

مبانی معاملات وام بانکی

غلامرضا اقبالی نسب^۱

اشاره:

قدرت خرید محدود اشخاص، گاهی افراد را مجبور به انجام اقدامات حقوقی می‌کند که عدم رعایت شرایط و ملاحظات خاص آن از حیث ثبوتی و حقوقی می‌تواند زیان‌های جبران‌ناپذیری را به دنبال داشته باشد.

معاملات وام بانکی، به‌رغم مخالفت شدید سیستم بانکی با آن، مورد اقبال تک‌تک افراد ضعیف جامعه است و هم‌اکنون در معرض تضییع حقوق خود به جهت تن دادن به معاملات بعضاً متزلزل می‌باشند.

در حال حاضر، با رویکرد بانک مسکن به سامان دادن دغدغه‌ی مسکن، با انتشار اوراق قابل واگذاری امتیاز وام تحت عنوان اوراق ممتاز و قبول تبدیل راهن، بسیاری از معضلات را از پیش‌روی برداشته است لیکن بی‌اطلاعی همگان از این موضوع و ارائه چنین خدمتی برای بعضی سپرده‌های خرید مسکن و متداول نبودن آن در اکثر بانک‌های دیگر ارائه‌دهنده‌ی تسهیلات، امر سامان‌دهی فراگیر مسکن را با مشکل همراه نموده است.

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۲۵۹ تهران، کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

از سوی دیگر، حقوق کشور همواره باید براساس مسائل مستحدثه و نو ترقی نماید و هر مسئله جدید و بی سابقه‌ای را با مبانی مورد قبول و اصول پذیرفته شده‌ی فقهی و حقوقی سنجیده و چنانچه مغایر آن شناخته شد، از اجرا و رواج آن در جامعه جلوگیری کند و گرنه باید در مسیر قانون‌مند کردن آن بکوشد و ایجاد محدودیت برای معاملات مشروع و جلوگیری از واگذاری حق استفاده از مزایای قانونی اشخاص، روش منطقی نخواهد بود. این یادداشت سعی دارد با اشاره به اصولی چون اراده متعاقدين، حاکمیت اراده، قصد تملیک و تملك، اصل لزوم عقود، ضرورت رفع نیاز جامعه، سلطه ناشی از مالکیت در امکان انتقال مال یا واگذاری حق مبنای معاملات وام را بررسی نماید.

فصل اول: مبانی صحت و اعتبار معاملات وام

مبحث نخست: استفاده از مبانی عقود معین در معامله وام

عقود معین به قراردادهایی اطلاق می‌شود که در فقه و قانون، نام خاص و مشخص دارد و احکام و آثار ویژه آن‌ها به تفصیل بیان شده است؛ مانند اجاره، بیع، قرض و... در این‌گونه قراردادها که به دلیل اهمیت اجتماعی و اقتصادی خود از دیرباز مورد توجه قانون‌گذاران بوده است، قالب بیان اراده از پیش فراهم آمده و همه امور به حاکمیت اراده دو طرف عقد واگذار نشده است. در مقابل، عقود نامعین در قانون، عنوان و صورت ویژه ندارند و شمار آن‌ها نامحدود است و شرایط و آثار هر پیمان بر طبق قواعد عمومی قراردادها و اصل حاکمیت اراده معین می‌شود مانند قرارداد مربوط به طبع و نشر کتاب و صلح سرقفلی و باز کردن حساب جاری در بانک‌ها.

حقوق دانان، عقود و قراردادها را با توجه به نتیجه و اثر عقد به دو گروه تملیکی و عهده‌ی تقسیم کرده‌اند. در عقود تملیکی، اثر مستقیم عقد، انتقال مالکیت یا سایر حقوق عینی است مانند بیع، اجاره، عمری، رقبی و... ولی در عقود عهده‌ی، نتیجه قرارداد عبارت است از؛ ایجاد، انتقال یا سقوط تعهدات مانند حواله، ضمان، کفالت و... .

در اعمال حقوقی، مبنای تعهد، حاکمیت اراده است. مبنای هر معامله‌ای نیز اراده

متعاقدين در انعقاد آن است. و منبع تعهد نیز اراده فرد است، تعهد هم مال است و می‌توان آن را در زمره یکی از عناصر دارایی آورد و در زمره حقوق است. متعلق حق می‌تواند کالای مادی و با ارزش باشد و نیز می‌تواند ذمه دیگری باشد و یا کار و یا ابداع انسان باشد. باید پذیرفت واژه مال تعبیر عرفی از حق مالی است که بر شیء خارجی وجود دارد. وقتی می‌گوییم آن خانه مال من است؛ یعنی بر آن حق مالکیت داریم.

تعهد به رابطه‌ای گفته می‌شود که جنبه مثبت آن از عناصر دارایی طلبکار و جنبه منفی آن در شمار دیون بدهکار باشد. (ناصر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، ص. ۴۵)

تعهد از رابطه شخصی دائن و مدیون به سوی مفهومی می‌رود که در زمره اموال قرار گیرد و در شمار عناصر دارایی به حساب آید. (همان)

در پاره‌ای از تعهدها شخص ملتزم می‌شود مالی را با فراهم آوردن اسباب خاص آن به دیگری تملیک کند یعنی تعهد، اثر عقد است.

در هر مورد که شخص ثالثی با موافقت محکوم‌له بدهی محکوم‌علیه را ضمانت نماید پس از وقوع عقد ضمان به نحو صحت ذمه مدیون به صراحت ماده‌ی ۶۹۸ ق.م. بری می‌گردد. و ضمه ضامن در مقابل محکوم‌له مشغول می‌شود. و عدول ضامن از ضمانت موردی ندارد و در صورت امتناع ضامن از تأدیه دین، توقیف اموال ضامن خالی از اشکال است. (ماده‌ی ۱۲۶ ق.آ. د.م.)

از سوی دیگر، عقود و قراردادهای با توجه به موضوع و هدف اقتصادی آنها به دو دسته معوض و مجانی تقسیم کرده‌اند. براساس این تقسیم، عقود معوض، عقودی‌اند که در آنها دو تعهد یا تملیک متقابل باشد. یعنی هر يك از دو طرف در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که برعهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری به دست می‌آورد مانند عقد بیع و اجاره و قرض و در مقابل، عقود مجانی تنها دربردارنده يك تعهد یا تملیک است مانند هبه و عاریه. عقود تملیکی معوض را نیز می‌توان به دو گروه تقسیم کرد؛ عقودی که در آنها مالکیت عین انتقال می‌یابد مانند بیع و قرض و دیگر، عقودی که در آن منفعت یا

حق انتفاع، مورد انتقال قرار می‌گیرد مانند عقد اجاره و عمری^۱.

