Archive of SID.ir

10.30497/sj.2024.244802.1274

Bi-quarterly Scientific Journal of "Research Letter of Social Jurisprudence", Vol. 12, No. 1 (Serial 23), Autumn 2023 and Winter 2024

Promotional Paper

Content Analysis of the Investment Deposit from the Perspective of Imamia Jurisprudence, Civil Law and Interest-Free Banking Law

Yaser Moradi[*]
Mohammad Javad Heidari Harestani[**]
Mohammad Reza Ghanbarian Badi[***]

Received: 06/07/2023
Accepted: 14/02/2024

Abstract

The expansion of the bank institution in the societies and the effects of the legal relations formed in connection with it are so vast that it casts a shadow on all the economic dimensions of human life. Iran's legislation also paid attention to this and during the drafting of the civil law, the concept of preparing a legal form for investment deposit within the framework of certain contracts led it to establish Article 559 and, out of this challenge, the *Mudaraba* contract has had precedence. The legislator, however, has been inclined to the power of attorney contract by implementing the interest-free banking law. The existing works, by emphasizing the difference between the power of attorney contract and the investment deposit, have emphasized the uncertainty of the legal relationship, a stance that signifies eliminating the problem instead of seeking solutions. By just calling the legal relationship indefinite without prescribing a special framework and rules will not only keep the problem unsolved, but rather, on the one hand, it will create more problems for the banking network, such as the governing relationship between the depositor and the bank and what rules it follows, and on the other hand, it will cause conflicting decisions in the judicial system. In this article, using a descriptive-analytical method, an attempt has been made to give a logical answer to all the problems raised by *Imamia* jurists and civil law in regard to the interest-free banking operations and thus prove the legal theory about recognizing the above-mentioned relationship as being a matter of power of attorney type.

Keywords

Investment Deposit Account, *Mudarabah* Contract, Power of Attorney Contract, *Imamia* Jurisprudence civil Law, Law on Banking Operations without Usury.

[*] Ph.D. in Private Law, Head of Banking Law, Faculty of Islamic Studies and Management, ISU, Tehran, Iran yaser110us@gmail.com

[**] M.A. student, Faculty of Islamic Studies and Law, ISU, Tehran, Iran (corresponding author) mj. heydari@isu.ac.ir

[***] M.A. student, Faculty of Islamic Studies and Law, ISU, Tehran, Iran m.ghanbarian@isu.ac.ir

OPEN ACCESS

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

10.30497/SJ.2024.244802.1274

دوفصلنامه علمی «پژوهش‌نامه فقه اجتماعی»، سال دوازدهم، شماره اول (پیاپی ۲۳)، پاییز و زمستان ۱۴۰۲، صص. ۲۵۹-۲۸۴

تحلیل ماهوی حساب سپرده سرمایه‌گذاری از منظر فقه امامیه، قانون مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا

یاسر مرادی*

محمدجواد حیدری هرستانی**

محمدرضا قنبریان بادی***

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۴/۱۵

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۱۱/۲۵

نوع مقاله: ترویجی

چکیده

گسترش نهاد بانک در جوامع و آثار ناشی از روابط حقوقی شکل‌گرفته در ارتباط با آن به‌قدری وسیع است که بر تمام ابعاد اقتصادی حیات بشر سایه افکنده است. قانون‌گذار ایران نیز به این مهم توجه داشته و در تدوین قانون مدنی، تفکر مبنی‌بر تمهید قالبی حقوقی برای سپرده سرمایه‌گذاری در چهارچوب عقود معین، وی را به وضع ماده ۵۵۹ سوق داد و در کشاکش این تفکر، عقد مضاربه گوی سبقت را از دیگر قالب‌ها، ربود، اما مقنن با وضع قانون عملیات بانکی بدون ربا، به عقد وکالت متمایل شده است. آثار موجود، با تأکید بر وجوه افتراق میان عقد وکالت و حساب سپرده سرمایه‌گذاری، بر نامعین بودن رابطه حقوقی رخ‌داده، تأکید کرده‌اند؛ موضعی که در حکم پاک کردن صورت مسئله است؛ زیرا صرف نامعین خواندن رابطه حقوقی بدون آنکه چهارچوب و قواعد ویژه‌ای تجویز شود، نه‌تنها برطرف‌کننده مشکلی نخواهد بود، بلکه از سویی سبب ایجاد مشکلات متعدد برای شبکه بانکی ازجمله اینکه رابطه حاکم بر سپرده‌گذار با بانک در چه قالبی هست و از چه قواعدی پیروی می‌کند خواهد شد و از سوی دیگر، در دستگاه قضایی موجب اصدار آرای متعارض خواهد شد. در این مقاله تلاش شده است که با روش توصیفی-تحلیلی و تمسک به آرای فقهای امامیه و قواعد عام قانون مدنی، به تمام اشکالات وارد از سوی این گروه بر موضع قانون‌گذار قانون عملیات بانکی بدون ربا، پاسخی منطقی داده شود و از این طریق نظریه مقنن مبنی‌بر وکالت دانستن رابطه فوق اثبات شود.

واژگان کلیدی

حساب سپرده سرمایه‌گذاری؛ عقد مضاربه؛ عقد وکالت؛ فقه امامیه؛ قانون مدنی؛ قانون عملیات بانکی بدون ربا.

---

* دکتری تخصصی حقوق خصوصی، رئیس هسته حقوق بانکی دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام‌صادق علیه‌السلام، تهران، ایران. yaser110us@gmail.com

** دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام‌صادق علیه‌السلام، تهران، ایران (نویسنده مسئول). mj.heydari@isu.ac.ir

*** دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام‌صادق علیه‌السلام، تهران، ایران. m.ghanbarian@isu.ac.ir

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

مقدمه

تجهیز منابع پولی عبارت است از استفاده از شیوه‌ها و ابزارهای مالی گوناگون برای جمع‌آوری وجوه مالی و اعطای تسهیلات (ایروانی، ۱۳۹٤، ص. ۲۵۲). در نظام بانکی، این عملیات در اختیار بانک‌هاست. نگهداری وجوه توسط بانک یا همان سپرده‌گذاری توسط مشتریان، انواع مختلفی دارد که در یک دسته‌بندی، به سپرده‌گذاری عام و خاص تقسیم می‌شود. سپرده‌گذاری عام را نوعی اعتباردهی می‌دانند و سپرده‌گذاری خاص را تنها نگهداری مال تعبیر کرده و اصل را نیز بر این نوع سپرده‌گذاری دانسته‌اند (جعفری، ۱٤۰۰، ص. ۳۳).

فصل ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا، به تجهیز منابع پرداخته است و ماده ۳ آن مقرر می‌دارد «بانک‌ها می‌توانند تحت هریک از عناوین "سپرده قرض‌الحسنه جاری"، "سپرده قرض‌الحسنه پس‌انداز" و "سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار" به قبول سپرده‌ها مبادرت کنند».

آنچه در اینجا واجد اهمیت است، این است که سپرده‌های قرض‌الحسنه پس‌انداز و جاری بانک‌ها، وجوه مردم را به نام خود می‌گیرند و درعین‌حال، هیچ‌گونه فعالیت اقتصادی انجام نمی‌دهد و به‌تبع، سودی نیز به مشتری پرداخت نمی‌شود و بدین ترتیب، فعالیت سودآوری برای بانک شمرده نمی‌شود. در مقابل، در سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار، مشتری فعالیتی سرمایه‌گذارانه انجام می‌دهد و بانک نیز با این توجیه، به سپرده‌های آنان سود اعطا می‌کند. لازم است در اینجا بدین نکته اشاره شود که محور اساسی بحث در این مقاله، شق اخیر یعنی بررسی ماهوی حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار است. بدین ترتیب، خروج سپرده‌های قرض‌الحسنه (اعم از جاری و پس‌انداز) از موضوع بحث ما، ازقبیل خروج موضوعی خواهد بود.

گفتنی است سپرده‌هایی که از طریق افتتاح حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار جذب می‌شود، عمدتاً با تمسک به دو قالب «عقود مشارکتی» و «عقود مبادله‌ای» به تسهیلات‌گیرندگان اختصاص می‌یابد. عقود مشارکتی، عقودی با نرخ سود متغیر و عقود مبادله‌ای عقود با نرخ سود ثابت هستند. بررسی تفصیلی عقود مشارکتی و عقود مبادله‌ای در ضمن مطالب درباره «تخصیص منابع» می‌آید که قهراً از موضوع بحث کنونی خروج تخصصی خواهد داشت؛ زیرا افتتاح حساب سپرده سرمایه‌گذاری، راهی برای جذب

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

سپرده مشتریان و بدین ترتیب، مربوط به مرحله موسوم به « تجهیز منابع» است.

مقنن در تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی ذیل سپرده سرمایه‌گذاری از لفظ «وکیل» برای بانک استفاده کرده که استفاده از این لفظ بحث‌های فراوان را میان حقوق‌دانان و اقتصاددانان مطرح کرده است. در واقع، پرسش اصلی که این پژوهش به دنبال پاسخ بدان است، عبارت است از اینکه اساساً در حساب سپرده سرمایه‌گذاری رابطه بانک با سپرده‌گذار تابع کدام عقود معین است؟

۱. پیشینه پژوهش

اغلب آثاری که به مقوله ماهیت‌سنجی سپرده سرمایه‌گذاری پرداخته‌اند، در مقام نفی موضع قانون‌گذار عملیات بانکی بدون ربا یعنی نظریه وکالت برآمدند که ازجمله مهم‌ترین استدلال‌های این آثار عبارت‌اند از اینکه اولاً، عقد وکالت، عقد جایزی است درحالی‌که رابطه حقوقی میان بانک و سپرده‌گذار رابطه لازمی است. ثانیاً، بر اساس قواعد عام قانون مدنی و فقه امامیه وکیل باید حساب زمان تصرف خود در مال موکل را به وی اعلام کند درحالی‌که بانک‌ها اقدام به چنین کاری نمی‌کنند. ثالثاً، از قرارداد سپرده‌گذاری و تحلیل قصد سپرده‌گذاری با بانک چنین به نظر می‌رسد که قصد طرفین بر این است که عقدی تملیکی انعقاد کنند درحالی‌که عقد وکالت، عقدی اذنی است. رابعاً، از لحاظ مسئولیت میان عقد وکالت با قرارداد سپرده‌گذاری تفاوت وجود دارد (جعفری، ۱٤۰۰، ص. ۷٦؛ کربلایی آقازاده و دریایی، ۱۳۹۳، صص. ۲۳-۱۹).

