

رهیافتی فقهی و حقوقی بر شروط تحمیلی در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۲۵ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۳/۲۹

۱۸۳

فصلنامه علمی اقتصاد اسلامی / مقاله علمی پژوهشی / سال بیست و یکم / شماره ۸۲ / تابستان ۱۴۰۰

سیده مریم عطار شهرکی*
سیدمهدی قریشی**
محمدحسن جوادی***

چکیده

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. استنادار 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، موضوع نوشتار حاضر را تشکیل می‌دهد و در آن کوشیده شده است مفهوم و مصادیق این شروط در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی، شناسایی شده و بر اساس مبانی فقهی و حقوقی، تحلیل و ارزیابی شود. نتایج پژوهش حاضر که به روش توصیفی-تحلیلی انجام یافته، نشان می‌دهد این شروط بدون بهره‌گیری از نتایج واقعی اصل حاکمیت اراده تدوین شده‌اند و در آنها برای اراده آزاد متقاضی تسهیلات، جایگاهی در نظر گرفته نشده است. علاوه بر این، شروط مذکور، اصل عدالت و انصاف را که از اصول بنیادین احکام فقهی و مبنای وجدانی و غیرمصرح عقود معاوضی است، نقض کرده است.

واژگان کلیدی: شروط تحمیلی، قرارداد مشارکت مدنی، آزادی قراردادی، عدالت معاوضی، عقد شرکت.

طبقه‌بندی JEL: E59, Z12, Z19

*. دانشجوی دکتری فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه ارومیه، ایران. Email: m_attar63@hotmail.com.

** عضو هیئت علمی دانشگاه ارومیه، ایران (نویسنده مسئول). Email: sm.ghoreishi@urmia.ac.ir.

*** عضو هیئت علمی دانشگاه ارومیه، ایران. Email: javadi_78@yahoo.com.

۱. مقدمه

قرارداد مشارکت مدنی از جمله عقود است که به عنوان یکی از شیوه‌های تخصیص منابع و اعطای تسهیلات بر پایه عقود مشارکتی در مواد ۷ تا ۱۷ قانون عملیات بانکی بدون ربا (مصوب ۱۳۶۲/۰۶/۰۸) مورد توجه قرار گرفته است. بر اساس این قرارداد، بانک‌ها می‌توانند نسبت به اعطای تسهیلات و تأمین قسمتی از سرمایه و منابع مورد نیاز طرح‌های تولیدی، بازرگانی و خدماتی در قالب مشارکت، اقدام نمایند.

قرارداد مزبور بر اساس فرم یکنواختی که از سوی بانک مرکزی ج.ا.ا به تمامی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری ابلاغ شده است (مصوب ۱۳۹۲/۰۶/۲۶ شورای پول و اعتبار)، تنظیم و منعقد می‌گردد. نکته قابل توجه در فرم ابلاغی این قرارداد، شروط متعددی است که در مواد ۲۸گانه و تبصره‌های ذیل آنها درج شده و متقاضی دریافت تسهیلات بانکی، ناچار است همه شروط مزبور را قبول و امضا نماید یا از دریافت تسهیلات انصراف دهد؛ به عبارت دیگر، اراده متقاضی تسهیلات در این قراردادها در حدی مؤثر است که وارد قرارداد شود یا از انعقاد آن خودداری کند (عادل و شمس‌الهی، ۱۳۹۷، ص ۲۱۱)؛ زیرا همان‌گونه که در مصوبه شورای پول و اعتبار بیان گردیده است، «هر نوع تغییر در ارکان و مفاد فرم قرارداد مشارکت مدنی صرفاً توسط شورای پول و اعتبار امکان‌پذیر می‌باشد» و هر نوع چانه‌زنی و گفتگو در مورد مفاد عقد و از جمله شروط ضمن آن، از مشتری بانک سلب شده است.

این در حالی است که بر اساس اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، طرفین معامله باید بتوانند آزادانه نسبت به حقوق و تعهدات خود در قراردادی که قالب آن را نیز خود انتخاب می‌کنند، توافق و تراضی نمایند و بدیهی است که شروط از پیش تعیین شده در قراردادهای چایی بانکی، مخالف با این اصل کلی پذیرفته شده در روابط معاملی و نوعی «تحمیل اراده بانک بر مشتری» و موجب تبدیل قراردادهای مزبور به «عقود الحاقی»^۱ می

۱. در قرارداد الحاقی، مفاد و شروط یک قرارداد، از قبل و به صورت یک‌طرفه تنظیم می‌گردد و با یک اعلان عمومی، افرادی به آن ملحق شده و این ملحق شدن به معنای تراضی و توافق است. در قراردادهای استاندارد نیز اصول و مفاد قراردادها در فرم‌های چاپی از قبل تهیه شده، در اختیار متعامل قرار می‌گیرد و صرف امضای وی به معنای تعهد و پذیرش تمام آن مفاد است (راعی و مولاییان، ۱۳۹۳، ص ۱۵۷).

شود و در مواردی مخالف با ضوابط شرعی و قانونی حاکم در مورد قراردادهای مشارکتی است.

پژوهش حاضر که به روش توصیفی - تحلیلی انجام یافته، سعی دارد با بررسی مفهوم عقود مشارکتی و شروط تحمیلی، زمینه‌ها و مصادیق شروط تحمیلی در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی را مورد شناسایی قرار داده، مفاد آنها را با استناد به مقررات عقد شرکت در فقه و حقوق و نیز قواعد عمومی قراردادهای، تحلیل و ارزیابی کند تا زمینه علمی برای تعدیل این شروط و اصلاح فرم‌های مزبور به منظور صیانت از حقوق قراردادی متقاضیان تسهیلات بانکی فراهم شود.

۲. مفهوم و ویژگی‌های قرارداد مشارکت مدنی بانکی

قرارداد مشارکت مدنی بانکی، یکی از اقسام عقود مشارکتی است که بر اساس ماده ۱ قانون بانکداری بدون ربا (مصوب ۱۳۶۲) به عنوان یکی از راه‌های تأمین مالی امور اقتصادی بر مبنای مشارکت، در نظام بانکی ایران مورد توجه قرار گرفته و هدف از آن، پرهیز از ربا در قراردادهای بانکی با استفاده از قالب «مشارکت عقدی مالکان سرمایه» است. استاندارد بودن قالب این قرارداد سبب شده شروطی در ضمن عقد گنجانده شود که برخلاف مقررات عقد شرکت و قواعد عمومی رایج در قراردادهای، تحلیل شروط مندرج در ضمن قراردادهای مشارکت مدنی بانکی مستلزم تعریف این قرارداد، شناسایی ویژگی‌های آن و تعیین قانون حاکم بر آن است.

۲-۱. تعریف قرارداد مشارکت مدنی

شرکت از نظر قانون مدنی عبارت است از «اجتماع حقوق مالکین متعدد بر شیء واحد به نحو اشاعه» (ماده ۵۷۱). تعریف مزبور، از قبیل تعریف شرکت در مفهوم اسمی است که مبتنی بر نظر مشهور فقهی در این باره است و با تعریف شرکت از جهت سبب تحقق آن تفاوت دارد. شرکت در این مفهوم عبارت از «تعهد دو یا چند نفر در قبال همدیگر جهت همکاری برای رسیدن به هدف مشترک با آورده معلوم» می‌باشد (باریکلو، ۱۳۹۴، ص ۸۶)؛ بر این اساس می‌توان قرارداد مشارکت مدنی بانکی را به مفهوم «درآمیختن سهم‌الشرکه نقدی و یا غیرنقدی اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع، طبق

قرارداد» (ماده ۱۸ آئین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، ۱۳۶۲) دانست که با تعریف شرکت از جهت توجه به سبب تحقق، منطبق است.

قرارداد مشارکت مدنی بانکی با آورده نقدی (تسهیلات) بانک و آورده نقدی یا غیرنقدی مشتری، برای مدت معین منعقد و هریک از طرفین بعد از اتمام قرارداد، به نسبت مشخصی در سود حاصل از آن سهیم می‌شوند. در این قبیل قراردادهای، اجرای مفاد قرارداد و اداره امور شرکت معمولاً بر عهده مشتری قرار داده می‌شود و بانک در تمام مراحل انجام طرح موضوع مشارکت بر آن نظارت می‌نماید.

همچنان‌که از عنوان «قرارداد» برمی‌آید، مشارکت صورت گرفته میان بانک و مشتری بر مبنای عقدی است که میان آن دو بر مبنای تشریک سرمایه و یا تعهد به انجام کاری از سوی طرفین در مدت معین، به منظور دستیابی به سهم مشخصی از سود منعقد می‌گردد و از این رو باید شرکت صورت گرفته میان این دو را از نوع عقدی آن محسوب کرد و قراردادهای مشارکت مدنی بانکی را به عنوان یکی از اسباب ایجاد اشاعه در سهم طرفین و نیز در سود احتمالی آینده دانست.

بر این اساس، قراردادهای مشارکت مدنی برخلاف نظر برخی از نویسندگان (نظریور و ملاکریمی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۰) با تعریف شرکت در ماده ۵۷۱ قانون مدنی متفاوت است؛ چه آنکه در ماده مزبور، شرکت در معنای «مالکیت مشاعی» تعریف شده و مالکیت مشاعی - اعم از اینکه به سبب ارث یا عقد^۱ یا حيازت یا امتزاج اموال به صورت غیرقابل تفکیک رخ دهد - یکی از دو مفهومی است که در منابع فقهی برای موضوع «شرکت» بیان شده است.^۲

^۱ این عقد ممکن است بیع یا اجاره یا مانند آن باشد؛ مانند اینکه دو نفر اقدام به خرید یا اجاره منزل مسکونی واحدی نمایند و ثمن یا اجاره بها را هر دو پرداخت کنند. در این صورت، هریک از این دو نفر نسبت به قیمت و بهایی که پرداخت کرده‌اند، مالک مشاعی و اشتراکی عین مبیع یا منافع عین مستأجره می‌شوند (موسوی خمینی، [بی تا]، ج ۱، ص ۶۲۲).

