

Analyzing the effect of commercial risk on Mudaraba and Jo'ala banking contracts

Lida Habibi¹

Master's degree in Private Law, Islamic Azad University, Kashan Branch, Iran.

Abstract.

Islamic jurisprudence has considered the acceptance of commercial risk by the parties as one of the basic conditions for the validity of the contract in contracts that are based on a joint activity between the parties with the intention of gaining profit and benefit. The basis for defining this condition in the holy Sharia is the prophetic prohibition of ribh mala-y-gham, that is, the invalidity of obtaining profit without accepting risk. Since the laws of our country consider any discrepancy between contracts and Sharia to be invalid and illegitimate, we were asked what is the effect of commercial risk on the validity of Mudaraba and Ja'ala banking contracts? Therefore, the results of this research revealed that firstly, considering that in Islamic jurisprudence and Iranian law, the guarantee of capital in Mudaraba invalidates the contract and in Ja'ala it is not invalid, therefore, assuming that these contracts are banking, the same jurisprudential and civil law rulings apply. Secondly, the possible loss resulting from the execution of the contract, in the assumption of fault, is borne by the culprit in terms of civil liability, and in the assumption of no fault in the Mudaraba contract, it is borne by both parties and in Ja'ala it is subject to the contract; However, there are two cases of loss on the bank's side: first, the bank has paid the facility from its own assets, and second, the bank has paid the facility from the depositors' assets. In the first case, the loss is borne by the bank as an independent legal entity, and in the second case, the loss is subject to agency regulations..

Keywords: Commercial risk, bank return, bank, mudarabah, Jo'ala, guarante.

¹ L.vakilhabibi@gmail.com

واکاوی اثر ریسک تجاری در مضاربه و جعاله بانکی

لیدا حبیبی^۱

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۹/۲۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۱/۱۲

چکیده

فقه اسلامی در عقودی که مبنای یک فعالیت مشترک بین طرفین به قصد کسب سود و منفعت می‌باشد، پذیرش ریسک تجاری توسط طرفین را به عنوان یکی از شرایط اساسی صحت عقد دانسته است. مبنای تعریف این شرط در شرع مقدس، نهی نبوی از ربح مالایضمن یعنی بطلان کسب سود بدون پذیرش ریسک است. از آنجا که قوانین موضوعه کشور ما هرگونه مغایرت عقود با شرع را باطل و نامشروع می‌داند، برای ما این پرسش مطرح گردید که اثر ریسک تجاری در صحت عقود بانکی مضاربه و جعاله چیست؟ لذا در نتایج حاصل از این پژوهش مشخص شد که اولاً با توجه به اینکه در فقه اسلامی و حقوق ایران ضمانت سرمایه در مضاربه مبطل عقد بوده و در جعاله مبطل نیست، لذا در فرض بانکی بودن این عقود نیز همان احکام فقهی و حقوق مدنی بار می‌شود. ثانیاً زیان احتمالی ناشی از اجرای قرارداد در فرض تقصیر از باب مسئولیت مدنی متوجه مقصر است و در فرض عدم تقصیر در عقد مضاربه متوجه هر دو طرف و در جعاله تابع قرارداد است؛ لکن زیان در طرف بانک دو حالت دارد: اول اینکه بانک از دارایی خود تسهیلات پرداخت کرده و دوم آنکه بانک از محل دارایی سپرده گذاران، در حالت اول زیان متوجه بانک به عنوان شخص حقوقی مستقل است و در حالت دوم زیان تابع مقررات نمایندگی است.

واژگان کلیدی: ریسک تجاری، عود بانکی، بانک، مضاربه، جعاله، ضمان.



^۱ - کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد کاشان، ایران.

مقدمه

فقه اسلامی و حقوق ایران برای عقودی مانند مضاربه، مزارعه و کلیه عقود و قراردادهای که بر مبنای مشارکت طرفین در جهت کسب ربح و سود تشکیل می‌شوند ریسک تجاری را جزو لاینفک این عقود دانسته و هر گونه تضمین سود و حتی تضمین سرمایه را در برابر طرف عقد، باطل و مبطل می‌داند، مبنای این موضع نهی نبوی (ص) از ربح ما لایضمن است. در مقابل در عقودی مانند جعاله و کلیه عقود مبتنی بر مسامحه قید و بندهای عقود یاد شده دیده نمی‌شود، چرا که سهولت در این عقود ثبوتاً در راستای منافع طرفین است. در هر حال می‌توان گفت که کلیه عقود در نظام حقوقی اسلام و ایران بر مبنای توافق دو یا چند نفر بنا شده‌اند، لکن دغدغه ما این است که آیا با تاسیس‌های حقوقی جدید خصوصاً بانکداری آیا می‌توان همان احکام عمومی و اختصاصی قراردادهای بر عقود بانکی منطبق نمود؟ یا اینکه مضاربه و جعاله در توافق گیرنده تسهیلات با بانک ماهیت جدیدی پیدا می‌کنند؟ برای پاسخ به این موارد اولاً باید نقش بانک در عقود مضاربه و جعاله را کشف کنیم، به این معنا که آیا بانک در این عقود سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر است. یا اینکه به نمایندگی از سهامداران و سپرده‌گذاران خود این عقود را منعقد می‌کند؟ از طرفی با توجه به این که در بسیاری از موارد بانک به عنوان یک شخص حقوقی از محل دارایی‌های خود این عقود را منعقد می‌کند و در بسیاری از موارد نیز از محل سپرده‌های سپرده‌گذاران، حال سوال دیگر این است که آیا در فرض دوم می‌توان گفت که ضمانت سرمایه و سود توسط گیرنده تسهیلات در مقابل بانک نبوده بلکه در مقابل سپرده‌گذار است؟ وضعیت این نوع از عقود چه خواهد بود؟