این پژوهش که با روش توصیفی-تحلیلی صورت گرفته، به دنبال اثبات نظر مقنن مبنی‌بر حکومت عقد وکالت بر رابطه میان سپرده‌گذار و بانک است. نوآوری این مقاله این است که پس از تبیین اجمالی حساب سپرده سرمایه‌گذاری، با تمسک به آثار معتبر فقهی و حقوقی موجود، بدواً به اشکالات منتقدان پاسخ داده است و آنگاه به‌طور مستدل، موضع قانون‌گذار عملیات بانکی بدون ربا را تقویت و تثبیت می‌کند، اما پیش از ورود به این بخش و پس از تبیین اجمالی حساب سپرده سرمایه‌گذاری، نگاهی تحلیلی به موضع قانون‌گذار مدنی در حاکم کردن قواعد عقد مضاربه بر روابط حقوقی بانک و سرمایه‌گذار مورد توجه بوده است و بخش مستقلی را به خود اختصاص می‌دهد. سیر بحث در این مقاله بدین ترتیب است که ابتدا به تبیین حساب‌های سپرده

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

سرمایه‌گذاری پرداخته می‌شود و آنگاه پس از تبیین پاره‌ای از اوصاف عقد مضاربه، به امکان‌سنجی ابتنای حساب سپرده سرمایه‌گذاری بر قواعد عقد مضاربه اقدام می‌شود. پرداختن به پاره‌ای از اوصاف عقد وکالت و بررسی امکان یا امتناع تحلیل حساب سپرده سرمایه‌گذاری در قالب عقد وکالت، محور اساسی این مقاله را تشکیل می‌دهد. بخش پایانی مقاله نیز به نتیجه‌گیری و ارائه نظریه مختار اختصاص یافته است.

۲. حساب سپرده سرمایه‌گذاری

یکی از فعالیت‌های مهم نظام بانکی بر اساس فصل ۲ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۹٦، تجهیز منابع است که عملاً وسیله‌ای برای فعالیت‌های دیگر نظام بانکی ازجمله تخصیص منابع است. تجهیز منابع پولی عبارت است از استفاده از شیوه‌ها و ابزارهای مالی گوناگون برای جمع‌آوری وجوه مالی مردم برای اعطای تسهیلات و سرمایه‌گذاری (ایروانی، ۱۳۹٤، ص. ۲۵۲).

در قانون عملیات بانکی بدون ربا دو روش برای تجهیز منابع بانک‌ها در نظر گرفته شده است که عبارت‌اند از قرض‌الحسنه و سرمایه‌گذاری.

تجهیز منابع به شیوه سرمایه‌گذاری که در دو قالب کوتاه‌مدت و بلندمدت صورت می‌گیرد، در خصوص اینکه ماهیت حقوقی آن چیست، میان حقوق‌دانان و فعالان عرصه بانکداری اتفاق‌نظری وجود ندارد. بانک‌ها ازاین‌رو که در قرض‌الحسنه مکلف‌اند تمام وجوه را به‌صورت همان قرض‌الحسنه به متقاضیان تخصیص دهند، چندان تمایلی بدان ندارند؛ زیرا سودآوری این حساب‌ها نسبت به سپرده‌های مدت‌دار که بانک به‌عنوان وکیل اختیار استفاده بیشتری دارد، کمتر است.

تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا، ماهیت سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار را عقد وکالت دانسته است و بانک به‌عنوان وکیل از این سپرده استفاده می‌کند.

بانک‌ها در سرمایه‌گذاری مدت‌دار، بازپرداخت اصل سپرده را تعهد می‌کنند و منافع حاصل از عملیات بانک به‌عنوان وکیل را طبق قرارداد، متناسب با مدت و مبلغ سپرده با رعایت سهم منابع بانک، پس از کسر هزینه حق‌الوکاله میان صاحبان سپرده تقسیم می‌کنند (مسعودی، ۱۳۸٦، ص. ۱۱۷). در این حساب‌ها بانک‌ها در ابتدای سال، نرخ سود مورد انتظار را بر اساس دستورالعمل‌های بانک مرکزی محاسبه و به‌عنوان سود

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

علی‌الحساب اعلام می‌کنند و به‌صورت ماهانه یا فصلی به صاحبان حساب پرداخت می‌کنند. در پایان سال مالی سود قطعی محاسبه می‌شود و اگر این سود قطعی بیشتر از سود علی‌الحساب باشد، به سپرده‌گذار پرداخت می‌شود.

بانک‌ها در تعیین سود انتظاری، شرایط اقتصادی و سودآوری سرمایه در سطح کلان را به‌خوبی بررسی و حداقل سود انتظاری را در سطحی تعیین می‌کنند که حتی در بدترین شرایط اقتصادی دست‌یافتنی باشد. اگر به دلیل رونق اقتصادی سودی بالاتر تحقق یافت، به‌صورت مابه‌التفاوت سود قطعی و علی‌الحساب برای صاحبان سپرده جبران خواهد شد، اما اگر سود واقعی کمتر از سود انتظاری باشد، بانک مابه‌التفاوت دو سود را جبران خواهد کرد (شعبانی، ۱۳۹۲، ص. ۲۲۷) که در عرصه عمل، بیشتر بانک‌ها در پایان سال، آن سود علی‌الحساب را به‌عنوان سود قطعی در نظر می‌گیرند و به سپرده‌گذاران پرداخت می‌کنند.

در طرح جدید بانکداری اسلامی نسخه آبان ۱۳۹۸ و تیر ۱۳۹۹، سپرده‌گذاری مدت‌دار به دو صورت سرمایه‌گذاری عام و سرمایه‌گذاری خاص مطرح شده است که هرکدام، احکام متفاوتی دارند. در سپرده سرمایه‌گذاری عام، وفق ماده ۱۰۱، بدین صورت پیش‌بینی شده است که «مؤسسه اعتباری، وکیل سپرده‌گذاران برای انجام فعالیت‌های مذکور در ماده ۹۳ این قانون است. مؤسسه اعتباری موظف است سود ناشی از به‌کارگیری سپرده‌های سرمایه‌گذاری عام را مطابق ماده ۱۰۳ توزیع کند» درحالی‌که برای سپرده سرمایه‌گذاری خاص که تنها برای بنگاه‌های اقتصادی است، در ماده ۱۰٤ این‌گونه مقرر شده است که «مؤسسات اعتباری می‌توانند به درخواست بنگاه اقتصادی و به‌منظور تأمین مالی پروژه‌های مورد نظر آنان، اقدام به جذب سپرده سرمایه‌گذاری خاص کنند». جذب سپرده سرمایه‌گذاری خاص در قالب صدور «گواهی سپرده سرمایه‌گذاری خاص» توسط مؤسسه اعتباری به مشتریان انجام می‌شود. گواهی مزبور نشان‌دهنده میزان مشارکت دارنده آن در پروژه مورد نظر است. مؤسسه اعتباری موظف است وجوه جمع‌آوری‌شده را مطابق قرارداد منعقده با متقاضی، در قالب عقود با نرخ سود نامعین در اختیار وی قرار دهد و به‌عنوان وکیل صاحبان گواهی سپرده سرمایه‌گذاری خاص، در تصمیم‌گیری‌ها درباره پروژه مشارکت کند. همه حساب‌های

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

بانکی پروژه، عملیات توزیع سود و تسویه‌حساب با سپرده‌گذاران باید در مؤسسه اعتباری پذیرنده سپرده سرمایه‌گذاری خاص متمرکز باشد.

۳. درآمدی بر تعریف، اوصاف و آثار عقد مضاربه

گروهی از فقها و حقوق‌دانان معاصر بر ابتنای رابطه حقوقی سرمایه‌گذار و بانک بر پایه عقد مضاربه تأکید کرده‌اند که ازقضا مورد اقتباس قانون‌گذار مدنی واقع شده است. ازاین‌رو شایسته است برای اثبات موضع قانون‌گذار عملیات بانکی بدون ربا (نظریه وکالت)، به بررسی و نقد اجمالی این دیدگاه پرداخته شود.

فقها در مقام تعریف عقد مضاربه، هرکدام به طریقی نائل شده و بدین ترتیب، بر شرط یا وصف خاصی از این قالب معین تکیه کرده‌اند؛ چنان‌که برخی آن را به «تأدیه مالی معین به شخص ثالث تعبیر کرده‌اند با این قید که مشارالیه با آن مال، کاری متعارف انجام داده باشد و نهایتاً هر دو طرف مالک و عامل در سود حاصله شریک باشند» (شهید ثانی و شهید اول، ۱٤۱۳ق، ص. ۲۱۹) و برخی دیگر نیز مضاربه را رابطه‌ای حقوقی دانسته‌اند که «به‌موجب آن، مالک بخشی از مال خویش را به شخص ثالث می‌سپارد تا با آن به تجارت بپردازد و درنهایت، هریک از مالک و مضارب به نسبت حصه مشاع معهود، در سود حاصل شریک باشند» (یزدی، ۱٤۳۷ق، ص. ۵۵۱).

دراین‌بین، توجه به موضع قانون‌گذار در ماده ٥٤٦ قانون مدنی[1] قابل توجه است و به نظر می‌رسد قانون‌گذار در تعریف این ماده به دیدگاه اخیر نظر داشته است.

مهم‌ترین اوصاف عقد مضاربه با توجه به تعریف آن موارد زیر است.

۱) حسب عبارت مرحوم صاحب *عروه* و نیز تعریف قانون مدنی از این عقد در ماده ٥٤٦ مرقوم، لازم است تا موضوع فعالیت عامل یکی از اعمال تجارتی ذاتی مقرر در ماده ۲ قانون تجارت باشد و در غیر این صورت عمل حقوقی رخ‌داده، تابع قواعد عقد مضاربه نخواهد بود.

۲) یکی از بارزترین اشتراکات سه عقد شرکت، ودیعه و وکالت به‌عنوان پایه‌های عقد مضاربه، جایز بودن آن‌هاست و بدین ترتیب، عقد مضاربه نیز عقدی جایز است (ماده ۵۵۰ قانون مدنی). ازاین‌رو به اراده هریک از مالک یا مضارب، قابل انحلال خواهد بود (یزدی، ۱٤۳۷ق، ص. ۵۵۱؛ شهید ثانی و شهید اول، ۱٤۱۳ق، ص. ۲۱۹؛

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

نجفی، بی‌تا، ص. ٥٦٧).