^۲ به عنوان نمونه، محقق حلی در تعریف شرکت چنین می‌نویسد: «الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشیاع» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۰۵). در این تعریف دقیقاً مشخص نشده است که اجتماع حقوق مالکین به وسیله چه چیزی حاصل می‌آید و منصرف از توجه به سبب تحقق شرکت است و صرفاً به نتیجه (مسبب) این وضعیت - مالکیت مشاع برای شرکا و اجتماع حقوق مالکین متعدد

شرکت در مفهوم دوم، سبب ایجاد اشاعه است^۱ و موجب جواز تصرف مالکین متعدد در مال واحد به صورت مشاع می‌شود و از این حیث در ردیف سایر عقود معین، از قبیل بیع و اجاره و صلح قرار می‌گیرد و به صحت و بطلان متصف می‌گردد (حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۳۲۶/ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۲۸۶) که بعضی از فقها از شرکت در این معنا با عنوان «تشریک» نام برده‌اند (موسوی خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، ص ۲۸۵/ موسوی اردبیلی، ۱۴۱۴ق، ص ۸۶/ حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۳۲)؛ به بیان دیگر، تعریف شرکت در ماده مزبور، بیان یک «واقعه حقوقی» است؛ درحالی‌که عقد شرکت، یک «عمل حقوقی» محسوب می‌شود و قراردادهای مشارکت مدنی بانک، از قبیل قسم اخیر است، نه یک واقعه حقوقی.

۲-۲. ویژگی‌های قرارداد مشارکت مدنی بانکی

بر اساس مطالب پیش‌گفته، ویژگی‌های قرارداد مشارکت مدنی بانکی را می‌توان عبارت از موارد زیر دانست:

۱. قرارداد مشارکت مدنی به دلیل داشتن ماهیت عقدی، نیاز به ایجاب و قبولی دارد که مبتنی بر اراده انشائی طرفین است. علاوه بر این، از آنجاکه شریک‌کردن دیگری در مال خود، تصرف مالکانه محسوب می‌شود، رعایت تمام شروط معتبر در صحت و نفوذ تصرفات مالی در مورد شرکت عقدی نیز ضروری است (سیفی مازندرانی، ۱۴۲۷ق، ص ۵۸-۵۹).

۲. قرارداد مشارکت مدنی بانکی، عقدی معوض است و سهم‌الشرکه یا آورده هر یک از طرفین عقد به عنوان عوض در مقابل سهم‌الشرکه یا آورده طرف دیگر قرار می‌

در شیء واحد (واقعه حقوقی) - توجه شده است. تعریف مزبور در ماده ۵۷۱ قانون مدنی، با این تعریف مشهور فقهی منطبق است.

^۱ با تتبع در آرای فقها مشخص می‌شود در مجموع دو نوع سبب خاص برای تحقق شرکت قابل ارائه است که در یکی «عقد» و در دیگری نیز «غیرعقد» در تحقق شرکت دخالت دارد؛ بر این اساس، اگر از جهت سبب اختیاری باشد، با «شرکت عقدی» روبه‌رو می‌شویم و در مقابل، ارث و حیازت، سبب قهری تحقق شرکت هستند. سبب نخست، یک عمل حقوقی و سبب دوم، یک عمل غیرحقوقی است. تعریف مزبور در ماده ۱۸ آئین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا از قبیل مورد نخست است.

گیرد؛ اعم از اینکه، مال نقد یا غیرنقد یا تعهد به انجام کاری باشد (باریکلو، ۱۳۹۴، ص ۸۷)؛ مشروط بر آنکه قرارداد را در زمره انواع باطل شرکت که در فقه معرفی شده است، قرار ندهد.

۳. مشارکت مدنی به لحاظ تداوم شراکت، قراردادی مستمر است؛ زیرا شرکا در این عقد به دنبال رسیدن به هدفی مشترک هستند که نیازمند مدت‌زمان خاصی است؛ از این رو، حقوق و تعهدات شریکان در برابر یکدیگر و تا زمان انحلال شرکت باقی می‌ماند (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ج ۲، ص ۲۳)؛ هرچند از لحاظ شکل‌گیری، شرکت، عقدی آنی محسوب می‌شود.

۴. قرارداد مشارکت مدنی، عقدی لازم است و قابل تقسیم‌بودن مال مشاع، به معنای قابل فسخ‌بودن عقد شرکت نیست (توکلی، ۱۳۹۹، ج ۲، ص ۳۱۱)؛ زیرا بعد از عقددانستن آن، مضمول ادله لزوم قراردادها می‌شود و جایزبودن آن نیازمند دلیل است و در مورد شرکت عقدی، چنین دلیلی که منحصراً اصل لزوم قراردادها باشد، اقامه نشده است. حتی در صورتی که این مشارکت، مضمول قراردادهای موضوع ماده ۱۰ قانون مدنی و خارج از عناوین عقود معین در نظر گرفته شود، همین حکم جاری است؛ هرچند اذن شرکا در سپردن اداره امور شرکت، قابل رجوع است، «مگر اینکه اذن در ضمن عقد لازم داده شده باشد» (ماده ۵۷۸ قانون مدنی).

۵. قرارداد مشارکت، عقدی عهدی است؛ زیرا تعهد به همکاری جهت تحقق هدف مشترک، اثر ذاتی عقد شرکت است و در اثر آن، شرکا متعهد می‌شوند که تلاش و منابع مالی معین را جهت رسیدن به هدف و مقصود مشترک و معین به کار گیرند (باریکلو، ۱۳۹۴، ص ۸۸ / مرادی و همکاران، ۱۳۹۳، ص ۴۳). بر این اساس، تملیک مال المشاركه به یکدیگر در موارد فقدان شخصیت حقوقی یا تملیک آن به شخص حقوقی در صورت وجود آن، اثر فرعی و غیراصولی شرکت است و قرارداد مشارکت را جز در مواردی که چنین اثری از خود بر جای نگذارد، نباید تملیکی نامید.

۶. قرارداد مشارکت مدنی بانکی به جهت لزوم رعایت تشریفات و قالب خاصی که از سوی بانک مرکزی ابلاغ و برای تمامی بانک‌های دولتی و غیردولتی - به استثنای بانک‌های قرض‌الحسنه رسالت و مهر ایران - لازم‌الاجرا شده، قراردادی تشریفاتی محسوب می‌شود و طرفین موظف‌اند قرارداد مذکور را در فرم یکنواخت ابلاغی بانک مرکزی تنظیم و منعقد نمایند.

۷. قرارداد مشارکت مدنی میان شرکا رابطه قراردادی ایجاد می‌کند. نتیجه این وضعیت، بقای مالکیت مشاعی هر شریک و جواز تصرف در مال موضوع شرکت بعد از انعقاد آن است و تا زمانی که طرفین، شرکت ایجاد شده را در اداره ثبت شرکت‌ها به ثبت نرسانند (موضوع ماده ۵۸۴ قانون تجارت)، به دلیل اعتبار اصل حاکمیت اراده، شرکت ایجاد شده میان آنان شخصیت حقوقی نخواهد داشت.

۳. شروط تحمیلی

در حقوق قراردادهای، شروط به عنوان منبع فرعی ایجاد تعهد به شمار می‌روند که با گسترش روابط اقتصادی و تنوع شیوه‌های مبادله اموال نیز نقش پرتأثیری در قراردادهای خود گرفته‌اند. در این قسمت به منظور فراهم‌سازی زمینه مصداق‌شناسی و تحلیل درست شروط تحمیلی در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی، ابتدا مفهوم شرط و سپس مفهوم شروط تحمیلی بررسی می‌شود.

۳-۱. مفهوم شرط

شرط در لغت به معنای ربط (ربط بین دو چیز) و ارتباط و اناطه است و در اصطلاح حقوقی معمولاً به دو معنای «التزام دیگر در کنار التزام عقدی» و «چیزی که صحت عقد به وجود یا تحقق آن منوط باشد» به کار می‌رود (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۷۶-۷۷). شرط در معنای نخست که مفاد مواد ۲۳۲ به بعد قانون مدنی را نیز به خود اختصاص داده و با نام شروط ضمن عقد شناخته می‌شود، تعهدات و التزامات فرعی وابسته به عقد است که طرفین عقد در کنار تعهدات و التزامات اصلی ناشی از خود عقد مورد توافق قرار داده و بدان افزوده‌اند. زمانی که قالب تعیین‌شده برای تراضی قراردادی از سوی قانونگذار (عقود معین)، تأمین‌کننده هدف معاملی هر یک از طرفین عقد نباشد یا راهی برای رفع

تنگناهای قراردادی یافت نشود، اهمیت توجه به شروط ضمن عقد که از اعتباری برابر با تعهدات اصلی برخوردارند، بیشتر آشکار می‌شود.

ویژگی اساسی شرط در معنای مزبور (التزام و تعهد تبعی)، وابسته بودن آن به عقد است که سبب می‌شود شرط از حیث جواز و لزوم، بقا و انحلال و نیز صحت و بطلان، تابع عقد باشد؛ به گونه‌ای که اگر عقد پایه لازم باشد، شرط ضمن آن نیز به تبع لازم‌الاجرا خواهد بود؛ درحالی که شرط ضمن عقد جایز به مانند خود عقد، لزوم پابندی ندارد.^۱ همین‌طور اگر عقد به دلایلی از قبیل فسخ و انفساخ و اقاله منحل گردد، شرط ضمن آن نیز منحل می‌گردد (ماده ۲۴۶ قانون مدنی)؛ علاوه بر این، بطلان عقد موجب بطلان شرط می‌گردد؛ زیرا اعتبار شرط از اعتبار عقد نشئت می‌گیرد (شیروی، ۱۳۹۶، ص ۱۶۸-۱۶۹).

