



شرط عدم مسئولیت قهری و قراردادی بانکها
در ایران؛
(با نگاهی به قوانین بین‌المللی)

* عباس کریمی

** یاسر مرادی

چکیده

گسترش روزافزون فعالیت بانکها در زمان معاصر باعث شده تا این نهاد اقتصادی سعی نماید تا ریسک خود در امور بانکی را با وضع شروط عدم مسئولیت در دو قالب قراردادی و عملیاتی (غیرقراردادی) کاهش دهد. شرط عدم مسئولیت، قراردادی است که بین شخص مسؤول و زیان دیده احتمالی آینده، بسته می‌شود و به‌موجب آن مسؤول از پرداختن تمام خسارت معاف می‌شود. در میان عقود مختلف بانکی، عقود مشارکتی و مشخصاً عقد مضاربه و مشارکت مدنی متضمن شروط مشخص منتج به عدم مسئولیت می‌باشند؛ همچنین شرط عدم مسئولیت در موارد غیرقراردادی یعنی عملیات بانکی هم وجود دارد. البته برخی شروط عدم مسئولیت در اسناد تجاری هم وجود دارد که خارج از موضوع این تحقیق است. شرط عدم مسئولیت در عقد مضاربه با توجه به تجویز قانون مدنی در ماده ۵۵۸ و اجماع فقها، در قالب عقد خارج لازم بدون اشکال به‌نظر می‌رسد؛ هر چند با نظریه شروط تحمیلی، می‌توان تردیدهایی در خصوص صحت آن مطرح نمود؛ از این‌رو، بانکها در این زمینه در قالب عقد صلح، ضمان مضارب را شرط می‌کنند. برخلاف عقد مضاربه، شروط عدم مسئولیت بانکها در زیان احتمالی حاصل از مشارکت در قرارداد مشارکت مدنی، به‌نظر مشهور فقها، از مصادیق شروط خلاف مقتضا و ماهیت عقد مشارکت می‌باشد. در زمینه عملیات بانکی (موارد غیرقراردادی مانند مراجعه مشتری برای دریافت خدمات بانکی بدون آنکه قراردادی با بانک داشته باشد) با توجه به موارد پیشگفته باید قائل به بطلان هرگونه شرط عدم مسئولیت بانکهای دولتی و خصوصی شد؛ به‌ویژه زمانی که نظریه اصل مسئولیت بانکها مستند به ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی مورد پذیرش قرار گیرد. بنابراین به‌موجب مواد ۱۱ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی، بطلان این شروط حتی در مواردی قابل دفاع می‌باشد که مسئولیت اصلی متوجه کارکنان بانکها باشد و بانکها مسئولیت ثانوی در قبال زیان‌دیده پیدا می‌کند، این امر در نظام حقوقی بین‌المللی هم پذیرفته شده و حتی مسئولیت بانکها در این زمینه به مسئولیت محض نزدیک می‌باشد زیرا شرط عدم مسئولیت در خسارت‌های سنگین و در حکم عمد در دایرکتیو ۹۳/۱۳ اتحادیه اروپا، هم به رسمیت شناخته نشده است.

واژگان کلیدی: شرط عدم مسئولیت، ضمان مضارب، مسئولیت محض، عقود مشارکتی، نظام حقوقی

بین‌المللی

مقدمه

شرط عدم مسئولیت، قراردادی است که بین شخص مسئول و زیان‌دیده احتمالی آینده، بسته می‌شود و به‌موجب آن، مسئول از پرداختن تمام خسارت معاف می‌شود. به‌عبارت دیگر، مقصود از شرط عدم مسئولیت، از بین بردن و معاف کردن شخص از مسئولیت مدنی است. جایی که شخص به‌صورت قانونی مسؤول جبران زیان است به‌وسیله شرط عدم مسئولیت، تمام مسئولیت ناشی از عدم اجرای قرارداد یا سوء‌اجرای آن پیش از بروز تخلف از بین می‌رود.

شرط عدم مسئولیت ممکن است برای رفع مسئولیت‌های قراردادی باشد. بدین‌صورت که ضمن قراردادی، یکی از طرفین قبول کند که طرف دیگر مسئول خساراتی نباشد که در نتیجه تأخیر در اجرای قرارداد یا عدم اجرای آن احتمالاً وارد می‌سازد و بدین‌ترتیب زیان‌دیده احتمالی قبل از اینکه خسارت وارد شود، حق مطالبه آن را از خود ساقط می‌کند. از طرف دیگر، شرط عدم مسئولیت ممکن است ناظر به رفع مسئولیت‌های غیرقراردادی (ضمان قهری) باشد و منظور از آن، توافق زیان‌زننده و زیان‌دیده احتمالی در آینده است که موجب معافیت زیان‌زننده از مسئولیت ناشی از تقصیر یا بی‌احتیاطی خود یا به‌طور کلی معافیت از ضمان قهری است.

امروزه، در ایران، بانک‌ها در دو مورد از شرط عدم مسئولیت بهره می‌برند؛ اول در قراردادهای بانکی و دوم در عملیات‌های بانکی که کمتر جنبه قراردادی دارند. نگارنده با بررسی عقود مختلف بانکی بدین نتیجه رسید که شرط عدم مسئولیت در قراردادهای مشارکتی از جمله مشارکت مدنی و مضاربه به‌نحو چشمگیرتری قابل مشاهده است.

در سایر عقود پیش خرید مانند استصناع، سلف، مساقات و مزارعه هم عملاً مشتریان با نوعی شرط عدم مسئولیت بانک‌ها مواجه‌اند اما این امر در قراردادهای بانکی به‌نحوی اصلاح شده که اثر مستقیمی از این شروط مشاهده نمی‌گردد.

حال سؤال این است که آیا آزادی اراده طرفین می‌تواند در قالب شرطی یا قراردادی این مسئولیت را ولو اینکه خلاف مقتضی و ماهیت عقد باشد، از بین ببرد و یا کاهش دهد؟ آیا اجرای این اصل در رفع مسئولیتی که هنوز ایجاد نشده، مانعی نخواهد داشت؟ آیا تضادی میان توافق و منافع فرد زیان‌دیده و یا منافع جامعه در زمینه رواج شروط غیرمنصفانه به‌وجود نخواهد آمد؟ و این خود مسئله مهمی است که امروزه بین حقوقدانان مورد اختلاف است.

این تحقیق شامل دو مبحث اصلی است و در آن تلاش شده تا در مبحث اول شرط عدم مسئولیت در قالب قراردادی و عملیاتی (غیرقراردادی) مورد بحث و تبیین قرار گیرد؛ تا آنگاه بتوانیم در مبحث دوم، وضعیت حقوقی و فقهی این شرط را مورد واکاوی قرار داده و با بررسی نقطه نظرات فقها و حقوقدانان برجسته هر یک از قراردادهای و عملیات‌های بانکی موجود را ساماندهی نماییم.

