

فصلنامه مطالعات نوین بانکی

شماره مجوز: ۸۳۲۸۹ ((شماره دهم-بهار ۱۴۰۰)) ISSN: 2645-5420

بررسی تطبیقی انواع عقود در نظام بانکداری ایران و مصر

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۱/۰۲، تاریخ تصویب: ۱۴۰۰/۰۲/۲۰)

دکتر علیرضا بابا محمدی

دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دامغان، دامغان، ایران

چکیده

بانکداری اسلامی مدتهاست به عنوان نهادی موثر در اقتصاد کشورهای اسلامی نقش عمده ای را ایفا می نماید. بانکداری اسلامی نسبت به بانکداری متعارف چارچوبها و ضوابط مشخصی دارد که در عمل محدودیت هائی را برای انجام اعمال اقتصادی بوجود می آورد و از طرفی کشورهای مختلف اسلامی هرکدام بطور مستقل در حال آزمون و خطا در پیمودن مسیر بانکداری اسلامی هستند، تجربه هر یک از سیستمهای بانکداری می تواند برای کشورهای دیگر قابل استفاده بوده و مشکلات موجود در سیستم بانکداری آن کشور را کاهش دهد. در این میان جمهوری اسلامی ایران همانند سایر کشورهای اسلامی با تصویب قانون بانکداری بدون ربا و اسلامی نمودن بانکداری خود به دنبال اجرای کامل قوانین شریعت در بانکداری خود می باشد. در پژوهش حاضر، به منظور رسیدن به نقاط قوت و ضعف بانکداری اسلامی ایران، ابتدا نظام های مورد تطبیق را معرفی نموده و عقود مورد استفاده این نظامها را بیان می نماید و بعد به بررسی مفهوم بانکداری اسلامی پرداخته و پس از ارائه تعریفی جامع از بانکداری اسلامی، به صورت تفکیکی و تفصیلی عقود موجود در نظامهای مورد تطبیق را از منظر حقوق ایران و حقوق مصر بررسی نموده است. در نهایت نیز به مقایسه و بیان معایب و محاسن شیوه ی کاربرد عقود نظام بانکداری ایران پرداخته شده و به ارائه راهکارها برای بهبود آن مبادرت گردیده است.

واژگان کلیدی: عقود بانکی، بانکداری اسلامی، جعاله، حقوق مصر، حقوق بانکی



مقدمه

بانکداری اسلامی امروزه نه تنها مفهومی شناخته شده در جهان اسلام می باشد بلکه در کشورهای غیر اسلامی نیز منتشر شده تا جاییکه بعضی از کشورهای غربی نظیر انگلستان بانکداری اسلامی را در سیستم اقتصادی خود وارد نموده اند و برای جذب منابع و سرمایه های جهان اسلام به گسترش چنین رویکردی ادامه می دهند. از آنجائیکه بانکداری اسلامی نسبت به بانکداری متعارف چارچوبها و ضوابط مشخصی دارد که در عمل محدودیتهائی را برای انجام اعمال اقتصادی بوجود می آورد و از طرفی کشورهای مختلف اسلامی هر کدام بطور مستقل در حال تجربه و آزمون و خطا در پیمودن مسیر بانکداری اسلامی هستند، تجربه هر یک از سیستمهای بانکداری می تواند برای کشورهای دیگر قابل استفاده بوده و مشکلات موجود در سیستم بانکداری آن کشور را کاهش دهد. این مقاله بصورت تطبیقی به مبانی و کارکردهای عقود در سه سیستم بانکداری اسلامی ایران و بانکداری اسلامی مصر می پردازد. بانکداری اسلامی مصر به دلیل شباهت ساختار حقوقی این کشور با حقوق ایران و قوانین موضوعه و منضبط موجود در حقوق مصر و پیروی آن از قواعد فقه عامه، برای تطبیق انتخاب گردید. در این مقاله به دنبال این امر هستیم که پس از بررسی مبانی و کارکرد عقود مورد استفاده در سیستمهای مورد نظر و اشراف بر شباهتها و تفاوتهای موجود، ضعفها و کاستیهای سیستم حقوقی بانکداری اسلامی ایران را شناخته و به ارائه راهکار برای حل این مشکلات پرداخته شود. در جوامع امروزی یکی از ارکان و اصول حیات اقتصادی کشورها، بانک و بانکداری است. بانکها با واسطه شدن بین سپرده گذاران و سرمایه گذاران و کسانی که بدنبال سرمایه هستند، نقش مهمی در کمک به رشد و توسعه اقتصادی جوامع داشته اند و نظر به اینکه نیازهای اقتصادی جوامع دائماً در حال گسترش می باشد بانکها نیز می بایست متناسب با این پیشرفت از نظر کمی و کیفی گسترش داشته باشند و بگونه ای عمل نمایند که نیازهای اقتصادی روز جامعه را پاسخگو باشند. این توسعه و پیشرفت در خصوص جوامع اسلامی هم صادق است. کشورهای اسلامی نیز برای رفع عقب ماندگی خود و سیر در مسیر پیشرفت و

توسعه به فکر ایجاد ابزارهای مناسب جهت کمک به تسریع رشد اقتصادی افتادند که ارکان اقتصادی جوامع اسلامی نیز نتیجه این تفکر می باشد بطوریکه بانکهای اسلامی متعددی در قرن اخیر بوجود آمدند تا نیازهای اقتصادی جوامع اسلامی را پوشش دهند.

پایه و اساس بانکداری اسلامی از اساس با بانکداری متعارف و ربوی متفاوت است و مبتنی بر ایدئولوژی خاص خود می باشد و بر این اساس می توان گفت که یک چارچوب کلی حاکم بر بانکداری اسلامی است و این چارچوب چیزی نیست جز التزام به احکام شریعت اسلامی و مقتضای این التزام اینست که بانکهای اسلامی موظف هستند که فعالیتی مخالف احکام اسلام انجام ندهند و تمامی عملیات و معاملات خود را مطابق ضوابط و احکام فقهی در خصوص اموال و سرمایه انجام بدهند. از مظاهر تمکین بانکداری اسلامی به قواعد اسلامی و شرعی می توان گفت عدم تعامل بانکهای اسلامی به بهره و ربا یعنی اینکه بانکهای اسلامی نباید در مقابل سرمایه هایی که اخذ می نمایند به صاحبان سرمایه فائده و سود پرداخت نمایند کما اینکه نمی توانند از کسانی که از بانکها سرمایه اخذ می نمایند سود و فایده بگیرند و نتیجتاً درآمدهای ایجاد شده در بانکهای اسلامی با فائده و سود ربوی ناسازگار است^۱. در حقوق ایران و مطابق قانون مدنی متعاملین در نوع عقد، شروط و اوصاف آن آزاد هستند و مجرد رضای آنان برای ایجاد التزام کافی است، بدون اینکه به شکل خاصی از عقود و یا نحوه بیان اراده انشائی یا استفاده از الفاظ خاص، مقید باشند. تا حدود صد سال قبل در ایران، بیشتر عملیات بانکداری اعم از خرید و فروش سکه و پولهای خارجی و اعطای وام توسط صراف ها انجام می گرفت. در این دوره صرافها اغلب به خرید و فروش جواهرات مثل مروارید و الماس و سنگهای قیمتی، طلا، نقره و سکه و نیز تبدیل پول اسپانیائی به پول ایران و اعطای قرض به مردم می پرداختند. در سال 1611 میلادی در قزوین بازار صراف ها وجود داشته است. پس از گسترش تجارت بین ایران و اروپا در قرن نوزدهم و عدم توانائی صراف ها برای تهیه ارزهای خارجی مورد نیاز و اخذ سود بالای تجاری در حدود 24 درصد از وامهای اعطائی، نیاز جدی

^۱ - موسویان، سید عباس و میسمی، حسین (۱۳۹۳) بانکداری اسلامی ۱ مبانی نظری تجارب عملی، انتشارات پژوهشکده

به تاسیس بانکی که بتواند نیازهای تجاری آن روز را با روشهای جدید تامین نماید احساس گردید.^۱ اولین موسسه بانکی در ایران «بانک جدید شرق» بود. این بانک که مرکز اصلی اش در لندن بود در سال **۱۸۸۸** میلادی از طریق عوامل هندی خود بدون کسب امتیازی از دولت ایران، شعبی را در تهران، مشهد، تبریز، رشت، اصفهان و بوشهر تاسیس نمود. این بانک طی کمتر از دو سال یعنی در سال **۱۸۶۱** میلادی کلیه اثاثیه و شعب خود را به بانک شاهنشاهی فروخت. بانک شاهنشاهی در سال **۱۲۶۸** شمسی با حق انحصاری انتشار اسکناس تاسیس شد و به عملیات بانکداری پرداخت. پس از آن بانکهای متعددی نظیر «بانک استقراضی ایران»، «بانک عثمانی»، «بانک روس و ایران»، «بانک سپه»، «موسسه رهنی ایران»، «بانک ملی ایران» تاسیس شدند. بر اساس قانون پولی و بانکی مصوب خرداد ماه **۱۳۳۶** شمسی بانک مرکزی ایران با وظیفه اجرای سیاستهای پولی و اعتباری کشور و نظارت بر سیستم بانکی کشور و با سرمایه سه هزار و ششصد میلیون ریال تاسیس شد و از اول دیماه همان سال شروع به فعالیت کرد.^۱ با پیروزی انقلاب اسلامی سیستم بانکی ایران وارد مرحله جدیدی گردید و از نظر ارزشی و فلسفی کاملاً دگرگون شد. در این راستا ابتدا مصوبه سیصد و نود و دومین جلسه شورای پول و اعتبار در سوم دیماه **۱۳۵۸** به کاهش نرخ بهره و تغییر نام آن به کارمزد برای انواع سپرده ها منجر گردید. مرحله بعدی هم اقدام برای حذف کامل بهره از نظام بانکی کشور از طریق تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا در شهریور ماه **۱۳۶۲** بود که بر پایه آن همه بانکها مکلف شدند که کلیه فعالیتهای بانکی خود را با مفاد این قانون منطبق نمایند. قانون عملیات بانکی بدون ربا مشتمل بر بیست و هفت ماده و چهار تبصره در سال **۱۳۶۲** شمسی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. متعاقباً آئین نامه های این قانون نیز توسط وزارت امور اقتصادی و دارائی با پیشنهاد بانک مرکزی در پنج فصل تهیه شد و به تصویب هیات وزیران رسید و دستورالعمل های مربوطه تهیه و ابلاغ گردید. پس از ابلاغ این آئین نامه ها و دستورالعمل ها، از تاریخ **۱۱/۱۱/۶۳** مقررات مزبور وارد مرحله اجرایی شد. به دلیل شباهت ساختار حقوقی مصر، بانکداری اسلامی این کشور با حقوق ایران و قوانین موضوعه و منضبط

^۱- رضوی، مهدی (۱۳۸۴)، سیر تکامل بانکداری در ایران رویکرد بدون ربا، بانک توسعه صادرات ایران، ص ۱۶۲

موجود در حقوق مصر و پیروی آن از قواعد فقه عامه، برای تطبیق انتخاب گردیده است. در ادامه عقود مختلف در نظام بانکداری ایران و مصر با هم مقایسه گردیده است.

بخش اول: عقد استصناع

از آنجائیکه در طول تاریخ مردم جهت رفع نیازهای طبیعی خود احتیاج به وسایلی داشتند که موجود نبود و می بایست ساخته می شد و خود تخصص درست کردن آن را نداشتند، از قبل از اسلام با عقد استصناع آشنا بوده اند. انسانها برای رفع احتیاجات خود اجناس و کالاهائی را که موجود بوده اند خریداری می نمودند ولی در خصوص اجناسی که موجود نبود، مجبور بودند کالای مورد نظر را با صفات معینی از فروشنده طلب نمایند و ثمن را نقداً پرداخت نمایند و یا اینکه ثمن را پس از دریافت جنس ساخته شده پرداخت نمایند¹. این رویه موجود در بین مردم در واقع همان عقد استصناع است که در ذیل به بررسی آن خواهیم پرداخت.

بند اول: استصناع در حقوق مصر

قانون مدنی مصر تعریف مستقلی از استصناع نکرده است اما استصناع تحت عنوان عقد مقاوله در قانون مدنی مصر مطرح شده است. ماده 646 قانون مدنی مصر در تعریف عقد مقاوله می گوید: مقاوله عقدی است که در آن یکی از متعاقدين تعهد می نماید چیزی را بسازد یا عملی را انجام دهد، در برابر مزدی که طرف دیگر به وی پرداخت می کند. همچنین ماده 647 قانون مدنی مصر می گوید: در مقاوله صانع می تواند علاوه بر عمل، ماده را هم خودش تامین نماید. از ترکیب دو ماده بدین صورت که سازنده تعهد نماید که چیزی را بسازد در حالیکه مواد آن را خودش تامین نماید، استصناع بخوبی قابل مشاهده است و منطبق بر تعریفی است که از استصناع شده.