ویژگی دیگر شرط در این معنا، فرعی بودن تعهدات ناشی از آن در مقایسه با تعهدات اصلی عقد است؛ هرچند از لحاظ ارزش یا اهمیت از تعهدات اصلی عقد مهم‌تر باشد (همان، ص ۱۷۱) و اثرش آن است که بطلان یا عدم نفوذ شرط، اصولاً به بطلان یا عدم نفوذ عقد منجر نمی‌شود؛ مگر اینکه موجب ایجاد خلل در ارکان اصلی معامله گردد (شرط باطل و مبطل عقد). در غیر این صورت تنها باید بطلان یا عدم نفوذ شرط را پذیرفت (شروط باطل) و به تعهدات ناشی از توافق اصلی پابند ماند. شروط تحمیلی می‌تواند نقشی از قبیل دسته نخست یا دسته دوم داشته باشد.

۳-۲. مفهوم شروط تحمیلی

هدف از شرط در هر موردی، رسیدن به سود و منفعتی است که از خود عقد به دست نمی‌آید و مشروط‌له با توسل به آن و از این طریق می‌تواند به تمام هدف خود برسد؛ اعم از اینکه خواسته خود را در قالب صفت، فعل یا ترک فعل و یا نتیجه‌ای تصور نماید.

۱. عدم لزوم وفا به شروط ضمن عقد جایز، نظریه مشهور فقهی در این باره است؛ هرچند در دیدگاهی مخالف با نظر مشهور گفته شده شروط ضمن عقد جایز تا زمانی که عقد منفسخ نشده باشد، لازم الوفاست (عاملی، ۱۳۸۱، صص ۱۴۱ و ۱۴۳/ جهت مطالعه بیشتر و ملاحظه نظرات فقها، رک به: نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۳۴۳/ حکیم طباطبایی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲، ص ۲۶۴/ حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۷، ص ۳۵/ طباطبایی یزدی، ۱۴۰۹ق، ج ۲، ص ۶۴۴).

باین حال، در مواردی که فرصت برابر در میان طرفین عقد برای مذاکره و چانه زنی و تعیین الزامات و التزامات حقوقی وجود ندارد یا تنگناهای اقتصادی و اجتماعی، فرد را به سمت دریافت تسهیلات حمایتی می کشاند، شروطی در ضمن عقد گنجانده می شود که برعکس انتظار، موجب عدم تعادل میان حقوق و تعهدات طرفینی می گردد؛ به گونه ای که یکی از طرفین با استفاده از جایگاه برتر خود، تعهدات و التزاماتی را در قالب شرط بر عهده طرف مقابل قرار می دهد یا حقوقی را برای خود تعریف می نماید. این جایگاه برتر حسب مورد ممکن است ناشی از توان بالای اقتصادی، سیاسی، اجتماعی یا تخصصی یکی از طرفین قرارداد یا به طور ویژه مربوط به وضعیت خاص اضطراری طرف مقابل باشد. این گونه شروط که در پرتو اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی، معمولاً مجاز دانسته می شود و همه ارکان صحت معاملات را با خود دارد و به همین دلیل از حمایت قانون برخوردار است، «شروط تحمیلی» نام دارد.

بر این اساس، می توان گفت «منظور از شرط تحمیلی در قراردادها، شرطی است که یکی از متعاقدين با سوءاستفاده از وضعیت اقتصادی، اجتماعی و یا تخصص خویش به طرف دیگر تحمیل می کند» (کریمی، ۱۳۸۱، ص ۷۵). این شرط که به فرانسه، « Clause abusive » نامیده می شود، نخستین بار در ماده ۳۵ قانون ۱۹۷۸ فرانسه که جهت حمایت از مصرف کنندگان به تصویب رسید، تعریف شد. بر اساس این ماده، «یک شرط وقتی تحمیلی محسوب می شود که با سوءاستفاده از قدرت اقتصادی یک طرف قرارداد به طرف دیگر تحمیل شده و به صورت افراطی به نفع طرف سوءاستفاده کننده از این قدرت باشد» (همان).

نابرابری به وجود آمده از به کارگیری شروط تحمیلی، ریشه در همین توانایی و قدرت برتر معاملی یکی از طرفین عقد و سوءاستفاده او از این قدرت دارد و با عدم تعادل سنتی موجود در حقوق قراردادها که گاهی از طبیعت عقود مجانی و اتفاقی و گاهی دیگر از غبن و غرر طرف معامله ناشی می شود، تفاوت دارد (همان، ص ۷۹).

هرچند در حقوق ایران، مقررهای که به طور عام به تعریف و شناسایی شروط غیرمنصفانه اختصاص یافته باشد وجود ندارد، ولی ردپای مصادیقی از این گونه شروط را می توان در قراردادهای استاندارد و از جمله، قراردادهای مشارکت مدنی بانکی که با فرم

های چاپ شده قبلی میان بانک و مشتری منعقد می‌شود، یافت. آنچه در این باره مهم است، شناسایی مصادیق شروط تحمیلی در این قراردادهاست تا بتوان از رهگذر آن، به تحلیل درست مفاد این شروط و وضعیت حقوقی قراردادهای بانکی متضمن شروط تحمیلی پرداخت و بدین وسیله مانعی در برابر نابرابری قراردادی ایجاد کرد.

۴. مصادیق شروط تحمیلی در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی

شروط تحمیلی را بر مبنای شکل و فرایند تشکیل قرارداد یا بر مبنای ماهیت آن و تأثیری که بر نتیجه عقد دارد، می‌توان ذیل دو عنوان مجزا مطالعه کرد: «شروط تحمیلی شکلی»، به معنای شروطی که در مرحله انعقاد قرارداد، موجب نابرابری معاملی و تقویت موقعیت چانه‌زنی یکی از طرفین در مقابل طرف دیگر می‌شود و «شروط تحمیلی ماهوی»، یعنی شروطی که موجب ایجاد نابرابری در نتیجه عقد و تحمیل تعهدات بیشتر و ناعادلانه بر طرف دیگر یا تقسیم نامتوازن منافع قراردادی به سود یکی از آن دو می‌گردد.

با وجود این تقسیم باید پذیرفت که وجود نابرابری ماهوی، تحقق شروط تحمیلی شکلی را مسلم و مفروض قرار می‌دهد؛ به تعبیر دیگر، «زمانی که قرارداد از حیث نتایج غیرمنصفانه و گزاف باشد، از حیث شکلی نیز غیرمنصفانه است؛ چراکه هیچ فرد متعادلی، زمانی که توان چانه‌زنی برابری با طرف دیگر دارد، تن به قراردادی نمی‌دهد که حقوق و تعهدات ناشی از آن، تعادل نسبی نداشته باشد» (ساردویی‌نسب و کاظم‌پور، ۱۳۹۰، ص ۵۲).

تردیدی نیست که قرارداد مشارکت مدنی بانکی به دلیل وجود موقعیت برتر اقتصادی برای بانک و در اختیار داشتن منابع مالی بیشتر، ضرورت و اضطرار مشتری در دریافت تسهیلات، آن هم در قالب شراکت با بانک و نیز مذاکراتی نبودن مفاد قرارداد و شروط ضمن آن، بر اساس موقعیت نابرابر میان بانک و متقاضی تسهیلات منعقد می‌شود و به همین دلیل، وجود شروط تحمیلی شکلی در آن مفروض و بی‌نیاز از بررسی است؛ بنابراین آنچه ضرورت دارد، بررسی مصادیق شروط تحمیلی ماهوی در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی است.

۴-۱. تقسیم نامتوازن سود مشارکت

قرارداد مشارکت مدنی بانکی برخلاف قاعده حقوقی به کاررفته در ماده ۵۷۵ قانون مدنی و حکم مندرج در آن، بر پایه «تقسیم نامتوازن سود مشارکت» تنظیم شده است. بر اساس آنچه در ماده ۱۱ قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی مقرر شده، «شریک با امضای قرارداد متعهد گردیده مدیریت منابع و مصارف موضوع مشارکت را به نحوی به انجام رساند که در پایان دوره مشارکت، سهم‌الشرکه متعلقه بانک/ مؤسسه اعتباری به علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت، اعلامی از سوی شریک، مندرج در برگ درخواست تسهیلات به حساب بانک/ مؤسسه اعتباری منظور گردد. در غیر این صورت شریک ملتزم و متعهد گردیده است سهم‌الشرکه متعلقه بانک/ مؤسسه اعتباری به علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک/ مؤسسه اعتباری را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت نماید». تحلیل حقوقی مفاد ماده و تطبیق آن با ماهیت عقد شرکت نشان می‌دهد در قرارداد مشارکت مدنی بانکی، نه تنها سود تابع سرمایه نیست و برای کار شریک در مدیریت امور شرکت، سهمی از سود قرار داده نشده، بلکه بر وی تحمیل شده و او متعهد گردیده است سهم‌الشرکه و سود اعلامی در آغاز مشارکت و ضرر و زیان احتمالی ناشی از طرح مشارکت را از اموال خود تأمین و پرداخت نماید.