تاکنون مقالات زیادی در خصوص شرط عدم مسئولیت در حقوق ایران و غرب به‌صورت کلی به قلم تحریر درآمده که از مهمترین آنها، مقاله دکتر اسدالله امامی می‌باشد. همچنین دکتر محمدجواد صفار نیز مقاله مفصلی را در باب ضمان مضارب در خصوص عقد مضاربه به قلم تحریر درآورده‌اند اما پرداختن به موضوع «شرط عدم مسئولیت در بانک‌ها» به‌صورت تخصصی و تفکیک آن به دو قالب «قهری و قراردادی» با توجه به آثار حقوقی متعددی که بر این تفکیک بار می‌شود، گامی جدید و نو در میان رشته تخصصی حقوق بانکی است و این پژوهش، برای اولین بار بدان پرداخته و نگارندگان تاکنون مقاله مشابهی در این خصوص مشاهده نکرده است.

۱- مبحث نخست: تبیین شرط عدم مسئولیت در قراردادهای و عملیات بانکی

در واقع، گسترش روز افزون فعالیت بانک‌ها در زمان معاصر باعث شده تا این بنیاد اقتصادی سعی نماید تا دامنه گسترده فعالیت خود را با وضع شروط عدم

مسئولیت در دو قالب قراردادی و عملیاتی (غیرقراردادی) کاهش دهد. در میان عقود مختلف بانکی، عقود مشارکتی و مشخصاً عقد مضاربه و مشارکت مدنی در دو بند اول و دوم به طور تشریحی مورد بررسی قرار می‌گیرد و در بند سوم به تبیین شرط عدم مسئولیت در موارد غیرقراردادی یعنی عملیات‌های بانکی خواهیم پرداخت.

۱-۱- بند نخست: تبیین شرط عدم مسئولیت در قرارداد مضاربه

بهموجب ماده ۷ قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک‌ها مجازند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش فعالیت بخش‌های مختلف تولیدی و خدماتی بخشی از سرمایه و منابع مورد نیاز را در قالب مشارکت تأمین نمایند. عقود مشارکتی نیز به پنج نوع تقسیم می‌شوند که شامل مضاربه، مشارکت مدنی، مشارکت حقوقی، مزارعه و مساقات است.

ماده ۳۶ آیین‌نامه اجرایی قانون بانکداری بدون ربا، در تعریف تسهیلات مضاربه بانکی مقرر می‌دارد: «مضاربه قراردادی است که به موجب آن، یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تأمین سرمایه (نقدی) می‌شود با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصل شریک باشند.»

عامل نمی‌تواند در برابر کاری که انجام می‌دهد غیر از سهم خود از سود، اجرتی مطالبه کند. اما اگر نوع کار به صورتی است که عرفاً از یک یا چند کارگر استفاده می‌شود عامل می‌تواند اجرت کارگر را جزء هزینه‌های کار به حساب آورد و مطالبه کند، ولی اگر اعمالی را که طبق عرف باید به اجیر رجوع کند خود شخصاً انجام دهد مستحق اجرت نخواهد بود. (نجفی، ۱۹۸۱ م، ج ۲۶، ص ۳۴۵؛ امام خمینی، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۱، ص ۵۶۲) اما مطابق مواد ۶ تا ۸ دستورالعمل اجرایی قرارداد مضاربه، اجرای کل عملیات مضاربه به وسیله عامل بوده و هزینه‌های خرید کالا، بیمه و حق ثبت سفارش، حمل و نقل، انبارداری، حقوق گمرکی و سود بازرگانی، هزینه بانکی، هزینه‌های بسته‌بندی به‌عنوان هزینه‌های قابل قبول است

و سایر هزینه‌های متعلقه به معامله یا معاملات موضوع مضاربه با مصالحه طرفین به‌عهده عامل خواهد بود. از نظر فقهی همه این مسائل یا مقتضای خود قرارداد مضاربه است و یا می‌توان به‌صورت شرط ضمن عقد آورد. (امام خمینی، همان، ص ۵۸۱ و ۵۸۲)

در ماده ۱۲ دستورالعمل اجرایی آمده است. «بانک‌ها موظفند برای جبران خسارت وارد بر اصل سرمایه ضمن عقد صلح موضوع ماده ۸ این دستورالعمل، از عامل، تعهد کافی دریافت نمایند.»

توضیح اینکه از نظر شرعی، فقها بر این باورند که در عقد مضاربه، عامل امین است و اگر بدون افراط و تفریط او، سرمایه تلف یا معیوب شود یا هر نوع خسارت دیگری رخ دهد، همه به‌عهده مالک یعنی بانک است و عامل، ضامن نیست. اگر مالک شرط کند که تمام یا قسمتی از زیان معامله بر عهده عامل باشد، این شرط باطل است ولی برخی فقها اصل مضاربه را صحیح می‌دانند؛ اما اگر این شرط در ضمن عقد خارج لازم مقرر شده باشد، برخی از فقها معتقدند که چنین شرطی صحیح است. (نجفی، همان، ج ۲۶، ص ۳۷۸، امام خمینی، همان، ج ۲، ص ۲۶۹؛ مواد ۵۵۶ و ۵۵۸ ق.م) آیت‌الله نجفی در جای دیگر می‌فرماید: شرط ضمان مضارب، منافاتی با اینکه سرمایه، امانت در دست اوست نمی‌باشد. زیرا در بسیاری از امانات، ید متصرف محکوم به ضمان می‌باشد. مثل عاریه طلا (نجفی، ۱۹۸۱ م، ج ۲۶، ص ۳۴۲) یعنی اگر مالک (بانک) شرط کند که در صورت وقوع خسارت، عامل، کل یا بخشی از آن را از مال خودش جبران کند چنین شرطی صحیح است. البته در میان فقها، مخالفینی نیز در این زمینه مشاهده می‌شود. طرفداران این نظریه، محققینی مانند علامه حلی در قواعد و تذکره و محقق کرکی در جامع‌المقاصد و شیخ طوسی در مبسوط می‌باشد. (علامه حلی، ۱۴۱۰ ه.ق، ص ۲۴۴)

نکته مهم دیگر در مسئله تقسیم سود و زیان مضاربه است. در واقع شرط عدم مسئولیت توسط بانک‌ها چنین مواقعی بروز پیدا می‌کند که بانک‌ها با مشتریان

خود شرط می‌کنند که در صورت وارد شدن هرگونه خسارت احتمالی به اصل سرمایه و یا حتی سود پیش‌بینی شده، مسئولیتی نخواهند داشت و تسهیلات‌گیرنده باید این خسارت را تقبل نماید که به این موضوع در مبحث دوم به آثار و وضعیت حقوقی این شرط عدم مسئولیت خواهیم پرداخت.