در قرارداد معاملات وام با توجه به تحلیل و توضیحی که در مقدمه گذشت، مالکیت يك امتیاز و حق در مقابل عوض، به يك یا چند نفر منتقل می‌شود. بنابراین چنین قراردادی از نظر ماهیت و آثار، به عقود تملیکی و معوض و از جهتی به عقود عهدی، شباهت دارد. در حالی که يك امتیاز، عینیت قابل لمس نداشته ولی اراده طرفین به سمت مالیت و تعلق ارزش اقتصادی به آن سوق دارد. وقتی طرفین خود تصمیمی می‌گیرند، پس تصمیم آن‌ها عادلانه است و مقدم بر قانون تکمیلی است. لذا اراده بر انجام معامله‌ی وام می‌کنند و قابل احترام است. برای انتقال حقوق، تنظیم قرارداد در قالب صلح حقوق و واگذاری امتیاز و یا تعهد به انتقال حق استفاده از وام (تسهیلات اعطایی بانک) می‌شود.

از میان عقود معین، تنها سه عقد می‌توان یافت که در آن‌ها، عین به‌صورت معوض به دیگری تملیک می‌شود. این سه عقد عبارت است از: بیع، معاوضه و قرض. علاوه بر این سه عقد، عقد صلح نیز از آن جهت که قالبی گسترده‌تر از همه عقود دارد و به عبارت دیگر، همه عقود را می‌توان در قالب صلح منعقد کرد، می‌تواند قالبی برای تملیک معوض عین قرار گیرد. بنابراین برای یافتن جایگاه آن در عقود معین باید این چهار عقد را مورد بررسی قرار داد.

تردیدی نیست که قرارداد معامله وام با توجه به ماهیت آن، در قالب عقد قرض نمی‌گنجد. چرا که قرض عبارت است از:

تملیک مال در مقابل رد مثل یا رد قیمت در صورت تعذر رد مثل (ماده‌ی ۶۴۸ ق.م. و حال آن‌که در معامله وام، حق بهره‌مندی از امتیاز در مقابل مال (ثمن) منتقل می‌شود و لذا نمی‌تواند مصداق قرض باشد و با توجه به همین نکته می‌توان فهمید که با عقد معاوضه تفاوت دارد. چرا که طرفین معاوضه تنها هدف‌شان مبادله دو کالا است بدون توجه و ملاحظه این که یکی از عوضین، مبیع و دیگری ثمن باشد.

شباهت فراوان عقد بیع و معامله وام در مبانی، این دریافت را تقویت می‌کند که آن نیز

نوعی بیع و از مصادیق آن باشد. بنابراین، نگارنده اول با بررسی ماهیت بیع خواهد کوشید به این سؤال پاسخ دهد که آیا می‌توان آن را از مصادیق بیع دانست و بدین ترتیب راهی برای اثبات مشروعیت آن یافت؟ و دوم با نگاهی به عقد صلح به بررسی این مسئله می‌پردازد که آیا معامله وام را می‌توان تحت عنوان عقد صلح منعقد کرد؟

بند الف - وحدت مبانی عقد بیع و معامله وام

عقد بیع، رایج‌ترین و مهم‌ترین عقد تملیکی است و به دلیل همین اهمیت و رواج، بخش عمده مباحث فقهی و حقوقی را به خود اختصاص داده است. می‌توان ادعا کرد که مفهوم بیع از روشن‌ترین مفاهیم است و همه مردم به آسانی، تفاوت این عقد را با سایر عقود درک می‌کنند و تردیدی در آن ندارند. اما اختلاف فقیهان در تعریف عقد بیع و نیز ویژگی‌ها و شرایط آن، تردیدهایی را در مورد برخی از مصادیق بیع ایجاد کرده است. به عبارت دیگر، فقها، در عین حال که در مورد ماهیت بیع، اختلاف اساسی ندارند اما در مورد برخی از قراردادها، اختلاف نظر دارند. به عنوان مثال، می‌توان انتقال حقوق و منافع و انتقال سرقفلی را نام برد که به نظر بعضی از فقها، مصداق بیع و به نظر برخی دیگر، خارج از بیع است.

در مبیع، شرط است که احتیاطاً عین باشد و دارای مالیت باشد چه در خارج موجود باشد و چه کلی در ذمه بایع یا در ذمه غیر او باشد. پس بنا بر احتیاط، جایز نیست که مبیع، منفعت باشد مانند منفعت خانه یا چهارپا یا عمل باشد مانند دوختن لباس یا حقی باشد؛ اگر چه جواز آن خصوصاً در حق‌ها خالی از قوت نیست. اما ثمن جایز است که منفعت یا عملی باشد که مالیت دارد و قابل نقل و انتقال است، مانند حق تحجیر و حق اختصاص. (امام خمینی، تحریر الوسیله، ج. ۲، ص. ۳۸۳)

ماده‌ی ۲۱۴ و ۲۱۵ ق.م. نیز بر آنچه گذشت، ناظر است؛ مورد معامله و مال چیزی است که قابلیت دادوستد داشته و يك نوع نفعی بر آن مترتب باشد.

خرید و فروش چیزی که در عرف، ارزش دادوستد ندارد ولی در نظر خریدار و فروشنده ارزش مالی و معنوی دارد و فروش آن معقول است مانند یادگاری‌های خانوادگی صحیح

است. (رأی شماره ۵۸۹۲ مورخ ۲۸/۱۱/۱۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور)

تعریف بیع و ویژگی‌های آن

از سوی حقوق‌دانان، تعریف‌های متفاوتی از بیع ارائه شده و هرکدام کوشیده‌اند با بهترین و کوتاه‌ترین عبارت، ماهیت این عقد را بیان کنند. از بررسی عبارات در تعریف بیع، روشن می‌شود که همه آنان به دنبال نشان دادن ویژگی‌های اساسی بیع بوده‌اند و اختلافات آنان تنها در تعریف لفظی بیع می‌باشد و در ماهیت آن به‌عنوان یکی از عقود معین، اختلافی ندارند.

ویژگی‌های اساسی عقد بیع را می‌توان به شرح زیر برشمرد:

۱- عقد بیع از عقود تملیکی و معوض است. به این معنا که بایع، مبیع را در مقابل ثمن، به مشتری تملیک می‌کند. این ویژگی، عقد بیع را از عقود عهدی مانند جعاله و حواله و عقود اذنی مانند عاریه و ودیعه و نیز عقودی که مبنی بر انتقال مالکیت رایگان می‌باشد مانند هبه، متمایز می‌گرداند و معامله امتیاز وام، معوض و در قبال ثمن است و مبنای آن نیز مالیت داشتن اوراق ممتاز مسکن است.

۲- در عقد بیع، عین مال مورد معامله قرار می‌گیرد. یعنی موضوع بیع، انتقال عین در مقابل عوض است. این ویژگی، عقد بیع را از اجاره و سایر عقود در مورد تملیک غیرعین، جدا می‌کند. مع‌الوصف، در معامله وام، حق ممتاز، استفاده از وام است که به‌رغم فقدان عینیت، حقی است قابل واگذاری که به دیگری منتقل می‌گردد.