همواره مشهود بوده است که دریافت کنندگان تسهیلات بانکی که بر مبنای مضاربه یا جعاله تسهیلات بانکی اخذ کرده‌اند، با از بین رفتن سرمایه یا عدم سودآوری موضوع مورد قرارداد، مکلف به بازپرداخت اصل سرمایه و سود تعیینی توسط بانک‌ها گردیده‌اند. در این بین اشخاصی که تمکن مالی داشته‌اند نسبت به بازپرداخت سرمایه و سود به بانک اقدام نموده‌اند و اشخاصی که تمکن مالی نداشته‌اند، بانک‌ها از محل ضمانت یا وثیقه ضامن اصل سرمایه و سود را وصول کرده‌اند. لکن اشخاص بسیاری نیز برای ابطال عقود بانکی بر مبنای تضمین ریسک تجاری در قرارداد، خصوصاً مضاربه و جعاله اقدام کرده که در نتیجه این دعاوی محاکم تصمیمات متفاوتی را اتخاذ کرده‌اند حال آنکه ماهیت این موضوع یعنی عقود مضاربه و جعاله به صورت قرارداد بانکی به خوبی بررسی نشده است. لذا ضرورت دارد در فقدان نظریه و دکترین در خصوص موضوع اثر ریسک تجاری در صحت عقود بانکی مضاربه و جعاله، جنبه‌های نظری این موضوع بررسی و مورد تحقیق قرار گیرد که می‌تواند در آینده به عنوان منبعی در نظام حقوقی مورد استفاده و استناد پژوهشگران، قضات، وکلا، بانک‌ها و سایر اشخاص مرتبط قرار گیرد.

ریسک تجاری^۱

ریسک عبارت است از خطری که به علت عدم اطمینان در مورد وقوع حادثه‌ای در آینده پیش می‌آید و هر چه این عدم اطمینان بیشتر باشد، اصطلاحاً گفته می‌شود که ریسک زیادتر است. هیوب (Hube, 1998) ریسک تجاری را احتمال کاهش درآمد یا از دست دادن سرمایه تعریف می‌کند. مارکویتز (Markowitz, 1952) ریسک را انحراف معیار چند دوره‌ای یک متغیر تعریف کرد. ریسک سرمایه‌گذاری احتمال وقوع بازده خلاف انتظار است. لذا هر اندازه تغییرپذیری نتایج بیشتر باشد، سرمایه‌گذاری ریسک‌دارتر خواهد بود. (راعی و تلنگی، ۱۳۸۳: ۲۲).

ریسک تجاری عدم اطمینانی است که به طور ذاتی در پیش‌بینی سود عملیاتی شرکت تاثیر دارد و به معنای سود خالص عملیاتی پس از کسر مالیات است. به عبارت دیگر ریسک تجاری آن بخش از کل ریسک شرکت است که ناشی از ترکیب دارایی‌ها و تصمیمات عملیاتی شرکت باشد. ریسک تجاری به بی‌اعتمادی به برآوردهای آتی بازده دارایی‌ها یا عدم اطمینان به بازده حقوق صاحبان سهام در صورتی که شرکت برای تامین مالی خود از بدهی استفاده نکرده باشد مربوط می‌گردد. ریسک تجاری از صنعتی به صنعت دیگر و همچنین در بین شرکتهای یک صنعت خاص متفاوت است. به علاوه تغییر ریسک تجاری در طی زمان وجود دارد. گفتنی است صنایع تولیدی دوره-ای که فقط به تولید یک محصول خاص مبادرت می‌کنند، ریسک زیادی دارند. (انصاری زاده و همکاران، ۱۳۸۸: ۵۶).

^۱ -Commercial Risk

مضاربه^۱

مضاربه عقدی است که به موجب آن احد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید اینکه طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند صاحب سرمایه مالک و عامل مضارب نامیده می‌شود. (ماده ۵۴۶ قانون مدنی)

آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره) مضاربه را به این شکل تعریف می‌کند که مضاربه قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین (مالک) عهده‌دار تامین سرمایه (نقدی) می‌گردد. با قید اینکه طرف دیگر (عامل) با آن تجارت کرده و در سود حاصله شریک باشند. (ماده ۳۶ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)).

