

The Causes of Formalization of Banking Contracts and Solutions to Prevent it

Samira Motalebi Hafshjani¹, Alireza Fasihizadeh^{2*}, Masoud Raei³

1. Ph.D Student of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Najaf-Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf-Abad, Iran.

2. Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran.

3. Professor, Department of Law, Najaf-Abad Branch, Islamic Azad University, Najaf-Abad, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 867-884

Article history:

Received: 23 May 2023

Edition: 4 Aug 2023

Accepted: 2 Oct 2023

Published online: 18 Nov 2023

Keywords:

formalization, contract, banking contracts, economic affairs.

Corresponding Author:

Alireza Fasihizadeh

Address:

Iran, Isfahan, University of Isfahan, Faculty of Administrative Sciences and Economics, Department of Law.

Orchid Code:

Tel:

Email:

fasihizadeh@ase.ui.ac.ir

ABSTRACT

Background and Aims: The formalization of contracts is one of the problems of the country's banking system and a factor in violating the rights of bank customers. For this reason, the purpose of the current research is to examine the reasons and solutions for the formalization of bank contracts from an executive and legislative point of view.

Materials and Methods: The method of this article is analytical-descriptive and the research tool is a library.

Ethical Considerations: In writing the present article, the principle of documentary reference and trustworthiness is based.

Findings: the complexity and multiplicity of laws, bank operators' disregard for the principles of Islamic banking, clients' ignorance of contract texts and the imposition of contract conditions by the bank on the customer, the bank's aversion to investment risk, diversion of unsupervised facilities. Real is one of the factors of formalization of bank contracts.

Conclusion: The harmless rule for defending the economic interests of customers is to follow the intention of the contract, transparency, customer awareness and genuineness of the contracts, the solutions to prevent the formalization of contracts. Bank contracts should not be in such a way that they consider the minimum profit for the bank and ignore the interests of the customer; Because it violates the rights of the customer. Realization of contracts and spending of facilities in the cases specified in the contract and prevention of diversion of facilities should also be taken into account by the bank's supervisory elements.

Cite this article as:

Motalebi Hafshjani S, Fasihizadeh A, Raei M. The Causes of Formalization of Banking Contracts and Solutions to Prevent it. *Economic Jurisprudence Studies*. 2023.

دوره پنجم، شماره پیاپی ۵، سال ۱۴۰۲

علل صوری شدن قراردادهای بانکی و راهکارهای پیش‌گیری از آن

سمیرا مطلبی هفشجانی^۱، علیرضا فصیحی‌زاده^{۲*}، مسعود راعی^۳

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.

۲. استادیار، گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

۳. استاد، گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: صوری شدن قراردادهای یکی از مشکلات نظام بانکی کشور و عاملی برای تضییع حقوق مشتریان بانک‌ها است. به همین دلیل هدف پژوهش حاضر بررسی دلایل و راهکارهای صوری شدن قراردادهای بانکی از منظر اجرایی و تقنینی است.

مواد و روش‌ها: روش مقاله حاضر تحلیلی- توصیفی و ابزار انجام پژوهش نیز کتابخانه‌ای است.

ملاحظات اخلاقی: در نگارش مقاله حاضر، اصل ارجاع‌دهی مستند و امانت‌داری مبنا قرار گرفته است.

یافته‌ها: پیچیدگی و تعدد قوانین، بی‌توجهی متصدیان بانک به اصول بانکداری اسلامی، ناآگاهی مراجعان از متون عقود و تحمیل شرایط عقد از سوی بانک به مشتری، استنکاف بانک از ریسک مربوط به سرمایه‌گذاری، انحراف تسهیلات بدون نظارت واقعی از عوامل صوری شدن عقود بانکی است.

نتیجه: قاعده لاضرر برای دفاع از منافع اقتصادی مشتریان، پیروی عقد از قصد، شفافیت، آگاهی مشتری و واقعی بودن قراردادها، راهکارهای پیش‌گیری از صوری شدن قراردادها است. عقود بانکی نباید به‌نجوی باشند که حداقل سود را برای بانک لحاظ کنند و منافع مشتری را نادیده بگیرند؛ زیرا باعث تضییع حقوق مشتری می‌شود. واقعی شدن عقود و هزینه کردن تسهیلات در موارد قیدشده در قرارداد و پیش‌گیری از انحراف تسهیلات نیز باید توسط عناصر نظارتی بانک لحاظ شود.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۸۶۷-۸۸۴

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۳/۰۲

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۰۵/۱۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۷/۱۰

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۸/۲۷

واژگان کلیدی:

صوری شدن، قرارداد، قراردادهای بانکی، امور اقتصادی.

نویسنده مسئول:

علیرضا فصیحی‌زاده

آدرس پستی:

گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.
کد ارکید:

تلفن:

پست الکترونیک:

fasihizadeh@ase.ui.ac.ir

۱. مقدمه

چه در کلیات و چه در جزئیات بیانگر بانکداری ربوی است.

با در نظر داشتن این موارد، یکی از معضلات اساسی نظام بانکداری امروزی در جامعه ما، بحث صوری شدن قراردادهای بانکی است. بدین معنا که بانکها در عمل، عقود و یا قراردادهای اسلامی را مورد ملاحظه قرار نمی‌دهند و تنها با ایجاد یک توافق صوری میان مشتری و بانک، برخلاف آنچه ماهیت یک قرارداد است، عمل می‌کنند. این رویه به‌نحوی شایع شده است که شاید بخش اعظمی از دستگاه‌های بانکی از صوری شدن قراردادهای به‌عنوان راهی برای جذب مشتری و افزایش سرمایه بانک متبوع خود دفاع می‌کنند. در مقابل نیز مشتریان با استفاده از این شیوه، تسهیلات مالی دریافت‌شده را در زمینه مورد دلخواه (نه آنچه در قرارداد) است، هزینه می‌کنند. تداوم این رویه به‌معنای حاکم شدن بانکداری ربوی و گسترش عقود صوری در بانکها و تمایل صندوق‌های قرض‌الحسنه به این شیوه و در نهایت برچیده شدن بانکداری اسلامی و باقی ماندن آن در حد یک نام است. آثار و نتایج صوری شدن قراردادهای بانکی بیش از هر چیز باعث ضرر و زیان مراجعان و مشتریان بانکها می‌شود. به این دلیل که بانک در مقام ارائه‌کننده قرارداد با پیچیده کردن متون قراردادهای، تحمیل شرایط بر مشتری و به نفع بانک و رها کردن دریافت‌کننده تسهیلات، عملاً باعث ایجاد نابرابری میان بانک و مشتری می‌شود. از سوی دیگر قرارداد انجام‌شده به‌دلیل رها کردن مشتری و دریافت‌کننده تسهیلات وارد عرصه تولید و اشتغال نمی‌شود که هم در کوتاه‌مدت و هم در بلندمدت

بانکها از ضروری‌ترین نهادهای جوامع معاصر به‌شمار می‌روند که اهمیت آنها بر کسی پوشیده نیست. با این حال صرف وجود بانک به‌معنای رفع معضلات و دستیابی به رشد و توسعه اقتصادی نیست؛ بلکه آنچه مهم است مدیریت منابع و تسهیلات در جامعه، بهره‌مندی عادلانه از تسهیلات و خدمات و کمک به آحاد مختلف جامعه است که بر مبنای آن بتوان بانک و نظام بانکداری را عاملی برای رشد و شکوفایی اقتصادی و اجتماعی جامعه در نظر گرفت. اهمیت موضوع از آنجایی است که در آموزه‌های اسلام، رعایت برخی اصول و قواعد نیز بسیار حائز اهمیت است و در کنار رویه‌های موجود، دین اسلام نیز دارای قواعد مشخصی از امور مربوط به بانک، تسهیلات بانکی، عقود اسلامی و ... است که در مجموع تحت عنوان بانکداری اسلامی از آنان یاد می‌شود. بدین معنا که توجه به شیوه‌های مبادله در صدر اسلام و پس از آن، منظومه‌ای کامل از مبانی نظام بانکداری در اسلام حاصل می‌شود که می‌تواند از جهت مطابقت دادن رویه‌های بانکداری و موازین شرع مؤثر باشد. توجه به این مسئله به این دلیل مهم است که اصلاح روش‌های بانکداری در نظام اسلامی می‌تواند بخش عمده‌ای از مشکلات اقتصادی را نیز حل کند. علاوه بر این جذب و تشکیل سرمایه، رفع اشتغال و بیکاری، عزت شهروندان و زندگی سالم، مهار نرخ تورم، ثبات و پیشرفت اقتصادی و نیز بهره‌مندی مردم از خدمات بانکی، همه نیازمند به‌کارگیری شیوه‌های مناسبی هستند که حرمت ربا را به‌عنوان یک اصل بدیهی در معاملات و خدمات بانکی در نظر بگیرند. بنابراین عدول در این مسئله