۳- ویژگی دیگر عقد بیع، لزوم آن است که باعث تمایز آن از عقود جایز می‌شود و معامله وام نیز برگشت‌ناپذیر و لازم است.

۴- دیگر از ویژگی‌های بیع، دوام بیع است که در تمام عقود معوض از جمله معامله‌ی انتقال وام دیده می‌شود.

مالیت داشتن چیزی در نظر طرفین معامله، مناط اعتبار است اما همیشه پای محدودیت نیز در میان می‌باشد. بیع چیزی که خرید و فروش آن قانوناً ممنوع و یا چیزی که

مالیت و منفعت عقلایی ندارد یا چیزی که بایع، قدرت بر تسلیم آن ندارد، باطل است مگر این که مشتری خود قادر بر تسلّم باشد. (ماده ۳۴۸ ق.م.م) ملکی که در وثیقه بانک یا سایر اشخاص طلبکار است، عملیات اجرایی به منظور فروش آن قانونی نیست (نظریه شماره ۷/۶۶۳۷-۷۷/۹/۱۷ اداره حقوقی قوه قضائیه؛ ماده ۷۸۰ ق.م.م).

وام یا اوراق ممتاز مسکن، تحت عنوان مبیع قابل انتقال و بیع، تحلیل پذیر نیست. هم چنان که در تعریف مبیع در ترمینولوژی دکتر جعفری لنگرودی آمده است؛ عین موجود در خارج و یا کلی در ذمه که به عنوان معوض و به انتظار دریافت عوض معلوم به طرف تملیک می شود.

قرارداد وام مزبور اساساً از نوع بیع مصطلح نیست. با این حال، شرط عین موجود قابل لمس برای صحت انتقال مبیع در قالب عقد بیع، ناظر بر وضع اغلب است. با این تحلیل، انتقال وام یا اوراق ممتاز مسکن چون انتقال سایر حقوق مانند حق سرقتی با عقد بیع نیز ممکن است و در حقیقت، نوعی توافق و قرارداد ویژه است که مفاد آن، انتقال حق استفاده از يك امتیاز می باشد. باید توجه داشت که ؛

فروش عین مرهونه با حفظ حقوق مرتهن یعنی این که کماکان در رهن او باشد بلاشکال است ولی چنانچه به موجب مندرجات سند (سند رهنی تنظیمی) تا فك رهن حق انجام معامله از رهن سلب شده باشد، نمی توان معامله در این خصوص را صحیح دانست. (نظریه شماره ۷/۸۵۴۸ - اداره حقوقی قوه قضائیه)

بند ب: عقد صلح، قالب مناسب معاملات وام

تعریف عقد صلح، احکام و ویژگی های آن

یکی از عقود معین که در فقه مورد بحث قرار گرفته، عقد صلح است. عقد صلح چنان که بسیاری از فقها گفته اند؛ عقدی است که برای رفع نزاع تشریح شده است. اما این تعریف به اعتقاد بسیاری از فقیهان، تنها بیان کننده حکمت تشریح عقد صلح است نه علت آن. و بر این اساس، مشروعیت عقد صلح منحصر به مواردی نیست که نزاعی رخ داده یا اختلافی وجود داشته باشد بلکه عقد صلح به عنوان عقدی مستقل در کنار سایر عقود،

مشروعیت و اعتبار دارد.

دیدگاه گسترده فوق در مورد عقد صلح مورد اتفاق فقهای شیعه است و ظاهراً فقیهان شیعی در این زمینه تردیدی ندارند. تنها اختلاف بین فقهای امامیه آن است که آیا عقد صلح در جایی که نتیجه سایر عقود را دارد، عقدی مستقل است یا فرع آن عقود محسوب می‌شود؟

شیخ طوسی در کتاب مبسوط بر این عقیده است که صلح، فرع عقود پنج‌گانه بیع، اجاره، هبه، عاریه و ابراء می‌باشد ولی فقهای پس از وی، این سخن را نپذیرفته‌اند؛ با این استدلال که عقد صلح اگرچه در مواردی، فایده و نتیجه عقود دیگری را دارد ولی این مسئله موجب نمی‌شود که این عقد از افراد آن عقود محسوب شود. علاوه بر این که ادله صلح، به وضوح بر استقلال این عقد در کنار سایر عقود دلالت می‌کند. قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه، صلح را عقدی مستقل دانسته، ماده‌ی ۷۵۲ ق.م. تصریح می‌دارد:

«صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی در مورد معامله و غیر آن واقع شود».

بنابراین عقد صلح، معامله‌ای مستقل است و می‌تواند به جای عقود دیگر واقع شود و نتیجه آن عقود را بدهد. در این موارد، عقد صلح، فرع آن عقود نیست و به‌همین دلیل، شرایط و احکام ویژه آن عقود را به‌دنبال ندارد. چرا که؛ آثار و احکام ویژه هر معامله فقط بر همان عنوان مترتب می‌شود نه بر هر قراردادی که فایده آن معامله را داشته باشد و شکی نیست که عنوان صلح با عنوان بیع، اجاره و سایر قراردادهای مختلف است و لذا احکام و شرایط یکی به دیگری سرایت نمی‌کند، اگرچه نتیجه آن‌ها یکی باشد.

ماده‌ی ۷۵۸ ق.م. نیز با توجه به همین دیدگاه می‌گوید:

«صلح در مقام معاملات، هرچند نتیجه‌ی معامله را که به‌جای آن واقع شده است، می‌دهد لیکن شرایط و احکام خاصه آن معامله را ندارد. بنابراین اگر مورد صلح، عین باشد در مقابل عوض، نتیجه‌ی آن همان نتیجه‌ی بیع خواهد بود، بدون این‌که شرایط و احکام خاصه بیع در آن مجری شود».

نگرش استقلالی به عقد صلح موجب شده است که این عقد به‌عنوان وسیله‌ای برای

گسترش انواع قراردادهای و حاکمیت اراده به کار گرفته شود. زیرا با توجه به محدود نبودن موضوع صلح، هرگونه قراردادی را تا وقتی که به احکام قانون گذار لطمه نزنند، می‌توان زیرعنوان عقد صلح منعقد کرد. و بدین ترتیب، عقد صلح، به قالبی وسیع‌تر از همه عقود معین تبدیل شده است. با توجه به همین دیدگاه، مشاهده می‌شود که فقها در مواجهه با قراردادهای ناشناخته که قابل تطبیق بر هیچ‌یک از عقود معین و شناخته شده نیستند، انعقاد چنین قراردادهایی را از طریق عقد صلح، جایز و ممکن شمرده‌اند که در این جا به سه نمونه اشاره می‌شود:

۱- برخی از فقها معتقدند که در عقد بیع، ثمن نمی‌تواند از حقوق باشد. بنابراین نمی‌توان عینی را در مقابل حقی فروخت. اما صاحبان همین دیدگاه، چنین مبادله‌ای را از طریق عقد صلح، ممکن و مشروع دانسته‌اند.