۳) همان‌گونه که در ماده ٥٤٨ قانون مدنی مقرر شده است «حصه هر یک از مالک و مضارب در منافع باید جزء مشاع از کل از قبیل ربع یا ثلث و غیره باشد».

برخی فقهای امامیه و به‌طور خاص، مرحوم صاحب *عروه*، تعیین ترتیبی برخلاف ترتیب یادشده را سبب دگرگونی قالب حقوقی دانسته و بیان داشته‌اند که لازم است تا احکام همان قالب بر رابطه حقوقی رخ‌داده حکم‌فرما شود نه احکام عقد مضاربه مگر اینکه طرفین بر حکومت قواعد عقد مضاربه بر ساختمان حقوقی بناشده اصرار ورزند که در این صورت قرارداد رخ‌داده محمول بر بطلان خواهد بود (یزدی، ١٤٣٧ق، ص. ٥٥١؛ شهید ثانی و شهید اول، ١٤١٣ق، صص. ٣٤٤-٣٤٣).

در این میان، برخی دیگر از فقها و حقوق‌دانان به طریقی دیگر نائل شده‌اند و بدین ترتیب، اشتراط بخش معینی از سود حاصل برای احد متعاقدان را شرط خلاف مقتضای ذات عقد تلقی می‌کنند (نجفی، بی‌تا، ص. ٥٧٠ ؛ امامی، ١٣٧٤، ص. ١٠١).

در مقابل، عده‌ای با تمسک به ملاک مواد ٥١٩ و ٥٥٧ قانون مدنی، شرط خلاف مقتضای ذات عقد را در جایی دانسته‌اند که اساساً متعاقدان اراده جدی مبنی‌بر انشای عقد نداشته یا آنکه آنچه بنا نهاده‌اند، در تغایر با مقتضای قانون و نظم عمومی باشد والا اصل همان است که در مواد ١٩٦، ٢١٩ و ٢٣١ قانون مدنی مبنی‌بر لازم‌الوفا بودن پیمان منعقده مقرر شده است و لاجرم، رابطه حقوقی بدین گونه محمول بر صحت خواهد بود بدون آنکه احکام خاص درباره عقد مضاربه بر آن حاکم شود (مقتضای ماده ٢٢٣ همان قانون) (کاتوزیان، ١٣٨٢، ص. ٩٨).

٤) تعهد مضارب در عقد مزبور، تعهدی است بر وسیله و بدین ترتیب، اصل بر عدم ضمان وی در برابر تلف یا ایراد منقصت بر مال مضاربه خواهد بود مگر آنکه تقصیر وی از جانب مالک اثبات شود.

اصل عدم ضمان مضارب در کلام فقهای امامیه نیز جلوه‌گر شده است؛ چنان‌که مرحوم صاحب *عروه* در ذیل مسئله ٣٩ همان کتاب، چنین بیان می‌دارد «العاملُ امینٌ فَلا یُضمَنُ الّا بالخیانة» و آنگاه به ذکر مصادیق احتمالی تقصیر و خیانت می‌پردازد (یزدی، ١٤٣٧ق، ص. ٥٦٤؛ نجفی، بی‌تا، ص. ٦٢٨).

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

قانون‌گذار مدنی بر مقوله «وسیله بودن» تعهد عامل در مضاربه تأکید کرده و بدین ترتیب، به وضع مواد ٥٥٦ و ٦٣١ قانون مدنی مبادرت ورزیده است.

چنان‌که گذشت، امانی بودن ید مضارب در عقد مزبور، موضوعی است متنفقٌ علیه و تنها اختلافی که در این زمینه به نظر می‌رسد و در ادامه و در مقام تطبیق عقد مضاربه با حساب سپرده سرمایه‌گذاری نیز بسیار گران‌سنگ می‌نماید، امکان یا امتناع اشتراط ضمان بر مضارب و در ضمن آن عقد است. در این میان اما قانون مدنی به طریق سلف خویش نائل شده و شرط ضمان بر عامل را شرط خلاف مقتضای ذات عقد انگاشته و بدین ترتیب، هم شرط و هم عقد را محمول بر بطلان تلقی کرده است (ماده ٥٥٨ قانون مدنی)؛ ترتیبی که از سوی پاره‌ای از حقوق‌دانان معاصر مورد نقد قرار گرفته است؛ زیرا قانون‌گذار مدنی، شرط ضمان بر مستعیر را در مواد ٦٤٢ و ٦٤٣ قانون مدنی جایز دانسته و همین ترتیب را در عقد مضاربه ناروا انگاشته است؛ موضوعی که به‌نوبه خود، مقوله ترجیح بلامرجّح را در همان بدو امر به ذهن مخاطب متبادر می‌سازد و با فرض حکمت قانون‌گذار، در تعارضی آشکار است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، صص. ۱۰۹–۱۰۸؛ بروجردی، ۱۳۸۰، ص. ۳۰٤).

به‌هرحال؛ قانون‌گذار مدنی اشتراط ضمان بر مضارب را نپذیرفته و ناگزیر ما را به طریقی سوق داده است که در ادامه مطالب و در مقام امکان‌سنجی تطبیق حساب سپرده سرمایه‌گذاری با عقود مضاربه بدان خواهیم پرداخت.

٥) عقد مضاربه مبتنی بر پایه‌های عقد شرکت مدنی است و بدین دلیل که شرکت مدنی برخلاف شرکت تجارتی، موجب تولد شخصیت حقوقی مستقل نمی‌شود، آورده‌های هریک از شرکا (اعم از مادی و معنوی) در ملکیت مشاع ایشان ایجاد می‌شود که درنهایت، از طریق مدیر یا مدیران مأذون در تصرف اداره می‌شود (مواد ٥٧٦ به بعد قانون مدنی).

٦) چنان‌که فقهای امامیه بیان داشته‌اند (نجفی، بی‌تا، ص. ٦٣٩؛ یزدی، ١٤٣٧ق، ص. ٥٦٠) و قانون‌گذار مدنی نیز در ماده ٥٥٤ مرقوم بر آن تصریح کرده است، اصولاً شخص عامل از دو عمل حقوقی نسبت به مال مضاربه نهی شده است مگر آنکه قرارداد، مقرون به اذن صریح یا ضمنی مالک باشد.

نخست اینکه، اساساً عامل حق ندارد نسبت به مال مضاربه با شخص ثالث، پیمان دیگری مبنی‌بر مضاربه منعقد کند؛ به‌گونه‌ای که خود نسبت به عامل دوم در حکم مالک

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

و نسبت به مالک اصلی، مضارب تلقی شود. وانگهی مشارٌالیه نمی‌تواند رأساً از رابطه حقوقی سابق منصرف شود و ثالثی را به‌جای خویش در برابر مالک قرار دهد.

در این زمینه، نکته‌ای در میان تقریرات مرحوم صاحب *جواهر* بیش از دیگر نکات ایشان جلوه‌گر است و ازقضا در تطبیق نهاد حساب «سپرده سرمایه‌گذاری » با عقد مضاربه نیز بسیار راهگشاست و آن اینکه، اساساً در فرضی هم که مالک، اذن مبنی‌بر انعقاد مضاربه لاحق نسبت به مال مورد مضاربه می‌دهد، مضارب اول مستحق هیچ حصه‌ای از سود حاصل یا هیچ اجرت‌المثلی نخواهد بود؛ زیرا وی در جریان فعالیت‌های تجارتی منتهی به سود، هیچ‌گونه تلاش یا عملی مبذول نداشته است و بدین ترتیب، مستحق هیچ‌گونه عوضی نیز نخواهد بود؛ زیرا اخذ هرگونه پاداش یا عوض در نظام اقتصادی اسلام، در مقابل ارائه مابه‌ازای متعارف است والا آن اخذ و دریافت ازقبیل استیفای نامشروع خواهد بود (نجفی، بی‌تا، ص. ٦٣٩).

۷) در فرضی که متعاقدان سرآمد مشخصی را در ضمن عقد معین کرده باشند، در مقام تعیین اثر شرط مزبور، دو نظر عمده ارائه شده که مختار قانون‌گذار مدنی (همان‌طور که در ادامه خواهد آمد) تنها با یکی از آن دو نظر همسوست. نخستین نظر، مختار مرحوم صاحب *جواهر* و جمعی دیگر از فقهای امامیه است که به‌موجب آن، تنها اثری که بر اشتراط اجل در عقد مضاربه مترتب است، این است که ید مضارب از تاریخ انقضای اجل، ضمانی بوده است و بدین ترتیب، وی در حکم امین شرعی خواهد بود که ملزم است در کوتاه‌ترین زمان عرفی ممکن، مال مضاربه را به مالک مسترد کند والا مشمول عموم و اطلاق علی‌الید خواهد بود و حتی احراز استناد تلف یا منقصت به علل قهریه خارجی نیز رافع ضمان وی نخواهد بود. بنابراین، شرط مزبور اثری در تغییر ماهیت عقد از وضعیت جواز به لزوم نخواهد داشت و هر یک از متعاقدان قادر به فسخ یک‌جانبه آن ولو پیش از سررسید اجل خواهند بود (نجفی، بی‌تا، ص. ۷۱۰).

قانون‌گذار مدنی نیز در مقام اثبات این نظریه برآمده و بدین ترتیب، مدلول آن را در ماده ۵۵۲ منعکس کرده است. در این میان اما مرحوم صاحب *عروه* به طریقی دیگر نائل شده، خود را از حصر مشهور رهانیده است و بیان می‌دارد: در جایی که متعاقدان بر لزوم عقد مضاربه در نتیجهٔ اشتراط اجل تراضی می‌کنند، اساساً دلیلی مبنی‌بر مهمل

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

گذاردن اراده ایشان یافت نمی‌شود و بدین ترتیب، قرارداد طرفین در این حالت عقدی است نامعین که مشمول عموم و اطلاق «اوفوا بالعقود» و «المومنون عند شروطهم» بوده و بدین ترتیب، لازم‌الوفاست.