۴. یافته‌ها

صوری شدن قراردادهای بانکی در عمل به معنای تضییع حقوق مشتریان بانکی است. زیرا در بحث صوری بودن قراردادها، بانک در مقام ارائه‌کننده تسهیلات، شروط خود را بر مشتری تحمیل می‌کند که از طریق پیچیده و طولانی کردن متن قرارداد، سوءاستفاده از نیاز مشتری به دریافت تسهیلات و دریافت عواید ناشی از قرارداد بدون مشارکت در زیان‌دهی در طرح و یا پروژه مورد نظر، انجام می‌شود. برای رفع این معضل در وهله اول نیازمند شفاف‌سازی قراردادها مطابق یک چارچوب حقوقی تعیین‌شده هستیم. بدین معنا که مفاد و بندهای قرارداد منعقد شده میان بانک و مشتری مشخص و تکالیف طرفین نیز معین شود. بنابراین قراردادهای بانکی نیازمند پیوست حقوقی برابر میان بانک و مشتری است. در این زمینه با استمداد از فقه باید گفت که نفی غرر به عنوان یکی از راهکارهای فقهی موجود به دلیل پیش‌گیری از تبلیغات گسترده بانک‌ها؛ بدون درک واقعیات و عملی شدن تعهدات نیز به دقت لحاظ شود تا بتوان از بروز قراردادهای صوری جلوگیری کرد. راهکار دیگر از منظر اجرایی و نظارتی قابل تحقق است. یعنی اینکه بانک و متصدیان بانکی به بانک-داری اسلامی ایمان داشته باشند، بازرسان و نهادهای ناظر بر بانک، به عنوان یک امر سطحی به آن نگاه نکنند و به اجرای عقود اسلامی با مبنا قرار دادن نفی غرر، نفی ضرر و عدالت توجه کافی داشته باشند. اگر این نگرش در میان متصدیان بانکی وجود داشته باشد که عقود اسلامی به طور خاص و بانک‌داری اسلامی به طور عام قابلیت تحقق ندارد، زمینه برای گسترش بی‌عدالتی و تضییع حقوق مشتریان بیش از

باعث رواج بیکاری، بی‌عدالتی، افت اشتغال و تولید و تبدیل قراردادهای بانکی به امری سودآور و سفته-بازی است. بر همین اساس، ضرورت مهمی از حیث تبعات قراردادهای صوری برای مراجعان احساس می‌شود و آن هم اینکه نسبت به شناسایی و ارائه راهکار برای یافتن معضل صوری شدن بانک‌ها اقداماتی صورت گیرد. یعنی اینکه با استمداد از منابع و متون فقهی و مبنا قرار دادن بانک‌داری اسلامی و برچیده شدن بانک‌داری ربوی، مسئولیت و تکالیف بانک و مراجعه‌کننده به خوبی روشن شود. پرسش پژوهش حاضر این است که دلایل وقوع قراردادهای صوری در بانک‌ها چیست و چه راهکاری برای رفع این معضل وجود دارد؟ در همین راستا، پژوهش حاضر سعی دارد تا دلایل و راهکارهای صوری شدن قراردادها را به بحث بگذارد.

۲. مواد و روش‌ها

روش پژوهش حاضر توصیفی-تحلیلی و ابزار انجام پژوهش کتابخانه‌ای و اسنادی است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در نگارش مقاله حاضر، اصول و قواعد اخلاقی از جمله ارجاع‌دهی، استفاده علمی از منابع در دستور کار است.

۵-۱. دلایل قانونی صوری شدن قراردادهای بانکی

مشکلات مربوط به قراردادهای بانکی می‌تواند نشئت گرفته از قوانین موجود باشد. بدین معنا که ضعف در نظام قانون‌گذاری مربوط به اداره امور قراردادها در بانک‌ها است که باعث شده است تا قراردادهای صوری به یک رویه تبدیل شود. در این قسمت دلایل قانونی بررسی خواهد شد.

۵-۱-۱. بی‌توجهی به قوانین و تسلط بانک‌ها بر نظام مالی کشور

امروزه نظام بانکی کشور عرصه را بر فعالیت مؤسسات غیر بانکی و اعطای تسهیلات از طریق بورس دشوار کرده است. بدین معنا که حتی قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر و ارتقای نظام مالی کشور (مصوب ۱۳۹۴) نیز نادیده گرفته شده است. در این قانون بیان شد که بانک‌ها و مؤسسات اعتباری موظف هستند ظرف مدت ۳ سال از زمان لازم‌الاجرا شدن قانون مذکور (مرداد ۱۳۹۷) سهام تحت امر خود و شرکت‌های تابع را به بنگاه‌های غیر بانکی واگذار کنند. نیز مطابق بخش‌نامه شماره ۹۶/۶۱۲۷۷ بانک‌ها باید تمامی سهام خود را از طریق بورس در اختیار بنگاه‌های اقتصادی قرار دهند. درحالی‌که امروزه سهم بنگاهداری بانک‌ها به بالای ۵۰ درصد منابع آن‌ها افزایش پیدا کرده است که باعث افزایش نقدینگی و کاهش قدرت تسهیلات‌دهی آنان شده است (مصباحی مقدم، ۱۳۹۷، ۱۳۴). بنابراین بانک‌داری در قالب عقود مشارکتی هم بر بنگاهداری خود می‌افزاید و هم باعث بی‌میلی سیاست‌گذاران مالی و

پیش فراهم می‌شود. هنگامی که باور و گرایش عملی بانک نسبت به عقود شرعی از بین برود، رعایت الزامات مربوط به نفی عقود ربوی توسط مراجعان بیش از پیش دشوار خواهد بود. همچنین تمایل صندوق‌های قرض‌الحسنه به پیروی از بانک‌ها برای کسب سود و منافع نیز باعث مضاعف شدن مشکل صوری شدن بانک‌ها در جامعه ما شده است. بنابراین بازگرداندن صندوق‌های قرض‌الحسنه به ریل و ماهیت اصلی خود می‌تواند زمینه‌ها برای مقابله با صوری شدن بانک‌ها را نیز تسریع کند و حقوق مشتریان را در رأس امور بنشانند.

۵. بحث

یکی از مشکلات اساسی بانک‌ها در ایران، صوری شدن قراردادها است که در ظاهر قرارداد شرعی در بانک امضا می‌شود؛ اما در عمل تنها چند فاکتور صوری به بانک‌ها داده می‌شود. گستردگی این فاکتورهای صوری ارائه شده به بانک‌ها به حدی است که بسیاری از فقها و اقتصاددانان حکم به ربوی بودن معاملات می‌دهند (شهنازی و پناهی، ۱۳۹۴، ۱۸۲). بنابراین اثر نخستین صوری شدن قراردادهای بانکی، خارج شدن از محور بانک‌داری اسلامی و سوق یافتن به سمت بانک‌داری ربوی است که باعث متحمل شدن برای مشتریان بانکی می‌شود. باین‌حال، صوری شدن قراردادهای بانکی علل متعددی دارد که برخی از آن‌ها در ادامه بیان می‌شود.

