مقرر می‌دارد: «منافع حاصل از عملیات مذکور در تبصره ماده سه این قانون، براساس قرارداد منعقده، متناسب با مدت و مبالغ سپرده‌های سرمایه‌گذاری و رعایت سهم منابع بانک به نسبت مدت و مبلغ در کل وجوده به کار گرفته شده در این عملیات، تقسیم خواهد شد». فرض براین بوده است که سود حاصله ربا نخواهد بود زیرا سود مقطوعی بین طرفین تعیین نشده است چراکه، تعیین سود مقطوع رکن ربا می‌باشد (باریکلو، ۱۳۸۶: ۹۱). البته می‌توان سود علی‌الحساب شرط نمود زیرا سود علی‌الحساب مقطوع نیست و سود قطعی در انتهای تعیین می‌شود. در همین راستا، ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا چنین مقرر می‌دارد: «به هیچ‌یک از سپرده‌های دریافتی تحت عنوان سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار رقم تعیین شده از قبل به عنوان سود پرداخت نخواهد شد. منافع حاصله از عملیات موضوع ماده ۹ براساس قرارداد منعقده، متضمن وکالت، بین بانک و سپرده‌گذار متناسب با مدت و مبالغ سپرده‌های سرمایه‌گذاری پس از وضع سپرده‌های قانونی مربوط و رعایت سهم منابع بانک به نسبت مدت و در کل وجوده به کار گرفته شده در این عملیات تقسیم خواهد شد». بانک چون وکیل سپرده‌گذار است حق الوکاله اخذ خواهد کرد. تبصره ماده ۱۰ آیین‌نامه چنین مقرر داشته است: «حق الوکاله به کارگیری سپرده‌های سرمایه‌گذاری از سهم منافع سپرده‌گذاران کسر خواهد شد. میزان حداقل و حداکثر حق الوکاله به تصویب شورای پول و اعتبار خواهد رسید». چون در قرارداد سپرده‌گذاری، بانک وکیل سپرده‌گذار است و عقد وکالت از جانب طرفین جایز و قابل فسخ است بنابراین سپرده‌گذار می‌تواند قبل از انقضای مدت سپرده خود را استرداد نماید (خرازی، ۱۳۸۴: ۱۴).

سپرده قرض‌الحسنه همانند سپرده سرمایه‌گذاری قلمداد نشده است. زیرا در سپرده قرض‌الحسنه، بانک مالک سپرده می‌شود و از طرفی چون هدف سپرده‌گذار کسب سود نیست، پس، اگر بین طرفین شرط سود منعقد شود و حتی در صورت عدم وجود شرط صريح، بنای طرفین در

باطن کسب سود و اضافه از سپرده باشد، ربای قرضی بوده و باطل است (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۱: ۶۹۴). در تبعیت از این اندیشه ماده چهار آیین نامه اجرایی قانون عملیات بانکی بدون ربا این گونه حکم کرده است: «سپرده های قرض الحسن جزو منابع بانک محسوب می شود». قراردادهایی که بانک مطابق آن، سپرده ها را وارد فعالیت های اقتصادی می کند با عنوان «تسهیلات اعطایی بانکی» در فصل سوم قانون عملیات بانکداری بدون ربا مورد حکم قرار گرفته اند. مواد ۷ تا ۱۳ قانون این قراردادها را نام برده و تعریف آنها در آیین نامه اجرایی قانون مورد حکم قرار گرفته است.

تعداد این قراردادها ۱۳ عدد است که عبارتند از: قرض الحسن، مضاربه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، سرمایه گذاری مستقیم، فروش اقساطی مواد اولیه، فروش اقساطی ماشین آلات، فروش اقساطی مسکن، اجاره به شرط تملیک، سلف، جuale، مزارعه، مساقات. ماده ۹۸ قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۸۹ سه قرارداد دیگر، تحت عنوان استصناع، خرید دین و مرابحه را هم به این قراردادها اضافه نمود. به نظر می رسد، قراردادهای بانکی را می توان به دو دسته کلی یعنی قراردادهای مشارکتی و قراردادهای مبادله ای تقسیم نمود. در قراردادهای مشارکتی، هدف طرفین همکاری در یک کار معین، اعم از عمل مادی و عمل حقوقی است، تا نتیجه مالی به دست آید و این هدف، در ایجاد یک مال ظهور پیدا می کند. این مال می تواند سود پولی ناشی از تجارت با پول باشد یا می تواند یک مال مادی اعم از منقول و غیر منقول باشد. قراردادهای مشارکت مدنی، سرمایه گذاری مستقیم، مضاربه، مزارعه و مساقات در این دسته قرار می گیرند.

در قراردادهای مبادله ای، طرفین در کنار یکدیگر نیستند بلکه در برابر یکدیگر قرار داشته و بانک به عنوان مالک، مالی اعم از عین یا منفعت را به متقاضی تسلیم می کند و متقاضی متعهد به پرداخت عوض قراردادی آن می شود که در اغلب موارد به صورت اقساطی پرداخت می شود. سود بانک در مبلغ عوض قراردادی گنجانده می شود. هدف طرفین، مبادله عوض مال بوده و به همین دلیل از قراردادهایی استفاده می شود که ماهیت آنها برای مبادله اموال ایجاد شده است. سلف، استصناع، فروش اقساطی، مرابحه، اجاره به شرط تملیک، جuale و خرید دین در این دسته قرار می گیرند.