از نظر فقهای اسلامی مضاربه با قراض، قراردادی اقتصادی میان دو طرف که مالک و عامل نامیده می‌شوند. در این قرارداد عامل با سرمایه مالک تجارت می‌کند و سود به دست آمده میان آن دو تقسیم می‌گردد (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ ق: ۶۱۵) و اگر ضرری به سرمایه وارد شد در صورت افراط و تفریط نکردن عامل در حفظ سرمایه، آن ضرر فقط بر عهده مالک است. (محقق داماد، ۱۴۰۶ ق: ۹۵).

ارکان عقد مضاربه دو وجه دارد اولاً سرمایه دارد که باید وجه نقد باشد و ثانیاً معین و معلوم باشد.

۱. نقد بودن سرمایه^۲

۲. معین و معلوم بودن سرمایه^۳

^۱ -Mudaraba

^۲ - مواد ۵۲۷ و ۵۴۷ قانون مدنی ایران

^۳ - بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی

قانون‌گذار در قانون مدنی عنوان داشته عقد مضاربه به یکی از علل ذیل منفسخ می‌شود:

۱) در صورت موت یا جنون یا سفه احد طرفین

۲) در صورت مفلس شدن مالک

۳) در صورت تلف شدن تمام سرمایه و ربح.

۴) در صورت عدم امکان تجارتي که منظور طرفین بوده. (ماده ۵۵۱ قانون مدنی)

جعاله^۱

قانون مدنی در تعریف جعاله عنوان داشته: جعاله عبارت است از التزام شخصی به اداء اجرت معلوم در مقابل عملی اعم از اینکه طرف معین باشد یا غیر معین. (ماده ۵۶۱ قانون مدنی) در نظر فقها نیز گاهی التزام به پرداخت اجرت (عوض) در برابر انجام دادن کار حلال مورد نظر (باقر نجفی ۱۹۸۱: ۱۸۷) و گاهی عقید یا صیغه‌ای که دلالت بر این التزام نماید، جعاله خوانده شده است. (شهید اول، ۱۳۶۹: ۹۷)

در آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا عنوان شده است. از نظر این آیین‌نامه جعاله عبارت است از التزام شخص «جاعل» یا «کارفرما» بادای مبلغ یا اجرت معلوم (جعل) در مقابل انجام عملی معین، طبق قرارداد، طرفی که عمل را انجام می‌دهد، «عامل» یا «پیمانکار» نامیده می‌شود. (ماده ۶۶ آیین‌نامه فصل سوم قانون عملیات بانکی بدون ربا (بهره)).

^۱ -Reward

حقوقدانان جعاله را به دو قسم عام و خاص تقسیم کرده‌اند.

در جعاله‌ی خاص، ایجاب برای شخص معین می‌شود، طرف خطاب تنها یک یا چند نفر خاص است و به همین دلیل نیز پذیرفتن ایجاب از طرف دیگری امکان ندارد. در جعاله‌ی عام، آنچه به نظر جاعل اهمیت دارد، رسیدن به نتیجه‌ی مطلوب است و به همین جهت ایجاب را به طرف عموم می‌کند و ملتزم می‌شود که هر کس کار مورد درخواست او را انجام دهد پاداش معهود را دریافت می‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۸۱).

در اینکه جعاله در زمره عقود است یا در شمار ایقاعات، قانون مدنی حکم صریحی ندارد. چگونگی انشای مواد گواه بر این است که نویسندگان قانون مدنی نیز در این باب تصمیم قاطعی نگرفته‌اند و نتوانسته‌اند به تردیدی که فقهای امامیه داشته‌اند پایان دهند. زیرا از سویی جعاله در شماره عقود معین، مانند مضاربه و ودیعه و اجاره، آمده است و از سوی دیگر، در تعریف جعاله از به کار بردن واژه عقد احتراز شده و این عمل حقوقی به «التزام به اداء اجرت معلوم» تعبیر گشته است. (ماده ۵۶۱) در ماده ۵۶۵ نیز که قانونگذار در مقام بیان اختیار دو طرف در برهم زدن عقد بوده چنین آمده است: «جعاله تعهدی است جایز...» در نتیجه همین اجمال، نویسندگان حقوق مدنی هم درباره عقد یا ایقاع بودن جعاله اختلاف پیدا کرده‌اند. (همان: ۲۸۱).

عقد جعاله لازم نیست و جاعل و عامل می‌توانند هر گاه که بخواهند و بدون اینکه نیاز به بهانه مشروع داشته باشند آن را بر هم زنند. منتها باید دانست که امکان برهم زدن عقد بدین معنی نیست که التزام جاعل هیچ اثری به بار نمی‌آورد و سرنوشت این دین به طور کامل به دست اوست.

