

حدود مسئولیت امین در عملیات بانکی غیر ربوی

محمی الدین رستگار جویباری

چکیده: نوشته حاضر به بررسی وجهه امانی فعالیت های بانکی می پردازد که لازمه وساطت بانک ها در عملیات سرمایه پذیری و تأمین سرمایه است و در قسمت عمده انواع عملیات بانکی مذکور در قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۲، دیده می شود. در باب مسئولیت امین، فاصله و تفاوتی بین قواعد اولیه فقهی و قواعد عام حقوق مدنی از یک سو و قواعد حاکم بر عملیات بانکی از سوی دیگر، دیده می شود. از این رو نیاز به توجیه فقهی و حقوقی این بحث محسوس است. در سرمایه گذاری مشترک اگر چه فرض امانت موجب رفع مانع غرر، و تجویز شرعی عملیات بانکی مشارکتی، مستلزم وصف امانت می شود، اما رواج آن نیازمند تضمین اصل سرمایه، و تضمین وصول سهم مناسب و واقعی از منافع و سود فعالیت سرمایه، و مصونیت از خسارت غیر واقعی است. برای تأمین تعهدات امین و تضمین حقوق مالک، قراردادهای سرمایه گذاری به شرط مسئولیت امین تنظیم می شوند. این مقاله به توجیه فقهی و حقوقی عملیات مزبور با پذیرش شرط مسئولیت امین به طور قانونی یا قراردادی در خصوص امانت بانکی به عنوان یک مؤسسه دارای شخصیت حقوقی و با وضعیت امانت سازمانی می پردازد.

واژگان کلیدی: مسئولیت امین، امانت سازمانی، شرط تحدید مسئولیت، شرط تضمین سرمایه، شرط تضمین سود، تخصیص ذمه، تبعیت سهم سود از سهم سرمایه، تعیین درصد به عنوان اماره بر حداقل سود واقعی، اقتضای ذات عقد، اقتضای اطلاق عقد.

هدف عمده و اساسی تأسیس بانک‌ها و فعالیت آنها عبارت است از جمع و متمرکز کردن و نگهداری و اداره سرمایه‌های مالی نقدی موجود در جامعه، در فاصله زمانی بین تحصیل آنها و به کارگیری آنها در فعالیت‌های اقتصادی مفید. همیشه زمان حصول دارایی‌های نقدی، به زمان به کارگیری مفید سرمایه‌ها نزدیک نیست و چنین نیست که دارندگان وجوه همیشه خود بتوانند در زمان مناسب و نزدیک به زمان تحصیل مال، مستقیماً وارد فعالیت‌های سودآور اقتصادی با استفاده از دارایی خود به عنوان سرمایه بشوند. از این رو، همواره از گذشته‌های دور (و همراه با پدیدار شدن پول یا کالای شاخص، به عنوان معیار ارزش و مبادله) نیاز به عمل واسطه‌گری میان این دو احساس می‌شد و صندوق‌هایی که بعدها بانک نام گرفتند، با مدیریت صاحبان سرمایه، عهده‌دار این واسطه‌گری اعتباری شدند و همچنان این ماهیت اقتصادی در کارکرد بانک‌ها ادامه دارد. اما در سیستم جدید بانکداری و بعد از تلاش در حذف عنصر ربا از فعالیت‌های بانک‌ها به صورت قانونی، و حاکم شدن قانون عملیات بانکی بدون ربا (مصوب ۱۳۶۲)، ماهیت فقهی و حقوقی حاکم بر عملیات بانکی تغییر یافته و وجهه‌امانی بر این وساطت مالی و اعتباری، غلبه پیدا کرده است.

وجود جهت امانت، هرچند به صورت تبعی، در قسمت عمده‌ای از عملیات بانکی بانک‌های غیرربوی از یک طرف، و از سویی دیگر، تقصیری بودن مسئولیت ید امانی در فقه و حقوق مدنی - یعنی عدم ضمان مگر در صورت افراط و تفریط - ذهن و فکر حقوقی را متوجه این سؤال می‌کند که آیا می‌توان به وجهی مسئولیت لازم و متوقع در مقام ورود و اقدام سرمایه‌گذاران و سرمایه‌پذیران در عملیات بانکی را تأمین کرد که با وجهه‌امانی آنها منافاتی نداشته باشد؟ فاصله‌ای که در احکام امانت و عملیات ائتمانی بین قواعد حقوق مدنی و قواعد حاکم در قانون عملیات بانکی دیده می‌شود، چگونه از دید فقه و حقوق مدرن و کارکردگرا، در سایه موازین فقهی و حقوقی قابل توجیه است؟ قبل از ورود به بررسی و تحقیق مسئله، به عنوان مقدمه، لازم

است ابتدا درباره وضعیت تاریخی و سیر تحول حقوقی بانک‌ها و قوانین بانکی در عصر اخیر توضیحی بدهیم.

سیر تحول حقوقی عملیات بانک‌ها

در نیمه دوم قرن بیستم و مقارن با رواج تجارت سرمایه در همه کشورهای برای رسیدن به توسعه و گسترش و چرخش صنایع و اقتصاد به شکل جدید، متفکران جوامع اسلامی هم کوشیدند تا یکی از عوامل مؤثر اقتصادی در پیدایش مشکلات بزرگ در زندگی مردم در جوامع و ملل مختلف یعنی معاملات ربوی را به کنترل درآوردند و خطرات ناشی از آن را با توسل به راه‌های علمی و اندیشه‌های اقتصادی و حقوقی مهار کنند.

یکی از اقدامات مهم انجام شده در این حرکت، تأسیس بانک‌هایی است که به صورت غیرربوی به فعالیت‌های اقتصادی رایج بانکی و خدمات آن اقدام می‌کنند. در کشور ما ایران نیز حرکت به سوی حذف ربا در عملیات پولی و بانکی، به تدریج با تأسیس اولین صندوق قرض‌الحسنه در سال ۱۳۴۸ ش در تهران آغاز شد و بعد از پیروزی انقلاب اسلامی نیز تعداد این صندوق‌ها افزایش یافت.

در سال ۱۳۵۸ طبق مصوبه شورای پول و اعتبار، گرفتن بهره در بانک‌های دولتی هم ممنوع و به جای آن کارمزد بانکی پذیرفته شد. در مرحله بعد در سال ۱۳۶۲ ش با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا، انجام عملیات بانکی در قالب عقود معینی که مصون از دخالت عنصر ربوی است، مقرر گردید.

سیر تحول دیدگاه‌های نظری در مورد عملیات مالی و پولی

در نگاه تاریخی و همراه با تحلیل نظری و حقوقی می‌بینیم که منشأ عمده پیدایش بانک در شکل اولیه آن، زمینه طبیعی استیمنان و نیاز به حفظ سرمایه‌های منقول از خطرات بوده است، اما به تدریج سرمایه‌های متراکم در بانک‌ها، در فعالیت‌های تجاری و معاملات معوض و سودآور به کار گرفته

شدند. با توجه به ماهیت و چگونگی عملیات بانک‌ها می‌بینیم که به صورت سنتی، بانک‌ها در نظام‌های حقوقی ای که بهره را در عملیات پولی و نقدی پذیرفته‌اند، قالب و شکل حقوقی نمونه‌ای را که حاکم بر روابط قراردادی اطراف معامله باشد، قرارداد قرض قرار داده‌اند و با توسل به دو نهاد وثیقه و بهره، همواره سعی در تحقق بخشیدن به اصول اساسی یک فعالیت اقتصادی - یعنی ۱. حفظ سرمایه و ۲. جلب سود و ۳. تأمین خسارت - داشته‌اند.