نتیجه این وضعیت، دستیابی قطعی بانک به سود اعلامی در قرارداد مشارکت، بدون وجود چنین تضمینی برای مشتری است و موجب می‌شود در مواردی که مشارکت، سود مورد انتظار را نصیب شرکا نمی‌کند، حکم بهره‌مندی از منافع به نسبت سرمایه که متکی به قاعده تبعیت منفعت از عین است، نقض شود و شریک، نه تنها بهره‌ای از سود کم به دست آمده نداشته باشد، بلکه ملزم به پرداخت مبلغی به عنوان سود مورد انتظار بانک از دارایی خویش نیز قرار داده شود. تمام مطلب در این است که یک طرف مشخصاً از قرارداد نفع می‌برد؛ درحالی که طرف دیگر ممکن است نفع یا زیان ببرد (قنوتی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۳). تضمین سود در حالت زیان‌ده بودن شرکت، علاوه بر اینکه از لحاظ حقوقی ماهیت قرارداد مشارکت را به دلیل احتمال فقدان قصد واقعی مشارکت مورد تردید قرار داده و سبب قرارگرفتن سود در برابر تسهیلات و ایجاد شبهه ربا در آن می‌شود (نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۷، ص ۱۳۴)، تعادل عوضین و عدالت قراردادی را از بین برده و از این جهت با قاعده

«لاضرر» تعارض دارد؛ چه آنکه بر اساس این قاعده، باید میان حقوق و تعهدات طرفین قرارداد، تعادل وجود داشته باشد و از رهگذر قرارداد، زیانی به دلیل عدم تعادل به هیچ یک از طرفین وارد نشود (قنواتی، ۱۳۸۹، ص ۱۵۱).

از نظر فقهی نیز اقتضای قرارداد مشارکت، سهیم شدن شرکا در سود حاصل از آن به نسبت سهم الشرکه است و بر همین اساس، تقسیم سود به تناسب سهام، در فقه مورد حکم قرار گرفته (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۰، ص ۳۵۷ / حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص ۲۲۸) و شرط خلاف آن، طبق یک دیدگاه، باطل (عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۲، ص ۳۵۱ / حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۰۶) و در دیدگاهی دیگر، مبطل عقد شرکت (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۳۳۲ / کرکی عاملی، ۱۴۱۴ق، ج ۸، ص ۲۷ / حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۰۱ / طبرسی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۵۹۰) معرفی شده است؛ زیرا سود تابع سرمایه است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۲۰، ص ۳۶۷) و منفعت از عین تبعیت می‌کند (موسوی خویی، [بی‌تا]، ج ۴، ص ۳۵۹ / مغنیه، ۱۴۲۱ق، ج ۴، ص ۲۱۸ / ماده ۳۲ قانون مدنی)؛ در نتیجه، سود هر حصه‌ای از مال مشاع، باید به مالک همان حصه تعلق یابد. از سوی دیگر، سببی برای تملیک سود بیشتر به کسی که سرمایه بیشتر ندارد، وجود ندارد. آنچه به عنوان زیاده به وی تعلق می‌گیرد، نه خود معاوضه است، نه در عقدی معاوضی ضمیمه یکی از دو عوض شده است و نه مقصود طرفین، هبه بخش زاید است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۲۰۱). به همین دلیل، چنین شرطی، نامشروع و باطل است و اگر موجب از بین رفتن تراضی صورت گرفته بر شراکت نیز در نظر گرفته شود، مبطل عقد شرکت خواهد بود.

حتی اگر قرارداد سود بیشتر برای کسی که سرمایه بیشتر ندارد، در پرتو اصل آزادی قراردادی به رسمیت شناخته شود (باریکلو، ۱۳۹۴، ص ۱۰۱)، انصاف و عدالت قراردادی، قاعده احترام و اصل عدم تبرع ایجاب می‌کنند این سود برای شریکی باشد که کاری برای شرکت انجام می‌دهد (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص ۶۲۰ / حائری طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ج ۹، ص ۳۲۶ / حلی، ۱۴۲۱ق، ص ۱۳۵)؛ زیرا «در جهان کنونی انجام کار در اداره مال مشترک ظهور در تبرع ندارد و هر کس کاری کند که سود آن به دیگری برسد، در برابر اقدام خود انتظار پاداش دارد» (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ج ۲، ص ۴۰)؛ به همین دلیل، آنچه نصیب شریک زیاده خواه می‌شود، بدون سبب و عوض، یک‌سویه و تحمیلی است.

استفاده از قالب عقد صلح نیز برای توجیه عادلانه بودن شرط مذکور پذیرفتنی نیست؛ زیرا هرچند صلح، قالب وسیعی دارد و در فقه امامیه (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۶، ص ۱۶ / موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۵، ص ۱۰) و قانون مدنی ایران (مواد ۷۵۲، ۷۵۸ و ۷۶۲) محدودیتی در برابر اراده طرفین برای تعیین مورد صلح قرار داده نشده و مورد مذکور در قرارداد مشارکت را نیز شامل می‌شود، باین حال استفاده از عنوان صلح به جای شرط ضمن عقد، تغییری در ماهیت تراضی و تعهد مازادی که در مورد پرداخت سود از دارایی خود بر عهده شریک قرار می‌گیرد ایجاد نمی‌کند؛ به تعبیر دیگر، استفاده از عنوان صلح به جای شرط ضمن عقد با وجود پذیرش اصل آزادی اراده، انتخاب راهی قانونی برای گریز از احکام شرکت است و نوعی «تقلب نسبت به قانون» محسوب می‌شود؛ بدون آنکه ماهیت تحمیلی بودن آن را تغییر دهد.

۴-۲. قرار دادن هزینه‌های مشارکت بر عهده شریک به صورت غیرمعوض

در قراردادهای مشارکت مدنی مالی، تقسیم هزینه‌ها و زبان‌های حاصل از آن به اندازه تقسیم سود حاصل از مشارکت برای شریکان اهمیت دارد و آنجا که شریک، مبالغی بیش از آورده اولیه خود برای شرکت هزینه می‌کند، انتظار دارد این هزینه‌ها جزء آورده او محسوب شود یا در محاسبه نهایی سود و سرمایه، جداگانه محاسبه گردد. دلیل این انتظار مشروع را باید در هدف شریکان از انعقاد عقد شرکت، تن دادن به مالکیت مشاع - تقسیم سود و زیان ناشی از این اقدام میان شریکان - و ماهیت معوض بودن عقد شرکت جست‌وجو کرد (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ج ۲، ص ۱۹). از سوی دیگر، قرارداد مشارکت عقدی معوض و مغایبی است و هر هزینه‌ای در راستای هدف شرکت، به امید داشتن عوض انجام می‌شود و اساساً شرکت، جزء عقود مجانی و احسانی نیست.

باین حال و به موجب ماده ۸ قرارداد مشارکت مدنی بانک، مقرر شده است کلیه هزینه‌های اضافه بر میزان تخمین زده شده در ابتدای قرارداد از اموال و منابع شریک تأمین و پرداخت شود و وی جمع هزینه‌های مزبور را به بانک، صلح نماید. همچنین به موجب شرط ضمن همان عقد صلح، وی قبول و تعهد می‌نماید افزایش هزینه‌ها تأثیری در میزان سهم‌الشرکه مندرج در قرارداد نداشته باشد و سهم‌الشرکه بانک تغییری نیابد.

نظیر این حکم در مورد سایر هزینه‌ها از قبیل «هزینه اداره امور شرکت» (ماده ۷)، «هزینه بیمه اموال موضوع عملیات ناشی از قرارداد و هر آنچه مورد وثیقه قرار می‌گیرد» (ماده ۲۱)، همچنین «هزینه‌های مربوط به ثبت قرارداد؛ از جمله حق‌الثبت و حق‌التحریر» (ماده ۲۷) نیز وجود دارد و همه آنها به‌طور یک‌جانبه بر عهده شریک قرار داده شده است.

تحمیلی بودن شرط مذکور زمانی آشکارتر می‌شود که به موجب تبصره ذیل ماده ۷ قرارداد پرداخت هزینه‌های اضافی توسط بانک، تأثیر مستقیم در افزایش سهم‌الشرکه بانک ایجاد می‌کند.

حکم مزبور با وجود مستندبودن به اصل آزادی اراده، برخلاف عدالت معاوضی و ماهیت عقد شرکت است؛ زیرا هزینه‌هایی را بر عهده شریک قرار داده که «عوض متقابل» ندارد؛ درحالی‌که داشتن عوض متقابل، مقتضای تمام عقود معوض و اصلی فراتر از اراده است و مفاد آن بر طرفین تراضی تحمیل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۴، ص ۷۹). حال اگر هزینه‌هایی که شریک در طول اداره شرکت پرداخت می‌کند، به اندازه‌ای زیاد شود که عنوان معوض نبوده، بخش بیشتری از پرداخت‌های وی را دربرگیرد، بدون تردید باید به بطلان تراضی حکم داد. در غیر این صورت، پرداخت هزینه‌های جاری، صرفاً عدالت معاوضی را که بر پایه رعایت توازن در حقوق و تعهدات طرفین بنا شده است، از بین می‌برد و ممکن است قرارداد را در معرض فسخ یا تعدیل قرار دهد. به عبارت کوتاه‌تر، شرط مزبور در بهترین حالت، تحمیلی محسوب می‌شود.

هرچند در مورد هزینه‌های شرکت، اظهارنظر صریحی میان فقیهان وجود ندارد، ولی موضع آنان درباره نحوه تقسیم سود و جبران کارهای شریک در راستای شرکت را می‌توان با مفاد حکم مزبور همسو دانست؛ توضیح آنکه، فقها در بیان ماهیت شرکتی که با عقد حاصل می‌شود (شرکت عقدی)، توزیع سود و زیان به نسبت رأس‌المال را اصل قرار داده (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۶، ص ۳۵۴) و هر یک از شرکا را که در راستای سودآوری شرکت، کاری انجام داده باشد، مستحق سهم بیشتری از سود یا مستحق اجرت‌المثل عمل خویش می‌دانند (اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰، ص ۱۹۹ / شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴، ص ۲۰۱). این حکم را که بر مبنای مالیت داشتن کار انسان صادر شده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۶، ص ۳۰۱)، می‌توان به‌طور کلی‌تری در مورد تمام اموالی که شریک بعد از انعقاد عقد شرکت، با عنوان «مال» به

شرکت می‌آورد، جاری کرد و وی را در مورد تمام پرداخت‌های خود در شرکت، مستحق عوض و جبران دانست. آن‌گاه هر شرطی که این نتیجه عادلانه را ناممکن و تقسیم سود و زیان شرکت را به نسبتی مغایر با میزان آورده و هزینه‌کرد هر شریک مقرر نماید، از نظر احکام کلی فقهی، غیرمنصفانه و تحمیلی خواهد بود.