ایشان حتی به این حد از سنت‌شکنی رضایت نداده‌اند و بیان می‌دارند که اساساً نیازی به درج شرط اجل در ضمن پیمانی لازم نیز نخواهد بود و درج این شرط در ضمن عقد اصلی برای لازم تلقی شدن آن کافی است؛ زیرا پیمان مندرج در ضمن عقد جایز نیز تا زمانی که عقد مزبور مهمل نشود، لازم‌الوفاست (یزدی، ۱٤۳۷ق، صص. ٥٥٤-٥٥۳).

دکترین حقوقی معاصر نیز به مهمل ماندن این موضوع رضایت نداده و با تکمیلی خواندن قاعده مقرر در ماده ٥٥۲ مرقوم، مفاد آن را تنها ناظر به زمانی دانسته که عقد از این نظر مطلق گذارده شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۱۰٦).

٤. تطبیق حساب سپرده سرمایه‌گذاری با عقد مضاربه

پس از بیان پاره‌ای از اوصاف عقد مضاربه، هم‌اکنون در مقام تطبیق احکام این عقد با تأسیس «حساب سپرده سرمایه‌گذاری» برمی‌آییم و درنهایت، به رد یا قبول این موضع به‌گونه مستدل می‌پردازیم.

۱) چنان‌که در تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا مقرر است، سپرده‌های سرمایه‌گذاری در اموری مانند مضاربه، مساقات، مزارعه، مشارکت، سلف، جعاله و... استفاده می‌شود که اساساً ماهیت هیچ‌یک از اعمال حقوقی مزبور با ماهیت فعالیت‌های تجارتی ذاتی موضوع ماده ۲ قانون تجارت منطبق نیست. به دیگر بیان، محل استفاده سپرده‌ها و درنتیجه تحصیل سود حاصل، اعمال تجارتی ذاتی نیست حال آنکه گفته شد شرط مضاربه تلقی شدن پیمان این است که سرمایه مالک، در مسیر عمل تجارتی مصروف شود. ازاین‌رو ماهیت حساب سپرده سرمایه‌گذاری از این بابت با ماهیت عقد مضاربه یکسان نیست.

۲) چنان‌که بیان آن گذشت، عقد مضاربه عقدی است جایز حال آنکه در حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار اساساً یکی از ضوابط تخصیص سود به سرمایه‌گذار (حسب تجویز ماده ٥ قانون عملیات بانکی بدون ربا)، مدت زمانی است که سرمایه نقدی وی نزد بانک به کار گرفته شده است و بدین ترتیب، امکان فسخ یک‌جانبه آن از

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

سوی سرمایه‌گذار در میانه مدت معهود وجود نخواهد داشت، اما استدلال مزبور ناتمام است؛ زیرا پیش‌تر اثبات شد که تراضی متعاقدان در عقد مضاربه می‌تواند اجل قراردادی را ظاهر در لازم تلقی شدن آن جلوه دهد و بدین ترتیب، فسخ یک‌جانبه رابطه حقوقی را با مانع جدی روبه‌رو کند بنابراین، در مقوله حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار نیز ازآنجاکه هم مالک و هم شخص حقوقی بانک به لزوم عقد در مدت قرارداد (یک‌ساله تا سه‌ساله) نظر دارند، امکان فسخ یک‌جانبه مالک منتفی است و از این بابت نمی‌توان بر وحدت ماهیت این دو تأسیس حقوقی خرده گرفت.

۳) چنان‌که به‌تفصیل بیان شد، تعیین حصه مشاع از سود حاصل برای هریک از متعاقدان شرط لازم برای مضاربه تلقی شدن رابطه حقوقی میان طرفین است حال آنکه در مورد حساب‌های سپرده سرمایه‌گذاری، حسب تصریح ماده ۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و نیز ماده ۱۰ آیین‌نامه فصل ۲، تعیین حصه مشاع به شرح مقرر در مواد ۵٤۸ و ۵٤۹ قانون مدنی منتفی است و درنهایت، منابع حاصل از فعالیت‌های اقتصادی بانک (به شرح مقرر در تبصره ماده ۳ قانون مرقوم) متناسب با مدت و مبالغ سپرده‌های سرمایه‌گذاری و رعایت سهم منابع بانک به نسبت مدت و مبلغ در کل وجوه به‌کارگرفته شده در این عملیات، تقسیم خواهد شد. به دیگر بیان، سود سرمایه ثابت است و هیچ ارتباطی با میزان سود و زیان ناشی از کارهای بانکی ندارد.

٤) حسب منطوق ماده ٤ قانون عملیات بانکی بدون ربا، بانک‌ها می‌توانند اصل سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار را تعهد یا بیمه کنند و بدین ترتیب، بانک‌ها درهرصورت مکلف به رد اصل سرمایه به مالک‌اند حال آنکه پیش‌تر به‌تفصیل بیان شد که اساساً تعهد عامل در مضاربه «بر وسیله» بوده و بدین ترتیب، مفاد تعهد وی تنها ناظر به اعمال کوشش متعارف در حفظ مال مضاربه است. در وهله نخست، این تعارض ظاهری، شخص را به نتیجه‌گیری مبنی‌بر عدم وحدت ماهیت دو تأسیس مزبور سوق می‌دهد، اما باید دقیق بود و اسیر ظاهر سراب‌گونه این استدلال نشد؛ زیرا شخص حقوقی بانک در این زمینه شبیه عاملی متخصص هست و اطمینان به همین تخصص است که شخص مالک را به سرمایه‌گذاری نزد وی ترغیب می‌کند؛ زیرا حسب آنچه در مقدمه بیان شد، مالک در این فرض، شخصی است ریسک‌گریز که در پی مأمنی برای

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

حفظ هرچه بهتر ارزش اقتصادی سرمایه نقدی خویش است. ازاین‌رو پیمان منعقده میان سرمایه‌گذار و بانک در این حالت حاوی نوعی شرط ضمنی مبنی‌بر «تضمین ایمنی» سرمایه مالک خواهد بود؛ ترتیبی که مشابه آن را می‌توان در ماده ۳۸۶ قانون تجارت و دررابطه‌با ضمان نوعی متصدی حمل‌ونقل مشاهده کرد. در آنجا نیز قانون‌گذار به‌واسطه فرض تخصص و مهارت برای متصدی حمل‌ونقل، قرارداد منعقده را حاوی نوعی شرط ضمنی مبنی‌بر تضمین ایمنی مال‌التجاره دانسته است. بنابراین، در دعوای تلف یا نقصان مال‌التجاره، متصدی را در جایگاه مدعی قرارداده است (کاتوزیان، ۱۳۹۸، ص. ۷۶). حسب معنونه در فوق، قول به عدم انطباق دو تأسیس حقوقی یادشده از این نظر فاقد وجهه قانونی خواهد بود.

۵) چنان‌که پیش‌تر گفته شد، مال مورد مضاربه به‌واسطه ابتنای این عقد بر پایه‌های شرکت مدنی، در ملکیت مشاع هریک از شرکا ایجاد می‌شود و بدین ترتیب، لازم است تا بانک به‌عنوان مدیر مأذون (مواد ۵۷۶ به بعد قانون مدنی) به نمایندگی از سوی صاحبان سرمایه اقدام کند حال‌آنکه رویه عملی، ترتیبی برخلاف این را به اثبات رسانده است و نشان می‌دهد که اساساً بانک‌ها در ضمن اعمال حقوقی که نسبت به مال مورد مضاربه انجام می‌دهند، به نمایندگی از طرف صاحبان حساب‌ها اقدام نمی‌کنند و نتایج و آثار این معاملات را برای خود می‌خواهند و صاحبان سرمایه نیز هیچ نظارتی بر اعمال بانک ندارند. در واقع، به نفس آنکه پولی به‌حساب بانکی گذارده شد، مالک آن، شخصیت حقوقی بانک است و بدین ترتیب، صاحب سرمایه تنها حق دارد با رعایت شرایط مقرر میان طرفین، همان مبلغ را هرزمان بخواهد از بانک بگیرد. برای همین نیز هیچ صاحب حسابی نمی‌تواند ادعا کند که در سرمایه بانک شریک است. ازاین‌رو دو تأسیس حقوقی مورد بحث از این نظر نیز متفاوت خواهند بود.

۶) در رابطه رخ‌داده میان بانک و سرمایه‌گذار، اعطای اذن مبنی‌بر انعقاد مضاربه جدید نسبت به اصل سپرده مفروض است؛ زیرا فرض آن است که سرمایه‌گذار شخصی است ریسک‌گریز که در جست‌وجوی مأمنی برای تضمین نسبی ارزش اقتصادی سرمایه خویش، به نهاد بانک پناه آورده و ازآنجاکه اذن به شیء، اذن به لوازم عرفی آن نیز است (ملاک ماده ۸۵ قانون امور حسبی)، ازاین‌رو اذن مالک مبنی‌بر اینکه بانک، سرمایه وی را در جهات

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

اقتصادی متعارف که خود صلاح می‌داند به جریان اندازد (به شرح یادشده در تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا)، مقرون به اذن مبنی‌بر لوازم این فعالیت‌ها که عبارت از دخل‌وتصرفات حقوقی در مال مضاربه است نیز خواهد بود.

آنچه در این رهگذر تأمل‌برانگیز به نظر می‌رسد، این است که حسب مدلول تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا، یکی از قراردادهایی که بانک نسبت به مال مورد مضاربه منعقد می‌کند، عقد مضاربه است. در این وضعیت، تحصیل سود مستند به فعالیتی خواهد بود که از جانب مضارب دوم (تسهیلات‌گیرنده) رخ داده و اساساً بانک در این حالت، هیچ‌گونه عملی انجام نداده است. ازاین‌رو، علی‌الاصول مستحق هیچ حصه‌ای از سود حاصل یا هیچ اجرت‌المثلی نیز نخواهد بود که البته بیان تفصیلی آن در ذیل ویژگی ششم عقد مضاربه بیان شد (نجفی، بی‌تا، ص. ٦٣٩). اندک تأملی در قانون عملیات بانکی بدون ربا و به‌مخصوص ماده ۵ آن و نیز ماده ۱۰ آیین‌نامه فصل ۲ قانون مزبور، ما را بدین نکته رهنمون می‌شود که اساساً قانون‌گذار نه‌تنها به عدم استحقاق بانک در این زمینه رضایت نداده است، بلکه تسلیم حصه مالک از سود حاصل را نیز پس از وضع سهم بانک به نسبت مدت و مبلغ در کل وجوه به‌کارگرفته‌شده مقرر کرده است؛ ترتیبی که به‌نوبه خود، تفکر وحدت بنا میان دو تأسیس مورد بحث را با چالش جدی روبه‌رو می‌کند.