۲-۱- بند دوم: تبیین شرط عدم مسئولیت در قراردادهای مشارکت مدنی

در سالیان اخیر، مشارکت مدنی به دلیل نرخ بالای سود آن، بیشترین سهم را در میان تسهیلات اعطایی به خود اختصاص داده است زیرا بانک مرکزی برای عقود مشارکتی، سقف سود بیشتری در نظر گرفته و از همین رو، بانکها تمایل بیشتری به انعقاد این عقد با مشتریان خود دارند. مشارکت مدنی، نوع خاصی از مشارکت است که در برخلاف مشارکت های تجاری، شرکت شخصیت حقوقی جدید پیدا نمی‌کند و تابع مقررات حقوق مدنی است.

مشارکت مدنی در عملیات بانکی در ماده ۱۸ آئین نامه قانون عملیات بانکی بدون ربا به شرح ذیل تعریف شده است: « در آمیختن سهم الشرکه نقدی و یا غیر نقدی متعلق به اشخاص حقیقی یا حقوقی متعدد به نحو مشاع به منظور انتفاع طبق قرارداد »

حال در باب شرط عدم مسئولیت در قراردادهای مشارکت مدنی باید به ماده ۱۱ قراردادهای بانک با مشتریان اشاره کرد که در آن تناسب میان سود و سرمایه به هم خورده و با شرایطی که در قرارداد آمده، شریک موظف شده سود معینی را که توسط شورای پول و اعتبار معین شده به‌عنوان سود ابرازی بپردازد و حتی در صورت زیان شرکت، از اموال خود متبرعاً به بانک صلح نماید.

از سوی دیگر، در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی شرط شده که سهم‌الشرکه بانک تضمین شده و چنانچه ضرر و زبانی به آن وارد آید، شریک متعهد به جبران

خسارت است؛ حال باید دید آیا این شرط با ماهیت عقد مشارکت مدنی مخالف است یا خیر؟ که پاسخ به این سؤالات در مبحث دوم صورت خواهد گرفت.

۳-۱- بند سوم: تبیین شرط عدم مسئولیت در عملیات بانکی

بانک‌ها، اعم از دولتی و خصوصی، از مهمترین مؤسسات تجاری در بخش اقتصادی، با تجهیز منابع از طریق جذب سپرده‌های مردم و با هدف کسب و تحصیل سود، مبادرت به سرمایه‌گذاری یا اعطای تسهیلات و ارائه خدمات مالی به مشتریان خود می‌نمایند. در این راستا، ممکن است بانک‌ها در راستای انجام وظایف محوله موجب ورود ضرر و زیان به مشتری گردند و متضرر، درصدد یافتن راهی برای جبران خسارت وارده برآید؛ مثلاً بر اثر هرگونه عملیات بانکی زبانی متوجه مشتری گردد. در چنین مواردی، معمولاً قراردادی بین طرفین جاری نیست و ممکن است طرف مقابل بانک مشتری دائم آنها هم نباشد. نکته مهم آنجاست که بانک‌ها در فرم‌های انجام عملیات‌های خود و سایر ضوابط حاکم بین خود و مشتریان، شرط عدم مسئولیت را جاری نموده و آن را حاکم می‌دانند و در خوشبینانه‌ترین حالت، مسئولیت را متوجه کارکنان خود می‌دانند. سؤال این است که آیا این شرط عدم مسئولیت در عملیات‌های بانکی جاری خواهد بود و یا اینکه قواعد مسئولیت مدنی به‌رغم این شرط کماکان جاری بوده و شرط عدم مسئولیت تأثیری در مسئولیت بانک‌ها نخواهد داشت.

منابع مسئولیت مدنی بانک در مقابل مشتریان، قوانین و مقررات عام و خاص از جمله مواد ۱۱ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۳۵ قانون پولی بانکی کشور می‌باشد. برحسب اینکه بانک، دولتی یا خصوصی باشد، بدون در نظر گرفتن ماده ۳۵ قانون پولی بانکی کشور و با توجه به مواد ۱۱ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی و حاکمیت قوانین خاص در بانک دولتی و خصوصی، مسئولیت متقابل بانک و مشتری و نحوه جبران خسارت متفاوت خواهد بود که به تشریح آنها خواهیم پرداخت.

در نگاه اول، بانک‌ها در حالی شرط عدم مسئولیت را بر اقدامات و عملیات بانکی خود جاری می‌دانند که ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی مقرر می‌دارد: «کارمندان دولت و شهرداری‌ها و مؤسسات وابسته به آنها که به مناسبت انجام وظیفه عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی خساراتی به اشخاص وارد نمایند شخصاً مسئول جبران خسارات وارده می‌باشند...»

این ماده برخلاف روح کلی قانون مسئولیت مدنی و به‌ویژه ماده ۱۲ این قانون، سعی دارد که ارباب رجوع را مستقیماً با کارمند متخلف طرف حساب قرار داده و سعی می‌کند بار مسئولیت را از شانه دولت بردارد؛ این در حالی است که نفوذ دولت بر کارمندان، بسیار بیشتر از نفوذ کارفرما بر کارگران است و در حالی که قانون، مسئولیت سنگینی را متوجه کارفرما دانسته، دولت و در واقع بانک‌های دولتی را در این راستا از مسئولیت اقدامات کارکنان خود به غیر از مواردی معاف کرده است که ناشی نقص وسایل ادارات و مؤسسات باشد، لذا باید تا آنجا که ممکن است دامنه اجرای این ماده را مضیق و محدود دانست؛ ضمن آنکه امروزه بیشتر بانک‌ها در کشور ما، خصوصی بوده و مشمول این ماده نمی‌شوند. (حسین آبادی، ۱۳۹۳، ص ۲۲)

در نگاه اول، می‌توان بانک‌های خصوصی را در این راستا، مشمول ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی دانست که مقرر می‌دارد: «کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند مسئول جبران خساراتی می‌باشند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارده شده است...»

در مورد بانک‌های خصوصی، ماده ۱۲، شرایط بهتری را برای مشتریان مقرر کرده است زیرا اصل را بر مسئولیت کارفرما یعنی بانک‌ها دانسته است و از تقابل مستقیم کارمند بانک با مشتری خودداری کرده است. در مواردی که کارفرما یعنی بانک بتواند اثبات نماید که تمام احتیاطات لازمه را به‌عمل آورده یا اینکه اگر احتیاط‌های مزبور را به‌عمل می‌آوردند باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور

نمی‌بود، بانک خصوصی می‌تواند پس از پرداخت خسارت به مشتری، در مرحله بعد به کارمند خود مراجعه نماید. این امر همان اثبات عدم تقصیر است که چون امر عدمی ممکن نیست، بدین صورت نگاشته شده است.

پس از تشریح دو ماده پیشگفته، این سؤال پیش می‌آید که آیا بانکها می‌توانند با شرط عدم مسئولیت، خود را از مسئولیت هرگونه عملیات بانکی یا تقصیر کارکنان خود معاف بدارند یا خیر؟ سؤالی که باید پاسخ آن را بیشتر در ماده ۳۵ قانون پولی بانکی کشور جستجو کرد که در مبحث دوم به آن خواهیم پرداخت.

