



## Examining the Violation of Obligations of Cooperative Banking Contracts Abstract

Mohammad Javad Mirzaei<sup>1</sup>, Abbas Moghadari Amiri<sup>2\*</sup>, Ali Akbar Esmaeili<sup>3</sup>

1. PhD Student in Private Law, Ghaemshahr Branch, Islamic Azad University, Ghaemshahr, Iran.
2. Assistant Professor, Department of Private Law, Joubar, Islamic Azad University, Joubar, Iran.
3. Assistant Professor, Department of Private Law, Ghaemshahr Branch, Islamic Azad University, Ghaemshahr, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

**Article Type:** Original Research

**Pages:**101-116

**Article history:**04 Nov 2023

**Received:** 13 Feb 2024

**Edition:** 06 Apr 2024

**Accepted:** 25 Mar 2025

#### Keywords:

Breach, Obligations, Cooperative Banking Contracts, Obligation to Fulfill Obligations, Claim for Damages.

#### Corresponding Author:

Abbas Moghadari Amiri

#### Address:

Iran, Joubar, Islamic Azad University, Department of Private Law.

#### Orchid Code:

0000-0003-0597-6160

#### Tel:

011 4256 6191

#### Email:

A.moghaddari@gmail.com

### ABSTRACT

**Background and Purpose:** non-repayment of facilities due to cooperative banking contracts is one of the problems faced by the banking sector. Based on this, the purpose of this article is to investigate the violation of the obligations of cooperative banking contracts.

**Materials and Methods:** This article is descriptive and analytical. Materials and data are also qualitative and data collection was used in collecting materials and data. Ethical **considerations:** In this article, the originality of the texts, honesty and trustworthiness are respected.

**Findings:** The findings showed that the guarantee of the current executions of the violation of cooperative banking contracts do not have the necessary efficiency. Iran's legal system has some kind of extremes regarding performance guarantees, because if the obligee does not fulfill his contractual obligations (even if that obligation is fundamental and main), the obligee does not have the right to terminate and can only oblige the obligee to perform the same obligation. and the right of termination is basically the last resort.

**Result:** the guarantee system for breach of contractual obligations is faced with four major problems: 1- inefficiency and retention, 2- lack of proportionality between the degree of violation and the guarantee of its implementation, 3- lack of coverage of all the losses suffered and the disregard of the harmless rule. and the principle of full compensation for damages, 4- not foreseeing some solutions, in order to reduce the harmful economic effects of breach of contract.

#### Cite this article as:

Mirzaei, MJ; Moghadari Amiri, A; Alamzadeh, M. *Examining the Violation of Obligations of Cooperative Banking Contracts Abstract*. Economic Jurisprudence Studies. 2024.



### بررسی نقض تعهدات عقود مشارکتی بانکی

محمدجواد میرزائی<sup>۱</sup>، عباس مقدری امیری<sup>۲\*</sup>، محمد عالم‌زاده<sup>۳</sup>

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

۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، جویبار، دانشگاه آزاد اسلامی، جویبار، ایران.

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

#### چکیده

**زمینه و هدف:** عدم بازپرداخت تسهیلات ناشی از عقود بانکی مشارکتی از معضلات پیش‌روی نام بانکی است. بر همین اساس هدف مقاله حاضر، بررسی نقض تعهدات عقود مشارکتی بانکی است.

**مواد و روش‌ها:** مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

**ملاحظات اخلاقی:** در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

**یافته‌ها:** یافته‌ها نشان داد ضمانت اجراهای کنونی نقض عقود مشارکتی بانکی، از کارآیی لازم برخوردار نیستند. نظام حقوقی ایران در خصوص ضمانت‌های اجرایی قرارداد دچار نوعی افراط و تفریط است زیرا در صورتی که متعهد به تعهدات قراردادی خود عمل ننماید (ولو آن تعهد، جنبه اساسی و اصلی داشته باشد)، متعهدله حق فسخ نداشته و تنها می‌تواند الزام متعهد به اجرای عین تعهد را درخواست نماید و حق فسخ اصولاً آخرین راه است.

**نتیجه:** نظام ضمانت اجراهای نقض تعهدات قراردادی با چهار ایراد عمده مواجه است: ۱- عدم کارآیی و باز دارندگی، ۲- عدم تناسب میان درجه تخلف و ضمانت اجرای آن، ۳- عدم پوشش تمام زیان‌های زیان دیده و نادیده گرفته شدن قاعده لاضرر و اصل جبران کامل خسارت، ۴- عدم پیش‌بینی برخی راه‌حل‌ها، جهت کاهش آثار زیان بار اقتصادی نقض قرارداد نظیر اعطای حق فسخ تا تعلیق در نقض قابل پیش‌بینی یا انجام معامله جایگزین از سوی زیان‌دیده؛ در واقع ضمانت اجراهای قراردادی، کمتر مورد تحلیل اقتصادی قرار گرفته است.

#### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۰۱-۱۱۶

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۳/۰۹/۱۴۰۲

تاریخ اصلاح: ۲۴/۱۱/۱۴۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۸/۰۱/۱۴۰۳

تاریخ انتشار: ۰۵/۰۱/۱۴۰۴

#### واژگان کلیدی:

نقض، تعهدات، عقود مشارکتی بانکی، الزام اجرای تعهد، مطالبه خسارت.

#### نویسنده مسئول:

عباس مقدری امیری

#### آدرس پستی:

ایران، جویبار، دانشگاه آزاد اسلامی، جویبار، گروه حقوق خصوصی.

#### تلفن:

011 4256 6191

#### کد ارکید:

0000-0003-0597-6160

#### پست الکترونیک:

A.moghaddari@gmail.com

**۱. مقدمه**

شد که تأثیر سوئی در چرخه اقتصاد کشور خواهد داشت.

از آنجا که قسمت اعظم دارائی‌های بانک‌ها را تسهیلات اعطائی به مشتریان تشکیل می‌دهد، دقت در نحوه تخصیص بهینه منابع و استفاده از معیارهای مناسب برای بررسی و ارزیابی دقیق طرح‌های متقاضیان استفاده از تسهیلات، از عواملی است که همواره برای بانک‌ها از اهمیت بسیاری برخوردار است. به‌کارگیری تکنیک‌های مناسب تحلیل اقتصادی با توجه به عدم اطمینان موجود در داده‌های طرح‌های سرمایه‌گذاری، می‌تواند در ارائه تصویری قابل قبول از وضعیت مالی آتی طرح مفید واقع گردد. هدف مقاله حاضر بررسی نقض تعهدات عقود مشارکتی بانکی است.

**۲. مواد و روش‌ها**

مقاله حاضر توصیفی تحلیلی است. مواد و داده‌ها نیز کیفی است و از فیش‌برداری در گردآوری مطالب و داده‌ها استفاده شده است.