۷) در برخی نوشته‌های حقوقی، وجه افتراق دیگری میان حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار و عقد مضاربه معرفی شده است. بدین شرح که علی‌الاصول تنها طریق نیل به سود حاصل از مضاربه پیش از انقضای مدت معهود، فسخ یک‌جانبه عقد در راستای ماده ۵۵۰ قانون مدنی خواهد بود و اساساً طریق دیگری برای نیل به بخشی از سود حاصل جز بر هم زدن ساختمان حقوقی وجود نخواهد داشت. از سویی دقت در رویه موجود بانک‌ها گواه این مطلب است که در عمل، نهاد بانک پیش از سررسید قراردادی، اقدام به تسلیم مبالغی تحت عنوان سود علی‌الحساب به سرمایه‌گذاران می‌کند. بنابراین، دو تأسیس حقوقی مزبور ازاین‌رو نیز **مانعةالجمع** خواهند بود. در وهله نخست، نقد فوق پوستینی موجه بر تن دارد، اما باید از این نگاه ظاهری چشم پوشید و سابقه این نقد را در فروع مشابه در فقه امامیه جست‌وجو کرد. در آنجا میان حالتی که عامل خواستار تقسیم سود حاصل پیش از انقضای اجل شده و

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

حالتی که مالک خواهان این موضوع است، قائل به تفکیک شده‌اند.

در مورد نخست، تقسیم را ممتنع دانسته و در تعلیل کلام خویش به ضرری بودن تقسیم یادشده استناد کرده‌اند؛ زیرا در فرض حدوث زیان، در وهله نخست، زیان مزبور از محل سود عایدشده جبران می‌شود، اما با زوال یا نقصان سود حاصل لاجرم باید ضرر یادشده از محل سرمایه مالک جبران شود؛ موضوعی که به‌نوبه خود یکی از مصادیق بارز بی‌عدالتی و مثال روشنی از قواعد استیفای نارواست؛ زیرا در این فرض تاوان دارا شدن عامل را مالک متحمل می‌شود بدون اینکه بر جنبه مثبت دارایی وی از این بابت افزوده شده باشد؛ اما در مورد دوم، قضیه دگرگون است و بدین ترتیب، تقاضای مالک مبنی‌بر تقسیم سود حاصل پیش از سررسید اجل مسموع است. اشکال نشود که در این حالت نیز در فرض حدوث زیان احتمالی و فقدان سودی مشخص برای جبران خسارات از آن محل باید به سراغ سرمایه مالک برویم؛ زیرا در پاسخ خواهیم گفت تفاوت این فرض با فرض نخست این است که در این حالت، مالک تاوان انتفاع سابق خویش می‌پردازد و گفته‌اند «من له الغُنم فعلیه الغُرم». ازاین‌رو از این بابت مشکلی بر سر راه نخواهد بود. ازقضا گواه این استدلال را در قانون مدنی می‌توان یافت؛ چنان‌که ماده ۵۹۲ مرقوم، تقاضای تقسیم ضرری را از سوی شخص متضرر مسموع دانسته و بر پایه قاعده اقدام، آن را تثبیت کرده است و بدین ترتیب، از ملاک همین ماده می‌توان برای توجیه این مختار بهره برد.

حسب آنچه بیان شد، می‌توان با قاطعیت، ابتنای رابطه حقوقی رخ‌داده میان بانک و سرمایه‌گذار بر پایه‌های عقد مضاربه را رد کرد. بدین ترتیب، لازم است تا در جست‌وجوی ماهیت واقعی این رابطه، به بررسی موضع قانون‌گذار عملیات بانکی بدون ربا در وکالت نامیدن این رابطه حقوقی بپردازیم، اما ارزیابی این موضع (مشابه آنچه در ارزیابی موضع قانون‌گذار مدنی گذشت)، مستلزم بررسی اجمالی عقد وکالت است که در زیر بدان می‌پردازیم.

۵. درآمدی بر تعریف، اوصاف و آثار عقد وکالت

فقهای امامیه در مقام تعریف عقد وکالت بر عبارتی واحد متفق‌القول‌اند و آن اینکه «الوکالة و هی استنابةٌ فی التصرفِ» (شهید ثانی و شهید اول، ۱٤۱۳ق، ص. ۲۷۷؛ نجفی، بی‌تا، ص. ۲۸٦).

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

ترجمه عبارت فوق همان است که قانون‌گذار در ماده ٦٥٦ قانون مدنی[۲] مقرر داشته است.

در این بخش، ابتدا به پاره‌ای از اوصاف و آثار ضروری عقد وکالت اشاره می‌شود و سپس در مقام ماهیت‌سنجی حساب سپرده سرمایه‌گذاری، با استفاده از اوصاف یادشده به اثبات موضع مقنن (نظریه وکالت) پرداخته خواهد شد.

۱) چنان‌که از لفظ «استنابه» در تعریف وکالت برمی‌آید، عقد مزبور مفید اعطای اذن و نیابت به وکیل در راستای اعمال حقوقی به نام خود و به حساب اصیل است. ازاین‌رو عقد وکالت در وهله نخست مبتنی بر اذن اصیل و حیات وی نیز تا زمانی است که سرچشمه اذن یعنی موکل واجد اهلیت تمتع و استیفا باشد. بدین ترتیب، حجر یا موت موکل در حکم خشکیدن آن منبع است و سبب انفساخ آن می‌شود همچنین است ایجاد مانع ارادی در مسیر رسیدن اذن از جانب اذن‌دهنده به مأذون و بدین ترتیب، امکان فسخ یک‌جانبه این عقد نیز فراهم است و عزل موکل یا استعفای وکیل مانعی در مسیر مؤثر واقع شدن آن خواهد بود (نجفی، بی‌تا، صص. ۲۹۲ و ۲۹٦؛ شهید ثانی و شهید اول، ١٤١٣ق، صص. ۲۷۸ و ۲۷۹؛ بندهای ۱ تا ۳ ماده ٦٧٨ قانون مدنی).

در این میان، پاسخ دو پرسش کلیدی می‌تواند در ادامه مسیر و در مقام ماهیت‌سنجی حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار چراغ راه ما باشد.

پرسش نخست اینکه، آیا می‌توان لزوم عقد وکالت و امتناع فسخ یک‌طرفه آن را در ضمن آن عقد شرط کرد یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش هرکس به طریقی نائل شده است.

برخی شرط یادشده را ظاهر در سلب حق به‌طورکلی دانسته‌اند و بدین ترتیب، بر بطلان آن نظر داده‌اند؛ زیرا به‌موجب ماده ۹۵۹ قانون مدنی، سلب حق به‌طورکلی ممنوع است و بدین ترتیب، تراضی متعاقدان برخلاف آن، مشمول ذیل ماده ۱۰ همان قانون و بدین ترتیب، محمول بر بطلان خواهد بود (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۷۸، صص. ۱۲۹ و ۱۳۰).

بر این نظر، از دو جنبه عمده اشکال شده است.

– آنچه به‌موجب ماده ۹۵۹ قانون مدنی نهی شده، عبارت از اسقاط حق به‌طورکلی است. بنابراین، اسقاط جزئی حق که ازقضا مورد یادشده نیز یکی از مصادیق آن است، از شمول آن ماده خروج تخصصی خواهد داشت؛ زیرا اسقاط حق فسخ یک‌جانبه، مصداقی از مصادیق متعدد حق است نه تمام آن و اثر قهری آن نیز پایبندی متعاقدان در

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

آن مدت به عقد مزبور خواهد بود.

دومین ملاحظه نیز ناظر به این مطلب است که اساساً عام مؤخّر یارای مقابله با خاص مقدم را ندارد و لاجرم در تزاحم رخ‌داده میان آن‌ها، به نفع خاص مقدم عرصه را ترک می‌گوید و بدین ترتیب در مانحن‌فیه، ماده ٦۷۹ قانون مدنی است که بر مورد حاکم است نه ماده ۹۵۹ آن قانون که در مقام بیان قاعده‌ای عام است.

نتیجه اینکه متعاقدان می‌توانند به‌طور ضمنی و در قالب پیش‌بینی بازه زمانی مشخص در ضمن عقد وکالت، اراده خویش مبنی‌بر پایبندی تام و تمام به مفاد قرارداد را ابراز کنند (یزدی، ۱٤۳۷ق، صص. ۵۵۳ و ۵۵٤).

پرسش دوم اینکه، آیا اراده صریح یا ضمنی متعاقدان متمکن از حفظ عقد از خطر انفساخ خواهد بود یا خیر؟ پاسخ به این پرسش تا حدود زیادی وابسته به مختار ما در زمینه علت‌یابی انفساخ عقود جایز به موت یا حجر طرفین خواهد بود؛ مطلبی که ازقضا در ماده ۹۵٤ قانون مدنی نیز به‌صراحت مقرر شده است. جمعی از فقهای امامیه، ریشه‌های انفساخ عقد جایز را در اثر موت یا حجر متعاقدان به وصف جواز آن نسبت داده‌اند و بدین ترتیب، آن را داخل در مقتضای ذات عقد دانسته‌اند، اما بر این نظر اشکال شده است که چنانچه انفساخ عقد جایز به شرح فوق، ناشی از وصف جواز و داخل در ماهیت ذاتی عقد باشد، لازم است تا عقد هبه نیز به‌عنوان یکی از مصادیق بارز عقود جایز، به موت یا حجر یکی از طرفین یا هر دوی آن‌ها منحل شود حال‌آنکه این‌گونه نیست و حتی بالاتر، حدوث موت و حجر سبب لازم شدن آن خواهد شد؛ مطلبی که به‌صراحت در ماده ۸۰۵ قانون مدنی نیز مورد تأیید قانون‌گذار واقع شده است (یزدی، ۱٤۳۷ق، ص. ۱۷۰).