در این تقسیم بندی، ماهیت قرارداد به عنوان مقسم مدنظر قرار گرفته است. به نظر ما، ماهیت قرارداد را باید هدفی دانست که قرارداد به خاطر دستیابی بدان به وجود آمده است. این معیار با توجه به تمایز موجودات واقعی و طبیعی از موجودات اعتباری و فرضی به دست می آید زیرا، قرارداد به عنوان یک موجود اعتباری، بر خلاف موجودات طبیعی و واقعی، با حواس انسانی قابل درک

نیست، بلکه وجود آن فرضی و اعتباری است که از نظر علامه طباطبائی، برای تفکیک آن از موجودات واقعی، از اصطلاح ادراکات اعتباری در برابر ادراکات حقیقی استفاده می‌شود (طباطبائی، ۱۳۹۳، ۲: ۱۴۳). چون، این ادراکات برای تنظیم رفتار ارادی و آگاهانه خلق شده‌اند پس باید کارا و مفید باشند تا مشکلات اداره جامعه به کمترین میزان ممکن کاهش یابد (طباطبائی، ۱۳۹۳، ۲: ۱۴۷).

چون وجود قرارداد با هدف آن ممزوج است بنابراین، ماهیت قرارداد را باید همان هدفی دانست که قرارداد برای دستیابی بدان به وجود آمده است. همان‌گونه که امام خمینی به خوبی بیان کرده‌اند، موجودات اعتباری، وسیله وصول به اغراض عقلایی هستند و به‌خودی خود و به‌نفسه متعلق اغراض عقلایی نیستند، بلکه ابزار و آلت وصول به اموال و سایر اهداف هستند و بدون این هدف، چیزی جز شوخي و لفظه زبان تخواهند بود (امام خمینی، ۱۴۲۱، ۵: ۲۸۱). به عنوان مثال، هدف از قرارداد بیع دستیابی به مال مورد توافق است و در نتیجه، تسلیم مبیع ماهیت قرارداد بیع است؛ زیرا تسلیم اقتضا و طلب غایی قرارداد بوده و اموری مانند مالکیت نقش مقدمه برای دستیابی به این هدف را دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰: ۹۵).

۱-۲. مبنای توجیهی الزام بانک مرکزی به تدوین قراردادهای الحقی بانکی

در اینکه استفاده از قراردادهای گوناگون، با ماهیت بانک مطابقت داشته باشد جای تردید وجود دارد. بانک، موجودی اعتباری است که از غرب وارد ایران شده است و در خاستگاه اصلی خود، وظیفه خلق پول در اقتصاد را بر عهده دارد. بدین نحو که پول را از طریق وام به دیگران قرض می‌دهد و از طریق اخذ بهره و سود درآمد کسب می‌کند (حسینی دولت آبادی، ۱۳۹۵: ۱۹۴). بانک‌های غربی اساساً با دیون، اعتبار و وام تجارت می‌کنند و خرید و فروش، تجارت، صناعت، زراعت و ساخت و ساز کار اصلی آنها نیست. کار اصلی بانک‌های تجاری این است که در اکثر موارد، وجود را از مشتریان با بهره مشخصی مثلًاً دوازده درصد بگیرند و سپس آنها را با بهره بیشتر مثلًاً پانزده درصد به مشتریان دیگر بدهند. تفاوت این دو نرخ همان سود بانک است (صدر، ۱۴۰۱: ۲۱).

قانون گذار بعد از انقلاب تلاش نمود تا کارکرد بانک را عادلانه سازد. در بند نخست ماده یک قانون عملیات بانکی بدون ربا، یکی از اهداف این قانون چنین ذکر شده است: «استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل (با ضوابط اسلامی) بهمنظور تنظیم گردنش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت و رشد و اقتصاد کشور». در منطق حقوق گفته می‌شود که یکی از عایت‌های حقوق اجرای عدالت است و هنرمندی قانون این است که بین استقرار نظم و اجرای عدالت هماهنگی ایجاد کند (الشیرف، ۱۳۹۳: ۱۰۵). هدف قانون تا جایی مهم است که از آن به عنوان یکی از اوصاف

روح قانون نام برده می‌شود که باید الفاظ قانون براساس این روح تفسیر شود (مهرپور و صفری، ۱۳۹۷: ۲۱۷). عدالت به این معناست که فاصله‌ها تا جای ممکن کمتر شده و انصاف یعنی برابری نهادینه شود؛ اگرچه، برابری واقعی به معنای عدم تمایز امکان ندارد ولی باید طوری برنامه‌ریزی شود که تا حد امکان، فاصله ضعیف و قوی کاهش یابد (رالز، ۱۳۹۷: ۲۳۵).

دستیابی به هدف عدالت‌مدارانه قانون عملیات بانکی بدون ربا آسان نیست؛ زیرا در عمل، بانک همیشه به دنبال کسب سود است چراکه فلسفه آن چنین اقتصادی دارد. از طرف دیگر همان‌گونه که گفته شد ماهیت قراردادهای بانکی تفاوت زیادی با یکدیگر دارد و جمع بین هدف بانک و اجرای عدالت از طریق این قراردادها مشکل است.

بانک به دلیل توان مالی خود نسبت به متقارضی، در جایگاه بالاتری قرار دارد و طرف قوی قرارداد تلقی می‌شود و می‌تواند به راحتی اراده خود را تحمیل کند. پس، ضرورت داشت که فاصله طرف قوی با طرف ضعیف تا جای ممکن کاهش یابد تا مفهوم عدالت محقق شود. به همین خاطر، ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر فضای کسب و کار مصوب سال ۱۳۹۰ تصویب شد و اصطلاح قرارداد الحقی عادلانه به میان آمد.