نیست و این تعدد قوانین و مقررات در برخی موارد مانع به اجرا درآمدن قانون عملیات بانکی بدون ربا مطابق روح قانون شده است. بدیهی است که راهکار حقوقی آن است که قوانین مزبور در یک قانون واحد تجمیع و از سیطره بانک بر امور مالی و آنچه باید به مؤسسات اقتصادی واگذار کند، پیش‌گیری شود.

۵-۱-۲. عدم تناسب برخی از عقود با ماهیت بانک

الگوی فعلی بانکداری بدون ربا در ایران، هیچ فرقی بین بانک‌های تجاری که به‌طور معمول در فعالیت‌های کوتاه‌مدت تا میان‌مدت فعالیت می‌کنند و بانک‌های تخصصی سرمایه‌گذاری که به‌طور معمول در فعالیت‌های میان‌مدت تا بلندمدت فعالیت می‌کنند، نگذاشته است. و تمام عقدها را برای تمام بانک‌ها اعم از تجاری و تخصصی مطرح کرده است. درحالی‌که برخی عقود مانند مزارعه و مساقات در بانک تخصصی کشاورزی قابلیت اجرا دارند و در دیگر بانک‌های تجاری و تخصصی که زمین زراعی مناسب و باغ میوه مناسب برای انعقاد آن قراردادها را در اختیار ندارند، امکان اجرای آن نیست. بخش مهمی از این مشکل ناشی از نبود تخصص بانک‌ها در حوزه‌های مختلف برای ورود به مشارکت واقعی است (نظرپور و دیگران، ۱۳۹۲، ۴۸). نیز هزینه بالای اجرای صحیح برخی عقود در بانک‌ها به‌ویژه مشارکت مدنی و مضاربه، همین‌طور سرمایه‌گذاری مستقیم احتیاج به ساختار و نیروی انسانی مناسب دارد تا بانک با مطالعه دقیق طرح‌ها از توجیه اقتصادی آن‌ها آگاه شود، تصمیم کارشناسی بگیرد و در مراحل اجرا

پولی کشور می‌شود که این امر بانکداری بدون ربا را با چالش حقوقی روبه‌رو می‌کند. با توجه به احتساب بهره قبل از اعطای تسهیلات نیز استفاده ابزاری از عقود اوج گرفته است که نتایج این رویه، تضییع حقوق شهروندان از جهت دسترسی به درآمد حلال است (باریکلو و دیگران، ۱۳۹۹، ۱۸). بنابراین هم بحث بی‌تمایلی بانک از جهت اجرای قوانین موجود یعنی واگذاری سهام به بنگاه‌های اقتصادی و در اختیار گرفتن آن‌ها و هم استفاده ابزاری از عقود بانکی و بی‌تمایلی به مشارکت در ضرر ناشی از این عقود گواه تضییع حقوق شهروندان (مشتریان بانکی) است. هرچند در این زمینه نیز تعدد قوانین باعث بروز مشکلات اساسی نیز شده است. یعنی نظام اجرایی بانکی به‌جای تمرکز بر اصل واقعیات مرتبط با عقود و حمایت از مشتریان، تنها به سودآوری بانک تحت امر خود اندیشیده است. به‌طوری‌که امکان به اجرا درآمدن عقود منعقد بین بانک و مشتریان مطابق قانون عملیات بانکی بدون ربا فراهم نشده است. قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۸ تیر ۱۳۵۱، قانون ملی شدن بانک‌ها مصوب ۱۷ خرداد ۱۳۵۸، لایحه قانونی اداره امور بانک‌ها مصوب ۳ مهر ۱۳۵۸، قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۸ شهریور ۱۳۶۲، قانون تسهیل اعطای تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی و کارایی بانک‌ها مصوب ۱۳۸۶، مصوبات هیئت دولت از قبیل آئین‌نامه وصول مطالبات سررسید گذشته، معوق و مشکوک‌الوصول مؤسسات اعتباری (ریالی و ارزی)، بانک مرکزی، شورای پول و اعتبار، شورای عالی بانک‌ها، مجمع عمومی بانک‌ها و... از جمله قوانین و مقررات حاکم بر عملیات بانکی است که از وحدت لازم برخوردار

۵-۱-۳. درج شروط مخالف ماهیت و مقتضای قراردادهای مشارکتی

قراردادهای مشارکتی در قانون عملیات بانکی بدون ربا شامل قراردادهای مشارکت مدنی و سرمایه‌گذاری مستقیم مضاربه، مزارعه و مساقات است. مزارعه و مساقات در نظام بانکی چندان مورد استقبال واقع نشده است؛ اما مشارکت مدنی و سرمایه‌گذاری مستقیم و مشابه از قراردادهای پر کاربرد هستند. مشارکت مدنی و سرمایه‌گذاری مستقیم در مواد ۷ و ۸ قانون عملیات بانکی بدون ربا با استفاده از اصطلاحات مشارکت مورد حکم قرار گرفته‌اند. ماده ۱۸ آئین‌نامه اجرایی، قرارداد مشارکت را چنین تعریف کرده است: «مشارکت مدنی عبارت است از در آمیختن سهم‌الشرکه نقدی یا غیر نقدی به اشخاص حقیقی و یا حقوقی متعدد به‌نحو مشاع به-منظور انتفاع، طبق قرارداد». ماده ۲۹ نیز سرمایه-گذاری مستقیم را چنین تعریف کرده است: «سرمایه‌گذاری مستقیم عبارت است از تأمین سرمایه لازم برای اجرای طرح‌های تولیدی و طرح‌های عمرانی انتفاعی توسط بانک‌ها». این دو قرارداد هیچ تفاوتی با یک دیگر ندارند و اصطلاح سرمایه-گذاری شامل هر دو مورد می‌شود. چرا این دو قرارداد در قانون از یک دیگر جدا شده‌اند؟ پاسخ این است که در فقه امامیه دو تعریف درباره شرکت وجود دارد. در تعریف اول که توسط علامه حلی ارائه شده است، شرکت را اجتماع حقوق مالکان متعدد در یک چیز اعم از مال و حق تعریف کرده است (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۳۷). که در ماده ۵۷۱ قانون مدنی مورد نظر قرار گرفته است. ماده ۱۸ آئین‌نامه از این تعریف پیروی کرده است. تعریف دوم، شرکت را قراردادی

و بهره‌برداری نیز با نظارت و کنترل موثر بتواند از حقوق بانک و سپرده‌گذاران دفاع کند. این در حالی است که بانک‌های تجاری که در همه بخش‌های اقتصادی فعالیت می‌کنند، ساختار و نیروی انسانی متخصص و مناسب برای این کار را ندارند و اگر بخواهند در عرصه‌های گوناگون از متخصصان گوناگون استفاده کنند، هزینه عملیات آن‌ها به‌شدت بالا می‌رود (بهمنی، ۱۳۸۴، ۲۷۹). مطالعات تجربی نشان می‌دهد که انجام صحیح عقود مشارکتی فقط به‌وسیله بانک‌های تخصصی که همانند شرکت‌های سرمایه‌گذاری در حوزه خاص فعالیت می‌کنند در نیروی انسانی متخصص دارند، قابل تحقق است. بنابراین اصلاح قوانین از منظر تخصصی و تخصیص عقود به بانک تخصصی می‌تواند برخی کاستی‌ها را برطرف سازد و زمینه‌ساز بهره‌مندی مطلوب مراجعان از عقود بانکی از جمله عقد مشارکت شود. در همین راستا ملاحظه می‌شود که بدون لحاظ تخصصی بودن بانک‌ها و فعالیت‌های آن همه بانک‌ها به تنظیم همه عقود بانکی با مشتریان خود اقدام می‌کنند و در تنظیم قراردادهای بانکی عدم توجه به تخصص و ماهیت تخصصی بانک تنظیم‌کننده قرارداد با موضوع قرارداد که نوع ویژه‌ای از عقود بانکی را می‌طلبد، می‌تواند به تشکیل قراردادی فاقد قصد واقعی و جدی و کامل و در نتیجه تشکیل عقدی صوری و باطل منجر شود.

