

The reflection of Shia jurisprudence in the legal system of Islamic countries, a case study: economic analysis of banking civil partnership contracts

Mohammad Javad Mirzai¹, Abbas Moghadari Amiri², Mohammad Alamzadeh³

Abstract

Field and Aims: The partnership contracts are one of the obvious methods for allocating the resources in without usury banking and the purpose of partnership contract is "contribution contract" in juridical books which the parties by merging each other's properties and capitals, agree to cooperate in a specific business and share the profit and loss between themselves in proportion to their portion. However, in practice banks use a category of contracts to decrease the risk of repayment of such loans, increase of profit and avoid from imperative profit rate.

Method: The present research was carried out using a descriptive and analytical method.

Finding and Conclusion: added some conditions in the contracts of guarantee, settlement of account, donation and etc. in order to reach the fixed rate of profit they expect in exchange contracts in the form of partnership. Including such conditions in such a contracts lead to substantive exit of contract from common definition of partnership contract. But the operation of banks in economic analysis of law is nothing except to try to earn profit and avoid loss based on the theory of reasonable behavior in economy. So, it seems the first step to amend this defective cycle is consider the problem of inflation and decrease of value of money as one of the facts in country's economy. The solution is to finance partnership projects by banking investment funds or it is independent from banks.

Keywords: Economic Analysis of Law; Banking Civil Partnership; Partnership Contracts; Without Usury Banking.

*Citation (APA): Mirzai, M., Moghadari Amiri, A., Alamzadeh, M. (2022). The reflection of Shia jurisprudence in the legal system of Islamic countries, a case study: economic analysis of banking civil partnership contracts. *International Legal Research*, 15(55), 517-536.
https://alr.ctb.iau.ir/article_693214.html?lang=en

1. Doctoral student of private law, Qaimshahr Branch, Islamic Azad University, Qaimshahr, Iran.
Email: mohammadjavad_mirzaei@yahoo.com

2. Assistant Professor, Department of Private Law, Joibar Branch, Islamic Azad University, Joibar, Iran (author). Email: A.moghaddari@gmail.com

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Qaimshahr Branch, Islamic Azad University, Qaimshahr, Iran.
Email: malemzade46@gmail.com

بازتاب فقه شیعه در نظام حقوقی کشورهای اسلامی مطالعه موردی: تحلیل

اقتصادی قراردادهای مشارکت مدنی بانکی

محمدجواد میرزائی^۱، عباس مقدری امیری^۲، محمد عالم‌زاده^۳

چکیده

زمینه و هدف: عقود مشارکتی از بارزترین روش‌های تخصیص منابع در بانکداری بدون ربا بوده و مقصود از مشارکت مدنی بانکی همان «عقدالشرکه» در کتب فقهی است که طرفین با درآمیختن اموال و سرمایه‌های یکدیگر توافق می‌کنند در تجارت مشخصی باهم، همکاری و سود آن را به نسبت سهم‌الشرکه بین خود تقسیم نمایند؛ ولی در عمل، بانک‌ها به منظور کاهش ریسک پرداخت این تسهیلات، افزایش سودآوری و گریز از نرخ سود دستوری از قراردادهای تیب برای انعقاد مشارکت استفاده کرده و به فراخور مصالح خود شروطی را در قالب ضمان، صلح، هبه و ... در آن گنجانده‌اند تا سود ثابت مدنظر در عقود مبادله‌ای را در قالب مشارکت محقق سازند.

روش: پژوهش حاضر به روش توصیفی و تحلیلی انجام شده است.

یافته‌ها و نتایج: درج شروط اگرچه سبب خروج ماهیتی قرارداد منعقد از دایره تعاریف مرسوم مشارکت مدنی می‌گردد؛ لکن در بستر تحلیل اقتصادی حقوق عملکرد بانک‌ها چیزی جز تلاش برای کسب سود و احتراز از زیان، مبتنی بر تئوری رفتار معقول در اقتصاد نیست. لذا به نظر می‌رسد قدم اول برای اصلاح این چرخه معیوب، در نظر گرفتن موضوع تورم و کاهش ارزش پول به‌عنوان یکی از واقعیات اقتصاد کشور باشد. راه‌حل مسئله نیز تأمین سرمایه پروژه‌های مشارکتی از طریق صندوق‌های سرمایه‌گذاری بانکی، یا مستقل از بانک‌ها است.

کلیدواژه‌ها: تحلیل اقتصادی حقوق، مشارکت مدنی بانکی، عقود مشارکتی، بانکداری بدون ربا.

* استناددهی (APA): میرزائی، محمدجواد؛ مقدری امیری، عباس؛ عالم‌زاده، محمد. (۱۴۰۱). بازتاب فقه شیعه در نظام حقوقی کشورهای اسلامی مطالعه موردی: تحلیل اقتصادی قراردادهای مشارکت مدنی بانکی. *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ۱۵(۵۵)، ۵۱۷-۵۳۶.

https://alr.ctb.iau.ir/article_693214.html

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد قائم شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائمشهر، ایران.

رایانامه: mohammadjavad_mirzaei@yahoo.com

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد جویبار، دانشگاه آزاد اسلامی، جویبار، ایران (نویسنده مسئول).

رایانامه: A.moghaddari@gmail.com

۳. استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد قائم شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائم شهر، ایران.

رایانامه: malemzade46@gmail.com

مقدمه

رابطه‌ی حقوق و اقتصاد از دو قرن پیش مورد توجه و مطالعه دانشمندان علم اقتصاد قرار گرفته است، ولی این مطالعات دچار تحولات عمده‌ای شده و از ۱۹۶۰ میلادی با انتشار مقاله رنالد کاوز عملاً رشته مطالعاتی جدیدی با عنوان تحلیل اقتصادی حقوق یا حقوق اقتصاد به وجود آمد. علیرغم آنکه توجه حقوقدانان به مسائل اقتصادی و مباحث اقتصاددانان نسبت به پدیده حقوق و نقش آن در سازمان و روابط اقتصادی سابقه‌ای دیرین دارد، ولی حقوق اقتصاد به معنای جدید، بیش از پنجاه سال در آمریکا و بیش از دو دهه در دیگر کشورهای پیشرفته از نظر اقتصادی قدمت ندارد (بابائی، ۱۳۸۶: ۱۵).

نظام بانکی یکی از بخش‌های مهم ساختار اقتصادی کشور است که از طریق جذب پس‌اندازها (تجهیز منابع) و اعطای اعتبار (تخصیص منابع) سیاست‌های پولی کشور را اجرا می‌نماید. در این میان، عقود مشارکتی از بارزترین روش‌های تخصیص منابع، و از شاخص‌های اصلی بانکداری بدون ربا محسوب می‌شود. قرارداد مشارکت مدنی که در آن بانک و مشتری با مشارکت یکدیگر مبادرت به سرمایه‌گذاری و تقسیم سود به نسبت آورده‌ی خود می‌کنند، یکی از مهم‌ترین قراردادهای بانکی شناخته می‌شود. با توجه 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 قرارداد با هر نرخ سودی می‌نمایند (کریمی و همکاران، ۱۳۹۷: ۲۱۵).

به عبارت دیگر قرارداد مشارکت مدنی، یکی از شیوه‌های رایج تخصیص منابع و اعطای تسهیلات در نظام بانکی کشور است که بر مبنای شرکت عقدی مالکان سرمایه صورت می‌گیرد. استاندارد بودن فرم مذکور سبب شده شروطی در ضمن آن گنجانده شود که به‌طور یک‌جانبه تأمین‌کننده منافع بانک است و حقوق مشتری در آن نادیده گرفته شده است. شروط مزبور که با عنوان «شروط تحمیلی» شناخته می‌شود (عطار شهرکی و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۸۳).