این عملیات به جهت اینکه مشتمل بر عنصر ربا بود، همواره از سوی علمای مسلمان و مسیحی مورد انتقاد و اعراض بود.

در مقام چاره‌جویی، دیدگاه‌های فقهی همواره در دو زمینه فعال بوده است: یکی توسل به حیل‌های قابل پذیرش در شرع، و دیگری جستجوی استثنائاتی در حرمت ربا.

در باب حیل‌های شرعی، سیر حرکت به تدریج راه‌های ذیل را پیموده است:

۱. توسل به حیل تغییر در شرط تجانس و غیر همجنس قرار دادن عوضین در معاملات معوض که عمدتاً به صورت بیع و یا قرض همراه با ضمیمه بوده است؛
۲. توسل به تغییر در صورت معامله و توسل به معاوضات دیگری غیر از بیع و قرض که عمدتاً به صورت بیع یا اجاره به شرط قرض و نیز قرض به شرط بیع محاباتی یا هبه یا اجاره بوده است؛^۱
۳. توسل به تغییر ماهیت معامله و روی آوردن به معاملات مشارکتی به جای معاوضات.

در جامعه فقهی مسیحیت نیز سیر حرکت فکری فقهی در قرن چهارده میلادی به همین مرحله سوم منتهی شد و قدیس توماس آکوینی توسل به مضاربه، مشارکت و ودیعه را به بانک‌ها و فعالان تجاری سرمایه پیشنهاد کرد.^۲

۱. نظریه تقلب نسبت به قانون، دکتر سید محمود کاشانی / ۹۸؛ فقه الحیل الشرعیه، محمد سند / ۱۲۱؛ حیل‌های شرعی در عقود، علی اکبر ایزدی / فر / ۳۱۲.

۲. ر. ک: دکتر احمد السراج، النظام المصرفی الاسلامی / ۲۱۸.

در باب حکم، حدود و قلمرو منع و جستجوی استثنائات ربا هم از سوی دانشمندان و فقهای اسلامی دیدگاه‌های مختلف و متعددی در این زمینه ابراز شد که به طور کلی در چند طبقه قابل دسته‌بندی است:

۱. دیدگاهی که درصدد محدود کردن دایره منع ربا و تجویز و توجیه بعضی از اقسام آن برآمده است؛

۲. دیدگاهی که با منع کلی ربا، بانک را در جامعه‌ای که همه جوانب امور در آن به صورت اسلامی و بر اساس حاکمیت قوانین شرع و عدل اداره می‌شود، ترسیم می‌کند؛

۳. دیدگاه سوم پذیرفته است که دامنه حقایق عینی و بالفعل این عصر، وسیع‌تر از حدود قواعد اسلامی است؛ عصری که در آن نهادهای لائیک و مؤسسات و بانک‌ها در قالب معاملات ربوی به فعالیت خود ادامه می‌دهند و روح نظام سرمایه‌داری عملاً بر آنها حاکم است. این دیدگاه در عین حال سعی در ترسیم عملیات بانکی به صورتی دارد که ضمن حذف عامل ربا، بتواند به فعالیت و حیات اقتصادی و اجتماعی خود ادامه دهد و در تعامل با بانک‌ها و مؤسسات مالی دیگر رقابت کند.

دیدگاه اخیر در هر دو جهت ذکر شده - یعنی باب حیل و باب قلمرو حرمت ربا - به واقعیات جامعه و اعتدال در روش عملی نزدیک‌تر است و از این رو، در جوامع علمی بیشتر مورد توجه قرار گرفته است و سعی شده که قالب حقوقی و شرعی مناسب و معقولی جستجو شود تا بر اساس آن، یک مؤسسه مالی بتواند با احتراز از عنصر ربا، به فعالیت اقتصادی و تجاری خود ادامه دهد و در عین موافقت با اصول شریعت، قادر بر تحرک و پیشرفت در فضای طبیعی حاکم بر اقتصاد پولی و مالی دنیای امروز باشد و نیز قدرت بر متمرکز ساختن سرمایه‌های راکد، جذب و به کارگیری آنها در زمینه‌های مناسب سرمایه‌گذاری، تأمین مالی و اعتباری سرمایه‌پذیران و انجام خدمات رایج بانک را داشته باشد و به طور خلاصه اصول اساسی زیر در آن رعایت شود:

۱. عدم مخالفت با قواعد و موازین شریعت؛

۲. قدرت فعالیت و موفقیت در فضای موجود به عنوان یک مؤسسه تجاری سودآور؛

۳. حفظ نقش بانک و تأثیر در نشاط و فعالیت اقتصادی صنعتی و تجاری جامعه محیط بر آن.

از لحاظ عملی هم در کشورهای اسلامی با تأسیس بانک‌های غیر ربوی متعدد که در کنار بانک‌های سنتی فعالیت دارند، این نظر مورد حمایت قرار گرفت.

جهت‌گیری حقوقی و قانونی در ایران و تاثیر فقه

در ایران همچنان که قبلاً گفتیم، با تصویب قانون عملیات بانکی بدون ربا مقرر شد که عملیات بانکی همه بانک‌های کشور بر اساس و در قالب عقود معینی که مصون از دخالت عنصر ربوی است، انجام گیرند. این عقود از نظر ماهیت حقوقی به سه دسته قابل تقسیم است که ذیلاً اشاره می‌شود:

۱. عقود مشارکتی شامل: مشارکت مدنی و حقوقی، مضاربه، مزارعه و مساقات و سرمایه‌گذاری مستقیم در طرح‌های اقتصادی؛

۲. عقود معاوضه‌ای در قالب بیع مرابحه به صورت نسیه، سلف، فروش اقساطی و خرید دیون در قالب اجاره به شرط تملیک یا اجاره منتهی به تملیک؛

۳. عقود عام که در شکل جعاله، صلح و فرض الحسنه قابل تحقق است.

در مجموع این حرکت‌های علمی و عملی و قانونی، از نظر حقوقی دارای چند خصوصیت قابل توجه و با اهمیت است که می‌توان به ترتیب ذیل به آنها اشاره کرد:

یکم: اتکا بر عنصر عمل به عنوان منشأ درآمد، نه بر سرمایه و مالک آن؛

دوم: قرار گرفتن بانک در جایگاه حقوقی تجارت به نحو واسطه‌گری در

گردش پول و نقدینگی و اعتبار، نه به عنوان مالک سرمایه؛

سوم: اشتراک در سود و زیان، به نحوی که اولاً و بالذات موجب وصف

اشاعه در حقوق و سهم‌ها نسبت به نتایج عملیات می‌شود، بر خلاف عملیات ربوی که از ابتدا در آن مبلغ فایده به عنوان اجرت سرمایه تعیین می‌شود و در مقام انعقاد قرارداد، مانع از حصول اشاعه در نتیجه است و از اول، نتیجه برای مقترض و مالک، مفروز معین است. در عملیات غیرربوی حصول شرکت در مالکیت، موجب شرکت در نتیجه است و منع اشاعه در مرحله عقد، منافی با ماهیت اشتراک دانسته می‌شود.

البته باید توجه داشت که اشتراک در اینجا از نوع تجاری آن است و به شکل اشاعه مدنی نیست تا سلطه مالک بر اداره و تصرف، همچنان قطع نشده باقی بماند و موجب شود که تصرف در کل، متوقف بر اذن شرکاباشد. در اشاعه تجاری مالک می‌تواند هر زمان که بخواهد، با وصول مال خود و استرداد آن، اراده خود را اعمال کند، اما حق رأی در ادارهٔ مجموع اموال را ندارد.