به‌علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت، اعلامی از سوی شریک مندرج در برگ درخواست تسهیلات به حساب بانک/ مؤسسه اعتباری منظور شود. در غیر این صورت شریک ملتزم و متعهد شید سهم‌الشرکه متعلقه بانک/مؤسسه اعتباری به‌علاوه سود ابرازی موضوع مشارکت و ضرر و زیان وارده به بانک/مؤسسه اعتباری را صلح و تبرعاً از اموال خود تأمین و پرداخت نماید». مفهوم این شرط چیزی جز شرط عدم مشارکت بانک در زیان احتمالی نیست و به روشنی خلاف ماهیت مشارکت است. زیرا، تسهیم سود و زیان از اهداف اصلی طرفین قرارداد است که قرارداد به‌دلیل آن ایجاد شده است (کریمی و دیگران، ۱۳۹۴، ۶۷). صلح ضرر و زیان ناشی از مشارکت چیزی جز یک پوشش صوری برای عدم التزام به ماهیت مشارکت مدنی نیست و ماهیت قرارداد با چنین صورت‌گرایی‌هایی تغییری پیدا نمی‌کند.

روش یادشده در ماده ۸ قرارداد الحاقی مضاربه به این شرح تکرار شده است: «در صورتی که نتیجه عملیات مضاربه منجر به زیان شود، عامل با امضای این قرارداد و ضمن عقد خارج لازم دیگری متعهد گردید، اصل سرمایه متعلقه را به حساب بانک/ مؤسسه اعتباری منظور نماید». مضاربه مشارکتی است که با هدف سرمایه‌گذاری در امور تجاری و بازرگانی صورت می‌گیرد. در ماده ۹ قانون عملیات بانکی بدون ربا نام این قرارداد ذکر شده است. ماده ۳۶ آئین‌نامه اجرایی آن را این‌گونه تعریف کرده است: «مضاربه قراردادی است که به‌موجب آن یکی از طرفین عهده‌دار تأمین سرمایه می‌گردد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند». این تعریف

می‌داند که طبق آن طرفین بر معامله و تجارت با مال مشترک توافق می‌کنند تا از این طریق سودی تحصیل شود (موسوی اردبیلی، ۱۴۲۳، ۱۹۸). ماده ۲۸ این تعریف را مد نظر قرار داده است. تعریف دوم معنای اصلی شرکت است و اشاعه و اجتماع حقوق مالکان متعدد در ماهیت شرکت دخالتی ندارد و نمی‌تواند به‌عنوان فارق عمل کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۰، ۲۴۱).

در این قرارداد، بانک به‌عنوان شریک، تأمین سرمایه لازم برای انجام کار معینی را برعهده می‌گیرد که این کار توسط طرف مقابل انجام می‌شود و هر دو در نتیجه به‌دست آمده که مال مادی اعم از منقول و غیر منقول است شریک می‌شوند. و این نتیجه همان سود مورد نظر طرفین است. پرسش این است که بانک چگونه می‌تواند این سود را سپرده‌گذاری کند؟ زیرا فرض بر این است که بانک سپرده پولی را به‌عنوان وکیل مالک مورد استفاده قرار می‌دهد و هدف مالک دست‌یابی به پول بیشتری به‌عنوان سود است و هیچ‌گاه به فکر شرکت در اموال مادی نیست. آیا بانک این سود را از سایر سپرده‌ها فراهم می‌کند یا از اموال متعلق به خود آن را می‌پردازد؟ همین ابهامات ظریف باعث شده است تا بانک فقط به فکر سودآوری پولی باشد و بنابراین توانایی انحراف از ماهیت و مقتضای قرارداد را خواهد داشت. این انحراف در ماده ۱۱ قرارداد الحاقی مشارکت مدنی که توسط بانک مرکزی منتشر شده است وجود دارد. این چنین تنظیم شده است: «شریک با امضای این قرارداد متعهد می‌گردد، مدیریت منابع و مصارف موضوع مشارکت را به‌نحوی به انجام رساند که در پایان دوره مشارکت، سهم‌الشرکه متعلقه بانک/مؤسسه اعتباری

تقریباً همان تعریف ماده ۵۴۶ قانون مدنی از عقد مضاربه است.

چنین شرطی خلاف ماهیت مضاربه و باطل و مبطل قرارداد است. زیرا در مضاربه طرفین در هر حال باید در سود و زیان شریک باشند و هدف قرارداد چیزی غیر از این نیست (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۴، ۱۳۲). ماده ۵۵۸ قانون مدنی این شرط را خلاف مقتضای مضاربه دانسته است و چنین حکم کرده است: «اگر شرط شود که مضارب، ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت، متوجه مالک نخواهد شد، عقد باطل است؛ مگر اینکه به‌طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف، مجاناً به مالک تملیک کند». بند انتهایی این ماده به عقیده برخی (هاشمی شاهرودی، ۱۴۳۴، ۱۳۲) چیزی جز یک پوشش صوری برای فرار از بطلان قرارداد نیست؛ ولی در ماده ۸ قرارداد الحاقی، همین شرط هم رعایت نشده است و از التزام مضارب به پرداخت اصل سرمایه سخن به میان آمده است. چنین شرطی بیانگر عدم قصد واقعی بانک بوده است و مصداق عدم رعایت عدالت قراردادی است.

۵-۲. عوامل اجرایی صوری شدن قراردادهای بانکی

بخش دیگری از مشکل قراردادهای بانکی که باعث صوری شدن آنان شده است، به بحث اجرا مربوط است. بدین معنا که در صحنه عمل، آنچه به‌عنوان عوامل پیش‌گیری و یا ممانعت از صوری شدن قراردادها مد نظر است، اجرا نمی‌شود. این بدان معنا است که بحث عقود اسلامی هم از سوی مدیران

بانکی و هم از سوی مشتریان مورد توجه نیست. در این قسمت برخی از این دلایل بیان می‌شود.

۵-۲-۱. پیچیدگی و اجرا نشدن مفاد قانون توسط بانک‌ها و مشتریان

بخش مهمی از دلایل صوری بودن قراردادهای بانکی، عدم اطلاع مشتریان و بانک‌داران از طرف دیگر است و یا انحراف تسهیلات درج‌شده در عقود تعیین شده است؛ یعنی انحراف تسهیلات پرداختی از بخش مربوطه صورت می‌گیرد (نظرپور و دیگران، ۱۳۹۲، ۵۷). نیز باید گفت که آگاهی عمیق و دقیقی از قوانین موجود وجود ندارد. بدین‌ترتیب برخلاف تدوین و ابلاغ قانون عملیات بانک‌داری بدون ربا و تهیه سازوکارهای متناظر به مواد مختلف آن، قانون مزبور در عمل به‌درستی به آن عمل نمی‌شود. از جمله دلایل آن، کوتاهی متصدیان و بی‌توجهی مشتریان بانک است (نظرپور، ۱۳۹۳، ۷۱) و اینکه مراجعه‌کنندگان بانک در قبال اسلامی بودن بانک احساس مسئولیت ندارند. هم‌چنین عقود اسلامی ملاک قرار نمی‌گیرد و از نظر آنان تفاوتی میان بانک-داری ربوی و اسلامی وجود ندارد. هم‌چنان که بسیاری از مراجعه‌کنندگان به بانک معتقدند اغلب قراردادهای موجود در بانک‌ها صوری هستند (نظرپور، ۱۳۹۳، ۷۱) و عقود موجود تنها به‌مثابه رعایت اصول سطحی در قراردادهاست و به عبارتی اسم عقود اسلامی تنها بر آن‌ها باقی مانده است. علاوه بر این، شفاف نبودن آئین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌ها در زمینه عقود مشارکتی، عدم شفافیت رابطه بانک و مشتری در مراحل مختلف اجرای عقود و نیز نبود راهکار

اجرایی برای الزام شریک به پرداخت سهم- الشرکه (صادقیان، ۱۳۹۷، ۴۵۷) از موانع مهم بر سر راه اجرای عقود بانکی نظیر همان چیزی است که در عقود اسلامی مطرح شده است. بنابراین صوری شدن عقود نتیجه چنین وضعیت دشواری است که به- معنای اجرا نشدن قانون‌های مربوط به عقود اسلامی در بانک‌ها است.