از آنجا که بخش اصلی دارائی‌ها که تأثیر عمده در سود و زیان بانک‌ها دارد، تسهیلات اعطائی است و با توجه به عدم اطمینان از بازدهی طرح‌های سرمایه‌گذاری، به‌کارگیری تکنیک‌های مناسب تحلیل اقتصادی می‌تواند در ارائه تصویری قابل قبول از بازدهی آتی طرح مفید واقع گردد. از این رو به‌منظور کاهش ریسک‌های احتمالی، افزایش سودآوری و گریز از تحمیل نرخ سود دستوری در عقود مبادله‌ای، از تاریخ تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک‌ها از نمونه‌ها و فرم‌های متعددی برای انعقاد عقود مشارکتی استفاده کرده‌اند و به فراخور مصالح خود شروطی را در قالب ضمان، صلح، هبه و ... در آن گنجانده‌اند تا سود ثابت مدنظر در عقود مبادله‌ای را در

قالب عقود مشارکتی محقق سازند. به نحوی که متقاضی تسهیلات مشارکتی، عملاً نوعی وام با بهره معین تحت عنوان مشارکت دریافت می کند. فرآیند مذکور ضمن تأمین اعتبار طرح های اقتصادی مورد نیاز جامعه از کارآمدی مناسب برای کاهش ریسک و افزایش سودآوری بانک ها برخوردار است؛ چراکه در صورت نبود این تضمینات، بانک ها علاقه ای به پرداخت تسهیلات در قالب مشارکت نخواهند داشت؛ امری که تأمین سرمایه، در گردش بنگاه های اقتصادی و تولیدی را با مشکل مواجه نموده و تأثیر سوئی در چرخه اقتصاد کشور خواهد داشت. در یک چرخه سالم، بانک ها باید سه نقش عمده در ارتباط با رشد اقتصادی ایفاء نمایند: الف) با کاهش مخاطرات ناشی از اطلاعات نامتقارن و با حداقل هزینه اقدام به تجمیع پس اندازها و تخصیص بهینه منابع نمایند. ب) با گزینش و نظارت بر اجرای پروژه ها و ایجاد بانک اطلاعاتی مشتریان، امکان دستیابی به داده مطمئن را فراهم کرده و به حل مسائل انتخاب نامساعد و مخاطرات اخلاقی و در نتیجه تخصیص بهینه سرمایه کمک کنند. پ) با مدیریت صحیح ریسک، توانمندی خود را جهت سرمایه گذاری های بلندمدت افزایش دهند.

در این پژوهش نگارندگان در پی پاسخ گویی به این سؤالات هستند که قراردادهای مشارکت مدنی چه کارکرد اقتصادی دارد؟ و کارآمدی اقتصادی ضمانت اجراهای نقض قراردادهای مشارکت مدنی چگونه است؟ در این پژوهش بدو کلیاتی از تحلیل اقتصادی حقوق، به ویژه در حوزه حقوق قراردادها ارائه و در ادامه با بررسی فقهی جنبه هایی از قراردادهای مشارکت مدنی بانکی، این قراردادها را در بستر حقوق و اقتصاد مورد تحلیل قرار می دهیم.

۱. تحلیل اقتصادی حقوق

«تحلیل اقتصادی حقوق^۱»، «حقوق و اقتصاد^۲» و «اقتصاد حقوق^۳» که به طور گسترده در نوشته های حقوقی به جای هم به کار می روند، بیانگر نوعی روش مطالعه و ارزیابی قواعد حقوقی و ضمانت اجراهای نقض آن با استفاده از روش ها و ابزارهای رایج در علم اقتصاد است (شیروی، ۱۳۹۹: ۶۳-۶۴)، در این قسمت به تبیین مفهوم شناسی و ماهیت تحلیل اقتصادی حقوق خواهیم پرداخت.

۱-۱. مفهوم شناسی

به باور یکی از اساتید حقوق، «حقوق و اقتصاد به علمی اطلاق می شود که در آن نظریه اقتصادی (اساساً اقتصاد خرد) برای شکل گیری، ساختار، روال و آثار اقتصادی حقوق و نهادهای حقوقی اعمال می شود.» (بابائی، ۱۳۸۶، ۱۸)، یکی دیگر از نویسندگان، حقوق اقتصادی را این چنین تعریف می کند: «تحلیل اقتصادی حقوق، عبارت است از به کارگیری نظریه های علم اقتصاد، خاصه

1 . economic analysis of law
2 . law and economics
3 . economics of law

کارآیی، به‌عنوان مبنای قواعد حقوقی به‌منظور ارزیابی این قواعد و عنداللزوم، اصلاح آن‌ها. (کاوایانی، ۱۳۸۶، ۷۲)، این تعاریف، اگرچه دارای نقاط قوت و بیان‌کننده جنبه‌هایی از این شاخه پربار علم حقوق هستند، لکن هیچ‌یک ماهیت واقعی حقوق اقتصادی را تبیین نکرده‌اند. حقوق اقتصادی یا تحلیل اقتصادی حقوق وسعتی به‌اندازه اقتصاد و حقوق داشته و به اندازه مجموع هر دو علم اصلی عمیق است.

تحلیل اقتصادی حقوق، یک موضوع میان‌رشته‌ای است که زمینه‌ی مطالعاتی بزرگ را کنار هم قرار داده و فهم بیشتر هر دو را آسان می‌سازد. این رشته تحقیقاتی، بر این تصور استوار است که نظام اقتصادی، عامل مؤثری در شکل‌گیری و تغییر قواعد حقوقی است و موجب تغییرات حقوقی خاصی می‌شود که به‌نوبه خود، این قواعد در نظام اقتصادی تأثیرگذار خواهند بود. قدرت‌های اقتصادی به‌صورت عوامل مشوق یا مانع تغییراتی در حقوق برای ایجاد منافع اقتصادی جدید یا دفاع از منافع اقتصادی قدیمی عمل می‌کنند؛ به این‌گونه حقوق به‌عنوان ابزاری برای کنترل و رقابت منافع مختلف اقتصادی در سطح دولت‌ها لحاظ شده است (کوشا و نجاریان هنزایی، ۱۳۹۸: ۱۷۹-۱۸۰).

به‌عبارت‌دیگر، تحلیل اقتصادی حقوق جدید، منطق اقتصادی و ابزارها و روش‌های علم اقتصاد را به خارج از حوزه علم اقتصاد و به‌خصوص علم حقوق یعنی حوزه رفتارهای غیر بازاری یا خارج از بازار تسری داده است (نعیمی، ۱۴۰۰: ۴۵)، لذا این شاخه از علوم، قابل‌تعریف در دو یا چند جمله مجمل نبوده و در هر جامعه‌ای با توجه به مؤلفه‌های خاص آن جامعه قابل تبیین است.

۱-۲. ماهیت‌شناسی

با ظهور نظریاتی در باب تلفیق شاخه‌های مختلف علوم اجتماعی و پدید آمدن نظریه حقوق و اقتصاد، مطالعات در باب مبنا و چگونگی این تلفیق سرعت و وسعت بیشتری گرفت. تاجایی که پیشرفت‌های مطالعاتی در این‌باره منتج به تفکیک تاریخی این رشته به حقوق اقتصادی قدیم و جدید گردید.

«مشخصه‌ی رویکرد سنتی اقتصاد به حقوق این بوده که اقتصاددانان، حقوق را به‌عنوان چهره‌ای از مطالعه سیستم اقتصادی می‌دیدند. این نگاه، مطالعه حقوق را بیشتر به‌عنوان یکی از عناصر مطالعه سیستم اقتصادی در نظر می‌گرفت و توجه چندانی به شناخت اثر محرک‌ها و قواعد حقوق بر نحوه رفتار اقتصادی افراد نداشت؛ ولی حقوق و اقتصاد جدید، نگاهی متفاوت به رابطه‌ی حقوق و اقتصاد دارد و مطالعات انجام‌شده در مسیری متفاوت قرار گرفته است. در واقع، شاخصه حقوق و اقتصاد جدید، اعمال ابزار تحلیل اقتصادی (و مشخصاً اقتصاد خرد و سیستم قیمت‌ها) در روابط و زمینه‌هایی است که تا این‌زمان در حیطه‌ی مسائل اقتصادی شمرده نمی‌شد.» (بابائی،

۱۳۸۶: ۱۵ و ۱۶)



رویکرد جدید به دنبال آن است که قواعد حقوقی را کالا فرض کند. در این رویکرد، رفتار اشخاص نسبت به قواعد حقوقی بهایی دارد و مانند قیمت در علم اقتصاد تحلیل می‌شود. مثلاً هزینه نقض تعهد قراردادی برای ناقض عهد را می‌توان مانند افزایش قیمت کالا تحلیل کرد و در نتیجه پیش‌بینی کرد، همان‌طور که افزایش قیمت کالا در اقتصاد موجب کاهش تقاضا می‌شود، افزایش هزینه (قیمت) نقض عهد برای ناقض نیز باعث کاهش تمایل او به نقض عهد خواهد شد.