قرارداد الحقی در ادبیات حقوقی به قراردادی گفته می‌شود که طی آن، یک طرف قرارداد که دارای موقعیت برتر نسبت به طرف مقابل است، کلیه توافقات مدنظر خود را از قبل تهیه می‌نماید و سپس آنرا به طرف دیگر قرارداد که موقعیت ضعیفتری دارد ارائه می‌دهد و وی مکلف است برای انعقاد قرارداد تمام شرایط را پذیرد و در غیراین صورت، از انعقاد قرارداد صرف نظر نماید (قافی، ۱۳۸۳: ۶۱).

این تعریف، مورد قبول قانون‌گذار قرار گرفته است؛ زیرا، در ماده ۲۳، دستگاه‌های اجرائی را مکلف نموده تا در راستای عادلانه نمودن قراردادهای الحقی فرم‌های یکنواخت تهیه نمایند. از منظر حقوق عمومی، دستگاه اجرائی عهددار یک وظیفه عمومی است و به همین خاطر، نسبت به طرف قرارداد خود در موقعیت برتری قرار دارد و به همین دلیل است که تمام دستگاه‌های اجرائی مکلف به تنظیم قراردادهای الحقی عادلانه شده‌اند.

بانک اگرچه وظیفه‌ای عمومی انجام می‌دهد ولی ماهیت آن به مانند سایر نهادهای عمومی و دولتی نیست بلکه در هر حال یک شخص خصوصی تلقی شده و مطابق قواعد، با طرف خود بدون هیچ اجباری قرارداد منعقد می‌کند. پس چه دلیلی دارد که ملتزم به قراردادهای الحقی شود؟ پاسخ به این پرسش بدون توجه به حکمت منع ربا ممکن نیست. همان‌گونه که به خوبی گفته شده است، هیچگاه تضمینی برای پایبندی بانک به لوازم تجارت و فعالیت اقتصادی نیست؛ زیرا، زیان از لوازم تجارت بوده و در کنار سود همیشه زیان هم وجود دارد (مکارم شیرازی، ۱۳۸۰: ۱۵۲). ولی بانک

همیشه دنبال سود است و قصدی بر تحمل زیان ندارد. در این صورت، بانک شخص قدرتمندی است که توانایی تحمیل اراده خود بر متقاضی تسهیلات را دارد. این تحمیل اراده، اثری غیر از تعمیق فاصله قوی و ضعیف ندارد و این امر معنای ظلم و تعدی می‌دهد و در نتیجه، بانک به سودی دست می‌باید که عادلانه نیست و از راه تحمیل اراده به وجود آمده است. این سود دقیقاً معادل ربا می‌باشد؛ زیرا، همان‌گونه که شهید مطهری به درستی تحلیل کرده است، ربا هر زیاده و افزایشی است که از راه ظلم و تعدی حاصل شود و حکمت منع ربا نیز جلوگیری از ظلم و تعدی بوده است حتی اگر در شکل‌های قانونی حاصل شود (مطهری، ۱۳۷۲: ۲۸۱).

با تعریفی که از عدالت ارائه شد باید قرارداد را نیز به عنوان وسیله‌ای جهت دستیابی به این هدف به کار برد. با این دیدگاه، همان‌گونه که گفته شده است، می‌توان عدالت را که مورد قبول شارع اسلام می‌باشد به عنوان مبنای اعتبار قرارداد تلقی نمود و با تکیه بر اصولی مانند اصل لاضر و اصل نفی عسر و حرج که بازتاب عدالت هستند این عقیده را تقویت کرد (شهابی، ۱۳۹۴: ۶۲۲). برهمین اساس، دیگر نمی‌توان با تکیه بر اصل حاکمیت اراده و اصل لزوم قرارداد، سربوشی بر تعمیق فاصله بین طرفین نهاد و طرف قوی را قوی‌تر و طرف ضعیف را ضعیفتر کرد. در یک قرارداد ناعادلانه، معیار عدم رعایت عدالت این است که قرارداد حاوی شروطی باشد که اگرچه مورد توافق قرار گرفته‌اند ولی سوء استفاده از نیاز طرف مقابل، انگیزه انعقاد آن توسط طرف برتر است که قرارداد را به یک پوسته تبدیل می‌کند (راعی و مولاییان، ۱۳۹۳: ۱۶۰).

۲. اثبات عدم پایبندی بانک مرکزی به عدالت در قراردادهای الحقی بانکی

اگرچه بانک مرکزی قراردادهای نمونه بانکی را منتشر نموده است ولی مصاديقی وجود دارد که بیانگر عدم رعایت عدالت قراردادی هستند. زیرا در برخی قراردادهای الحقی که برای عقود مشارکتی تدوین شده است، شروطی به نفع بانک وجود دارد که به طور اساسی ماهیت قرارداد را دگرگون کرده است و پوسته‌ای بیش باقی نمانده است. در قراردادهای مبادله‌ای اگرچه شرط خلاف ماهیت قرارداد وجود ندارد ولی شروط غیر منصفانه‌ای مانند اسقاط خیارات در آن وجود دارد که در ادامه مورد مطالعه قرار می‌گیرند. همچنین شرط مشترکی در مورد نحوه استیفای طلب از اموال متقاضیان تسهیلات بانکی و ضامنین ایشان وجود دارد که به روشنی بانک را بدون مراجعت به دادگاه، حاکم بر اموال ایشان قرار می‌دهد. به علاوه در مورد نحوه تعیین خسارات ناشی از مسئولیت قراردادی که در شرط وجه التزام ظهور پیدا کرده است ابهاماتی وجود دارد که موجب ابهام در حدود و میزان تعهدات طرف قرارداد می‌شود.