دلیل دیگری که در همین ارتباط و بیش از همه توسط بانک‌داران انجام می‌شود، پیچیده کردن قوانین مربوط به عقود بانکی است. بدین معنا که بانک‌ها با طولانی کردن متن قراردادهای باعث می‌شوند تا مشتریان به آثار و پیامدهای متن قرارداد بی‌توجهی نشان دهند. توضیح اینکه قراردادهای تنظیم‌شده توسط بانک مرکزی برای هر یک از تسهیلات بیش از ده صفحه (رحلی، ۱۳۹۷، ۴۵۷) است. این عامل باعث شده است تا مشتریان معمولاً از توجه تفصیلی به مفاد قرارداد منصرف شوند و ندانند که قرارداد بر اساس کدام معامله شرعی تنظیم شده است. هم‌چنان که برخی از تحقیقات گویای آن است که در تسهیلات فروش اقساطی ۸۷ درصد، تسهیلات مشارکت مدنی ۷۳ درصد، اجاره به شرط تملیک ۶۰ درصد، در تسهیلات جعاله ۵۵ درصد از مراجعه‌کنندگان، آگاهی چندانی از مفاد قرارداد نداشتند (نظرپور و همکاران، ۱۳۹۳، ۷۵). بنابراین بانک‌ها و از جمله بانک مرکزی نیز با پیچیده کردن سازوکارهای مرتبط با قراردادهای بانکی، نقش مهمی در تأیید قراردادهای صوری و یا پذیرش بدون اطلاع از محتوای آنان توسط بانک‌ها ایفا می‌کنند. مشکل دیگری که ناشی از ناآگاهی مشتریان و مراجعان از قراردادهای بانکی است، دریافت سود ناشی از این

۵-۲-۲. عدم آگاهی و اجرا نکردن قوانین بانک‌داری اسلامی

ناآگاهی از مفاد عقود و پیچیده بودن آنان مشکل عمده دیگری برای صوری شدن قراردادهای بانکی است. بدین معنا که مراجعان و حتی متولیان بانکی و متصدیان، تفاوتی میان سود و بهره، بانک‌داری بدون ربا و بانک‌داری ربوی قائل نیستند و یا شناختی از این قوانین پیچیده ندارند. وجود قراردادهای متعدد، آئین‌نامه‌های محتاط و مراعات سیاست‌های کلی نظام، عملیات بانک‌داری را چنان پیچیده کردند که فهم آن نه تنها برای مشتریان، بلکه برای بسیاری از کارگزاران بانکی نیز دشوار شده است (عسگری و دیگران، ۱۳۹۲، ۱۴۲). تداوم این رویه باعث پذیرفتن شرایط صوری به جای قرارداد واقعی از سوی مشتریان است. امری که به وضوح باعث تضییع حقوق مشتریان به عنوان عناصری حقیقی و دریافت‌کننده تسهیلات بانکی شده است.

با این اوصاف باید گفت که قصد محتوای قراردادها، در جایی که نتایج یکسان است، واقعیت را تغییر نخواهد داد. بنابراین تفاوتی میان قرض ربوی و از جمله بیع مباحه وجود ندارد (شعبانی، ۱۳۹۴، ۳۹).

دلیل دیگری که در همین ارتباط و بیش از همه توسط بانک‌داران انجام می‌شود، پیچیده کردن قوانین مربوط به عقود بانکی است. بدین معنا که بانک‌ها با طولانی کردن متن قراردادهای باعث می‌شوند تا مشتریان به آثار و پیامدهای متن قرارداد بی‌توجهی نشان دهند. توضیح اینکه قراردادهای تنظیم‌شده توسط بانک مرکزی برای هر یک از تسهیلات بیش از ده صفحه (رحلی، ۱۳۹۷، ۴۵۷) است. این عامل باعث شده است تا مشتریان معمولاً از توجه تفصیلی به مفاد قرارداد منصرف شوند و ندانند که قرارداد بر اساس کدام معامله شرعی تنظیم شده است. هم‌چنان که برخی از تحقیقات گویای آن است که در تسهیلات فروش اقساطی ۸۷ درصد، تسهیلات مشارکت مدنی ۷۳ درصد، اجاره به شرط تملیک ۶۰ درصد، در تسهیلات جعاله ۵۵ درصد از مراجعه‌کنندگان، آگاهی چندانی از مفاد قرارداد نداشتند (نظرپور و همکاران، ۱۳۹۳، ۷۵). بنابراین بانک‌ها و از جمله بانک مرکزی نیز با پیچیده کردن سازوکارهای مرتبط با قراردادهای بانکی، نقش مهمی در تأیید قراردادهای صوری و یا پذیرش بدون اطلاع از محتوای آنان توسط بانک‌ها ایفا می‌کنند. مشکل دیگری که ناشی از ناآگاهی مشتریان و مراجعان از قراردادهای بانکی است، دریافت سود ناشی از این

است که این رویه در همه جا وجود دارد و غیر از این نمی‌توان کاری انجام داد و اگر این رویه رایج را کنار بگذاریم، مشتری را از دست می‌دهیم؛ بنابراین فاکتورسازی صوری برای مراجعان وجود دارد (شهنازی و دیگران، ۱۳۹۴، ۱۸۱). این مشاهدات و تجربیات گویای آن است که تنها وجود عقود اسلامی و اعطای تسهیلات به گیرندگان آنان با این عنوان گره‌گشای مشکل نیست و حتی حجم زیادی این تسهیلات در پشت این اسامی شرعی به مشتریان و گیرندگان تسهیلات داده می‌شود.

صوری بودن بانک‌ها و بانک‌داری ربوی جایی به یکدیگر پیوند می‌خورند که در فضایی مبتنی بر دوری از تولید واقعی و نوعی سیاست مبتنی بر نادیده گرفتن هدف از ارائه تسهیلات به پیش می‌روند. بنابراین هدف و مقصود از ارائه تسهیلات در قراردادهای نادیده گرفته می‌شود. به دلیل اینکه عقود و قالب‌های در نظر گرفته شده اغلب با قصد واقعی انجام نمی‌شود و یا همواره این تردید وجود دارد که از این قراردادها برای معاملات ربوی استفاده شده است و این موضوع باعث بطلان عملیات بانکی می‌شود (شیرعالی و دیگران، ۱۳۹۹، ۲۳۴). بخش دیگری از این چالش‌ها مربوط به صوری بودن تسهیلات جدید برای تسویه دیون پیشین است که بیم آن می‌رود که این تسهیلات با گرایش به معاملات ربوی صورت گیرد و این رویه می‌تواند منجر به بطلان عملیات بانکی نیز منتهی شود.