۲- در قرارداد بیمه که قراردادی نوپیدا و جدید است، اگر چه فقهای معاصر از طریق عموماً صحت عقود، آن را معتبر و مشروع دانسته‌اند اما در عین حال، انعقاد آن را از طریق عقد صلح، بی‌اشکال و صحیح شمرده‌اند.

۳- در بعضی نصوص باب صلح، به قراردادهایی برمی‌خوریم که قابل تطبیق بر هیچ‌یک از عقود معین نیست. اما انعقاد صلح در مورد آن اجازه داده شده است.

سازگاری و انعقاد قرارداد معامله وام در قالب عقد صلح

با توجه به ماهیت و ویژگی‌های عقد صلح می‌توان گفت؛ انتقال مالکیت امتیاز وام اگرچه در قالب عقد بیع امکان دارد اما به نظر می‌رسد انعقاد چنین قراردادی تحت عنوان عقد صلح، فاقد هرگونه ایرادی است. بنابراین مالک امتیاز می‌تواند در قالب یک عقد صلح، معوض، مالکیت و حق ناشی از انتظار دریافت وام را منتقل کند. قرارداد فوق اگرچه نتیجه عقد بیع یعنی انتقال مالکیت را دارد اما چون به صورت عقد صلح واقع شده با توجه به ماده ۷۵۸ ق.م.، شرایط و احکام خاص بیع را ندارد.

تنها نکته قابل بحث، این است که هر چند هرگونه قرارداد و توافقی را می‌توان

تحت عنوان عقد صلح منعقد کرد اما محدوده‌ی اختیار افراد بدان اندازه نیست که بتوانند امور نامشروع را نیز زیر عنوان این عقد قرار داده، از این طریق مرتکب عمل خلاف شرع اعم از محرّمات یا ترك واجبات شوند و یا به انجام معاملاتی که با مقررات جاری در تضاد است، مبادرت نمایند. همه فقیهان امامیه بر این نکته تأکید کرده و حدیث «و الصلح جایز بین المسلمین الا صلحاً احل حراماً» را دلیل سخن خود دانسته‌اند. ماده‌ی ۷۵۴ ق.م. نیز در این باره تصریح می‌دارد:

«هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیرمشموع باشد».

اشکال مهمی که در مورد صلح امتیاز وام مطرح می‌شود، آن است که موضوع چنین عقد صلحی مبادرت به معامله، حقی است که سیستم بانکی آن را محدود می‌داند و همواره بنای مخالفت با خرید و فروش آن - چه در قالب عقد بیع یا صلح و وکالت - را داشته است. در ذیل دایره‌ی شمول این محدودیت و اعتبار معاملات وام را بررسی خواهیم کرد.

مبحث دوم: بررسی حقیقت مالکیت در تبیین مبانی انتقال وام

بند الف: ابعاد و زوایای مفهوم مالکیت

برای شناخت حقیقت مالکیت، توجه به امور زیر لازم و ضروری است. هر يك از این امور، در حقیقت بیان‌کننده یکی از ابعاد و زوایای مفهوم مالکیت در اسلام است:

۱ - برخی از فقها تصریح کرده‌اند که لفظ مالکیت، حقیقت شرعیه ندارد.

بنابراین برای شناخت مفهوم مالکیت نیازی به مراجعه به متون شرعی نیست. مرحوم نراقی در این باره می‌نگارد:

معنای مالکیت و مالیت و ملك و مال، معنایی عرفی و لغوی است که شناخت آن منوط به بیان شرع یا دلیل شرعی نیست بلکه در این زمینه همانند سایر الفاظی که فاقد حقیقت شرعیه‌اند باید به عرف و لغت مراجعه کرد. همین فقیه در کتاب دیگرش می‌نویسد:

و المرجع فی کون الشیء ملكاً و مالا الی العرف حیث انه لا دلیل شرعی علی بیانہ.

دقت در کلام سایر فقهای که به تعریف مالکیت پرداخته‌اند، نشان می‌دهد که اگر چه آنان به این مطلب تصریح نکرده‌اند اما به‌طور ضمنی به آن اذعان و اعتراف داشته‌اند و

به همین دلیل در تعریف مالکیت به جای استناد به ادله شرعی، به ارتکاز عرف و عقلا و نیز برداشت عمومی مردم از مفهوم آن بسنده کرده‌اند.

بنابراین مالکیت، مفهومی عرفی است و شارع مقدس نیز با توجه به همان معنا و مفهوم عرفی، احکام و آثاری را بر آن مترتب کرده است و لذا برای شناخت ماهیت آن باید به عرف مراجعه کرد.

۲- مالکیت در حقوق اسلام دارای مفهومی گسترده‌تر از مالکیت در حقوق رم است. مالکیت در حقوق اسلام نه تنها شامل مالکیت عین می‌گردد بلکه مالکیت منفعت و انتفاع و سایر حقوق را نیز فرا می‌گیرد. حتی این کلمه گاهی در مورد حقوق غیرمالی نیز به کار می‌رود. با توجه به همین دیدگاه موسع، برخی از نویسندگان، اطلاق مالکیت را بر حق مؤلفان و هنرمندان روا دانسته‌اند.

۳- مالکیت امری اعتباری است.

به‌طور کلی مالکیت دارای چهار مرتبه مختلف است؛

الف - مالکیت حقیقی که عبارت است از: سلطنت کامل بر موجودات به گونه‌ای که اختیار مملوک از حیث حدوث و بقا، به دست مالک باشد. چنین مالکیتی مخصوص ذات باری تعالی است.

ب - مالکیت انسان بر نفس و اعضا و افعال و ذمه‌اش.

ج - مالکیت مقوله‌ای خارجی که عبارت است از: هیئت حاصله از احاطه جسمی بر جسم دیگر و این نوع مالکیت تحت عنوان مقوله «جده» در فلسفه مورد بحث قرار می‌گیرد. مانند هیئت حاصله از احاطه لباس به انسان. مالکیت به این معنا از اعراض خارجی است که قوام آن نیز به يك موجود خارجی می‌باشد.

د - مالکیت اعتباری که عبارت است از: اعتبار سلطنت و احاطه يك شخص (مالک) بر يك شی (مملوک).

سه قسم اول از مالکیت، اموری حقیقی و واقعی هستند ولی مالکیت به معنای اخیر،

امری اعتباری است که عقلا یا شارع، آن را برحسب نیاز جامعه اعتبار می‌کنند و حق مالکیت که در فقه و حقوق مورد بحث قرار می‌گیرد، همین مرتبه از مالکیت است. بنابراین مالکیت در اصطلاح فقه و حقوق از مقولات واقعی و اعراض خارجی نیست. به تعبیر روشن‌تر؛

مالکیت، امری اعتباری است. یعنی حقیقت آن عین اعتبار عقلا یا شارع است.