۳-۴. تعهدات فعلی یک‌جانبه

۱۹۷

مراد از تعهدات فعلی، هر آن چیزی است که در قالب شرط فعل بر عهده طرف مقابل عقد قرار می‌گیرد؛ اعم از اینکه ناظر به انجام یا عدم انجام یک عمل مادی یا متضمن انجام یا عدم انجام یک عمل حقوقی باشد (محقق داماد، ۱۳۸۵، ص ۴۲). همان‌گونه که ممکن است شرط فعل به سود یا علیه یکی از دو طرف عقد یا هر دوی ایشان باشد، ممکن است به سود یا علیه شخص یا اشخاص ثالث هم قرار داده شود که نفوذ و اعتبار چنین شرطی، به اراده شخص یا اشخاص ثالث وابسته است (شهیدی، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۶۵).

قرارداد مشارکت مدنی بانکی دربردارنده مجموعه‌ای از شروط فعل است که جملگی به نفع بانک و به نحو تحمیلی و غیرمنصفانه در ضمن عقد گنجانده شده‌اند. برخی از این شروط، بر عهده متقاضی تسهیلات به عنوان شریک و طرف قرارداد با بانک و برخی نیز بر عهده وثیقه‌گذارها قرار داده شده است؛ از این‌رو، این دو دسته از شروط فعل، جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۴-۱. شروط فعل مقرر بر عهده گیرنده تسهیلات

شروط فعلی که در ضمن قرارداد مشارکت مدنی بانک بر عهده شریک قرار داده شده است، عبارت از موارد زیر است:

(الف) اداره امور شرکت و اجرای طرح به صورت تبرعی (ماده ۷)؛

(ب) تأمین و پرداخت کلیه هزینه‌های اضافی توسط شریک از اموال خود (ماده ۸)؛

(ج) خودداری از هرگونه معامله اعم از عین و منفعت نسبت به اموال موضوع مشارکت

(ماده ۹)؛

(د) فراهم‌نمودن امکان بازدید بانک از محل اجرای طرح و تهیه و تسلیم گزارش مربوط

به نحوه فعالیت شریک در هر زمان که بانک تشخیص دهد (ماده ۱۰)؛

ه) پرداخت سهم‌الشرکه بانک به علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک در صورت زیان‌ده بودن طرح (ماده ۱۱)؛

و) خرید موضوع مشارکت توسط شریک در صورت فسخ قرارداد قبل از انقضای مدت (ماده ۱۲) یا در پایان مدت مشارکت (بند ۱ ماده ۱۳) یا فروش آن به شخص ثالث (بند ۱ ماده ۱۳)؛

ز) بیمه‌نمودن اموال موضوع عملیات ناشی از قرارداد و وثیقه‌های آن در تمام مدت اجرای طرح (ماده ۲۱)؛

ح) پرداخت فوری دیون توسط شریک در صورت تملک وثیقه توسط نهادهای دولتی یا شهرداری و امثال آن (بند ۴ ماده ۲۳)؛

شروط مزبور علاوه بر اینکه رفتار نسبتاً سنگین و طاقت‌فرسایی را بر عهده شریک قرار داده و از جهت تشدید مسئولیت‌های قراردادی، اجرای قرارداد را با دشواری مواجه کرده و از این حیث، یکی از مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد از نظر نتیجه را داراست (ساردویی نسب و کاظم‌پور، ۱۳۹۰، ص ۵۷)، به دلایل زیر، یک‌جانبه، ناعادلانه و تحمیلی محسوب می‌شود:

۱. سلب اختیار انجام هرگونه معامله نسبت به اموال موضوع مشارکت از شریک، برخلاف مقررات قانونی و حقوق مالکانه وی صورت گرفته است؛ زیرا قانونگذار به هر یک از شرکا اجازه داده است «بدون رضایت شرکای دیگر، سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند» (ماده ۵۸۳ قانون مدنی). نفوذ چنین تصرفاتی از نظر قانونی حتی به اذن سایر شرکا نیاز ندارد؛ چراکه شریک در حصه خود تصرف می‌کند و این تصرفات، فضولی محسوب نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ج ۲، ص ۴۳).

۲. با وجود اینکه مقتضای عقد شرکت، مشارکت در سود و زیان است و نه صرفاً مشارکت در سود (سبحانی، ۱۴۲۹ق، ص ۳۹۸)، انجام تمامی امور شرکت به صورت تبرعی بر عهده شریک قرار داده شده است. در مواردی نیز که انجام عمل مشروط، هزینه‌ای داشته باشد، هزینه انجام آن نیز بر عهده شریک است؛ بدون اینکه جزء آورده او محسوب شود یا به نحو دیگر جبران گردد.

۳. الزام شریک به خرید موضوع مشارکت در صورت فسخ قرارداد در اثنای مدت - که به موجب ماده ۶ قرارداد صرفاً توسط بانک متصور است و از شریک در قالب شرط ضمن عقد خارج لازم، سلب شده است - یا در پایان مدت مشارکت یا فروش آن به شخص دیگر، با اصل حاکمیت اراده که در فقه (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۴۹ / مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ق، ج ۲، ص ۳۷۰) و حقوق (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۱۴۴-۱۴۸) به عنوان اصلی بنیادین در تنظیم مقررات مدنی مورد پذیرش قرار گرفته در تعارض است.

۴. قراردادن تعهد اجرای مفاد قرارداد و اداره شرکت بر عهده شریک به موجب شرط ضمن عقد، بدون در نظر گرفتن عوض برای آن و تعلق بخشی از منافع به دست آمده از این عمل به بانک، برخلاف مفاد قاعده احترام است؛ چراکه بر اساس این قاعده، کار شخص در صورتی که با دستور فرد دیگر و به منظور دستیابی به هدف او انجام شود، لزوم جبران دارد (انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳، ص ۱۹۰).

۵. الزام شریک به پرداخت فوری دیون و حال شدن دیون مدت دار وی در صورت تملک وثیقه توسط نهادهای دولتی - که خود ممکن است به دلیلی خارج از اراده شریک یا مالک وثیقه رخ دهد - در تعارض با ماهیت وثیقه و خلاف مقتضای آن است؛ زیرا وثیقه عقدی تبعی است و حق سابق را مورد توثیق قرار می دهد (باریکلو، ۱۳۹۴، ص ۱۸۶)؛ از این رو هر تغییری در موضوع وثیقه، مانند تلف مورد وثیقه یا مستحق للغیر درآمدن آن، علی الاصول نباید بر عقد اصلی و دیون ناشی از آن تأثیرگذار باشد.

با توجه به دلایلی که بیان شد، مجموعه شروط مزبور، برابری معاملی را که عنصر محوری در عدالت معاوضی است، از بین می برد و بدون تردید، نتیجه مشارکت را به طور ناروا به نفع بانک تغییر می دهد.

۴-۳-۲. شروط فعل مقرر بر عهده وثیقه‌گذار

تعهدات فعلی مقرر در قرارداد مشارکت مدنی بانکی، تعهداتی را نیز که به موجب شروط ضمن عقد بر عهده مالک/ مالکان وثیقه گذارده شده است، شامل می‌شود. این شروط به شرح ذیل است:

الف) خودداری از هرگونه معامله ناقله تحت هر عنوان توسط مالک یا مالکین وثیقه نسبت به عین مورد وثیقه (بند ۱ ماده ۲۳)؛

ب) خودداری از ایجاد تغییر در مورد وثیقه بدون موافقت بانک (بند ۲ ماده ۲۳)؛

ج) اخذ تأییدیه از بانک توسط مالک وثیقه قبل از انتقال منافع مورد وثیقه (بند ۵ ماده ۲۳).

برخی از نویسندگان، دریافت رهن از متقاضی تسهیلات توسط بانک را فاقد توجیه شرعی دانسته و آورده‌اند: «از آنجاکه در قرارداد، رابطه بانک و متقاضی تسهیلات، رابطه شریک با شریک است، نمی‌توان از متقاضی تسهیلات رهن دریافت کرد؛ به بیان دیگر، اخذ رهن در عقد مشارکت، توجیه شرعی ندارد؛ زیرا در این قرارداد ممکن است هیچ‌وقت یا دست‌کم تا سررسید، دینی به وجود نیاید و شریک مدیون بانک نشود» (نظریور و ملاکریمی، ۱۳۹۷، ص ۱۳۶). حکم مزبور بر این گزاره حقوقی مبتنی است که «وجود دین، شرط صحت عقد رهن است» (طرابلسی، ۱۴۰۶ق، ج ۲، ص ۴۴/ حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۴۱۷/ موسوی خمینی، [بی تا]، ج ۲، ص ۶) و چون در زمان انعقاد عقد شرکت، هنوز دینی وجود ندارد که بر اساس آن بتوان رابطه میان بانک و شریک را از قبیل رابطه طلبکار و بدهکار در نظر گرفت، پس دریافت رهن هم که تابع وجود دین است، صحیح نخواهد بود.