بند دوم: استصناع در حقوق ایران

بررسی ماهیت استصناع در حقوق ایران مبتنی بر دو فرض است: - استصناع عقدی مستقل است و ماهیت مستقلی از عقود معوض دارد. استصناع عقدی است غیر مستقل که در قالب عقود معوض ذکر شده در قانون مدنی قرار می گیرد. منظور از مستقل بودن این عقد اینست

که این قرارداد با ماهیت خاص خود دارای احکام و آثار و شرایط خاص قانونی و توافقی خواهد بود. ادله ای که می توان برای مستقل بودن این عقد بیان کرد به شرح ذیل می باشد:

- اصل آزادی قراردادها

قانون مدنی ایران به تبع از نظر مشهور در فقه امامیه مبنی بر اصل امضائی بودن عقود، در ماده 11 مقرر می دارد: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است». این ماده قانونی مبین اصل آزادی قراردادهاست. در نتیجه طرفین در انعقاد قراردادهای فیما بین مادامی که بر خلاف مقررات توافقی را انجام نداده اند آزاد هستند و عقد استصناع با تمام شرایط و خصوصیاتش به عنوان یک توافق از منظر قانون گذار معتبر می باشد. در قانون مدنی و یا سایر قوانین حقوقی ایران راجع به عقد استصناع سخنی به میان نیامده است. بر اساس ماده 68 قانون برنامه پنجم توسعه جمهوری عقد استصناع به عقود مورد استفاده در نظام بانکداری ایران وارد شد و آئین نامه اجرائی و دستورالعمل اجرائی آن ابلاغ گردید. بموجب ماده 1 دستورالعمل اجرائی عقود سه گانه مورخ 61/15/25 شورای پول و اعتبار: استصناع عقدی است که بموجب آن یکی از طرفین در مقابل مبلغ معین، متعهد به ساخت اموال منقول و غیرمنقول، مادی و غیر مادی با مشخصات مورد تقاضا و تحویل آن در دوره زمانی معین به طرف دیگر می گردد. مطابق دستورالعمل عقد استصناع، بانکها می بایست در پرداخت تسهیلات از طریق عقد استصناع به روش ذیل عمل نمایند ابتدا مشتری با مراجعه به بانک در خواست تحویل اموال معینی را در دوره زمانی معین از بانک می نماید (استصناع اول). پس از انعقاد قرارداد اول، بانک با سازنده کالای مورد نظر مشتری وارد معامله می گردد و بموجب یک قرارداد استصناع، سازنده را متعهد می نماید که در دوره زمانی معین اموال مورد نظر را به بانک یا نماینده بانک تحویل دهد (استصناع دوم). پس از اجرای استصناع دوم بصورت کامل بانک اموال ساخته شده را به مشتری تحویل میدهد و این بمعنای تحقق استصناع اول خواهد بود. شروط ذکر شده در دستورالعمل اجرائی عقد استصناع برای تحقق عقد عبارتند از:

- اموال موضوع عقد استصناع نباید ساخته شده باشد و باید دارای مشخصات مورد تقاضا و ویژگیهای آن از قبیل اندازه، حجم، کیفیت، کمیت و غیره به طور صریح در عقد ذکر شود (ماده 4 و 18 دستورالعمل).

- دوره زمانی تحویل کالای موضوع عقد استصناع می بایست صریحاً در قرارداد ذکر گردد و معین باشد. (ماده 5 و 18 دستورالعمل)

- در عقد استصناع اول بانک می بایست اختیار واگذاری ساخت اموال مورد نظر را به غیر، برای خود ملحوظ نماید. (تبصره ماده 5 دستورالعمل)

- در عقد استصناع اول و دوم مبلغ و نحوه پرداخت آن می بایست معلوم و معین باشد. (ماده 8 و 18 دستورالعمل)

- در عقد استصناع اول می بایست شرایط تحویل اموال مورد معامله تصریح گردد. (ماده 6 دستورالعمل)

بخش دوم: مرابحه در حقوق مصر

در قانون مدنی مصر همانند قانون مدنی ایران مستقلاً از عقد مرابحه سخنی به میان نیامده و در نتیجه قواعد عقد بیع حاکم بر این عقد خواهد بود لکن بر خلاف قانون بانکداری ایران که اخیراً این عقد را به عنوان یک قرارداد مستقل جزء عقود قابل استفاده جهت اعطای تسهیلات به رسمیت شناخته؛ در حقوق مصر قانون مستقلی جهت تنقیح و تشریح عقد مرابحه وجود ندارد و بانکهای اسلامی مصر بر اساس قواعد عمومی قراردادها و علی الخصوص قواعد مربوط به عقد بیع و البته با استفاده از فقه عامه از عقد مرابحه به عنوان یکی از عقود پر کاربرد در عملیات بانکداری خود استفاده می نمایند. بانک فیصل مصر از عقد مرابحه للآمر بالشراء استفاده می کند، آنهم نوعی که در آن هم بانک و هم مشتری ملزم به انجام وعده خود هستند. این بانک این کار را در دو مرحله انجام می دهد:

مرحله اول : مواعده بین مشتری و بانک که قبل از آن مشتری از بانک درخواست خرید کالای مورد نظر را نموده است و بانک نیز ضمن موافقت با درخواست مشتری و التزام وی به خرید کالا، ملتزم به فروش آن به مشتری بر اساس سود معین بین طرفین می گردد. البته در این مواعده در خصوص ثمن و نسبت سود بانک و چگونگی پرداخت ثمن به بانک و تضمینات لازمه توافق صورت می پذیرد.

مرحله دوم : مرحله ابرام عقد. در این مرحله که بعد از مرحله اول و زمانیست که بانک کالا مورد نظر مشتری را خریداری کرده است و به تملک خود درآورده است که این مرحله شامل موارد ذیل است : بانک کالای دارای اوصاف مقرر را به مشتری می فروشد، بیع در این صورت تکمیل شده است و طرفین با قبول آن در خصوص ثمن توافق کرده اند و مشتری با اقرار بر معاینه کامل مبیع، حق رجوع خود نسبت به هرگونه عیب مبیع را از خود سلب می نماید^۱. بانک فیصل مصر از عقد مرابحه برای تامین کالاهائی که در داخل کشور وجود دارند و همچنین برای تامین کالاهای خارجی بمنظور تامین مالی مشتریان استفاده می نماید^۲.

بخش سوم: مرابحه در حقوق ایران

در قانون مدنی ایران در خصوص این بیع به صراحت صحبتی نشده است در نتیجه باید در سایه مواد مربوط به بیع این نوع از معامله را بررسی کرد. آنچه که از مطالعه نظرات صاحب نظران حقوقی ایران برداشت می شود اینست که مرابحه یک نوع بیع است بر مبنای اخبار بهای خرید. در این نوع از بیع، توافق دو طرف بر این منباست که سودی عادلانه به فروشنده از بهای خرید برسد. پس فروشنده بهای خرید مبیع را که به «راس المال» شهرت دارد اعلام می کند و سود را بر آن می افزاید و مجموع راس المال و ربح ثمن قرار می گیرد و باید تسلیم فروشنده شود. در نتیجه در مرابحه، ثمن دو جزء دارد : - راس المال یا بهای خرید - ربح یا سود فروشنده. پس، عقد در صورتی درست است که هر دو جزء معلوم باشد : اگر فروشنده بگوید آنچه خریده ام با ده درصد سود می فروشم و خریدار آن را بپذیرد، یا فروشنده اعلام کند که به بهای خرید معلوم باضافه ربحی عادلانه می فروشم، عقد واقع نمی شود، زیرا درست است که ثمن قابل

تعیین است ولی در زمان تراضی معلوم نیست و ایجاب تمام ارکان لازم برای وقوع تراضی را در بر ندارد^۱. مطابق با آئین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا موضوع تصویب نامه شماره 68267/ت46738-هـ مورخ 1361/15/12 هیات وزیران، عقد مرابحه به عقود بانکداری ایران اضافه گردید و مواد 81 و 82 و 83 و 84 و 85 به این عقد اختصاص پیدا کرد. ماده 81 آئین نامه در تعریف عقد مرابحه می گوید: «مرابحه قراردادی است که بموجب آن عرضه کننده بهای تمام شده اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی می رساند و سپس با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود آن را بصورت نقدی، نسیه، دفعی یا اقساطی، به اقساط مساوی یا غیر مساوی در سررسید یا سررسیدهای معین به متقاضی واگذار می نماید. دستورالعمل اجرائی این عقد نیز در جلسه یک هزار و یکصد و بیست و هشتمین جلسه مورخ 1361/15/25 به تصویب شورای پول و اعتبار رسید. بموجب این دستورالعمل مرابحه قراردادیست که به موجب آن عرضه کننده، بهای تمام شده اموال و خدمات را به اطلاع متقاضی می رساند سپس با افزودن مبلغ یا درصدی اضافی به عنوان سود، آن را بصورت نقدی، نسیه، نقدی یا اقساطی به اقساط مساوی و یا غیر مساوی در سررسید یا سررسیدهای معین به متقاضی واگذار می نماید. بنابر این ضروری است که قیمت تمام شده و قیمت واگذاری اموال و خدمات، توسط بانک به اطلاع مشتری برسد. طبق این دستورالعمل اموال موضوع این عقد باید در هنگام انعقاد قرارداد موجود باشد و بانک می تواند به سفارش و درخواست متقاضی مبادرت به تهیه و تملک اموال و خدمات نموده سپس آن را در قالب عقد مرابحه به متقاضی واگذار نماید. در این راستا بانک می تواند در چارچوب عقد مزبور، با اخذ تخفیف از تولیدکنندگان یا عرضه کنندگان اموال یا خدمات، نسبت به واگذاری آن به متقاضیان اقدام نماید. در عقد مرابحه می توان اختیار انتخاب اموال و خدمات مورد نظر را به متقاضی واگذار نمود. بر اساس دستورالعمل عقد مرابحه بانک باید پیش از اقدام به تهیه اموال و خدمات، درخواست و تعهد کتبی مشتری مبنی بر خرید اموال و خدمات را دریافت و اطمینان حاصل

۱- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲) حقوق مدنی دوره عقود معین، شرکت سهامی انتشار، ج ۱، ص ۳۱۹، ش ۱۳.

نماید که عقد مرابحه، بر اساس تبانی متقاضی و فروشنده منعقد نمی گردد. همچنین کمیسیون اعتباری بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران در جلسات مورخ 90/5/6 و 90/6/16 دستورالعمل اجرائی کارت اعتباری بر پایه عقد مرابحه را تصویب نمود. طبق ماده 82 آئین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) موضوع تصویب نامه شماره 98267/ت46738-هـ مورخ 90/15/12 هیات وزیران «بانکها می توانند به منظور رفع نیازهای واحدهای تولیدی، خدماتی و بازرگانی برای تهیه مواد اولیه، لوازم یدکی، ابزار کار، ماشین آلات تاسیسات، زمین و سایر کالاهای و خدمات مورد احتیاج این واحدها و نیازهای خانوارها برای تهیه مسکن، کالاهای بادوام و مصرفی و خدمات به سفارش و درخواست متقاضی مبادرت به تهیه و تملک این اموال و خدمات نموده و سپس آن را در قالب عقد مرابحه به متقاضی واگذار نمایند». ماده بالا دو مرحله را پیش بینی نموده است: مرحله اول درخواست متقاضی و خرید کالا توسط بانک، مرحله دوم فروش کالا توسط بانک به مشتری. سوالی که مطرح می شود اینست که هرگاه مشتری به بانک مراجعه نمود و کالای مورد نظر را درخواست کرد و بانک اقدام به خرید کالا و تملک آن نمود ولی مشتری از خرید آن سرباز زد و منصرف شد تکلیف بانک چیست؟ آیا راهکاری برای الزام مشتری به خرید وجود دارد و یا برعکس اگر بانک کالا را تملک نمود ولی نخواست آن را به مشتری بفروشد، مشتری چه کاری می تواند انجام دهد؟ مشکل از آنجا ناشی می شود که هنگام درخواست مشتری و بعد از آن تا خرید کالا هنوز هیچگونه رابطه حقوقی بین بانک و مشتری ایجاد نشده است و نتیجه طبیعی چنین وضعی عدم وجود هرگونه مسئولیتی از ناحیه مشتری و عدم امکان الزام وی به خرید است. در آئین نامه تصویب شده در خصوص عقد مرابحه هیچگونه راهکاری منظور نشده است و باید طبق ظرفیتهای موجود در قانون مدنی چنین مشکلی را حل نمود. بنظر می رسد بتوان این مورد را در قالب تعهد به بیع بررسی کرد. دکتر کاتوزیان در این خصوص می فرماید: «در تعهد به بیع فروشنده یا خریدار ملزم به انجام معامله می شود، پس اراده طرف دیگر به تنهایی نمی تواند بیع را واقع سازد. باید متعهد دوباره قصد معامله کند و در صورت امتناع وادار به این کار شود»¹. در ما نحن فیه هم شاید بتوان بر مبنای تعهد به بیع نه وعده یک

طرفی بیع، مشکل الزام طرفین را حل کرد بدینصورت که هنگام درخواست مشتری از بانک قراردادی مبنی بر تعهد بر خرید توسط مشتری تنظیم گردد تا باستناد این تعهد بانک از لحاظ حقوقی بتواند مشتری را ملزم به خرید نماید و اجبار وی را از مراجع صالحه درخواست کند و در نهایت حداقل بتواند از وی خسارت عدم انجام تعهد دریافت کند.

بخش چهارم: عقد مشارکت

بند اول: مشارکت در حقوق مصر

مطابق با ماده 515 قانون مدنی مصر شرکت عقدی است که بواسطه آن دو شخص یا بیشتر ملتزم می شوند که هریک با آوردن بخشی از سرمایه چه بصورت مال و چه بصورت عمل در یک پروژه مالی سهم شوند تا در سود و زیان پروژه مذکور سهم باشند. مطابق تعریف فوق سه نکته مهم در مشارکت وجود دارد: - مشارکت عقد است - آورده سهامداران می تواند مال یا عمل باشد - هدف شرکاء از عقد شرکت تقسیم سود یا ضرر حاصل از پروژه می باشد. در قانون مدنی مصر به صراحت از لازم و یا جایز بودن این عقد سخنی به میان نیامده است اما با توجه به مواد مربوط به این عقد در قانون مدنی مصر و علی الخصوص ماده 528 که به صراحت موت، حجر، اعسار و افلاس یکی از شرکاء را موجب انقضاء این عقد دانسته است، می توان نتیجه گرفت که قانونگذار مصر این عقد را در زمره عقود جایز دانسته است.