۴-۱- بند چهارم: تبیین شرط عدم مسئولیت در نظام حقوق بین‌الملل

برای بحث در موضوع اعتبار شروط عدم مسئولیت و تحدید مسئولیت، از نقطه نظر حقوق تطبیقی، به نظر می‌رسد که باید نظام‌های مختلف حقوقی و روشی مورد توجه قرار گیرد که به منظور طرح و مطالعه مسئله به کار می‌رود. در این راه بر ما لازم است که بین نظام‌های حقوقی اروپای قاره‌ای (بری) و نظام حقوقی انگلیسی- امریکایی و نظام‌هایی که مبتنی بر حقوق انگلیسی- امریکایی بوده و در آنها رویه قضائی سهم برتری داشته و از لحاظ منبع حقوق مقدم بر قانون نوشته است فرق قائل شویم.

در مورد ماهیت شرط عدم مسئولیت در حقوق انگلیس، دو نظر وجود دارد طبق یک نظر ماهیت و کارکرد شرط عدم مسئولیت ناظر بر تعهدات طرفین و صرفاً توصیف‌کننده و تعیین‌کننده حدود تعهدات طرفین و مبانی آن است. به موجب نظر دیگر، ماهیت و کارکرد شرط عدم مسئولیت این است که برای نقض‌کننده قرارداد در برابر دعوی نقض به‌عنوان وسیله دفاع تلقی می‌شود و شرط عدم مسئولیت ارتباطی به نحوه ایجاد تعهد یا اصل تعهد یا عدم ایجاد آن ندارد.

(نکویی، ۱۳۸۴، ص ۵۶)

در حقوق فرانسه، اعتقاد بر آن است که شرط عدم مسئولیت موجب می‌شود تعهد جوهر اساسی خود یعنی التزام را از دست بدهد بنابراین خلاف مقتضای عقد بوده و باطل و مبطل عقد است، با این وجود، رویه قضایی فرانسه، شرط عدم یا تحدید مسئولیت را باطل و مبطل نمی‌داند چون قرارداد را محصول اراده طرفین دانسته و تعهد ناشی از آن را نیز تابع اراده طرفین می‌داند. اگر چه در مواردی مثل مسئولیت غیرقراردادی، تقصیر عمدی یا غیرقابل اغماض و سنگین یا در موارد خاص که بعداً به تفصیل به آنها می‌پردازیم چنین شروطی باطل دانسته می‌شود. در حقوق فرانسه، اصولاً شرط عدم مسئولیت در قراردادها معتبر است و اثر خود را در چارچوب شرط ایجاد می‌کند مگر در دو مورد کلی یعنی تقصیر عمدی و تقصیر سنگین؛ که در این دو مورد هم اثبات عامدانه یا سنگین بودن تقصیر با مشروط‌علیه است و تنها با این اثبات است که می‌تواند اثر شرط را از بین ببرد. (پرناک، ۱۳۹۱، ص ۱۱۲)

قطعاً براساس برخی از ملاک‌های پیشگفته، بسیاری از قراردادها و مراودات بانکی مشمول بطلان شرط عدم مسئولیت خواهند شد که در مبحث دوم به آنها خواهیم پرداخت.

۲- مبحث دوم: ساماندهی شرط عدم مسئولیت در قراردادهای بانکی

در مبحث اول، به تبیین شرط عدم مسئولیت در قراردادها و عملیات بانکی در سه بند مجزا پرداخته و این مسأله تبیین گردید که بانک‌ها با در نظر گرفتن شروط عدم مسئولیت در قراردادهای مشارکت مدنی، مضاربه و همچنین عملیات بانکی، به‌دنبال کاهش مسئولیت خود در فعالیت‌های روزمره خود هستند. حال در این مبحث، هم به بررسی فقهی و حقوقی وضعیت این شروط خواهیم پرداخت.

۱-۲- بند نخست: ساماندهی شرط عدم مسئولیت در قرارداد مضاربه

در عقد مضاربه، مالک فردی را انتخاب می‌کند تا با سرمایه او به فعالیت تجاری اشتغال ورزد. بنابراین مالک با میل خود سرمایه خود را در اختیار عامل قرار می‌دهد. این وضعیت موجب می‌شود که عامل عنوان امین را پیدا کند. ماده ۵۵۶ در این رابطه مقرر می‌دارد: «مضارب در حکم امین است ...»

در عین حال در عقد مضاربه، سود حاصل به نسبت مورد توافق تقسیم می‌گردد اما زیان، فقط متوجه سرمایه است. بنابراین، مال المضاربه در برابر خسارت، تضمین شده نیست و عامل مسئولیتی ندارد جز اینکه در صورت عدم موفقیت قرارداد، فعالیت عامل بی‌مزد می‌ماند.

گفته شد که تصرف عامل در سرمایه، تصرف امانی است و او به‌عنوان وکیل از طرف مالک داد و ستد می‌کند و همان‌گونه که ماده ۵۵۶ قانون مدنی مقرر داشته است، تنها در صورت تقصیر (تعدی و تفریط) ضامن مال مضاربه می‌باشد.

حال سؤال این تحقیق در اینجا مطرح می‌گردد که اگر بانک خود را در ضرر و زیان مسئول نداند و در واقع شرط عدم مسئولیت برای خود قائل باشد، اینجا چنین شرطی صحیح است یا خیر؟ حقوقدانان و فقها این مبحث را با عنوان ضمان مضارب مطرح و به‌طور مفصل در این خصوص بحث کرده‌اند. در واقع در بحث مورد نظر ما، نتیجه ضمان مضارب همان عدم مسئولیت بانک است.

ماده ۵۵۸ صریحاً مقرر داشته که «اگر شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود و یا خسارات حاصل از تجارت، متوجه مالک نخواهد شد عقد باطل است...» با وجود تصریح مقنن به اینکه شرط ضمان مضارب، ضمن عقد مضاربه موجب بطلان عقد مزبور است ولی در ذیل ماده ۵۵۸ قانون مدنی، راهکار قانونی تجویز شده که مقرر می‌دارد: «... مگر اینکه به‌طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به‌مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک، تملیک کند.» در واقع قانون مدنی، اشتراط ضمان مضارب را به دو صورت عنوان ساخته است. نخست

آنکه در ضمن عقد مضاربه شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود یا خسارات حاصل از تجارت، متوجه مالک نخواهد شد. دوم آنکه به طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند. هر چند قانون مدنی شرط ضمان مضارب را باعث بطلان عقد دانسته اما در این زمینه، فقها و حقوقدانان، نظرات متفاوتی دارند که ریشه این بحث به این امر مهم برمی‌گردد که آیا شرط عدم مسئولیت صاحب سرمایه خلاف مقتضی و ماهیت عقد است یا خیر؟

دسته اول بر این باورند که مقتضای عقد مضاربه و به عبارت دیگر، اثر طبیعی آن، این است که هیچ خسارتی متوجه عامل نباشد. بنابراین شرط برخلاف این جهت، باطل است. (علامه حلی، ۱۴۱۰ه.ق، ص ۲۴۴) اما **دسته دوم** برخلاف دسته اول، شرط ضمان مضارب و عدم مسئولیت صاحب سرمایه را خلاف مقتضاً و ماهیت عقد نمی‌دانند یعنی اگر طرفین در ضمن عقد خود تصریح کرده و شرط کنند که زیانی متوجه سرمایه نشود، شرطی برخلاف اثر طبیعی و مقتضای عقد نکرده‌اند. (صفار، ۱۳۷۷، ص ۳۰)

نویسندگان حقوق مدنی، به‌رغم تصریح مقنن به مبطل بودن شرط ضمان مضارب، به این عقیده متمایل هستند که شرط ضمان مضارب را مخالف با مقتضای اطلاق عقد بدانند و در نتیجه قائل به صحت آن باشند.