**۳. ملاحظات اخلاقی**

در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

**۴. یافته‌ها**

یافته‌ها نشان داد ضمانت اجراهای کنونی نقض عقود مشارکتی بانکی، از کارآیی لازم برخوردار نیستند. نظام حقوقی ایران در خصوص ضمانت‌های اجرایی قرارداد دچار نوعی افراط و تفریط است زیرا در صورتی که متعهد به تعهدات قراردادی خود عمل ننماید (ولو آن تعهد، جنبه اساسی و اصلی داشته باشد)، متعهدله حق فسخ نداشته و تنها می‌تواند الزام متعهد به اجرای عین تعهد را درخواست نماید و حق فسخ اصولاً آخرین راه است.

از اهداف بانکداری بدون ربا در سند راهبردی بانکداری اسلامی، استفاده از عقود مشارکتی جهت رفع شبهه ربا است. در این راستا و «به‌منظور گریز از حداقل سود متعلقه به عقود مبادله‌ای، از تاریخ تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک‌ها از نمونه‌ها و فرم‌های متعددی برای انعقاد عقد مشارکت استفاده کرده و هریک به فراخور مصالح و منافع خود شروطی را در آن گنجانده‌اند؛ تا جایی که عقود مشارکتی جدید، در عمل همان کارکرد عقود با بازده ثابت را دارند. بانک‌ها مدعی هستند که نظارت بر نتیجه عملیات گیرنده تسهیلات و احراز سود و زیان وی در وسعت موجود سیستم بانکی کاری مشکل است؛ به همین جهت با اضافه کردن عقود ضمان، صلح، هبه و بعضی شروط به عقود مشارکتی به نوعی همان ساختار بهره را احیاء می‌کنند. بانک‌ها برای اطمینان از کسب سود، با تلفیق و ترکیبی از هبه سود مازاد، تضمین زیان توسط مشتری و تخمین حداقل سود توسط مشتری، رقم قابل دریافت از مشتری را به یک رقم ثابت رسانده و به این ترتیب متقاضی دریافت تسهیلات مشارکتی، علاوه بر اصل سرمایه، درصد معینی سود را نیز به نفع بانک تضمین می‌کند و در واقع گیرنده تسهیلات مشارکتی، نوعی وام با بهره تحت عنوانی دیگر دریافت می‌کند» (دهقان منشادی، ۱۴۰۱، ۱۳). باتوجه به اهمیت عقود مشارکتی بانکی در سطح جامعه ایجاد این تضمین برای بانک‌ها و کارآمدی آن از اهمیت بالایی برخوردار است؛ چراکه در صورت عدم وجود این تضمینات، بانک‌ها علاقه‌ای به پرداخت تسهیلات در قالب عقد مشارکت نخواهند داشت. امری که یقیناً به کاهش تأمین سرمایه در گردش بنگاه‌های اقتصادی و تولیدی از سوی بانک‌ها منجر خواهد

اجرا امکان‌پذیر نبود بحث خسارات مطرح می‌شود. قانون قراردادی این است که عهدشکن باید اجبار شود و دو طرف تا زمانی که اجرای عقد ممکن است می‌بایست پایبند بمانند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۳، ۲). «اجرای اجباری عین تعهد به موجب دستوری از طرف دادگاه صورت می‌گیرد که گاه به صورت اجبار مستقیم متعهد یعنی اینکه مفاد عقد با حکم صادره از طریق دادگاه مستقیماً توسط مأمور اجرا یا خود متعهدله اجرا می‌گردد» (علی‌احمدی، ۱۳۷۵، ۲۵۳). اجرای عین تعهد همچنین می‌تواند به دلیل عدم امکان اجبار متعهد به صورت مستقیم، به موجب اقدامات دادگاه به صورت غیرمستقیم که می‌تواند الزام یا مالی یا بدنی باشد انجام پذیرد.

در قانون مدنی هم الزام به اجرای عین تعهد اصلی‌ترین ضمانت اجراست. این ضمانت اجرا آن قدر بدیهی است که قانون‌گذار فراموش کرده آن را در قواعد عمومی قراردادهای بیان کند اما مواد متفرقه متعددی به آن تصریح کرده است برای مثال:

مطابق ماده ۲۳۷ ق.م: «هرگاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که مستلزم به انجام شده است باید آن را به ما جا بیاورد در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده و تقاضای اجبار به وفای شرط نماید.

و مطابق م ۲۳۸ م: «هرگاه فعلی در حق عقد شرط شود و اجبار مستلزم به انجام آن غیرمقدور ولی انجام آن توسط دیگری مقدور باشد حاکم می‌تواند به خرج مستلزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.»

و مطابق م ۲۳۹ ق.م: «هرگاه اجبار مشروط علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند

نتیجه: نظام ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی با چهار ایراد عمده مواجه است: ۱- عدم کارایی و باز دارندگی، ۲- عدم تناسب میان درجه تخلف و ضمانت اجرای آن، ۳- عدم پوشش تمام زیان‌های زیان دیده و نادیده گرفته شدن قاعده لاضرر و اصل جبران کامل خسارت، ۴- عدم پیش‌بینی برخی راه‌حل‌ها، جهت کاهش آثار زیان بار اقتصادی نقض قرارداد نظیر اعطای حق فسخ تا تعلیق در نقض قابل پیش‌بینی یا انجام معامله جایگزین از سوی زیان‌دیده؛ در واقع ضمانت اجرای قراردادی، کمتر مورد تحلیل اقتصادی قرار گرفته است.

## ۵. بحث

### ۵-۱. راهکارهای مواجهه با نقض تعهدات

#### عقود مشارکتی بانکی

راهکارهای مواجهه با نقض تعهدات عقود مشارکتی بانکی عبارت است از

#### ۵-۱-۱. الزام متعهد به اجرای عین

##### تعهدات قراردادی

در حقوق ایران، اجبار به اجرای عین تعهد نسبت به سایر ضمانت‌های اجرائی در اولویت قرار دارد. «اجرای عین تعهد به معنای انجام مورد تعهد توسط متعهد به نحو کامل و قانونی است؛ لذا چنانچه متعهد به اختیار آنچه را که متعهد شده اجرا نکند اجرای قهری و جبری علیه او آغاز می‌شود» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱، ۱۵۱). در قوانین ایران بدون آن که صراحتاً تقسیم‌بندی راجع به اجرای عین تعهد به اختیاری و اجباری وجود داشته باشد می‌توان گفت: اجرای اجباری عین تعهد در مقابل اجرای اختیاری عین تعهد قرار دارد در حقوق کشور ما اجرای اجباری عین تعهد به عنوان یک اصل مسلم پذیرفته شده است؛ اگر

از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.»

در ماده ۳۷۶ همین قانون در عقد بیع هم تصریح شده که در صورت تأخیر در تسلیم مبیع و یا ثمن ممتنع اجبار می‌شود.

امکان اجبار معتدله به اجرای عین تعهد در ماده ۴۷۶ ق.م. در خصوص موجر هم شناسایی شده است.

به تأیید یکی از نویسندگان بزرگ حقوق ایران، تمام موارد فوق‌الذکر در مقام بیان اجرای اجباری عین تعهد به عنوان یک اصل در حقوق ایران می‌باشند. این نویسندگان در ادامه اثبات اولویت اجبار متعهد به عنوان اصل، در حقوق ایران چنین می‌گویند: «البته خیار فسخ مقرر در ماده ۲۳۹ نیز برای جبران ضرر ناشی از فقدان شرط شده است و هنگامی به وجود می‌آید که از اجبار متعهد به شرط نتوان نتیجه گرفت. زیرا اگر اجبار به وفای شرط ممکن باشد از التزام به عقد ضرری به بار نمی‌آید که مبنای حق فسخ قرار گیرد» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۳، ۱۹۱).