بند دوم: انواع سهم الشرکه در قرارداد مشارکت

با توجه به مواد 515، 518، 512 و 513 قانون مدنی مصر طرفین موارد ذیل می توانند به عنوان سهم الشرکه در قرارداد مشارکت وارد شود عبارتند از، وجه نقد، حق اعم از حق مالکیت، حق منفعت و یا هرگونه حق عینی دیگر، عمل و دیونی که شخص بر ذمه دیگری دارد، می باشد. با توجه به قانون مدنی مصر علاوه بر اطراف قرارداد مشارکت که به عنوان ارکان این عقد محسوب می شوند دو مورد دیگر نیز به عنوان رکن این قرارداد محسوب می شوند:



— سود و ضرر می‌بایست برای همه شرکا باشد و بخاطر همین نکته است که در ماده 515 قانون مدنی مصر عقدی را که در آن شرط شده است یکی از طرفین حصه‌ای از سود نخواهد برد و یا یکی از طرفین در ضرر شریک نخواهد شد باطل دانسته است:

اگر در عقد شرکت توافق بر این باشد که یکی از شرکا در سود شرکت و یا ضرر آن سهم نباشد عقد شرکت باطل خواهد بود. البته مطابق ماده 515 مذکور در صورتیکه سهم شریک عمل باشد به شرطی که اجر و مزد عمل به وی پرداخت نشود، می‌توان وی را از تحمل ضرر در قرارداد مشارکت معاف نمود.

— عقد شرکت می‌بایست مکتوب باشد. مکتوب بودن این عقد آنقدر مهم است که در ماده 517 قانون مدنی، عدم رعایت آن را موجب بطلان عقد دانسته است.

— طرق انقضاء عقد شرکت

طبق مواد 526، 527 و 528 قانون مدنی مصر در موارد ذیل قرارداد شرکت منقضی می‌گردد:

— اتمام مدت زمان مشارکت مدنی

— پایان یافتن عملی که موضوع شرکت بوده است

— از بین رفتن کل سرمایه شرکت

— بواسطه موت و یا حجر و یا اعسار و افلاس یکی از شرکاء

بر اساس ماده 514 قانون مدنی مصر در عقد شرکت، طرفین می‌توانند بصورت صریح در خصوص نحوه و نسبت سود و ضرر توافق نمایند در غیر اینصورت تقسیم سود و ضرر بر اساس نسبت شرکت در سرمایه خواهد بود: اگر در عقد شرکت بصورت صریح نسبت سود و ضرر شرکاء ذکر نشده باشد، نصیب هریک از شرکاء در سود و ضرر به نسبت سهمش از سرمایه خواهد بود.

بخش پنجم: مشارکت در حقوق ایران

عقد شرکت به گروهی از عقود اطلاق می شود که طرفین برای بدست آوردن سود در مقابل هم قرار نمی گیرند بلکه در کنار هم هستند و نیرو های خود را برای رسیدن به یک هدف مشترک بکار می برند و هدف آنها از عقد و تراضی کسب یک نتیجه یا سود مشترک است. عقد «مضاربه» و «مزارعه» و «مساقات» و «شرکت» داخل در این قسم می باشند. در مقابل این دسته از عقود اصطلاحاً عقودی قرار می گیرند که بنای آنها بر چانه زنی است و هریک از طرفین به دنبال سود و منافع خود می باشد. مانند عقد بیع که بایع با فروش مال خود به قیمت بیشتر و خریدار با خرید ارزانتر سعی در کسب منفعت بیشتر دارند.

شرکت در مفهوم عام خود دو ویژگی و خصیصه دارد:

۱- اتحاد منافع ۲- احتمالی بودن یکی از دو عوض.

ب: شرکت به معنای خاص:

شرکت به معنی خاص در سه معنی به کار می رود:

۱- شرکت تجاری ۲- مال مشاع (شرکت غیر عقدی) ۳- شرکت مدنی (شرکت عقدی)

شرکت تجاری: شرکتهای تجاری در قانون تجارت تعریف نشده است و فقط مصادیق آن در ماده ۲۱ این قانون آمده است.. بنا به تعریفی که بعضی اساتید از شرکت تجاری بیان داشته اند، شرکت تجاری عبارت است: از نوعی شرکت عقدی که به موجب قوانین تجاری و مالی برای انجام امور بازرگانی تشکیل و منشأ پیدایش شخصیت حقوقی در حقوق خصوصی می شود.^۱

^۱ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۲)، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، ص ۳۳۳



شرکت در مال مشاع (شرکت غیرعقدی): با اینکه باب سوم قانون مدنی در عقود معینه مختلفه است و فصل هشتم آن به عقد شرکت اختصاص پیدا کرده است، لکن قانون مدنی ما مواد مرتبط با شرکت عقدی و غیر عقدی را به صورت مختلط آورده است.

شرکت مدنی (شرکت عقدی): شرکت عقدی یا شرکت مدنی یکی از عقود معینه است و به همین جهت قانون مدنی بحث شرکت را در باب عقود آورده است. شرکت مدنی عقدی است که ثمره آن جواز تصرف مالکین متعدد شیء واحد در مال مشترک می باشد بنابراین سمت هر یک از شرکا بعد از تحقق عقد شرکت وکالت و عاملیت است و همین امر تفاوت شرکت مدنی با حالت اشاعه صرف است که بر اثر ارث یا عقد به وجود می آید. در قانون مدنی ماده مستقلی که به صراحت عقد شرکت را تعریف کند. به چشم نمی خورد ماده **571** ناظر به تعریف اشاعه محض است در سایر موارد اشاراتی بطور مجمل به خصوصیات عقد شرکت وجود دارد. در قوانین ما معیاری نیامده است که بتوان شرکتهای مدنی و تجاری را با بکار بردن آن از هم باز شناخت. ولی منطقی است که ضابطه تمیز تاجر از غیر تاجر را در این تشخیص رعایت کرد. پس شرکتی را باید تجارتی نامید که بر طبق معمول به کارهای بازرگانی می پردازد. به بیان دیگر، شرکتی که بر پایه اساسنامه یا قرارداد شرکت، به اعمالی می پردازد که وصف تجارتی دارد¹. در موردی که یکی از شرکا سرمایه نقدی و یا غیر نقدی به شرکت نمی آورد و صرفاً حرفه و کار خود را اساس همکاری قرار می دهد شرکت به معنی خاص کلمه تحقق نمی پذیرد این نوع مشارکتهای که شرکا سرمایه معینی را به شرکت نمی آورند امروزه رایج است و هدف از آن متحد ساختن امکانات فنی و مالی دو یا چند شخص و یا شرکت تجاری به منظور انعقاد قرارداد با دیگران و یا فعالیت در رشته خاصی است. این شرکتهای بدون سرمایه اسمی هستند و به همین جهت در حقوق فرانسه فاقد شخصیت حقوقی محسوب می شوند در حقوق ایران می توان این قبیل مشارکتهای را مشمول ماده **11** قانون مدنی دانست زیرا نه تنها مخالف هیچ نص صریح قانونی نیستند بلکه با هیچ یک از قواعد آمره حقوقی نیز منافات ندارند به علاوه ضرورتهای اقتصادی و محاسن اجتماعی این نوع مشارکت

باعث پیدایش و رواج آنها شده و علم حقوق نیز باید به این قبیل تاسیسات حقوقی که در جهت توسعه روابط اجتماعی مردم ایجاد می شوند احترام گذارد. طبق ماده 575 ق. م. یکی از اصول اساسی در عقد شرکت تقسیم سود و زیان به نسبت سهم الشرکه است نه کاری که هر کدام انجام می دهند اگر سهم الشرکه مساوی باشد سود نیز باید به طور مساوی تقسیم شود و اگر سهم شرکا مختلف باشد سود به نسبت سهم تقسیم می شود خواه تنها یکی از آندو کار کند و یا هر دو به اتفاق و خواه کار آنان دارای ارزش برابر باشد یا نابرابر. در اداره اموال مشترک نیز اجرت المثل به کسی تعلق نمی گیرد، مگر اینکه ضمن عقد شرط شود.¹ اما نکته ای که می بایست به آن پرداخته شود اینست که آیا در عقد شرکت مدنی می توان شرط کرد که یکی از شرکاء سودی بیشتر یا کمتر از سرمایه خود ببرد یا خیر. قبل از ورود در اصل مساله می بایست ابتدا دو مورد را از هم تفکیک کرد اول زمانی که یکی از شرکاء عملی زیاده انجام دهد و دوم زمانی که عمل زیاده نداشت و یا قرار نباشد عمل زیاده تری منظور گردد. هرگاه یکی از شرکاء اداره را به عهده می گیرد و یا کار بیشتری می کند یا تخصص بیشتری دارد و بخش اضافی سود در برابر کار یا تخصص به او داده می شود به اتفاق می توان مقدار سهم بیشتری را برای وی منظور نمود. قانون مدنی در ماده 575 در این باره می گوید: «هر یک از شرکاء به نسبت سهم خود در نفع و ضرر سهیم می باشند مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی سهم زیاده تری منظور شده باشد»¹. آنچه که از ظاهر قانون مدنی قابل برداشت است خصوصاً ماده 575 ق. م. اینست که چنین شرطی باطل است اما در خصوص اینکه آیا مفهوم مخالف این ماده با منطوق ماده 11 قانون مدنی در خصوص اصل آزادی قراردادها قابل جمع است و کدامیک مقدم است بین حقوقدانان اختلاف نظر است. دکتر کاتوزیان و دکتر بروجردی عده قائل به مقدم دانستن اصل آزادی قراردادها هستند اما دکتر سید حسن امامی و دکتر مصطفی عدل قائل به مقدم بودن مفهوم ماده 575 ق. م. و بطلان چنین شرطی هستند². در بانکداری ایران جهت دریافت سود و محاسبه آن در اتمام قرارداد مشارکت

^۱ - کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲) حقوق مدنی دوره عقود معین، کتابخانه گنج دانش، تهران، ج ۱، ص ۴۴



از تخمین سود استفاده می کنند و قراردادهای تصفیه مشارکت را بر اساس سود مورد انتظار منعقد می نمایند. سود مورد انتظار عبارت است از درآمدی که با اجرای طرح مشارکت مدنی طبق قرارداد منعقد بین بانک و متقاضی عاید بانک می گردد. این سود نباید از نرخ سود سپرده بلند مدت کمتر باشد¹. این سود همه ساله توسط بانک مرکزی ایران به بانکها و موسسات مالی و اعتباری ابلاغ می گردد.

بخش ششم: مضاربه

بند اول: مضاربه در حقوق مصر

در حقوق مصر عقد مضاربه تحت عنوان یکی از وجوه عقد مشارکت قرار می گیرد در نتیجه کلیه احکام و قواعد مربوط به عقد شرکت در خصوص این عقد جاری و ساری خواهد بود. مضاربه در حقوق مصر با عنوان شرکت عقدی قابل توجه است با همان تعریف کلی ماده 515 قانون مدنی مصر که در تعریف شرکت می گوید: شرکت عقدی است که بواسطه آن دو شخص یا بیشتر ملتزم می شوند که هریک با آوردن بخشی از سرمایه چه بصورت مال و چه بصورت عمل در یک پروژه مالی سهام شوند تا در سود و زیان آن سهام باشند. نظر به تعریف صورت گرفته از مضاربه و قواعد عمومی عقد شرکت در قانون مصر می توان ارکان زیر را به عنوان ارکان عقد مضاربه بیان نمود:

- مالک: شرط اول مالک اینست که ممنوع التصرف در مال مورد مضاربه نباشد و شرط دوم اینست که از آنجائیکه در عقد مضاربه مالک در حکم موکل است می بایست صلاحیت وکالت دادن را دارا باشد.

- عامل: وی همانند وکیل است در نتیجه باید شرایط عمومی وکیل را داشته باشد از قبیل بلوغ و رشد.

- مال: مال مورد مضاربه ضرورتاً می بایست وجه نقد باشد در نتیجه نمی توان مال موضوع مضاربه کالا و یا دینی که بر ذمه دیگری است باشد.

عمل : عامل حتماً می بایست با مال مورد نظر تجارت نماید.

ربح : در عقد مضاربه می بایست مشخص شود که عامل چه مقدار سود از سود حاصله را خواهد برد.

صیغه ایجاب و قبول.