به هر حال، هر چند در این زمینه، اختلاف نظرهای جدی میان حقوق دانان و حتی فقها وجود دارد اما قانون مدنی و به تبع آنان بانکها راه حل ساده‌تر یعنی قالب عقد صلح برای ضمان مضارب و عدم مسئولیت بانکها را برگزیده‌اند.

البته نباید فراموش کرد که این عقد صلح صرفاً تضمین اصل سرمایه را در نظر می‌گیرد و شامل تضمین سود نمی‌شود یعنی فقها، اخذ سود احتمالی از مضارب را شرعی نمی‌دانند اما در قراردادهای متحدالشکل اخیراً ابلاغ بانک مرکزی به بانکها در خصوص مضاربه، در بخش نحوه تصفیه مضاربه آمده است که «عامل

قبول و تعهد نمود که کلیه وجوه حاصل از فروش کالای موضوع مضاربه را به محض فروش کالای مورد مضاربه به حساب مخصوص مندرج در این قرارداد واریز نماید. در صورتی که در پایان قرارداد، تمام یا قسمتی از کالای موضوع مضاربه به فروش نرسیده باشد، عامل تقبل نمود موجودی کالای فروش نرفته را به قیمت روز یا قیمت مورد توافق طرفین که در هر صورت از قیمت تمام شده به ... درصد کمتر نخواهد بود، خریداری نموده و وجه مربوط را به حساب مذکور واریز نماید. ضمناً عامل به بانک وکالت بلاعزل داد که معادل ارزش روز کالای فروش نرفته را از سهم سود عامل و یا سایر اموال وی استیفا نموده و یا به هر نحو که مصلحت می‌داند نسبت به استیفای حقوق خود اقدام نماید.» که جملات پیشگفته ایرادات و نگرانی‌های فقها را رفع نکرده و در واقع شرط تضمین سرمایه در قالبی جدید به قوت خود باقی است.

۲-۲-۲- بند دوم: ساماندهی شروط عدم مسئولیت در عقد مشارکت مدنی

شروط عدم مسئولیت در عقد مشارکت مدنی منعقد شده بین بانک‌ها و مشتریان آنها، در قالب دو شرط بروز پیدا می‌کند. اول شروط عدم مسئولیت در خصوص پذیرش زیان و تضمین سرمایه و دیگر شرط عدم مسئولیت در تقسیم سود و زیان که به‌طور جداگانه به تشریح آنها و نظرات فقها و حقوقدانان در این خصوص می‌پردازیم.

۲-۲-۱- الف: تبیین شروط عدم مسئولیت پذیرش زیان و تضمین سرمایه

در قراردادهای مشارکت مدنی بانکی شرط شده که سهم‌الشرکه بانک تضمین شده و چنانچه ضرر و زیانی به آن وارد آید، شریک متعهد به جبران خسارت است؛ حال باید دید آیا این شرط با ماهیت عقد مشارکت مدنی مخالف است یا خیر؟ براساس بررسی‌های پیشگفته، ماهیت عقد مشارکت مدنی در قراردادهای بانکی و دستورالعمل قانون عملیات بانکی بدون ربا، مشارکت به قصد انتفاع است یعنی

قصد انتفاع و سودجویی انگیزه اصلی در انعقاد عقد مشارکت مدنی است و هرگونه شرط مغایر با آن می‌تواند به ارکان این عقد و قرارداد خلل وارد آورد. منافات شرط با غرض و انگیزه اصلی چیزی است که مورد توجه فقها نیز به‌عنوان شرط مغایر مقتضای قرار گرفته است. (شیخ انصاری، ۱۳۷۸، ج ۸، ص ۷۲)

با این معیار یکی از شروط خلاف مقتضای عقد شرط پذیرش ضرر و زیان یک طرف عقد است که این امر برخلاف شیاع در عقد شرکت است؛ البته در مورد اصل این موضوع در عقد شرکت اختلاف است. برخی از فقها مثل شهید اول حکم به جواز این شرط نظر داده‌اند ولی برخی از فقها مثل ابن ادریس، شرط را به علت این که منافای با مقتضای عقد شرکت بوده (مقتضای عقد شرکت مشارکت طرفین در سود و زیان است) باطل دانسته‌اند. (هادوی تهرانی ۱۳۸۷، ص ۴۵) نظرات حقوقدانان نیز در این خصوص، متفاوت است. برخی از حقوقدانان، با استناد به مفاد ماده ۵۷۵ ق.م. گفته‌اند که «همچنین اگر شرط شود که زیان‌های احتمالی متوجه یکی از شرکاء نشود، این شرط بی‌اعتبار است.» (کاشانی، ۱۳۵۶، ص ۳۵)

با توجه به نکات پیشگفته، اصرار بانک‌ها بر عدم حذف بند «خسارت وارده به سرمایه را از اموال خودش جبران کند» در قراردادهای مشارکت مدنی، باعث خلل جدی به صحت قرارداد خواهد شد زیرا این امر قطعاً سوءاستفاده از موقعیت برتر اقتصادی بانک‌ها بوده و از مصادیق شروط تحمیلی می‌باشد.

۲-۲-۲-ب: تبیین شرط عدم مسئولیت در تقسیم سود و زیان

از اصول اساسی در عقد شرکت، تقسیم سود و زیان به نسبت سهم‌الشرکه است. اگر سهم‌الشرکه مساوی باشد، سود نیز باید به‌طور مساوی تقسیم شود و اگر شرط سود حاصل از شرکت متعلق به یکی از شرکا باشد و یا آنکه سود بیشتری با وجود تساوی سهم برای یکی از شرکا در نظر گرفته شود، این نوع شرکت باطل است. همچنین است اگر سود مساوی با وجود اختلاف میزان سهم شرکا در نظر گرفته

شود. منظور از بطلان شرکت در این مورد، این است که شرط باطل است و اگر این شرط علت عمده عقد باشد، عقد نیز باطل است. (کاشانی، ۱۳۵۶، ص ۱۱)

در ماده ۱۱، قراردادهای بانک با مشتریان براساس قرارداد تیپ ابلاغی از سوی بانک مرکزی، تناسب میان سود و سرمایه به هم خورده و با شرایطی که در قرارداد آمده، شریک موظف شده سود معینی را به عنوان سود ابرازی بپردازد که توسط شورای پول و اعتبار معین شده و حتی در صورت زیان شرکت، از اموال خود متبرعاً به بانک صلح نماید.