باید در نظر داشت اگرچه ما نظریه اجباری بودن اجرای عین تعهد را از احکام و مواد مربوط به شرط فعل استنتاج نمودیم ولی روشن است که شرط فعل بودن مالک این احکام نیست، بلکه مناط تعهد به انجام عملی است که اگر نقض گردد این مراحل را در پی خواهد داشت.

در موارد اجرای اجباری عین تعهد ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب آبان ماه ۱۳۵۶ نیز مقرر می‌دارد:

«هرگاه محکوم‌به انجام عمل معینی باشد و محکوم‌علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل به توسط شخص دیگری ممکن باشد، محکوم‌له می‌تواند تحت نظر دادورز (مأمور اجرا) آن عمل را

به وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل هزینه را به وسیله قسمت اجرا از محکوم علیه مطالبه نماید.»

«در هریک از موارد مذکور، دادگاه با تحقیقات لازم در صورت ضرورت با جلب نظر کارشناس میزان هزینه را معین می‌نماید. وصول هزینه مذکور و حق‌الزحمه کارشناس از محکوم علیه به ترتیبی است که برای وصول محکوم به نقدی مقرر است.» در تفسیر ماده ۴۷ فوق‌الاشعار نیز چنین آمده: «همان‌طور که در این ماده اشاره شد در مواردی که کار مشروط تنها جنبه مالی دارد و لازم نیست به وسیله شخص متعهد انجام شود مانند انتقال ملک، تسلیم مالی که مأمور بدان دسترسی دارد و ساختن بناهای معمولی، اجرای دادگاه در جهت اجرای اصل اجرای اجباری عین تعهد به هزینه محکوم علیه وسیله انجام شرط را فراهم می‌آورد» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۳، ۱۹۲).

در خصوص اجرای اصل اجرای اجباری عین تعهد در فقه بین فقها اختلاف است و هیچ‌گونه شهرتی در بین نظرات مختلف که در ذیل آورده می‌شود وجود ندارد.

## ۲-۱-۵. چالش‌های نظری و اجرائی

### اجرای اجباری عین تعهد در حقوق ایران

وفای به عهد همیشه اجرای عین تعهد نیست و در پاره‌ای موارد، اجرای عین تعهد ثمره‌ای برای هیچ یک از طرفین عقد ندارد، زیرا گاهی اوقات شرایط و اوضاع و احوال جز و قیود موضوع تعهدند و به اصطلاح می‌گویند وحدت مطلوب وجود دارد بنابراین نظریه حاکمیت اراده، مقتضای لزوم وفای به عقد، برآوردن انتظارات معقول و متعارف طرفین قرارداد در حین انعقاد است به عبارت دیگر گاه تعهد مورد توافق شرایطی را دارد که همه با هم

علاوه بر ضرورت‌های اقتصادی، ملاحظه شد که ضرورت‌های اجتماعی و نظم عمومی نیز گاهی ایجاب می‌کند که قائل به اجرای عین تعهد به هر ترتیب و تحت هر شرایطی نباشیم. همان‌گونه که پیش‌تر بیان شد، اساس قرارداد منعقد فیما بین طرفین، اجرای اراده‌های طرفین در قرارداد است و در مواردی که طرفین بر موضوعی غیر از اجرای اجباری تعهد توافق دارند، اجبار به اجرای عین تعهد امری به دور از ضرورت‌های اقتصادی و اجتماعی به‌نظر می‌رسد.

## ۲-۵. مطالبه خسارات ناشی از نقض تعهدات قراردادی

در حقوق ایران در میان ضمانت‌های اجرای تعهدات قراردادی، مطالبه خسارت برخلاف حقوق انگلستان در مرتبه بعدی از الزام متعهد به اجرای عین تعهد قرار گرفته است. لذا چنانچه امکان اجرای عین تعهد فراهم باشد اولویت با این راه‌حل قضائی خواهد بود.

«در حقوق ایران الزام متعهد به اجرای عین تعهد و مطالبه خسارت در طول یکدیگر قرار دارند. مسئولیت قراردادی نیز در واقع همان ضمانت اجرای عدم انجام و یا تأخیر در انجام تعهدات ناشی از قرارداد است که متعهد را ملزم به جبران خسارت می‌کند که در اثر عدم اجرای تعهد خود به متعهدله وارد آورده است» (تقریبی، ۱۳۹۴، ۱۰۳).

باید در نظر داشت تخلف از انجام تعهد در دو معنای عام و خاص به دو گونه قابل تصور است:

۱- تخلف از انجام تعهد به معنای خاص در گونه‌ای که پس از وقوع تخلف متعهد، انجام متعهد غیرممکن می‌شود.

۲- و در معنای عام تخلف از انجام تعهدی که با وجود تخلف از انجام تعهد همچنان اجرای تعهد ممکن است اما زمان انجام آن به تأخیر افتاده است.

مطلوب را تشکیل می‌دهند در این فروض عدم وجود شرط به معنای عدم اجرای تعهد است و اجبار یا محال است یا بی ثمر.

در نظام‌های حقوقی موضوعه‌ای چون ایران هم، با توجه به طولانی بودن دادرسی‌ها و مشکلات عملی، الزام متعهدله، جهت رجوع به دادگاه و تقاضای اجبار، در پاره‌ای از موارد، یک حکم ضروری است و باعث عسر و حرج متعهدله می‌باشد.

با توجه مطالب ارائه شده و با توجه به پیشرفت و توسعه جوامع و تحولات روز افزون معاملات تجاری و اقتضای سرعت در گردش پول و سرمایه و... به نظر می‌رسد لازمه اصل وفای به عقد، برآورده شدن انتظارات طرفین عقد است و بهتر است هم حق فسخ و یا گرفتن خسارت و اجبار به انجام به عین تعهد در عرض و به موازات هم بپذیریم و به اصلاح قوانین خود بپردازیم (صفائی؛ الفت، ۱۳۸۹، ۶۲-۴۳).

ملاحظه می‌کنیم که اجبار به اجرای عین تعهد، با توجه به موارد مطروحه در خصوص اقتصادی بودن یا نبودن ضمانت اجرا با نگاه حقوق اقتصاد، ممکن است مطلوب نباشد. البته اجبار به اجرای عین تعهد می‌تواند کاملاً منطبق بر دیدگاه اقتصادی استفاده از «ضمانت اجرا به‌عنوان انگیزه اجرای تعهد» باشد، لکن ممکن است اجبار به اجرای عین تعهد برای متعهدله مطلوب نباشد. لذا قرارداد این ضمانت اجرا به‌عنوان اولویت به‌نظر مقرون به صحت و منطبق بر واقعیت حقوق اقتصادی نیست؛ چراکه بسیار قریب به ذهن است که در شرایط متلاطم اقتصادی، اجرای قرارداد به لحاظ اقتصادی مقرون به صرفه نباشد و متعهدله انگیزه‌ای برای اجبار متعهد به اجرای عین تعهد نداشته باشد. پس انعطاف در عمل و احترام به انتخاب متعهدله به صواب نزدیک‌تر خواهد بود.