حتی اگر رهن مذکور به عنوان «وثیقه‌ای برای اطمینان از حسن اجرای تعهدات شریک» محسوب شده و صحیح دانسته شود، باید گفت از نظر حقوقی وثیقه‌ای که در ضمن قرارداد مشارکت بانکی پس از قبول و امضای مالک وثیقه، متعلق حق بانک قرار گرفته و اختیارات مالک به تصرفاتی که منافی با حق بانک نباشد محدود می‌شود، ولی این به معنای نفی سایر حقوق مالکانه وی نیست؛ به عبارت دیگر، قلمرو محدودیت مالک، منحصر در تصرفات «منافی» و «مضر» است و سایر تصرفات وی که منافی با حق الرهانه بانک نباشد، از قبیل استیفای منافع یا واگذاری آنها، تعمیر مورد وثیقه یا ایجاد تغییر در آن به گونه‌ای که

موجب مرغوبیت وثیقه یا افزایش منافع گردد، طبق قاعده سلطه و به استناد ماده ۳۰ قانون مدنی، مشروع است (باریکلو، ۱۳۹۴، ص ۲۱۰ / امامی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۳۶۹ / کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۳۷۶).

برخی در این زمینه آورده‌اند: «اگر تصرفات ناقله از مصادیق تصرفات ناقل منافع مانند اجاره باشد باید گفت چون چنین تصرفاتی عموماً با حقوق مرتهن منافات و مبادینت ندارد، جایز است؛ بنابراین انعقاد عقد اجاره به مدت سررسید دین یا به مدت کمتر یا بیشتر از آن، نیازی به اذن مرتهن ندارد؛ زیرا به‌هرحال مرتهن می‌تواند با فروش عین مرهونه، طلبش را وصول کند» (باقری و مقصودی، ۱۳۹۵، ص ۱۵). این نظریه که در فقه نیز طرفدارانی دارد (حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳، ص ۲۰۹ / نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۵، ص ۱۹۵)، به معنای جواز تصرفات اصلاحی راهن در مورد مال مرهونه و نفوذ آنها بدون نیاز به اذن مرتهن است.

بر این اساس، راهن به استناد ماده ۷۹۴ قانون مدنی، «می‌تواند در رهن تغییراتی بدهد یا تصرفات دیگری که برای رهن نافع باشد و منافی حقوق مرتهن هم نباشد به عمل آورد؛ بدون اینکه مرتهن بتواند او را منع کند». ملزم نمودن مالک وثیقه به اخذ تأییدیه از بانک قبل از انتقال منافع یا الزام وی به خودداری از ایجاد تغییر در مورد وثیقه بدون موافقت بانک، با وجود ممنوعیت منع وی از تصرفات مالکانه غیرمنافی با حقوق راهن بر اساس مواد مزبور، سلب حقوق مالکانه و قانونی وی بوده و شرطی تحمیلی است که به لباس آزادی اراده آراسته است.

۴-۴. یکجانبه‌گرایی در تشخیص موارد و تفسیر مندرجات قرارداد

برخی از مواد قرارداد مشارکت مدنی بانکی به گونه‌ای تنظیم شده است که در آنها تشخیص و ادعای بانک برای شریک، به صورت یکجانبه، معتبر و لازم‌الاتباع دانسته شده است. موارد این تحکم و یکجانبه‌گرایی را می‌توان در نمونه‌های زیر ملاحظه نمود:

الف) تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در مورد مصرف‌شدن سهم‌الشرکه شریک در جهت اجرای طرح موضوع مشارکت و یا واریز آن به حساب مشترک مشارکت (تبصره ماده ۵)؛

ب) نظارت بانک / مؤسسه اعتباری بر اداره امور شرکت مدنی (ماده ۷)؛

ج) ملاک بودن تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در مورد مطالبه گزارش مربوط به نحوه فعالیت شریک (ماده ۱۰)؛

د) هماهنگی و نظارت بانک درباره خریداری حصة قابل فروش بانک حداقل به مبلغ اصل سهم شرکت پرداختی بانک، سود و سایر هزینه‌های انجام شده طبق قرارداد یا فروش آن به شخص ثالث (ماده ۱۳-۱)؛

ه) تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در مورد تخلف شریک (ماده ۱۳-۳)؛

و) تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری در مورد تخلف از مقررات و یا هر یک از شرایط و تعهدات این قرارداد و معتبر و غیرقابل اعتراض بودن تعبیر و تفسیر بانک / مؤسسه اعتباری در مورد آنها (ماده ۱۷)؛

ز) تشخیص بانک / مؤسسه اعتباری درباره تخلف شریک و یا وثیقه‌گذار / وثیقه‌گذاران و یا ضامن / ضامنین از مفاد قرارداد (ماده ۲۲).

معیار قرارداد تشخیص بانک در کلیه موارد مربوط به اجرای طرح و تخلفات شریک و الزام وی به قبول آنها و نیز الزام وی به پذیرش تفسیر بانک درباره مفاد قرارداد و مندرجات آن، همچنین لزوم خریداری سهم شرکت بانک پس از پایان مدت مشارکت به قیمت اعلامی بانک و موارد مشابه دیگر، اگر موجب خلل در سلامت اراده و ارکان اساسی مشارکت نباشد، به دلیل عدم دخالت اراده آزاد شریک در تعیین آنها و سوءاستفاده بانک از موقعیت برتر خود در تحمیل نظرات خویش، به جای ارجاع موارد مزبور به نهادی بی طرف، شروطی غیرعادلانه و یک‌جانبه است که بر شریک تحمیل شده است (عسکری و منجزی، ۱۳۹۹، ص ۲-۳ / مصباحی مقدم و نعمتی، ۱۳۹۷، ص ۴۲).

۴-۵. سلب حق تقاضای افراز مال مشترک

یکی از شروطی که در قرارداد مشارکت مدنی بانکی به صورت تحمیلی بر عهده شریک قرار داده شده، سلب حق تقاضای افراز مال مشترک موضوع قرارداد است. به موجب ماده ۹ قرارداد، «مشارکت بانک / مؤسسه اعتباری و شریک در طرح موضوع مشارکت به صورت مشاع بوده و کلیه احکام اموال مشاعی نسبت به آن جاری است. همچنین شریک حق تقاضای افراز مال مشترک و هرگونه معامله اعم از عین و منفعت را نسبت به اموال موضوع

مشارکت از خود سلب نمود». با توجه به اینکه یکی از کارکردهای شرط نتیجه، سلب حق از طرف عقد است (شیروی، ۱۳۹۶، ص ۱۶۶-۱۶۷)، این مورد را می‌توان نمونه‌ای از «شرط نتیجه» در نظر گرفت که در ضمن قرارداد مشارکت مدنی بانکی گنجانده شده است.

افراز در اصطلاح عام و رایج، به معنای تقسیم است.^۱ بر مبنای قواعد حاکم بر مالکیت مشاع، «هر شریک‌المال می‌تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید» (ماده ۵۸۹ قانون مدنی)؛ زیرا هر مالکی حق همه گونه تصرف و انتفاع را از مال خود دارد و تقسیم یکی از آن تصرفات است (امامی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۴۱). بر این اساس، سلب این حق قانونی و مالکانه از شریک به موجب شرط ضمن عقد، مانعی در برابر حاکمیت اراده آزاد وی و برخلاف اصل برابری قراردادی و بنابراین، شرطی تحمیلی است.

۵. راهکارهای مقابله با شروط تحمیلی در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی

همچنان‌که از مطالب پیشین به‌روشنی قابل دریافت است، شروط تحمیلی یکی از آسیب‌های جدی اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی ایران است و موجب ناکارآمدی آن و عدم استفاده شایسته از ظرفیت این عقود در افزایش تولید و اشتغال و بهبود فضای اقتصادی کشور می‌شود. بررسی‌های صورت‌گرفته نشان می‌دهد «دسترسی نداشتن بانک به اطلاعات مشتری و بی‌اعتمادی به وی در گزارش سود و زیان»، «انگیزه زیاد بانک برای کسب سود و عدم تحمل ریسک ضرر»، «نااطمینانی از نتایج فعالیت اقتصادی موضوع طرح مشارکت و احتمال سوخت‌شدن منابع» و «افزایش هزینه‌های بانک به موجب نظارت و دخالت در فعالیت اقتصادی» از مهم‌ترین عوامل استفاده بیجا از شروط ضمن عقد در قراردادهای مشارکت مدنی و تحمیل شروط مزبور برگزندگان تسهیلات است (نظرپور و

۱. افراز در معنای خاص خود، «صورتی است که برای هر یک از شرکا بتوان در تقسیم از هر نوع از اموال حصه‌ای معین نمود» (امامی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۴۲). در این تقسیم که بیشتر در مال مشترک مثلی واقع می‌شود، به هر شریک به تناسب حصه مشاع او داده می‌شود؛ بدون اینکه به تعدیل قیمت نیاز باشد. مقصود از «درخواست افراز» در بند ۸ ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی، همین معنی است (کاتوزیان، ۱۳۹۹، ج ۲، ص ۵۹-۶۰).

ملاکریمی، ۱۳۹۷ق، ص ۱۳۰-۱۳۱ / نصرآبادی و شعبانی، ۱۳۸۷، ص ۷۷). به نظر می‌رسد استفاده از راهکارهای زیر می‌تواند در مقابله با وضع شروط تحمیلی در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی مؤثر باشد.