به نظرمی رسد مهم‌ترین تفاوت رویکرد قدیم و جدید «حقوق و اقتصاد» تفاوت در جنس مطالعات است. رویکرد قدیم به دنبال بررسی حقوق به‌عنوان یک عنصر مهم و اساسی در نظریه پردازی اقتصادی و تعاملات حقوق و اقتصاد است؛ حال آنکه رویکرد جدید در پی اعمال نظریه‌های اقتصادی جهت بررسی رفتار افراد در فضای حقوق است و کاری به مبانی حقوقی نظام اقتصادی ندارد. به عبارت دقیق‌تر، رویکرد قدیم و جدید معرف دو قرائت مختلف از نظریه اجتماعی هستند. رویکرد قدیم یک رویکرد چندلایه و میان‌رشته‌ای است که به دنبال تحلیل ساختار جامعه است. در این رویکرد، گاه حقوق بر اقتصاد تأثیر می‌گذارد و گاه اقتصاد بر حقوق. در رویکرد جدید، نظریه «انتخاب عقلانی» به‌عنوان ابزاری جهت فهم رفتار افراد در تمامی زمینه‌های اجتماعی، از جمله حقوق به کار برده می‌شود. به عبارت دیگر این رویکرد، اقتصاد را به حوزه‌هایی که به‌طور سنتی اقتصادی محسوب نمی‌شوند، گسترش می‌دهد تا از این طریق، دیگر حوزه‌های علمی را با نگاه اقتصادی مطالعه کند، نه اینکه نتایج مطالعات خود را با این هدف که شاید بتواند به ما در فهم عملکرد نظام اقتصادی کمک کند، به حوزه اصلی یعنی اقتصاد وارد کند. (آقایی طوق، ۱۳۹۲: ۹)

امروزه در تحلیل اقتصادی حقوق، به‌طور کلی دو نظریه عمده اقتصادی تحت عناوین «نظریه چانه‌زنی^۱» و «نظریه اقتصادی قرارداد^۲» مطرح شده است. دو سؤال اساسی نظریه چانه‌زنی از این قرار است که اولاً: چه تعهداتی باید الزام آور باشند؟ و ثانیاً: چگونه باید خسارت نقض تعهدات را جبران کرد؟ نظریه چانه‌زنی به دو سؤال مطروحه این‌گونه پاسخ داده است. اولاً: تعهد، زمانی باید الزام آور تلقی شود که به‌عنوان بخشی از معامله داده شده باشد و اینکه تعهدات واجد عوض قراردادی، الزام آور و تعهدات فاقد عوض، غیر الزام آور هستند. ثانیاً: معیار تعیین خسارت هم این است که متعهد له در صورت ایفاء تعهد، چه منفعتی به دست می‌آورد؟ لذا در نهایت همین میزان منفعت باید جبران شود که از آن تحت عنوان «خسارت انتظاری^۳» یاد می‌شود. در حقوق ما البته هنوز رویکرد واحد و منسجمی در برخورد با این نوع خسارت به چشم نمی‌خورد، لکن

1. Bargain theory
2. Economic theory of contract
3. Expectation Damages



نزدیک‌ترین مفهوم به این معنا در حقوق ایران، عدم‌النتفع است. مفهومی که به نظر می‌رسد انطباق آن با واقعیت‌های روز جامعه نیازمند تلاش بیشتری از سوی نویسندگان حقوقی است. حقوق قراردادهای، قواعدی را در جهت تنظیم مبادلات و معاملات مربوط به آن استحقاق‌ها بیان می‌دارد و از این طریق، بر میزان منفعت و سود ناشی از تجارت که هر جامعه می‌تواند برخوردار باشد، تأثیر می‌گذارد. بدین ترتیب، اقتصاددانان علاقه‌مند به ویژگی‌های رفاهی نهادها، به‌طور اخص، با مبانی خرد مبادله، به‌طور اعم، دلایل خوبی برای توجه جدی به حقوق قراردادهای دارند (هرمالین^۱ و همکاران، ۲۰۰۷: ۶).

در نظریه «اقتصادی قرارداد» با تکیه بر مفهوم کارآیی پارتو^۲ به این نتیجه می‌رسیم که با در نظر گرفتن ملاحظات، اگر متعهد و متعهدله هر دو از زمان انعقاد قرارداد خواهان الزامی بودن آن باشند، تعهد را باید الزام آور دانست (کوتر و یولن، ۱۳۹۲: ۱۹۶). در تحلیل اقتصادی حقوق، حقوق قراردادهای باید در پی آن باشد که زمینه را برای گسترش معاملات و افزایش امنیت در تجارت فراهم آورده و مخصوصاً با ایجاد قوانین تکمیلی (توسط قوه مقننه) و قواعد رفتاری (ناشی از رویه محاکم)، هزینه‌های مذاکره را در زمان ایجاد معاملات کاهش دهد. تعهدات پولی به‌طور کلی از موضوعاتی هستند که می‌توانند موضوع «تحلیل اقتصادی حقوق» قرار گیرند و مقصود ما از تعهدات پولی در اینجا تعهدات ناشی از قرارداد است.

سرانجام اینکه، حقوق قراردادهای با تدارک قواعد و نهادهایی درباره رفتار طرفین پس از انعقاد قرارداد و انجام تعهدات قراردادی، رفتارهای فرصت‌طلبانه در این مرحله را نیز کاهش می‌دهد. به‌طور خلاصه، وجود حقوق قراردادهای به معنای کاهش هزینه‌های استفاده از بازار است. از منظری دیگر، با تمهید قواعد پیش فرض^۳ (یا تکمیلی)، حقوق قراردادهای به طرفین کمک می‌کند که علاوه بر داشتن مبنایی برای آغاز مذاکرات و مبادرت به انعقاد قرارداد، در تشکیل قرارداد با تساهل بیشتری عمل کنند و درگیر خیلی از جزئیات قراردادی نشوند زیرا می‌دانند که قانون، در آن زمینه‌ها، پیش‌بینی‌های لازم را نموده و همین امر می‌تواند به کاهش هزینه‌های مبادله کمک کند (نعیمی، ۱۴۰۰: ۳۳۸)، با این اوصاف، از دید اقتصاددانان، قراردادهای و تمام ترتیبات نهادی که عمل، در ارتباط با قرارداد به وجود آمده‌اند، برای تسهیل فعالیت اقتصادی و کاهش هزینه‌های اختلافات و در نتیجه تولید ثروت و افزایش رفاه اجتماعی است (شفر^۴ و برنارد^۵، ۲۰۰۴: ۲۷۷-۲۷۸).

1. Hermalin

۲. معیار کارایی پارتو یا بهره‌وری تخصیصی در قرن نوزدهم توسط ویلفردو پارتو مطرح شد. معیار پارتو بیانگر حالتی است که در آن، منابع به صورتی اختصاص یافته که امکان تغییر آن به نحوی که حداقل یک نفر هم نتواند در موقعیت بهتری قرار گیرد بدون آنکه دیگران در موقعیت بدتری قرار گیرند، وجود ندارد.

3. default rules

4. Schafer

5. Bernard

۲. تحلیل فقهی قراردادهای مشارکت مدنی بانکی

۲-۱. تعریف مشارکت مدنی در فقه و حقوق

بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، عقد مشارکت را در قالب مشارکت مدنی و مشارکت حقوقی با مشتریان خود منعقد می‌سازند. مقصود از مشارکت مدنی بانکی همان «عقدالشرکه» در کتب فقهی است که طرفین عقد در آن با درآمیختن اموال و سرمایه‌های یکدیگر توافق می‌کنند که در تجارت مشخصی باهم همکاری و سود آن را به نسبت سهم مشارکت بین خود تقسیم نمایند. با این توضیح، دو اصطلاح فقهی «شرکه‌العنان» و «شرکه‌الأموال»، همان مشارکت مدنی در بانک می‌باشد که از سابقه طولانی در فقه برخوردار است. به موجب ماده (۷) قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، بانک‌ها مجازند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش‌های مختلف تولیدی و خدماتی، بخشی از سرمایه و منابع مورد نیاز را در قالب مشارکت تأمین کنند. (مصباحی مقدم و نعمتی، ۱۳۹۷: ۲۷).