در این رهگذر اما عده‌ای دیگر از فقهای امامیه خود را از کالبد سنتی رهانیده و به‌جای جست‌وجوی علت موضوع در ماهیت عقد جایز، آن را از آثار اذن و اباحه تلقی کرده و گفته‌اند: چنانچه انحلال عقد وکالت در فرض موت یا حجر احد متعاقدان را از لوازم و آثار ابتنای آن بر اذن و اباحه بدانیم و همه چیز را به حکومت اراده بازگردانیم، لاجرم باید این مطلب را نیز پذیرا شویم که دو طرف همچنین توان آن را دارند که پیمان خویش را انحلال‌ناپذیر کنند و برای پس از مرگ و حجر خویش نیز نگاه دارند؛ مطلبی که در جای خود بسان شاه‌کلیدی است که در مقام ماهیت‌سنجی حساب

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

سپرده‌های سرمایه‌گذاری، قفل اشکال یا اشکالات مهمی را می‌گشاید.

۲) شخص وکیل مکلف است تا حساب ایام وکالت خویش را به موکل بدهد و آنچه را به‌جای او دریافت داشته است، به وی رد کند. این اصل، به‌صراحت در کلام فحول از فقهای امامیه منعکس شده (شهید ثانی و شهید اول، ۱٤۱۳ق، ص. ۲۸٤؛ نجفی، بی‌تا، ص. ۳٤٤) و قانون‌گذار مدنی نیز در ماده ٦٦۸ بر آن تصریح کرده است. این مطلب نیز در مقام ماهیت‌سنجی حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار کلیدی است و از دیدگاه دیگر مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۳) مشابه آنچه در ضمن مباحث درباره عقد مضاربه بیان شد، تعهد وکیل نیز بسان مضارب، تعهدی است «بر وسیله» و بدین ترتیب، در دعوای جبران خسارت وارده، وی در جایگاه منکر قرار دارد. ازاین‌رو احراز صرف به عمل آوردن تلاش‌های عرفی لازم در این زمینه از جانب خوانده (وکیل) سبب برائت ذمه وی در دعوای مطروح خواهد بود (نجفی، بی‌تا، ص. ۳٤۱؛ شهید ثانی و شهید اول، ۱٤۱۳ق، ص. ۲۸۳).

قانون‌گذار مدنی نیز اصل مزبور را به بیانی دیگر در مواد ٦٦٦ و ٦۳۱ به‌صراحت مقرر داشته و بدین ترتیب، وکیل امانت‌دار را تحت حمایت خویش قرار داده است.

پس از بیان اصل مزبور، نوبت به بیان نکته‌ای می‌رسد که البته مشابه آن در ضمن مطالب ناظر به بررسی عقد مضاربه مورد بررسی و کاوش واقع شد و آن، امکان‌سنجی شرط ضمان صریح یا ضمنی بر وکیل است؛ مطلبی که به‌نوبه خود و در مقام ماهیت‌سنجی حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار راهگشا خواهد بود.

در مقام پاسخ به پرسش فوق، به نظر می‌رسد اشتراط ضمان وکیل به‌طور صریح یا تلویحی در ضمن عقد وکالت با مانعی روبه‌رو نشود؛ زیرا گفته‌اند «کلُ شیء لَک مباحٌ حتّی یَردَ فیه النهی». بدین ترتیب، ازآنجاکه نهی صریحی مبنی‌بر شرط یادشده در قانون مدنی (مواد ٦٥٦ به بعد) و نیز فقه امامیه یافت نمی‌شود، پس به نظر می‌رسد تراضی طرفینی در این زمینه محترم شمرده شده است و مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی (که خود مبتنی بر پایه‌های دو قاعده «المؤمنون عند شروطهم» و «العقود تابعة القصود» است) محمول بر صحت باشد. گواه این نظر نیز مواد ٦٤۲ و ٦٤۳ قانون مدنی خواهد بود که اشتراط ضمان بر مستعیر را مباح اعلام کرده است.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

٦. تطبیق حساب سپرده سرمایه‌گذاری با عقد وکالت

پس از بیان پاره‌ای از اوصاف عقد وکالت، هم‌اکنون در مقام تطبیق احکام این عقد با تأسیس «حساب سپرده سرمایه‌گذاری» برمی‌آییم و درنهایت، به رد یا قبول این موضع به‌گونه مستدل می‌پردازیم.

۱) حسب ملاک تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا، سرمایه‌گذار در ضمن قرارداد خود با شخص حقوقی بانک، به وی اجازه می‌دهد تا نسبت به سرمایه مزبور معامله کند و در مقابل، سرمایه‌گذار به‌عنوان موکل، تعهدات حاصله را به عهده بگیرد، حق‌الوکاله وکیل را بپردازد و هزینه‌های متعارف انجام‌شده توسط بانک را جبران کند؛ مطلبی که به‌نوبه خود مبتنی بر مواد ٦٦٧، ٦٧٦ و ٦٧٧ قانون مدنی است و از دیدگاه فقهی نیز به‌تفصیل بیان آن گذشت.

در این رهگذر اما بیان چند نکته اساسی خالی از فایده نیست.

نخست اینکه، گفته شد لازم است تا حق‌الوکاله شخص حقوقی بانک به‌عنوان وکیل مأذون از جانب سرمایه‌گذار و نیز هزینه‌های متعارفی که در این مسیر متحمل شده است، تأدیه شود، اما طریقه استیفای آن توسط بانک تا حدودی مبهم است. در رویه عملی بانک‌ها نیز مبلغ مستقلی از این بابت به بانک پرداخت نمی‌شود، اما باید توجه داشت که حسب تصریح ماده ۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و نیز ماده ۱۰ آیین‌نامه فصل ۲ همان قانون، اصولاً پیش از تأدیه حصه سرمایه‌گذار از سود حاصل، حق‌الوکاله بانک و نیز هزینه‌های متعارف وی در این مسیر برداشت می‌شود و آنگاه سود قراردادی معهود به موکل تسلیم می‌شود. به دیگر بیان، دین قراردادی سرمایه‌گذار با طلب وی از این بابت تهاتر می‌شود و نیازی به تأدیه جداگانه آن نخواهد بود (بند ۳ ماده ٢٦٤ قانون مدنی).

نکته دوم، درباره لازم‌الوفا بودن قرارداد منعقده میان شخص حقوقی بانک و سرمایه‌گذار است. بدین معنا که علی‌الاصول، فسخ یک‌جانبه آن از سوی هیچ‌یک از طرفین در مدت قرارداد یادشده مباح نخواهد بود. تحلیل، بررسی و نقد نظرات موجود و آنگاه تعلیل نظریه درباره لازم کردن ضمنی عقد وکالت از طریق پیش‌بینی بازه زمانی مشخص در آن، پیش‌تر (در ذیل وصف نخست عقد وکالت) بیان شد و بدین ترتیب، نیازی به بیان دوباره آن احساس نمی‌شود.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

وانگهی حدوث موت یا حجر سرمایه‌گذار در اثنای مدت، تأثیری در حیات و ممات موجود حقوقی تولدیافته ندارد و بدین ترتیب، حیات آن ادامه می‌یابد. علت این امر نیز به‌تفصیل (در ذیل وصف نخست عقد وکالت) بیان شد و از این بابت نیز از ذکر دوباره آن بی‌نیاز هستیم. تنها ملاحظه‌ای که در این رابطه به ذهن متبادر می‌شود، این است که از تاریخ حدوث حجر یا موت ولی یا قیم یا ورثه به‌عنوان قائم‌مقام مولی علیه یا متوفا، طرف شخص حقوقی بانک خواهد بود و بدین ترتیب، رابطه حقوقی که سابقاً ایجاد شده بود، با ایشان ادامه می‌یابد.

نکته دیگر اینکه، شخص حقوقی بانک در پایان مدت قراردادی، اقدام به تسلیم «صورت‌وضعیت مالی» به سرمایه‌گذار می‌کند که به‌نوبه خود مشتمل بر مجموعه عملیات تأمین مالی و فعالیت‌های سرمایه‌گذاری است و در واقع، ماحصل تصرفات بانک را در سرمایه سپرده‌شده نشان می‌دهد؛ موضوعی که به‌نوبه خود مبتنی بر مختار فقهای امامیه و قانون‌گذار مدنی است؛ زیرا هر دو، ارائه حساب ایام وکالت از سوی وکیل را لازمه عقد وکالت دانسته‌اند که شرح آن پیش‌تر (در ذیل وصف دوم عقد وکالت) بیان شد.

مطلبی که در این رابطه تأمل‌برانگیز است و می‌تواند اقدام قانون‌گذار مبنی‌بر ابتنای حساب‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار بر پایه‌های عقد وکالت را تا حدودی مخدوش کند، این است که در عمل بانک برای معافیت از ارائه حساب به شخص سرمایه‌گذار، سهم نهایی وی از سود حاصل را در قالب اقساطی معین به‌صورت ماهانه به وی تأدیه می‌کند تا در پایان مدت، مستغنی از ارائه صورت مالی به شخص باشد و بدین ترتیب، تنها ضامن استرداد اصل سرمایه به مالک آن باشد. در پاسخ به همین اشکال است که عده‌ای از صاحب‌نظران بدون ورود به ماهیت حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار و در مقام ماهیت‌سنجی سودهای علی‌الحساب، آن را در قالب عقد قرض تحلیل کرده‌اند. بدین معنی که پس از صدور اذن و نیابت از جانب سرمایه‌گذار مبنی‌بر اعمال دخل‌وتصرف در سرمایه مالک، طرفین به‌طور ضمنی اقدام به انعقاد عقد قرض می‌کنند. بدین ترتیب که در بازه‌های زمانی مشخص، مبلغی تحت عنوان «سود علی‌الحساب» به سرمایه‌گذار تأدیه می‌شود. آنگاه در پایان مدت قرارداد سرمایه‌گذاری که ازقضا توأم با سررسید دین مؤجل سرمایه‌گذار (ناشی از عقد قرض) نیز هست، حصه وی از سود حاصل با دین وی در اثر

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

عقد قرض تهاتر می‌شود (موسویان و میثمی، ۱۳۹۷، ص. ۲۵٤). پذیرش این نظر می‌تواند به میزان زیادی از آسیب مبنای قانونی حساب‌های سپرده سرمایه‌گذاری (عقد وکالت) جلوگیری کند. ملاحظه نهایی در این زمینه اما درباره اشکالی است که در برخی نوشته‌های مربوط به حقوق بانکی و در مقام خارج کردن حساب‌های سرمایه‌گذاری از ذیل عقد وکالت مطرح شده است و آن اینکه، شخص وکیل در تصرفات خود به نام خویش و به حساب موکل اقدام می‌کند حال آنکه در رویه بانک‌ها مشاهده می‌شود که بانک در اعمال حقوقی (موضوع تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا) نسبت به سرمایه، بسان مالک عمل می‌کند و به‌هیچ‌عنوان بر نیابتی بودن معامله تصریح نمی‌کند و اشخاص ثالث نیز بانک را اصیل قلمداد می‌کنند و با این ذهنیت در ایجاد بنای حقوقی با ایشان همراه می‌شوند، اما باید از این برداشت ظاهری چشم پوشید و با دقتی دوچندان، مفاد ماده ۱۹٦ قانون مدنی را مورد فحص و کاوش قرارداد؛ زیرا به‌موجب این ماده، اصولاً ضرورتی مبنی‌بر تصریح وکیل بر نیابتی بودن معامله وجود ندارد و اثر تصریح در این حالت، تنها منصرف به مرحله اثبات است حال آنکه مقوله ماهیت‌سنجی حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار، ناظر به مرحله ثبوت است و بدین ترتیب، خروج اشکال مطروح (به شرح فوق) از مورد بحث، از باب تخصص خواهد بود.