این تقسیم‌بندی همان انواع تعهدات به وحدت مطلوب است که در اولی زمان قید تعهد و نوع دوم زمان قید تعهد نمی‌باشد و در بخش قبلی به طور مشروح مورد بررسی قرار گرفت.

مسئولیت ناشی از عدم انجام تعهد در این بحث در معنای خاص کلمه یعنی در جایی که انجام تعهد براساس قرارداد مقید به زمان خاص بوده است مد نظر می‌باشد به طوری که انجام آن در خارج از زمان مورد اراده طرفین در قرارداد نبوده است. در اصطلاح گفته می‌شود عمل و زمان انجام آن به صورت وحدت مطلوب تک خواسته‌ای مورد قرارداد بوده است (شهیدی، ۱۳۹۱، ج ۳، ۵۷).

در این‌گونه از موارد مطالبه خسارت به دلیل عدم امکان اجرای تعهد است بنابراین متعهدله نمی‌تواند خواستار الزام متعهد به اجرای عین تعهد گردد اما چنانچه متعهد از اقدام به مطالبه اجرای عین تعهد نا امید گردد این امر مانعی نخواهد بود در اینکه مبادرت به مطالبه خسارت ناشی از مسئولیت قراردادی نماید.

اما در گونه دیگر از تعهدات یعنی زمانی که زمان قید تعهد نبوده است ضمن آن که متعهد ملزم به اجرای عین تعهد می‌شود، مطالبه خسارت نیز می‌تواند به عنوان تأخیر در اجرای تعهد در عرض الزام متعهد به اجرای عین تعهد مورد درخواست متعهدله قرار گیرد.

لذا با توجه به مطالب فوق‌الذکر می‌توان گفت در حقوق ایران پس از تخلف متعهد از انجام تعهد به معنای خاص چنانچه متعهدله از اجبار متعهد به اجرای عین تعهد نا امید گردد و امکان اجرای تعهد قراردادی میسر نشد می‌تواند نسبت به مطالبه خسارت اقدام نماید.

درواقع می‌توان گفت: مسئولیت قراردادی در جایی مطرح می‌شود که تعهد ناشی از قرارداد می‌شود و عهد شکنی نیز منسوب به متعهد است.

پس «مسئولیت قراردادی وظیفه‌ای است که در اثر تخلف از انجام تعهد قراردادی و به هدف جبران خسارت ناشی از تخلف بر عهده شخص ثابت می‌شود» (شهیدی، ۱۳۹۱، ج ۳، ۵۰).

«به عبارت دیگر مسئولیت قراردادی عبارت است از: التزام متعهد به جبران خسارتی که در نتیجه عدم اجرای قرارداد به طرف او وارد می‌شود. این خسارت به وسیله دادن پول جبران می‌گردد. این پول را بعضی معادل انجام دادن تعهد اصلی شمرده‌اند ولی درواقع مسئولیت متعهد التزام دیگری است که در نتیجه عهد شکنی به وجود می‌آید و منبع مستقیم آن عدم اجرای عقد است. درواقع خسارت، ضمانت اجرای تقصیر متعهد در عدم اجرای تعهد است و نباید آن را محصول تراضی و بدل قراردادی انجام تعهد اصلی شمرد. بلکه در اثر تقصیر و کوتاهی متعهد از وفای به عهد به وجود می‌آید» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۳۱۲)

به همین جهت ماده ۲۲۱ قانون مدنی ایران مقرر می‌دارد:

«اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد کند از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد».

«در این ماده التزام متعهد به جبران خسارتی که در نتیجه عدم اجرای قرارداد به طرف او وارد می‌شود، دنباله و بدل تعهد اصلی نیست، ضمان عارضی است که در اثر تقصیر متعهد و کوتاهی او در وفای به عهد به وجود می‌آید و انتساب آن به

در حقوق ایران خسارت عدم انجام تعهد به یکی از سه طریق ذیل پیش‌بینی می‌شود:

اول: به موجب حکم دادگاه: خسارت توسط دادگاه تعیین می‌شود.

دوم: به موجب قانون: خسارت را قانون تعیین می‌کند نه دادگاه ماده ۲۲۸ قانون مدنی و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی همین امر را بیان کرده و می‌گوید:

«در صورتی که موضوع تعهد، تا دیه وجه نقدی باشد حاکم می‌تواند با رعایت ماده ۲۲۱ ق.م.مدیون را به جبران حاصله از تأخیر تا دیه دین، محکوم نماید» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ۳۰۶).

سوم: به موجب قرارداد: یعنی متعاقدين، خسارت را به صورت وجه التزام پیش‌بینی می‌کنند ماده ۲۳۰ قم در این رابطه می‌گوید:

«اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند.»

«وجه التزام که از آن به شرط خسارت، خسارت مقطوع یا خسارت قراردادی تعبیر می‌شود عبارت است از آن که متعاقدين در زمان انعقاد قرارداد مالی را با عنوان جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد تعیین نمایند» (مقصودی، ۱۰۴، ۱۳۹۰).

در تعریفی دیگر می‌توان گفت: «هرگاه متعاقدين به طور قاطع میزان خسارت ناشی از تخلف از عقد را در عقد معین کرده باشند تعهد متعهد را نسبت به میزان خسارتی که معین کرده‌اند در اصلاحات ما وجه التزام یا شرط جرائی می‌گویند.

«ماده ۲۳۰ ق.م.ایران که از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی فرانسه گرفته شده است اساسی‌ترین ماده قانونی ما در وجه التزام می‌باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، ۳۱۲).

قرارداد بدین اعتبار است که مبنای تقصیر مسئولیت نقض قرارداد او با زیان دیده است نه تکلیف عمومی مربوط به خودداری از اصرار به دیگری. به همین جهت نیز نویسندگان قانون مدنی لزوم جبران خسارت را منوط به تصریح در قرارداد یا حکم عرف و قانون ساخته‌اند. در حالی که اگر این التزام دنباله تعهد قراردادی بود نیازی به این حکم احساس نمی‌شد. زیرا بدیهی است که متعهد باید به مفاد پیمان عمل کند و گریزی از اجرای آن در شرایط عادی ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۲۵۶).