در این صورت اگر قراردادهای استفاده‌شده توسط بانک بر مبنای صوری نیز باشد، ممکن است اطلاع کافی در این زمینه از سوی مراجعان وجود نداشته باشد و یا بدون مطالعه مفاد قرارداد، اقدام به امضای آن کنند. بدین ترتیب با توجه به اینکه مردم با ماهیت بانک‌داری اسلامی آشنایی کمی دارند، غالباً تصور می‌کنند که بانک‌داری ربوی و اسلامی تفاوتی با یکدیگر ندارد. برخی مطالعات نشان‌دهنده آن است که اغلب گیرندگان تسهیلات از بانک‌ها، قصد انشا برای یک نوع مشارکت با بانک ندارند و قرارداد خود را با هدف اخذ وام منعقد می‌کنند، حال آنکه متون قراردادی که امضا می‌کنند، متون عقود اسلامی است (علوی، ۱۳۸۸، ۶۹). این رویه باعث شده است تا صوری بودن قراردادهای به‌نحوی که اطلاع چندانی درباره انجام آن توسط گیرندگان تسهیلات وجود ندارد، رخ دهد. بنابراین علیرغم اینکه امضای صورت گرفته توسط گیرنده تسهیلات با هدف دریافت تسهیلات با اتکا به قرارداد شرعی است؛ اما در عمل تنها چند برگه به شکل صوری امضا و تحویل بانک داده می‌شود. بانک‌ها هم ممکن است با بی توجهی و یا سایر ناآگاهی اقدام به پذیرش و ثبت آنان کرده و تسهیلات را در قالب عقود صوری به گیرندگان تحویل دهند.

مشکل اساسی در این زمینه هنگامی بروز پیدا می‌کند که کارکنان و متصدیان بانکی با آگاهی از اینکه تسهیلات ارائه شده، عقود صوری را تشکیل می‌دهند، آن را به صورت یک رویه و عرف پذیرفته‌اند. بدین معنا که وقتی بارزسان و ناظران بانک‌ها، برخی مدارک مبنی بر صوری بودن قراردادها را احراز می‌کنند و آن را به شکل ایراد طرح می‌کنند، پاسخ شعب بانک آن

۵-۲-۳. درهم آمیختگی فعالیت بانکی و قرض‌الحسنه

بخش دیگری از ترویج عقود صوری توسط بانک‌ها، گسترش صندوق‌ها و مؤسسات مالی در قالب قرض‌الحسنه است که از این طریق، قراردادهای تسهیلات بانکی را با توجه به سود ناشی از خدمات انجام می‌دهند. هرچند باید گفت که قرض‌الحسنه از آموزه‌های والای اسلامی است که در آیات و روایات، تأکیدات زیادی بر آن شده است (حبیبیان، ۱۳۸۳، ۲۶). طی سال‌های اخیر و با گرایش مردم به سمت این صندوق‌ها، برخی فعالیت‌های آنان هرچند در قالب خدمات شرعی و غیره، بیشتر جنبه سودآورانه و منفعت‌محور بوده است. رویه‌ای که کاملاً در تضاد با ماهیت قرض‌الحسنه بودن این مؤسسات و نهادهای مالی است. مشکل اساسی در این زمینه آن است که خارج شدن صندوق‌های قرض‌الحسنه از فعالیت‌های غیر انتفاعی و خیرخواهانه آنان را وارد حوزه فعالیت بانکی می‌کند که با استفاده از شرایط موجود در عقود بانکی، وارد معاملات سودآور خواهند شد (موسویان، ۱۳۸۳، ۴۶). دلیل عمده‌ای که برای گرایش صندوق‌ها و مؤسسات قرض‌الحسنه به سمت فعالیت‌های بانکی می‌توان مطرح کرد، بهره‌مندی از مزایای ناشی از عقود بانکی در ایران است که برخلاف ابلغیه‌ها و دستورالعمل‌های فراوان در حوزه بانکداری اسلامی، هم‌چنان بر مبنای نوعی بانکداری ربوی اقدام به فعالیت می‌کنند.

مشکل اساسی که در این زمینه وجود دارد، عدم تفکیک میان قرض و قرض‌الحسنه است. توضیح اینکه می‌باید میان قرض‌الحسنه که هدف اصلی قرض‌دهنده، جلب رضایت خداوند و عملی

خیرخواهانه است، با قرارداد قرضی که هدف اصلی از آن، کسب منفعت دنیوی است، تفاوت قائل شویم. در واقع هدف اصلی قرض‌الحسنه که در آن قرض‌دهنده حتی انتظار منفعت مالی ندارد، دستگیری از کسانی است که برای انجام فعالیت اقتصادی نیازمند کمک مؤثر و کم‌هزینه هستند (اقبال و دیگران، ۲۰۱۵، ۳۱). چنانچه فعالیت‌های صندوق‌های قرض‌الحسنه بر مبنای سودآوری و عقد با مشتریان با هدف کسب سود و منافع در قالب عقود شرعی باشد، نمی‌توان از قرض‌الحسنه بودن این فعالیت‌ها سخن گفت. از این منظر، اعتماد عمومی نسبت به فعالیت صندوق‌های قرض‌الحسنه خدشه‌دار خواهد شد. به این دلیل که ماهیت این صندوق‌ها، غیر انتفاعی و خیرخواهانه است و برخلاف بانک که گرایش بیشتری به سمت سود و منافع دارد، انتظارات دیگری از آن مطرح می‌شود.

۵-۳. راهکارهای پیش‌گیری از صوری بودن قراردادهای بانکی

برای پیش‌گیری از صوری بودن قراردادهای بانکی راهکارهای متعددی وجود دارد که با غور و تفحص در منابع فقهی و نظریاتی است که میان بانکداری اسلامی و شیوه‌های مختلف عقد قرارداد پیوندها و سازگاری‌هایی برقرار کرده است. برخی از این راهکارها با جست‌وجو در منابع فقهی در زمینه امور بانکی و اقتصادی مطرح شده است که در ادامه توضیح داده می‌شود.

۵-۳-۱. قاعده تبعیت عقد از قصد

یکی از راهکاری اساسی برای پیش‌گیری از صوری شدن قراردادهای بانکی، توجه به قاعده «تبعیت عقد از قصد» است. برحسب این قاعده فقهی، عملیاتی شدن اقتصاد اسلامی نیازمند کاربست صحیح عقود و قراردادهای شرعی در معاملات اقتصادی، به‌ویژه قراردادهای بانکی است. عقود شرعی دارای ویژگی‌ای است که توجه نکردن به آن‌ها باعث فاصله گرفتن از اقتضائات و قواعد شرعی می‌شود (آهنگران، ۱۳۹۲، ۱۵۸). این قاعده بدین معنا است که آثار و پیامدهای هر قراردادی از قصد خاص آن پیروی می‌کند (نراقی، ۱۴۱۷، ۱۵۹). بنابراین طرفین هر قراردادی، حکم و اثری بر قراردادهای خود دارد که به‌عنوان قصد، هدف و حتی علل وقوع آن قرارداد است. توضیح ساده این قاعده فقهی که در عرصه بانک‌داری و قراردادهای بانکی می‌تواند مصداق داشته باشد آن است که هدف از عقد قراردادن بانکی، صرفاً یک قرارداد نیست؛ بلکه باید اهداف آن نیز محقق شود.

قصد معتبر از نظر قاعده مزبور آن است که آن قرارداد زمانی معتبر است که «انشا» شده باشد. بنابراین آگاهی لازم به‌منظور انعقاد قراردادهای مشروع، وابسته به این است که طرفین از حقیقت انشای چگونگی انجام آن و معنایی که انشا می‌کنند، مطلع باشند (آهنگران، ۱۳۹۲، ۱۷۴). به‌عنوان نمونه قرارداد بانکی به‌نحوی نباشد که ابتدا به مشتری وانمود شود که وامی را با عنوان قرض‌الحسنه دریافت می‌کند؛ سپس کارمزد آن به‌نحوی باشد که بهره آن از وام‌های قرض‌الحسنه خارج شود. در این صورت، اگر عدم اطلاع‌رسانی دقیق از مفاد قرارداد از سوی بانک باشد، بر مبنای این قاعده، عملی غیر شرعی و غیر قانونی

مرتکب شده است. اگر مشتری از مفاد قرارداد مطلع نباشد و آن را بپذیرد، نیازمند دقت و توجه بیشتر است. بنابراین باید گفت که محقق شدن قاعده مزبور به این دلیل حائز اهمیت است که مبتنی بر اصل شفافیت است. بدین معنا که در زمان انشای قرارداد و قرار گرفتن بانک و مشتری در دو طرف عقد، اهداف قرارداد اعم از اینکه مربوط به وام، قرارداد اقتصادی میان بانک و مشتری و... باشد، نیازمند شفاف بودن قرارداد و شرح وظایف هر یک از طرفین (بانک و مشتری) باشد.