در اصطلاح فقهی، شرکت عبارت است از: «اجتماع حقوق الملائک فی الشیء الواحد علی سبیل الشیاع» (نجفی، ۱۴۳۲ ق، ج ۲۶، ص ۲۸۴). تأثیر این تعریف فقهی در قانون مدنی به خوبی در ماده ۵۷۱ دیده می‌شود. در این ماده آمده است: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». همچنین، آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و دستورالعمل اجرائی مشارکت مدنی نیز در تعریف خود: «درآمیختن سهم‌الشرکه نقدی و یا غیر نقدی اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع، طبق قرارداد» را مشارکت مدنی دانسته‌اند.

۲-۲. قواعد فقهی در قرارداد مشارکت مدنی

قواعد فقهی، فرمول‌های بسیار کلی هستند که سرچشمه استنباط قوانین محدودتر می‌شوند و به یک مورد ویژه اختصاص ندارند؛ بلکه مبنای قوانین گوناگون و متعدد قرار می‌گیرند. به بیانی، قواعد فقهی، نمادها و بنیادهای کلی فقهی هستند که با توجه به کلیت و شمول خود، فقیه در موارد گوناگون از آن‌ها استفاده می‌کند. (محقق داماد، ۱۴۰۰، ج ۱، ص ۲)

قراردادهای متحدالشکل مشارکت مدنی بانکی که از سوی بانک مرکزی تهیه و به تأیید شورای فقهی آن بانک نیز رسیده و جهت انعقاد و اجرا به شبکه بانکی ابلاغ شده است از جهت قواعد فقهی به کاررفته قابل بررسی است.

۱) قاعده شرط: در ضمن عقود گوناگون می‌توان شرط‌هایی قرارداد که عمل به آن در صورتی که شرایط صحت شرط را داشته باشد، واجب است. شرط در معنای اصطلاحی خود عبارت از عهد و التزام است. در حقیقت شرط به تعهدی گفته می‌شود که در ضمن عقد دیگری قرار گیرد.

شرط در لغت به معنی علامت و نشانه است؛ و در عرف، آن چیزی است که تأثیر‌گذاری مؤثر بر وجود آن متوقف است نه وجود خود مؤثر. از ویژگی‌های آن، این است که از عدم آن، عدم مشروط لازم می‌آید؛ ولی از وجود آن، وجود مشروط حتمی نیست (شهید اول، بی تا، ج ۱، ص ۶۴).

معنای شرط در حقوق و قانون مدنی نیز به معنای پیش گفته بسیار نزدیک است و شرایط صحت آن به صورت زیر است:

- قرار داشتن در ضمن عقد.
- مقدور بودن.
- معقول بودن.
- معلوم بودن.
- عدم مخالفت با شرع.
- عدم مخالفت با مقتضای عقد.

۲) قاعده عدل و انصاف: قاعده عدل و انصاف از قواعد اساسی شریعت است. این قاعده در باب‌های گوناگون فقهی جریان دارد. در حقیقت نظام حقوقی شیعه و اسلام به عدالت و رفتار منصفانه توجه شده و عدالت به عنوان یک اصل فرا دینی و معیار کلی حاکم بر تمام مبادله‌ها معرفی شده است. عدالت روح احکام الهی است و تمام مبادله‌ها و معامله‌ها باید بر مبنای آن صورت گیرد (نوری کرمانی، ۱۳۶۱، ۲۶۶). در فقه اسلام موارد عدیده‌ای دیده می‌شود که نسبت به تعهدات ناشی از عقود، عدل و انصاف رعایت شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۴، ۹۹). در آثار بسیاری از فقیهان مانند شیخ انصاری، تمسک به این قاعده به اندازه‌ای پررنگ است که گویی منبع پنجم استنباط احکام است (اسکینی، ۱۳۶۵، ۱۰).

اقتضای این قاعده این است که طرفین قراردادهای اسلامی مکلف هستند در پدید ساختن و اجرای قرارداد بر اساس عدل و انصاف رفتار کنند و قراردادی عادلانه را منعقد کنند تا وسیله اتلاف و تضییع حقوق دیگران فراهم نشود. بر همین اساس نقض عدالت و درج شروط غیرمنصفانه در قرارداد نیز از مصداق‌های ضرر رساندن به افراد شمرده می‌شود. شرط غیرمنصفانه یا تحمیلی به شرطی گفته می‌شود که یکی از دو طرف با سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی یا تخصص خویش به طرف دیگر تحمیل کند. این شرط‌ها کم‌وبیش به طور غیرمنطقی به نفع یکی از طرفین قرارداد است (کریمی، ۱۳۶۲، ۷۰).

در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی شروطی درج گردیده که فرصت انعقاد عقد در یک شرایط متعادل و برابر را از مشتری بانک سلب و وی را به سمت انعقاد عقد اضطراری سوق می‌دهد. «در حقیقت در این گونه شرط‌ها بر معیارهایی مانند ظالمانه بودن و سوءاستفاده یا

یک طرفه بودن تأکید شده است. عامل‌هایی مانند چگونگی انعقاد قرارداد، شرایط و قدرت چانه‌زنی طرفین در غیرمنصفانه شدن قرارداد نقش دارد» (ساردوئی نسب، ۱۳۹۰، ۴۵). به‌طور قطع این شرط‌ها به حکم قاعده عدل و انصاف جواز و صحت شرعی ندارد.

۳) قاعده نفی غرر: فقیهان با استناد به روایت نبوی «نهی النبی عن بیع الغرر» معامله‌ای را که در آن غرر وجود داشته باشد محکوم به بطلان دانسته‌اند. غرر در لغت به معنای خطر، خدعه، غفلت و جهلت است. با توجه به معنای واژه غرر یعنی خطر به نظر می‌رسد در هر موردی که در اثر جهل به کسی زیانی رسد و مسبب این جهل تدلیس دیگری باشد، مغرور کننده ضامن است (موسویان، ۱۳۹۰، ۱۲۷)؛ بنابراین خطر عدم وجود عوضین، خطر عدم قدرت بر تسلیم عوضین، خطر عدم اطلاع از ارزش عوضین و خطر عدم اطلاع از ویژگی‌ها و شرایط معامله باعث غرر و در نتیجه بطلان قرارداد می‌شود.

در تحقق غرور شرط‌هایی لازم است:

الف) زیان دیده جاهل به واقع باشد.

ب) جهل، انگیزه اتلاف یا استیلاء باشد.

ج) بین کار مغرور کننده و این پندار نادرست رابطه علیت وجود داشته باشد.

د) مغرور کننده مقصر باشد.

۴) قاعده «کل قرض جر منفعه (نفعاً) فهو ربا»: این قاعده یکی از قواعد مهم و اصلی در معاملات است که دلالت صریح و قطعی بر حرمت و نهی ربا دارد. ربا اشراط زیاد در عقد قرض است؛ البته در دیگر عقود نیز امکان تحقق ربا وجود دارد. توضیح اینکه هنگامی که معامله مدت‌دار و برای تأدیه دین سررسید معینی مقرر شده باشد اگر مدیون در هنگام سررسید بازپرداخت به موقع بدهی را به تعویق انداخت، بدهی تبدیل به دین و قرض می‌شود و اگر دائن در برابر افزایش بدهی و دریافت زیاد به وی مهلت داد، مرتکب ربا شده است.

فقیهان این نوع ربا را که به ربای جاهلی مشهور است حرام می‌دانند و آن را یکی از انواع ربای قرضی می‌شمارند؛ البته به این مطلب تصریح نکرده‌اند.

۵) قاعده استیمان: مفاد اجمالی قاعده این است که چنان‌که شخصی بر مال دیگری - با شرایط خاصی - استیلا یابد تا زمانی که تعدی یا تفریط نکند، ید امانی دارد و ضامن نیست. منظور از عدم ضمان آن است که اگر مال مورد تصرف، تلف شود، مثل یا قیمت از شخص امین قابل مطالبه نیست؛ البته مراد از تلف، تلفی است که بدون تعدی و تفریط انجام گیرد و چنان‌که با تعدی و تفریط باشد از مصداق‌های این قاعده خارج و داخل در دایره قاعده اتلاف یا تسبیح خواهد بود (محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱، ص ۹۱). ید امانی انواع گوناگون دارد که عبارت هستند از: ید محسن، ید مستأجر، ید مستعیر، ید مستودع، ید وکیل، ید شریک، ید مضارب و به‌طور کلی ید تمام

متصرفانی که از ناحیه مالک یا شرع در اموال غیر اجازه تصرف دارند از مصداق‌های ید امانی و مشمول قاعده استیمان است.