با توجه به خصوصیات بالا، می‌بینیم که برجسته‌ترین و مهم‌ترین ویژگی در عملیات پولی و بانکی غیر ربوی، آن است که بانک در جایگاه حقوقی وساطت قرار می‌گیرد. از نظر حقوقی با ظهور جایگاه وساطت، جهت امانت، خواه به طور مستقل یا به طور تبعی و فرعی و ضمنی، اهمیت عمده‌ای می‌یابد؛ زیرا امانت از پایه‌های اساسی و تعیین‌کننده در ماهیت وساطت و احکام آن به شمار می‌آید.

بنابراین قسمت عمدهٔ عملیات بانک‌های غیرربوی در جذب سرمایه و توزیع آن که مبتنی بر رابطهٔ عقدی واضح و معین و غیرمندرج در عنوان قرض است، بر پایهٔ اتمان تکیه می‌کند و می‌توان با در نظر گرفتن احکام و حدود مسئولیت ید امانی در تصرفاتش، تحلیل و درک حقوقی بهتری در حل مشکلات حقوقی و فقهی موجود در عملیات بانکی به دست آورد.

دستاوردهای قانون عملیات بانکی بدون ربا

دو مشکل تاریخی در عملیات مالی و اعتباری همواره در تنازع بوده‌اند:

یکی مشکل ربا که عموم مردم و فقیهان را - که حامی منافع و مصالح عامه مردم و مستضعفین بوده‌اند - بر می‌انگیخت و گاهی حکومت‌ها هم مشکلات ربا را احساس می‌کردند و به عامه مردم می‌پیوستند و در منع آن قانونی به تصویب می‌رساندند.^۳

دیگری مشکل غرر است که همواره سرمایه‌داران را به فرار از ایجاد رابطه مشترک با سرمایه‌پذیران، و پناه بردن به قالب قرض و توسل به ابزار ربا برای تأمین اصل و منافع سرمایه خود، وادار می‌کرده است.

بین این دو مشکل چگونه می‌توان مصالح ایجاد کرد؟ زیرا سؤالی که از سوی سرمایه‌گذاران احتمالی باقی می‌ماند، این است که برای حفظ سرمایه از تضییع و وصول به فواید عمل مشترک، چه تضمینی وجود دارد؟ ما در ادامه این مباحث، در ارائه راه حلی که بتواند وضعیت مصالح را توجیه کند، تلاش خواهیم کرد.

۱. رفع اشکال ربا و غرر

در اثر حذف عنصر ربا، یکی از علل بطلان یعنی عدم مشروعیت جهت معامله، رفع شده و در اثر فرض وصف امانت برای عامل واسطه هم علت دیگر بطلان یعنی لزوم غرر به سبب جهل طرفین معامله به سود حاصل از عملیات تجاری و مالی بانک مرتفع گردیده است.

با وجود آنکه غرر از اسباب بطلان معامله دانسته می‌شود،^۴ اما در فقه اسلامی تعدادی از عقود غرری صریحاً تجویز و ابقا شده‌اند که عبارت‌اند از:

۱. شرکت؛ ۲. مضاربه؛ ۳. جعاله؛ ۴. سلم؛ ۵. عمری.^۵

۳. ر. ک: روح القوانین، متسکیو، ترجمه علی اکبر مهدی، تهران، چاپ سپهر، ۱۳۶۲، کتاب ۲۲، فصل ۲۱، ص ۶۲۱.

۴. الغرر و أثره فی العقود فی الفقه الاسلامی، محمد صدیق امین ضریر / ۴۴؛ نظریه الغرر، یاسین احمد ابراهیمی، ج ۱ / ۱۰۱-۱۰۲.

۵. همان.

در قانون مدنی کشور ما هم ماده ۲۱۶ که بیانگر قاعده عمومی لزوم معلومیت محل در عقود و معاملات است، در ذیل خود در مقام استثنا می‌گوید: «مگر در موارد خاصه که علم اجمالی به آن کافی است».

مواردی که می‌توان آنها را از مصادیق مسلم این استثنا برشمرد، عبارت‌اند از:

۱. توابع مبیع و توابع عقد؛ همان‌طور که در موارد تصریح قانون‌گذار، در مواد ۳۵۶، ۱۰۷۹، ۱۱۰۰ و ماده ۴۸۶ ق. م آمده است؛

۲. عقود احسانی مانند: ضمان، صلح، هبه و ابر؛ همان‌طوری که در مواد ۶۹۴ و ۷۵۲ و ۷۵۸ و ۷۶۶ قانون مدنی دیده می‌شود؛

۳. عقود احتمالی مانند: مضاربه، جعاله، مشارکات، مزارعه، مساقات و بیمه که در این‌گونه معاملات به جهت اهمیت مقصود از معامله - یعنی تحصیل سود یا حفظ مال یا تحصیل آن - مجهولیت مقدار موضوع معامله مورد مسامحه قرار می‌گیرد و البته این تا حدی است که مصالح اجتماعی اقتضا داشته باشد و موجب بروز اختلاف و نزاع و هرج و مرج در روابط تجاری نشود و از این روی، باید حداقل به تعیین کسر مشاع از سهام در مال و سود، اقدام شود.^۶

بنابراین بدون تردید عقود امانی از قاعده منع غرر خارج است، خواه از باب احسان و یا از باب احتمالی بودن عقد.

۲. تضمین سرمایه در عملیات بانکی

در معاملات و هر سرمایه‌گذاری اقتصادی، رعایت سه اصل ضروری است: حفظ سرمایه، جلب منفعت و تأمین از خسارت.

در عملیات ربوی بانک‌ها از آنجا که رابطه دینی برقرار می‌شود، با توسل به عامل وثیقه، اصل سرمایه و سود آن را تأمین و تضمین می‌کنند؛ اما در

۶. ر. ک: جواهر الکلام، ج ۲۶ / ۳۵۸؛ الوسیط فی شرح القانون المدنی المصری، احمد عبدالرزاق سنهوری، ج ۷، عقود الغرر و التأمین؛ مستند عروة الوثقی، کتاب المضاربه، ابوالقاسم خوئی / ۳۹.

وجود جهت امانت، هر چند به صورت تبعی، در قسمت عمده‌ای از عملیات بانکی بانک‌های غیر ربوی از یک طرف، و از سویی دیگر، تقصیری بودن مسئولیت ید امانی در فقه و حقوق مدنی - یعنی عدم ضمان مگر در صورت افراط و تفریط - ذهن و فکر حقوقی را متوجه این سؤال می‌کند که آیا می‌توان به وجهی مسئولیت لازم و متوقع در مقام ورود و اقدام سرمایه‌گذاران و سرمایه‌پذیران در عملیات بانکی را تأمین کرد که با وجه امانی آنها منافاتی نداشته باشد؟

عملیات بانک‌های غیر ربوی، از آنجا که رابطه مذکور تبدیل به رابطه امانی و عهدی (تعهد واسطه به عمل حفظ یا تجارت سودآور) شده است، وثیقه از نظر حقوقی برای تأمین اصل سرمایه یا تضمین یا اخذ ضامن مطرح می‌شود.