۱-۲. درج شروط مخالف ماهیت و مقتضای قراردادهای مشارکتی

قراردادهای مشارکتی در قانون عملیات بانکی بدون ربا شامل قراردادهای مشارکت مدنی و سرمایه‌گذاری مستقیم، مضاربه، مزارعه و مساقط هستند. مزارعه و مساقط در نظام بانکی چندان مورد استقبال واقع نشده‌اند اما مشارکت مدنی و سرمایه‌گذاری مستقیم و مضاربه از قراردادهای پرکاربرد هستند. مشارکت مدنی و سرمایه‌گذاری مستقیم در مواد ۷ و ۸ قانون عملیات بانکی بدون ربا با استفاده از اصطلاحات مشارکت مورد حکم قرار گرفته‌اند. ماده ۱۸ آیین نامه اجرایی، قرارداد مشارکت را این‌گونه تعریف کرده است: «مشارکت مدنی عبارتست از در آمیختن سهم الشرکه نقدی و یا غیرنقدی به اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد به نحو مشاع بهمنظور انتفاع، طبق قرارداد». ماده ۲۸ نیز سرمایه‌گذاری مستقیم را این‌گونه تعریف کرده است: «سرمایه‌گذاری مستقیم عبارتست از تأمین سرمایه لازم جهت اجرای طرح‌های تولیدی و طرح‌های عمرانی انتفاعی توسط بانکها».

این دو قرارداد هیچ تفاوتی با یکدیگر ندارند و اصطلاح سرمایه‌گذاری شامل هر دو مورد می‌شود. چرا این دو قرارداد در قانون از یکدیگر جدا شده‌اند؟ پاسخ این است که در فقه امامیه دو تعریف درباره شرکت وجود دارد. در تعریف اول، که توسط علامه حلى ارائه شده است، شرکت را به اجتماع حقوق مالکین متعدد در یک چیز اعم از مال و حق تعریف کرده است (علامه حلى، ۱۴۱۴، ۱۶: ۳۷) که در ماده ۵۷۱ قانون مدنی مورد نظر قرار گرفته است. ماده ۱۸ آیین نامه از این تعریف پیروی کرده است. تعریف دوم، شرکت را قراردادی می‌داند که طبق آن طرفین بر معامله و تجارت با مال مشترک توافق می‌نمایند تا از این طریق سودی تحصیل شود (مقدس اربیلی، ۱۴۰۴، ۱۰: ۱۹۸). ماده ۲۸ این تعریف را مدنظر قرار داده است. تعریف دوم معنای اصلی شرکت است و اشاعه و اجتماع حقوق مالکین متعدد در ماهیت شرکت دخالتی ندارد و نمی‌تواند به عنوان فارق عمل کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱: ۱۲۴).

در این قراردادها، بانک به عنوان شریک، تأمین سرمایه لازم برای انجام کار معینی را بر عهده می‌گیرد که این کار توسط طرف مقابل انجام شده و هر دو در نتیجه به دست آمده که مال مادی اعم از منقول یا غیرمنقول است شریک می‌شوند و این نتیجه همان سود مورد نظر طرفین است. پرسش این است که بانک چگونه می‌تواند این سود را با سپرده‌گذار تقسیم نماید؟ زیرا فرض بر این است که بانک سپرده‌پولی را به عنوان وکیل مالک مورد استفاده قرار می‌دهد و هدف مالک دستیابی به پول بیشتر به عنوان سود است و هیچگاه به فکر شرکت در اموال مادی نیست. آیا بانک این سود را از سایر سپرده‌ها فراهم می‌کند یا از اموال متعلق به خود آن را می‌پردازد؟ همین ابهام‌های ظریف باعث شده تا بانک فقط به فکر سودآوری پولی باشد و بنابراین توانایی انحراف از ماهیت و مقتضای قرارداد را خواهد داشت.

این انحراف در ماده یازده قرارداد الحاقی مشارکت مدنی که توسط بانک مرکزی منتشر شده است وجود دارد. این ماده این‌گونه تنظیم شده است: «شريك با امضای این قرارداد متعهد گردید؛ مدیریت منابع و مصارف موضوع مشارکت را به نحوی به انجام رساند که در پایان دوره مشارکت، سهم الشرکه متعلقه بانک/مؤسسسه اعتباری به علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت، اعلامی از سوی شريك، مندرج در برگ درخواست تسهیلات به حساب بانک/مؤسسسه اعتباری منظور گردد. درغیر این صورت شريك ملتزم و متعهد گردید؛ سهم الشرکه متعلقه بانک/مؤسسسه اعتباری به علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک/مؤسسسه اعتباری را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت نماید». مفهوم این شرط چیزی جز شرط عدم‌مشارکت بانک در زیان احتمالی نیست و به روشنی خلاف ماهیت مشارکت است؛ زیرا، تسهیم سود و زیان از اهداف اصلی طرفین قرارداد است که قرارداد به خاطر آن ایجاد شده است (کریمی و مرادی، ۱۳۹۴: ۶۷). صلح ضرر و زیان ناشی از مشارکت چیزی جز یک پوشش صوری جهت عدم‌التزام به ماهیت مشارکت مدنی نیست و ماهیت قرارداد با چنین صورت‌گرایی‌هایی تغییر پیدا نمی‌کند.

