



گزارش کارشناسی

پرونده‌های دیوان عدالت اداری

در خصوص:

مواد (۸) و (۱۷) از نمونه قرارداد مضاربه مصوب جلسه ۱۲۱۰
مورخ ۱۳۹۴/۸/۱۹ شورای پول و اعتبار

کد گزارش: ۹۶۰۲۰۰۸

تاریخ انتشار: ۱۳۹۶/۰۲/۰۲

پژوهشکده شورای نگهبان

شناسنامه گزارش

گزارش کارشناسی پرونده‌های دیوان عدالت اداری

موضوع:

مواد (۸) و (۱۷) از نمونه قرارداد مضاربه مصوب جلسه ۱۲۱۰
مورخ ۱۳۹۴/۸/۱۹ شورای پول و اعتبار

تهیه و تنظیم:

محمد علی فراهانی

نظارت:

سیدمجتبی حسینی پور

پژوهشکده شورای نگهبان

شماره گزارش: ۹۶۰۲۰۰۸

تاریخ تنظیم: ۱۳۹۶/۰۲/۰۲

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

گزارش کارشناسی پرونده‌های استعلامی دیوان عدالت اداری

موضوع شکایت: مواد (۸) و (۱۷) از نمونه قرارداد مضاربه مصوب جلسه ۱۲۱۰

مورخ ۱۳۹۴/۸/۱۹ شورای پول و اعتبار

شاکی: آقای قاسم طورانی

طرف شکایت: بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران

جهات مغایرت شرعی: نظر امام خمینی رحمه‌الله در رابطه با مضاربه مذکور در کتاب

شریف تحریرالوسيله (مسائل شماره ۱۴، ۲۳، ۲۸، ۴۰، ۴۱ و ۴۳)

شماره و تاریخ نامه دیوان: ۱۳۹۵/۷/۲۸ - ۹۰۰۰/۲۱۰/۱۲۱۰۷۹/۲۰۰

مقدمه

شاکی مواد «۸» و «۱۷» نمونه قرارداد ابلاغی بانک مرکزی در خصوص «عقد مضاربه» را مغایر قواعد فقهی مربوط به مضاربه دانسته است و از دیوان عدالت اداری درخواست ابطال این موارد را مطرح کرده است. طبق مواد فوق، عامل نسبت به اصل سرمایه در مقابل بانک ضامن محسوب می‌شود و تعهد به جبران آن را می‌دهد و نیز دفاتر و صورت حساب‌های بانک در هر مورد معتبر است و در دادگاه و دفاتر اجرایی نیز مبنای عمل قرار می‌گیرد. در ادامه به بررسی تفصیلی شکایت می‌پردازیم.

شرح و بررسی

بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به استناد تبصره ماده (۲۳)^۱ قانون بهبود مستمر محیط کسب و کار مصوب ۱۳۹۰/۱۱/۱۶ مجلس شورای اسلامی، به موجب بخشنامه شماره ۹۴/۲۴۹۶۰۱ مورخ ۱۳۹۴/۹/۲، مصوبه مورخ ۱۳۹۴/۸/۱۹ شورای پول و اعتبار را به بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری تحت نظارت خود ابلاغ کرده است. بر اساس مصوبه مزبور، فرم نمونه‌ای برای «قرارداد مضاربه» به بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری ابلاغ شده است و آنها موظف شده‌اند تا ضمن اطلاع‌رسانی به مردم در خصوص قرارداد مضاربه، این فرم را در دسترس عموم قرار داده و تمامی مراجعین را نیز از مفاد آن آگاه نمایند. همچنین هرگونه تغییر یا اصلاح این فرم نیز توسط شورای پول و اعتبار صورت می‌پذیرد.