ضمان زیان احتمالی ناشی از اجرای قرارداد (ریسک تجاری) برای طرفین، در قراردادهای بانکی مضاربه

سود در مضاربه طبق توافق طرفین تقسیم می‌شود، ولی مبلغ و مقدار سود نباید معلوم باشد، زیرا قبل از انجام کار و تحصیل سود کسی نمی‌تواند مقدار سود را معین کند و اگر چنین کاری صورت گیرد، قرارداد صورت ربا به خود می‌گیرد. ضمناً ناگفته نماند که هر یک از دو طرف مضاربه با پیدایش سود، نسبت به آن قدر سهم خود مالک می‌شوند ولی این ملکیت تزلزل و ناپایدار است. زیرا ممکن است کار تجارت با خسارت مواجه شود که اگر چنین شد، زیان وارده با سود مضاربه جبران می‌شود و آنچه از سود باقی مانده در موعد حسابرسی بین مالک و عامل تقسیم خواهد شد (محمودی گلپایگانی، ۱۳۸۱: ۹۸-۱۰۰).

سرمایه در قراردادهای مضاربه، طبق رویه رایج چنین قید می‌شود که اظهارنظر بانک در میزان خسارت وارده به سرمایه و مطابق رویه‌ی بانک‌ها به ماخذ سود محقق نشده- معتبر بوده و عامل حق هر گونه ایراد و اعتراضی را در این مورد از خود سلب می‌نماید. ظاهر در این است که اعطای اجازه‌ی محاسبه خسارت، توسط بانک و عدم اعتراض بدان، سلب حق به طور جزئی است که در ماده ۹۵۹ قانون مدنی مجاز دانسته شده و لذا عامل نمی‌تواند، بعداً بر خلاف آن به ارزیابی خسارت توسط بانک اعتراض نماید. با این وجود به نظر نمی‌رسد که این شرط بتواند حق عامل را از این جهت که نشان می‌دهد، میزان خسارت وارده به بانک کمتر از میزان اعلامی می‌باشد، را زیر سوال ببرد. زیرا خسارت در معنای واقعی خود، به وسیله‌ی جبران زیان است و نه کسب سود و منفعت و نمی‌تواند در هر صورت بیش از میزان اعلام شده را بر دوش عامل اندازد،

نه این که به بانک اجازه می‌دهد هر میزان خسارتی را که طلب کرد به گونه‌ای غیر قابل اعتراض دریافت کند. در واقع سلب حق اعتراض ولو این که جزئی است اما می‌تواند توسط رویه قضایی، خلاف نظم عمومی و نامشروع و در نتیجه باطل انگاشته شود.

عدالت و انصاف به ویژه در قراردادهای الحاقی باید رویه قضایی را به دنبال خود بکشاند. در تحلیل نهایی می‌توان پذیرفت در مواردی که سود بانک کمتر از سود مورد انتظار است، عامل می‌تواند اثبات کند که مطابق همان اطلاعات و پیش‌بینی‌هایی که در ابتدای قرارداد به بانک ارائه داده بوده، عمل کرده و تلاش متعارف در جهت اجرای موضوع قرارداد داشته است. در این صورت عامل باید از بازپرداخت هر وجهی، مازاد بر خسارت وارد بر اصل سرمایه مبرا باشد. دلیل این که عامل باید عدم تعدی و تفریط خود را اثبات کند، این است که او قبل از انعقاد قرارداد، با ارائه‌ی طرح تجارت مورد نظر و پیش‌بینی سود، بانک را قانع به در اختیار نهادن وجه نقد نموده است و این اوست که باید عدم تقصیر در تحقق تعهد خود را که فی الواقع تعهد به نتیجه بوده است ثابت نماید (سلطانی، ۱۳۹۰: ۱۸۵-۱۸۶).

نظر به این که یکی از عقود معین مشارکتی، قرارداد مضاربه می‌باشد و عقود مشارکتی دارای ویژگی‌های معینی هستند که از ذات آن بر می‌خیزد و جهت موفقیت این عقود در فضای اقتصادی، لازم است تقسیم سود و زیان به نسبت کار و سرمایه صورت گیرد و بانک‌ها باید همانطور که در سود سهیم می‌شوند، در زیان احتمالی ناشی از آنها نیز مشارکت کنند. نرخ سود قراردادهای مشارکتی نیز متغیر باشد زیرا که سود انتظاری است، هر چند ممکن است طرفین قرارداد مشارکت حصول سود معینی را پیش‌بینی نموده باشند، آن میزان سود مورد انتظار نمی‌تواند ملاک عمل طرفین قرار گیرد. در قراردادهای مشارکتی، تصرف عامل در سرمایه‌ای که از طرف بانک در اختیار او قرار

داده می‌شود، فقط به واسطه اذن تصرّفی که بانک به وی می‌دهد، میسر است. متقاضی تسهیلات می‌تواند در دایره‌ی اذن صاحب سرمایه از آن وجوه در فعالیت اقتصادی بنگاه استفاده کند و رابطه‌ی مالی بانک با مشتری، رابطه‌ی صاحب سرمایه با عامل می‌باشد. لازمه‌ی تضمین سوددهی فعالیت، آن است که بانک به صورت مستمر بر عملکرد شریک نظارت داشته باشد. در مشارکت از آنجا که سود تابعی از بهره‌وری اقتصادی طرح است، امکان نظارت شریکی که فقط در تامین سرمایه، مشارکت نموده بر شریکی که مدیریت شرکت را بر عهده دارد از اهمیت اساسی برخوردار است (سلطانی، ۱۳۹۰: ۱۶۸-۱۷۰).