همین روش در ماده هشت قرارداد الحاقی مضاربه به این شرح تکرار شده است: «در صورتی که نتیجه عملیات مضاربه منجر به زیان شود، عامل با امضای این قرارداد و ضمن عقد خارج لازم دیگری متعهد گردید؛ اصل سرمایه متعلقه را به حساب بانک/مؤسسسه اعتباری منظور نماید». مضاربه مشارکتی است که با هدف سرمایه‌گذاری در امور تجاری و بازرگانی صورت می‌گیرد. در ماده ۹ قانون عمليات بانکي بدون ربا نام اين قرارداد ذكر شده است. ماده ۳۶ آين نامه اجرائي آن را اين‌گونهتعريف کرده است: «مضاربه قراردادي است که به موجب آن يكى از طرفين (مالك) عهدهدار تأمین سرمایه (نقدي) می‌گردد با قيد اين‌که طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شريك باشند». اين تعريف در ماده ۵۴۶ قانون مدنی ارائه شده است.

چنین شرطی خلاف ماهیت مضاربه و باطل و مبطل قرارداد است؛ زیرا، در مضاربه طرفين در هر حال باید در سود و زیان شريك باشند و هدف قرارداد چیزی غیر از اين نیست (هاشمی شاهروdi، ۱۴۳۴: ۵۵۸). ماده ۱۳۲ قانون مدنی این شرط را خلاف مقتضای مضاربه دانسته و چنین حکم کرده است: «اگر شرط شود که مضارب، ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت، متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است مگر این که بهطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف، مجاناً به مالک تملیک کند». بند انتهایی این ماده چیزی جز یک پوشش صوری برای فرار از بطلان قرارداد نیست ولی در ماده هشت قرارداد الحاقی، همین شرط هم رعایت نشده و از التزام مضارب به پرداخت اصل سرمایه سخن به میان آمده است. چنین شرطی بیانگر عدم‌قصد واقعی بانک بوده و مصدق عدم‌راعیت عدالت قراردادی است.

۲-۲. درج شروط حاوی اسقاط خیارات به نفع بانک در قراردادهای مبادله‌ای

خیار به عنوان قدرت یکی از طرفین قرارداد بر انحلال آن به وسیله اختیارات اعطایی قانونی تعریف شده است که چون از حقوق متعلق به مالک خیار است بنابراین قابلیت اسقاط دارد (خوئی، ۱۴۱۳، ۶: ۴۴۸). ماده ۴۴۸ قانون مدنی این گونه مقرر کرده است: «سقوط تمام یا بعضی از خیارات را می‌توان در ضمن عقدشرط نمود». در توجیه این رویکرد چنین استدلال شده که خیارات صرفاً راهی میان بر و تسهیلاتی است که قانونگذار برای صاحب خیار جعل نموده تا بدون سپری کردن تشریفات و آئین دادرسی مدنی عقد را به صورت یک‌جانبه فسخ کند و ضرر خود را جبران کند یا اگر به هدف مطلوب خود از معامله نرسیده است معامله را کأن لم يكن بگرداند. خیارات اولین راه و آسان‌ترین راه است و منافاتی با پیگیری بقیه‌ی طرق جهت اجرای تعهد یا جبران ضرر ندارد. لذا خیار ماهیت حق دارد و حق را مطلقاً می‌توان ساقط نمود به عبارتی طرفین می‌توانند با اسقاط خیارات، حق بهره‌مندی خود از یک امتیاز و تسهیل قانون را ساقط نمایند و اگر با ضرر یا عدم ایفاده موافق شدند از طریق عادی طرح دعوی نمایند (بیگدلی، ۱۳۸۹: ۱۹۱).

در قراردادهای الحقی بانکی که ماهیت مبادله‌ای دارند از اسقاط خیارات علی‌الخصوص خیار غبن سخن به میان آمده و این شرط در قراردادهای مرابحه، فروش اقساطی، اجاره به شرط تمیلیک، سلف، خرید دین و جuale وجود دارد. اگرچه به ظاهر چنین شرطی قانونی تلقی می‌شود ولی باید از ظاهر به باطن رجوع کرد و حکم قضیه را با توجه به موقعیت برتر بانک مورد بازبینی قرار داد. عادلانه بودن قراردادهای الحقی بانکی جزو احکام تکلیفی بوده و نباید به گونه‌ای عمل شود که این موازنۀ دچار خلل شود. قراردادهای بانکی ابزار گردش پول بوده و این گردش باید طوری انجام گیرد که هر دو طرف به منافع پیش بینی شده و متعارف خود دست پیدا کنند. موقعیت ضعیف متقاضی تسهیلات با شرط اسقاط خیارات ضعیف تر شده و توانی برای مقابله با قرارداد یک طرفه بانک نخواهد داشت. بانک با امکانات خود به خوبی از پیشامدهای قراردادی که منعقد می‌کند با خبر بوده و با اطلاع از موقعیت فعلی و آینده وارد قرارداد می‌شود. در این وضعیت می‌توان احتمال ضرر متقاضی را به خوبی تشخیص داد. چرا باید خیارات اسقاط شود؟ در حقوق ایران خیارات به عنوان تنها راه یک طرفه انحلال قرارداد توسط زبان‌دیده است زیرا حق اخذ خسارت در کنار خیار فسخ به جز در خیار عیب به رسمیت شناخته نشده و اگر خیارات در برابر بانک اسقاط شود، مانعی در برابر تحمیل اراده بانک به هر طریق بر متقاضی تسهیلات وجود نخواهد داشت و در این صورت احتمال تعدی به حقوق جامعه بیشتر شده و ربا به میدان خواهد آمد. شرط دیگری در قراردادهای الحقی بانکی وجود دارد که می‌توان آن را از پیامدهای شرط اسقاط خیارات دانست. این شرط چنین است: «دفاتر و صورتحساب‌های بانک/ مؤسسه اعتباری در هر مورد معتبر است. دفاتر و صورت حساب‌های