ماده (۸) فرم فوق‌الذکر چنین بیان می‌دارد: «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.» همچنین مطابق با ماده (۱۷) این فرم، «دفاتر و صورت‌حساب‌های بانک/مؤسسه اعتباری در هر مورد معتبر است. تشخیص تخلف از هر یک از شرایط و تعهدات این قرارداد با بانک/مؤسسه اعتباری بوده و مورد قبول عامل می‌باشد. دفاتر و صورت‌حساب‌های بانک/مؤسسه اعتباری از نظر اعلام به مراجع قضایی و یا دفاتر اسناد رسمی و ادارات و دوایر اجرای ثبت جهت

۱. تبصره ۵- بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مکلف است ظرف شش ماه پس از لازم‌الاجراء شدن این قانون فرم‌های یکنواختی برای هر یک از عقود اسلامی که منجر به اعطاء تسهیلات می‌شود، همچنین نحوه اعطاء تسهیلات و شیوه‌های اخذ ضمانت‌نامه از بخش‌های خصوصی و تعاونی متناسب با اعتبارسنجی مشتریان را تهیه کند و به تصویب شورای پول و اعتبار برساند و بر حسن اجرای آن نظارت نماید.

صدور اجراییه یا محاسبات بعدی در جریان عملیات اجرایی در هر مورد (اعم از سهم‌الشرکه، فواید مترتب بر سهم‌الشرکه، وجه التزام تأخیر تأدیه دین متعلقه، زیان وارده و سایر هزینه‌ها و خسارات) ملاک عمل می‌باشد.»

شاکی دو ماده فوق را با توجه به ادله ابراز شده مغایر قوانین و موازین شرعی اعلام کرده است که در ادامه ادله شاکی تبیین می‌شود.

ادله شاکی:

شاکی ادله خود را در دو قسمت در مورد هریک از مواد یاد شده بیان داشته است. لذا ابتدا ادله مربوط به مغایرت ماده (۸) بررسی می‌شود و سپس ادله مغایرت ماده (۱۷) بیان می‌گردد:

الف) ادله مربوط به مغایرت ماده (۸) مصوبه با قانون و موازین شرعی

۱. مغایرت با ماده (۵۵۸) قانون مدنی^۱:

بر اساس این ماده، شرط ضمانت اصل سرمایه در قرارداد مضاربه جزء شروط مبطل عقد می‌باشد. بنابراین ماده (۸) مصوبه که بر اساس آن عامل متعهد می‌شود در صورت ورود زیان، اصل سرمایه را به حساب بانک یا مؤسسه اعتباری منظور نماید مغایر این ماده از قانون مدنی است.

۲. از طرفی این ماده با مسائلی (۱۴)^۲،

۱. ماده ۵۵۸ - اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک خواهد شد عقد باطل است مگر اینکه بطور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند.

۲. مسأله ۱۴ - عامل امین است، پس اگر مال زیر دست او، عیب پیدا کرد یا تلف شد، ضمانی بر او نیست مگر در صورت زیاده روی یا کوتاهی کما این که از جهت خسارت در تجارت، ضمانی بر او نیست، بلکه خسارت بر صاحب مال وارد است. و اگر مالک بر عامل شرط کند که با او در خسارت شریک باشد همانطوری که در سود شریک است، در صحت آن دو وجه است که اقوای آنها صحیح

، (۲۳)^۱ و (۲۸)^۲ کتاب تحریر الوسیله امام خمینی رحمه الله مغایرت داشته
فلذا مغایر موازین شرعی است.

ب) ادله مربوط به مغایرت ماده (۱۷) مصوبه با قانون و موازین شرعی

بر اساس این ماده از مصوبه، آنچه در صورت اختلاف بین عامل و بانک
مورد اعتبار است، دفاتر و صورت حساب‌هایی است که از طرف بانک ارائه
می‌شود. این در حالی است که بر اساس ماده (۱۲۹۷)^۳ قانون مدنی، در مواردی