بانک‌ها در پرداخت تسهیلاتی که تحت عنوان مضاربه پرداخت می‌کنند از طرف قرارداد و ثائق و تضمین‌های معتبر و کافی می‌گیرند و حال آن که بر طبق ماده ۵۵۶ قانون مدنی طرف قرارداد در مضاربه امین است. گرفتن و ثائق در قراردادهایی که بر پایه‌ی امانت استوار هستند با اصول فقهی و حقوقی ناسازگار است. این و ثائق به گونه‌ای گرفته می‌شود که اصل سرمایه بانک و سود مورد انتظار او در قراردادهای مضاربه را پوشش دهد. با این حال نمی‌توان از نظر دور داشت که کار بانک‌ها با طبیعت قرارداد وام و بهره سازگار است. و نباید انتظار داشت، بانک مبالغ هنگفتی در اختیار طرف قرارداد بگذارد و هیچ گونه وثیقه یا تضمین معتبری از او نگیرد. چنین روشی بانک را در همان آغاز کار دچار ورشکستگی می‌سازد. گرفتن و ثائق در قراردادهای وام و در روابط حقوقی جایگاه ویژه‌ای خود را داشته است. به هر حال گرفتن وثیقه و تضمین اگر چه با هدف‌ها و نیازهای اساسی بانک هماهنگی دارد ولی با روح قراردادهایی چون مضاربه منطبق نیست (کاشانی، ۱۳۷۶: ۲۲۲).

ضمان زیاد احتمالی ناشی از اجرای قرارداد (ریسک تجاری) برای طرفین، در قراردادهای بانکی جعاله

بانکها می‌توانند به منظور ایجاد تسهیلات لازم برای گسترش امور تولیدی، بازرگانی و خدماتی با تنظیم قرارداد به عنوان عامل با عندالاقضاء به عنوان جاعل مبادرت به جعاله نمایند. هزینه‌هایی که برای انجام عمل جعاله لازم است، علی‌الاصول بر عهده عامل می‌باشد. زیرا عامل تعهد انجام عمل مورد جعاله را نموده و تعهد بر هر امری تعهد بر لوازم آن نیز هست (جندقی میبدی، ۱۳۸۷، ص ۱۱). جعاله عقدی جایز و از روش‌های تامین تسهیلات کوتاه مدت اعتباری است (جندقی میبدی، ۱۳۸۷، ص ۱۱). در مواردی که بانک عامل جعاله باشد، در قرارداد جعاله اختیار بانک برای واگذاری قسمتی از عمل معین به غیر، تحت عنوان جعاله ثانوی یا هر عنوان دیگر بلااشکال است (سهیلی، ۱۳۸۷، ص ۱۲۶). ولی و اگذاری همه عمل به دیگری، جعاله اول را بی معنا خواهد ساخت.

کاربرد قرارداد جعاله در بانک‌های اسلامی

بانک اسلامی می‌تواند از راه قرارداد جعاله تسهیلات متعددی به شرح ذیل ارائه کند:

۱- بانک اسلامی می‌تواند خدمات مورد نیاز خانوارها مانند خدمات درمانی، آموزشی، بیمه حمل و نقل، تعمیر، نگهداری و ساخت مسکن و ... را به صورت جعاله نقد از مراکز خدماتی دریافت کرده با احتساب سود بانکی به صورت جعاله تسویه دفعی یا اقساطی به خانوارها واگذارد.

۲- بانک اسلامی می‌تواند خدمات مورد نیاز بنگاههای اقتصادی مانند خدمات بیمه حمل و نقل، تعمیر، نگهداری و ساخت محل کار، انبارداری، نظافت، نگهداری را به

صورت جعاله نقد از مراکز خدماتی دریافت کرده به احتساب سود بانکی به صورت جعاله تسویه دفعی یا اقساطی به بنگاهها واگذارند.

۳- در قرارداد جعاله‌ای که بانک اسلامی با مشتری می‌بندد بانک نقش عامل را ایفا می‌کند و در جعاله‌ای که با مراکز خدماتی منعقد می‌کند نقش جاعل را ایفا می‌کند، بنابراین جعاله بانکی در حقیقت دو قرارداد جعاله موازی خواهد بود.

۴- مابه‌التفاوت قیمت جعاله نقد با جعاله تسویه سود بانک خواهد بود که افزون بر عوامل ریسک به طول مدت جعاله اقساطی نیز بستگی خواهد داشت (موسویان، ۱۳۸۸، صص ۸۲-۸۱).

۵- بانک اسلامی همچنین می‌تواند به عنوان واسط جعاله عمل کند. قرارداد جعاله را به عنوان وکیل از جاعل بپذیرد و به عامل که شرکت پیمانکاری با فرد معینی باشد واگذار کند و حق الوکاله خود را دریافت کند (جندقی میبیدی، ۱۳۸۷، ص ۱۱).