۶) قاعده «ضمان ما لم یجب»: «ضمان ما لم یجب» به معنای «ضمان ما لم یقع» است؛ یعنی ضامن شدن تعهدی که هنوز پدید نیامده است؛ چرا که وجوب در لغت به معنای وقوع است. عنوان «ضمان ما لم یجب» در نصوص شرع دیده نشده و در مقررات جاری کشور نیز وجود ندارد، فقط اصطلاح فقیهان است که بسیاری از مسائل مشابه را تحت این عنوان گردآوری و حل کرده‌اند. فقیهان درباره بطلان «ضمان ما لم یجب» تردیدی ندارند؛ اما در مصداق‌های چنین ضمانی اختلاف است؛ زیرا در شرایط تحقق ضمان «ما لم یجب» اختلاف نظر وجود دارد. در مجموع درباره این قاعده سه دیدگاه مطرح است:

۱) برخی چون دکتر جعفری لنگرودی بر این باورند که باید پیش از عقد ضمان، اشتغال ذمه وجود داشته باشد؛ یعنی باید هم سبب تعهد و هم خود تعهد وجود داشته باشد؛ وگرنه عقد ضمان باطل خواهد بود. ذمه در معنای لغوی و اصطلاحی خود عبارت است از محل التزام، عهد و پیمان. مطابق این دیدگاه موضوع ذمه باید کلیت داشته باشد؛ مانند تعهد به بررسی دادن مقداری پول (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ۱۷۰).

۲) فقیهانی چون علامه حلی، میرزای قمی و شهید اول باور دارند که پیش از عقد ضمان باید؛ اولاً، سبب تعهد مضمون عنه موجود باشد؛ ثانیاً، خود تعهد نیز موجود باشد، اما لازم نیست تعهد مضمون عنه کلی باشد؛ بلکه ممکن است کلی یا جزئی باشد، بر همین اساس این گروه ضمان را در تعهدهای جزئی نیز جاری می‌دانند و آن را مصداق «ضمان ما لم یجب» نمی‌دانند (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۴، ۱۵۶).

۳) مرحوم سید محمد کاظم طباطبایی باور دارد که در عقد ضمان باید سبب تعهد ضمان پیش از عقد ضمان پدید آمده باشد، خواه خود تعهد هم تحقق پیدا کرده باشد و خواه نه و خواه موضوع تعهد مضمون عنه، کلیت داشته باشد خواه نه. ماده ۶۹۱ ق.م این نظر را پذیرفته است و مقرر می‌کند: «ضمان دینی که هنوز سبب آن پدید نیامده است، باطل است»؛ یعنی ضمان ما لم یجب درجایی صادق است که هنوز سبب تعهد هم تحقق پیدا نکرده باشد. طبق این نظر تحقق سبب تعهد برای صحت ضمان کافی است و نیازی به وقوع و تحقق خود تعهد یا کلیت آن نیست.

در مجموع می‌توان نتیجه گرفت که «ضمان ما لم یجب» باطل است و اختلاف نظر فقیهان فقط در مصداق‌های آن است؛ چنان که پیش‌تر و در سه مورد گفتیم، اختلاف در مصداق مشهود و طبق نظر سوم صحیح و بر مبنای دو نظر دیگر باطل تلقی شده است.

۷) قاعده قصد: این قاعده در مفهوم خود دلالت دارد بر اینکه عقد از لحاظ ترتیب آثار، احکام و تشخیص نوع و ماهیت توافق، مبتنی بر قصد طرفین قرارداد است. این قاعده در منابع فقهی دو معنا دارد:

الف) قرارداد نمی‌تواند بدون قصد تحقق پیدا کند. چنان‌که فقیهان در بحث شرایط عقد به این مطلب تصریح کرده و قصد را به‌عنوان شرط برای تحقق عقد مطرح کرده‌اند و از آن نتیجه گرفته‌اند که عقد غافل، خواب (نائم)، فراموش کار (ناسی)، فرد خاطی، فردی که قصد شوخی دارد و مستی که قصد ندارد، باطل است؛ بنابراین مراد از اینکه عقد قرارداد فقط با نیت یا قصد تحقق می‌یابد، اشاره به آن است که طرف عقد در تمام بخش‌های آن باید قصدش را داشته باشد و مفهوم ملازم آن، عدم تحقق عقد قرارداد بدون وجود قصد است (انصاری، ۱۴۱۵ ق، ج ۳، ص ۲۹). ب) این قاعده به این معناست که آثار خاصی هر قراردادی از قصد خاص آن تبعیت می‌کند. آثاری مانند تملیک، تعهد، لزوم، جواز و ... تابع قصد خاص است. آن‌چنان‌که فقها این مفهوم را بیان داشته‌اند: العقود تابعه للقصد (نراقی، ۱۴۰۸، ص ۵۲). از عبارت فقها چنین برمی‌آید که هر عقد وابسته به قصد، آثار خاصی دارد و تفاوت این آثار با تفاوت در چگونگی قصد آشکار می‌شود.

با این توضیح، وقتی شخصی پولی را به بانک می‌دهد اگر قصدش انعقاد قرارداد ودیعه باشد، اثر این قصد آن است که بانک مجاز به تصرف در مال موضوع ودیعه نیست؛ اما اگر مراجعه‌کننده به بانک پول خود را به قصد عقد قرض در اختیار بانک قرار دهد، در اینجا اثر تملیک بر این قصد مترتب بوده و بانک، مالک مال موردنظر شده و با مالک شدن حق و جواز هر تصرفی را داراست؛ بنابراین با تفاوت در قصد است که آثار و احکام قراردادها از هم متمایز می‌شود و اثر این قاعده علی‌الاصول بر مشارکت نیز بار می‌شود.

۳. تحلیل اقتصادی عقود مشارکت مدنی بانکی

بر اساس تعریف مشارکت مدنی بانک تمام یا بخشی از سرمایه موردنیاز یک فعالیت اقتصادی را تأمین می‌کند و درنهایت بر اساس قرارداد با فعال اقتصادی (تسهیلات گیرنده)، در سود و زیان آن فعالیت، شریک می‌شود. مشارکت در سود و زیان از مهم‌ترین ویژگی‌های عقد شرکت (مشارکت مدنی) است که در ماده ۵۷۵ قانون مدنی به این مهم تأکید نموده و می‌گوید: «هریک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می‌باشند مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آن‌ها در مقابل عملی، سهم زیادتری منظور شده باشد».

این قراردادها بر مبنای مشارکت در منافع یا هزینه‌های (زیان) طرح‌های سرمایه‌گذاری تنظیم می‌شوند. در این عقود، سهام اشخاص حقیقی یا حقوقی باهم ترکیب شده و اهدافی چون کسب سود، تأمین سرمایه، خرید سهام سایر شرکت‌ها و مانند آن‌ها دنبال می‌شود. به بیان دیگر، بانک، کل

یا بخشی از سرمایه موردنیاز یک فعالیت اقتصادی (تولیدی، تجاری یا خدماتی) را تأمین می‌کند و در نهایت، مطابق قرارداد، سود حاصل یا زیان ناشی از این فعالیت را تقسیم می‌نماید. بنابراین، مبنای این قرارداد، سهم بودن طرفین در سود و زیان موضوع مشارکت است و نرخ بازدهی سرمایه‌گذاری و مشارکت متغیر است.

این تلقی از مبنای اقتصادی قواعد حقوقی اگرچه در قالب ظاهری زیبا و فریبنده، می‌تواند هدف غایی بانک‌ها از انعقاد قرارداد مشارکت مدنی را اختلاط سرمایه به نحو مشاع و در پایان مدت مشارکت، تقسیم سود حاصل و تحمل زیان ناشی از آن القا کند؛ لکن در پس این چهره فریبنده کماکان چیزی جز کسب سود و احتراز از زیان، آن‌چنان‌که در فرض رفتار انسان معقول و متعارف در حداکثر کردن سود و حداقل ساختن هزینه یا همان تئوری رفتار معقول در اقتصاد بیان شده، نیست. لذا آنچه در عمل در بخش اعتباری بانک‌ها با عنوان اعطاء تسهیلات مشارکت مدنی اتفاق می‌افتد، نهایتاً افاده تضمین سود ثابت و مقطوع و خروج ماهیتی قرارداد منعقد از دایره تعاریف مرسوم مشارکت مدنی خواهد بود. برای اثبات این مدعا، صرفاً به بررسی کوتاهی در خصوص یکی از شروط مندرج در قراردادهای مشارکت مدنی بسنده می‌کنیم.