یکی از اهداف و شاید یکی از ارکان اصلی عقد مشارکت مدنی، تبعیت سود و زیان از سرمایه هاست. این موضوع در ماده ۵۷۵ ق.م نیز آمده است «که هر یک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم هستند.» شراکت طرفین در سود به نسبت سهم الشرکه، از ارکان عقد شرکت است. این ویژگی عقد شرکت به لحاظ این مورد بحث حقوقدانان قرار گرفته که از اصول اساسی این عقد است و آیا این از مقتضیات عقد شرکت است و یا از آثار عقد می باشد و آیا شرط خلاف آن، خلاف ذات یا همان ماهیت عقد یا خیر؟ و اثر این شرط بر عقد چیست؟

البته اگر شرط سود بیشتر در مقابل عملی خاص باشد، اختلافی بین فقها و حقوقدانان وجود ندارد. آنچه محل بحث است، شرط تخصیص سود بیشتر به یکی از شرکا در حالتی است که عملی زیادتر توسط شریک انجام نشده باشد. (مدنی بجستانی، ۱۳۸۹، ص ۱۱۲)

در قراردادهای مشارکت مدنی بانک، سود معینی برای بانک تعیین می گردد که چه بسا، در مواردی از سود واقعی بیشتر و در مواردی از سود واقعی کمتر باشد. به همین جهت، بررسی این شرط و مغایرت آن با مقتضای ذات عقد شرکت یا عدم مخالفت آن حائز اهمیت است.

گر چه در قانون عملیات بانکی بدون ربا آمده که سود انتظاری در صورت تحقق به بانک پرداخت خواهد شد ولی در دستورالعمل اجرایی قرارداد مشارکت

مدنی مصوب ۱۳۶۳/۱/۱۹ شورای پول و اعتبار عبارت «در صورت تحقق» حذف شده و همین عامل باعث شده تا بانکها بین نرخ سود مورد انتظار و نرخ سود، هیچگونه تفاوتی قائل نشوند.

گر چه در تعریف مشارکت مدنی و ضوابط اجرایی آن، تنظیم کنندگان آیین نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و قراردادهای مشارکت مدنی از تعریف قانونی عقد شرکت دور نیفتاده‌اند، به اولین شرط اساسی مشارکت که امتزاج اموال شرکاء است توجه داشته و آن را الزامی و راهکار چگونگی امتزاج آن را مشخص و تعریف کرده‌اند ولی زمانی که به حداقل سود اشاره کرده، به این معنی است به‌رغم عدم تحقق سود مورد انتظار، شریک بانک موظف است، حداقل سود مورد مطالبه بانک را بپردازد و بنا به نظر شهید ثانی و شیخ طوسی، اصل تبعیت سود از سرمایه رعایت نگردیده که یکی دیگر از ارکان عقد شرکت و جزء ماهیت عقد شرکت است و شرطی برخلاف این اصل پیش‌بینی شده که خلاف مقتضای عقد مشارکت است و حتی تراضی در آن به علت مغایرت با قانون فاقد اعتبار است لذا این شرط در قراردادهای بانکی جزو شروط غیرمنصفانه و از مصادیق سوءاستفاده از شروط ضمن قرارداد محسوب می‌گردد. (کریمی، عباس؛ مرادی، یاسر، ۱۳۹۴، ص ۵۶)

۳-۲- بند سوم: ساماندهی شرط عدم مسئولیت در عملیات بانکی

در واقع برخلاف تصور برخی از کارشناسان که مسئولیت و شرط عدم مسئولیت بانکها را مشمول مواد ۱۱ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی می‌دانند، باید در این زمینه ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور را به‌عنوان قانون خاص حاکم دانست. بند ج این ماده تصریح می‌دارد که «هر بانک در مقابل خساراتی که در اثر عملیات آن متوجه مشتریان می‌شود، مسئول و متعهد جبران خواهد بود.» در این خصوص چند نکته قابل توجه است؛ اول اینکه عبارت هر بانکی در متن ماده یاد شده اطلاق دارد و شامل بانکهای دولتی، خصوصی و حتی نمایندگی

بانک‌های خارجی می‌باشد که در ایران فعالیت می‌کنند. نکته دیگر آنکه، این ماده صرفاً مسئولیت را در خصوص «عملیات‌های بانکی» مشمول بانک‌ها دانسته و به‌نظر می‌رسد که شامل قراردادهای بانکی نشود و آن تابع قراردادهای عقود خاص خود خواهد بود. نکته سوم، اینکه هر چند این ماده بانک‌ها را مسئول و متعهد جبران خسارت مشتریان می‌داند اما براساس عمومات مسئولیت مدنی، قطعاً در صورتی که کارمند در زیان وارده نقش اصلی را داشته باشد، بانک می‌تواند در وهله بعدی، خسارت را از کارمند خود دریافت کند.

حال سؤال اصلی تحقیق یعنی شرط عدم مسئولیت بانک‌ها در چنین مواردی مطرح می‌گردد که آیا بانک‌ها می‌توانند در روابط خود با مشتریان خود به‌شرط عدم مسئولیت خود استناد کنند یا خیر؟ نگارنده شخصاً بر این باور است که از متن قانون پولی و بانکی کشور که کلیه بانک‌ها را ملزم به رعایت مفاد آن کرده و در بندها و بخش‌های مختلف، قوانین الزام‌آوری برای بانک‌ها تعیین نموده و در عین حال برای عدم اجرای آن مجازات تعیین نموده است و همچنین روح حاکم بر ماده ۳۵ که در مقام بیان جرایم بانکی می‌باشد چنین مستفاد می‌گردد که قانون یاد شده در حکم قانون آمره بوده و هرگونه شرط و توافق برخلاف آن قابل استناد نیست لذا باید در این زمینه، قائل به نظریه اصل مسئولیت بانک‌ها (مانند مسئولیت متصدیان حمل و نقل) بود. نکته قابل توجه در ماده پیشگفته، این است که صرف اثبات رابطه سببیت میان عملیات بانک و خسارت مشتری بسنده بوده و نیازی به احراز تقصیر بانک نمی‌باشد. به گمان نگارنده، اگر چه ماده یاد شده در رویه قضایی، فراموش شده و در ادبیات حقوقی، کمتر از آن بهره‌ای برده شده، با این حال، حتی می‌توان گامی جلوتر برداشت و بر این باور بود که با توجه به اینکه در حوزه مسئولیت مدنی بانک، قانون پولی و بانکی به‌عنوان خاص وجود دارد، استناد به مواد ۱۱ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی نارواست. بنابراین، تنها براساس ماده ۳۵ قانون پیشگفته می‌توان درباره مسئولیت مدنی بانک‌ها تصمیم گرفت.