۴ - منشأ اعتبار مالکیت، عقلا یا شارع هستند.

مالکیت اعتباری توسط عقلا به‌خاطر مصالحی برای اشخاص اعتبار می‌شود و چه بسا شارع به‌خاطر آن مصلحت، این اعتبار را امضا می‌کند. اگرچه عقلا چنین اعتباری نداشته باشند مانند مالکیت غرقی و مهدوم‌علیهم در ارث.

بنابراین با توجه به منشأ اعتبار مالکیت، سه قسم زیر قابل تصور است:

الف - مواردی که عقلا، مالکیت را اعتبار می‌کنند و شارع نیز امضا می‌کند. غالب موارد مالکیت از این قبیل است.

ب - مواردی که عقلا مالکیت را اعتبار می‌کنند ولی شارع آن را امضا نکرده است مانند مالکیت مسکرات.

ج - مواردی که شارع مقدس بدون اعتبار عقلا، اقدام به اعتبار مالکیت کرده است، مانند مالکیت مهدوم‌علیهم و غرق‌شدگان در ارث.

با توجه به نکات یادشده می‌توان گفت؛ مالکیت، اصطلاحی است که برای اشاره به رابطه‌ای مخصوص بین شی (مملوک) و شخص (مالک) به‌کار می‌رود. این رابطه اعتباری به مالک اجازه می‌دهد که از شی مملوک استفاده کند و از آن بهره‌برد. به تعبیر دیگر، مالکیت عبارت است از:

رابطه اعتباری مخصوص بین مالک و مملوک که به مالک حق می‌دهد انتفاع ممکن را از آن ببرد، در آن مال تصرف کند و کسی نتواند از آن (عمل مالک) جلوگیری نماید. از آن‌چه گفته شد، روشن می‌شود که مالکیت و سلطنت دو مفهوم جدا از یکدیگرند و در

حقیقت، سلطنت انسان بر مال، نتیجه و اثر مالکیت اوست نه آن که عین مالکیت و مرادف آن باشد. به همین دلیل، تعریف مالکیت به سلطنت انسان بر مال، نادرست است. فقها برای بیان اختیارات مالک و آثار مالکیت به قاعده «تسلیط» استناد کرده‌اند. این قاعده که مستفاد از حدیث نبوی «الناس مسلطون علی اموالهم» است، هرگونه سلطه و اختیاری را برای مالک اثبات می‌کند و همین روایت نیز دلیل روشنی است بر این که تسلط مالک بر مال، چیزی جدا از مالکیت است.

بیان شد که حق مالکیت، رابطه اعتباری بین مالک و مال است و اشاره شد که قدرت و سلطه مالک بر استفاده و تصرف در آن مال یا انتقال و اخراج از مالکیت و اتلاف آن برخاسته از حق مالکیت و از آثار آن است. براین اساس، نمی‌توان انتقال امتیاز وام را صرفاً به این دلیل که اقدام مالک امتیاز، مخالف سیاست‌های بانکی است، منافی با طبیعت مالکیت دانست بالاخص وقتی که با وام، ملکی، خریداری شده و سپس در رهن قرار گرفته باشد. در این صورت، امتیاز وام و حقوق رهن در مورد رهن، طوعاً مورد صلح قرار می‌گیرد و از سویی، شخصیت وام‌گیرنده، علت عمده عقد رهن بین رهن و بانک نیست که نتوان معامله بعدی را پذیرفت بلکه وجود امتیاز وام است که علت عمده پرداخت بخشی از قدرت خرید را توسط بانک در پی داشته است و نیز قدرت و سلطه مالک بر صلح حقوق خود در مورد رهن، برخاسته از طبیعت حق مالکیت است و قیدپذیر نیست. به عبارت دیگر، سلطه مالک از آثار مالکیت است که به استناد قاعده تسلیط برای مالک ثابت شده است.

به‌طور کلی، نمی‌توان از محدودیت و یا فقدان امکان اعمال حق و استفاده از آثار مالکیت در موردی، نفی طبیعت مالکیت را اثبات کرد و نمی‌توان از وجود آثار مالکیت در موردی، به بود و نبود مالکیت پی برد. زیرا آثار مالکیت، لازمه ذات مالکیت نیست تا بود و نبود آن‌ها همیشه ملازم با بود و نبود مالکیت باشد. به بیان روشن‌تر؛

آثار مالکیت یعنی حق تصرف در مال. و نقل و انتقال و اتلاف آن اثر طبیعت هر ملک نیست بلکه اثر ملک مطلق است. بنابراین نهایت چیزی که از محدودیت در انتقال می‌توان

اثبات کرد آن است که در آن مورد خاص، مالکیت مطلق وجود ندارد؛ نه این که مطلقاً مالکیت منتفی است هر چند دلیل محدودیت معمول از سوی بانکها ممانعت از بورس‌بازی در معامله وام اعلام می‌شود و برای اعمال مالکیت و انتقال حقوق از طریق انعقاد عقد صلح، دریافت مجوز کتبی از مرتبه‌ن را لازم می‌دانند لیکن این تقیید در اهلیت استیفا نه مبنای قانونی بلکه مبنای قراردادی دارد.

البته باید دانست که فقدان تمام آثار مالکیت می‌تواند دلیلی بر انتفای اصل مالکیت باشد. چرا که عقلاً، هیچ‌گاه بدون دلیل و فایده، مالکیت را اعتبار نمی‌کنند. به عبارت دیگر، اعتبار مالکیت همواره متوقف بر این است که اعتبار، فی‌الجمله دارای اثری باشد. زیرا اعتباری که فاقد اثر و نتیجه است، لغو بوده و از سوی عقلاً صورت نمی‌گیرد. اگر همه آثار مالکیت از مالی سلب شود و مالک از همه تصرفات مالکانه ممنوع گردد، عقلاً دیگر برای چنین مالکی حق مالکیت را اعتبار نمی‌کنند. اما محدودیت یا سلب یک یا چند اثر از آثار مالکیت با طبیعت آن منافات ندارد. چرا که سایر آثار و نتایج باقی بوده و همین برای صحت اعتبار مالکیت توسط عقلاً کافی است. (فصل‌نامه فقه اهل بیت، شماره ۲۶)

سوآلی که در بیع و صلح وام مطرح است، این که آیا به‌رغم اسقاط حق معامله تا قبل از فک رهن در اسناد یا معاملات، می‌توان قائل به امکان معامله وام با استفاده از حق مالکیت و سلطه حاصله از آن شد.