به موجب ماده (۷) قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، بانک‌ها مجازند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش‌های مختلف تولیدی و خدماتی، بخشی از سرمایه و منابع موردنیاز را در قالب مشارکت تأمین کنند. در میان شروط مندرج در قرارداد مشارکت مدنی، شرط تضمین سود یکی از شروطی است که همواره بین فقها و حقوقدانان محل مناقشه بوده و شبهه‌ی ربوی بودن آن وجود دارد؛ چراکه قبل از اجرای طرح موضوع مشارکت، بانک، مشتری را مجبور به قبول پرداخت سود تضمینی با درصد مشخص می‌کند؛ این در حالی است که معلوم نیست در آینده اجرای طرح سودآور باشد یا خیر؛ لکن بانک با درج چنین شرطی در قرارداد در واقع فارغ از وضعیت به وجود آمده در آینده، از مشتری (شریک) اصل سرمایه، سود تضمینی و کلیه خسارات وارده به خود (بانک) را مطالبه می‌کند. در واقع بانک بیشتر به دنبال سود خود است تا مشارکت. چنین هدفی گرچه با هیچ‌یک از مبانی بانکداری اسلامی، بانکداری بدون ربا و حتی اصول و مبانی مشارکت سازگار نیست، لکن هدف تأمین سود مورد انتظار یا تضمین سود را کاملاً تأمین می‌کند. البته باید توجه داشت که چرایی ناسازگاری قراردادهای مشارکت مدنی بانکی با اهداف اصلی عقد شرکت در فقه را باید در ریسک‌های اقتصادی مترتب بر عملکرد بانک‌ها جستجو کرد. در خصوص ریسک‌های مترتب بر بانکداری اسلامی، ناهماهنگی قانون، رویه قضائی و عرف جاری مشکلات بی‌شماری را برای نظام بانکی ایجاد نموده است. آخرین مصداق این ناهماهنگی، رای وحدت رویه ۷۹۴ دیوان عالی کشور بود که توافق قراردادی و دریافت سود مازاد بر حداکثر نرخ سود اعلامی بانک مرکزی در هر سال را باطل اعلام و بانک‌ها

را ملزم به استرداد وجوه دریافتی کرد؛ درحالی که بانک مرکزی برای برخی سال‌ها حداکثر نرخ سود اعلام نکرده و علاوه، رای صادره کلیه قراردادهای تسهیلاتی تسویه شده را نیز در برمی‌گیرد. همچنین ابهام و اجمال موجود در این رای راه را برای مصادره به مطلوب قوانین از سوی بدهکاران بانکی باز گذاشته است. بانک‌ها برای فعالیت در اقتصاد کشور با ریسک‌های متعددی از قبیل ریسک اعتباری، ریسک عملیاتی، ریسک اعتماد و کاهش سپرده، ریسک شریعت، ریسک قیمت بازاری، ریسک نقدینگی، ریسک عدم تعدیل، ریسک عدم سرمایه و غیره مواجه هستند که برای رعایت اختصار و حفظ ارتباط، در اینجا دو ریسک اصلی و مرتبط با تحقیق حاضر را تشریح می‌کنیم:

الف. ریسک اعتباری

ریسک مربوط به زیان‌های ناشی از عدم بازپرداخت یا بازپرداخت با تأخیر اصل یا فرع وام از سوی مشتری. (عرفانیان، ۱۳۸۶، ۹۷) به علت تأکید بانک‌های اسلامی بر مشارکت سپرده‌گذاران در ریسک و سود دریافتی حاصل از تسهیلات اعطایی، ریسک اعتباری اهمیت ویژه‌ای دارد. در صورت مدیریت صحیح و دریافت وثیقه‌های لازم، ریسک اعتباری در بانک‌های اسلامی کمتر از دیگر بانک‌ها هست. به عبارت دیگر ماهیت مشارکتی فعالیت بانک‌های اسلامی ریسک اعتباری را به علت انتقال آن به سپرده‌گذاران کاهش می‌دهد. باید توجه داشت که اعمال نفوذ دولت در مدیریت بانک‌ها، ریسک اعتباری را به شدت افزایش می‌دهد.

ب. ریسک عملیاتی

بانکداری بدون ربا با توجه به ویژگی‌های خاص آن به‌طور نسبی با ریسک عملیاتی فراوانی روبه‌رو است. از جمله عوامل مهم افزایش این ریسک در نظام بانکی بدون ربا عبارت‌اند از:

- ۱) عدم تخصص کافی و آموزش مناسب کارکنان بانکی در اجرای عقود اسلامی؛
- ۲) عدم وجود نرم‌فرآیندهای جامع حسابداری مطابق با قراردادهای مالی اسلامی؛
- ۳) عدم وجود یک سامانه کنترلی جامع برای نظارت بر قراردادهای مالی بر مبنای قوانین اسلامی و به‌طور کلی بر کارکنان و نظام بانکی.

علاوه بر موارد فوق، عوامل و فاکتورهای عمومی دیگری هم وجود دارد که ریسک عملیاتی بانک‌های اسلامی را نسبت به بانک‌های سنتی بالاتر برده و سودآوری آن‌ها را کاهش می‌دهد. از جمله این عوامل عبارت‌اند از: کمبود ابزارها و روش‌های پوششی ریسک، فقدان یا نقص بازارهای پولی و بین‌بانکی و بازار اوراق بهادار به دلیل بروز مشکلات در طراحی ابزارهای کوتاه‌مدت، تأمین مخارج عمومی دولت بر مبنای تقسیم سود و زیان و محدودیت موجودی و دسترسی به تسهیلات بانک مرکزی به‌عنوان وام‌دهنده نهایی. (حیات خانی، ۱۳۸۲).

برای نمونه، گزارش مرکز پژوهش‌های مجلس در خصوص انحرافات عملیاتی و اعتباری طرح موسوم به بنگاه‌های زودبازده را مرور می‌کنیم:

۱) احتمال دارد متقاضیان بعد از دریافت تسهیلات، بخشی را در بنگاه و بخش دیگری را خارج از اهداف طرح مصوب (بنگاه) هزینه کرده باشند و رؤیت اسناد و مدارک آن هم توسط پرسشگران نمی‌تواند استنادی برای حصول اطمینان باشد.

۲) در بسیاری از موارد، تشخیص و شناسایی بسیاری از دستگاه‌های فنی و مهندسی و تخصصی به‌ویژه ماشین‌آلات کشاورزی، ماشین‌آلات و تجهیزات صنعتی و مهندسی به‌خصوص آشنایی و شناخت نام تجهیزات پیچیده و تخصصی پزشکی در بنگاه‌های بهداشتی-درمانی، بی‌تردید برای پرسشگران امکان ندارد. در این حالت، رؤیت فاکتورها و اسناد و مدارک به لحاظ عدم آشنایی با نام و عملکرد این دستگاه‌ها نمی‌تواند شبهه انحراف منابع مالی (تسهیلات) را برطرف سازد. از طرف دیگر اعزام کارشناسان متخصص در هر حوزه فعالیت به همراه پرسشگران مقدور نیست.

۳) حجم تسهیلات سرمایه ثابت ۷۸ درصد و تسهیلات سرمایه در گردش ۲۲ درصد است اما امکان مطابقت اسناد و فاکتورها در بنگاه‌های دریافت‌کننده تسهیلات سرمایه در گردش با آنچه تسهیلات را مصرف آن کرده‌اند، وجود ندارد؛ به‌عنوان مثال تسهیلاتی که برخی از بنگاه‌های کشاورزی بابت پروار بندی، خرید علوفه، خرید دام و نظایر آن دریافت کرده‌اند با توجه به مصرف علوفه، فروش دام و امثال این‌ها امکان رؤیت موارد کاربرد را کاهش می‌دهد، لذا امکان مطابقت فاکتورها و اسناد ارائه‌شده با شواهد موجود، میسر نیست.

۴) احتمال استفاده از اسناد جعلی و فاکتور سازی (نظیر فاکتورهای پیش‌خرید) از سوی تعداد قابل توجهی از کارفرمایان را نیز نمی‌توان کتمان کرد.