۲) گفته شد که تعهد وکیل در برابر موکل خویش بر وسیله است، اما اساساً سپردن اصل سرمایه از سوی مالک به بانک، مبتنی بر این ملاحظه اساسی است که سرمایه‌گذار، ریسک‌گریز است و بدین ترتیب، در جست‌وجوی مأمنی قابل اطمینان برای حفظ ارزش سرمایه نقدی خویش به ساحل امن بانک پناه می‌برد و با در نظر داشتن تخصص و مهارت بانک، سرمایه خویش را به او می‌سپارد و بانک نیز به اعتبار همین تخصص، پرداخت مبلغی را به‌عنوان سود حاصل از به جریان انداختن سرمایه نقدی تعهد می‌کند. این موضوع همان است که از آن به «تضمین نتیجه» یاد می‌شود؛ عنصری که مقرون شدن آن با هر قرارداد چه به‌طور صریح و چه تلویحی، موجب تغییر موضع وکیل از جایگاه منکر به جایگاه مدعی (و در ضمن دعوای مطروحه به طرفیت وی به خواسته جبران خسارات ناشی از تلف یا منقصت عین) خواهد شد؛ موضوعی که مشابه آن در مبحث ضمان متصدی حمل‌ونقل در ذیل ماده ۳۸٦ قانون تجارت دیده می‌شود. بر پایه

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

همین استدلال، قانون‌گذار در ماده ٤ قانون عملیات بانکی بدون ربا و نیز ماده ۸ آیین‌نامه اجرایی فصل ۲، بانک را ضامن اصل سرمایه مالک مقرر داشته است.

۳) برخی اشکال کرده‌اند که اعطای وکالت به بانک از سوی سرمایه‌گذار، مصداقی از مصادیق وکالت مطلق است که به‌موجب ماده ٦٦١ قانون مدنی تنها ظاهر در اداره اموال موکل است حال‌آنکه اعمال حقوقی بانک نسبت به سرمایه مالک موضوعی است ورای اداره آن. ازقضا نگاهی اجمالی به تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز گواه کلام فوق است؛ زیرا اعمال حقوقی یادشده در آن ماده (مضاربه، مزارعه، مساقات، جعاله، سلف و...) محتاج به بسط یدی است که قهراً با وکالت مطلق که مقتضی اذن در اداره است، تأمین نخواهد شد. باید توجه داشت که اساساً در وکالت مطلق، چون صراحت لازم درباره افراد و مصادیق عام وجود ندارد، در تعبیر اراده موکل، قانون‌گذار آن را به اداره کردن اموال محدود می‌کند(شهید ثانی، ١٣٩٤، صص. ٢٢٢-٢٣١). پس ازآنجاکه در قرارداد منعقده میان طرفین، به‌طور صریح بر به‌کارگیری سپرده طبق قانون عملیات بانکی بدون ربا در بازارهای پولی تصریح می‌شود یا اراده تلویحی طرفین بدان تعلق می‌گیرد، اساساً وکالت مطلق منتفی است و به‌تبع آن، ظهور عقد در اذن مبنی‌بر «صرف اداره سرمایه» نیز منتفی می‌شود؛ زیرا وکالت مطلق، وکالتی است که از حیث متعلق، خاص و از حیث تصرف، مطلق باشد حال آنکه در ما نحن فیه، هم متعلق و هم تصرف، هر دو خاص است. ازاین‌رو اشکال مطروحه به شرح فوق نیز خالی از وجه است و خللی در ابتنای حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار بر پای عقد وکالت ایجاد نمی‌کند (میرزای قمی و محمد تبریزی،١٣٦٣، ص. ١٩٢).

نتیجه‌گیری

در نگاه کلی، ایرادات وارد بر موضع قانون‌گذار مدنی در ماده ۵۹۹ در حاکم کردن قواعد عقد مضاربه بر روابط حقوقی بانک سرمایه‌گذار که قهراً سبب گذار به قواعد عقد وکالت در تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا شده است، به شرح زیر است.

الف) تجارتی نبودن اعمال حقوقی پیش‌بینی‌شده در تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا که تأسیس بانک به‌عنوان مضارب، مکلف به انجام دادن آن شده است، در اموری مانند مضاربه، مساقات، مزارعه، مشارکت، سلف، جعاله و... استفاده می‌شود که اساساً ماهیت هیچ‌یک از اعمال حقوقی مزبور با ماهیت فعالیت‌های تجارتی ذاتی

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

موضوع ماده ۲ قانون تجارت منطبق نیست. به دیگر بیان، محل تحصیل سود حاصل، اعمال تجارتی ذاتی نیست حال آنکه گفته شد شرط مضاربه تلقی شدن پیمان این است که سرمایه مالک در مسیر عمل تجارتی مصروف شود. ازاین‌رو ماهیت حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار با ماهیت عقد مضاربه یکسان نیست.

ب) چنان‌که به‌تفصیل گفته شد، تعیین حصه مشاع از سود حاصل برای هریک از متعاقدان شرط لازم برای مضاربه تلقی شدن رابطه حقوقی رخ‌داده است حال‌آنکه در مورد حساب‌های سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار، حسب تصریح ماده ۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و نیز ماده ۱۰ آیین‌نامه فصل ۲، تعیین حصه مشاع به شرح مقرر در مواد ۵۴۸ و ۵۴۹ قانون مدنی منتفی است و درنهایت، منابع حاصل از فعالیت‌های اقتصادی بانک (به شرح مقرر در تبصره ماده ۳ قانون مرقوم) متناسب با مدت و مبالغ سپرده‌های سرمایه‌گذاری و رعایت سهم منابع بانک به نسبت مدت و مبلغ در کل وجوه به‌کارگرفته‌شده در این عملیات تقسیم خواهد شد. به دیگر بیان، سود سرمایه ثابت است و هیچ ارتباطی با میزان سود و زیان ناشی از کارهای بانکی ندارد.

ج) چنان‌که پیش‌تر بیان شد، مال مورد مضاربه به‌واسطه ابتنای این عقد بر پایه‌های شرکت مدنی، در ملکیت مشاع هریک از شرکا ایجاد می‌شود و بدین ترتیب، لازم است تا بانک به‌عنوان مدیر مأذون (مواد ۵۷۶ به بعد قانون مدنی) به نمایندگی از سوی صاحبان سرمایه اقدام کند حال آنکه رویه عملی، ترتیبی برخلاف این را به اثبات رسانده است و نشان می‌دهد که اساساً بانک‌ها در ضمن اعمال حقوقی که نسبت به مال مورد مضاربه انجام می‌دهند، به نمایندگی از طرف صاحبان حساب‌ها اقدام نمی‌کنند و نتایج و آثار این معاملات را برای خود می‌خواهند و صاحبان سرمایه نیز حسب مدلول تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا، یکی از قراردادهایی که بانک نسبت به مال مورد مضاربه منعقد می‌کند، عقد مضاربه است. در این وضعیت، تحصیل سود مستند به فعالیتی خواهد بود که از جانب مضارب دوم رخ داده است و اساساً بانک در این حالت، هیچ‌گونه عملی انجام نداده است. ازاین‌رو علی‌الاصول، مستحق هیچ حصه‌ای از سود حاصل یا هیچ اجرت‌المثلی نخواهد بود.

حسب آنچه بیان شد، می‌توان با قاطعیت ابتنای رابطه حقوقی رخ داده میان بانک و سرمایه‌گذار بر پایه‌های عقد مضاربه را رد کرد. بدین ترتیب، لازم بود تا در جست‌جوی

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

ماهیت واقعی این رابطه، به بررسی موضع قانون‌گذار عملیات بانکی بدون ربا در وکالت نامیدن این رابطه حقوقی بپردازیم. دستاورد کوشش ما در اثبات این موضع از طریق پاسخ‌گویی مستدل به ایرادات وارده از سوی مخالفان (نظریه وکالت) به شرح زیر است.

نخست: مانعةالجمع بودن وصف جواز عقد وکالت و لزوم پایبندی سرمایه‌گذار به رابطه حقوقی با بانک که در مقام پاسخ بیان شد اساساً متعاقدان می‌توانند به‌طور ضمنی و در قالب پیش‌بینی بازه زمانی مشخص در ضمن عقد وکالت، اراده خویش مبنی‌بر پایبندی تام و تمام به مفاد قرارداد را ابراز کنند و در این مسیر نیازی به پایبندی به قالب‌های سنتی موجود به نظر نمی‌رسد. بدین ترتیب، نیازی نیست تا متعاقدان عقد وکالت یا عدم عزل و استعفا را در ضمن عقد لازمی شرط کنند، بلکه همان‌گونه که مرحوم صاحب *عروه* بیان می‌دارد، کافی است تا اراده ضمنی یا تلویحی مبنی‌بر پایبندی طرفین به رابطه حقوقی بناشده در ضمن عقد اصلی وکالت درج شود.

دوم: مانعةالجمع بودن ماهیت اذنی عقد وکالت و انفساخ آن به موت یا حجر موکل با بقای رابطه حقوقی سرمایه‌گذار و بانک ولو با موت یا حجر مشارٌالیه که در مقام پاسخ بیان داشتیم، چنانچه انحلال عقد وکالت در فرض موت یا حجر احد متعاقدان را از لوازم و آثار ابتنای آن بر اذن و اباحه بدانیم و همه چیز را به حکومت اراده بازگردانیم، لاجرم باید این مطلب را نیز پذیرا شویم که دو طرف، همچنین توان آن را دارند که پیمان خویش را انحلال‌ناپذیر کنند و برای پس از مرگ و حجر خویش نیز نگاه دارند.