در اینجا جای این سؤال است که با وجود دینی نبودن این رابطه، چگونه می‌توان رعایت این اصول را قابل تضمین دانست؟ همچنین با حذف بهره، این بحث مطرح می‌شود که آیا به نحو دیگری نفع مورد نظر اقدام‌کنندگان به سرمایه‌گذاری قابل تأمین است؟

راه‌ها و فرضیه‌هایی برای حل این مشکل میان فقیهان و حقوق‌دانان مطرح است که در عمل هم تجربه شده است. فرضیه امکان‌توسل به حیل‌های شرعی و قانونی راهی بود که در طول تاریخ فقه مطرح و مورد استفاده مردم بوده است، اما وجود اشکالات و سؤال‌های بسیاری در مورد مشروعیت حیل، تردید در توسل به این راه را به همراه داشته، ولی وجود رکن مهم امانت که در عمده این معاملات غیر ربوی وجود دارد، این بحث را پیش می‌آورد که آیا می‌توان با جعل شرط مسئولیت، تعهدات امین را تأمین و حقوق مالک را در قبال خطرات احتمالی تضمین کرد؟

برای تشخیص دایره و حدود مسئولیت در این گونه قراردادهای امانی، توجه به مبنای اساسی امانت و بررسی آن به صورت یک قاعده و مبنای عام و

کلی ضرورت دارد که ما در جای خود به تفصیل و به صورت نظریه‌ای عمومی آن را مورد مطالعه و بحث قرار داده‌ایم^۷ و در مباحث آینده به طور مختصر به نکات مهمی از آن که در این مبحث مؤثر است، می‌پردازیم.

تاثیر اراده (قراردادی یا قانونی) در حدود مسئولیت امین

برای بررسی و تحلیل تأثیر قرارداد یا قانون در مسئولیت امین و توسعه یا تضییق حدود مسئولیت او، باید به این سؤال پاسخ داد که آیا وصف امانت، مقتضای ذاتی و جدایی‌ناپذیر برای این نوع معاملات امانی است یا اینکه این وصف قابل تفکیک است و معاملاتی که طبیعتاً همراه با جنبه امانت تبعی هستند، نسبت به وصف امانت، انعطاف‌پذیر و قابل تغییرند؟ و آیا محدود کردن مسئولیت امین به مسئولیت تقصیری - در صورت تعدی یا تفریط - مقتضای ذاتی و غیر قابل انفکاک برای وصف امانت است یا اینکه وصف امانت نیز نسبت به این حکم انعطاف‌پذیر و این حکم مقتضای اطلاق آن است و منافاتی با تغییر در حدود شروط مسئولیت به وسیله اراده ثانوی (قرارداد یا قانون) ندارد؟ برای پاسخ به این پرسش‌ها، ابتدا باید به عنوان مقدمه، به شناسایی نهاد امانت پرداخت.

شناسایی نهاد امانت

۱. تعریف

امین و سلطه او بر مال موضوع امانت، تابع سلطه و ید مالکی است و در قبال آن مستقل نیست، اما به منزله ید مالک و قائم مقام آن است.

از ویژگی‌ها و احکام اولیه امانت می‌توان به دو خصوصیت عمده اشاره کرد: یکی مجانی بودن ید امانی و دیگری غیر مضمون بودن امانت است، مگر در صورت تعدی و تفریط. اما این دو ویژگی بنا بر تحقیق، مقتضای ذات

۷. ر. ک: پایان نامه نگارنده با عنوان «مسئولیت ید امانی از منظر قانون مدنی و قانون عملیات بانکی بدون ربا» محیی‌الدین رستگار جویباری، آبان ۱۳۸۲، دانشگاه مفید.

امانت نیستند، بلکه اقتضای اطلاق عقد یا هر امری است که سبب پیدایش ید امانی شده است. چنانچه در اراده توافقی طرفین یا اراده قانون، به این دو ویژگی تصریح نشود، حکم اولی و قاعده در امانت، اقتضا می کند که به مجانی و تقصیری بودن ضمان حکم کنیم.

۲. ماهیت نهاد امانت

ماهیت نهاد امانت و وضعیت غالب بر آن، حق است یا حکم؟ قواعد و احکام مربوط به مسئولیت در آن، امری است یا تکمیلی؟ و در صورت حق بودن، عینی است یا دینی؟ پاسخ به این سؤالات نیازمند بحث و تحقیق است که ما در جای دیگر به تفصیل به آن پرداخته ایم،^۸ اما به طور خلاصه باید گفت که نهاد امانت ماهیتی دوگانه دارد: از جهت ارتباط با امین و محدودیت مسئولیت و جواز تصرفات مورد اذن، حق است و از جهت ارتباط با مالک و تکلیف های ثابت بر امین، حکم بودن بر آن غلبه دارد و احکام آن عمدتاً جنبه تکمیلی خواهد داشت.

۳. ماهیت حق در امانات مختلط

در پاره ای موارد که در اثر اختلاط مال، حالت عینی و مشخص مال مورد امانت تغییر می کند و به تبع آن وضعیت شرکت به وجود می آید، در اینکه حق مالک بر مالش را باید چگونه حقی تحلیل کرد، بحث و اختلاف نظر دیده می شود. جمعی آن را حق عینی دانسته و بعضی دیگر آن را حقی دینی و عده ای دیگر آن را حق خاص معرفی کرده اند.

به نظر می رسد در چنین فرضی باید حق مالک را بر مالش، به حقی عینی بر دارایی تخصیص یافته تحلیل کرد، نه حقی دینی، و اشاعه مال هم در چنین صورتی اشاعه تجاری خواهد بود، همان گونه که در شرکت های تجاری دیده

می‌شود نه اشاعه مدنی. در ادامه مباحث، توضیح درباره دارایی تخصیص یافته و اشاعه تجاری خواهد آمد.

۴. وجود جهت نیابت

در مورد عامل مضاربه و شریک مأذون که در بیشتر عقود بانکی از نوع مشارکات مطرح است، توجه به این نکته لازم است که علاوه بر جهت امانت، عامل و شریک مأذون دارای سمت نیابت نیز خواهد بود. وجود جهت نیابت، در عمل ماهیت رابطه امانی را بیش از ودیعه محض، به آنچه در عاریه و اجاره وجود دارد، نزدیک‌تر می‌سازد.

۵. تحلیل نوع تعهد امین

در رابطه امانی برای اطراف رابطه، حقوق و تکالیفی ثابت است. آنچه اکنون توجه به آن لازم است، شناخت و تحلیل نوع تعهد امین است. بر امین تکالیفی ثابت است؛ همچنان که حقوقی هم دارد. یکی از تعهدات و تکالیف او حفاظت از مال و رد آن است. در تحلیل این تعهد می‌توان گفت تعهد امین به حفاظت، تعهد به وسیله است و تعهد او به رد امانت (به مالک یا مأذون قانونی)، تعهد به نتیجه.

اقدام امین به حفظ به عنوان وسیله، اماره نوعی و قانونی بر این نکته است که در موارد عدم حصول نتیجه حفظ، به صورت قهری تعهد او به نتیجه رد، ساقط می‌شود و در نتیجه موجب براءت او از مسئولیت است. این معنای قاعده تقصیری بودن مسئولیت امین و محدودیت آن، به صورت حصول تعدی و تفریط از سوی او است.