۲-۴- بند چهارم: ساماندهی شرط عدم مسئولیت در عملیات بانکی در قوانین بین‌الملل در حقوق بیشتر کشورهای اروپایی، اصولاً شرط عدم مسئولیت در قراردادها معتبر است و اثر خود را در چارچوب شرط ایجاد می‌کند مگر در دو مورد کلی یعنی تقصیر عمدی و تقصیر سنگین؛ که در این دو مورد هم اثبات عامدانه یا سنگین بودن تقصیر با مشروط‌علیه است و تنها با این اثبات است که می‌تواند اثر شرط را از بین ببرد که اکنون به تشریح برخی از این استثنائات می‌پردازیم. (کریمی، ۱۳۹۴، ص ۴۵)

۱-۲-۴- الف: تقصیرهای سنگین یا در حکم عمد

در فرانسه، تقصیرهای قراردادی را به تقصیر عمدی و تقصیر غیرعمدی، دسته‌بندی کرده‌اند و تقصیر غیرعمدی را به سه گروه تقصیر سنگین، سبک و بسیار سبک تقسیم کرده‌اند و اعتقاد بر آن دارند که شرط عدم یا تحدید مسئولیت در تقصیرهای سنگین مانند تقصیرهای عمدی معتبر و مؤثر نمی‌باشد.

با این وجود، قانون و رویه قضایی فرانسه تقصیر سنگین را تعریف نکرده‌اند اما دکترین با وجود عدم ارائه ضابطه مشخص و قاعده عمومی برای تقصیر سنگین ویژگی‌های برای آن بر شمرده که اهم آنها به شرح ذیل است:

۱- به‌رغم آنکه شخص قصد اضرار ارادی و سوءنیت نداشتند ولی عملش به‌نحوی است که گویا خسارت را خواسته است.

۲- فاحش (بیش از حد متعارف) باشد مثل نگهداری مال ارزشمند و مهمی در مکانی نامناسب.

۳- برخلاف تعهد اساسی شخص باشد. (اشتری، ۱۳۷۵، ص ۱۳۴)

شرط عدم مسئولیت مانند هر قرارداد باید همراه قصد و بدون اکراه بوده و آلوده به سوءاستفاده، فریب، غرر و اضرار عمدی نباشد و قوانین امری را نیز نقض ننماید؛ در غیر این صورت نباید آن را نافذ دانست. (تقی‌زاده، ۱۳۸۸، ص ۴۸)

۲-۴-۲-ب: شروط عدم مسئولیت در قبال اعمال مأموران

شروط عدم مسئولیت مثل شروط محدودکننده مسئولیت در درجه اول شامل مسئولیت خود متحد است (یا در مورد مسئولیت ناشی از جرم متوجه فاعل زیان می‌باشد). معذک ممکن است موضوع این‌گونه شروط خطای اشخاص ثالث به‌ویژه خطای مأموران و گماشتگان باشد. اهمیت مورد اخیر نباید مورد تردید قرار گیرد زیرا بنگاه‌های بزرگ اقتصادی که تعداد زیادی از افراد در اختیار دارند معمولاً به قراردادهای عدم مسئولیت یا محدودکننده مسئولیت متوسل می‌شود و به آنها استناد می‌نماید. (اشتری، ۱۳۷۵، ص ۱۳۸)

با توجه به موارد پیشگفته، شرط عدم مسئولیت در بانکها در حقوق بین‌المللی در مواردی که خسارت‌های سنگین و عمدی از سوی بانک و کارکنان آن به مشتریان وارد می‌شود ولو اینکه شرط عدم مسئولیت در قراردادها ذکر شده باشد، نافذ و جاری نبوده و در محاکم مسموع نخواهد بود.

شروط عدم مسئولیت در دسته خاصی از این قراردادها که همان قراردادهای نمونه و تیپ هستند که براساس متون واحدی که قبلاً توسط انجمن‌های حرفه‌ای و بانکها تهیه شده، مورد حمایت قانونگذار نبوده و دایرکتیو ۱۳/۹۳ اتحادیه اروپا، این شروط را به رسمیت نمی‌شناسد (کریمی، ۱۳۹، ص ۲۲)

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

در واقع گسترش روزافزون فعالیت بانکها در زمان معاصر باعث شده تا این نهاد اقتصادی سعی نماید تا دامنه گسترده فعالیت خود را با وضع شروط عدم مسئولیت در دو قالب قراردادی و عملیاتی (غیرقراردادی) کاهش دهد. در میان عقود مختلف بانکی، عقود مشارکتی و مشخصاً عقد مضاربه و مشارکت مدنی متضمن شروط مشخص و بارز عدم مسئولیت می‌باشند؛ همچنین شرط عدم مسئولیت در موارد غیرقراردادی یعنی عملیات‌های بانکی هم به وضوح وجود دارد.

در باب شرط عدم مسئولیت در عقد مضاربه، شرط عدم مسئولیت بانک‌ها یا همان ضمان مضارب در قراردادهای میان بانک و مشتریان وجود دارد که قانون مدنی، شرط ضمان مضارب را به دو صورت عنوان ساخته است. نخست آنکه در ضمن عقد مضاربه شرط شود که مضارب ضامن سرمایه خواهد بود یا خسارات حاصله از تجارت متوجه مالک نخواهد شد. دوم آنکه به‌طور لزوم شرط شده باشد که مضارب از مال خود به مقدار خسارت یا تلف مجاناً به مالک تملیک کند؛ به همین دلیل، بانک‌ها به هنگام اعطای تسهیلات بانکی مضاربه به مشتریان، ضمن عقد صلح تضمین مناسب از عامل اخذ می‌کنند تا در صورت ورود خسارت بتوانند جبران زیان وارد شده را بخواهند.

البته تمام مباحث و نکات پیشگفته و تجویز قانون در باب ضمان مضارب در باب ضمان در قبال اصل سرمایه می‌باشد و تضمین سود توسط بانک‌ها حتی در عقد مضاربه جایز نمی‌باشد.

در باب شرط عدم مسئولیت در عقد مشارکت مدنی هم باید گفت که هر چند شرط عدم مسئولیت در قراردادهای مختلف امروزه به‌طور کامل پذیرفته شده اما در واقع در قرارداد مشارکت مدنی چون هیچ یک از طرفین قصد واقعی عقد شرکت ندارند، با وضع شروط متعدد ضمن عقد سعی در تحمیل شروط مدنظر خود برطرف مقابل هستند؛ شروطی که بنابر یافته‌های این تحقیق در برخی موارد ماهیت عقد را دچار تغییر کرده و پایه‌های آن را متزلزل می‌نمایند.