بند دوم: شیوه عمل بانک فیصل اسلامی مصر

این بانک برای مشتریانش نسبت به افتتاح «حسابات الاستثمار» بر اساس عقد مضاربه اقدام می نماید که در این عقد بانک به عنوان صاحب عمل و شریکش به عنوان صاحب سرمایه بوده و حاصل و نتیجه طبق توافقات انجام شده بین طرفین تقسیم خواهد شد. همچنین بانک برای گسترش پروژه های کوچک مبادرت به اعطای تسهیلات در قالب عقد مضاربه نموده و مشتریان بر اساس عقد مضاربه مبادرت به فعالیت تجاری کرده و سود حاصل را بین طرفین بر اساس توافقات انجام شده در قرارداد تقسیم می نمایند^۱

بند سوم: مضاربه در حقوق ایران

قانون مدنی ایران فصل مستقلی را برای مضاربه به عنوان یکی از عقود معین اختصاص داده است و در فصل ششم این قانون به تعریف و مسائل مربوط به این عقد پرداخته است. ماده 546 قانون مدنی در تعریف مضاربه می گوید : «مضاربه عقدیست که بموجب آن احد متعاملین سرمایه می دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می شود» با توجه به این تعریف مضاربه پیمانی است که در نوع خاصی از شرکت تجاری بین صاحب سرمایه و عامل او ایجاد می شود، شرکتی که در آن یکی از شرکا سرمایه را می دهد و دیگری خدمات و کارائی خود را به میان می نهد. این شرکت از شخصیت حقوقی بی بهره است و همه داد و ستدها به نام عامل و

^۱ - الجبجعی العاملی، زین الدین (۱۳۷۰) الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی، ج ۱،

بوسیله او انجام می شود ولی نتیجه معامله به صاحب سرمایه می رسد زیرا اوست که زیانهای ناشی از معامله را متحمل می شود و تعهدات مالی و پیمانهای عامل را از دارائی خود اجرا می کند.^۱ مضاربه در ضمن عقود عهدی است نه تملیکی زیرا در عقد مضاربه هیچ مالی به مضارب تملیک نمی شود و او حق عینی بر سهمی از سرمایه یا اموال مالک پیدا نمی کند. در اثر این پیمان تعهداتی برای طرفین بوجود می آید که در نتیجه اجرای آنها ممکن است عامل مالک مالی شود. مالی را که هنوز بوجود نیامده است نمی توان به دیگری تملیک کرد.^۲ در حقوق ایران، معین بودن موضوع عقود، از جمله عقد مضاربه، از شرایط درستی آن است (بند ۳ ماده ۱۶۱ قانون مدنی (ماده ۲۱۶ قانون مدنی مقرر می دارد که: (مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در مورد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است). باتوجه به نظر مشهور در فقه امامیه، می توان گفت چنانچه در عقد مضاربه سرمایه معین نباشد، این عقد در حقوق ایران که عمدتاً برفقه امامیه مبتنی است، باطل است. نتیجه مطالب بالا این است که شرط درستی مضاربه، معلوم و معین بودن سرمایه مضاربه است. به نظر می رسد در صورت فقدان اجماع در فساد عقد با وجود جهل، به دلیل وجود ادله عام و مطلق، جهالتی که سرانجام منجر به علم و آگاهی می شود مفسد عقد نیست؛ مانند موردی که، عقد مضاربه بر صندوقی که حاوی مقداری وجه نقد است منعقد می شود بدون اینکه در زمان عقد علم به مقدار آن باشد، اما پس از عقد، طرف معامله وجه موجود را شمارش می کند و از آن آگاه می شود و به مفاد عقد می پردازد.^۳

بخش هفتم: جعاله

بند اول: جعاله در حقوق مصر

در بحث گذشته و در خصوص آراء مذاهب اربعه عنوان شد که حنفیه عقد جعاله را صحیح نمی دانند و ظاهراً^۴ بر همین مبنا در حقوق مصر نیز صحبتی از این عقد به میان نیامده است و در نتیجه این مبحث قابل طرح نخواهد بود.

^۱ کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، دوره حقوق مدنی مشارکتها و صلح، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ج ۱، ص ۱۲۳، ش ۲۳

^۲ کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، دوره حقوق مدنی مشارکتها و صلح، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ج ۱، ص ۱۲۴، ش ۲۶

بند دوم: جعاله در حقوق ایران

قانون مدنی در تعریف جعاله از فقه امامیه اقتباس نموده و در ماده 561 مقرر داشته: «جعاله عبارت است از التزام شخصی به ادای اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیرمعین» و در ماده 562 آمده است: «در جعاله ملتزم را جاعل و طرف را عامل و اجرت را جعل می گویند.» همچنین ماده 66 آیین نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده 1 دستورالعمل جعاله آن را چنین تعریف نموده است: «جعاله عبارت است از التزام شخص جاعل یا کارفرما به ادای مبلغ یا اجرت معلوم در مقابل انجام عملی معین طبق قرارداد، طرفی که عمل را انجام می دهد عامل یا پیمانکار نامیده می شود.»

- در فقه و قانون مدنی به طرفین جعاله، جاعل و عامل گفته می شود ولی در مقررات بانکی برای هر یک از جاعل و عامل معادل فارسی آنها یعنی کارفرما و پیمانکار هم به کار برده شده است.

- در مقررات بانکی فقط جعاله خاص پذیرفته شده و اشاره ای به جعاله عام نشده است ولی از نظر فقهی و قانون مدنی جعاله بر دو نوع است: جعاله خاص و جعاله عام.

جعاله خاص: جعاله ای است که در آن جاعل ایجاب را به طرفیت شخص معینی به عمل می آورد مثل اینکه شخص الف را مخاطب قرار می دهد و می گوید اگر فلان عمل را انجام دهی فلان مال را به تو می دهم. و در نتیجه فقط مخاطب می تواند آن عمل را قبول کند و اگر دیگری عمل را انجام دهد، مستحق جعل نخواهد شد مثل اینکه شخصی خطاب به نقاش مشهوری اعلام کند که اگر فلان تابلوی نقاشی را برایم بکشی فلان مبلغ را به تو خواهم داد.

جعاله عام: جعاله ای است که در آن جاعل ایجاب را خطاب به عموم به عمل می آورد و شخص خاصی را برای انجام عمل در نظر نگرفته است. زیرا برای او نتیجه کار اهمیت دارد بدون توجه به عامل آن. مثل اینکه اعلام شود به هر کس که واکسن بیماری ایدز را کشف کند فلان مبلغ داده می شود (مواد 561 و 564 قانون مدنی)². با توجه به تعریف جعاله، وجوه

اشتراک و افتراقی بین این عمل حقوقی و اعمال حقوقی مشابه مانند استیفاء، اجاره، حق العمل کاری، شرط ابتدایی (التزام یک طرفه) و سبق و رمایه وجود دارد که بررسی اجمالی آنها به فهم بهتر موضوع مقاله کمک می کند.

استیفاء که عبارت است از بهره مند شدن کسی از عمل یا منفعت مال غیر بر مبنای اذن قبلی مالک یک واقعه حقوقی است که در آن قصد انشاء شرط نیست و به همین دلیل در ماده **317** قانون مدنی به عنوان چهارمین سبب ضمان قهری شناخته شده است، در حالی که جعاله یک عمل حقوقی است که متکی به قصد انشاء می باشد و دیگر اینکه در استیفاء لازم نیست که اجرت تعیین شود و صرف تقاضا و درخواست انجام عمل کافی است. در عقد اجاره اشخاص و جعاله که موضوع هر دو استفاده از عمل دیگری است، تفاوت هایی وجود دارد.

اولاً: در عقد اجاره اشخاص که به صورت مطلق منعقد می شود از زمان انعقاد عقد، اجیر استحقاق مطالبه اجرت مقرر را از طرف مقابل پیدا می کند زیرا اجاره عقدی است تملیکی. در صورتی که در جعاله عامل پس از اجرای مفاد عقد جعاله می تواند جعل را مطالبه کند (ماده **567** قانون مدنی)

ثانیاً: موضوع عقد اجاره باید به نحو تفصیلی معلوم و معین باشد، در حالی که در جعاله معلوم بودن مورد عقد به طور اجمالی هم کفایت می کند (مواد **563** و **564** قانون مدنی)

ثالثاً: اجاره به طور مسلم از عقود است، اما در مورد عقد یا ایقاع بودن جعاله اختلاف نظر وجود دارد.

رابعاً: عقد اجاره از هر دو طرف لازم است در حالی که جعاله جایز است (ماده **565** قانون مدنی) خامساً: در اجاره اجیر باید معین باشد، ولی در جعاله عامل می تواند معین یا نامعین باشد.²

سادساً: کاری که در قرارداد اجاره، فرد برای آن اجیر می شود بایستی کاملاً معلوم باشد بخلاف جعاله که می تواند تا حدودی مجهول باشد

سابعاً: در قرارداد اجاره با انعقاد قرارداد مستاجر مالک کار و اجیر مالک اجرت می شود در حالیکه در جعاله عامل بعد از انجام کار مالک اجرت می شود^۱.

حق العمل کاری که عبارت است از انجام معامله به نام خود و به حساب دیگری در مقابل دریافت حق العمل، طبق بند ۳ ماده ۲ قانون تجارت یکی از اعمال تجاری ذاتی است، با جعاله این تفاوت را دارد که مورد آن فقط وکالت یا نیابت در معاملات تجاری است در حالی که مورد جعاله هر کاری اعم از تجاری و غیر تجاری است و دامنه بسیار وسیعی دارد.

آثار و نتایج هر عمل حقوقی بستگی به ماهیت آن دارد. اگر عمل حقوقی جعاله را عقد بدانیم یا ایقاع، آثار و فوائد و کاربرد آن متفاوت خواهد بود. مثلاً چنانچه ایقاع باشد با فسخ آن توسط عامل، ایجاب جاعل از بین نمی رود ولی اگر آن را عقد بدانیم با فسخ توسط عامل منفسخ می شود، اینک به شرح زیر به بیان نظریه های مختلف پرداخته خواهد شد:

۱- برخی از حقوقدانان جعاله را ایقاع می دانند^۲ و مهم ترین دلایل آنها این است که:

اولاً: قانون مدنی در تعریف جعاله از لفظ عقد استفاده نکرده و همچنین تعیین عامل و قبول او را شرط نمی داند و لذا با نداشتن مخاطب بخصوصی نیز واقع می شود و در نتیجه احتیاج به قبول ندارد در حالیکه هر عقدی محتاج به ایجاب و قبول است.

ثانیاً: اگر صغیر ممیز و سفیه بدون اذن نماینده قانونی خود، عمل مورد جعاله را انجام دهد، مستحق اجرت است حتی برخی این حکم را نسبت به صغیر غیر ممیز و مجنون سرایت داده اند، در حالی که این اشخاص نمی توانند به علت مسلوب الاراده بودن طرف عقد قرار گیرند.

^۱ - موسویان (۱۳۹۱) بازار سرمایه اسلامی ۱، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و

اندیشه

ثالثاً: اگر کسی بدون اینکه اعلام جاعل را بشنود با قصد دریافت عوض، عمل مطلوب را انجام دهد، مستحق جعل خواهد بود، حال آنکه اگر جعاله عقد باشد، چنین امری امکان ندارد.

رابعاً: در جعاله عام، قبول جعاله نه تنها موجب تعیین قابل به عنوان عامل نیست و قابل می تواند از آن صرف نظر کند بلکه دیگری هم که طرف قبول نبوده می تواند کار را انجام دهد و جعل را بگیرد.

خامساً: اگر شخصی در هنگام اعلام جاعل، قصد عمل را داشته باشد و سپس منصرف شود این انصراف مانع نخواهد بود که دوباره عمل را انجام و مستحق اجرت شود و این دلیل بر آن است که جعاله ایقاع است و گرنه اگر انصراف عامل را از باب فسخ بدانیم محتاج به ایجاب جدیدی است.^۱

- بعضی دیگر از حقوقدانان نظر بر عقد بودن جعاله دارند، و معتقدند که استحقاق عامل در نتیجه قبول ایجاب جاعل و توافق بین طرفین به وجود می آید و این توافق ممکن است صریح باشد یا ضمنی، لفظی باشد یا فعلی و قائلند به اینکه طبیعت پیشنهادها و ایجاب هایی که مخاطب آن عموم افراد هستند، دوام ایجاب را اقتضاء دارد و نباید آن را نشانه ایقاع بودن جعاله شمرد.^۲

- برخی نیز بین جعاله عام و خاص تفصیل قائل شده اند؛ در حالی که جعاله خاص را عقد می دانند، نظر به ایقاع بودن جعاله عام دارند و استدلال آنها این است که برای امکان وقوع عقد وجود دو طرف معین لازم است و حال آنکه در جعاله ممکن است که از قبل و در هنگام ایجاب، طرف معین و معلوم نباشد که در اینجا، ایقاع است.^۳

به نظر می رسد که از میان نظریات معرفی شده در فوق، نظریه عقد بودن جعاله در حقوق موضوعه ایران از قوت و استحکام بیشتری برخوردار باشد. در عقد بودن جعاله خاص تردید

^۱- بروجردی عبده، محمد (۱۳۹۲)، حقوق مدنی، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ص ۳۱۶

^۲- رئیس، مصطفی (۱۳۹۳)، جعاله در اقتصاد اسلامی، دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم، ص ۳۲

کمتری وجود دارد زیرا اگر کسی به شخصی پیشنهاد انجام عملی را در مقابل گرفتن مبلغ یا مال معینی ارائه دهد و او پیشنهاد را بپذیرد و کار مورد نظر را انجام دهد توافق طرفین منشأ تعهدات آنها است و نمی توان ادعا کرد که فقط اراده جاعل موجب التزام او شده و قصد عامل در آن مؤثر نبوده است. تردید در عقد یا ایقاع بودن جعاله، بیشتر در جعاله عام مطرح است که در حقوق موضوعه ایران جعاله اعم از خاص و عام با فراهم بودن شرایط لازم قانونی به دلایل زیر عقد و یک عمل حقوقی دو جانبه می باشد:

اولاً: قانونگذار قانون مدنی، جعاله را اعم از خاص و عام به عنوان یکی از عقود معین در فصل هفتم از باب سوم که عنوان آن باب «در عقود معینه مختلفه» می باشد، قرار داده است.

ثانیاً: در نظام حقوق موضوعه ایران، ایقاع به عنوان یک نظریه عمومی و قاعده پذیرفته نشده است، یعنی اراده یک جانبه قاعدتاً توانایی ایجاد اثر حقوقی ندارد مگر در موارد استثنایی که در قانون تصریح شده باشد از قبیل ابراء - طلاق، فسخ قرارداد، احیاء اراضی موات و حیات مباحات، تنفیذ و رد و... و در مورد جعاله در هیچ یک از مقررات قانونی تصریح نشده که اراده یک جانبه جاعل، به تنهایی ایجاد التزام می کند بلکه آن را در باب سوم در ردیف عقود معین آورده است. در حالی که عقد قرارداد در نظام حقوق موضوعه ما به عنوان یک نظریه کلی و عمومی پذیرفته شده است، بنابراین با توجه به جایگاه جعاله در قانون مدنی، التزام جاعل، محصول اراده مشترک دو طرف و نتیجه توافق آنان است.