اما این نکته از چند جهت در خور تأمل است؛ زیرا:

اولاً، وضع این اماره جنبه حمایتی دارد و به تعبیر فقهی، امتنانی است و به تعبیر اخلاقی، مبتنی بر حمایت از احسان‌کننده و عدم برخورد با او به صورت

ایراد اتهام و متوجه ساختن مسئولیت است و آنچه حمایتی است، بر اراده طرفین تحمیل نمی شود و فقط در صورت عدم توافق بر غیر آن و عدم وجود طریق قانونی یا قراردادی دیگر برای تأمین حق فردی به آن رجوع می شود. ثانیاً، خلاف آن قابل اثبات است؛ زیرا از امارات قانونی غیر قاطع است. مقتضای آماریت این است که مادام که خلاف آن ثابت نشده باشد، بتوان به آن رجوع کرد.

و ثالثاً، قاعده‌ای تکمیلی است و در مواردی که وضعیت مال در معرض خطر باشد، قابل تعدیل قراردادی به وسیله جعل شرط، یا قابل تحدید قانونی به وسیله حمایت قانون از مالک است. به عبارت دیگر، وضع آن به جهت امتنان بر امین است و محدود به مواردی است که مال در معرض خطر و ضرری نباشد که اثبات تقصیر در مورد آن عادتاً متعذر است؛ زیرا در آن صورت امتنان بر امین، با لزوم امتنان بر مالک از جهت حفظ مالش از تضییع، تزاخم پیدا می کند. از این رو، در مواردی از امانات، ضمان بدون شرط پذیرفته شده است؛ مثل ضمان صانع و ضمان در عاریه طلا و نقره. در برخی موارد هم ضمان به شرط، پذیرفته شده است؛ مثل ضمان در عاریه.

بنابراین درست است که قاعده ذکر شده درباره امانات، از قواعد مسلم و تردید ناپذیر در فقه است، اما این به معنای بطلان شرط مسئولیت امین و عدم مشروعیت آن نیست و باید دید آیا راهی برای پذیرش مشروعیت این گونه شرط می توان ارائه کرد یا نه؟

در اینجا خوب است ابتدا نظری به مبانی قابل طرح برای حکم عدم مسئولیت مطلق امین کنیم و سپس به بررسی دلایل منع از اعتبار شرط مسئولیت مطلق در فقه و حقوق مدنی و نیز به تحلیل و جستجوی راه جدیدی برای خروج از این تنگنا بپردازیم.

مبانی محدودیت در مسئولیت ید امانی

دو مبنای عمده و اساسی در این زمینه قابل طرح است: یکی مبنای احسان و دیگری مبنای تنزیل ید امین به منزله ید مالک.

اگر مبنای عدم مسئولیت مطلق در امین را وجود وضعیت احسان در کار او فرض کنیم، باید به این نکته هم توجه داشته باشیم که همیشه بین امانت و احسان ملازمه وجود ندارد و گاهی امین در حقیقت احسان کننده نیست، بلکه مواردی هم هست که در آنها احسان از سوی مالک واقع می شود، نه از سوی امین. برای مثال، می توان از نمونه هایی چون تسلیم مال در مورد اجاره به مستأجر در عقد اجاره و یا تحویل سرمایه در مضاربه و شرکت به عامل و شریک مأذون، یاد کرد که در این موارد مستأجر یا عامل مضارب و شریک، مأذون و امین هستند؛ اما این مالک است که مال را در اختیار آنها می گذارد تا بهتر و راحت تر بتوانند از حق انتفاع خود بر عین استفاده کنند یا معاملاتی را که در انجام آنها بر مال مأذون شده اند، واقع سازند، و گرنه تحویل گرفتن عین مال حق آنها و تسلیم آن وظیفه مالک نیست.

در این گونه موارد، امانت در حقیقت تعهد امین است، نه حق او، و رابطه حقیقی به نفع مالک به وجود می آید. از این رو، مالک می تواند حق خود بر امین را به شروطی محدود سازد و یا به وسیله شرطی، در حدود مسئولیت امین توسعه بدهد. اما اگر مبنای عدم مسئولیت امین را، وجود جهت نیابت و ید او را به منزله ید مالک بدانیم، باز هم اقتضای اطلاق نیابت یعنی عدم مسئولیت، قابل تقیید به شرط مسئولیت است؛ زیرا محدودیت مسئولیت امین در این فرض هم، مقتضای اطلاق نیابت است، نه اقتضای ذات آن. با نگرشی که به مبانی حقوقی احکام امانت داشتیم، دانسته شد که جعل شرط مسئولیت و توسعه در مسئولیت امین، با مبانی و مقتضیات احکام آن منافات ندارد. اما ممکن است مواعی در این میان مطرح شود که به استناد آنها نتوان این شرط را از دید حقوقی پذیرفت. بررسی و تحلیل این مواعی هم ضروری است.

مواعی شرط توسعه مسئولیت

مواعی صحت و نفوذ شرط برای ایجاد مسئولیت مطلق یا توسعه در مسئولیت امین، عبارت اند از:

الف) مخالفت با مقتضای ذات عقد؛

ب) ضمان مالیم یجب یا عدم وجود محل در شرط مسئولیت؛

ج) مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه و به عبارت فقهی، مخالفت با شرع.

در میان فقیهان گروهی مانند: سید مرتضی، محقق اردبیلی، سبزواری، صاحب ریاض و به تبع آنها مرحوم سید طباطبائی یزدی، به صحت شرط مذکور نظر داده‌اند.^۹ این دسته از فقیهان، در تمامیت هر سه مانع مناقشه کرده‌اند که ذیلاً به بررسی این سه مانع و جواب‌هایی که در مورد آنها مطرح شده است، می‌پردازیم:

الف) در مورد منافات داشتن چنین شرطی با مقتضای ذات عقد، باید گفت: همان‌طور که مرحوم سید یزدی در عروه در مسئله چهارم از مسائل مضاربه اشاره کرده است، مسلم این است که عقد امانی مطلق و مجرد از اشتراط ضمان، مقتضی عدم ضمان است، نه اینکه مطلق عقد فی نفسه مقتضی آن باشد. ذات عقد چنین اقتضائی ندارد و فقط در صورت عدم تصریح به ضمان، مقتضای قاعده عدم ثبوت ضمان مطلق است. بنابراین تنافی شرط مذکور با مقتضای ذات عقد، منتفی یا مشکوک است و اصل اولیه، عدم مخالفت شرط با مقتضای ذات عقد است، مگر آنکه مخالفتش ثابت شود.^{۱۰} به عبارت دیگر، ید امانی مقتضی ضمان نیست و عموم قاعده «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» شامل آن نیست، نه اینکه مقتضی عدم ضمان باشد، و فرق

۹. ر. ک: الانتصار، سید مرتضی/ ۴۶۷؛ مجمع الفائدة والبرهان، ج ۱۰ / ۶۹؛ کفایات الاحکام/ ۱۲۴؛ ریاض المسائل، ج ۹ / ۲۰۰، آل البیت؛ عروة الوثقی، ج ۵ / ۶۱ و ۶۳، مؤسسة النشر الاسلامی.

۱۰. ر. ک: مکاسب، شیخ مرتضی انصاری، ج ۳ / ۲۱، اسماعیلیان؛ حاشیه سید بر مکاسب، ج ۲ / ۱۱، چاپ رحلی.