هر چند که بنا به نظر احدی از حقوقدانان امروزه پس از تصویب ماده ۴۱۴ قانون آئین دادرسی جدید که می‌گوید:

«خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنای دادرسی و یا به طور مستقل جبران ناشی از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را که به علت تقصیر خواننده نسبت به ادای حق یا امتناع از آن به وی وارد شده یا خواهد شد، همچنین اجرت المثل را به لحاظ عدم تسلیم خواسته یا تأخیر تسلیم آن از باب اتلاف و تسبیب از خواننده مطالبه کند»

«باید پذیرفت که شروط مذکور در این ماده منتفی است زیرا ماده ۵۱۵ همواره متخلف را مسئول جبران خسارت عرفی کرده بدون اینکه نیاز به تصریح در قرارداد یا اثبات عرف باشد مطابق م ۵۱۵ قانون آ.د.م. برخلاف ماده ۲۲۱ ق.م.هرگز برای مسئولیت متعهد نیاز به توافق طرفین و حکم عرف وجود ندارد و متخلف متعهد به حکم قانون و در صورت تقصیر مسئول است. لذا حسب نظریه این حقوقدان به دلیل تعارض در این دو ماده ۲۲۱ از جهت شرایط باید منسوخ شناخته شود» (شهیدی، ۱۳۹۱، ج ۳، ۲۵۴).

تعیین وجه‌التزام هم برای تأخیر و هم برای عدم اجرای تعهد مسیر است. تعیین وجه‌التزام در دست طرفین است. قرارداد قانون طرفین است و طرفین از هر جهت به مفاد آن پایبند می‌باشند مگر درجائی که صراحتاً با قانون مخالف است.

«در حقوق موضوعه ایران نه تنها تفکیکی میان شرط کیفری و وجه‌التزام مقطوع وجود ندارد. بلکه هیچ‌گونه تمایزی میان وجه‌التزام گزاف و اجحاف آمیز با شروط عادی و متعارف توافق بر خسارت قائل نشده‌اند و در صیانت از اصل لزوم قرارداد چنان پیش رفته‌اند که محکمه را در دخل و تصرف در وجه‌التزام مورد توافق طرفین باز داشته‌اند، اقتباس ناقص از قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه باعث شده که قانون مدنی کشورها بر حسب ظاهر حتی از نظام آزاد قرن نوزدهم اروپایی پا فراتر گذارد. قانون‌گذار صرفاً اصل پذیرش مطلق وجه‌التزام را از قانون مدنی فرانسه ترجمه و تصویب نمود بدون آنکه محدودیت‌های آن نیز به همراه آورد. اعتبار مطلق شرط وجه‌التزام توسط حقوقدانان ایرانی براساس اصل حاکمیت اراده توجیه می‌شود، این اصل اقتضا می‌کند که توافق طرفین در تعیین مبلغ خسارت متعبر و الزام‌آور باشد. همچنین تعهد به وجه‌التزام مطابق ماده ۲۱۱ ق.م. الزام‌آور است. اگرچه چندین برابر خسارت واقعی یا چندین برابر اصل تعهد باشد» (امامی، ۱۳۷۸، ج ۱، ۲).

البته مطابق نظر برخی از حقوقدانان «حسب بند ۲ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی هرگاه غفلیتی که سبب ورود خسارت شده عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن موجب تنگ دستی وارد کننده زیان شود، دادگاه می‌تواند در میزان آن تخفیف دهد. برای مثال اگر فروشنده خانه‌ای در برابر خریدار آن تعهد کند که ظرف یک ماه برق و تلفن مورد معامله را فراهم سازد و در صورت تخلف نیمی از ثمن را

به عنوان وجه‌التزام به خریدار برگرداند و این تعهد را روز بعد از پایان ماه انجام دهد دادگاه می‌تواند به این استناد که تخفیف یک روزه را عرف قابل اغماض می‌داند و سنگینی وجه‌التزام فروشنده را دچار عسرت می‌کند از میزان آن بکاهد و قرارداد را عادلانه سازد» (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۲۷۵).

متأسفانه آثار سوء ناشی از اجرای بی‌قید و شرط توافق بر وجه‌التزام در حقوق موضوعه ایران به تدریج و بعد از چند دهه از تصویب قانون مدنی نمایان شده است. تاجایی که قانونگذار از طریق تصویب قوانینی مانند ماده ۴۶ قانون تجارت الکترونیک درباره قراردادهای مصرف که اعمال شروط غیر منصفانه به ضرر مصرف کننده منتهی می‌شود، این قراردادها را به موجب حکم خاص خود بی‌اعتبار قلمداد کرده است. نظیر این نمونه‌ها هرچند در ماده ۴۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷ نیز در بند (۲-ط) که سوءاستفاده از قدرت اقتصادی مسلط از طرق تحمیل شروط قراردادی غیر منصفانه را ممنوع اعلام کرده است، در حمایت از طرف ضعیف قرارداد موفق نبوده و همچنان جای خالی قوانین و مقرراتی در حمایت از مصرف کننده و طرف ضعیف در قراردادهای الحاقی به شدت احساس می‌شود.

نمونه دیگر این‌گونه شروط قراردادی را می‌توان در انواع قراردادهای بانکی مشاهده کرد، اگرچه در این نوشتار و با توضیح مبسوط ریسک‌های مترتب بر اعطای تسهیلات در نظام بانکی در مقام نقد بر چرایی درج این شروط در قراردادهای تسهیلاتی بانکی نیستیم، لکن تقریباً تمامی قراردادهای بانکی متضمن شروطی از این دست هستند. با وجود درج چنین شروطی بعنوان شروط قراردادی و توافقی در قراردادهای بانکی و قراردادهای الحاقی سازمانی نسبت به مصرف‌کنندگان و غیره، رویه قضائی در

روش نه فقط سپرده‌های افراد به وسیله بانک به این صندوق‌ها هدایت خواهد شد، بلکه می‌توان سپرده‌های غیربانکی از قبیل سرمایه‌های خرد جذب شده از طریق کارکنان سندیکاهای مختلف که عضویت این صندوق‌ها را می‌پذیرند را نیز به منابع این صندوق‌ها افزود» (میثمی و موسویان، ۱۳۹۱، ۵۷). «این صندوق‌ها می‌توانند وجوه سپرده‌گذاران را به‌طور مستقیم و به‌عنوان کارگزار و مجری در پروژه‌های سرمایه‌گذاری به کار می‌گیرند یا به وکالت از بانک‌ها (و در واقع به وکالت از سپرده‌گذاران بانکی) با متقاضیان دریافت تسهیلات مشارکتی که درحقیقت متقاضیان شراکت با سرمایه‌های خرد مردم هستند، در پروژه‌های معرفی شده از سوی این متقاضیان، مشارکت می‌کنند. در پایان نیز سود و زیان حاصله میان صاحبان وجوه تقسیم می‌شود. در این حالت بانک‌ها می‌توانند حساب جدیدی با نام «حساب مشارکتی» یا «حساب سپرده ویژه مشارکت در سرمایه‌گذاری در طرح‌های تولیدی-صنعتی» را به مردم معرفی کنند یا از حساب سرمایه‌گذاری‌های کوتاه‌مدت و بلندمدت موجود (البته به شرط تبیین بیشتر درباره عملکرد) استفاده کنند» (دهقان منشادی، ۱۴۰۱، ۱۳). در این مورد، این که مشارکت صندوق‌ها/موسسه‌های سرمایه‌گذاری وابسته به بانک‌ها در کدام بخش از اقتصاد صورت پذیرد، وابسته به سیاست‌های کلان اقتصادی دولت می‌تواند تغییر کند و سیاست‌های کلی نیز می‌تواند از طریق بودجه عمومی ابلاغی، بصورت شفاف اعلام گردد.