با توجه به ماهیت قراردادهای جعاله که برای ارائه تسهیلات به افراد متقاضی صورت می‌گیرد بانکها زیانی در این زمینه شناسایی نکرده و فقط افراد را به بازگرداندن اصل مال و سود یا کارمزد آن ملزم می‌دانند. با مطالعات انجام شده در رابطه با ضمان زیان احتمالی ناشی از اجرای قرارداد (ریسک تجاری) برای طرفین، در قراردادهای بانکی جعاله چنین به نظر می‌رسد که در این مورد نه قوانین و نه آیین‌نامه‌ها، هیچگونه نظری نداشته و فقط در رابطه با سود یا کارمزدی که در ارائه تسهیلات به متقاضیان دریافت می‌شود، مطابق با فرمول‌های محاسباتی میزان سود و کارمزد را محاسبه و از مشتریان دریافت می‌کنند.

اصالت در انعقاد عقود مضاربه و جعاله

تملیکی یا عهدی بودن قرارداد سپرده‌گذاری قانون عملیات بانکی سال ۹۲ سپرده‌ها را به قرض‌الحسنه و مدت دار (سرمایه‌گذاری) تقسیم نموده است. ممکن است گفته شود سپرده به سپرده گذار تعلق دارد و حسب شرایط افتتاح حساب، بانک اذن یا نمایندگی (آشکار یا پنهان) در تصرف می‌یابد که از محل سپرده‌ها تسهیلات اعطا کند. اما باید گفت در ماده ۴ آیین‌نامه فصل دوم قانون عملیات بانکی تملیکی بودن سپرده‌های قرض‌الحسنه که خود شامل سپرده‌های قرض‌الحسنه پس‌انداز و جاری می‌شود با این عبارت مورد تایید قرار گرفته است که سپرده قرض‌الحسنه جاری و پس‌انداز) جز منابع بانک محسوب می‌شود. لازمه بدیهی عرفی و قانونی برای این که سپرده‌ها جز منابع بانک تلقی شوند، به تملیک در آمدن وجوه مذکور است (صدر، بی تا: ۱۳). اما در خصوص سپرده‌های مدت‌دار ممکن است گفته شود فصل دوم قانون عملیات بانکی با توجه به نص صریح آن مختص سپرده‌های قرض‌الحسنه است و نمی‌تواند برای تملیکی دانستن قراردادهای سپرده‌گذاری مدت‌دار کمکی نماید، مضافاً این که تبصره ماده ۳ قانون عملیات بانکی بدون ربا بانک را وکیل سپرده گذاران خوانده است که اثر مستقیم آن ایجاد اذن است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۱۱؛ حلی ۱۲۰: ۲۱؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۱۸۷؛ صیمری، ۱۲۰: ۳۳۷).

از این رو به نظر می‌رسد نمی‌توان این قسم از قراردادهای سپرده‌گذاری، قصد متعاقدين، عرف بانکداری و این که بانک در آن بسان مالک تصرف می‌کند و طرف قرارداد هم بانک را اصیل می‌داند نه وکیل، باید قرارداد سپرده‌گذاری مدت‌دار را هم قراردادی تملیکی دانست. به طوری که برخی بدون تفکیک میان اقسام آن، سپرده‌گذاری را قراردادی تملیکی می‌دانند (امامی، ۱۳۷۵: ۱۷۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۷۲).

خسارت ناشی از بطلان قرارداد مضاربه و جعاله

ماده ۵۴۶ قانون مدنی در تعریف عقد مضاربه می‌گوید: مضاربه عقدی است که به موجب آن حد متعاملین سرمایه می‌دهد با قید این که طرف دیگر با آن تجارت کرده و در سود آن شریک باشند، اما اوصاف و ویژگی‌های مهم این عقد عبارتند از: اول: مضاربه عقدی تملیکی نیست به این معنا که در نتیجه عقد مضاربه مالی به مضارب تملیک نمی‌شود. در جهت تملیکی بودن عقد مضاربه ممکن است گفته شود از یک سو واحد متعاملین سرمایه می‌دهد و این در ماده ۵۴۶ قانون مدنی به معنای تملیک سرمایه است و از سوی دیگر سهمی که از سود سرمایه عاید مضارب می‌شود هم موید تملیکی بودن این عقد است (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۰۸) اما این تصور را باید از ذهن زدود زیرا با ملاحظه جمیع مواد قانونی در عقد مضاربه کاملاً روشن است که مالی از سوی مالک به مضارب تملیک نمی‌شود و آنچه مالک به عنوان سرمایه به مضارب می‌دهد به عنوان امانت است و مالکیت مالک بر آن باقی است (حلی، بی تا: ۱۰؛ حلی، ۱۴۱۱: ۱۰۹؛ حلی، ۱۶۱۷: ۲۹۹) ماده ۵۵۹ قانون مدنی در تایید این امر می‌گوید: «مضارب در حکم امین است... مضافاً با توجه به این که مالک همچنان صاحب مال است بدیهی است ضمان مال هم برای اوست البته در صورت تعدی و یا تفریط مطابق قواعد عام مضارب ضامن خواهد بود و همان طور که پیشتر یادآور شدیم اثبات این امر بر عهده مالک است. در حالی که اگر مضارب، مالک مال می‌گردید ضامن او دیگر متفرع بر تعدی و با تفریط از ناحیه او نبود. از این رو ماده ۵۵۹ قانون مدنی می‌گوید: «مضارب در حکم امین است و ضامن مال مضاربه نمی‌شود مگر در صورت تفریط یا تعدی». از ماده ۵۵۷ قانون مدنی هم به نحوی تملیکی نبودن مضاربه قابل برداشت است و اگر کسی مالی را