ثالثاً: ماده 565 قانون مدنی؛ که برای جعاله دو طرف شناخته و طبق همان ماده و ماده 566 قانون مدنی برای هر یک از طرفین حق فسخ قائل شده است، و فسخ وسیله ای برای انحلال عقد می باشد نه ایقاع. رابعاً: اینکه در جعاله عام که جاعل ایجاب خود را خطاب به عموم به عمل می آورد دلیل بر ایقاع بودن آن نمی باشد، زیرا طبق قواعد عمومی قراردادها، هر عقدی را می توان خطاب به عموم ایجاب نمود که با قبول آن ایجاب توسط اولین شخص از بین مخاطبین باتوافق اراده طرفین عقد واقع می شود و قبول می تواند قولی (لفظی) باشد یا فعلی. البته فعل به انضمام رضا به آنچه جاعل ایجاب کرده قبول محسوب می شود نه صرف فعل.

خامساً: مطابق اصول و قواعد حاکم بر قراردادها، ایجاب و قبول عقد را به طور صریح یا ضمنی و به هر وسیله ای که دلالت بر قصد باطنی کند، از جمله فعل می توان به عمل آورد به جز در مواردی که به حکم قانون وسیله خاصی مثلاً لفظ لازم باشد که در جعالة از جمله جعالة عام چنین حکم خاصی وجود ندارد. در جعالة عام که شخص عامل با انجام عمل و تحویل نتیجه حتی در حالتی که قبل از اطلاع از اعلام جاعل اقدام نموده، با تحویل نتیجه کار به جاعل به طور عملی و ضمنی ایجاب جاعل را قبول می کند.

یعنی استحقاق عامل نسبت به جعل و اجرت در نتیجه پذیرش پیشنهاد جاعل و توافق بین طرفین به وجود می آید.

و در موردی هم که عامل پیش از آگاهی از ایجاب جاعل، کار را انجام داده است اشکالی ایجاد نخواهد شد زیرا اگر مقصود جاعل از پیشنهاد خود انجام کار معین و رسیدن به هدف ویژه است، چه تفاوت می کند که انجام آن عمل پیش از قبول باشد یا پس از آن زیرا در جعالة التزام جاعل به دادن جعل در برابر رسیدن به هدف و نتیجه معین است نه کوشش در راه رسیدن به نتیجه. برای مثال اگر تولیدکننده دارو اعلام کند که هرکس، فرمول فلان دارو را ارائه دهد فلان مبلغ اجرت به او تعلق می گیرد، این التزام در برابر ارائه فرمول دارو است نه کوشش در راه به دست آوردن آن و در نتیجه با ارائه فرمول به طور ضمنی دلالت بر قبولی دارد مگر اینکه استثنائاً مفاد پیشنهادی ناظر به انجام کار در آینده باشد. مثلاً اگر دانشگاهی برای ترغیب اعضای هیئت علمی خود اعلام کند هر استادی اگر یک کار تحقیقی در سال انجام دهد فلان مبلغ به او پرداخت خواهد شد، موضوع پیشنهاد، فعالیت های بعدی است نه قبلی و در نتیجه افرادی را که قبلاً کار تحقیقی انجام داده اند شامل نمی شود. زیرا بین موضوع پیشنهاد و قبول مطابقت وجود ندارد و در نتیجه قراردادی منعقد نخواهد شد که التزامی برای جاعل ایجاد کند. و خلاصه اینکه التزام جاعل در هر حال مبتنی بر توافق صریح یا ضمنی طرفین است؛ چه در جعالة عام و چه در جعالة خاص. سادساً: از نظر مقررات بانکی فقط جعالة خاص پذیرفته شده که آن را هم قرارداد تلقی نموده است. چنانکه در ماده 66 آیین نامه فصل

سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا و ماده 1 دستورالعمل اجرایی جعاله آمده است: «جعاله عبارت است از التزام شخص جاعل یا کارفرما به ادای مبلغ یا اجرت معلوم (جعل) در مقابل انجام عملی معین طبق قرارداد.» و در نتیجه جعاله بانکی در هر حال یک عقد می باشد.¹ حال که جعاله در نظام حقوقی ایران و خصوصاً در نظام بانکی به عنوان یک عمل حقوقی دو جانبه شناخته شده است، به مهمترین اوصاف آن به اختصار اشاره می شود:

- جعاله، چون عقد می باشد با قصد انشایی و توافق اراده طرفین آن یعنی جاعل و عامل منعقد می شود که معمولاً ایجاب از طرف جاعل و قبول از طرف عامل به عمل می آید.

- جعاله عقدی جایز است یعنی به اراده یکی از طرفین و همچنین به فوت و حجر یکی از طرفین منحل می شود و در جعاله های بانکی به منظور حفظ ثبات قرارداد حق فسخ از مشتری بانک، چه جاعل باشد و چه عامل به صورت ضمن عقد خارج لازم ساقط می شود.

- جعاله عقدی است معوض که عوضین آن یکی عمل مورد جعاله است و دیگری اجرت هر کاری که مشروع و عقلانی و از نظر عرف دارای ارزش باشد می تواند موضوع جعاله قرار گیرد و جعاله بر کار حرام و یا واجب صحیح نیست (ماده 571 قانون مدنی) بنابراین در جعاله های بانکی بسیاری از خدمات بانک ها از قبیل گشایش اعتبار اسنادی، صدور ضمانت نامه های بانکی، اعطای تسهیلات برای تعمیر مسکن و وسائط نقلیه و احداث راه و وصول وجه سفته و برات، خرید و فروش سهام شرکت های تجاری و غیره می تواند موضوع جعاله قرار گیرد.

- جعاله عقدی است عهدی، یعنی پس از وقوع و انجام عمل مورد جعاله، جاعل ملتزم به پرداخت جعل می شود، برخلاف عقود تملیکی مثل اجاره که از زمان انعقاد عقد اجیر مالک اجرت مقرر می شود ولی پس از انجام کار می تواند اجرت را از طرف مقابل (مستأجر) مطالبه کند. به عبارت دیگر عقد جعاله سبب ایجاد دین نیست بلکه انجام کار، سبب را به وجود می آورد یعنی به دلیل توافق طرفین، انجام کار سبب ایجاد التزام برای جاعل می باشد. البته

استحقاق عامل نسبت به دریافت جعل پس از انجام کار، مقتضای اطلاق جعاله است و طرفین می توانند برخلاف آن توافق کنند که تمام جعل یا قسمتی از آن قبلاً پرداخت شود.

- جعاله، عقد مسامحه ای است در مقابل عقود مغایه ای و بنابراین موضوع آن (اعم از عمل مورد جعاله و جعل) و همچنین عامل لازم نیست به طور تفصیلی معلوم و معین باشد (مواد 563 و 564 قانون مدنی)، در جعاله نوعی غرر وجود دارد و معاملات غرری به دلیل نهی پیامبر اکرم (ص) باطل است؛ مگر اینکه مصلحت خاصی وجود داشته باشد و به طور استثنایی اجازه داده شود که جعاله یکی از آن موارد خاص و استثنایی است و این امر از ماده 216 قانون مدنی که مقرر می دارد «مورد معامله باید مبهم نباشد مگر در موارد خاصی که علم اجمالی به آن کافی است» استنباط می شود.

- جعاله، به دلیل عقد بودن آن، اگر به صورت اکراهی یا فضولی منعقد شود غیرنافذ می باشد و نه باطل و در نتیجه امکان تنفیذ و کامل نمودن را دارد.

بخش هشتم: اجاره

بند اول: اجاره در حقوق مصر

ماده 558 قانون مدنی مصر عقد اجاره را بدین صورت تعریف می نماید: عقد اجاره عقدیست که بواسطه آن موجر ملتزم می شود تا امکان انتفاع از شیء معین را در برابر اجرت معین و برای مدت زمان معین برای مستاجر فراهم آورد. به نظر می رسد قانونگذار مصری در تعریف عقد اجاره با دقت زیاد تمامی ارکان عقد اجاره را بیان نموده است. در حقوق مصر عنوان مستقلی برای عقد اجاره منتهی به تملیک وجود ندارد اما با توجه به اینکه این عقد در واقع بیع است می توان احکام بیع را در آن جاری نمود لذا برای بررسی عقد اجاره منتهی به تملیک در حقوق مصر ماده 431 قانون مدنی مصر را بررسی خواهد شد.

ماده 431 قانون مدنی مصر عنوان می نماید: هرگاه در بیع، ثمن موجد باشد بایع می تواند انتقال مالکیت را به مشتری متوقف بر استیفاء کلیه ثمن نماید اگرچه مبیع را تحویل مشتری

داده باشد. پس هرگاه مقرر باشد ثمن بصورت اقساطی پرداخت گردد متعاقدين می توانند توافق نمایند بر اینکه اگر تمام اقساط پرداخت نگردید بايع حق فسخ داشته باشد و هرگاه کلیه اقساط پرداخت گردید زمان انتقال ملکیت به مشتری، زمان عقد بيع خواهد بود. همین احکام هرگاه متعاقدين چنین بيعی را اجاره بنامند جاری خواهد بود. در نتیجه در قانون مصر هرگاه قراردادی منعقد گردد که اجاره نامیده شود و بدینصورت باشد که در صورت پرداخت اقساط و در انتهاء مدت، مورد اجاره به مستاجر واگذار گردد، در واقع عقد واقع شده عقد بيع خواهد بود اگرچه عقد اجاره نامیده شود و کلیه احکام بيع شامل چنین عقدی خواهد بود. با توجه به قانون مدنی مصر عقد اجاره به شرط تمليک اصطلاحی صحیح است اگرچه قانونگذار مصر نام عقد بيع بر آن نهاده است و بانکهای اسلامی مصر می توانند از چنین عقدی در معاملات مالی خود استفاده نمایند. بانک اسلامی فيصل مصر در عمل از اجاره واقعی که قواعد عمومی آن بیان شد استفاده می نماید. اجاره مال و اجاره خدمات جزء صیغ تمويلی بانک فيصل اسلامی مصر می باشند لکن در این بانک از اجاره منتهی به تمليک استفاده نمی شود. اما در بانک اسلامی برکت مصر که شعبه ای از بانک برکت بحرین می باشد هم از عقد اجاره و هم از اجاره منتهی به تمليک استفاده می شود.

بند دوم: اجاره در حقوق ایران

در حقوق اروپایی قراردادی مشابه با عنوان "اجاره فروش" شناخته می شود و «آن عقدی است که صاحب مال غیرمنقول به متعامل، که به ظاهر مستاجر است، شرط می کند که پس از دادن چند قسط، مالک عین مستاجره شود. این عقد را بيع می دانند و آثار بيع را دارد» ولی در مقررات ایران چنین عقدی مورد شناسایی قرار نگرفته است. در کشور ما اصطلاح "اجاره به شرط تمليک" در متون قانونی پیش از انقلاب اسلامی دیده نمی شود. این اصطلاح ابتدا در "این نامه اجرایی اجاره به شرط تمليک" مصوب 1362/18/26 شورای پول و اعتبار و سپس در قانون عملیات بانکی بدون ربا - بهره - مصوب 1362/16/18 به کار گرفته شد و در ماده 57 این نامه تسهیلات اعطایی بانکی و این نامه فصل سوم عملیات بانکی بدون ربا

مصوب 1362/11/12 هیأت وزیران تعریف شد و چگونگی و شرایط تنظیم قرارداد مذکور در ماده 58 تا 65 این نامه یاد شده بیان گردید. در ماده 57 این آیین نامه چنین آمده است: «اجاره به شرط تملیک، عقد اجاره ای است که در آن شرط شود مستاجر در پایان مدت اجاره و در صورت عمل به شرایط مندرج در قرارداد، عین مستاجر را مالک گردد.» ارایه تعریف فوق به استناد اختیاری است که قانون گذار به هیأت وزیران اعطا کرده است؛ لذا باید آن را مورد تایید قانونگذار دانست و چنین فرض نمود که قصد قانون-گذار از "اجاره به شرط تملیک" در قانون عملیات بانکی بدون ربا، همین تعریفی است که توسط هیأت وزیران بیان گردیده است؛ پس ضابطه قانونی حاکم بر تعریف این قرارداد، تعریف مندرج در ماده 57 این نامه مذکور است.

بخش نهم: عقد سلم (سلف)

بند اول: بیع سلم در حقوق مصر

در قانون مدنی مصر هیچگونه اشاره ای نه در مباحث مربوط به عقد بیع و نه به صورت مبحث مستقل، عقد سلم نشده است. در نتیجه این عقد در حقوق مصر با اصل کلی استفاده از قواعد عقد بیع و با همان مبنای فقه عامه قابل تفسیر و توضیح می باشد.

بند دوم: بیع سلم در حقوق ایران

سلم در لغت به معنای پیش پرداخت، قبول کردن، اطاعت نمودن آمده است.^۱ بیع سلم که مترادف بیع سلف است بیعی است که در آن ثمن نقداً و در هنگام انعقاد بیع پرداخت می شود و مبیع آن مؤجل و کلی فی الذمه است. در عرف به این نوع بیع پیش خرید یا پیش فروش می گویند، مانند این که کارخانه ای پول صد دستگاه ماشین را بگیرد و تعهد کند ماشین ها را

^۱ - انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی (۱۳۸۴)؛ دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، انتشارات محراب فکر، چاپ اول،

سه ماه دیگر تحویل دهد^۱. باید توجه داشت که در بیع سلم انتقال مالکیت بیع در زمان تسلیم آن صورت می گیرد نه در زمان انعقاد بیع. ماده ی 363 ق.م در این باره مقرر می دارد:

«در عقد بیع... وجود اجلی برای تسلیم بیع... مانع انتقال نمی شود...»