است بین عدم اقتضای ضمان با اقتضای عدم ضمان.^{۱۱}

ب) در مورد مانع (ضمان مالیم یجب) و فقدان محل در مورد شرط مسئولیت امین، می توان چنین گفت که ضمان دینی که در آینده موجود می شود، بر اساس مفاد ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح است و نوعی ضمان عرفی محسوب می شود، نه ضمان مصطلح، آن طور که در ماده ۶۸۴ قانون مدنی مطرح شده است؛ همچنان که در رأی دیوان عالی کشور نیز این مطلب تأیید شده است. رأی شماره ۱۴۴۴ مورخ ۱۳۲۷ شعبه ۴ دیوان عالی کشور می گوید:

مطابق ماده ۶۸۴ ق. م ضمانت عبارت از این است که کسی مالی را که بر ذمه دیگری است، به عهده بگیرد. بنابراین اگر کسی تعهد کند که در صورتی که در نتیجه عدم تحویل اشیا فروخته شده، خسارتی متوجه خریدار گردد، آن را جبران نماید، عمل او صرفاً تنظیم قراردادی بوده که بین مشارالیه و متبایعین در حدود ماده ۱۰ ق. م بسته شده است و با ماده ۶۸۴ قانون مزبور انطباقی نخواهد داشت.^{۱۲}

در فقه نیز مرحوم سید طباطبائی یزدی در کتاب ضمان از عروه در ذیل شرط هشتم از شروط صحت ضمان، در صورت وجود مقتضی برای دین آینده، ضمان به معنای التزام به ادا به نحو شرط فعل را صحیح دانسته^{۱۳} و نیز در مبحث اجاره، شرط ضمان مستأجر را حتی بدون تعدی و تفریط، بنا بر اقوی صحیح شمرده است.^{۱۴}

۱۱. ر. ک: مستند عروة الوثقی، کتاب الاجاره / ۲۲۶؛ البیع، امام خمینی، ج ۵ / ۱۹۲؛ بحوث فی الفقه، کتاب الاجاره / ۳۹؛ القواعد الفقہیہ، محمد حسن بجنوردی، ج ۳ / ۲۳۸؛ حقوق مدنی، سید حسن امامی، ج ۲ / ۱۰.
۱۲. مجموعه قضائی از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، احمد متین / ۲۷۲.
۱۳. ر. ک: عروة الوثقی، ج ۵ / ۴۰۷.
۱۴. ر. ک: همان، ج ۵ / ۶۱ و ۶۳، کتاب اجاره، فصل ۴، مسئله ۱.

شرط مسئولیت از جمله شروطی است که دلیل شرعی بر بطلان یا صحت جعل ضمان به وسیله آن نداریم و دلیل شرعی و عام نفوذ هر شرط (المؤمنون عند شروطهم) شامل آن می‌شود و استثنا شدن آن از این دلیل معلوم نیست،^{۱۵} به خصوص در مواردی که تعهد اصلی فرد امین، عملی است که در مورد اجاره عمل یا عقد مضاربه یا مشارکت، به انجام آن متعهد شده و عین مالی به صورت فرعی و تبعی در اختیار شخص قرار می‌گیرد.

ملاحظه می‌شود که جمعی مشهور از فقیهان که در موارد ورود عقد بر خود عین مال، شرط ضمان را نپذیرفته بودند، در این قسم اشتراط ضمان را صحیح دانسته‌اند.^{۱۶} به علاوه، همه فقها صحت التزام به ادای مبلغی معین یا قابل تعیین در صورت ورود خسارت را (اگر چه به شکل شرط ضمان نیست) پذیرفته‌اند. همچنین قرار دادن این شرط در ضمن عقد با هدف تحصیل وثوق و اطمینان سرمایه گذار برای وصول اصل سرمایه و محفوظ ماندن اصل و سود حاصل از عملیات اقتصادی بر روی آن بوده، نه اینکه غرض فقط وصول به طلب باشد.

افزون بر این، تنجیز فقط در قراردادهای مستقل، معتبر است و در شرطی که ضمن عقدی مندرج می‌شود، تعلیق در شرط، موجب سرایت به عقدی که مشتمل بر آن است، نمی‌شود و از این ناحیه هم مشکلی برای صحت عقد به وجود نمی‌آید.

ج) در مورد مخالفت جعل شرط مسئولیت مطلق برای امین با شرع و نظم عمومی و اخلاق حسنه، باید گفت: در عملیات امانی که به صورت سازمانی انجام می‌گیرد و با فقدان شناسایی طرف مقابل به طور مشخص و عدم نظارت مستقیم یا کنترل، از سوی مالک، همراه است، اتفاقاً اقتضای ضمان با نظم عمومی مناسب‌تر است تا عدم ضمان.

۱۵. مکاسب، شیخ انصاری، ج ۳ / ۲۷-۲۸؛ کتاب الاجاره، میرزا حبیب الله رشتی / ۶۰ و ۶۶.

۱۶. ر. ک: حاشیه مرحوم نائینی و گلپایگانی در مبحث اجاره عروه الوثقی، ج ۵ / ۶۳.

مخالفت شرط مسئولیت با شرع، به این بیان ادعا شده که اصولاً حکم به ضمان از احکام شرعی است و جعل احکام شرعی از قدرت و سلطه اراده افراد بیرون است و شرط نمی‌تواند مستقلاً سبب ایجاد حکمی شود که در شرع، مقتضی و سبب برای آن ذکر نشده است و به عبارت دیگر، شرط نمی‌تواند از اسباب تشریح محسوب شود، بلکه فقط می‌تواند امری را که مشروعیت آن در شرع پذیرفته شده، ایجاد کند.^{۱۷}

در تحلیل و نقد این نظر می‌توان گفت: حکم شرع و عقلاً به ضمان در صورت تلف مال در ید هر شخص، به نحو عام وجود دارد و این حکم، مقتضای قاعده شرعی «علی الید» است؛ منتها حکم مذکور در خصوص ید امین به حکم ثانوی شرعی خارج گردیده و امانت، مانع و یا رافع آن دانسته شده است. حال شک در این است که آیا دلیل مانع مسئولیت، اطلاق دارد و شامل صورت اشتراط هم می‌شود یا نه؟ با شک در اطلاق مخصص از جهت موضوعی و اینکه شامل امین مشروط علیه هم هست یا فقط امین مطلق و بدون شرط را شامل می‌شود، نمی‌توان به دلیل مخصص عمل کرد و اثر شرط این است که حکم شرعی عام ضمان را در خصوص این مورد هم می‌آورد و جعل مسئولیت جدیدی نمی‌کند تا گفته شود که شرط، صلاحیت ایجاد اشتغال ذمه را ندارد. به عبارت دیگر، همان طور که مرحوم آقا ضیاء‌الدین عراقی در حاشیه عروه اشاره کرده است، اشکال جعل حکم جدید به وسیله شرط، در صورتی پیش می‌آید که مانع بودن امانت از ضمان در نظر شرع، وصف ذات و مقتضای طبیعت امانت باشد. در این صورت، ایجاد ضمان به موجب شرط، ایجاد حکم جدید بر فردی خواهد بود که از حکم عام ضمان ید، خارج شده است. اما اگر این مانعیت را مقتضای اطلاق امانت بدانیم، در آن صورت اشتراط ضمان، امانت را مقید می‌کند و خروج آن از عموم ضمان ید، منتفی یا مشکوک خواهد گردید.^{۱۸}

۱۷. ر. ک: المستند فی شرح العروة الوثقی، ج ۳۰ / ۲۲۵، کتاب الاجاره.

۱۸. ر. ک: عروة الوثقی، ج ۵ / ۶۱، حاشیه آقا ضیاء.