۵) میزان اشتغال موجود و اشتغال ایجادشده در زمره‌ی مواردی است که متکی بر اظهارات کارفرمایان یا مدیران بنگاه‌هاست و طبعاً در این مورد پرسشگران به انجام سرشماری مبادرت نمی‌کنند. معمولاً کارفرمایان برای توجیه اشتغال‌زایی تسهیلات دریافتی، علاوه بر فهرست بیمه‌شدگان، آماری نیز از شاغلین غیر بیمه‌ای ارائه می‌کنند و چون پرسشگران، مأمور سرشماری نیستند، صحت و سقم آمارهای ارائه‌شده، (غیر از بیمه‌شدگان) جای تردید دارد.

در پایان این گزارش آمده است: بنا به دلایل ذکر شده، مرکز پژوهش‌های مجلس به‌عنوان ناظر علمی آمارگیری انجام‌شده، ضمن تأیید جنبه‌های فنی طرح انجام‌شده، نتایج آن را رد یا تأیید نمی‌کند و تأکید می‌کند که متدلوژی تحقیق برای ارزیابی طرح‌های آمارگیری آینده در این بخش مستلزم بازنگری و تدقیق بیشتری است؛ مضافاً آنکه بانک‌های عامل نیز هیچ‌گونه نظارتی بر نحوه مصرف تسهیلات اعطایی خود به این بنگاه‌ها نداشته‌اند.^۱

۱. مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی؛ پورتال خبری، خبر شماره ۷۶۵۶۹۷ مورخ ۱۳۸۸/۰۶/۰۱



۴. راهکارهای کاربردی مبتنی بر تحلیل اقتصادی برای اجرای عقود مشارکت مدنی بانکی

با توجه به مشکلات موجود در بازار پول، به نظر می‌رسد که بهتر است مشارکت‌ها در قالب بازار سرمایه پیگیری شوند. منظور از سازوکار بازار سرمایه، بهره‌گیری از ساختارهای تعریف شده در این بازار برای ورود به پروژه‌های مشارکتی است. در این بین مؤسسه‌های سرمایه‌گذاری مناسب‌ترین نهاد برای اجرای این عقود هستند. این مؤسسه‌ها برخلاف بانک‌ها که نقش واسطه پولی را در بازار پول ایفا می‌کنند، قادر هستند منابع را از بازار پول دریافت و به بخش واقعی اقتصاد هدایت کنند و یا به صورت مستقیم و در قالب انتشار اوراق به جمع‌آوری پولی بپردازند. (شیوا، ۱۳۷۹)

۴-۱. تشکیل صندوق‌های سرمایه‌گذاری وابسته به بانک‌ها

در این ساختار، منابع صندوق‌های سرمایه‌گذاری از محل سپرده‌های کوتاه و بلندمدت سپرده‌گذاران تأمین و این صندوق‌ها وجوه سپرده‌گذاران را به‌طور مستقیم و به‌عنوان کارگزار یا مجری پروژه‌های سرمایه‌گذاری به کار می‌گیرند و یا به وکالت از سپرده‌گذاران بانکی با متقاضیان دریافت تسهیلات، در پروژه‌های متقاضیان، مشارکت می‌کنند. در پایان نیز سود حاصل یا زیان ناشی از فعالیت، میان صاحبان وجوه تقسیم می‌شود. اما این راهکار ممکن است با یک چالش عمده مواجه شود و این چالش، ریسک نقدینگی است. این ریسک برای هر مؤسسه مالی ممکن است از عدم انطباق سررسید بدهی‌ها و دارایی‌های موجود در ترازنامه به وقوع بپیوندد. اما در بحث موردنظر ما در صورتی که صندوق‌های سرمایه‌گذاری وابسته به شبکه بانکی باشند، نه تنها مدیریت ناصحیح وجوه سپرده‌گذاران در تزریق این وجوه به صندوق‌ها، ممکن است ریسک نقدینگی بانک‌ها و حتی صندوق‌های سرمایه‌گذاری را افزایش دهد، بلکه حتی این ریسک نقدینگی ممکن است در اثر عدم تمایل سپرده‌گذاران به سپرده‌گذاری مشارکتی ایجاد شود؛ در مواجهه با خطر عدم تمایل مردم به قبول ریسک سرمایه‌گذاری مشارکتی و در راستای کاهش ریسک نقدینگی، بانک‌ها می‌توانند حساب جدیدی با نام «حساب مشارکتی» را در قالب محصولی جدید به مردم معرفی کرده و از منابع کوتاه یا بلندمدت سپرده‌گذاران استفاده نکنند.

۴-۲. تشکیل صندوق‌های سرمایه‌گذاری مستقل از بانک‌ها

در این ساختار صندوق‌های سرمایه‌گذاری به‌لحاظ حقوقی به‌طور کامل از بانک مجزا خواهند بود. در چنین وضعیتی این صندوق‌ها به علت استقلال و جدایی کامل از بازار پولی، قادر به سپرده‌پذیری نخواهند بود و برخلاف راهکار نخست که تأمین منابع صندوق از محل بازار پول انجام می‌شد، در این حالت منابع صندوق‌ها از راه استقراض از نظام بانکی، کارگزاری وجوه افراد حقیقی یا حقوقی، انتشار اوراق مشارکت عمومی یا خصوصی و... فراهم، و این صندوق‌ها، وجوه

جمع‌آوری شده را به وکالت از صاحبان وجوه یا به‌طور مستقیم در طرح‌های پربازده سرمایه‌گذاری می‌کنند. با پایان فرایند اجرایی طرح یا هنگام خروج از آن، سود و زیان پدید آمده بین صاحبان وجوه تقسیم می‌شود. (شیوا، ۱۳۷۹) در این روش علاوه بر مواجهه با ریسک نقدینگی با چالش‌های دیگری نیز مواجه خواهیم بود. مهم‌ترین چالش این راهکار را می‌توان مشکل تأمین منابع برای صندوق‌های پیش‌گفته دانست. منابع این صندوق‌ها از محل تسهیلات بانکی، اعتبارات عمومی، سرمایه‌گذاری اشخاص حقیقی و حقوقی و انتشار عمومی اوراق مشارکت عام تأمین می‌شود و بدیهی است که پیش‌بینی صندوق در تأمین منابع ممکن است محقق نگردد؛ لذا همواره این احتمال وجود دارد که صندوق‌ها برای تأمین منابع مالی با مشکل مواجه شوند. دومین چالش، مسئله خطر اخلاقی^۱ خواهد بود که طیف وسیعی از مخاطرات موجود درباره تعامل میان شرکا در پروژه‌های مشارکتی را در برمی‌گیرد. از منظر صاحبان وجوه، این سرمایه‌گذاری اگرچه برای صندوق‌ها سودآور است، ممکن است برای سرمایه‌گذار هزینه‌زا (زیانده) باشد و این خطر، عامل اساسی در عدم اقبال صاحبان سرمایه به سپرده‌گذاری نزد این صندوق‌ها خواهد بود.

توجه داشته باشیم که در تمام این حالات، سایر ریسک‌ها اعم از ریسک عملیاتی، ریسک نقدینگی، ریسک اعتباری و... همچنان به قوت خود باقی هستند و هدف از به‌کارگیری این روش‌ها نیز کاهش ریسک‌های مترتبه است.

نتیجه‌گیری و پیشنهادها

ارائه راهکاری مناسب و مؤثر جهت اجرای بانکداری اسلامی به معنای واقعی آن در کشور، به گونه‌ای که تأمین‌کننده اهداف پیش‌بینی شده در قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز باشد را باید قبل از هر چیز منوط به بازنگری در این قانون و تجدیدنظر در آن با نگرشی علمی، همه‌جانبه و واقع‌گرایانه، با توجه به شرایط و مقتضیات جامعه کنونی دانست.

به نظر می‌رسد قدم اول در این بازنگری، می‌بایست بررسی مجدد مفهوم ربا و بهره که زیربنای تدوین قانون عملیات بانکی بدون ربا بوده و هنوز در بین فقها و صاحب‌نظران حوزوی و دانشگاهی در مورد آن اتفاق نظر وجود ندارد، باشد. وجود تورم و موضوع کاهش ارزش پول و قدرت خرید افراد یکی از واقعیات اقتصاد کشور است که بحث جبران آن، اگرچه ظاهراً مورد تأیید برخی از فقها و صاحب‌نظران حوزوی است، اما هنوز بسیاری از مراجع در مورد این مسئله متفق‌القول نیستند. جبران کاهش ارزش سپرده‌ها در سیستم بانکی از مسائل مهمی است که در بازنگری و تجدیدنظر در قانون عملیات بانکی بدون ربا باید مورد توجه قرار گیرد.