در عقد بیع سلم شرط است که ثمن معلوم باشد و در هنگام انعقاد معامله نقداً پرداخت شود. اما در قانون مدنی به لزوم دادن ثمن در هنگام انعقاد بیع اشاره ای نشده است. بنابراین دادن ثمن در هنگام عقد شرط صحت این بیع نیست^۲. بیع (مسلم فیه) نیز باید معلوم باشد. یعنی جنس، نوع، وصف و اندازه ی آن معلوم باشد. هم چنین مکانی که قرار است مسلم فیه در آن جا پرداخت شود باید معین شده باشد. مطابق قانون مدنی بیع سلف یا سلم بدون این که پرداخت ثمن در هنگام انعقاد بیع لازم باشد، صحیح است زیرا ماده ی 341 ق.م به طرفین اجازه می دهد که برای تسلیم بیع یا پرداخت ثمن موعدی تعیین نمایند. هم چنین در این بیع، ثمن ممکن است عین خارجی باشد (مانند مبلغی پول و یا مال معین دیگری) و یا مال کلی باشد. مورد منع سلف وقتی است که ثمن بضمن معامله گردد هرچند نوع آنها مختلف باشد زیرا در غیر اینصورت موضوع راجع میشود به بیع پول پول که مربوط به بیع صرف است و شرط صحت آن قبض و اقباض در مجلس است. محقق صاحب شرایع میفرماید: «لا يجوز اسلاف الاثمان فی الاثمان ولو اختلفا».

بخش دهم: عقد بیع دین

بند اول: بیع دین در حقوق مصر

در قانون مدنی مصر بصورت صریح اشاره ای به این بیع نشده است لکن از آنجائیکه این عقد، بیع محسوب می شود تابع قواعد عمومی معاملات و همچنین تابع قواعد خاصه عقد بیع خواهد بود که به صراحت در قانون مدنی مصر و در حقوق مصر تبیین و تفسیر شده است.

^۱ - کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷) عقود معین، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، جلد اول، ص ۱۲۴، ش ۱۰۳

^۲ - کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷) عقود معین، تهران، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، جلد اول، ص ۳۱۲، ش ۱۶.

همچنین برای بررسی و تدقیق در خصوص این بیع می بایست علاوه بر حقوق مصر به فقه عامه مراجعه نمود و سایر جزئیات را از منابع آن استخراج کرد که در مبحث قبلی به این مهم پرداخته شد لذا نیازی به تکرار نیست. لکن یکی از ابزارهایی که در بانکداری اسلامی مصر مورد استفاده قرار می گیرد و در مبحث قبلی به طور مفصل تبیین نگردید، در اینجا و در مبحث مربوط به حقوق مصر مورد بررسی قرار می گیرد.

ابزار مورد نظر بیع التوریق می باشد که به بررسی آن خواهیم پرداخت.

بند دوم: التوریق

تبدیل قروض و دیون موجد به ادوات مالی که قابلیت انتقال در بازارهای مالی را دارا می باشند و این اوراق مستند به پشتوانه های عینی و مالی هستند که تضمینی برای خریداران آنها می باشد. وجه تسمیه توریق اینست که از آنجائیکه دیون موجد به اوراق مالی تبدیل می شوند و اوراق جمع ورق می باشد، این تبدیل توریق نامیده می شود.^۱ صورت عملی توریق بدینصورت است که دیون موجدی را که قابلیت معاوضه در بازار را ندارند به اوراق مالی متداول در بازارهای مالی، تبدیل می نمایند که این عمل دارای دو مرحله می باشد؛ در مرحله اول موسسه مالی مالک دیون موجد با مراجعه به یک موسسه مالی معتبر مراجعه نموده و درخواست تبدیل دیون به اوراق را می نماید. در مرحله دوم موسسه مالی ناشر پس از اخذ تضمینات و تشریفات مورد نظر مبادرت به صدور اوراق بهادار می نماید.

عمل تحویل و تبدیل دیون توسط ناشر اوراق بر دو مبنا می باشد:

اول: بر مبنای تملیک می باشد یعنی اینکه توسط متقاضی انتشار (مالک آنها) به موسسه ناشر تملیک می شود و این همان بیع دینی است که محل بحث ما در این قسمت می باشد با این توضیح که متقاضی انتشار، دیون را در مقابل ثمنی که غالباً کمتر از مجموع دیون است به ناشر تملیک و واگذار می نماید در نتیجه می بایست کلیه شرایط مربوط به صحت بیع دین از قبیل

^۱- محمداللاحم، اسامه (۲۰۱۲) بیع الدین و تطبیقاته المعاصرة، دارالمیمان ریاض، جلد ۱، ص ۶۶۲

احتراز از ربا و بیع دین به دین و غیره رعایت گردد. دوم: بر مبنای ترهین می باشد یعنی اینکه اوراق صادرة توسط ناشر بوسیله دیون موجد متقاضی تبدیل، تضمین می گردد لکن مالکیت آنها در اختیار وی می ماند^۱.

بند سوم: بیع التورق

بیع تورق با مفهوم توریق متفاوت است. در توریق دیون تبدیل به اوراق می شوند لکن در بیع تورق مقصود حصول بر وجه نقد است. توضیح بیع تورق بدینصورت است که شخصی کالائی را بصورت نسیه می خرد سپس همان کالا را به شخص ثالثی نقداً با ثمنی کمتر به فروش می رساند تا بتواند به پول نقد برسد. چنین بیعی را جمهور علماء عامه بر مبنای عموم ادله صحت بیع و احادیث وارده از حضرت رسول اکرم(ص) و بدلیل اینکه چنین بیعی ربا محسوب نمی گردد و همچنین بخاطر اینکه اصل در عقود و معاملات اباحه است مگر اینکه دلیلی بر تحریم آنها باشد، جایز می دانند.

بند چهارم: بیع دین در حقوق ایران

عمده بحث بیع دین در حقوق ایران در تنزیل اسناد تجاری از طرف بانکها مطرح است، تا سال **1386** عملیات مربوط به خرید دین بر مبنای آئین نامه موقت تنزیل اسناد و اوراق تجاری و مقررات اجرائی آن که در جلسه مورخ **1361/18/26** شورای پول و اعتبار به تصویب رسیده و متعاقباً در شورای نگهبان نیز مطرح و به اکثریت آراء مخالف با قانون و شرع شناخته نشده است، انجام می پذیرفت. در نامه شورای نگهبان به بانک مرکزی آمده است:

عطف به نامه شماره **2344/هـ مورخ 1361/11/15** آئین نامه موقت تنزیل اسناد و اوراق تجاری مصوب جلسه چهارصد و هفتاد و یکمین مورخ **1361/18/26** شورای پول و اعتبار که در جلسه رسمی شورای نگهبان مطرح و مورد بحث و بررسی قرار گرفت و با اکثریت آراء مغایر با موازین شرعی و قانون اساسی شناخته نشد. از سال **1386** قرارداد خرید دین به

^۱ - محمدالاحم، اسامه (۲۰۱۲) بیع الدین و تطبیقاته المعاصره، دارالمیمان ریاض، جلد ۱، ص ۲۰۶



صورت رسمی وارد قوانین پولی و بانکی کشور، در ماده 68 قانون برنامه پنجم توسعه آمده است: به عقود مندرج در فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا، عقود اسلامی استصناع، مرابحه و خرید دین اضافه می شود^۱. دستورالعمل اجرائی عقد خرید دین در 12 ماده و 2 تبصره در یک هزار و بیست و هشتمین جلسه مورخ 61/15/25 شورای پول و اعتبار به تصویب رسید. در ماده یک این دستورالعمل در تعریف خرید دین آمده: خرید دین قراردادی است که به موجب آن شخص ثالثی، دین مدت دار بدهکار را به کمتر از مبلغ اسمی آن به صورت نقدی از داین خریداری می کند. مطابق دستورالعمل اجرائی مذکور، موارد ذیل را بصورت ضوابط کلی حقوقی مربوط به اجرای عقد خرید دین می توان بر شمرد: اول دیونی می تواند بر اساس عقد بیع دین تنزیل شوند که واقعی باشند نه صوری (مانند بدهی بانکها و سازمانهای دولتی به یکدیگر که به دلیل اتحاد مالکیت صوری است. از این رو تنزیل اسناد تجاری صوری که مبتنی بر معاملات واقعی نیست باطل است. این ضابطه باعث می شود که در نظام بانکداری اسلامی، بازارهای کاغذی که بر معاملات واقعی استوار نیست، توسعه پیدا نکند. دوم کاهش دین در مقابل پرداخت زودتر بدهکار صحیح است. سوم افزون بر مبلغ دین در ازای تمديد زمان بازپرداخت، ربای جاهلی و حرام است. چهارم جریمه تاخیر در پرداخت دین (جریمه تاخیر تادیه) اگر نوعی افزایش مبلغ بدهی در مقابل تمديد مدت حساب شود، ربا و حرام است.

بخش یازدهم: مزارعه

بند اول: مزارعه در حقوق مصر

قانون مدنی مصر نیز ضمن پذیرش این نهاد، در ماده 616، مزارعه را این گونه تعریف می کند: زمین کشاورزی و زمینی را که در آن درخت کاشته شده است، موجر می تواند در قبال اخذ جزئی از محصول به مستأجر مزارعه دهد. قانون گذار مصر در ماده 33 قانون اصلاح زراعی، اجازه نداده است که سهم مالک بیش از نصف محصول تعیین گردد، و در غیر این صورت، به عامل اجازه استرداد مقدار اضافه را داده است. قانون مدنی مصر برخلاف قانون

^۱- موسویان، سید عباس ۱۳۹۱، بازار سرمایه اسلامی، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ص ۰۰۳-۰۰۹

مدنی ایران و نظر مشهور فقها امامیه، تعیین مدت در مزارعه را ضروری ندانسته و در ماده 621 مقرر می‌دارد: هرگاه مدت مزارعه تعیین نشده باشد، مدت یک دوره سالانه زراعی محسوب است، اما بعد از این قانون، در ماده 35 قانون اصلاح زراعت، حداقل مدت اجاره زمین را سه سال اعلام می‌کند. این ماده مقرر می‌دارد: جایز نیست مدت اجاره زمین از سه سال کمتر باشد. نص این ماده همانطور که بر اجاره عادی زمین زراعی دلالت دارد، بر قرارداد مزارعه نیز دلالت می‌کند، و از این حیث، ناسخ ماده 621 می‌باشد، به این معنا که هرگاه در مزارعه مدت تعیین نگردد، مدت را باید سه سال دانست، منتها لفظ سال در این ماده به دلالت ماده 612 این کشور، حمل بر دوره سالانه زراعی می‌گردد که ابتدا و انتهای آن کاملاً با سال تقویمی متفاوت است. 26 البته از این مدت، زراعت‌هایی که محصول آن با بریدن شاخه و برگ حاصل می‌شود، براساس قرار تفسیری صادر شده، استثنا شده است؛ این قرار تفسیری، مدت این گونه محصولات را دو سال و چهار ماه قرار داده است. نکته دیگری که باید به آن اشاره کرد، این است که قانون مدنی مصر در ماده 621، مدتی را که طرفین برای یک یا چند سال تعیین می‌کنند، تفسیر به سال زراعی نموده است. این ماده مقرر می‌دارد: چنانچه در عقد اجاره، زمین کشاورزی ذکر شده باشد، که اجاره برای یک سال یا چند سال است، اجاره برای یک دوره یا چند دوره سالانه زراعی محسوب است. مزیت این ماده این است که به عرف زراعی در تعیین مدت، نقش بسزایی داده است که می‌تواند از مشکلات و نزاع‌های بسیاری جلوگیری نماید^۱.

بند دوم: مزارعه در حقوق ایران

ماده 518 قانون مدنی ایران در تعریف عقد مزارعه می‌گوید: مزارعه عقدی است که بموجب آن احد طرفین زمینی را برای مدت معینی به طرف دیگر می‌دهد که آنرا زراعت کرده و حاصل را تقسیم نمایند. در این تعریف قید زمین به عنوان موضوع معامله برای اینست

^۱ - احتشامی، هادی و قاسمیان مزار، مجید، بررسی فقهی و حقوقی نقش مدت در قرارداد مزارعه، فصلنامه فقه، شماره ۶۳،

که مزارعه را از مساقات که مربوط به درخت است جدا کند. همچنین قید زراعت که هدف از معامله و موضوع فعالیت عامل است، مزارعه را از قراردادهایی که زمین برای خرید و فروش یا ساختمان و تاسیس فروشگاه یا درختکاری به دیگری داده می شود، جدا می سازد. هدف از مزارعه ایجاد شرکت در محصول زمین است. ماده 516 قانون مدنی اعلام می کند: در عقد مزارعه حصه هر یک از مزارع و عامل باید بطور اشاعه، از قبیل ربع یا ثلث یا نصف و غیره معین گردد و اگر به نحو دیگر معین شده باشد، احکام مزارعه جاری نخواهد شد. قانون مدنی در این باره به صراحت اعلام بطلان نمی کند و فقط به این نکته اکتفا می کند که عقد واقع شده مزارعه نیست و دادرس باسد با توجه به مفاد تراضی، وصف حقوقی آن را معین سازد. یکی از آثار لزوم شرکت در محصول را ماده 532 قانون مدنی بیان می کند: در عقد مزارعه اگر شرط شود که تمام ثمره مال مزارع یا عامل تنها باشد عقد باطل است. از تعریف ماده 518 قانون مدنی بخوبی بر می آید که در مزارعه نیز مانند اجاره باید مدت معین باشد. در فقه این احتمال را بعضی داده اند که اگر نوع زرع معین باشد، چون رسیدن محصول هر زرع در عرف معین است، همین اندازه کفایت می کند. چنانکه در مضاربه نیز چنین است. ولی نویسندگان قانون مدنی نظر قاطع و مشهور بین فقها را برگزیده اند و مزارعه را به اجاره نزدیکتر دانسته اند تا به مضاربه. با وجود این از آنجا که هدف اصلی در مزارعه عبارت از کاشتن و برداشتن محصول و شرکت در آن است، این پرسشباقی می ماند که آیا تعیین مدت به تنهایی برای نفوذ آن کافی است یا باید به اندازه ای باشد که به یقین و یا ظن قوی محصول در آن مدت به دست آید. در قانون مدنی پاسخ صریحی به این پرسش داده نشده است لیکن بایستی توجه داشت که در مزارعه هدف طرفین این است که محصول را تقسیم کنند. بنابر این مدت بایستی متناسب با زمانی باشد که این مقصود را برآورد و گرنه با آن در تعارض است^۱. دو عقد مزارعه و مساقات با هم شباهت فراوان دارند: هر دو عقد به منظور شرکت در ثمره و محصول بسته می شود، مقدمه شرکت در هر دو مورد عقدی معاوضی است، در هر دو عقد منافع مالی با ثمره

^۱ - کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳) دوره عقود معین مشارکاتها و صلح، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ص ۱۶۳

خارجی آن مبادله می شود و در هر دو گذشته از معاوضه منافع به محصول، خدمات عامل نیز با حصه مشاعی از ثمره مبادله می گردد. در نتیجه احکام و شرایط و خصوصیات مزارعه و مساقات شبیه هم است چنانکه ماده 545 قانون مدنی ایران اعلام می کند: مقررات راجعه به مزارعه که در مبحث قبل ذکر شده است، در مورد عقد مساقات نیز مرعی خواهد بود. با وجود این، تفاوت های این دو عقد را می توان در این دو مورد خلاصه نمود:

1- در مزارعه منافع زمین مورد معامله قرار می گیرد و در مساقات منافع درخت و بوته های ثابت در زمین.