سوم: مانعةالجمع بودن ید امانی وکیل با تعهد بانک مبنی‌بر بازپرداخت اصل سپرده (رأس‌المال) که در مقام پاسخ بدین اشکال نیز چنین بیان شد که اساساً سپارش اصل سرمایه از سوی مالک به بانک، مبتنی بر این ملاحظه اساسی است که سرمایه‌گذار ریسک‌گریز است و در جست‌وجوی مأمنی قابل اطمینان برای حفظ ارزش سرمایه نقدی خویش به ساحل امن بانک پناه می‌برد و با در نظر داشتن تخصص و مهارت بانک، سرمایه خویش را به او می‌سپارد و بانک نیز به اعتبار همین تخصص، پرداخت مبلغی را به‌عنوان سود حاصل از به جریان انداختن سرمایه نقدی تعهد می‌کند. این موضوع همان است که از آن به «تضمین نتیجه» یاد می‌شود؛ عنصری که مقرون شدن آن با هر قرارداد چه به‌طور صریح و چه تلویحی، موجب تغییر موضع وکیل از جایگاه

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

منکر به جایگاه مدعی (و در ضمن دعوای مطروحه به طرفیت وی به خواسته جبران خسارات ناشی از تلف یا منقصت عین) خواهد شد؛ موضوعی که مشابه آن در مبحث ضمان متصدی حمل‌ونقل در ذیل ماده ۳۸٦ قانون تجارت مشاهده می‌شود. بر پایه همین استدلال، قانون‌گذار در ماده ٤ قانون عملیات بانکی بدون ربا و نیز ماده ۸ آیین‌نامه اجرایی فصل دوم، بانک را ضامن اصل سرمایه مالک مقرر داشته است.

چهارم: برخی اشکال کرده‌اند که اعطای وکالت به بانک از سوی سرمایه‌گذار، مصداقی از مصادیق وکالت مطلق است که به‌موجب ماده ٦٦١ قانون مدنی تنها ظاهر در اداره اموال موکل است حال‌آنکه اعمال حقوقی بانک نسبت به سرمایه مالک، موضوعی است ورای اداره آن. باید توجه داشت که اساساً در وکالت مطلق، چون صراحت لازم درباره افراد و مصادیق عام وجود ندارد، در تعبیر اراده موکل، قانون‌گذار آن را به اداره کردن اموال محدود می‌کند (شهید ثانی، ۱۳۹٤، صص. ۲۳۱-۲۲۲). ازاین‌رو ازآنجاکه در قرارداد منعقده میان طرفین، به‌طور صریح بر به‌کارگیری سپرده طبق قانون عملیات بانکی بدون ربا در بازارهای پولی تصریح می‌شود یا اراده تلویحی طرفین بدان تعلق می‌گیرد، اساساً وکالت مطلق منتفی است و به‌تبع آن، ظهور عقد در اذن مبنی‌بر «صرف اداره سرمایه» نیز منتفی می‌شود؛ زیرا گفته شد وکالت مطلق، وکالتی است که از حیث متعلق، خاص و از حیث تصرف، مطلق باشد حال آنکه در ما نحن فیه، هم متعلق و هم تصرف، هر دو خاص است. ازاین‌رو اشکال مطروحه به شرح فوق خالی از وجه است و خللی در ابتنای حساب سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار بر پای عقد وکالت ایجاد نمی‌کند.

در پایان و به‌عنوان حسن ختام می‌توان گفت با توجه به اصل انحصاری بودن عملیات بانکی و اینکه بانک، حق بنگاه‌داری را ولو در چهارچوب عملیات بانکی اسلامی ندارد، به‌گونه‌ای هدف، منع ورود بانک‌ها به این حوزه بوده است تا بدین طریق، از دور شدن بانک از جایگاه خود جلوگیری کند، اما فرض محتمل‌تر در نظریه وکالت این است که به نظر می‌رسد وکیل بودن بانک، نقش اصیل آن یعنی واسطه‌گری را که در بانکداری متعارف وجود دارد، بار دیگر احیا می‌کند. به دیگر بیان، وکیل بودن بانک در سپرده‌های سرمایه‌گذاری سبب می‌شود تا همان کارکرد سنتی آن، این بار در چهارچوب عقود اسلامی حفظ شود.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

یادداشت‌ها

۱. مضاربه عقدی است که به‌موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کند و در سود آن شریک باشند. صاحب سرمایه، مالک و عامل، مضارب نامیده می‌شود.

۲. وکالت عقدی است که به‌موجب آن، یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام دادن کاری نایب خود می‌کند.

کتابنامه

امامی، سیدحسن (۱۳۷٤). *حقوق مدنی*. تهران: اسلامیه.

Emami, Seyed Hasan (1374). Civil Rights. Tehran: Islamia.

امیری قائم‌مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸). *حقوق تعهدات*. تهران: میزان/دادگستر.

Amiri Ghaem Maqami, Abdul Majid (1378). Obligations rights. Tehran: Mizan/ Dadgostar.

ایروانی، جواد (۱۳۹٤). *پول و بانکداری اسلامی*. مشهد: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

Irvani, Javad (1394). Islamic money and banking. Mashhad: Razavi University of Islamic Sciences.

بروجردی، محمد (۱۳۸۰). *حقوق مدنی*. تهران: کتابخانه گنج دانش.

Boroujerdi, Mohammad (1380). Civil Rights. Tehran: Ganj Danesh Library.

جعفری، امین (۱٤۰۰). *حقوق بانکی؛ کارکرد بانکی*. تهران: شرکت سهامی انتشار.

Jafari, Amin (1400). banking rights; Banking function. Tehran: Publishing Company.

حلی (علامه)، حسن‌بن‌یوسف (۱۳۸۵). *تذکرةالفقها*. قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم‌السلام) لاحیاءالتراث.

Heli, Hasan bin Youssef (1385). Tazkereh al-Faqaha Qom: Al-Al-Bayt (peace be upon him) Institute of Lahia al-Tarath.

شعبانی، احمد (۱۳۹۲). *بانکداری اسلامی؛ رویکردی اقتصادی و فقهی*. تهران: دانشگاه امام‌صادق (علیه‌السلام).

Shabani, Ahmed (1392). Islamic banking; An economic and legal approach. Tehran: Imam Sadeq University (peace be upon him).

شهید ثانی، زین‌الدین‌بن‌علی (۱۳۹٤). *تمهید القواعد*. قم: بوستان کتاب.

Shahid Sani, Zain al-Din Bin Ali (1394). Provision of rules. Qom: Bostan Kitab.

شهید ثانی، زین‌الدین‌بن‌علی؛ و شیروانی، علی (۱۳۷۸). *شرح لمعة*. قم: دارالعلم.

Shahid Sani, Zainuddin Bin Ali; and Shirvani, Ali (1378). The description of Lameh. Qom: Darol Alelm.

شهید ثانی، زین‌الدین‌بن‌علی؛ و شهید اول، محمدبن‌مکی (۱٤۱۳ق)، *شرح لمعةالدمشقیة*. قم: دارالعلم.

Shahid Thani, Zainuddin Bin Ali; and Shahid sani, Muhammad bin Makki (1413 AH), the description of Lamea al-Damshaqiyyah. Qom: Darol Alelm.

Archive of SID.ir

Archive of SID.ir

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸). *الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی؛ مسئولیت‌های خاص و مختلط*. تهران: گنج دانش.

Katouzian, Nasser (1398). Obligations outside the civil liability contract; Special and mixed responsibilities. Tehran: Ganj Danesh.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲). *دوره مقدماتی حقوق مدنی؛ درس‌هایی از عقود معین برای دانشجویان دوره کارشناسی: ودیعه، عاریه*. تهران: گنج دانش.

Katouzian, Nasser (1382). Introductory course of civil rights; Lessons from certain contracts for undergraduate students: deposit, loan. Tehran: Ganj Danesh.

کربلایی آقازاده، مصطفی؛ و دریایی، رضا (۱۳۹۳). «ماهیت حقوقی سپرده‌گذاری نزد بانک‌ها». *مطالعات حقوقی*، سال ٦، شماره ۲، ۷۱ـ ۳۳.

Karbalai Aghazadeh, Mustafa; and Mariya, Reza (2013). "The legal nature of depositing with banks". Legal studies, year 6, number 2, 33-71.

مسعودی، علیرضا (۱۳۸٦). *حقوق بانکی*. تهران: پیشبرد.

Masoudi, Alireza (1386). Banking rights. Tehran: Advance.

موسویان سیدعباس؛ و میثمی، حسین (۱۳۹۷). *بانکداری اسلامی (۱)؛ مبانی نظری-تجارب عملی*. تهران: پژوهشکده پولی و بانکی.

Musavian Seyyed Abbas; and Maythami, Hossein (1397). Islamic banking (1); Theoretical foundations-practical experiences. Tehran: Monetary and Banking Research Institute.

میرزای قمی، ابوالقاسم‌بن‌محمدحسن؛ و تبریزی، عبدالرحیم‌بن‌محمد (۱۳٦۳). *قوانین‌الاصول*، قم: علمیه اسلامیه.

Mirzai Qami, Abulqasem bin Mohammad Hassan; and Tabrizi, Abdur Rahim bin Mohammad (1363). Laws of Principles, Qom: Ilmia Islamia.

نجفی، محمدحسین‌بن‌باقر (بی‌تا). *جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام*. تهران: حقوق اسلامی.

Najafi, Mohammad Hossein Bin Bagher (BTA). Jawaharol Kalam in the explanation of the laws of Islam. Tehran: Islamic Law.

یزدی، سیدمحمدکاظم‌بن‌عبدالعظیم (۱٤۳۷ق). *العروةالوثقی*. قم: مرکز تنظیم و نشر آثار آیت‌الله‌العظمی موسوی اردبیلی.

Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem bin Abdul Azim (1437 AH). Al-Orwat Al-Wosgha. Qom: Center for editing and publishing the works of Ayatollah Azami Mousavi Ardabili.

Archive of SID.ir