بانک/ مؤسسه اعتباری از نظر اعلام به مراجع قضایی و یا دفاتر اسناد رسمی و ادارات و دوایر اجرای ثبت جهت محاسبات بعدی در جریان عملیات اجرایی در هر مورد ملاک عمل می‌باشد». از طرفی خیارات اسقاط شده و از طرف دیگر تمام دفاتر و صورتحساب‌های بانک به‌وسیله این شرط به‌طور اجباری مورد قبول متقاضی تسهیلات قرار داده می‌شود. متقاضی از همان ابتدای قرارداد مدیون مبلغی خواهد شد که انتهای آن معلوم نیست. در اینجا احتمال ضرر وی وجود دارد و خیارات هم اسقاط شده است. چگونه می‌توان تعادل قراردادی را حفظ کرد؟ چگونه می‌توان متقاضی تسهیلات را عهده‌دار تعهدات غیر منصفانه دانست و در عین حال ربا را محقق ندانست؟

۲-۳. درج شروط حاوی وجه التزام غیر عادلانه و مبهم در مسئولیت قراردادی متقاضی تسهیلات

وجه التزام به مبلغ مقطوع و غیرقابل تعدیلی تعریف شده است که به نحو شرط براساس توافق طرفین که پیش از نقض تعهدات قراردادی منعقد شده است بر ذمّه متعهد قرار می‌گیرد تا درصورت نقض تعهدات قراردادی توسط وی، این مبلغ را به متعهدله بپردازد. این شرط می‌تواند برای تعیین پیشاپیش خسارات ناشی از نقض قرارداد و یا تشديد مسئولیت و یا تحدید میزان مسئولیت منعقد شود (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۴۷۵). ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران در کنار ماده ده این قانون به‌عنوان مستند قانونی اعتبار شرط وجه التزام تلقی می‌شود.

مقطوع و معین بودن مبلغ وجه التزام جزو ارکان آن بوده و هر شرط دیگری که فاقد این رکن باشد وجه التزام نخواهد بود حتی اگر نام وجه التزام بر آن نهاده شده باشد. در همه قراردادهای الحاقی بانکی شرطی باعنوان وجه التزام بدین شرح وجود دارد: «متقاضی متعهد گردید در صورت بروز هریک از موارد مذکور در ماده نه، حسب مورد از تاریخ سرسید اقساط یا تبدیل دیون به دین حال، تا تاریخ تسويه بدھی، علاوه بر وجوده تأديه نشده خود، مبلغی به عنوان وجه التزام تأخیر تأديه دین، که طبق دستورالعمل محاسباتی و به شرح زیر محاسبه می‌گردد، به بانک/ مؤسسه اعتباری پرداخت نماید». دستورالعمل محاسبه این مبلغ هم بدین صورت ذکر شده است: مانده مطالبات در نرخ وجه التزام تأخیر تأديه دین ضرب شده و سپس عدد به‌دست آمده در تعداد روزهایی که تعهد با تأخیر مواجه شده ضرب می‌شود. مبلغ به‌دست آمده بر حاصل ضرب تعداد روزهای واقعی سال که در عدد صد ضرب شده است تقسیم شده و به عنوان وجه التزام بر ذمّه متعهد قرار می‌گیرد. نرخ وجه التزام در همه قراردادها شش درصد ذکر شده است. چون مبلغ ناشی از این دستورالعمل مقطوع نبوده و در ابتدای قرارداد مورد توافق قرار نگرفته است بنابراین نمی‌توان آن را وجه التزام دانست بلکه نوعی شرط تشديد مسئولیت قراردادی است که مبلغ آن غیرمعلوم و مجہول بوده و

به عبارت دیگر شرط فعل مجھولی بر عهده متعهد قرار گرفته است و می‌توان اعتبار قانونی آن را مورد تردید قرار داد.

این شرط دلیل روشنی مبنی بر غیرعادلانه بودن قراردادهای الحقی بانکی می‌باشد که موجبات تعدی و اجحاف در حق متقاضی تسهیلات را فراهم خواهد کرد. شائبه ربا نیز به طور کامل اثبات خواهد شد زیرا بانک خود را محق مبلغی می‌داند که تعیین آن مطابق صلاحیت وی بوده و متعهد مکلف است تا هر میزانی که بانک اعلام نمود بپردازد.

۲-۴. درج شروط حاوی تقاض بانک از اموال مسئولین قرارداد بدون مراجعه به مراجعه رسمی دادگستری

در فقه امامیه مبحثی به نام تقاض وجود دارد. تقاض به معنای تصاحب مال دیگری بدون اذن وی در ازای مال است. از این حق در جایی سخن گفته می‌شود که تعهدی بر ذمه مدیون وجود داشته باشد و وی منکر وجود دین بوده یا با قول دین از ایفای تعهد اجتناب ورزد. در این صورت متعهدله می‌تواند طلب خود را از اموال مدیون برداشت نماید. اکثر فقهای امامیه در اجرای تقاض اذن حاکم را شرط نمی‌دانند (نجفی، ۱۴۰۴: ۴۰). البته برخی از فقهای معاصر تقاض را زمانی جایز می‌دانند که امکان وصول به حق علیرغم مراجعه به حاکم وجود نداشته باشد یعنی ابتدا متعهدله را ملزم به مراجعه به دادگاه می‌دانند (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱: ۵۸۰). در حقوق موضوعه ایران این عقیده پذیرفته نشده است و همگان برای احراق حق باید به مراجع صالح قانونی مراجعه نموده و حق خود را به وسیله این مراجع از مدیون تحصیل نمایند. اصل ۱۵۹ قانون اساسی در این زمینه مقرر می‌دارد: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است».