۵-۳-۲. نظارت مؤثر و ایجاد حساسیت در نهادهای نظارتی

راهکار دیگری که برای پیش‌گیری از صوری شدن قراردادهای بانکی قابل طرح است، نظارت مؤثر، حساس بودن دستگاه‌های نظارتی و همچنین بانک‌ها در این زمینه است. زیرا با توجه به مشاهدات موجود، نه بانک‌ها و نه متقاضیان وجوه، حساسیتی درباره پرداخت و اخذ وجوه و منطق بودن آنان با قواعد شرعی از خود بروز نمی‌دهند. اهمیت قائل نشدن به این موضوع توسط طرفین و عدم نظارت مؤثر و کارآمد از سوی مراجع ذی‌صلاح، صوری بودن عقود را به یک امر شایع و فراگیر تبدیل کرده است که به موضوعی پذیرفتنی تبدیل شده است (نظریور و دیگران، ۱۳۹۳، ۷۳). برای حل این معضل نیازمند نظارت مؤثر و کافی هستیم، به‌نحوی که دستگاه قضایی، متصدیان بانکی و نهادهای حقوقی که به هر نحو در این مسئله دخیل هستند، تعهدات خود را به‌خوبی عمل کنند. هم‌چنان که در گزینش

دیگری از قاعده غرر آن است که با تبلیغات بانک‌ها یک فردی فریب بخورد و وارد یک قرارداد غیرشفاف و یکجانبه با بانک شود. هرچند ممکن است که بانک قصد فریب نداشته باشد، اما نهایتاً منجر به فریب آن طرف مقابل شود؛ اما اگر فرد آسیب ببیند، عامل این فریب‌کاری، بانک است. در هر صورت از منظر مسئولیت‌پذیری، بانک مسئولیت این قراردادها را برعهده دارد و تبلیغات بانک‌ها نباید به‌نحوی باشد که باعث ایجاد فریب و سوق داده شدن مشتریان به هر قیمتی به سمت بستن قراردادهای شرعی؛ اما در عمل خلاف موازین شرعی باشد.

۵-۳-۴. ممنوعیت ضرر و ضرار و واقعی کردن قراردادها

بر مبنای قاعده لاضرر، اصل معامله و اطلاق معامله و یا شرایط معامله، باعث ضرر و زیان نشود. از این‌رو در تنظیم قرارداد بانکداری اسلامی موظف است علاوه بر مصالح بانک، حقوق ویژه مشتری را در نظر بگیرد. بنابراین معیارهای اقتصادی اجتماعی که در اسلام مطرح می‌شود به‌دلیل این است که قانون ربا در جامعه پیاده نشود و مشتریان و مسلمانان متضرر نشوند. از این‌رو بر حسب قاعده مزبور می‌توان گفت وظیفه بانک اسلامی برداشتن بار ضرر از دوش مسلمانان است. از جمله این راهکارها آن است که معاملات و قراردادهای بانکی به‌نحوی باشد که مبتنی بر واقعیات موجود و نه صرفاً اسمی از قراردادها بر روی آنان گذاشته شود. برای مثال در ارتباط با خرید دین، اگر دین واقعی نباشد، معاملات و قراردادهای مورد نظر ربوی خواهد بود. یعنی قرضی

متصدیان بانکی دقت بیشتری شود. به‌علاوه اینکه در امر نظارت، نهادهای ناظر بر فعالیت‌ها و معاملات بانک‌ها نیازمند مسئولیت‌پذیری و تطبیق اعمال بانک‌ها و مدیران آن با قواعد شرعی هستند.

۵-۳-۳. شفافیت در مفاد عقود

معیار شفافیت در بانکداری اسلامی، تبعیت از قاعده ممنوعیت غرر است که پشتوانه‌ای برای معلوم بودن مفاد قرارداد از سوی متعاملان خواهد بود. این قاعده در عرصه معاملات و از جمله قراردادهای بانکی راهی برای پیش‌گیری از ایجاد معاملات نامتوازن و غیر شفاف بانکی است که رعایت آن از بروز نزاع در سطح جامعه خاص جلوگیری می‌کند. منظور از معاملات غرری، آن دسته از عقود است که فرجام آنها برای یکی از طرفین یا یکی از دو طرف مجهول بوده و باعث ضرر و خطر شود (شریعتی‌نیا و دیگران، ۱۴۰۱، ۵۱۱). فقیهان اسلام برخی از قراردادها را به دلیل بستن غرر و بستن باب مخاطره‌ای که به کشمکش در معاملات منجر می‌شود، باطل می‌دانند. در طراحی انواع قراردادها، ابزارهای مالی، آئین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌های اجرایی و سیاست‌های نظارتی به گونه‌ای عمل کنند که معامله‌های بانکی بدون هیچ گونه ابهام، و جهالتی نسبت به حقوق بانک و مشتریان انجام شود (نظریور و دیگران، ۱۳۹۳، ۱۵۸). کاربست این دیدگاه و قاعده فقهی درباره قراردادهای بانکی بدین معنا است که اقدامات بانک برای مشتریان نیازمند شفاف‌سازی است. یعنی رابطه میان بانک و مشتری مشخص باشد. زیرا این ناآگاهی باعث می‌شود تا مسوولیت‌های بانک نسبت به قراردادهایی که با مشتریان داشته باشد، نادیده گرفته شود. بخش

شدن بانک‌ها از ارائه تسهیلات قرض‌الحسنه به مشتریان خودداری کرده است و نوعی رقابت برای استفاده از عقود صوری برای افزایش هرچه بیشتر منابع بانکی صورت می‌گیرد.

مشکل دیگر به بحث اجرا نشدن قوانینی است که می‌تواند مانع صوری شدن قراردادهای بانکی است. یعنی همین قوانین مؤثر که هدف‌شان به کارگیری عقود اسلامی در راستای تولید و اشتغال در جامعه است، مورد بی‌مهری از سوی مراجعان و حتی مدیران و متصدیان بانکی قرار می‌گیرد و تسهیلات نیز در مسیر دلخواه و نه تعیین‌شده در عقد و با تبانی بانک و مشتری صورت می‌گیرد. در این صورت قوانین موجود از جمله آنچه در ارتباط با بانکداری بدون ربا است، منطبق بر شرایط موجود نیست و عقود شرعی در حد نام و شعار از سوی بانک‌ها ارائه می‌شود. هم‌چنان که عرصه نظارت نیز از همین مشکل عدم اعتماد مدیران و متصدیان بانکی به بانکداری بدون ربا نشئت می‌گیرد که باعث عادی شدن قراردادهای صوری می‌شود. برای رفع معضل صوری شدن قراردادهای بانکی، نیازمند اقداماتی فراتر از معرفی عقود اسلامی هستیم. زیرا در عمل، بانک‌ها تنها به رعایت نام قواعد شرعی مربوط به عقود اسلامی بسنده می‌کنند و قراردادها را به شیوه صوری و با هدف کسب سود و منفعت بیشتر به پیش می‌برند. رعایت قواعد نیازمند آن است تا در عمل، مقصود از قرارداد، محقق و برآورده شود. بدین معنا که اهداف عقد به صورت شفاف، دقیق و تا مراحل پایانی، مسئولیت بانک و مشتری و عواید ناشی از آن برای طرفین در راستای همان هدف تعیین‌شده به پیش برود و از محور اصلی عدول نکند، شفافیت با تکیه بر

به طرفین داده می‌شود و در پایان نیز بانک مبلغ اسمی روی سند دریافت می‌کند که چیزی جز ربا نیست. بنابراین باید در استفاده از ابزارهای مالی (نظیر خرید دین) دقت لازم به عمل آورده شود (نظریور، ۱۳۹۱، ۱۴۰). در بانکداری اسلامی می‌باید عقود اسلامی در عمل و بر مبنای واقعی اجرا شوند و اصل اساسی نیز در این زمینه، نفی ربا است. آموزش عقود به عموم مردم و وضع مقررات برای ضمانت اجرای مفاد آنان توسط بانک‌ها راهی برای پیش‌گیری از عقود صوری و آگاه شدن مشتریان از تحمیل عقود صوری به آنان است.