۵-۱. محاسبه سود در انتهای فعالیتهای اقتصادی مشترک

همچنان که بیان شد، اقتضای قرارداد مشارکت، تسهیم سود و زیان در بین شرکا بعد از تحقق آن است. بر همین اساس در فعالیتهای اقتصادی تولیدی، بازرگانی یا خدماتی که بانک در قالب قرارداد مشارکت، مسئولیت تأمین منابع مالی آن را در ازای مشارکت در سود به‌دست‌آمده از شرکت می‌پذیرد، ارزیابی سود به‌دست‌آمده و سهم بانک و شریک از آن باید در انتهای فعالیتهای اقتصادی مشترک صورت گیرد. این کار علاوه بر مطابقت واقعی با مفاد قرارداد مشارکت، موجب توزیع عادلانه درآمد، هدایت منابع بانکی به سمت طرح‌های پربازدهی که سود نهایی بانک را بیشتر می‌کند و جلوگیری از اختصاص منابع به طرح‌های بی‌ثمر یا کم‌بازده، کاهش هزینه تولید به دلیل عدم الزام تولیدکننده به پرداخت مبالغ ثابتی به عنوان سود تسهیلات به بانک و افزایش بهره‌وری در راستای تخصیص منابع به طرح‌های سودآور خواهد شد (قادری، ۱۳۸۲، ص ۲۹۵). همچنین در این روش، تلاش و برنامه‌ریزی بانک و سایر شرکای سرمایه‌گذار برای به‌ثمر رسیدن سریع طرح‌ها که بازگشت سریع سرمایه و منابع اعطایی را سبب گردد، بیشتر خواهد شد.

۵-۲. واگذاری شرکت به گیرنده تسهیلات و بازگشت سرمایه بانک به صورت تدریجی

یکی از دلایل عمده در وضع ماده ۱۱ قرارداد مشارکت مدنی، نگرانی بانک از عدم اجرای صحیح طرح موضوع مشارکت و به تبع آن، عدم بازگشت سرمایه و سود مورد انتظار بانک است. برای رفع این نگرانی، می‌توان از راهکار واگذاری تدریجی شرکت موضوع تسهیلات به مشتری استفاده کرد. در این روش که از آن با عنوان «مشارکت کاهش یابنده» و «مشارکت تناقصی» نیز یاد شده است (نصرآبادی و شعبانی، ۱۳۸۷، ص ۹۸-۹۹ / نظرپور و ملاکریمی، ۱۳۹۷، ص ۲۶۷-۲۶۸)، پس از اولین دوره بازدهی شرکت و تقسیم سهم هرکدام از شرکا، سرمایه بانک در قالب اقساط سالیانه توسط شریک بازپرداخت می‌شود که نتیجه

آن، کاهش تدریجی سهم بانک و افزایش سهم شریک است و در نهایت، تمام مالکیت شرکت به شریک منتقل می‌گردد. به این ترتیب، علاوه بر بازگشت منابع بانک در زمان کوتاه‌تر و کاهش ریسک نقدینگی و محدودیت منابع در برابر تقاضاهای جدید تأمین مالی، هزینه‌های مربوط به نظارت بانک و اجرای طرح کاهش می‌یابد و بانک می‌تواند از محل منابع تجدید یافته در طرح‌های دیگر تولیدی مشارکت نماید. در این روش، به دلیل بازگشت سرمایه بانک در زمان کوتاه و رفع نگرانی بانک از این جهت، قراردادن شروط ۲۰۵ فعل تحمیلی بر عهده مشتری و وثیقه‌گذار هم ضرورتی نخواهد داشت.

۵-۳. به‌کارگیری امتیازات قراردادی

عدم دسترسی بانک به اطلاعات مشتری و اعتبار و توانایی وی در بازپرداخت تسهیلات، موجب بی‌اعتمادی بانک به گزارش سود و زیان شریک می‌شود و این خود به تعیین شروط تحمیلی بر عهده شریک در ضمن قرارداد منجر می‌گردد. برای رفع این مشکل، می‌توان از قراردادهای تشویقی یا امتیازات قراردادی در ضمن همان قرارداد مشارکت به نفع شریک استفاده کرد. از جمله می‌توان تمام یا بخش زیادی از مازاد سود مورد انتظار و تعیین شده در ابتدای قرارداد را به شریک واگذار کرد (نصرآبادی و شعبانی، ۱۳۸۷، ص ۱۰۱). این کار علاوه بر افزایش انگیزه شریک برای اجرای صحیح طرح مشارکت و مصرف بهینه منابع دریافتی در موضوع شرکت، موجب لغو بسیاری از شروط تحمیلی، از جمله نظارت و کنترل اجرای طرح خواهد شد.

۵-۴. تداوم فعالیت شرکت با وجود کناره‌گیری برخی از شرکا

یکی از نگرانی‌های بانک، درخواست افراز مال مشترک توسط شریک و اعلام کناره‌گیری او از ادامه انجام فعالیت تولیدی بازرگانی یا خدماتی قبل از انقضای مدت قرارداد است و بر همین اساس در ماده ۹ قرارداد مشارکت مدنی، حق تقاضای افراز مال مشترک به موجب شرط نتیجه از وی سلب شده است. هرچند این شرط تحمیلی است و با آزادی قراردادی سازگاری ندارد ولی می‌توان با درج شرایطی مبنی بر تداوم فعالیت شرکت با وجود کناره‌گیری شریک از ادامه شراکت با بانک، حقوق قراردادی شریک انصراف‌دهنده، سرمایه و سود مورد انتظار بانک را نیز تضمین نمود؛ زیرا بر اساس این فرضیه که تسهیلات بانکی به

طرح‌هایی اختصاص داده می‌شود که بر اساس بررسی صورت‌گرفته توسط بانک، «اصل مال‌الشرکه و سود مورد انتظار ناشی از مشارکت مدنی در طول مدت قرارداد قابل برگشت و مشارکت قابل تصفیه باشد» (ماده ۸ قانون عملیات بانکی بدون ربا، ۱۳۶۲)، این سود صرفاً در صورت تداوم فعالیت اقتصادی مزبور قابل تحقق است (والی‌نژاد، ۱۳۶۸، ص ۱۶۹)؛ بنابراین بانک می‌تواند با پذیرش درخواست شریکی که مطالبه افزایش سهم خود را نموده و پرداخت سهم او و تملک موضوع شراکت، زمینه تداوم فعالیت شرکت را فراهم نموده و از این طریق، بدون اینکه شرایط تحمیلی موصوف را بر شریک خود مقرر نماید، به سرمایه و سود مورد انتظار خود دست یابد.

۵-۵. استفاده از ظرفیت نهادهای نظارتی

استفاده از نهادی مستقل غیر از بانک که بتواند بر اجرای قرارداد مشارکت، نظارت نموده و همچنین در مورد رفع اختلاف میان مشتری و بانک و تعیین میزان پیشرفت طرح و سود مشارکت و نیز در مواردی که نیاز به قیمت‌گذاری اموال موضوع شرکت ضرورت می‌یابد، اظهارنظر کارشناسانه ارائه نماید، یکی از راهکارهای مفیدی است که می‌توان در اجرای قراردادهای مشارکت از آن بهره جست و به این ترتیب از تحمیل نظر بانک به مشتری در این موارد جلوگیری کرد.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه در پژوهش حاضر بررسی و تحلیل شد، می‌توان به نتایج زیر دست یافت:

۱. قرارداد مشارکت مدنی بانکی به دلیل دربرداشتن مجموعه‌ای از شروط و تعهدات قطعی و غیرقابل مذاکره و غیرقابل تغییر، از قراردادهای الحاقی محسوب می‌شود و اراده متقاضی تسهیلات در آن، در حدی مؤثر است که به آن ببینند یا از انعقاد آن خودداری کند.

۲. قرارداد مشارکت مدنی بانکی از لحاظ ماهیت حقوقی، عقد محسوب می‌شود و از این‌رو رعایت قواعد عمومی قراردادها و از جمله شرایط اساسی صحت معاملات در انعقاد آن ضروری است. علاوه بر این، قرارداد مزبور از لحاظ قواعد

اختصاصی، تابع مقررات عقد شرکت در قانون مدنی است و ویژگی‌های آن نیز باید بر همین اساس ارزیابی شود.

۳. در حال حاضر، به دلیل استاندارد بودن فرم‌های قرارداد، شروط تحمیلی بخش انفکاک‌ناپذیر قراردادهای مشارکت مدنی بانکی را تشکیل می‌دهد. منظور از شروط تحمیلی، مجموعه شروط و التزاماتی است که به صورت ضمنی - اعم از شرط فعل یا نتیجه - در قرارداد گنجانده شده‌اند و به دلیل مستند بودن به اراده طرف برتر در قرارداد، صرفاً تأمین‌کننده منافع بانک هستند و امکان هیچ‌گونه چانه‌زنی در مورد آنها وجود ندارد.
۴. شروط تحمیلی را می‌توان در دو بخش شکلی و ماهوی مطالعه کرد؛ ولی آنچه مهم است، بخش دوم، یعنی شروط تحمیلی ماهوی است؛ زیرا اولاً در شرایط عادی، وجود شروط تحمیلی ماهوی، تحقق شروط تحمیلی ماهوی را مفروض و مسلم قرار می‌دهد؛ ثانیاً، آنچه برای متعاقدین در عقود معاوضی اهمیت دارد، تأمین منافع آنها از معاوضه و عقد است و شروط تحمیلی مستقیماً بر نتایج عقد و حقوق و تعهدات ناشی از آن تأثیر می‌گذارند.
۵. بر اساس پژوهش صورت‌گرفته، «تقسیم نامتوازن سود مشارکت»، «قراردادن هزینه‌های مشارکت بر عهده شریک به صورت غیرمعاوضی»، «تعهدات فعلی یک‌جانبه بر عهده گیرنده تسهیلات و وثیقه‌گذار»، «یک‌جانبه‌گرایی در تشخیص موارد و تفسیر مندرجات قرارداد» و «سلب حق تقاضای افراز مال مشترک» از مهم‌ترین مصادیق شروط تحمیلی ماهوی در قرارداد مشارکت مدنی بانکی است.
۶. تحلیل مصادیق شروط تحمیلی در قرارداد مشارکت مدنی بانکی نشان می‌دهد این شروط بدون بهره‌گیری از نتایج واقعی اصل حاکمیت اراده تدوین شده‌اند و در آنها برای اراده آزاد متقاضی تسهیلات، جایگاهی در نظر گرفته نشده است. علاوه بر این، شروط مزبور اصل عدالت و انصاف را که از اصول بنیادین احکام فقهی و بنیای وجدانی و غیرمصرح عقود معاوضی است، نقض کرده است.
۷. محاسبه سود در انتهای فعالیت اقتصادی مشترک، واگذاری شرکت به گیرنده تسهیلات و بازگشت سرمایه بانک به صورت تدریجی، به‌کارگیری امتیازات

قراردادی به نفع شریک، تداوم فعالیت شرکت با وجود کناره‌گیری برخی از شرکا و استفاده از ظرفیت نهادهای نظارتی، از جمله راهکارهای عملی و مفیدی هستند که می‌توان در جهت رفع نگرانی‌های بانک و تعدیل شروط تحمیلی در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی مورد توجه قرار داد.