«در این ساختار، بانک میان صندوق و سرمایه‌گذاران اصلی نقش واسطه را به‌عهده دارد که به نوعی واسطه میان بازار پول و سرمایه نیز هست. پیاده‌سازی این روش با الزام‌های جانبی

سال‌های اخیر علیرغم لزوم توجه به قلمرو بسیار مضیق قوانین تحدیدکننده شروط ارادی و با تکیه بر تفسیر قانون از طریق استفاده از اصول حقوقی به دنبال استخراج قواعدی بوده است که سوءاستفاده از حاکمیت اراده و اصل لزوم قرارداد را به حداقل رساند. نمونه این نگاه در رویه قضائی، در رأی وحدت رویه ۷۹۴ - ۱۳۹۹/۰۵/۲۱ هیئت عمومی دیوانعالی کشور در تحدید اراده قراردادی طرفین قراردادهای بانکی مشاهده شده است. همان‌گونه که ملاحظه می‌شود، رویه قضائی از طریق صدور رأی وحدت ۷۹۴ رویه درواقع در جهت اعمال مولفه‌های اقتصادی در حقوق قراردادهای برآمده است تا در مواردی که عدم ایفای تعهد از سوی متعهد دارای کارآمدی اقتصادی است، در مواجهه با این عدم ایفاء تعهد، دائن از طریق اخذ خسارت قراردادی مدیون را تحت فشار قرار ندهد. لذا نهاد ناظر بر قراردادهای بانکی (بانک مرکزی از طریق شورای پول و اعتبار) با تعیین و ابلاغ نرخ‌های استاندارد سالانه و دادگاه‌ها از طریق اجرای نرخ اعلامی، از دو محور سود قراردادی را محدود کرده و حقوق و اقتصاد را در هم می‌آمیزند.

### ۳-۵. راهکارهای اجرای واقعی عقود مشارکتی

در این قسمت به بررسی راهکارهای اجرای واقعی عقود مشارکتی پرداخته می‌شود.

#### ۱-۳-۵. تشکیل صندوق‌های سرمایه‌گذاری وابسته به بانک‌ها

«صندوق‌های سرمایه‌گذاری، می‌توانند یکی از بازوهای مهم تجهیز منابع برای بانک‌ها باشند که به لحاظ حقوقی وابسته به نظام بانکی خواهند بود. در این ساختار، منابع مالی از محل سپرده‌های سرمایه‌گذاری کوتاه‌مدت، بلندمدت و سایر روش‌های تجهیز منابع تأمین خواهد شد. در این

مشارکتی باشد. بدین نحو که طرفین توافق کنند در صورت احراز سود واقعی از فعالیت مشارکتی، درصدی از سود محقق شده را به حساب پشتوانه تأمین سرمایه طرح‌های مشارکتی واریز نموده و این مبلغ را هبه‌ای برای استمرار چرخه تأمین سرمایه فرض کنند.

۴. اجباری شدن بیمه قراردادهای مشارکتی؛ روش بیمه قراردادهای بانکی در واقع روشی است برای تضمین ایفای تعهد که در عرف بانکداری فعلی هم برای همه قراردادهای منعقدۀ اجباری نیست و محل اجرای آن نیز بیشتر در فرض فوت مشتری است. لکن این طرح می‌تواند برای قراردادهای مشارکتی و تأمین سرمایه از سوی صندوق‌های سرمایه‌گذاری، به امری اجباری بدل شود تا از این طریق، ریسک زیان احتمالی ناشی از سرمایه‌گذاری برای سرمایه‌گذار کاهش یافته و سرمایه‌گذار را به مشارکت در طرح‌های هدف ترغیب کند.

۵. تدوین روش‌ها و استانداردهای لازم درباره استراتژی‌های خروج از سرمایه‌گذاری؛

علم اقتصاد برای بنگاه‌های اقتصادی و مالی روش‌های مختلفی را جهت کاهش ریسک‌های مالی و افزایش توان عملکردی طراحی کرده است. استراتژی‌های مختلف برای شناسایی زمان ورود به بازار، زمان خروج از بازار و برآورد ریسک‌های مختلف برای سرمایه‌گذاری از جمله این موارد هستند. یکی از استراتژی‌های مؤثر در افزایش سود و کاهش ریسک، خروج به‌موقع از بازار و سرمایه‌گذاری است. «از مهم‌ترین استراتژی‌های خروج می‌توان به اقدام برای مشارکت کاهش‌یابنده یا فروش تدریجی سهم‌الشرکه به شریک (در صورتی که قدرت پرداخت آن را داشته باشد) اشاره کرد. این استراتژی، در صورتی که بعنوان مثال بصورت شرط ضمن قرارداد در مشارکت درج

همراه است. از سوی دیگر، در صورت استفاده از این راهکار برخی از مشکلات ناشی از ساختار نامناسب نظام بانکی در اجرای عقود مشارکتی یا تقلیل می‌یابند یا در مواردی به طور کلی مرتفع می‌شوند؛ البته در مواردی نیز چالش‌های پیشین به قوت خود باقی هستند» (جانی و بادپیما، ۱۳۹۹، ۲۷۱)

الزام‌های راهکار نخست به صورت ذیل است:

۱. افتتاح حساب گروه مشارکت در کنار یا به جای حسابی مانند حساب سرمایه‌گذاری بلندمدت و... این امر همانگونه که پیشتر گفته شد، می‌تواند به تفکیک اهداف کلان اقتصادی دولت در سال مالی موردنظر منجر شود. به‌طور مثال اگر هدف غایی دولت در سال جدید مالی توسعه صنایع سنگین و زیرساختی باشد، هدایت سرمایه‌های خرد فقط به سمت صنعت باشد و بانک‌ها از طریق اعمال الزامات قانونی، اجازه تخطی از روش‌های ابلاغی را نداشته باشند.

۲. وفاداری و تبعیت کامل شبکه بانکی از نظام جامع اعتبارسنجی مشتریان و اهتمام بانک‌ها در درج سوابق اعتباری مشتریان به گونه‌ای که اولاً همه مشتریان شناسنامه اعتباری داشته باشند؛ و ثانیاً اطلاعات اعتباری مشتریان به نحوی که محرمانگی اطلاعات برای فضای رقابتی اقتصاد قابل تضمین باشد، قابل استفاده برای کل شبکه بانکی نیز باشد.

۳. در نظر گرفتن حسابی ویژه تحت هر عنوان، مثلاً «حساب پشتوانه تأمین سرمایه طرح‌های مشارکتی» برای جبران زیان‌های احتمالی ناشی از سرمایه‌گذاری و شکست طرح‌ها. این روش می‌تواند مبتنی بر کسر درصدی از سود مشارکت از سوی طرفین قرارداد (بانک و مشتری) به‌عنوان پشتوانه‌ای برای حفظ چرخه تأمین مالی پروژه‌های

می‌کنند یا از راه شراکت با متقاضیان شراکت با سرمایه‌های خرد مردم در پروژه‌های معرفی شده از سوی این متقاضیان، مشارکت می‌کند. در پایان نیز سود و زیان حاصله میان صاحبان وجوه تقسیم می‌شود. در این ساختار، بانکی وجود ندارد تا میان صندوق و سرمایه‌گذاران اصلی نقش واسطه را ایفا کند؛ بنابراین صندوق‌های سرمایه‌گذاری خود باید به جمع‌آوری وجوه بپردازند یا از محل اعتبارات عمومی برای مصارف خاص مانند طرح‌های آمایش صنعتی و... تأمین اعتبار کنند» (دهقان منشادی، ۱۴۰۱، ۱۵).