۶. نتیجه

صوری شدن قراردادهای بانکی از دو علل تقنینی و اجرایی قابل بررسی است. در بخش تقنینی، تعدد قوانین و عامه فهم نبودن آنان هم برای مشتریان و هم برای متصدیان بانکی مشکلاتی ایجاد کرده است. از جمله اینکه منجر به انعقاد قرارداد و پذیرفتن شروط نابرابر مخصوصاً به ضرر منافع مشتریان بانکی به عنوان اشخاص حقیقی شده است. نیز اجرا نشدن قوانین مربوط به نظام بانکداری بدون ربا باعث شده است تا تسهیلات ارائه‌شده به انحراف کشیده شود و بدون نظارت دقیق از سوی بانک، تأثیری بر بهبود شرایط اقتصادی جامعه به‌طور عام و مشتریان بانک‌ها به‌طور خاص نداشته باشد. علاوه بر این بانک‌ها با استنکاف از قوانین موجود، از اعطا و واگذاری اعتبارات و تسهیلات به بنگاه‌های غیر بانکی سرباز می‌زنند که به معنای افزایش نقدینگی در نزد بانک و کاهش اعتماد مردم به بانک‌ها می‌شود. در چنین شرایطی مؤسسات اعتباری نیز با مشاهده متمول

قاعده نفی غرر در نظام بانکی کشور به‌صورت جدی دنبال شود و عقود واقعی به‌جای عقود صوری مورد استفاده نظام بانکی باشد تا حقوق شهروندان و مشتریان با ملاحظه بیشتری دنبال شود. زیرا بانک‌ها با تبلیغات گسترده و با هدف جذب سرمایه، تسهیلات را به شیوه‌ای غیر از آنچه تبلیغ می‌کنند، در قراردادها با مشتریان به اجرا در می‌آورند. راهکار دیگر نیز مصداقی کردن نفی ضرر و ضرار در نظام بانکی و عقود بانکی است که واقعی شدن دیون و نفی برخی شیوه‌هایی که دیوان را به‌صورت اسمی و ظاهری پرداخت می‌کنند، از جمله راهکارهای اجرای آن است.

۷. سهم نویسندگان

نویسندگان مقاله به‌صورت برابر در نوشتن پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این مقاله تضاد منافی وجود ندارد.

منابع

فارسی

- شعبانی، احمد، درآمدی بر بانک‌داری اسلامی، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۴.

- شهنازی، روح‌الله؛ پناهی، مجتبی، «سنجش میزان صوری بودن قراردادهای تسهیلات بانکی؛ مطالعه موردی بانک ملت شیراز»، فصلنامه اقتصاد و بانک‌داری اسلامی، شماره ۱۶، ۱۳۹۵.

- شیرعالی، ستار، باقری، محمود، بادینی، حسن، «بررسی ابعاد حقوقی امهال مطالبات غیر جاری در نظام بانکی ایران»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، سال بیستم، شماره ۸۰، ۱۳۹۹.

- صادقیان، عباس؛ شیری، فتاح؛ عباسی، مجتبی، «بررسی عقد مشارکت در سیستم بانکی ایران»، فصلنامه جامعه‌شناسی سیاسی ایران، سال اول، شماره ۴، ۱۳۹۷.

- عسکری، محمدمهدی، رعایائی، «آسیب‌شناسی عقد جعاله در نظام بانک‌داری بدون ربای ایران»، فصلنامه اقتصاد و بانک‌داری اسلامی، شماره ۳، ۱۳۹۲.

- علوی، یحیی، بانک‌داری بدون ربا(چالش‌ها و راهکارها)، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۸۸.

- کریمی، عباس؛ مرادی، یاسر، «سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی در بانک‌داری اسلامی و مطالعه تطبیقی با آموزه‌های دایرکتیو اتحادیه اروپا»، فصلنامه مطالعات مالی و بانک‌داری اسلامی، دوره اول، شماره ۱، ۱۳۹۶.

- آهنگران، محمدرسول، «نگاهی نوین به قاعده تبعیت عقد از قصد با تأکید بر کاربردهای آن در بانک‌داری اسلامی»، فصلنامه معرفت اقتصاد اسلامی، سال پنجم، شماره ۱، ۱۳۹۲.

- باریکلو، علیرضا؛ شهبان مقدم، حسین، «تحلیل حقوقی عملیات بانکی بدون ربا مطابق با موازین اسلامی»، نشریه دانش حقوق مدنی، سال یازدهم، شماره ۱، ۱۳۹۹.

- بهمنی، محمود، «سه موضوع چالش برانگیز نظام بانکی ایران»، مجموعه مقالات شانزدهمین همایش بانک‌داری اسلامی، تهران، مؤسسه عالی بانک‌داری ایران، ۱۳۸۴.

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۰.

- حبیبیان، مجید، «قرض الحسنه؛ نگرشی تفسیری و روایی»، فصلنامه تخصصی اقتصاد اسلامی، شماره ۱۶، ۱۳۸۳.

- حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقه، بیروت، انتشارات مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴.

- شریعتی‌نیا، محمدحسین؛ حسن‌زاده سروسناری، حسین؛ صادقی‌شاهدانی، مهدی، «تحلیل سفارش‌های پنهان در معاملات سهام بر اساس قاعده ممنوعیت غرر در فقه اسلامی»، فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، سال چهاردهم، شماره ۲، ۱۴۰۱.

Hassan (Benevolent Loans) in Enhancing Inclusion: A Case Study of Akhuwat, ACRN Oxford Journal of Finance and Risk Perspectives, Special Issue of Social and Sustainable Finance, Vol. 4, Issue 4. 2015.

- مصباحی مقدم، غلامرضا، «چالش‌های بانک‌داری بدون ربا»، فصلنامه اقتصاد اسلامی، سال هجدهم، شماره ۶۹، ۱۳۹۷.
- موسوی اردبیلی، عبدالکریم، فقه القضا، قم، انتشارات جامعه المفید، ۱۴۲۳.
- موسویان، سید عباس، بانک‌داری اسلامی، تهران، پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۸۳.
- نراقی، احمد، عواید الایام فی بیان قواعد الاحکام، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیّه قم، ۱۴۱۷ق.
- نظریور، محمدنقی، «دلایل صوری بودن عقود بانکی»، فصلنامه تازه‌های اقتصاد، شماره ۱۳۶، ۱۳۹۱.
- نظریور، محمدنقی؛ کشاورزبان پیوستی، اکبر، «الزامات اجباری عقد مشارکت حقوقی راهبردی برای تحقق بانک‌داری PLS در نظام بانک‌داری بدون ربا»، فصلنامه راهبرد اقتصادی، سال دوم، شماره ۷، ۱۳۹۲.
- نظریور، محمدنقی؛ یوسفی شیخرباط، محمدرضا؛ ابراهیمی، میمنت، «شاخص‌های صوری شدن معاملات در عملکرد بانک‌داری بدون ربا در ایران؛ بررسی موردی: تسهیلات اعطایی شعب بانک تجارت مشهد مقدس»، فصلنامه پژوهش‌های اقتصادی (رشد و توسعه پایدار)، سال چهاردهم، شماره ۳، ۱۳۹۳.
- هاشمی شاهرودی، محمود، کتاب المضاربه، قم، انتشارات مؤسسه الفقه و معارف اهل بیت، ۱۴۳۴.

انگلیسی

- Iqbal, Z., & Shafiq, Bushra. Islamic Finance and the role of Qard-al-