مبنای صلح امتیاز وام، حق ممتاز یا اباحه استفاده از حق

حقیقت صلح، اصالتاً تملیک نیست بلکه متضمن تملیک است. صلح متعلق به مال می‌شود، خواه مال عین باشد و خواه منفعت و خواه منافع و حقوق ناشی از سپرده بانکی. در این صورت، صلح مفید تملیک خواهد بود و گاهی صلح به انتفاع و استفاده از مال تعلق می‌گیرد که در این صورت، صرف تسلیط و فایده‌عاریه را دارد و نه مالک منفعت. و گاهی متعلق حقوق می‌شود که در این صورت، مفید اسقاط حق است مانند حق خیار و یا انتقال حق مانند حق جلوس در محلی. و گاهی نیز به تثبیت امری میان دو مصالح تعلق دارد مانند تقریر نحوه‌ی تقسیم سود و تثبیت توجه ضرر محتمل به یکی از شرکاء؛ چرا که اگر

صلح نبود سود و زیان بر هر دو محسوب می‌شد؛ کمالین که صلح بر عین در برابر عوض، سازش و تسالم بر آن است و در این صورت، متضمن تملیک است. آیا صلح امتیاز مانند امتیاز وام، تسالم بر استفاده از امتیاز و اباحه استفاده متصالح از وام است یا ماهیت خود را دارد؟ اذن، حق نیست، اباحه است لیکن ایجاد حق و تعهد نمی‌کند. اراده‌ی اذن‌دهنده، منبع اصلی و اراده‌ی مأذون، تکیه‌گاه اذن است. اباحه استفاده را با حق نباید اشتباه گرفت. زیرا اذن، ایجاد حق نمی‌کند. پس هرگاه صلح امتیاز وام پس از استقرار حق استفاده از وام یا تقدم تعلق تسهیلات صلح گردد، با توجه به حق مالکیت و سلطه ناشی از آن، معامله صحیح است و هرگاه اذن استفاده از چیزی یا برخورداری از امتیازی را بدهند با عدول از اذن، اباحه حاصله نیز منتفی است. در خصوص امکان عدول از اذن و اباحه‌ای که مقرون به مخارجی برای مأذون بوده، جای تردید است.

به‌طور مثال، همسایه‌ای که پس از جلب موافقت مجاورین خود، اذن احداث بنا در صددرصد ملک خود را به‌دست آورده و در آن هزینه نموده، به‌نحوی امکان عدول مالک مجاور را مرتفع نموده است.

اما هرگاه با حق و امتیاز تعلق تسهیلات، مال را در رهن قرار دهند، امکان صلح حقوق و معامله وام، تابع شرایط مندرج در سند رهنی، یعنی اسقاط حق معامله تا قبل از فک رهن، مانع معامله است.

بند ب: صحت و اعتبار معاملات وام در عقود نامعین

تبیین شد که مالکیت عبارت است از رابطه اعتباری بین مال و شخص که توسط عقلا اعتبار می‌شود. حدوث و بقای مالکیت همانند هر امر اعتباری دیگر به دست منشأ اعتبار آن است و کیفیت اعتبار مالکیت نیز به دست همان منشأ اعتبار است و نیز اشاره شد که شارع مقدس در مورد مفهوم مالکیت و مصادیق آن بیان خاصی ندارد و تشخیص این امور را به عرف و عقلا واگذار کرده است. این قرارداد را مانند هر قرارداد دیگری می‌توان از طریق عقد صلح منعقد کرد. چرا که عقد صلح، قالبی گسترده برای قراردادهای گوناگون و متنوع است.

این مبحث، درصدد پاسخ به این سؤال است که آیا قرارداد واگذاری امتیاز وام را می‌توان بدون جای گرفتن در یکی از عقود معین، معتبر و صحیح دانست؟ به عبارت دیگر، آیا تحت عنوان یک عقد عرفی و قرارداد عقلایی که در میان مردم رواج دارد، می‌توان راهی برای مشروعیت آن یافت؟

بند ج: اصل آزادی و حاکمیت اراده، مبانی صحت معاملات و اعتبار قراردادها

آیا برای تشخیص مشروعیت یک قرارداد باید نص خاصی وجود داشته و مشروعیت و اعتبار آن از ناحیه شارع تصریح شده باشد یا آن که علاوه بر عقود معین که نام آن‌ها در فقه آمده است، به طور کلی، قراردادهای عقلایی، مشروعیت و اعتبار دارد؟ گروه زیادی از فقها به‌ویژه متقدمان، قائل به توقیفی بودن عناوین عقود و معاملات شده و اعتبار قراردادهای را تنها در قالب عقود معین پذیرفته‌اند. به‌عنوان مثال، شهید ثانی در مورد علت بطلان عقد مغارسه می‌نگارد؛

ان عقود المعاوضات موقوفة على اذن الشارع و هي منتفیه هنا. مؤلف کتاب مفتاح الکرامه پس از نقل اجماع فقها بر بطلان مغارسه می‌نویسد؛ و حجة المعظم ان عقود المعاوضات موقوفة على اذن الشارع و هي منتفیه هنا. (پایگاه اینترنتی حوزه مورخ ۱۹/۸/۸)

صرف نظر از مباحثات نظری میان فقها و حقوق دانان، ماده‌ی ۱۰ ق.م.، اصل آزادی قرارداد را مورد تأکید و تأیید قرار داده است؛

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد کرده‌اند در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

بنابراین در حقوق ما، آزادی اراده را باید به عنوان اصلی مسلم و پذیرفته‌شده تلقی کرد و جز در مواردی که قانون، مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است، اراده اشخاص، حاکم بر سرنوشت پیمان‌هایشان است.

مهم‌ترین نتیجه اصل آزادی اراده، آن است که اشخاص می‌توانند قراردادهای خود را تحت هر عنوان که مایل باشند منعقد ساخته، نتایج و آثار آن را به دلخواه معین کنند. بنابراین، پیش‌بینی نهادهای حقوقی و عقود معین در فقه و قانون بدان معنا نیست که

اشخاص ناچار باشند یکی از قالب‌های پیش‌ساخته قراردادی را برای هر پیمان برگزینند. بر این اساس، از آن‌جا که موضع قانون مدنی و نظام حقوقی ایران در قبال اصل آزادی قراردادی روشن و بی‌ابهام است، نیازی به بحث اساسی در این باره دیده نمی‌شود ولی اشاره به مبانی این اصل در فقه برای استحکام و تقویت بحث، لازم به نظر می‌رسد. مهم‌ترین دلیلی که طرفداران اصل آزادی قراردادی در فقه بدان تمسک کرده‌اند، آیه اول سوره‌ی مائده است: «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود...». عقد به گفته بعضی از لغوی‌ها به معنای مطلق عهد و به عقیده بعض دیگر، به معنای عهد مؤکد و وثیق است. و در هر صورت، شامل معاملات و قراردادها می‌شود.

بنابراین مفاد آیه این است که وفا به هرچه عرفاً عنوان عقد بر آن صدق می‌کند، واجب است. معنای وفا به عهد، عمل بر طبق مقتضای آن است.