«مهم‌ترین چالش در استفاده از این روش را می‌توان مشکل تأمین منابع برای صندوق‌های پیش‌گفته دانست. همان‌گونه که گفتیم این صندوق‌ها باید منابع خود را از محل تسهیلات بانکی، اعتبارات عمومی، سرمایه‌گذاران حقیقی و حقوقی و نیز اوراق مشارکت‌های عام با انتشار عمومی و خصوصی تأمین کنند. این اقدام مستلزم تقبل میزان بالایی از دشواری برای جمع‌آوری این وجوه است. ضمن اینکه تأمین منابع مورد نیاز همواره امکان پذیر نخواهد شد؛ بنابراین در مواردی این صندوق‌ها برای تأمین منابع مالی با مشکل جدی رو به رو خواهند بود» (طاهری؛ محمدی و فردی کلهردوی، ۱۳۹۸، ۱۵۱).

علاوه بر این، «ریسک نقدینگی برای هر مؤسسه مالی ممکن است از عدم انطباق سررسید بدهی‌ها و دارایی‌های موجود در ترازنامه به وقوع بپیوندد. در صورتی که صندوق‌های سرمایه‌گذاری مستقل از شبکه بانکی باشند، ممکن است مدیریت ناصحیح وجوه سرمایه‌گذاری به وسیله این صندوق‌ها به علت‌های گوناگونی مانند دیربازده‌تر بودن بسیاری از پروژه‌ها و در مواردی شکست پروژه‌های سرمایه‌گذاری، ریسک نقدینگی صندوق‌های

گردیده باشد و با نظارت مستمر بر مجری طرح، وجود قدرت پرداخت شریک نیز در طول اجرای پروژه احراز گردد؛ آثار مطلوبی همچون بازگشت منابع بانک در زمان کوتاه‌تر، کاهش ریسک نقدینگی، تضمین سود سرمایه‌گذاری و دستیابی به این سود در مدتی کوتاه و کاهش هزینه‌های مربوط به نظارت بر طرح (به دلیل خروج از سرمایه‌گذاری و مشارکت) را به همراه خواهد داشت. از سوی دیگر تدوین استانداردهای رویه‌ای یکپارچه برای ارزش‌گذاری پروژه‌ها، اعتبارسنجی مشتریان، راستی‌آزمایی حسن انجام کار و نظارت دقیق نهادهای ناظر قانونی بر اجرای این استانداردها نیز تعیین کننده خواهد بود» (موسوان و میثمی، ۱۳۹۳، ۹۴).

## ۲-۳-۵. تشکیل صندوق‌های سرمایه‌گذاری مستقل از بانک‌ها

«در این حالت صندوق‌های سرمایه‌گذاری به لحاظ حقوقی به طور کامل از بانک مجزا خواهند بود. در چنین وضعیتی این صندوق‌ها به علت انفکاک از بازار پولی، قادر به سپرده‌پذیری نخواهند بود؛ بنابراین برخلاف مورد پیش که تأمین منابع مالی صندوق سرمایه‌گذاری از محل بازار پول انجام می‌شد، در این حالت منابع مالی این صندوق‌ها می‌تواند از راه استقراض از نظام بانکی، کارگزاری وجوه افراد حقیقی یا حقوقی، انتشار اوراق مشارکت عمومی یا خصوصی و... فراهم شود» (فقیه؛ ناصری مقدم و ابوالحسنی، ۱۳۹۹، ۸۱).

«در چنین وضعیتی، در زمان به پایان رسیدن فرایند اجرایی طرح یا هنگام خروج از آن طرح، سود و زیان پدید آمده بین صاحبان وجوه تقسیم می‌شود. در حقیقت این صندوق‌ها، وجوه جمع‌آوری شده را به وکالت از صاحبان وجوه یا به طور مستقیم در طرح‌های پربازده سرمایه‌گذاری

سرمایه‌گذاری پیش‌گفته را بسیار افزایش می‌دهد» (حاجیان و سایرین، ۱۳۹۱، ۵۶)

## ۶. نتیجه

آنچه امروزه به‌عنوان ضمانت اجراهای ناکارآمد نقض قرارداد، ضرری بودن ضمانت اجراها، فرآیند مطول دادرسی و سردرگمی دستگاه قضایی در مواجهه با شروط عجیب قراردادی شاهد آن هستیم؛ نتیجه نگاه صوری به معاملات و مخالفت قراردادهای و ضمانت‌های مندرج در آنها با اصول مسلم تجاری و اقتصادی همچون اصل سرعت و سهولت، پیمان شکنی‌های متعدد قراردادی و تشکیل پرونده‌های متعدد قضائی از سوی طرفین قرارداد است.

ضمانت اجراهای ناشی از نقض تعهدات قراردادی به‌عنوان پشتوانه انجام تعهد می‌بایست به حدی قوی باشند تا متعهد را وادار به انجام تعهد نمایند و در مواقع لزوم حتی جبران زیان‌های وارده بر متعهد که در نتیجه عدم اجرای تعهدات قراردادی بر وی وارد آمده است را به دوش بکشند.

باید توجه داشت که به‌کار بردن عبارت «ناشی از نقض تعهدات قراردادی» تعمداً و جهت تأکید بر تفاوت ذاتی تعهدات قراردادی و طبیعی فاقد ضمانت اجرا است. بدیهی است الزامات قهری (غیرقراردادی) خارج از موضوع این بحث می‌باشند. لازم به توضیح نیست که چنانچه عدم اجرای تعهدات ناشی از علتی خارج از اراده متعهد باشد، نقض تعهد معنا نمی‌یابد. لذا در حقوق ایران نقض تعهدات قراردادی زمانی اتفاق می‌افتد که یکی از طرفین بدون علت موجه قانونی از ایفا تعهدات خود امتناع نماید.

در نظام بانکی ایران اما مهم‌ترین ضمانت‌های اجرای تعهدات قراردادی عبارتند از: وجه التزام و خسارت تأخیر تأدیه، حق حبس، حق فسخ قرارداد،

شرط فسخ، حق تقلیل ثمن، جبران خسارت و اجرای اجباری عین تعهد.