اما در قراردادهای الحقی بانکی شرط ضمن عقدی گنجانده شده که طی آن بانک خود را محق دانسته تا طلب خود را از اموال مسئولین قراردادی برداشت نماید. این شرط بدین‌گونه است: «متقاضی و ضامن/ضامنین طی عقد خارج لازم، به طور غیرقابل رجوع به بانک/ مؤسسه اعتباری اجازه و اختیار دادند که هرگونه مطالبات خود ناشی از این قرارداد را اعم از مستقیم یا غیرمستقیم پس از سرسید یا حال شدن دین و در صورت عدم پرداخت، از موجودی هر یک از حساب‌های (ربایی وارزی)، اموال و اسناد آنان نزد بانک/ مؤسسه اعتباری و یا سایر بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، رأساً و بدون نیاز به حکم قضائی یا اجرایی برداشت نموده و به حساب بدھی جاعل منظور نماید. در صورتی که وجوده به صورت ارزی باشد بانک/ مؤسسه اعتباری آن را به نرخ اعلامی از سوی بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران محاسبه و برداشت می‌نماید. اقدام بانک/ مؤسسه اعتباری در این خصوص برای متقاضی و ضامن/ضامنین غیرقابل اعتراض و لازم‌الاجرا می‌باشد».

بانک از یک طرف صورتحساب‌ها و دفاتر خود را به عنوان معیار ارزیابی در مراجع رسمی بر متقاضی تحمیل می‌کند و از طرف دیگر برای خود شرط تقاضا در برابر وی پیش بینی می‌کند. در این وضعیت چگونه می‌توان عدالت قراردادی را مجری دانست؟ این شرط را باید باطل دانست زیرا بر خلاف محکم آمره اصل ۱۵۹ قانون اساسی بوده و اگر تصریف در اموال مسئولین قرارداد با استناد به این شرط صورت گیرد باید آن را غیرمشروع و غاصبانه تلقی نمود و حکم به استرداد اموال اخذ شده صادر کرد.

نتیجه‌گیری

بانک به عنوان منبع تأمین منابع مالی جهت فعالیت‌های اقتصادی نقش مهمی در پیشرفت اقتصادی کشور دارد تا جایی که استقرار نظام پولی و اعتباری بر مبنای حق و عدل (با ضوابط اسلامی) بهمنظور تنظیم گردش صحیح پول و اعتبار در جهت سلامت و رشد و اقتصاد کشور از اهداف بانکداری بدون ربا در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲ ذکر شده است. این قانون در راستای منع ربا بانک را مکلف به استفاده از قراردادهای اسلامی مشخصی نمود تا به وسیله آن از یک طرف منابع پولی از جامعه به عنوان سپرده اخذ شود و از طرف دیگر بانک به عنوان وکیل سپرده‌گذار، این منابع را در اختیار متقاضیان تسهیلات بانکی قرار دهد تا اقتصاد جامعه گردش مناسبی پیدا کند. این قراردادها را می‌توان در دو دسته کلی یعنی قراردادهای مشارکتی و قراردادهای مبادله‌ای قرار داد. از آنجایی که بانک به دلیل توان مالی بالایی که دارد موقعیت برتری در قرارداد پیدا می‌کند بنابراین تبصره ماده ۲۳ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰ بانک مرکزی را مکلف نمود تا قراردادهای الحقیقی نمone و یکنواختی برای حفظ عدالت قراردادی در قراردادهای بانکی تنظیم نماید که این تکلیف توسط بانک مرکزی ایفا شد. در این قراردادها شروط ضمن عقدی وجود دارد که برخی از آنها مخالف ماهیت و مقتضای ذات قراردادهای مشارکتی می‌باشد زیرا بانک را در سود و زیان شریک ندانسته و حتی در صورت حصول زیان بانک را مستحق مطالبه سرمایه اعطایی قلمداد کرده است. برخی دیگر از این شروط اگرچه مخالف ماهیت قرارداد نیستند ولی به روشنی موجب عدم توازن در موقعیت قراردادی طرفین شده و به صورت ناعادلانه‌ای برتری بانک بر طرف قرارداد را تضمین می‌کنند. شروطی که موجب اسقاط خیارات در قراردادهای مبادله‌ای هستند را باید در این دسته قرار داد. همچنین باید شروط راجع به نحوه تعیین خسارت تأخیر تادیه دین که به نادرستی وجه التزام نامیده شده را در این دسته قرار داد زیرا نحوه محاسبه این مبلغ مجھول بوده و نوعی شرط فعل مجھول بر عهده طرف قرارداد نهاده می‌شود. همچنین شروطی مبنی بر ایجاد حق تقاضا برای بانک وجود دارد که براساس آنها بانک