2- در مزارعه عامل باید زمین را بکار و محصول را تقسیم کنند ولی در مساقات عامل مامور نگهداری و آبیاری درختان موجود است.^۱

بخش دوازدهم: عقد قرض

بند اول: عقد قرض در حقوق مصر

ماده 538 قانون مدنی مصر در تعریف عقد قرض می گوید که قرض عقدیست که در آن مقرض مالکیت مال خود را به دیگری منتقل می کند با این شرط که مقرض در انتهای مدت زمان عقد مثل آن را در مقدار و نوع و صفت برگرداند. با توجه به مواد مربوط به قرض در قانون مدنی مصر، احکام ذیل در خصوص این عقد قابل استنتاج است:

طبق ماده 538 قانون مدنی مصر قرض در زمره عقود محسوب شده است. طبق ماده 538 قانون مدنی مصر مال مورد قرض یا وجه نقد است و یا هر مال مثلی دیگری. طبق ماده 536 قانون مدنی مصر عقد قرض از جانب مقرض لازم است و وی نمی تواند تا سررسید مرت زمان عقد، نسبت به فسخ آن اقدام نماید. طبق ماده 536 قانون مدنی مصر عقد قرض جزء عقود عینی است و قبض شرط صحت آنست زیرا در این ماده، تسلیم موضوع عقد را جزء وظایف مقرض دانسته است.

^۱ - کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳) دوره عقود معین مشارکتها و صلح، انتشارات کتابخانه گنج دانش، ص ۱۲۱

بند دوم: عقد قرض در حقوق ایران

بر طبق ماده 648 قانون مدنی ایران «قرض عقدی است که بموجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می کند که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید و در صورت تعذر رد مثل قیمت یوم الرد را بدهد» قرض عقدی است تملیکی، رضائی، معوض و در حدود مفاد خود لازم، بدین معنی که وام دهنده نمی تواند عقد را فسخ کند و آنچه را تملیک کرده است پس بگیرد ولی چون تعهد وام گیرنده در پرداخت مثل یا قیمت مال تملیک شده تعهدی حال است، بسایری از نویسندگان قرض را به این اعتبار جایز دانسته اند. طبق ماده 648 قانون مدنی قرض ویژه اموال مثلی است زیرا در بیان تعهد قرض گیرنده از عبارت: که طرف مزبور مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف رد نماید». اما برخی از صاحب نظران معتقدند که با توافق طرفین می توان مال قیمی را هم قرض داد با این توضیح که قرض قرارداد است و اراده دو طرف بر آن حکومت می کند. کافی است که اینان در رابطه خود مالی را مثلی انگارند و وام گیرنده تعهد به رد مثل آن کند، هرچند که مال مزبور در تعریف اموال مثلی نگنجد و در زمره اموال قیمی باشد. پس اگر مالی که اشباه و نظایر آن نوعاً زیاد و شایع نیست به وام داده شود ولی وام گیرنده تعهد کند که مثل آن را که به زحمت در آن مکان پیدا می شود به وام دهنده بدهد، این توافق تابع عقد قرض است. همچنین هرگاه طرفین از ویژگیهای حیوانی در گذرند و به اوصافی از آن توجه کنند که به آن اعتبار حیوان مثلی باشد و وام گیرنده تعهد کند که مثل آن را از حیث مقدار و جنس و وصف ذکر شده به وام دهنده بدهد، تابع قواعد عقد قرض است البته این حکم تا جایی قابل پذیرفتن است که اوصاف ویژه مال قیمی در نظر عرف چندان مهم نباشد که قرارداد تعبیر به معاوضه دو مال مختلف با یکدیگر شود. هرگاه کسی مال مثلی مانند حبوبات را به دیگری تملیک کند و او در برابر تعهد کند که بهای آن مال را بپردازد، این قرارداد را نمی توان قرض نامید. در واقع آنچه برای تمیز ماهیت قرض اهمیت دارد چگونگی توافق طرفین و بویژه مفاد تعهد وام گیرنده است. چنانکه نویسندگان قانون مدنی نیز بی آنکه به لزوم مثلی بودن یا قیمی بودن موضوع

قرض اشاره کنند، تعهد وام گیرنده به رد مثل را از عناصر اصلی عقد قرض شمرده اند. با این ترتیب هرگاه ضمن عقد شرط شود که وام گیرنده قیمت مالی را که به او تملیک شده است بپردازد، این شرط ماهیت قرض را دگرگون می سازد و قرارداد تابع قواعد عمومی و ماده 11 قانون مدنی است. البته برخی دیگر از صاحب نظران براین عقیده اند که با توجه به نظر مشهور در فقه امامیه چنین شرطی الزام آور است و عقد هم، عقد قرض است.^۱ مورد قرض ممکن است عین خارجی باشد، مانند یک خروار گندم موجود و معین و ممکن است کلی باشد مانند یک خروار گندم کلی با اوصاف خاصه که بعداً مقرض از مصادیق آن کلی به مقرض بدهد. در این صورت مالکیت مقرض به وسیله قبض حاصل می شود. بنابر مستفاد از ماده 648 قانون مدنی مورد قرض می تواند منفعت، عمل و طلب قرار گیرد، زیرا آنها مانند عین از افراد مال محسوب می گردند. قرض منفعت و عمل و طلب علاوه بر آنکه مشمول ماده 648 قانون مدنی می شود طبق ماده 11 قانون مدنی الزام آور است زیرا قانون قرض آنها را صراحتاً منع ننموده است. ممکن است گفته شود از ماده 648 قانون مدنی برداشت می گردد که فقط اموال مادی می توانند مورد قرض قرار گیرند و منفعت و عمل و طلب از اموال مادی نیستند و قرض آنان باطل خواهد بود. در پاسخ گفته می شود بر فرض که ماده بالا ناظر بر این امر باشد، عق مزبور طبق ماده 11 قانون مدنی قرارداد مستقلی است که نسبت به طرفین و قائم مقام آنها لازم التباع می باشد. فقهاء امامیه قرض منفعت و طلب را باطل دانسته اند و بر آنند که فقط چیزی می توان مورد قرض داد که بتواند مورد بیع قرار گیرد.^۲ اجماع فقهای امامیه بر آن است که قبض شرط صحت عقد قرض است اما در قانون مدنی در خصوص قبض و تاثیر آن در عقد قرض سخنی به میان نیامده است و می توان از مفاد ماده 648 قانون مدنی عدم شرط بودن قبض را در تحقق عقد قرض استنباط نمود. ماده 648 در خصوص قرض می گوید: «قرض عقدی است که به موجب آن احد طرفین مقدار معینی از مال خود را به طرف دیگر تملیک می کند...» یعنی قبض را هیچگونه دخالتی در تحقق قرض نمی دهد و فقط به تملیک اشاره می کند. نمی توان

^۱ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۲) مقاله عقد قرض، مجله حقوقی وزارت دادگستری، ص ۲۳

^۲ - امامی، حسن (۱۳۹۳)؛ حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة



از مفهوم ماده 646 قانون مدنی که می گوید: «اگر مالی که موضوع قرض است بعد از تسلیم تلف یا ناقص شود از مال مقترض است» استنباط نمود که چون تلف و نقصان قبل از تسلیم به عهده مقرض است پس تملیک به وسیله قبض حاصل می گردد زیرا در معاملات تملیکی با آنکه مورد معامله به وسیله عقد به ملکیت منتقل الیه در می آید ولی ضمان تلف و نقص آن به عهده ناقل است تا تسلیم منتقل گردد. این است که گفته می شود ضمان معاوضه به وسیله تسلیم از عهده ناقل ساقط می شود.² با توجه به مفهوم ماده 651 قانون مدنی ممکن است در خصوص ماهیت عقد قرض نظر به جایز بودن داده شود چون بر اساس این ماده مقرض می تواند هرگاه بخواهد طلب خود را از مقترض بخواهد ولی با تامل در مفهوم جواز و لزوم این ادعا بر طرف می شود چون مقصود از لازم بودن عقد اینست که طرفین به مفاد آن پایبند باشند و نتوانند پیمانی را که بسته اند برهم زنند. مفاد عقد قرض اینست که مالی به مقترض تملیک شود و او ملتزم است مثل آنچه را گرفته است بازپس دهد و این دقیقاً مشعر به لازم بودن عقد قرض است، چون مال تملیک می شود و مقترض ملزم به پس دادن مثل می شود نه عین در نتیجه طرفین می بایست به مفاد عقد قرض پایبند باشند و این یعنی لزوم¹. در خصوص شرط مدت در قرض، نویسندگان قانون مدنی بدون اینکه از جواز شرط سخنی بگویند، ماده 651 را بدین عبارت تنظیم کرده اند که: «اگر برای اداء قرض به وجه ملزومی اجلی معین شده باشد، مقرض نمی تواند قبل از انقضاء مدت طلب خود را مطالبه کند»، بعضی از اساتید حقوق در خصوص این ماده قائل به این مطلب شده اند که شرط مدت باید ضمن عقد لازم دیگری بیاید تا الزام آور باشد وگرنه لزومی نداشت که قانونگذار قید «وجه ملزومی» را در ماده 651 بیاورد و در واقع قانون مدنی به درستی از نظر مشور در فقه امامیه پیروی کرده است.² اگر در عقد قرض شرط شود که وام گیرنده مالی اضافه بر مثل و یا قیمت بپردازد، باطل است خواهد مال اضافی از جنس موضوع وام باشد یا از جنس دیگر. در خصوص معامله ربوی گفته شده است

¹ - امامی، حسن (۱۳۹۳) حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیة، چاپ سوم، جلد دوم، ص ۲۲۰.

که شرط تحقق ربا همجنس بودن دو عوض و مکیل و یا موزون بودن ثمن یا مبیع است^۱ ولی در قرض، شرط هرگونه نفع و اضافه پرداخت فاسد است^۲. هرگاه شرط اضافه در عقد قرض درج شود بر طبق بند ۳ ماده ۲۳۲ قانون مدنی که شرط غیر مشروع را فقط مفسد عقد می داند، چنین شرطی باید فقط برداشته شود بدین معنی که مطابق قانون مدنی شرطی که نفعی برای وام دهنده دارد باطل است ولی باعث بطلان قرض نمی شود.

نتیجه گیری

از آنجایی که بانکها در اقتصاد هر جامعه نقش بسیار مؤثری دارند و رشد و توسعه اقتصادی بدون دخالت نهادهایی چون بانکها و مانند آن ناممکن است، از این رو، باید برای رسیدن به اقتصاد کاملاً اسلامی در تمام سطوح جامعه، اول از بانکها شروع کرد، چه این که اسلامی شدن کامل بانکها در نهایت به اسلامی شدن اقتصاد جامعه منجر خواهد شد. مشکل اصلی بانکداری اسلامی، نبود فرصت های سرمایه گذاری انتفاعی است. چرا که بانکداری اسلامی بر مبنای مشارکت و مضاربه برای تامین مالی پروژه ها استوار است و اگر این پروژه ها منجر به سود دهی نشوند، نه تنها بانک اسلامی هیچ گونه سودی نخواهد کرد، بلکه اگر پروژه منتهی به زیان دهی گردد، بانک تمام یا قسمتی از سرمایه خود را از دست خواهد داد و هیچ محمل قانونی نیز برای استرداد آن وجود نخواهد داشت. برخی نیز بانکداری اسلامی را از جهت اینکه اصل سرمایه و سود سپرده ها را تضمین نمی کند، شبیه شرکت های سرمایه گذاری دانسته اند و در همان حال خود پذیرفته اند که از جهت ساختاری شکلی تفاوت های بسیاری بین بانک اسلامی و شرکت سرمایه گذاری وجود دارد. توجه به ماهیت فقهی و اقتصادی نشان می دهد که این عقود قابلیت دارند که همه ی متقاضیان تأمین مالی با تمام اهداف و انگیزه ها و روحیات را جواب دهند. متقاضیان نیازمند از شیوه ی قرض الحسنه، متقاضیان تسهیلات مصرفی و سرمایه گذاری ریسک پذیر از قراردادهای مبادله ای و متقاضیان

^۱ - یزدی، محمد کاظم (۱۴۱۸)، عروة الوثقی، مؤسسه الاعلمی للمطبوعات، جلد ۱، ص ۲۰.