برای تجارت بدهد و قرار گذارد که تمام منافع مال مالک باشد در این صورت معامله مضاربه محسوب نمی‌شود... و در نتیجه روشن است کسی که مال را داده است همچنان مالک مال می‌ماند و آنچه از نظر این ماده محل اشکال در عقد مضاربه است تعلق تمامی منافع به مالک است نه باقی ماندن مالکیت برای مالک، که خود گواهی بر صحت موادی فوق می‌دهد. اما این سوال باقی است که در صورتی تملیکی نبودن مضاربه، باید آن را عقدی عهدی دانست یا اذنی؟ قانون مدنی به نظر می‌رسد اذنی بودن عقد مضاربه را پذیرفته است چه این که به دو اثر مهم اذنی بودن عقد پایبند مانده است. از یک سو در ماده ۵۵۰ حکم به جایز بودن عقد مضاربه داده و از سوی دیگر در ماده ۵۵۱ فوت و حجر طرفین متعاقبین را موجب انفساخ عقد معرفی می‌داند (شهبازی، ۱۳۸۵، ۹۰).

نتیجه‌گیری

با توجه به اینکه در فقه اسلامی و حقوق ایران ضمانت سرمایه در مضاربه مبطل عقد بوده و در جعاله مبطل نیست، از نظر نگارنده در فرض بانکی بودن این عقود نیز همان احکام فقهی و حقوق مدنی بار می‌شود. به عبارت دیگر تغییر ظرف باعث تغییر ماهیت مظروف نمی‌شود برای مثال اگر شراب را از خمره آن به ظرف دیگری بریزیم در حکم حرمت آن تغییری ایجاد نمی‌شود بنابراین همانطور که اگر بین دو نفر عقد مضاربه‌ای واقع شود و در این عقد سرمایه مورد ضمانت قرار گیرد، عقد باطل است لذا اگر همین عقد مضاربه با همین کیفیت بین بانک و متقاضی تسهیلات واقع شود نیز عقد مضاربه باطل است. در خصوص جعاله نیز به این دلیل که در خصوص ضمانت سرمایه قانون ساکت است و برای بطلان جعاله در وضعیت ضمانت سرمایه دلیل قانونی وجود

ندارد و همچنین ضمانت سرمایه خلاف مقتضای ذات عقد جعاله نبوده و جهت عقد را نیز نامشروع نمی‌کند، عقد و شرط هر دو صحیح بوده و خللی به آن وارد نمی‌شود. زیان احتمالی ناشی از اجرای قرارداد در فرض تقصیر از باب مسئولیت مدنی متوجه مقصر است و در فرض عدم تقصیر در عقد مضاربه متوجه هر دو طرف و در جعاله تابع قرارداد است؛ لکن زیان در طرف بانک دو حالت دارد: اول اینکه بانک از دارایی خود تسهیلات پرداخت کرده و دوم آنکه بانک از محل دارایی سپرده‌گذاران، در حالت اول زیان متوجه بانک به عنوان شخص حقوقی مستقل است و در حالت دوم زیان تابع مقررات نمایندگی است.

نظر به این که یکی از عقود معین مشارکتی، قرارداد مضاربه می‌باشد و عقود مشارکتی دارای ویژگی‌های معینی هستند که از ذات آن برمی‌خیزد و جهت موفقیت این عقود در فضای اقتصادی، لازم است تقسیم سود و زیان به نسبت کار و سرمایه صورت گیرد و بانک‌ها باید همانطور که در سود سهیم می‌شوند، در زیان احتمالی ناشی از آنها نیز مشارکت کنند. نرخ سود قراردادهای مشارکتی نیز متغیر باشد زیرا که سود انتظاری است، هر چند ممکن است طرفین قرارداد مشارکت حصول سود معینی را پیش‌بینی نموده باشند، آن میزان سود مورد انتظار نمی‌تواند ملاک عمل طرفین قرار گیرد.