در باب شرط عدم مسئولیت در عملیات بانکی هم برخلاف تصور برخی از کارشناسان که مسئولیت و شرط عدم مسئولیت بانک‌ها را مشمول مواد ۱۱ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی می‌دانند، باید در این زمینه ماده ۳۵ قانون پولی و بانکی کشور را به‌عنوان قانون خاص حاکم دانست. بند ج این ماده تصریح می‌دارد که «هر بانک در مقابل خساراتی که در اثر عملیات آن متوجه مشتریان می‌شود، مسئول

و متعهد جبران خواهد بود. با توجه به اطلاق این ماده و نیز لحن ماده ۳۱ همان قانون، تردیدی در اعمال ماده ۳۵ در بانک‌های خصوصی هم نیست. از متن قانون پولی و بانکی کشور که کلیه بانک‌ها را ملزم به رعایت مفاد آن کرده و در بندها و بخش‌های مختلف، قوانین الزام‌آوری برای بانک‌ها تعیین نموده و در عین حال برای عدم اجرای آن مجازات تعیین نموده است و همچنین روح حاکم بر ماده ۳۵ که در مقام بیان جرایم بانکی می‌باشد چنین مستفاد می‌گردد که قانون یاد شده در حکم قانون آمره بوده و هرگونه شرط و توافق برخلاف آن قابل استناد نیست لذا باید در زمینه عملیات بانکی قائل به نظریه مسئولیت مدنی بانک‌ها (مانند مسئولیت متصدیان حمل و نقل) و رد هرگونه شرط عدم مسئولیت در این زمینه بود. نکته قابل توجه در ماده پیشگفته، این است که صرف اثبات رابطه سببیت میان عملیات بانک و خسارت مشتری بسنده بوده و نیازی به احراز تقصیر بانک نمی‌باشد. با توجه به موارد پیشگفته، شرط عدم مسئولیت در بانک‌ها در حقوق بین‌المللی در مواردی که خسارت‌های سنگین و عمدی از سوی بانک و کارکنان آن به مشتریان وارد می‌شود ولو اینکه شرط عدم مسئولیت در قراردادها هم صراحتاً ذکر شده باشد، نافذ و جاری نبوده و در محاکم مسموع نخواهد بود.

کتاب‌نامه

فارسی

- ۱- امامی، اسدالله و عبدی، صادق: *تحلیل مبانی فقهی - حقوقی شرط عدم مسئولیت قرارداد، مجله مجتمع آموزش عالی، شماره ۲، ۱۳۷۸.*
- ۲- امامی، سیدحسن: *حقوق مدنی، ج ۲، تهران، اسلامیه، چاپ دوم، ۱۳۶۸.*
- ۳- بهمنی، محمد و بهروز اخلاقی: *عقد مشارکت مدنی و چگونگی اعمال آن در نظام بانکداری بدون ربا، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۴.*
- ۴- جلیلی، معصومه: *شرط عدم مسئولیت و مفاهیم مشابه، مجله کانون، تهران، شماره ۷۲، ۱۳۸۶.*
- ۵- خاوری، محمودرضا: *حقوق بانکی، چاپ اول، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۹.*
- ۶- خمینی، روح‌اله الموسوی: *تحریرالوسیله، ج ۱، مطبوعات دارالعلم، قم، ۱۴۱۳ ه.ق.*
- ۷- رئیسی، مصطفی: *بانکداری اسلامی و چالش‌های فراروی، تهران: گام چهارم، ۱۳۷۸.*
- ۸- شهیدی، مهدی: *حقوق مدنی (شروط ضمن عقد)، ج ۴، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۶.*
- ۹- شیخ طوسی، محمدبن حسن: *الخلاف، ج ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ه.ق.*

- ۱۰- صفار، محمدجواد: *نقد و تحلیل حقوقی ماده ۵۵۸ قانون مدنی*، مجله‌نامه مفید، قم، شماره ۱۴، ۱۳۷۷.
- ۱۱- عدل، مصطفی: *حقوق مدنی*، قزوین، انتشارات طه، چاپ دوم، ۱۳۸۵.
- ۱۲- معصومه فرزانه: *مسئولیت مدنی متقابل بانک و مشتری*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، گیلان، دانشگاه پردیس بین‌الملل، ۱۳۹۱.
- ۱۳- فخار طوسی، جواد: *تلخیص مکاسب شیخ انصاری (مکاسب محرمه)*، قم، عالمه، ۱۳۷۸.
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر: *حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها*، ج ۱ و ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر: *دوره مقدماتی حقوق مدنی، درس‌هایی از عقود معین*، ج ۱، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ ۵، ۱۳۸۲.
- ۱۶- کاشانی، محمود: *مبانی حقوقی و مقررات بهره و زیان دیرکرد*، مجله کانون وکلاء، شماره ۱۷۶، ۱۳۸۱.
- ۱۷- کاشانی، محمود: *شرکت مدنی*، نشریه حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال دوم، ۱۳۵۶.
- ۱۸- کاشف الغطاء، محمدحسین: *تحریرالمجله*، تهران، مکتبه مرتضویه، ۱۳۵۹.

- ۱۹- کریمی، عباس: *نگاهی نو به مفهوم شرط خلاف مقتضای عقد*، برمنهج عدل (مقالات اهدا شده به استاد ناصر کاتوزیان)، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۸.
- کریمی، عباس و مرادی، یاسر: *سوءاستفاده از شروط قراردادهای مشارکت مدنی*، فصلنامه مطالعات مالی و بانکداری اسلامی، تهران، انتشارات بانک مرکزی، ۱۳۹۴.
- ۲۰- لطفی، اسدالله: *ترجمه مباحث حقوقی شرح لمعه*، تهران، انتشارات مجد، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- ۲۱- مدنی بجستانی، سیدمجتبی، *شروط ضمن عقد مشارکت مدنی*، پایان نامه کارشناسی ارشد، تهران، شهیدبهبشتی، ۱۳۸۹.
- ۲۲- موسویان، سیدعباس: *مقدمه‌ای بر بانکداری بدون ربا در ایران*، تهران، انتشارات بانک کشاورزی، چاپ اول، ۱۳۹۳.
- ۲۳- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن: *جامع‌الشتات فی اجوبه‌السوالات*، ج ۳، تهران، کیهان، ۱۳۷۱.
- ۲۴- نجفی، محمدحسن: *جواهرالکلام فی شرح شرائع‌الاسلام*، ج ۳، قم، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۳۹۱.
- ۲۵- هادوی تهرانی، مهدی: *مبانی فقهی اوراق مشارکت*، مجموعه مقالات دهمین سمینار بانکداری اسلامی، ۱۳۸۷.
- ۲۶- هاشمی، سیدمحمود: *بانکداری اسلامی*، مجله تحقیقات اسلامی، شماره ۱ و ۲، سال دوازدهم، ۱۳۷۶.