→

نبودن است. ولی اگر برگشت آن به این شرط باشد که بر فرض وقوع خسارت بر مالک، (عامل) نصف
آن را مثلاً از کیسه خودش متحمل شود، اشکالی در آن نیست و اگر در ضمن عقد لازمی باشد عمل به
آن لازم است؛ بلکه بعید نیست که وفای به آن لازم باشد اگر چه در ضمن عقد جائزی واقع شود
مادامی که (آن عقد جائز) باقی باشد. البته حق دارد آن عقد جائز را فسخ نماید و موضوع آن را از بین
ببرد کما این که بنا بر وجهی که بعید نیست، اگر برگشت شرط به این باشد که بعد از آن که خسارت در
ملک مالک پیدا شود، به صورت شرط نتیجه، خسارت به عهده عامل منتقل شود، اشکالی ندارد.

۱. مسأله ۲۳- در جواز هزینه کردن وجود سود شرط نیست، بلکه از اصل مال خرج می‌شود اگر چه
سودی نباشد، ولی اگر خرج کند و بعد، سود حاصل شود، آنچه را از سرمایه خرج کرده بود با سود جبران
می‌شود، مانند سایر غرامت‌ها و زیان‌ها؛ پس به مالک تمام سرمایه اش داده می‌شود سپس اگر
چیزی باقی ماند بین آنها می‌باشد.

۲. مسأله ۲۸- خسارتی که بر مال مضاربه واقع می‌شود، مادامی که مضاربه باقی است بدون اشکال،
با سود آن جبران می‌شود، چه خسارت، سابق بر سود باشد یا بعد از آن (واقع شود). پس مالک بودن
عامل نسبت به سود به مجرد پیدا شدن آن، متزلزل است - که همه یا قسمتی از آن با پیدا شدن
خسارت از بین می‌رود- تا آن که (سود) استقرار پیدا کند. و استقرار آن، بعد از نقد کردن و فسخ مضاربه
و تقسیم آن قطعاً حاصل می‌شود که بعد از آن جبرانی نیست، و در حاصل شدن استقرار بدون آنکه آن
سه چیز جمع شود چند وجه و چند قول است که اقوای آنها این است که استقرار آن به فسخ مضاربه با
تقسیم، تحقق پیدا می‌کند، اگر چه نقدکردنی در میان نباشد. بلکه بعید نیست که به فسخ و نقد کردن
محقق شود اگر چه تقسیمی در میان نباشد، بلکه تحقق استقرار به فسخ تنها، یا به تمام شدن مدت
مضاربه در صورتی که دارای مدت باشد. خالی از وجه نیست.

۳. ماده ۱۲۹۷- دفاتر تجارته در موارد دعوی تاجری بر تاجر دیگر در صورتی که دعوی از
محاسبات و مطالبات تجارته حاصل شده باشد دلیل محسوب می‌شود مشروط بر اینکه دفاتر مزبوره
مطابق قانون تجارت تنظیم شده باشد.

که دعویایی میان دو تاجر مطرح می‌شود، در صورتی که دفاتر تجاری مطابق با قانون تجارت تنظیم شده باشد، به عنوان دلیل محسوب می‌شود. بر اساس این ماده تنها در صورتی می‌توان دفتر تجاری یک تاجر را فاقد اعتبار محسوب کرد که مطابق با مقررات قانون تجارت تنظیم نشده باشد. از سوی دیگر با توجه به مواد قانونی مختلف نظیر ماده (۳۱)^۱ قانون پولی و بانکی کشور مصوب ۱۳۵۱/۴/۱۸، ماده (۱)^۲ و بند «۷» ماده (۲)^۳ قانون تجارت، بانک تاجر است و مشمول ماده (۱۲۹۷) فوق‌الذکر می‌شود و بنابراین ترجیح مطلق دفاتر و صورت‌حساب‌های بانک، مغایر ماده فوق می‌باشد.

همچنین این ماده با مسئله‌های شماره (۴۰)^۴، (۴۱)^۵ و (۴۳)^۶ تحریر الوسیله مغایرت دارد.