می تواند مطابق تشخیص خود از اموال مسئولین قرارداد بدون مراجعه به مراجع رسمی دادگستری برداشت نماید که چون مخالف اصل ۱۵۹ قانون اساسی است باید آن را نامشروع و باطل دانست چرا که مراجعه به مراجع دادگستری جهت استیفاده حق از قواعد آمره می باشد. چنین شروطی بیانگر تثبیت موقعیت برتر بانک در قرارداد می باشد و دستیابی به اهداف بانکداری بدون ربا را با تردید موافق می سازد. حکمت تحریم ربا جلوگیری از ظلم و تعدی نسبت به اشخاص جامعه است و هر سودی که از ظلم و اجحاف تحصیل شود حتی اگر قالب اسلامی هم داشته باشد ربا بوده و به شدت مورد تحریم و نفی شارع مقدس و قوانین ایران می باشد. وقتی بانک با سوءاستفاده از موقعیت خود چنین شروطی را بر متقاضیان تسهیلات بانکی تحمیل می کند بدین معناست که کسب سود بر اجرای عدالت اسلامی رجحان داشته و ربا را گسترش خواهد داد. با گسترش ربا نمی توان امیدی به پیشرفت اقتصادی جامعه داشت. در نتیجه قراردادهای الحقی بانکی باید مورد بازبینی قرار گرفته و به صورت عادلانه تنظیم شوند تا به وسیله آن بتوان به گرددش سالم اقتصاد کشور امید داشت.

منابع

۱. الشریف، محمد Mehdi (۱۳۹۳)، منطق حقوق، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۶)، "وضعیت شرط تضمین سود"، فصلنامه حقوق، دوره ۳۸، شماره ۴، صص ۱۱۰-۸۹.
۳. بیگدلی، عطاءالله (۱۳۸۹)، "اسقاط خیارات در حقوق ایران و فقه امامیه"، فصلنامه پژوهش نامه حقوق اسلامی، دوره ۱۱، شماره ۳۱، صص ۱۹۱-۲۴۳.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۰)، فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران: گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۰)، فلسفه حقوق مدنی، تهران: گنج دانش.
۶. حسینی دولت‌آبادی، سیدمهدی (۱۳۹۵)، "ماهیت بانک و دلالت‌های آی برای مطالعات بانکداری اسلامی"، دو فصلنامه مطالعات اقتصاد اسلامی، دوره ۸، شماره ۱۶، صص ۱۹۸-۱۷۳.
۷. خرازی، سیدمحسن (۱۳۸۴)، "پژوهشی در اقسام بانک و احکام آن"، فصلنامه فقه اهل‌بیت، دوره ۱۱، شماره ۴۴، صص ۱۹-۳.
۸. خوئینی، غفور (۱۳۹۳)، فلسفه حقوق، تهران: مجد.
۹. راعی، مسعود، مولاییان، محمد (۱۳۹۳)، "رویکرد فقه امامیه به عدالت معاوضی و تأثیر آن بر عقد الحقیقی"، فصلنامه حقوق اسلامی، دوره ۱۱، شماره ۴۰، صص ۱۶۵-۱۳۵.
۱۰. رالز، جان (۱۳۹۷)، نظریه ای در باب عدالت، ترجمه نوری، مرتضی، تهران: نشر مرکز.
۱۱. زراعت، عباس (۱۳۹۱)، مبانی استنباط حقوق، تهران: میزان، چاپ اول.
۱۲. شهابی، مهدی (۱۳۹۴)، "قرارداد بهمثابه قانون طبیعی (عقلی): تأملی در مبنای اعتبار مفاد قرارداد در نظام حقوق قراردادهای ایران و فرانسه"، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۲، صص ۱۶۲۵-۱۶۰.
۱۳. طباطبایی، سیدمحمدحسین (۱۳۹۳)، اصول فلسفه و روش رئالیسم، تهران: حکمت صدرا.
۱۴. قاسمی، محسن (۱۳۸۸)، شکل‌گرایی در حقوق مدنی، تهران: میزان.
۱۵. قافی، حسین (۱۳۸۳)، "ماهیت و میزان اعتبار قرارداد الحقیقی"، فصلنامه حقوق اسلامی (فقه و حقوق سابق)، دوره ۱، شماره ۲، صص ۸۸-۶۱.
۱۶. کریمی، عباس، مرادی، یاسر (۱۳۹۴)، "سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانکداری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا"، فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، دوره ۱، شماره ۱، صص ۶۹-۳۹.
۱۷. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

۱۸. مطهری، مرتضی (۱۳۹۵)، مسئله ربا و بانک به ضمیمه مسئله بیمه، تهران: صدرا.
۱۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۰)، ربا و بانکداری اسلامی، قم: مدرسه امام علی ابن ابیطالب.
۲۰. مهربور، حسین، صفری، سجاد (۱۳۹۷)، "روح قانون در حقوق ایران"، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۲، شماره ۱۰۳، صص ۲۱۸-۲۰۱.
۲۱. امام خمینی، سیدروح الله (۱۴۲۱)، البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۲. امام خمینی، سیدروح الله (۱۴۳۴)، تحریرالوسيله، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۳. انصاری دزفولی، مرتضی (۱۴۱۴)، رسائل فقهیه و اصولیه، قم: مکتبه المفید.
۲۴. حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴)، تذکره الفقهاء، بیروت: مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام لاحیاء التراث.
۲۵. صدر، سیدمحمدباقر (۱۴۰۱)، البنك الاربوبی، بیروت: دارالمطبوعات.
۲۶. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۴)، جمع الفائدہ و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم: آل‌البیت.
۲۷. موسوی اردبیلی، عبدالکریم (۱۴۲۳)، فقه القضا، قم: جامعه المفید.
۲۸. موسوی خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۱۳)، مصباح الفقاھة، قم: داوری.
۲۹. نجفی(صاحب جواهر)، محمدحسن. (۱۴۰۴ق)، جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربي.
۳۰. هاشمی شاهروodi، سید محمود (۱۴۳۲)، کتاب المضاربه، قم: مؤسسه الفقه و معارف اهل بیت.