از طرف دیگر، نگاه دستگاه قضائی به مسائل قراردادی بانکی می‌بایست دستخوش تحولی منطقی شده و سیستم قضائی با تأسیس مجتمع‌های قضائی تخصصی بانکی یا در نظر گرفتن شعب

1. Hazard Moral

تخصصی رسیدگی به دعاوی بانکی و تعلیم و آموزش مستمر قضات این شعب یا مجتمع‌ها در زمینه‌ی حقوق قراردادی بانکی، بستر مناسب صدور احکام صحیح و محکم قضائی در پرونده‌های دعاوی بانکی را فراهم نماید.

در صورت تحقق گام‌های ابتدایی، الگوی پیشنهادی در دو بخش تجهیز و تخصیص منابع بانکی چنین است:

۱) تجهیز منابع در الگوی پیشنهادی: سپرده‌گذار شریک بانک یا صندوق سرمایه‌گذاری بانکی (وابسته) محسوب شود؛ به این ترتیب، وجوه سپرده‌گذاری شده در حساب مشارکت به همراه سایر منابع بانک یا صندوق سرمایه‌گذاری بانکی (وابسته) در قالب عقود مشارکتی سرمایه‌گذاری شده و سپرده‌گذار در سود حاصل و زیان ناشی از سرمایه‌گذاری به نسبت سهم خود از سرمایه‌مشارکتی، با بانک و گیرنده تسهیلات سهیم می‌گردد. منابع بانک از سوی صندوق مستقل سرمایه‌گذاری مشارکتی که متشکل از درصد مقطوعی از درآمدهای بانک‌های مختلف است تجهیز شود. بدیهی است که در این الگو، تجهیز منابع صندوق از سایر طرق نیز مقدور است.

۲) تخصیص منابع در الگوی پیشنهادی: در این الگو، متقاضی تسهیلات ارزیابی خود از میزان سودآوری فعالیت موردنظر را به بانک اعلام و دست بانک که با محدودیت منابع مالی در ارائه تسهیلات مواجه است، در انتخاب طرح‌های کم‌ریسک و درعین حال سودآورتر باز است. در پایان مدت قرارداد، سود تحقق‌یافته بر مبنای اعلام اولیه گیرنده تسهیلات، میان مشتری، بانک (و سپرده‌گذار) تقسیم می‌گردد؛ مگر اینکه تحقق سود پایین‌تر و یا احياناً وقوع زیان در طرح مشارکتی توسط مراجع (محاکم) ذیصلاح تأیید گردد که در این صورت احراز این واقعه و محاسبه سود و زیان توسط مرجع قضائی ملاک عمل خواهد بود.

نکته آخر این که در بخش تجهیز منابع، به منظور افزایش استقبال سپرده‌گذاران، بانک‌ها و صندوق‌ها می‌توانند به طراحی ابزارهایی نوین جهت پوشش ریسک سپرده‌گذاران و همچنین استفاده از طرح‌های انگیزشی و تشویقی مبادرت نمایند. در این راستا اگر بانک‌ها و صندوق‌ها با اجرای الگویی شبیه قرارداد بیمه، از منابع مالی سرمایه‌گذاران طرح‌های مشارکتی و یا سایر منابع مالی خود ذخایری را به‌عنوان پشتوانه انعقاد قراردادهای مشارکتی پیش‌بینی کرده و زیان‌های احتمالی این‌گونه قراردادهای را از محل ذخایر مذکور تأمین نمایند، تا حد زیادی ریسک سرمایه‌گذاری در قراردادهای مشارکت مدنی را کاهش داده و با جلب اطمینان خاطر سپرده‌گذاران و گیرندگان تسهیلات در جهت تشویق آن‌ها برای استفاده از این عقود، به شکلی مؤثر عمل نموده‌اند.

منابع

- آقائی طوق، مسلم. (۱۳۹۲). تحلیل تحلیل اقتصادی حقوق. مجله حقوق تطبیقی، ۴(۲)، ۱۷ - ۱.
- <https://www.sid.ir/fa/Journal/ViewPaper.aspx?id=241699>
- حیات خانی، کامران. (۱۳۸۲). مدیریت ریسک سازمانی: منشا و اساس ادراکی آن. نشریه تازه های اقتصاد، ۶۸(۶۸)، ۸۰۸ - ۷۹۸.
- <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/136801/>
- بابائی، ایرج. (۱۳۸۶). مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق. مجله پژوهش حقوق و سیاست، ۹(۲۳)، ۶۰ - ۱۳.
- <https://www.sid.ir/fa/journal/ViewPaper.aspx?id=86734>
- شیروی، عبدالحسین. (۱۳۹۹). حقوق اقتصادی. چاپ اول. انتشارات سمت.
- شهید اول، محمدبن مکی عاملی. (۱۲۰۷ ه.ق). القواعد والفوائد. جلد اول. چاپ اول. نشر کتابفروشی مفید.
- شیوا، رضا. (۱۳۷۹). نقش و آینده مؤسسات اعتباری غیربانکی در توسعه اقتصاد کشور، مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات یازدهمین همایش بانکداری اسلامی. انتشارات مؤسسه عالی بانکداری.
- عرفانیان، امیر. (۱۳۸۶). ریسک‌های عملیاتی در بانکها، مطالعه موردی بانک صنعت و معدن. فصلنامه پژوهش‌ها و سیاست‌های اقتصادی، ۱۵(۴۱ و ۴۲)، ۱۱۶ - ۹۵.
- <http://ensani.ir/fa/article/86985/>
- عطار شهرکی، سیده مریم؛ قریشی، سید مهدی و جوادی، محمد حسن. (۱۴۰۰). رهیافتی فقهی و حقوقی بر شروط تحمیلی در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی. فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، ۲۱(۸۲): ۱۸۳-۲۱۱.
- http://eghtesad.iict.ac.ir/article_245980.html
- کاویانی، کوروش. (۱۳۸۶). درآمدی بر تحلیل اقتصادی حقوق. مجله پژوهش حقوق و سیاست، ۹(۲۳)، ۱۰۲ - ۶۱.
- <https://www.sid.ir/fa/journal/ViewPaper.aspx?id=86735>
- کریمی، عباس، نقیبی، ابولقاسم و حسین بیکی، علیرضا. (۱۳۹۷). تحلیل رویه‌ی قضایی پیرامون انعقاد قرارداد مشارکت مدنی بانکی به منظور تسویه تسهیلات قبلی. فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، ۲۳(۸۲): ۲۴۴-۲۱۵.
- <https://ilviews.uisas.ac.ir/article-1-1066-fa.html>
- کوشا، جعفر و نجاریان هنزایی، محبوبه. (۱۳۹۸). تحلیل اقتصادی کیفیت زندان. در دانشنامه علوم جنایی اقتصادی به کوشش امیرحسن نیازپور. چاپ دوم. بنیاد حقوقی میزان.
- کوتر، رابرت و یولن، تاماس. (۱۳۹۲). حقوق و اقتصاد. مترجمین یداله دادگر و حامده اخوان هزاوه. چاپ هشتم. انتشارات نور علم.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۰۰). قواعد فقه. جلد اول. چاپ دوازدهم. انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.
- نظرپور و ملاکریمی. (۱۳۹۴). بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید فقهی. فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، ۱۵(۵۷)، ۱۶۶ - ۱۳۷.



<https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1083969/>

- نعیمی، سید مرتضی. (۱۴۰۰). درآمدی به رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق. چاپ اول. بنیاد حقوقی میزان.

- نجفی، شیخ محمدحسن. (۱۴۳۲ه.ق). جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۶. کتاب الشریکه. انتشارات جامعه مدرسین.

- نراقی، احمدبن محمد مهدی. (۱۳۷۵). عوائد الایام. چاپ سوم. انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

- Hermalin, Benjamin; Katz, Avery and Craswell, Richard. (2007). Contract Law, in Polinsky, Mitch Steven (Eds.). *Handbook of Law and Economics*, 1, 3-138.

<https://econpapers.repec.org/bookchap/eelawhes/1.htm>

- Schafer, Hans- Bernard & Ott, Claus. (2004). *The Economic Analysis of Civil Law*. Edward Elgar Publishing.