^۲ - النجفی، الشیخ محمد حسن (۱۳۹۰)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، ج ۲، ص ۲۲.



تسهیلات سرمایه گذاری ریسک گریز از قراردادهای مشارکتی استفاده کنند. لکن همه ی این ها در صورتی است که بانک به عنوان مؤسسه ی خاص اقتصادی، توان پاسخگویی به این نیازهای متنوع را داشته باشد. با مطالعه آمار و ارقام منتشره از طرف بانک مرکزی می توان دریافت که با گذشت زمان جهت گیری فعالیت های بانک ها عمدتاً به سمت به کارگیری عقود با بازدهی ثابت است و در این میان فروش اقساطی که ضعیف ترین نوع عقود در سیستم بانکی است بیشترین رشد را داشته است. از طرفی ارائه تسهیلات از طریق عقود مشارکتی مرتب کاهش یافته است و می توان گفت که بانک ها عقود با بازدهی ثابت را جایگزین عقود مشارکتی کرده اند.

۷۴

علاوه بر این عقود مشارکتی عملاً تغییر ماهیت داده اند و تبدیل به عقود با بازدهی ثابت شده اند. مثلاً در مشارکت مدنی بدون توجه به پیش بینی سود، مقدار سود ثابت و معین دریافت می شود. در مورد مضاربه هم بانک ها در عمل بدون توجه به نتایج واقعی معامله حداقل سود پیش بینی شده را مطالبه می کنند. گاهی نیز محاسبات بانک ها حالت صوری به خود می گیرد. مثلاً در عقد جعاله برای تعمیر مسکن، به مراجعه کننده پول داده می شود تا خود او اقدام به تعمیر مسکن کند و این در واقع جعاله نیست. یا در مشارکت مالی و فروش اقساطی مسکن، معمولاً قیمت گذاری بانک واقعی نیست. هدف دریافت اصل مبلغ پرداخت شده همراه سود مورد نظر است و قیمت بر اساس آن تعیین می گردد. نتیجه آن است که این سود، سود فعالیت اقتصادی نیست و بانکداری بدون ربا، آن ارتباطی را که باید بین بازار کالا و خدمات و بازار پولی فراهم کند، نمی تواند فراهم کند. از نظر فقهی و شرعی هم نه آن تقاضایی که او کرده تقاضای به جایی است و نه مساعدتی که بانک کرده مساعدت درستی، و در واقع به بانکداری بدون ربا صورت شرعی داده و نه واقعیت شرعی. پس از بررسی و تطبیق مبانی و کارکرد عقود در نظام بانکداری ایران و مصر می توان نتیجه این تطبیق را در موارد ذیل خلاصه نمود:

تعداد عقود مورد استفاده در سیستم بانکداری بدون ربای ایران نسبت به دو سیستم دیگر بیشتر است و از آنجائیکه عقود در بانکداری اسلامی نقش ابزار را ایفاء می نمایند این بدین معناست که بانکداری بدون ربای ایران ابزارهای بیشتری در جهت اجرای بانکداری اسلامی در اختیار دارد. البته قابل ذکر است که این نکته در عین حال که مزیت است می تواند تبدیل به نقطه ضعف سیستم بانکداری بدون ربای ایران شود، که به این امر در بیان ضعفهای بانکداری ایران اشاره خواهیم کرد. مزیت دیگر بانکداری بدون ربای ایران اینست که در فقه و حقوق موضوعه ما ظرفیت بیشتری نسبت به سایر نظامها در خصوص ایجاد و تاسیس ابزارهای جدید منطبق با شرع و قانون در جهت اجرای هرچه بهتر بانکداری اسلامی وجود دارد. نکته دیگری که به بانکداری اسلامی در ایران کمک قابل توجهی می نماید نظرات موجود در فقه در خصوص صحت بیع دین به غیر مدیون است. بیع دین ابزار بسیار مهم و پر کاربردی در اعطای تسهیلات، تنزیل اسناد تجاری توسط بانکها و امهال مشتریان در قالب این عقد است که دو سیستم دیگر فاقد این مزیت مهم هستند. در خصوص نقاط ضعف بانکداری ایران صوری بودن عقود مهمترین ضعف سیستم بانکداری اسلامی ایران نسبت به سایر نظامهاست که باعث ایجاد خطرات جدی در راستای اجرای بانکداری اسلامی در ایران است. این عارضه معلول علت‌های متعددی است که به مهمترین آنها در این تحقیق اشاره شد. یکی از عوامل، ضعف عقود مورد استفاده در پوشش نیازهای مشتریان است. مشتریان بانکها علی‌الخصوص بانکهای تجاری به دنبال پول نقد هستند و برای رسیدن به این هدف به هر وسیله ای متوسل می شوند و اصلاً به عقدی که مبنای این تسهیلات است توجهی نمی نمایند. عامل دوم در صوری شدن عقود در سیستم بانکداری ایران، افسار گسیختگی در استفاده از عقود و عدم وجود ضابطه خاصی برای بانکها در استفاده از ابزارهای موجود است. در سیستم بانکداری ایران یک بانک تجاری در دور افتاده ترین نقاط به اندازه یک بانک تجاری بزرگ در مراکز مهم اقتصادی و یا یک بانک تخصصی امکان استفاده از ابزارهای موجود را دارد. بدون اینکه هیچگونه محدودیتی و یا تعریف و مرز بندی مشخصی در استفاده از عقود وجود داشته باشد. عامل دیگر در صوری شدن عقود عدم اطلاع رسانی دقیق و آموزش به مشتریان و کارکنان بانکها در خصوص مفاهیم

و کاربرد عقود مورد استفاده است. در تعریف و بیان مشخصات بانکداری اسلامی بیان شد که یکی از اوصاف بانکداری اسلامی، وصف اعتقادی و اجتماعی در این سیستم است. بر خلاف بانکداری اسلامی مصر و بانک توسعه اسلامی که فعالیتهای گسترده ای در این زمینه ها انجام می دهند، بانکداری اسلامی ایران در رسیدن به این مشخصه ضعیف عمل نموده است. در بانکداری اسلامی ایران برای مشتریان این تصور ایجاد شده که بانکها فقط بدنبال سود خود هستند و در مفاد قراردادهای منعقد بصورت یکجانبه شروط یکجانبه ای را درج می نمایند که سبب اجحاف بر مشتریان می شود. بانکها فقط به دنبال رسیدن به سود هستند و در اهداف اجتماعی و عام المنفعه که سود چندانیت ندارد ورود پیدا نمی کنند. خلاء دیگر در نظام بانکداری اسلامی ایران عدم وجود هیات رقابت (نظارت) شرعی در این سیستم است. مهمترین نقطه ضعف هر دو نظام بانکداری ایران و مصر، عدم وجود عقدیست که بتواند به نیاز مشتریان به پول نقد پاسخ دهد. مواقعی وجود دارد که مشتری یک بانک به فلان کالا و یا فلان خدمات نیازی ندارد. در پی احداث یک پروژه نیست، بدنبال تجارت و کسب سود نیست. فقط و فقط به دنبال پول نقد است و میخواهد نقدینگی داشته باشد چه برای پرداخت بدهیش به دیگری، چه برای پرداخت حقوق کارکنان، چه برای پرداخت عوارض و مالیاتها و هزاران انگیزه دیگر. اما هیچیک از سیستمها مورد مطالعه نتوانسته اند در کنار عقد قرض الحسنه (که به علت کمبود منابع آن و عدم کارایی اقتصادی آن برای بانکها نسبت به طراحی عقدی اقدام نمایند که ضمن اینکه برای بانکها از لحاظ اقتصادی ایجاد انگیزه می نماید، بتواند بصورت شرعی و حقوقی نیازهای مشتریان به پول نقد را پوشش دهد. عقدی که دارای سه خصوصیت شریعت، جامعیت و کارایی باشد. به نظر می رسد در صورت طراحی و رسیدن به عقدی که این نقیصه را جبران کند، گام مهمی در رسیدن به بانکداری اسلامی برداشته شده است. با توجه به ضعفهای بیان شده برای سیستم بانکداری اسلامی ایران بانک مرکزی می تواند مرزبندیهای جدیدی را برای استفاده از عقود تعریف نماید. بانکهای تجاری را محدود به استفاده از عقود مبادله ای علی الخصوص عقد مباحه نماید. استفاده از عقود مشارکتی را محدود به بانکهایی نماید که قابلیت ورود در اقتصاد واقعی، را دارند. این امر کمک شایانی در جهت احتراز از استفاده صوری

عقود خواهد نمود. همچنین بانکها موظف گردند همه ساله بودجه ای را جهت معرفی عقود مورد استفاده خود تخصیص دهند. بدین صورت که در رسانه های جمعی، به معرفی ماهیت عقود مورد استفاده پردازن. برای کارکنان و مدیران خود نیز کلاسهای آموزشی گسترده و با نظارت کامل در جهت معرفی عقود برگزار نمایند. نکته دیگر قابل ذکر این است که کارکنان بانکها موظف باشند که هنگام پرداخت تسهیلات به مشتریان، عقدی را که مقرر است مبنای تسهیلات باشد، تعریف نموده و مشخصه های آن را بیان نمایند.



منابع و مأخذ

الف) کتب فارسی

- کاتوزیان، ناصر (1378) دوره عقود معین، شرکت سهامی انتشار
- موسویان سید عباس، میسمی، حسین (۱۳۹۳)، بانکداری اسلامی 1 مبانی نظری تجارب عملی، انتشارات پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۳)، حقوق مدنی) قواعد عمومی قراردادها)، انتشارات کتابخانه گنج دانش
- = امامی، سید حسن (1371)، حقوق مدنی، کتابفروشی اسلامیه
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۱)، حقوق مدنی، انتشارات کتابخانه گنج دانش تهران
- کاتوزیان، ناصر (1383)، دوره حقوق مدنی مشارکتها و صلح، انتشارات کتابخانه گنج دانش
- موسویان، سید عباس (۱۳۹۱)، بازار سرمایه اسلامی، انتشارات پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (1367)، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش
- ابراهیمی، محمد حسین (۱۳۷۷)، مضاربه در اسلام، دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۲)، تشکیل تعهدات و قراردادها، انتشارات بهشهر تهران
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (1386)، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، انتشارات کتابخانه گنج دانش
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، نشر میزان

-جعفری لنگرودی، محمدجعفر(۱۳۷۸)؛ مبسوط در ترمینولوژی حقوق، تهران، کتاب خانه گنج دانش

-انصاری، مسعود و طاهری، محمدعلی(۱۳۸۴)؛ دانشنامه حقوق خصوصی، تهران، انتشارات محراب فکر

-جعفری لنگرودی، محمدجعفر(1382)؛ فرهنگ عناصرشناسی، تهران، کتاب خانه گنج دانش

-حاجیان، محمدرضا(۱۳۹۰)، موانع و مشکلات اجرای عقود مشارکتی در نظام بانکی کشور، پژوهشکده پولی و بانکی بانک مرکزی

ب) کتب عربی

-ملحم، احمد سالم(۲۰۰۵)، بیع المرباحه و تطبیقاته فی المصارف الاسلامیه

-قمی، میرزا ابوالقاسم(۱۳۷۱) جامع الشتات فی اجوبه السوالات، موسسه کیهان

-انصاری، شیخ مرتضی(1411) مکاسب الجزء الثانی الخیارات، دار الذخایر

-یزدی، محمد کاظم(۱۹۹۳)، عروۃ الوثقی، موسسه الاعلمی للمطبوعات

-صدر، سید محمد(1423) ماوراء الفقه، دارالاضواء بیروت

-طوسی، محمد بن حسن معروف به شیخ طوسی(1385)الخلاف، انتشارات اسلامی

-طوسی، محمد بن حسن معروف به شیخ طوسی(1406)، تهذیب الاحکام، دارالاضواء

بیروت

-فیض کاشانی، ملا محمد حسن(۱۴۰۶)، الوافی، مکتبه الامام امیرالمومنین اصفهان

-الحسینی العاملی، سید محمد جواد(1664)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، دار

احیاء التراث العربی بیروت



-الموسوی السبزواری؛ السید عبدالاعلی (1416)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام،
-زرقانی، احمد (1293)، شرح الزرقانی علی مختصر الخلیل، مطبعه الکبری قاهره
-خویی، سید ابوالقاسم (1409) مبانی العروه الوثقی، مطبعه علمیه،

ج) مقالات

- احمدی حاجی آبادی، سید روح الله و بهاروندی، احمد، راهکارهای اجرای صحیح عقودهای
مشارکتی در نظام بانکی ایران، فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی، ش 38
- احتشامی، هادی و قاسمیان مزار، مجید، بررسی فقهی و حقوقی نقش مدت در قرارداد
مزارعه، فصلنامه فقه، شماره 68
- جعفری لنگرودی محمد جعفر (1351) مقاله عقد قرض، مجله حقوقی وزارت دادگستری
- شعبانی، احمد و سیفلو، سجاد، مقایسه تطبیقی بانکداری و کالتی و شراکتی و ارائه راهکار
جدید، مجله معرفت اسلامی، سال سوم، شماره اول
- عبداللهی نژاد، عبدالکریم و زرقی، موسی (1390)، جستاری در شرکت وجوه، فصلنامه فقه
جعفری و حقوق نوین، شماره 1
- کمیحانی، اکبر و نظریور، محمد تقی (1387)، چگونگی کاربرد استصناع در قانون عملیات
بانکی بدون ربا، فصلنامه پژوهشی اقتصاد اسلامی، ش 31
- منصوری، سعید (1390)، بررسی ماهیت استصناع در حقوق ایران، فصلنامه حقوق دانشکده
حقوق و علوم سیاسی تهران، دوره 41