همچنین شرط حال شدن بدهی نیز یکی از ضمانت‌های اجرایی مؤثر، به ویژه در قراردادهای فروش اقساطی می‌باشد. منظور از فروش اقساطی واگذاری عین به بهای معلوم به ترتیبی که تمام یا قسمتی از بهای مزبور به اقساط مساوی یا غیرمساوی در سررسید یا سررسیدهای معین دریافت گردد و شرط حال شدن دفعی دیون بدین معناست که در قرارداد شرط می‌شود که در صورتی که یکی از اقساط ثمن معامله توسط خریدار پرداخت نگردد کلیه اقساط قرارداد حال شده و یکجا از سوی فروشنده قابل مطالبه است. چنانچه خریدار ورشکسته شود و قادر به پرداخت ثمن نباشد با وجود این شرط فروشنده از برخی از حقوق خویش از جمله حق حبس و حق فسخ ناشی از تأخیر در پرداخت ثمن محروم می‌گردد و خیار تفلیس نیز به او کمک چندانی نخواهد کرد زیرا چه بسا فروشنده مبیع را منتقل و یا به هر طریق دیگری به آن دسترسی نباشد لذا به‌نظر می‌رسد اجاره به شرط تملیک شیوه‌ای بهتر از این معاملات حتی با شرط تسهیل دیون می‌باشد. تبدیل قرارداد مشارکت مدنی به فروش اقساطی و اجاره به شرط تملیک روشی شایع در بانک‌ها برای وصول تسهیلات پرداختی (سهم‌الشرکه عقد مشارکت) بوده و هست که البته مشکلاتی را نیز به همراه داشته و دارد.

حق حبس عبارت است از حق قانونی برای شخص که در اموال دیگران ثابت می‌شود تا اینکه بدهی و تعهد مربوط به آنها انجام شود. متأسفانه در قوانین ایران هیچ‌گونه تعریفی از حق حبس وجود ندارد و هیچ قاعده عامی که به هریک از طرفین در تعهدات متقابل حق امتناع از اجرای تعهدات را بدهد وجود

### ۷. سهم نویسندگان

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

### ۸. تضاد منافع

در این پژوهش تضاد منافع وجود ندارد.

ندارد. ولی در برخی از مواد قانون مدنی و تجارت و دیگر قوانین بر مفاد و مفهوم حق حبس اشاراتی شده است که در برخی از آنها حق حبس ناشی از وجود یک رابطه تعاقدی و تبادلی است مانند ماده ۳۷۷ قانونی مدنی در خصوص حق حبس بایع و مشتری نسبت به همدگیر و در برخی دیگر ناشی از رابطه غیر قراردادی مثل ماده ۳۷۱ ق.ت. که در این ماده هیچ تعامل و پیوند ارادی میان حق‌العمل‌کار و دارایی که موضوع معامله است وجود ندارد. حق حبس ناشی از رابطه قراردادی و ارادی که موضوع بحث حاضر می‌باشد در واقع وسیله وارد آوردن فشار به منظور اجرای تعهد متقابل است و به‌عنوان یک ضمانت اجرایی مؤثر شناخته می‌شود که متاسفانه قوانین ایران در خصوص این حق متعهدله به‌عنوان یک قاعده عام بسیار مجمل و ناقص است و محل بحث حقوقدانان و تعارض نظر آنها را فراهم آورده و لذا بهتر است قانونگذار نسبت به تصویب قوانین جدید و اصلاح قوانین موجود اقدام فرماید.

نظام حقوقی ایران در خصوص این شیوه دچار نوعی افراط و تفریط است زیرا اولاً: عدم انطباق کالا با اوصاف قراردادی و یا عیب کالا به هر درجه‌ای که باشد (ولو غیراساسی) به طرف مقابل حق فسخ می‌دهد. حقی که ممکن است مستلزم ورود خسارت سنگین به مشروط علیه باشد. ثانیاً: در صورت عدم انطباق کالا با اوصاف قراردادی یا تخلف از شرط صفت، خریدار حق تقلیل ثمن را نداشته و اخذش تنها در فرض عیب کالا پذیرفته شده است حتی در عقد اجاره، در صورت معیوب بودن عین مستأجره، مستأجر تنها می‌تواند عقد اجاره را فسخ کرده یا به همان کیفیت آن را قبول نماید.

## منابع

- امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ بیستم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۸.
- تقرببی، ایرج، «مسئولیت قراردادی یا خسارات ناشی از عدم انجام تعهد»، مجله قانون و کلا، شماره یکصد و سی‌ام، ۱۳۹۴.
- جانی، سیاوش؛ بادپیما، حسین، «بررسی تأثیر تسهیلات بانکی بر سرمایه‌گذاری بخش خصوصی به تفکیک عقود مشارکتی و مبادله‌ای»، مجله مطالعات اقتصاد اسلامی، شماره بیست و چهارم، بهار و تابستان ۱۳۹۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دوره حقوق مدنی (حقوق تعهدات)، چاپ چهارم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۸۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، مسبوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.
- حاجیان، محمدرضا؛ شمس‌فخر، فرزانه؛ اکرمی، ابوالفضل و مهدیزاده، سجاد، موانع و مشکلات اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی کشور، چاپ اول، تهران، انتشارات پژوهشکده پولی و بانکی، ۱۳۹۱.
- دهقان منشادی، محمد، «چالش‌ها و موانع به کارگیری و اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی ایران و راهبردهای اصلاح و رفع آنها»، مجله اقتصاد و بانکداری اسلامی، شماره چهارم، پاییز ۱۴۰۱.
- شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای تعهدات، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۱.
- صفائی، حسن؛ الفت، نعمت‌الله، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، نشریه نامه مفید شماره هفتاد و نهم، ۱۳۸۹.
- طاهرپور، جواد؛ محمدی، تیمور؛ فردی کله‌رودی، رضا، «تأثیر توزیع تسهیلات بانکی بر رشد اقتصادی ایران؛ با تأکید بر عقود مشارکتی و مبادله‌ای»، مجله مطالعات اقتصاد اسلامی، شماره بیست و سوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۸.
- علی احمدی، حسین، اجرای تعهد قراردادی، چاپ اول، ورامین، انتشارات برهمنده، ۱۳۷۵.
- فقیه، صدیقه سادات؛ ناصری مقدم، حسین؛ ابوالحسنی، علی اصغر؛ «بررسی امکان اشتراط ضمان امین در قرارداد مضاربه و عقود مشارکتی بانکی از منظر حقوقی و فقهی (امامیه و عامه)»، مجله فقه و اصول (دانشگاه فردوسی مشهد)، شماره صد و بیست و یکم، تابستان ۱۳۹۹.
- کاتوزیان، ناصر، اعمال حقوقی (قرارداد ایقاع)، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادهای)، جلد سوم، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۱.

- مقصودی، رضا، «تعدیل وجه التزام در حقوق فرانسه، انگلیس و ایران»، پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره چهارم، ۱۳۹۰.
- موسویان، سید علی و میثمی، حسین، «آسیب شناسی نظارت شرعی در نظام بانکی ایران و ارائه اصلاح قانونی»، مجله اقتصاد اسلامی، شماره چهاردهم، ۱۳۹۳.
- میثمی، حسین و موسویان، سید علی و دیگران، «تحلیل و مقایسه تجربه قانون گذاری و نظارت بر اجرای بانکداری اسلامی در سایر کشورها: دلالت هایی برای نظام بانکداری بدون ربا در کشور»، دو فصلنامه مطالعات اقتصاد اسلامی، شماره چهارم، ۱۳۹۱.