با توجه به ماهیت قراردادهای جعاله که برای ارائه تسهیلات به افراد متقاضی صورت می‌گیرد بانکها زیانی در این زمینه شناسایی نکرده و فقط افراد را به بازگرداندن اصل مال و سود یا کارمزد آن ملزم می‌دانند. با مطالعات انجام شده در رابطه با ضمانت زیان احتمالی ناشی از اجرای قرارداد (ریسک تجاری) برای طرفین، در قراردادهای بانکی جعاله چنین به نظر می‌رسد که در این مورد نه قوانین و نه آیین‌نامه‌ها، هیچگونه نظری نداشته و فقط در رابطه با سود یا کارمزدی که در ارائه تسهیلات به متقاضیان

دریافت می‌شد، مطابق با فرمول‌های محاسباتی میزان سود و کارمزد را محاسبه و از مشتریان دریافت می‌کنند.

در عقود بانکی مضاربه و جعاله از محل دارایی‌های بانک، اصالت با بانک است لکن در موارد انعقاد این عقود از محل دارایی سپرده‌گذاران اصالت با سپرده‌گذار بوده و نقش بانک در این موارد نمایندگی است. خسارت ناشی از بطلان عقود بانکی مضاربه و جعاله در فرض اصالت بانک متوجه بانک و در فرض نمایندگی بانک متوجه اصیل (سپرده‌گذار) خواهد بود.

حال که ما با بررسی مبانی حقوقی، فقهی و قوانین موضوعه کشور و با استفاده از کتب و مقالات مختلف مربوطه به نتایج فوق رسیدیم به پژوهشگران، دانشجویان و محققان توصیه و پیشنهاد می‌گردد توسعه علم حقوق در حوزه بانکداری در زمینه‌های زیر تحقیق نمایند.

۱- بررسی صحت یا بطلان قراردادهای بانکی که در آن بانک‌ها از محل سپرده (وکالتاً یا اصالتاً) اعطای تسهیلات می‌کنند.

۲- بررسی تاثیر صحت یا بطلان قرارداد سپرده‌گذاری بر قرارداد اعطای تسهیلات از محل سپرده.

۳- بررسی تاثیر صحت یا بطلان قرارداد تسهیلات از محل سپرده بر سپرده‌گذار و بانک.

۴- بررسی سمت بانک در اقامه دعوا علیه بدهکاران بانکی که از محل سپرده، تسهیلات اخذ کرده‌اند.

۵- بررسی حقوق سپرده‌گذاران در اقامه، صلح یا استرداد دعوا علیه بدهکاران بانکی که از محل سپرده، تسهیلات اخذ کرده‌اند.

منابع و مأخذ

- جندقی میبدی، فرشته (۱۳۸۷). رابطه عقود اسلامی در سیستم بانکی با کاهش فقر، مطالعات نوین بانکی دوره دوم بهار، شماره ۲.
- راعی، رضا؛ تلنگی، احمد (۱۳۸۲)، مدیریت سرمایه‌گذاری پیشرفته، تهران: سمت.
- حلبی، حمزه بن علی حسینی (۱۴۱۷ هـ. ق) غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
- حلی، ابوالقاسم، (۱۴۳۰ هـ. ق)، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، بیروت: دارالاضواء.
- سلطانی، محمد (۱۳۹۰)، حقوق بانکی، تهران: میزان.
- سهیلی، کیومرث (۱۳۸۷)، مقایسه تئوریک کارایی بانکداری غیر ربوی و بانکداری ربوی در تجهیز و تخصیص منابع، دوفصلنامه مطالعات اقتصاد اسلامی، شماره ۱، پاییز و زمستان.
- شهبازی، محمدحسین (۱۳۸۵) مبانی لزوم و جواز اعمال حقوقی. تهران: ناشر مؤلف.
- صدر، محمدباقر (۱۳۷۵)، اقتصادنا، قم: موسسه انتشارات اسلامی.
- صیمری، ابن حسن (۱۴۲۰)، غایه المرام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دارالهادی.
- قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲/۶/۸.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲)، عقود معین، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاشانی، محمود (۱۳۸۸). قراردادهای ویژه. تهران: میزان.
- کاشانی، محمود (۱۳۷۶)، بررسی حقوقی قراردادهای مربوط به تسهیلات اعطایی بانکی قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، مجموعه سخنرانی‌ها و مقالات نهمین سمینار بانکداری اسلامی، انتشارات موسسه عالی بانکداری ایران بانک مرکزی جمهوری اسلامی.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۰)، قواعد فقه، تهران: سمت.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق

اسلامی، تهران: نشر علوم اسلامی

- محقق کرکی، علی (۱۴۰۸)، جامع المقاصد، قم: نشر دارالهدی.
- محمودی گلپایگانی، محمد (۱۳۸۱)، ربا بهره سود از نظر فقهی و اقتصادی و قانون بانکداری اسلامی و مبانی فقهی نظام مشارکت در بانکداری اسلامی، انتشارات دانشگاه تهران.
- موسویان، سید عباس (۱۳۸۸)، مهندسی مالی عقود در بانکداری اسلامی، فصلنامه اقتصاد اسلامی، شماره ۳۵
- Hube K. (1998), investors must recall risk.
- markowitz, Harry, M. (1952) por olho selc on, journal of Finance, 7 (1): 77-91.