همچنین شاکی درج شروطی^۷ را که سالب حق دادخواهی (اصل ۳۴ قانون

۱. ماده ۳۱- الف- تشکیل بانک فقط به صورت شرکت سهامی عام با سهام بانام ممکن خواهد بود.
ب- ...

۲. ماده ۱- تاجر کسی است که شغل معمولی خود را معاملات تجاری قرار بدهد.

۳. ماده ۲- معاملات تجاری از قرار ذیل است: ... ۷) هر قسم عملیات صرافی و بانکی. ...

۴. مسأله ۴۰- اگر عامل ادعای تلف یا خسارت یا وصول نشدن مطالبات را بکند با فرض اینکه ضمان آن بر او نباشد، و مالک خلاف آن را ادعا کند و بینه‌ای نباشد، قول عامل مقدم می‌شود.

۵. مسأله ۴۱- اگر در سود اختلاف داشته باشند و بینه‌ای نباشد قول عامل مقدم است چه در اصل حصول سود اختلاف داشته باشند یا در مقدار آن؛ و همچنین است، اگر عامل بگوید این قدر ربح کردم و لیکن بعد از آن به همان مقدار ضرر نمودم و سود از بین رفت.

۶. مسأله ۴۱- اگر در سود اختلاف داشته باشند و بینه‌ای نباشد قول عامل مقدم است چه در اصل حصول سود اختلاف داشته باشند یا در مقدار آن؛ و همچنین است، اگر عامل بگوید این قدر ربح کردم و لیکن بعد از آن به همان مقدار ضرر نمودم و سود از بین رفت.

۷. به عنوان نمونه می‌توان به ماده (۲۸) نمونه قرارداد توجه نمود. بر اساس این ماده «... تمامی امضاکنندگان قبول نمودند که کلیه مندرجات قرارداد را پذیرفته و نسبت به آن هیچ‌گونه اختلافی ندارند و عامل، ضمان/ضامنین و وثیقه‌گذار/گذاران حق هرگونه ایراد و اعتراضی را نسبت به مفاد قرارداد و نسبت به اقدامات اجرایی بانک/مؤسسه اعتباری برای وصول مطالبات خود و ایفای تعهدات عامل در هر مرحله از عملیات اجرایی از خود سلب و اسقاط نمودند.»

اساسی^۱) افراد بوده باشد را نیز مغایر قانون و شرع عنوان کرده اما نسبت مغایرت مواد مزبور را مطرح نکرده است و علاوه بر این موادی را نیز مورد استناد قرار داده است که ارتباط مستقیمی با موضوع شکایت ندارد.^۲

با توجه به ادله ابرازی شاکی به نظر می‌رسد استدلال وی در خصوص ماده (۸) مصوبه شورای پول و اعتبار قابل ملاحظه است. چراکه بر اساس ماده (۸)، عامل، متعهد شده است تا در صورت بروز زیان در مضاربه، اصل سرمایه را به حساب بانک منظور نماید. در حالی که ماده (۵۵۸) قانون مدنی تصریح می‌کند که شرط ضمانت اصل سرمایه مبطل عقد است. ممکن است گفته شود که ذیل ماده (۵۵۸) اجازه می‌دهد تا خسارت مالک سرمایه توسط عامل جبران شود اما دقت در این ماده نشان می‌دهد آنچه عامل به مالک پرداخت می‌کند معادل خسارتی است که از ناحیه ضرر در مضاربه به مالک وارد شده است که به

۱. اصل ۳۴- دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این‌گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد.»