منابع و مأخذ

۱. اردبیلی، احمد بن محمد؛ مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان؛ ج ۱۰، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ق.
۲. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی؛ ج ۲، تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۳.
۳. انصاری، مرتضی؛ کتاب المکاسب؛ ج ۳، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ق.
۴. آئین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)؛ تصویب‌نامه ش ۸۸۶۲۰ هیئت وزیران، ۱۳۶۲/۱۰/۱۲.
۵. باریکلو، علیرضا؛ عقود معین ۲: عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم؛ ج ۳، تهران: مجد، ۱۳۹۴.
۶. باقری، پرویز و مراد مقصودی؛ «وضعیت حقوقی معامله انتقال عین یا منافع مال مرهونه توسط راهن»؛ دوفصلنامه علمی پژوهشی دانش حقوق مدنی، س ۵، ش ۱، ۱۳۹۵.
۷. توکلی، محمد مهدی؛ آموزش جامع حقوق مدنی؛ ج ۲، ج ۲، تهران: مکتوب آخر، ۱۳۹۹.
۸. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی؛ الروضة البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة؛ ج ۴، قم: کتاب‌فروشی داوری، ۱۴۱۰ق.
۹. حائری طباطبایی، سید علی بن محمد؛ ریاض المسائل؛ ج ۹، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیه السلام، ۱۴۱۸ق.
۱۰. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد؛ مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة؛ ج ۲۰، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
۱۱. حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح؛ العناوین الفقهیة؛ ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۱۲. حکیم، سید محسن؛ مستمسک العروة الوثقی؛ ج ۱۲ و ۱۳، قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶ق.
۱۳. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی؛ تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة؛ ج ۳، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ق.
۱۴. _____؛ تذکرة الفقهاء؛ ج ۱۳ و ۱۷، قم: مؤسسه آل‌البتیت علیه السلام، ۱۴۱۴ق.

۱۵. _____؛ تلخیص المرام فی معرفة الأحكام؛ قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۴۲۱ق.
۱۶. حلی، محمدبن منصور؛ السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی؛ ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
۱۷. حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام؛ ج ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ق.
۱۸. راعی، مسعود و محمد مولاییان؛ «رویکرد فقه امامیه به عدالت معاوضی و تأثیر آن بر عقود الحاقی»؛ فصلنامه علمی پژوهشی حقوق اسلامی، د ۱۱، ش ۴۰، ۱۳۹۳.
۱۹. ساردویی نسب، محمد و سیدجعفر کاظم پور؛ «مؤلفه‌های غیرمنصفانه بودن قرارداد»؛ مجله حقوقی دادگستری، س ۷۵، ش ۷۵، ۱۳۹۰.
۲۰. سبحانی، جعفر؛ رساله توضیح المسائل؛ ج ۳، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۹ق.
۲۱. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن؛ کفایة الأحكام؛ ج ۱، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ق.
۲۲. سیفی مازندرانی، علی‌اکبر؛ دلیل تحریر الوسيلة - الشركة و القسمة؛ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رضی الله عنه، ۱۴۲۷ق.
۲۳. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی - شروط ضمن عقد؛ ج ۷، تهران: مجد، ۱۳۹۸.
۲۴. شیروی، عبدالحسین؛ حقوق قراردادها؛ تهران: سمت، ۱۳۹۶.
۲۵. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ العروة الوثقی؛ ج ۲، ج ۲، بیروت - لبنان: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، ۱۴۰۹ق.
۲۶. طبرسی، فضل بن حسن؛ المؤلف من المختلف بین أئمة السلف؛ ج ۱، مشهد: مجمع البحوث الإسلامية، ۱۴۱۰ق.
۲۷. طرابلسی، عبدالعزیز؛ المذهب؛ ج ۲، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۲۸. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن؛ الخلاف؛ ج ۳، قم: انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
۲۹. عادل، مرتضی و محسن شمس‌الهی؛ «شروط غیرمنصفانه در قراردادهاى مصرف‌کننده»؛ فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، س ۷، ش ۲۵، ۱۳۹۷.
۳۰. عاملی، سیدحسن؛ «تبعیت شرط از عقد در لزوم و جواز»؛ پژوهشنامه متین، ش ۱۵ و ۱۶، ۱۳۸۱.
۳۱. عاملی، محمدبن مکی؛ غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد؛ ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۴۱۴ق.

۳۲. عسکری، صادق و سعید منجزی؛ «بررسی شروط تحمیلی در قراردادهای بانکی»؛ شیروان: دومین کنفرانس ملی حقوق، علوم اجتماعی و انسانی، روانشناسی و مشاوره، ۱۳۹۹ (قابل دسترسی در: <https://civilica.com/doc/1033866/>).
۳۳. قادری، جعفر؛ «بانکداری اسلامی، توانمندی‌ها و چالش‌ها»؛ دومین همایش دوسالانه اقتصاد اسلامی، تهران: پژوهشکده اقتصاد دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۲.
۳۴. قنواتی، جلیل؛ «اصل آزادی قراردادی: قراردادها و شروط غیرعادلانه»؛ مطالعات اسلامی: فقه و اصول، س ۴۲، ش ۸۵/۱، ۱۳۸۹.
۳۵. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی - عقود معین (عقود اذنی، وثیقه‌های دین): ج ۴، چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۹۲.
۳۶. _____؛ حقوق مدنی - عقود معین (مشارکت‌ها و صلح): ج ۲، چ ۱۲، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۹.
۳۷. _____؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۱ و ۴، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۳.
۳۸. کریمی، عباس؛ «شروط تحمیلی از دیدگاه قواعد عمومی قراردادها»؛ مجله پژوهش‌های حقوقی، س ۱، ش ۱، ۱۳۸۱.
۳۹. کرکی عاملی، علی‌بن حسین؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ ج ۸، چ ۲، قم: مؤسسه آل البيت علیه السلام، ۱۴۱۴ق.
۴۰. محقق داماد، سیدمصطفی و همکاران؛ حقوق قراردادها در فقه امامیه؛ ج ۱، چ ۷، تهران: سمت، ۱۳۹۴.
۴۱. محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه (بخش مدنی)؛ ج ۲، چ ۷، تهران: سمت، ۱۳۸۵.
۴۲. مرادی، حجت‌اله، جهانیان، مجتبی، براری چناری، یوسف (زیر نظر جعفر اخترنیا)؛ تبیین ماهیت و آثار عقود مشارکتی؛ تهران: کتاب آوا، ۱۳۹۳.
۴۳. مصباحی‌مقدم، غلامرضا و محمدحسین نعمتی؛ «تحلیل فقهی - حقوقی برخی از مواد قرارداد مشارکت مدنی بانکی»؛ دوفصلنامه علمی - تخصصی پژوهشنامه میان‌رشته‌ای فقهی، س ۷، ش ۱، ۱۳۹۷.
۴۴. مغنیه، محمدجواد؛ فقه الإمام الصادق علیه السلام؛ ج ۴، چ ۲، قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق.
۴۵. مکارم شیرازی، ناصر؛ قواعد الفقهية؛ ج ۲، چ ۳، قم: مدرسه امام امیرالمؤمنین علیه السلام، ۱۴۱۱ق.

۴۶. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم؛ فقه الشركة و کتاب التأمین؛ قم: منشورات مکتبه أميرالمؤمنين (علیه السلام) - دارالعلم مفید، ۱۴۱۴ق.
۴۷. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ؛ القواعد الفقهية؛ ج ۵، قم: نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
۴۸. موسوی خمینی، سیدروح الله؛ تحرير الوسيلة؛ ج ۲، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، [بی تا].
۴۹. _____؛ کتاب البيع؛ ج ۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (علیه السلام)، ۱۴۲۱ق.
۵۰. موسوی خویی، سیدابوالقاسم؛ المستند فی شرح العروة الوثقی؛ ج ۴، [بی جا]: [بی نا]، [بی تا].
۵۱. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۵-۲۶، چ ۷، بیروت - لبنان: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.
۵۲. نصرآبادی، داوود و احمد شعبانی؛ «چالش های بانک در اجرای قرارداد مشارکت در سود و زیان و راهکارهای آن»؛ مطالعات اقتصاد اسلامی، س ۱، ش ۱، ۱۳۸۷.
۵۳. نظریپور، محمدنقی و فرشته ملاکریمی؛ «بررسی قرارداد مشارکت مدنی بانک مرکزی از دید قواعد فقهی»؛ فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، س ۱۵، ش ۵۷، ۱۳۹۴.
۵۴. _____؛ کاربرد قواعد فقهی در نمونه ای از قراردادهای بانکی؛ تهران: پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی ج.ا.ا، ۱۳۹۷.
۵۵. والی نژاد، مرتضی؛ مجموعه قوانین و مقررات بانکی؛ چ ۱، تهران: مرکز آموزش بانکداری بانک مرکزی ج.ا.ا، ۱۳۶۸.