با توجه به عموم آیه‌ی شریفه نسبت به همه عقود و قراردادها می‌توان چنین استنباط کرد که هر قراردادی که در عرف مصداق عقد دانسته شود، معتبر و لازم‌الوفا است؛ اگرچه فقهای متقدم به اصل آزادی اراده، به دیده تردید می‌نگریستند اما فقیهان معاصر عموماً به آن متمایل شده و آن را پذیرفته‌اند. به عقیده اینان، عناوین عقود، توقیفی نیست. چون شارع مقدس در معاملات، طریقه خاصی را معین و مشخص نکرده و نقش شارع در مورد معاملات، نقش امضایی است؛ یعنی معاملات رایج بین مردم را امضا کرده است.

به بیان دیگر، شرع مقدس در زمینه معاملات، حقیقت جدیدی را نیاورده جز امضای آنچه نزد عرف و عقلاً متداول است و با جمله «اوفوا بالعقود» تمامی آنچه را که نزد مردم و در عرف بازار رواج دارد، امضا کرده، استدلال‌ات آیه فوق بر اعتبار و لزوم مطلق قراردادها از سوی برخی از فقها مورد تردید و اشکال قرار گرفته است. به هر تقدیر، اصل آزادی اراده در میان فقهای معاصر مورد پذیرش قرار گرفته و این فقیهان برای اثبات مشروعیت و اعتبار قراردادهای نامعین بدان تمسک کرده‌اند که به دو نمونه اشاره می‌شود:

قرارداد بیمه: یکی از قراردادهای نوپیدا که در دهه‌های اخیر مطرح و رواج یافته، قرارداد

بیمه است. رواج این قرارداد، فقها را در مقابل این سؤال به تحقیق واداشت که آیا چنین قراردادی می‌تواند مشروعیت و اعتبار داشته باشد یا خیر؟ تلاش اولیه فقها بر این بوده که این قرارداد را به نحوی در یکی از عقود معین و شناخته شده بگنجانند و بر همین اساس، آن را از مصادیق صلح، هبه معوض یا ضمان دانسته‌اند. اما غالب فقهای معاصر، عقد بیمه را عقدی مستقل شمرده و برای اثبات مشروعیت و اعتبار آن به عموماً ادله استناد کرده‌اند. امام خمینی (ره) می‌نویسند: الظاهر ان التامین عقد مستقل و ما هو الرائج لیس صلحا و لاهبه معوضه بلا شبهة.

تقسیم: در مورد ماهیت تقسیم در میان فقها اختلاف نظر است. برخی، تقسیم مال مشاع را به دلیل آن که در آن، دو مال مبادله می‌شود، نوعی بیع دانسته‌اند ولی غالب فقها آن را معامله‌ای جدای از بیع شمرده‌اند. به نظر این عده، تقسیم، معامله‌ای مستقل از عقود معین است و دلیل اعتبار آن، عموماً و اطلاقی است که در باب معاملات می‌توان بدان تمسک کرد. (فصل‌نامه فقه اهل بیت، شماره ۲۶)

و اما در خصوص معامله وام بانکی: عرف جامعه، ضرورت‌های مقتضی، عموماً و اطلاقی موضوع در باب معاملات، پذیرش و اقبال جامعه، هر یک به نوعی، مؤید صحت معاملات وام به رغم ممنوعیت آن توسط سیستم بانکی است. ولی این ممنوعیت، منافی حق صاحب وام بر امتیاز خود نیست. در مباحث آتی، چگونگی صحت و موارد بی‌اعتباری عدم پذیرش معامله وام، بررسی می‌شود.

فصل دوم: چگونگی معامله وام بانکی و پذیرش عرفی آن

مبحث نخست: معاملات غیرمعتبر وام در سیستم بانکی
بندهایی از قراردادهای منعقد بین استفاده‌کنندگان از وام و بانک‌ها مؤید این معنا است که:

اولاً رهنین استفاده‌کننده از وام، حق هرگونه معامله نسبت به مورد رهن چون انتقال قطعی و صلح و اجاره مورد رهن و تنظیم وکالت فروش آن را مادام که از مورد رهن فك رهن نگردیده، از خود اسقاط می‌نمایند.

ثانیاً به منظور انجام هرگونه معامله متعهد به اخذ موافقت مرتبه‌ن می‌شوند. آیا قید تعهدات مزبور، در سند رهنی به‌طور کلی حقوق اشخاص را در اموال رهنی غیرقابل انتقال می‌نماید؟

حق مالی، امتیازی است که حقوق هر کشور به منظور رفع نیازهای مادی اشخاص به آنان اعطا می‌کند. حق مالی، قابل تقویم به پول است و از ارکان دارایی محسوب می‌شود و در زمره اموال می‌آید لیکن حق غیرمالی، امتیازی است که هدف از اعطای آن، رفع نیازهای عاطفی و اخلاقی است. قابل تقویم به پول نیست ولی آثار مالی که بیشتر حقوق غیرمالی دارد، جدایی حق مالی از غیرمالی را نسبی کرده است. لذا به نظر می‌رسد؛ در گذشته، از نظر سیستم بانکی به اعتبار واگذارکننده، چنین تحلیل می‌شد، فروش وام که حقی انحصاری برای استفاده او است محدود و صحت آن مشروط به شرایطی باشد و به اعتبار خریدار که طرف تعهد بانک نبوده پذیرش هر محدودیتی بدون علت بوده و معامله وام مقرون به صحت باشد.

در ذیل اشاره خواهد شد که بانک‌ها، تاب مقاومت در مقابل انبوه درخواست‌ها برای معاملات وام را نداشته و رویکردی را اتخاذ می‌نمایند که نتیجه آن، اعراض از شروط مزبور و تمکین از واقعیت‌های اجتماعی است. به موجب معامله وام، برای خریدار حقی پیدا می‌شود که منشأ آن علاوه بر تعهد فروشنده در انتقال وام، حق دینی است که می‌تواند از او انتقال و تسلیم مال و انجام دادن کار را بخواهد. تصور حق دینی با ارکان سه‌گانه زیر ممکن است؛

۱- صاحب حق یا طلبکار. گاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۲- مدیون حق یا بدهکار.

۳- موضوع حق یا دین. رتال جامع علوم انسانی

چنانچه وام به منظور خرید مسکن و برای خرید مسکن یا هرگونه مستغلات هزینه شده و ملکی را با آن به رهن گرفته باشند، واجد حق عینی برای متصالح است که پس از صلح

حقوق راهن در مورد رهن، به خریدار اختیار می‌دهد تا به‌طور مستقیم از حق خود استفاده نماید و صاحب حق عینی نیاز ندارد که اجرا و رعایت آن را از دیگری (بانک) بخواهد و سلطه بی‌واسطه دارد.

اگر خریدار وام بخواهد از آثار تعهد استفاده کند، می‌تواند راهن را برای تکمیل معامله وام ملزم نموده و با فراهم آوردن اسباب لازم و خاص چون رضایت مرتهن، مورد رهن را به تملیک خریدار وام درآورد و رضایت مرتهن که شرط رفع انحصار از وام و شاید شرط تأثیر معامله آن است، فراهم آورد، نظراتی مطرح است که بر مبنای آن، ملکی که در وثیقه بانک یا سایر اشخاص طلبکار است، عملیات اجرایی به‌منظور فروش آن را قانونی نمی‌دانند.