مخالفت با نظم عمومی، از این جهت مطرح شده که ضامن قراردادان مطلق امین، موجب از میان رفتن تعادل میان منفعت بردن و تحمل ضرر و نیز سبب باز شدن راه تحمیل قراردادی ضرر بر غیرمنتفع یا بی عدالتی در توزیع منافع و خسارات، در عقود مستلزم امانت می شود که شامل بخش عمده ای از معاملات مورد ابتلا در جامعه است و اقدام بر آنها بدون پذیرش آثار امانت، موجب زیان رسیدن به افراد جامعه و ترک آنها نیز موجب اختلال در بسیاری از فعالیت های اقتصادی و اجتماعی می شود.

درباره وجه مخالفت با اخلاق حسنه نیز چنین مطرح می شود که چنین شرطی، در تنافی با قاعده اخلاقی قبح معامله با احسان به اسائه و قبح متهم دانستن کسی است که در تعامل با او، بر امانت داری اش اعتماد کرده و این اعتماد را پایه معامله با او قرار داده ایم؛ همچنان که در بعضی روایات آمده است: «لا تتهم من ائتمنت»^{۱۹}.

اما باید به این امر هم توجه داشت که دو جهت مذکور اولاً، در امانات محض غالباً وجود دارد، نه در همه امانات و ثانیاً، در بسیاری از موارد امانات تبعی در معاملات اقتصادی و اجتماعی و به ویژه در جامعه وسیع و متنوع امروزی که به رغم افزایش انگیزه ها و احتیاجات، میزان اعتماد و اطمینان کاهش یافته و از سویی هم گاه تعامل با شخصیت های حقوقی گاه به دور از نظارت و مراقبت بر اعمال آنهاست، نه تنها منافات با حفظ نظام و اخلاق حسنه ندارد، بلکه گاهی اقدام به تضمین برای حفظ نظم عمومی و الزام به رعایت تعهدات لازم است.

۳. تأمین و تضمین منافع و سود

با بیان بالا، اصل حفظ سرمایه، هم در تعامل میان سپرده گذاران و بانک، تأمین و تضمین می شود و هم میان بانک ها و سرمایه پذیران از بانک ها در قالب عقود امانی و عملیات مستلزم امانت، تعامل به وجود می آید. با وجود این،

۱۹. وسائل الشیعه، ج ۱۲/ ۲۲۹، کتاب ودیعه، باب ۴، ح ۹.

اصل تأمین و تضمین منافع و سود و نیز تأمین خسارات، همچنان تضمین نشده به نظر می‌رسد. از طرفی اگر بابت منافع و جبران خسارات، مقدار معینی در نظر گرفته شود، شبهه شباهت به ربا پیش می‌آید و از طرفی هم اگر آن را به امانت نزد سرمایه‌پذیر واگذار کنند، امکان تغیر و فریب و تقلب در میزان واقعی سهم سرمایه‌گذار (اعم از بانک یا سپرده‌گذاران در بانک‌ها) پیش خواهد آمد.

در اینجا به نظر می‌رسد اگر ماهیت حقوقی سود سپرده تحلیل و برای آن ماهیتی غیر ربوی جستجو شود، بهتر باشد؛ همچنان که در ماهیت معاملات بانک‌ها با تحلیل حقوقی، به این نتیجه می‌رسیم که اگر ماهیت غالب را مشارکت و وساطت بانک بدانیم و از قالب قرض بیرون بیاوریم، نوع معاملات ماهیت دیگری می‌یابند و موضوعاً از دایره ربا بیرون می‌روند. همچنین ثمره و حاصل معاملات هم در ماهیت خود، تابع نوع معاملات مزبور خواهند بود.

تحلیل ماهیت سود سپرده

اگرچه در تحلیل ماهیت سود سپرده دیدگاه‌هایی مطرح شده است، اما دیدگاهی که راجح‌تر به نظر می‌رسد، این است که آن را به عاید مشارکت تحلیل می‌کند. بر اساس قواعد مشارکت، سود و زیان هر دو بر صاحبان سرمایه توزیع می‌شود. برای تکمیل بحث و حل مشکل، لازم است به عنوان مقدمه بر بحث سود، درباره ماهیت مالکیت بانک‌ها بر سرمایه‌ای که در اختیار دارند، سخن بگوییم.

بررسی ماهیت مالکیت بانک‌ها

شناخت نوع مالکیت بانک، در شناخت نوع معاملات آنها و ماهیت عاید و حاصل از عملیات بانکی کمک می‌کند. این بحث عمدتاً در سپرده‌های مدت‌دار و سپرده‌های سرمایه‌گذاری خاص - که قسمت بیشتری از سرمایه بانک و فعالیت‌های آن را شامل می‌شود - ضرورت دارد و در آن قسمت از سرمایه‌های بانک‌ها که در روابط قرض الحسنه و سپرده‌های کوتاه مدت در

جریان است، چندان اهمیتی ندارد.

در نظام انگلیسی و آمریکایی (کامن لائو) بانک‌ها امین و مالک قانونی محسوب می‌شوند و در نظام حقوقی رومی و ژرمنی، این رابطه از نوع وکالت دانسته می‌شود، اما به هر حال رابطه امانی و آثار امانت بر آن مترتب است. در مورد نوع مالکیت مناسب با وجه امانی، نظریات متعددی مطرح شده و ما در جای دیگر به تفصیل به بررسی آن نظریات پرداخته‌ایم.^{۲۰} آنچه اجمالاً در اینجا لازم است متذکر شویم، این است که به نظر می‌رسد در میان نظریات متعدد مطرح در مورد مالکیت سرمایه بانک‌ها، نظریه تخصیص ذمه با قبول شخصیت حقوقی برای بانک‌ها ترجیح دارد. قبول شخصیت حقوقی برای بانک به عنوان یک مؤسسه، در قانون تجارت از حکم عام مندرج در ماده ۵۸۳ ق. ت استفاده می‌شود. اما در مورد تخصیص ذمه قوانین تجارت و بانکی صراحتی ندارند و با قصور مستند قانونی روبه رو خواهیم بود. به هر حال، از لحاظ اندیشه حقوقی این نظر قابل طرح و دفاع است.

بر اساس نظریه تخصیص ذمه مالکیت طولی بین مالک سرمایه یا سپرده‌گذار، بانک به عنوان مؤسسه دارای ذمه عام و سرمایه‌گذاری دارای ذمه خاص، تصور می‌شود. رابطه مالک و بانک به عنوان ذمه عام رابطه‌ای امانی است، نه رابطه طلب و قرض. اما این امانت از نوع امانت مأذونه است که موجب شراکت مالک با امین در نتایج تصرفات تجاری امین خواهد شد. رابطه میان ذمه عام مفروض برای بانک و ذمه خاص به سرمایه‌گذاری که برای بانک در نظر گرفته می‌شود، رابطه‌ای قرضی است و به همین دلیل، ضمان اصل سرمایه در آن، امری قطعی و قانونی خواهد بود. و همین تصویر میان بانک به عنوان سرمایه‌گذار و سرمایه‌پذیر از بانک به صورت عقود مشارکتی نیز وجود دارد؛ زیرا بانک تا زمان تسویه و در مدت تعیین شده برای فعالیت عامل سرمایه‌پذیر، در دارایی واحد سرمایه‌پذیر و فعال اقتصادی شریک خواهد بود و

۲۰. ر. ک: پایان نامه «مسئولیت ید امانی از منظر قانون مدنی و قانون عملیات بانکی

ضمن حفظ اصل سرمایه با شرط ضمان بر عامل مأذون، در سود حاصل از فعالیت بر دارایی مشترک هم سهیم است. این تحلیل در حل مشکل ضمان اصل سرمایه و سود غیر معین آن، خالی از اشکال و قبول است.