۲. ماده (۲۱۰) **قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (در امور مدنی)**- چنانچه یکی از طرفین به دفتر بازرگانی طرف دیگر استناد کند، دفاتر نامبرده باید در دادگاه ابراز شود. در صورتی که ابراز دفاتر در دادگاه ممکن نباشد، دادگاه شخصی را مأمور می‌نماید که با حضور طرفین دفاتر را معاینه و آنچه لازم است خارج‌نویسی نماید. هیچ بازرگانی نمی‌تواند به عذر نداشتن دفتر از ابراز و یا ارائه دفاتر خود امتناع کند، مگر اینکه ثابت نماید که دفتر او تلف شده یا دسترسی به آن ندارد. هرگاه بازرگانی که به دفاتر او استناد شده است از ابراز آن خودداری نماید و تلف یا عدم دسترسی به آن را هم نتواند ثابت کند، دادگاه می‌تواند آن را از قرائین مثبتة اظهار طرف قرار دهد.» و «ماده (۳۰۱) قانون مدنی: کسی که عمدتاً یا اشتهاً چیزی را که مستحق نبوده است دریافت کند ملزم است که آن را به مالک تسلیم کند.» و «ماده (۳۰۲) قانون مدنی: اگر کسی که اشتهاً خود را مدیون می‌دانست آن دین را تأدیه کند حق دارد از کسی که آن را بدون حق، اخذ کرده است استرداد نماید.» و «ماده (۳۰۳) قانون مدنی: کسی که مالی را من غیرحق، دریافت کرده است ضامن عین و منافع آن است اعم از این که به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاهل.»

صورت مجانی توسط عامل به مالک پرداخت می‌شود. اما آنچه در ماده (۸) مصوبه مورد شکایت بیان شده است همان ضمانت اصل سرمایه توسط عامل بوده و نمی‌توان آن را مصداق ذیل ماده (۵۵۸) دانست.

اما در خصوص ماده (۱۷) نمونه قرارداد، ادعای شاکی قابل توجیه به نظر نمی‌رسد. هرچند مطابق با آنچه از مواد قانونی توسط شاکی مورد استناد قرار گرفت، دفاتر هر یک از تجار به عنوان دلیل محسوب می‌شود، اما می‌توان گفت در این قرارداد دو طرف به گونه‌ای توافق می‌کنند که دفاتر و صورت‌حساب‌های یکی مورد قبول و استناد قرار گیرد. علاوه بر این، ماده فوق نافی حق مضارب برای رجوع به مراجع صالح دادگستری در موارد مورد اختلاف نیست. گفتنی است اگر ماده فوق، ناظر بر چنین برداشتی باشد و حق استناد به دفاتر طرف مقابل را در مقام مراجعه به مرجع قضایی ساقط نماید محل تأمل می‌باشد.

نتیجه‌گیری

بر اساس توضیحات فوق به نظر می‌رسد ماده (۸) مصوبه مورد شکایت با صراحت ماده (۵۵۸) قانون مدنی مغایرت داشته و به معنای ضمانت اصل سرمایه توسط عامل یا مضارب می‌باشد. اما در خصوص شکایت شاکی نسبت به ماده (۱۷) مصوبه، باتوجه به اینکه این ماده در مقام توافق و تراضی طرفین در قرارداد صورت می‌گیرد و استناد به آن موجب نفی حق مراجعه به مراجع صالح قضایی نیست، فاقد ایراد خواهد بود. البته در صورتی که ماده اخیر به معنای عدم امکان استناد به دفاتر و صورت‌حساب‌های طرف مقابل حتی در مراجع قضایی باشد چنین امری می‌تواند محل تأمل باشد.

امام خمینی (ره):

و از شورایی محترم نگهبان می‌خواهم و توصیه می‌کنم، چه در نسل حاضر و چه در نسل مابقی آینده، که با کمال دقت و قدرت و ظرافت اسلامی و ملی خود رایانها و تحت تأثیر هیچ قدرتی واقع نشوند و از قوانین مخالف با شرع مطهر و قانون اساسی بدون هیچ ملاحظه جلوگیری نمایند.

(سخن امام، ج ۲۱، ص ۴۲۲)



بزهشکده شورای نگهبان

تهران، خیابان شهید سپهبد قزنی، کوچه خسرو، پلاک ۱۲

صندوق پستی: ۱۴۶۳-۱۳۱۴۵ تلفکس: ۸۸۳۳۵۰۴۵

info@shora-rc.ir

www.shora-rc.ir