(نظریه شماره ۷/۶۶۳۷-۱۷/۹/۱۷۷/۹/۱۷۷-۱۷/۶۶۳۷ اداره حقوقی قوه قضائیه)

مع الوصف در جایی دیگر، حق کسب و پیشه و سرقفلی که جزو اموال منقول است می‌تواند مورد توقیف واقع و در پی آن موضوع صدور اجرائیه قرار گرفته و به دیگری منتقل گردد و نیز به طریق ارث به همسر و فرزندان برسد و رضایت مالک که شرط تأثیر و صحت انتقال آن در شرایط دیگر است، تأثیری در بطلان انتقال آن ندارد. (نظریه شماره ۷/۳۳۰-۱۷/۷-۱۷/۳۳۰ اداره حقوقی قوه قضائیه)

مبحث دوم: معاملات معتبر وام در سیستم بانکی

حق افتتاح‌کننده حساب مسکن نسبت به حساب و وام متعلق به آن، حق تبعی مالی است و نسبت به آن تا موجودی را حفظ کرده، حق دائمی است و به‌محض اتمام دوران انتظار، این دوام نسبت به امتیاز وام نیز تسری می‌یابد.

لیکن این حق که حقی است انحصاری، در گذر از زمان و متأثر از ماهیت قابل انتقال بودن حقوق و متأثر از شروط قرارداد بین راهن و مرتهن و واقعیات بازار معاملات مسکن، رنگ کاملاً انحصاری خود را باخته، بعضاً با تغییر شکل واگذاری امتیازها از حیث فرم اسناد بانکی چون ابداع اوراق ممتاز وام مسکن و نیز متداول شدن موافقت بانک‌ها با تنظیم سند صلح حقوق برای انتقال حقوق راهن در املاک ابتیاعی با وام بانکی به سمت تأمین نیازهای واقعی اشخاص متقاضی استفاده و خریداران وام از ایشان حرکت کرده است.

اصل صحت معاملات و قراردادهای در تأمین نفوذ آنها و رفع اختلاف اشخاص از آن چنان درجه و اعتباری برخوردار است که نمی‌توان و نباید به استناد بخشنامه‌های داخلی بانک‌ها و یا حتی شروط یک طرفه به نفع بانک‌ها در قرارداد، از اجرای این اصل مهم در معاملات وام بانکی، استنکاف نمود. در مخالفت و واگذاری وام با قانون تردید جدی وجود دارد و خبر از قانون در رد اعتبار معاملات وام نیست. از نظرهای فقها نیز می‌توان بر صحت معاملات وام دلیل آورد. چنان که حضرت آیت‌الله العظمی شیخ حسین وحیدخراسانی (دام ظلّه العالی) در پاسخ سؤال چگونگی معامله بر حق وام مثل خرید امتیاز وام مسکن می‌فرماید که: «با توافق طرفین در صورتی که از طریق صحیح وام گرفته شده باشد و خلاف قانون نباشد، رفع ید از حق و گرفتن مقداری وجه در قبال رفع ید از آن اشکال ندارد.» (پایگاه اطلاع رسانی حوزه ۱۹/۷/۲۲)

در بررسی بیشتر معاملات وام بایستی بین معامله اموال در رهن و تنظیم وکالت فروش آن‌ها تفاوت گذارد. در پاسخ استفتا از مقام معظم رهبری در خصوص شرط اسقاط حق اعطای وکالت در اسناد رهنی از سوی بانک‌ها که به منظور تحدید اختیارات رهن درج می‌گردد، معظم‌له پاسخ فرموده‌اند که: «با فرض این که پس از فک رهن فروخته می‌شود تخلفی از شرط نشده است». زیرا وکالت معامله نیست که اسقاط حق انتقال با وکالت مندرج در اسناد رهنی محمل قانونی داشته باشد.^۱

چنانچه رهن با تمکین از شرط مندرج در عقد رهن، موافقت مرتهن را برای صلح حقوق خود در مورد رهن، پس از آن که وام برای خرید ملکی مصرف گردیده، جلب نماید، در این صورت، خللی به صحت و واگذاری حقوق رهن وارد نیست.

و الا برابر شرط مندرج مبنی بر اسقاط حق معامله تا قبل از فک رهن بایستی معامله را با توجه به فقد حق انتقال، مورد بررسی قرار داد. اصل صحت قراردادهای و لزوم تأمین نفوذ عقود و رفع اختلاف اشخاص و توجه به

۱. ر.ک.: نظریه‌های مشورتی کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران، کانون سردفتران و دفتریاران، ج. اول، انتشارات سرخ، تهران، پاییز ۱۳۸۸، صص. ۱۷۵ - ۱۷۶، ردیف ۴۱۸.

خواست عموم و عرف جاری در خصوص معاملات وام اقتضا می‌نماید که شروط تحمیلی در قراردادهای رهن به حداقل برسد و از آن جهت که جنبه تحمیلی در قرارداد رهنی دارد موضوع قصد واقعی طرف متعهد نبوده و نیز «در موردی که الفاظ عقود و قراردادها در عرف معانی گوناگونی دارد، عبارت آن باید حمل بر معنایی شود که عقد درست باشد و معنایی که فساد عقد را به دنبال دارد، خلاف اصل تلقی می‌گردد». (ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۲، ص. ۳۷۵)

نظریه‌ای که براساس آن در تفسیر قوانین نه به مذاکرات مجلس در زمان تقنین رهنمون داشته است بلکه انتظار و نیاز حاضر عموم از قانون را توجه می‌دهد، در راستای، اظهار نظر حضرت امام خمینی (ره) در فقه پویا است که «من به فقه رایج میان فقیهان و اجتهاد به شیوه مرحوم صاحب‌جوهر اعتقاد دارم. این نوع فقه و اجتهاد اجتناب‌ناپذیر است اما بدان معنا نیست که فقه اسلامی بر نیازهای زمان منطبق نیست که بلکه عنصر زمان و مکان در اجتهاد مؤثر است. چه بسا يك واقعه در يك زمان دارای حکمی باشد اما همین واقعه در پرتو اصول حاکم بر جامعه و سیاست و اقتصادش، حکمی دیگر پیدا کند». (صحیفه نور، ج. ۲۱، ص. ۹۸).

واقعیت این است که معاملات وام بانکی به صورت يك نیاز، ظهور و بروز دارد و شروطی که در قراردادها برای تحدید معاملات مزبور گنجانده می‌شود، مانع انجام آن نیست. لذا به منظور رفع تزلزل در معاملات وام‌های بانکی، تعدیل شروط ضرورت مقتضی است.^۱

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱. برای دریافت فهرست منابع، از طریق دفتر ماهنامه «کانون» اطلاع حاصل فرمائید.