نحوه توزیع سود

اگر بخواهیم توزیع سود را بر اساس تعیین ضابط در صد معین قرار دهیم، با مشکل اساسی عدم تناسب آن با اقتضای وکالت با شرکت روبه رو می شویم. احکام عقد مشارکت و عقود مشابه آن، مبتنی بر قاعده ای اساسی است که به موجب آن کسی حق وصول به ربح دارد که در مجموع عملیات منتج به سود در تحمل مخاطرات و ریسک ها و خسارات احتمالی هم شریک و سهیم بوده باشد. از این قاعده که در فقه به «مَنْ لَهُ الْغَنَمُ فَعَلَيْهِ الْغَرَمُ» تعبیر شده است، در مبحث شرکت، قاعده «تبعیت سهم هر شریک در سود از نسبت حصه او در سرمایه» منشعب می شود.^{۲۱} شرط ضمان خسارت بر عامل که به ضمیمه شرط تأمین در صدی از سود و به عنوان لازمه آن بر او تحمیل می شود، با قاعده تبعیت در تنافی است. چرا اگر خسارت عمل به حدی بود که سهم شریک صاحب سرمایه از سود، کمتر از درصد معینی می گردد، باید این مقدار خسارت زاید را بر شریک عامل تحمیل کرد؟ البته اشکال در صورتی است که مشروطه - یعنی بانک یا صاحب سرمایه و سپرده گذار - هیچ گونه شرکتی در عمل نداشته باشد که عموماً همین طور هم است، و الا در صورت وجود شرکت در عمل در صحت و مشروعیت چنین شرطی اختلافی نیست.

در مقام حل این مشکل، گفته شده که قاعده تابعیت هم مقتضای اطلاق شرکت است، نه مقتضای ذات آن و از این رو، توافق بر تغییر ضابطه تقسیم

۲۱. ر. ک: حقوق مدنی، مشارکت ها و صلح، ناصر کاتوزیان / ۴۱؛ البیوک الاسلامیه، التجربة بین الفقه و القانون و التطبيق، عایشه شرقاوی / ۲۷۵ و ۳۶۲، طبع المركز الثقافی العربی، بیروت، ۲۰۰۰ میلادی.

سود از قاعده تابعیت امکان پذیر است. ۲۲

مقتضای قاعده عام مندرج در ماده ۱۰ قانون مدنی هم که تراضی طرفین هر عقد را مادام که مخالف با صریح قانون یا اخلاق حسنه و نظم عمومی نباشد، صحیح دانسته است، صحت چنین توافقی است و در تعارض میان مفهوم مخالف ماده ۵۷۵ قانون مدنی که می گوید: «هر یک از شرکانسبت به سهم خود در نفع و ضرر سهیم می باشد، مگر اینکه برای یک یا چند نفر از آنها در مقابل عملی، سهم زیادتری منظور شده باشد»، با اصل آزادی قراردادها (ماده ۱۰ همان قانون) باید از ظهور مفهوم ماده ۵۷۵ ق. م صرف نظر کرد. در تأیید این نظر می توان گفت که اگر شریک می تواند سهم خود را از سود به دیگری ببخشد، چرا نتواند آن را در ضمن عقد شرکت به شریک دیگر واگذار کند؟

تعیین مقدار سود به درصد معین

اما در مورد تقدیر سود به درصد معین، باید گفت که: اگرچه مقتضای طبیعت مشارکت، تقدیر سود به کسر مشاع از مجموع سود است، اما این لازمه لاینفک آن نیست و می توان به کمک قرارداد یا قانون، نسبت مشاع و درصد معینی از اصل سرمایه را که در تناسب طبیعی با نصیب هر سهم از مجموع سود است، تعیین کرد. که در حقیقت حداقل سود است. و آن را به عنوان اماره پذیرفت؛ همچنان که در مورد تقدیر میزان و مبلغ کارمزد و هزینه های دیگر هم از چنین اماره ای استفاده می شود و در مورد شرکت های سهامی هم در تجارت به کارگیری چنین اماره ای بدون اشکال پذیرفته شده است. البته این اماره، انعطاف پذیر است و با احتساب دوره ای قابل جبران است.

۲۲. ر. ک: عروة الوثقی، ج ۵ / ۲۸۰؛ جواهر الکلام، ج ۲۶ / ۳۰۱؛ مفتاح الکرامه، ج ۷ / ۴۰۲؛ دروس، ج ۳ / ۲۲۳؛ حقوق مدنی، دکتر سید حسن امامی، ج ۲ / ۱۳۳؛ مشارکت ها و صلح، ناصر کاتوزیان / ۴۷.

نتیجه گیری

در نهایت، به نظر می‌رسد با توجه به وجهه‌امانی در فعالیت بانک‌ها و نوع مالکیت بانک‌ها و نوع رابطه میان اطراف تعامل با بانک، مشکل مهمی در اصول تأمین و حفظ اصل سرمایه و سود آن و جبران خسارات، در طریقه مشارکت و فعالیت‌های مشارکتی بانکی از لحاظ نظری و تحلیل حقوقی وجود ندارد.

البته اشکالات عملی موجود مانند: ۱. صوری شدن، ۲. بهانه قرار گرفتن روش مشارکت در عمل، برای افزایش نرخ بهره، و ۳. تصدی بانک‌ها به عملیات مؤسسات اقتصادی و مالی و اعتباری فعال در امر سرمایه‌گذاری - که در حقیقت وظیفه و نقش صندوق‌های سرمایه‌گذاری است و موجب سنگین شدن و وسعت حوزه فعالیت آنها و دشواری نظارت می‌شود - همچنان وجود دارد و وظیفه نظارت را سنگین‌تر و پیچیده‌تر می‌کند و البته این مشکل با مدیریت عملی و کنترل بر سیاست پولی بانک‌ها و نظارت صحیح بانک مرکزی، قابل اصلاح و حل است و خللی به صحت و توجیه‌پذیری نظری (فقهی و حقوقی) فعالیت‌های غیررئبوی بانک‌ها در طریق سرمایه‌گذاری و تأمین مالی وارد نخواهد کرد.

امکان پیش‌بینی و‌گذاری فعالیت‌های واسطه‌ای سرمایه‌گذاری به صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک، برای جلوگیری از ورود بانک‌ها به وادی بورس بازی و خلق اعتبارات مالی بی‌رویه برای وارد کردن به بازارهای سرمایه‌گذاری و جلوگیری از خلط وظایف و خروج بانک‌ها از وظیفه اصلی، و نیز حل اشکالات مهم بالا که بسیار محسوس است، وجود دارد؛ همان‌طور که در جوامع غربی نیز به این تفکیک به ناچار ملتزم شده‌اند و در بسیاری از جوامع اسلامی که ربا را در فعالیت‌های مالی بانک‌ها ممنوع کرده‌اند نیز پذیرفته شده است.

اما از نظر تئوری حقوقی ذکر شده، مشکلی پیش نمی‌آید؛ چون وظیفه‌ها جدا می‌شوند و بانک‌ها تحت نظارت دقیق بانک مرکزی عمل می‌کنند و صندوق‌های سرمایه‌گذاری مشترک، تحت نظارت دولت‌ها به اجرای سیاست‌های توسعه‌ای و سرمایه‌گذاری‌ها می‌پردازند. در این فرض ممکن است معاملات مالی به واقعیت نزدیک‌تر شوند و نرخ سودهای بانک‌ها به حداقل ممکن برسد.